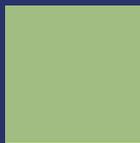


# El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto



Calogero Pizzolo



Cofinanciado por el  
programa Erasmus+  
de la Unión Europea



EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN MULTINIVEL  
DE DERECHOS HUMANOS EN SU LABERINTO



# EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS EN SU LABERINTO

Calogero Pizzolo



Universidad  
Nacional  
de Córdoba

Autoridades UNC

Rector

Mgter. Jhon Boretto

Vicerrectora

Mgter. Mariela Marchisio

Secretario General

Ing. Roberto Terzariol

Prosecretaria General

Dra. Ing. Agr. Paola Andrea Campitelli

Director de Editorial de la UNC

Dr. Marcelo Bernal



Cofinanciado por el  
programa Erasmus+  
de la Unión Europea



Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires

---

Pizzolo, Calogero

El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto / Calogero Pizzolo. - 1a ed. - Córdoba: Editorial de la UNC, 2022.

Libro digital, PDF - (Estado)

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-707-239-6

1. Derecho. 2. Europa. 3. Derechos Humanos. I. Título.  
CDD 341.48

---

Diseño de colección y portada: **Lorena Díaz**

Diagramación: **Marco J. Lio**

Edición: **Juan M. Conforte**

Coordinación editorial: **Lorena Díaz**

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en Argentina.

Universidad Nacional de Córdoba, 2022

A mi madre,

A Andrea.

A los amigos que la pandemia se llevó,  
y a los que no pudo alejar.

A la Universidad de Buenos Aires,

que nos permite creer

en una educación pública y gratuita de calidad.



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO I. UN LABERINTO BORGEANO</b>	<b>19</b>
1. El laberinto según Borges	19
2. La Constitución “en red” y el desarrollo de circuitos interpretativos multidireccionales	21
3. Pérdida de la unidad interpretativa: formación de una Comunidad de intérpretes finales	32
4. El derecho a la última palabra o el problema del infinito. Tensión entre ordenación jerárquica y heterarquía	35
5. La construcción de una identidad constitucional de frente al pluralismo constitucional	38
6. El triángulo jurisdiccional europeo un sistema multinivel a “tres bandas” de naturaleza compuesta	42
7. Los derechos tutelados en la UE como derechos supranacionales: el efecto directo de la CDFUE. ¿El artículo 51 (CDFUE) es la válvula de presión? ¿Cómo interpretar el artículo 53 (CDFUE)?	48
<b>CAPÍTULO II. EL PROBLEMA DEL CONTROL CONVERGENTE</b>	<b>59</b>
8. La cuestión de la doble prejudicialidad con el DUE	59
9. La rebelión silenciosa de los “órganos jurisdiccionales nacionales”: la descentralización del control sobre el DUE a través de la cuestión prejudicial	62
10. El debate en España sobre el orden de prioridad entre la cuestión de constitucionalidad y la cuestión prejudicial de frente a la doble prejudicialidad	68
11. La reforma constitucional de 2008 en Francia y la <i>Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC)</i>	76
12. La prioridad constitucional en Italia: un camino abierto por la <i>Corte Costituzionale</i>	86

13. La respuesta de los jueces de Luxemburgo a la <i>prioridad constitucional</i> : no es posible condicionar en el tiempo la cuestión prejudicial sin violar el DUE	93
14. La opinión consultiva prevista en el Protocolo nº 16 al CEDH: ¿la triple prejudicialidad?	104
15. Garantizar la eficacia de los derechos tutelados: un mandato común o “metaprincipio” de la protección multinivel. La amenaza de la dilación en el tiempo del proceso. El incumplimiento de la obligación de presentar la cuestión prejudicial	112
16. El diálogo con el minotauro: opción a un laberinto sin salida	117
<b>CAPÍTULO III. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA PRIMACÍA INCONDICIONAL DEL DUE Y EL <i>DILEMA MELLONI</i></b>	<b>121</b>
17. ¿Admitir o no un nivel menor de protección de derechos al reconocido por la interpretación constitucional?	121
18. Las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el TC español: lo que el asunto <i>Melloni</i> nos dejó	124
19. La primacía incondicional como respuesta: en el ámbito de competencias del DUE no es posible reconocer una protección mayor a la reconocida por el Tribunal de Justicia	128
20. Aceptar un nivel de protección menor al que se reconoce a las garantías constitucionales, pero con la advertencia de que en el futuro nada será igual	132
21. Una mirada convergente con la jurisprudencia del TEDH que evita admitir directamente la primacía del DUE y la CDFUE	135
22. La autonomía del DUE: esa es la cuestión en la construcción de una identidad constitucional comunitaria	138
23. La confirmación de los límites que impone la autonomía del DUE a su <i>control externo</i> : el dictamen nº 2/13 (2014) y el TEDH	140
24. La autonomía del DUE como un <i>extremo dúctil</i> : el dictamen nº 1/17 (2019)	148
<b>CAPÍTULO IV. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL DE FRENTE A LA EXPANSIÓN DEL DUE</b>	<b>155</b>
25. El inicio que se sitúa en la fórmula constitucional habilitante como objeto de interpretación: ¿tiene límites el poder de integración que se crea? ¿cuál es el alcance de la atribución de competencias?	155
26. Primer recorrido: los límites a la reforma constitucional son también límites al poder de integración como forma de preservar la “estatalidad”	160

27. Segundo recorrido: la fórmula constitucional habilitante interpretada en concordancia con una fórmula constitucional de salvaguarda	165
28. Tercer recorrido: los límites están implícitos en la Constitución y no determinados por cláusulas de intangibilidad	167
29. Cuarto recorrido: la construcción de una identidad constitucional nacional como un concepto metaconstitucional	173
30. Una identidad constitucional nacional con una finalidad <i>defensiva-protectora</i>	175
A. La doctrina Solange del TCFA como reconocimiento de una protección equivalente entre sistemas de derechos convergentes	176
B. Los <i>controlimiti</i> desarrollados como arma defensiva por la CC italiana	180
31. La condición de indeterminación jurídica y su función como técnica de cohabitación para facilitar el diálogo entre intérpretes finales	182
32. La Constitución como fundamento del poder de integración: la primacía del DUE como primacía de aplicación [ <i>Anwendungsvorrang</i> ]	184
33. El despliegue de garantías de protección: el control <i>ultra vires</i> y el control de identidad [ <i>Identitätskontrolle</i> ]	186
34. La entrada en escena de la CDFUE: su primacía no desplaza a la identidad constitucional [ <i>Verfassungsidentität</i> ]	195
35. ¿Una réplica al asunto <i>Melloni</i> (2013)?: ejerciendo el control de la identidad como garantía de la dignidad humana	197
36. La defensa del principio de confianza mutua no puede consentir violaciones a los derechos fundamentales: el asunto <i>Aranyosi y Căldăraru</i> (2016) ¿Una apertura del Tribunal de Justicia a las identidades constitucionales nacionales?	200
37. El control de constitucionalidad del TCFA sobre la política financiera del Banco Central Europeo (BCE): debut en Luxemburgo y debate sobre el control de identidad	203
38. La sentencia <i>OMT</i> (2016) del TCFA: el conflicto por el control <i>ultra vires</i> sigue latente	208

## CAPÍTULO V. EL QUIEBRE DE LA TRADICIÓN DIALOGANTE Y LA DERIVA AUTORITARIA 211

39. Una identidad constitucional nacional con una finalidad <i>destructiva-rupturista</i> que niega los valores y principios del Estado de derecho	211
40. TC checo: primer caso de control <i>ultra vires</i> positivo	214
41. TS danés: el derecho escrito nacional prevalece sobre los principios generales del DUE	216

42. La sangre llegó al río: en la sentencia <i>Weiss/PSPP</i> (2020) el TCFA desconoce por primera vez una sentencia del Tribunal de Justicia en ejercicio de un control <i>ultra vires</i>	219
43. ¿Uso y abuso del principio de proporcionalidad? El método del TCFA para declarar un acto <i>ultra vires</i>	224
44. La defensa del soberanismo constitucional por el TC polaco: la consumación de una ruptura sistémica	227
45. Una reforma judicial que promueve la deriva autoritaria: la supresión de la independencia e imparcialidad de los jueces	231
46. El TEDH condena a Polonia por violar la independencia del TC y establece su “ilegitimidad” a causa del proceso de selección de sus jueces	237
47. La ofensiva contra Luxemburgo o de cómo la falta de independencia e imparcialidad de los jueces afecta la tutela efectiva del DUE	243
48. ¿Capítulo final?: el TC polaco declara la inconstitucionalidad del TUE y del TFUE	252
49. La deriva autoritaria detrás de la reforma constitucional en Hungría	257
50. Desarrollo y defensa de una política migratoria contraria al DUE y el DIDH	265
51. El TC húngaro y la sentencia nº 22/2016: ¿ la identidad constitucional nacional como categoría histórica?	268
52. El TC rumano: la construcción de la identidad constitucional nacional como negación de la primacía del DUE y la afectación al Estado de derecho	271
<b>CAPÍTULO VI. HACIA LA CONVERGENCIA DE IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS</b>	<b>277</b>
53. Una tradición constitucional común en el origen de la construcción de identidades constitucionales nacionales y comunitaria	277
54. Una vez más el <i>dilema Melloni</i> : alcance de la aplicación de la prescripción penal y la ley penal más benigna	278
55. La sentencia <i>Taricco</i> (2015) del Tribunal de Justicia y la presentación, como respuesta, de una cuestión prejudicial por parte de la CC italiana	280
56. La amenaza de activar “contra límites” y la promovida defensa de la identidad constitucional nacional	283
57. La respuesta “dúctil” de los jueces de Luxemburgo en el asunto <i>M.A.S. y M.B.</i> (2017)	286
58. La sentencia nº 115/2018 de la CC italiana: ¿oportunidad perdida?	287

59. La ratificación del modelo de consensos dialógicos: el asunto <i>Consob</i> (2021)	290
60. Una interpretación integradora del Tribunal de Justicia que permite evitar el conflicto y mantener la construcción de las diversas identidades constitucionales	294
<b>CAPÍTULO VII. LA CONVERGENCIA ENTRE EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA</b>	<b>299</b>
61. Dos procesos concebidos con fines diversos que convergen en un sistema de protección multinivel de derechos	299
62. Período inicial y la inadmisibilidad de las demandas <i>ratione personae</i> por el TEDH	300
63. Inicio de una nueva etapa: procedencia del control de convencionalidad a cargo del TEDH sobre el DUE	302
64. Desarrollo de la presunción de “protección equivalente” por el TEDH como técnica de cohabitación con los jueces de Luxemburgo: casos <i>Bosphorus</i> (2005) y <i>Michaud</i> (2012)	305
65. Del dictamen n° 2/13 (2014) sobre la adhesión de la UE al CEDH al caso <i>Avotiņš</i> (2016) del TEDH: la continuidad de un diálogo entre “equilibristas”	311
66. El control de convencionalidad del TEDH sobre la ejecución de la euroorden hacia la convergencia con el control de comunitariedad del Tribunal de Justicia: el caso <i>Romeo Castaño</i> (2019) y el caso <i>Bivolaru y Moldovan</i> (2021)	318
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>327</b>
<b>ÍNDICE JURISPRUDENCIAL</b>	<b>355</b>



## ABREVIATURAS

AA.VV	Autores Varios
ACC	Auto de la Corte Constitucional
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATJ	Auto del Tribunal de Justicia
BCE	Banco Central Europeo
CC	Corte Constitucional
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y el Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DM	Decisión Marco
DO	Diario Oficial (UE)
DUE	Derecho de la Unión Europea
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
LCF	Ley Constitucional Federal (Austria)
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LFH	Ley Fundamental húngara
MCV	Mecanismo de Cooperación y Verificación
OMC	Organización Mundial de Comercio

ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SCC	Sentencia de la Corte Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCFA	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TTCC	Tribunales Constitucionales
TTSS	Tribunales Supremos
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

#### NOTA

Todas las traducciones al español de la bibliografía en lenguas extranjeras corresponden al autor y en ningún caso tienen incidencia jurídica.



# CAPÍTULO I

## UN LABERINTO BORGEANO

No habrá nunca una puerta. Estás adentro  
y el alcázar abarca el universo  
y no tiene ni anverso ni reverso  
ni externo muro ni secreto centro

Jorge Luis Borges, Laberinto

### 1. El laberinto según Borges

La figura del laberinto es el punto de partida de esta obra, nos permite su recorrido transversal. Desde lo simbólico, aporta a una construcción semiótica del conocimiento. En la medida que descubrimos qué imagen del laberinto nos orienta, avanzamos en conocer nuestro objeto de estudio.

En la literatura de Borges, la figura del laberinto es central. Una primera proyección es sobre su configuración, o sea, la estructura de la *forma laberíntica*. Conforme al autor argentino, no se trata de un lugar “para perderse”, se trata de un lugar “de donde no se puede salir”. El “sujeto” dentro del laberinto, no está fuera sino dentro. Es un sujeto resignado a no poder salir. Ningún camino dentro del laberinto encuentra la salida, conduce a un final. Cada circuito dentro del laberinto constituye, en palabras de Borges, “un mapa dentro del mapa”. El recorrido interno es, desde esta concepción, potencialmente infinito. El laberinto está formado por laberintos y está engastado en laberintos de laberintos.

El laberinto borgiano queda expuesto en “La casa de Asterión”: “No hay un aljibe, un patio, un abrevadero, un pesebre; son catorce (son infinitos) los pesebres, abrevaderos, patios, aljibes. La casa es del tamaño del mundo; mejor dicho, es el mundo” (Borges, 2016: 870-872).

Los mandatos constitucionales de apertura –una generalidad en la Europa de nuestro tiempo<sup>1</sup>, abren los sistemas nacionales de derechos, proponen su in-

1 Estos mandatos, en razón de su estudio, pueden clasificarse en *fórmulas constitucionales habilitantes* y *fórmulas constitucionales puente*. Las primeras, habilitan la salida de competencias otrora estatales a Instituciones de la integración regional favoreciendo el desarrollo de un nuevo derecho

tegración, a un sistema de protección multinivel. El clásico circuito interpretativo donde intervienen intérpretes nacionales es un circuito unidireccional que reconoce como última terminal al intérprete final de la Constitución: el TC o el TS. Estos pueden citar en sus interpretaciones derechos e intérpretes foráneos, pero no llegan a compartir circuitos interpretativos con otras terminales ya que mantienen el monopolio sobre la interpretación del sistema nacional de pertenencia.

Estos circuitos unidireccionales –a causa de la apertura-, mutan por tanto en circuitos interpretativos multidireccionales que reconocen no a una, sino a diversas terminales. Se crean así puntos de convergencia, intersecciones, donde los derechos pertenecientes a sistemas diferentes, pero con un contenido común que se proyecta como en un juego de espejos, se encuentran y crean una activa Comunidad de intérpretes donde la influencia es constante a la vez que recíproca.

El recorrido por estos circuitos interpretativos multidireccionales se asemeja al recorrido por los pasillos y senderos de un laberinto borgiano. El intérprete que los recorre, que desanda su entramado, puede inclusive llegar al extremo de desconocer su existencia al insistir con un recorrido unidireccional, con interpretaciones autorreferenciales. Sin embargo, el laberinto subsiste con sus infinitos circuitos, se mantiene junto a su entorno problemático y complejo. La única realidad perceptible señala que el laberinto no permite orientarse hacia alguna salida. Obliga a quienes lo recorren a dialogar, a alcanzar los consensos mínimos necesarios para garantizar la tutela efectiva de los derechos. Tutela que se eleva a la jerarquía de un principio fundamental del sistema multinivel.

La construcción de consensos dialógicos se presenta como emblema de las sociedades que eligen la apertura como opción constituyente de su organización jurídica. Las sociedades europeas han escogido claramente este camino desde la inmediata posguerra, una vez derrotados los autoritarismos y totalitarismos de tintes nacionalistas. La mirada dirigida al DIDH, como hacia la integración regional, es una mirada compartida. Se trata de unir tres procesos diversos pero convergentes en lo que hace a la tutela de los derechos. El primero, inicia y profundiza el reconocimiento de derechos en los sistemas constitucionales nacionales. El segundo, con una dinámica en esencia evolutiva, amplía el ámbito de aplicación promoviendo su tutela regional. El tercero, en la experiencia de la UE, ofrece una inédita Carta de Derechos reconvirtiendo un proceso, pensado en sus orígenes como económico, en una integración a través de los derechos.

---

de naturaleza supranacional como el DUE caracterizado por su primacía y efecto directo. Las segundas, abren el sistema de fuentes a la influencia directa del DIDH de naturaleza subsidiaria y representado -en el sistema europeo- por el CEDH.

Solo citamos algunos ejemplos mencionados en esta obra. Entre las fórmulas constitucionales habilitantes los artículos 93 (constitución española), 88 (constitución francesa), 23 y 24 (LFB), 11 (constitución italiana), y 90 (constitución polaca). Para un estudio en particular de estas fórmulas en Europa véase PIZZOLO Calogero, *Derecho e integración regional*, Buenos Aires, Ediar, 2010, pp. 1192. Referidos a la fórmula constitucional puente los artículos 10.2 (constitución española), 117.2 (constitución italiana), 20.1 (constitución rumana), y 5.4 (constitución búlgara).

La multiplicación de circuitos interpretativos implica, por lo tanto, la multiplicación de terminales: TTCC y TTSS, TEDH y Tribunal de Justicia<sup>2</sup>. Ello lleva a reconocer –implícita o explícitamente-, distintos intérpretes finales que actúan de manera simultánea reclamando la última palabra sobre su propio sistema de derechos. En un laberinto donde las decisiones autorreferenciales no conducen a la salida, no aparece otra solución que no sea el diálogo entre los intérpretes que recorren sus circuitos. Esta es la hipótesis central que guía este trabajo.

## 2. La Constitución “en red” y el desarrollo de circuitos interpretativos multidireccionales

En otra obra (Pizzolo, 2017: Cap. I) ya abordamos en detalle el *proceso de internacionalización* del Derecho, y los cambios de paradigma a que dicho proceso conduce: el desplazamiento del paradigma de la estatalidad<sup>3</sup> por el paradigma de la internacionalización de los derechos humanos. El *centro* del derecho internacional -hasta mediados del siglo pasado- ocupado por el Estado en base al desarrollo de relaciones estadocéntricas, progresivamente es ocupado por la persona. A ésta se le reconoce la legitimidad procesal para denunciar, al propio Estado, ante instancias internacionales de control por la responsabilidad de éste –a causa de su acción u omisión- en las violaciones de sus derechos.

Este *aperturismo* va a generar fuertes contrastes entre sistemas jurídicos que se autoperceben como *autónomos* y, al mismo tiempo -en razón de la materia que regulan-, son *convergentes*.

La autonomía del DUE -escribe Lenaerts quien es presidente del Tribunal de Justicia- se centra en el hecho de que este sistema jurídico funciona como un orden jurídico autónomo, ya que “tiene la capacidad de funcionar como un sistema normativo autosuficiente [*self-sufficient system of norms*]”. El concepto de autonomía se relaciona aquí a partir de la “estructura constitucional de la UE [*constitutional structure of the EU*]” con la naturaleza del DUE, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros, el sistema de protección de los derechos fundamentales previsto por la CDFUE, el derecho sustantivo de la UE que contribuye directamente a la implementación del proceso de integración europea, el principio de cooperación leal, y el sistema de protección judicial de la UE cuyo procedimiento de cuestión prejudicial previsto en el artículo 267 (TFUE) se concibe como su piedra angular (Lenaerts Koen, 2019).

2 Con esta expresión en lo sucesivo nos referimos al Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo al que hace referencia el TUE (art. 19.1). La expresión nos parece la más correcta ya que dicho artículo establece que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”.

3 El paradigma de la estatalidad comenzó a afirmarse con la paz de Westfalia (1648).

Un sistema legal independiente -escribe Metaxas en referencia al DUE-, en caso de que pretenda permanecer “independiente”, debe salvaguardar su autonomía. La autonomía podría definirse como la ausencia de control normativo (no mera influencia) de fuentes externas sobre (al menos) las decisiones estructurales centrales que dicho sistema produce y los valores que refleja. En este sentido, salvaguardar su autonomía no es una percepción y tendencia “egoísta”, sino una condición previa de la existencia misma de un determinado orden jurídico coherente. Dado que la UE se fundamenta en la legitimación de un orden jurídico “distintivo y autónomo”, el concepto de autonomía constituye un principio estructural existencial indisolublemente ligado a la evolución del proceso de integración europea. Más allá de constituir un sistema con primacía sobre el derecho de los Estados miembros, el principio de autonomía del DUE establece esencialmente que el conjunto común de derechos y obligaciones derivados de los Tratados que forman parte del orden jurídico de la UE “estén protegido de factores externos que socavarían su coherencia”<sup>4</sup> (Metaxas Antoni, 2021: 663).

Dicho carácter autónomo en el caso del DUE se corresponde con una pretensión de autoridad normativa independiente que viene desde su época fundacional. Lo cual significa que la actual UE -en palabras del Tribunal de Justicia en el asunto *Van Gend en Loos* (1963)<sup>5</sup>-, está “investidas de poderes soberanos” (Poiares Maduro, 2003: 15-16)<sup>6</sup>. Esta histórica sentencia dejó en claro que lo que está en el centro del debate sobre la autonomía del DUE “es el control o el monopolio de la jurisdicción” del Tribunal de Justicia “con el objetivo de proteger las características esenciales de la UE y su orden jurídico” (Metaxas Antoni, 2021: 634).

Los sistemas nacionales se organizan *jerárquicamente* a partir de las normas constitucionales en tanto normas ordenadoras. El resto de las normas jurídicas que integran estos sistemas deben aprobar, en consecuencia, el *test de constitucionalidad* para ser tenidas como normas válidas. Se trata de un circuito

4 Históricamente -afirma este autor-, el Tribunal de Justicia no dudó en actuar como un tribunal activista que construyó y *ab initio* formó en gran medida los pilares dogmáticos del orden jurídico de la UE, incluso en los casos en que esos pilares no tenían una base clara en los Tratados (*Ídem*, p. 694).  
5 STJ de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración fiscal holandesa*, asunto C-26-62 [ECLI:EU:C:1963:1]. En efecto los jueces de Luxemburgo sentencian que: “Considerando que el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento *afecta directamente a los justiciables* de la Comunidad, implica que dicho Tratado *constituye algo más que un Acuerdo*, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes; que esta concepción está confirmada por el Preámbulo del Tratado, que, además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos, y lo hace, de forma más concreta, *mediante la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos*” (*Ídem*). Sin resaltar en el original.

6 Para este autor la decisión básica del Tribunal de Justicia en *Van Gend en Loos* “es, en efecto, la declaración de independencia del derecho de la UE en relación con la autoridad de los Estados miembro. El tratado es presentado como mucho más que un acuerdo interestatal; es un acuerdo entre los pueblos de Europa que estableció una relación directa entre el derecho comunitario y dichos pueblos” (*Ídem*).

interpretativo donde los parámetros a seguir pasan el filtro -en última instancia- de la máxima autoridad jurisdiccional nacional en la materia que cumple la función de terminal de dicho circuito. ¿Qué ocurre a causa del mandato de apertura con todo este desarrollo? Los circuitos interpretativos mutan en *circuitos multidireccionales* que se influyen recíprocamente. Los ordenamientos jurídicos estatales dejan de ser sistemas autorreferenciales, de estar encerrados en sí mismo pasan a reconocer -se conectan- a distintas terminales.

Nace, de este modo, una *tensión intersistémica* constante entre todos los sistemas jurídicos vinculados por los circuitos interpretativos: los sistemas nacionales organizados jerárquicamente y que tienen su centro en torno a la Constitución; y los distintos sistemas internacionales integrados -también organizados jerárquicamente- que gravitan en torno a sus propios centros de validez jurídica, los tratados internacionales, a los que se les reconoce una *función fundacional*. Estos últimos, sin contar con la rigidez de las constituciones nacionales, se refieren -en la voz de sus intérpretes- en la *idea de constitución*. Más allá de haber sido creados formalmente como normas convencionales internacionales, se les asigna una función ordenadora similar a las normas constitucionales en tanto fuente de validez de un sistema jurídico autónomo. Este proceso de internacionalización asume entonces la forma de una *heterarquía*, de una *red de sistemas jurídicos influenciados recíprocamente*, a la vez que es causa central de la tensión entre los intérpretes -terminales- de los sistemas integrados<sup>7</sup>.

En su dictamen n° 2/13 (2014) los jueces de Luxemburgo construyen conceptualmente el sistema multinivel al declarar que “la UE esté dotada de un ordenamiento jurídico de una nueva índole, con una naturaleza específica, *un marco constitucional y principios fundacionales propios*, una estructura institucional particularmente elaborada y un conjunto completo de normas jurídicas que aseguran su funcionamiento”<sup>8</sup>. Al mismo tiempo que dejan en claro que, “incumbe al Tribunal de Justicia, controlar que las condiciones jurídicas en que se pretende llevar a cabo la adhesión de la UE al CEDH sean conformes con *la carta constitucional fundamental de la Unión que son los Tratados*”<sup>9</sup>. Por lo tan-

7 El abogado general Evgeni Tanchev se refiere a la protección multinivel -desde la óptica del DUE- afirmando que los sistemas integrados “se *superponen en una serie de círculos concéntricos, sin que ninguno tenga hegemonía sobre los demás*, salvo en la circunstancia excepcional de que alguno (...) conculque la primacía, la unidad y la eficacia del DUE”. A lo que agrega, “el ordenamiento jurídico supranacional, como ordenamiento constitucional adicional (según lo define la Unión), *no es jerárquicamente superior ni inferior al tribunal remitente, ni a ninguno de los otros ordenamientos jurídicos superpuestos*. Funcionan como *sinergias que se influyen entre sí*. En resumen, al ordenar estos sistemas jurídicos (los múltiples ordenamientos jurídicos que constituyen el marco jurídico en este caso), cada uno de los sistemas es *interjerárquico* pero no forma ninguna entidad *intrajerárquica*” (Cfr. TJ, conclusiones del Abogado General Evgeni Tanchev de 27 de febrero de 2020 en el asunto C-897/19 PPU [ECLI:EU:C:2020:128], apartados 78-80). Sin resaltar en el original.

8 TJ dictamen n° 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 158.

9 *Ídem*, apartado 163.

to -se enfatiza-, el DUE “se caracteriza por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros”<sup>10</sup>. Para el Tribunal de Justicia, estas “características esenciales” del DUE “han dado lugar a una *red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí*”<sup>11</sup>.

Precisamente en Luxemburgo ya habían acuñado hace tiempo le expresión de “carta constitucional” para referirse al derecho primario de la UE, esto es a sus tratados fundacionales. En el asunto *Los Verdes* (1986) se afirmó -respecto a la entonces CEE- que “es una comunidad de Derecho, en la medida que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado”<sup>12</sup>.

La “idea de constitución”, no debe olvidarse, aparece de forma temprana en la jurisprudencia comunitaria<sup>13</sup>. Así, en el dictamen *nº 1/76* (1977), se utilizan expresiones para referirse a los Tratados fundacionales tales como “Constitución interna” o “Constitución de la Comunidad”<sup>14</sup>. Pero la expresión “carta constitucional fundamental” es la denominación que finalmente se impuso y que se mantiene hasta la actualidad<sup>15</sup>. En el asunto *Andy Wightman y otros* (2018), por ejemplo, se recuerda que

[...] a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, *los Tratados constitutivos, que constituyen la carta constitucional fundamental de la Unión, han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados miembros han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos soberanos y cuyos sujetos no son únicamente esos Estados, sino también sus nacionales*<sup>16</sup>.

10 *Ídem*, apartado 166.

11 *Ídem*, apartado 167, sin resaltar en el original.

12 STJ de 23 de abril de 1986, *Los verdes*, asunto 294/83 [ECLI:EU:C:1986:166], apartado 23. Sin resaltar en el original.

13 En relación a la génesis e historia de la UE véase MOLINA DEL POZO Carlos Francisco, *Tratado de Derecho de la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, 2015, tomo I, cap. I.

14 Cfr. TJ dictamen nº 1/76 de 26 de abril de 1977 sobre el *Proyecto de Acuerdo relativo a la creación de un Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior* [ECLI:EU:C:1977:63], apartado 12.

15 Véase TJ dictamen nº 1/91 de 14 de diciembre de 1991 sobre la creación de un *Espacio Económico Europeo* [ECLI:EU:C:1991:490], apartado 21; dictamen nº 1/00 de 10 de abril de 2002 sobre la creación del *Espacio Europeo Aéreo Común entre la Comunidad Europea y países terceros* [ECLI:EU:C:2002:231]; dictamen nº 1/09 de 8 de marzo de 2011 sobre el *Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes* [ECLI:EU:C:2011:123]; y más recientemente el ya citado dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454].

16 STJ de 10 de diciembre de 2018, *Andy Wightman y otros*, asunto C-621/18 [ECLI:EU:C:2018:999], apartado 44. Sin resaltar en el original.

Desde una perspectiva normativa -escribe Lenaerts-, la autonomía del DUE refleja la idea de que los Tratados establecen un “orden constitucional”, dado que han establecido “un sistema normativo autónomo, autosuficiente y coherente [*an autonomous, self-sufficient and coherent system of norms*]”. Este orden constitucional así concebido debe distinguirse del derecho internacional ordinario (Lenaerts Koen, 2019).

Analogías similares con la Constitución -en tanto norma ordenadora de un sistema autónomo- promueve el TEDH al referirse al CEDH<sup>17</sup>. En efecto, en el caso *Loizidou* (1995) se sentencia que sí, como sostiene el Gobierno demandado, las restricciones sustantivas o territoriales fueran permisibles, las Partes Contratantes

[...] tendrían libertad para suscribir regímenes separados de cumplimiento de las obligaciones del [CEDH] según el alcance de sus aceptaciones. Dicho sistema, que permitiría a los Estados calificar su consentimiento bajo las cláusulas facultativas, “disminuiría la eficacia de la [CEDH] como instrumento constitucional de orden público europeo [*constitutional instrument of European public order*]”<sup>18</sup>.

Estas consideraciones se repiten en el caso *Michaud c. Francia* (2012) donde se analiza la “presunción de protección equivalente” reconocida al DUE respecto al CEDH (ver *infra* capítulo VII). Los jueces de Estrasburgo sostienen que

[...] tal presunción puede rebatirse si, en las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos del [CEDH] era *manifiestamente deficiente*. En tales casos, el interés de la cooperación internacional se vería superado *por el papel del [CEDH] en tanto que «instrumento constitucional de orden público internacional» en el campo de los derechos humanos*<sup>19</sup>.

17 La opinión parcialmente disidente del juez Pinto de Albuquerque en el caso *G.I.E.M. s.r.l. y otros c. Italia* (2018) pone de manifiesto la dimensión del debate que esta cuestión genera en el seno del TEDH: “la época del parroquialismo constitucional [*constitutional parochialism*] ha terminado en Europa. En la era del constitucionalismo multinivel, el [CEDH] es un «instrumento constitucional de orden público europeo» Por tanto, prevalece sobre las disposiciones y los intereses constitucionales de las Partes Contratantes”. En “términos dogmáticos” -continúa-, desde la perspectiva de Estrasburgo, “la distinción anticuada entre órdenes constitucionales monistas y dualistas se ha vuelto irrelevante y no tiene ningún efecto sobre la fuerza vinculante del [CEDH], como es interpretada por las sentencias del TEDH, en el ordenamiento jurídico interno de las Partes Contratantes. El constitucionalismo multinivel sostenido y practicado por el Consejo de Europa está más allá de tal distinción, buscando una *reductio ad unitatem* en las cuestiones de derechos fundamentales en todas las Partes Contratantes” (STEDH [Gran Sala] de 28 de junio de 2018, *G.I.E.M. s.r.l. y otros c. Italia* [n° 1828/06], voto parcialmente disidente del juez Paulo Pinto de Albuquerque, apartado 79).

18 STEDH de 23 de marzo de 1995 (excepciones preliminares), *Loizidou c. Turquía* [n° 15318/89], apartado 75. La expresión “instrumento constitucional del orden público europeo en el campo de los derechos humanos” ya había sido utilizada por la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Chrysostomos y otros c. Turquía*, resuelto el 4 de marzo de 1991, apartado 22.

19 STEDH [Sala quinta] de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [n° 12323/11], apartado 103. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido y también sobre la relación entre DUE y

Una línea similar sigue el TEDH en el caso *Al-Dulimi y Montana Management Inc.* (2016) en relación a la inclusión de personas y entidades en listas sujetas a las sanciones del Consejo de Seguridad (ONU), sosteniendo que ello “implica interferencias prácticas que podrían ser extremadamente serias para los derechos contemplados en el Convenio de las personas afectadas”<sup>20</sup>. El TEDH recuerda aquí que el objeto y propósito del CEDH -un tratado sobre los derechos humanos que protege a los individuos de forma objetiva-, “requiere que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de tal manera que sus requisitos sean prácticos y efectivos”. Por lo tanto, al considerarse que el CEDH es “un instrumento constitucional de orden público europeo, se requería a los Estados Parte, en ese contexto, que garantizaran un nivel control del cumplimiento del Convenio que, como mínimo, preservara los fundamentos de ese orden público”<sup>21</sup>. En el caso *N.D. y N.T. c. España* (2020) sobre el contexto migratorio, el TEDH defiende que,

[...] como instrumento constitucional de orden público europeo, el [CEDH] no puede restringirse de forma selectiva a algunas partes del territorio de un Estado mediante una reducción artificial del alcance de su jurisdicción territorial. Cualquier otra conclusión equivaldría a privar de sentido a la noción de protección efectiva de los derechos humanos que inspira todo el [CEDH]<sup>22</sup>.

El TEDH -escribe Queralt Jiménez-, es el responsable último y subsidiario de los derechos subjetivos y obligaciones objetivas recogidos en el CEDH por

---

CEDH, STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [n° 45036/98], apartado 156, y STEDH [Gran Sala] de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [n° 30696/09], apartado 338. Más recientemente, STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [n° 17502/07], apartados 101, 112 y 116.

<sup>20</sup> El TEDH sostiene que, estas listas, son elaboradas por órganos cuyo papel se limita a la aplicación individual de decisiones políticas adoptadas por el Consejo de Seguridad (ONU), reflejan, no obstante, elecciones cuyas consecuencias para las personas afectadas pueden ser tan serias que no se pueden aplicar sin proporcionar el derecho a una revisión apropiada, que es más indispensable si cabe puesto que estas listas normalmente se elaboran en circunstancias de crisis internacionales y se basan en fuentes de información que tienden a no ser propicias para las garantías que dichas medidas requieren (Cfr. STEDH [Gran Sala] de 21 de junio de 2016, *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza* [n° 5809/08], apartado 145).

<sup>21</sup> STEDH [Gran Sala] de 21 de junio de 2016, *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza* [n° 5809/08], apartado 145. En el voto concurrente conjunto de los jueces Pinto De Albuquerque, Hajiyev, Pejchal y Dedov se afirma que el Consejo de Europa “constituye un ordenamiento jurídico autónomo”. El ordenamiento jurídico de esta organización internacional “tiene en su cúspide un tratado internacional, el [CEDH], que tiene un efecto directo y supranacional sobre los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa”. A lo que se agrega que el CEDH “no está sometido ni a las normas constitucionales nacionales, ni a las supuestamente superiores normas del Derecho internacional, puesto que es la ley suprema del continente europeo. En la propia jerarquía interna de normas del Consejo de Europa, las normas que dimanar de las Naciones Unidas son iguales a cualquier otro acuerdo internacional y están sometidas a la primacía del Convenio como instrumento constitucional de orden público europeo” (*Ídem*, apartado 59).

<sup>22</sup> STEDH [Gran Sala] de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España* [n° 8675/15 y 8697/15], apartado 110.

lo que a través de sus sentencias no sólo realiza su función de tutela individual de los derechos de los particulares –preeminente cuando se trata de la demanda individual-, sino que, además, el TEDH debe proteger el interés general que le impone la vertiente de garantía colectiva del sistema europeo, velando porque el “orden público europeo” sea respetado (Queralt Giménez, 2009: 233-234).

El debate sobre la doble prejudicialidad (ver *infra* capítulo II) deja al descubierto la tensión intersistémica por la última palabra sobre la validez de normas –en este caso- señaladas como contrarias al DUE y, al mismo tiempo, al ordenamiento estatal. Como los circuitos interpretativos son multidireccionales se abre un debate sobre la prioridad en el tiempo. ¿Cuál vía incidental debe activarse primero, la prejudicial ante el Tribunal de Justicia o la constitucional ante el TC? Este debate se transforma en triple prejudicialidad para los Estados parte de la UE y que ratifiquen el Protocolo nº 16 al CEDH, sumando como terminal interpretativa al TEDH el cual debe resolver la cuestión prejudicial de convencionalidad (ver *infra* 14).

En esta puja por la primera palabra lo que está en juego es la última palabra: si la opción, por caso, es a favor de la cuestión prejudicial -constatada la lesión al DUE por los jueces de Luxemburgo-, el órgano jurisdiccional nacional debe desaplicar la norma estatal que se opone a la vigencia directa de la norma comunitaria. Sin embargo, si la prioridad es constitucional, una vez constatada por el TC la invalidez de la norma estatal respecto al DUE aquélla es expulsada del sistema con efecto *erga omnes*, pero si el conflicto es con una norma -valor o principio- constitucional quedarían expuestas las condiciones para activar los contra límites y priorizar así la interpretación a favor de la supremacía constitucional.

Las constituciones nacionales suelen reconocer el final del circuito interpretativo en los TTCC en tanto intérpretes finales de la Constitución (cfr. entre otros art. 137 constitución italiana<sup>23</sup> o el art. 62 de la constitución francesa<sup>24</sup>). Sin embargo, para el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional nacional tiene el poder-deber de plantear la cuestión prejudicial en cualquier etapa del proceso, aún después de conocida la opinión de los jueces constitucionales o supremos. La tensión intersistémica queda representada entonces en la tensión entre dos tipos de control de legalidad sobre normas que regulan materias convergentes: el control concentrado en los TC y el control difuso en cabeza de los “órganos jurisdiccionales nacionales” según expresión del artículo 267 (TFUE) que regula la cuestión prejudicial.

23 La norma citada dice: “En contra de la decisión de la Corte Constitucional [sobre la cuestión de constitucionalidad planteada] *no es admisible ninguna impugnación*”. Sin resaltar en el original.

24 La norma citada dice: “Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 *será derogada* a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Consejo Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse. Contra las decisiones del Consejo Constitucional *no cabrá recurso alguno. Se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales*”. Sin resaltar en el original.

En los albores de presente siglo Pernice introduce en el debate constitucional europeo la expresión *multilevel constitutionalism* (Pernice Ingolf, 1998: 40)<sup>25</sup>. La doctrina no tardó en hacerse eco de esta expresión. Mayer sostuvo que, teniendo en cuenta los desarrollos a nivel supraestatal [*suprastatal level*] a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, una corriente del pensamiento constitucional viene exigiendo un “replanteamiento del concepto de constitución [*rethinking of the concept of constitution*]”. Bajo las circunstancias cambiantes de una “constelación posnacional [*post-national constellation*]” -argumenta Mayer, citando a Habermas y Zürn (1999)-, un concepto más pragmático de constitucionalismo, superador de la clásica visión de que no hay Estado o poder público más allá del establecido por la Constitución, probablemente sea más útil para explicar los fenómenos relacionados con la integración europea (Shaw Jo, 1999: 579-597). Ya existe en la UE -defiende Mayer-, una autoridad pública europea o poder público, lo que afecta directamente al individuo en su condición jurídica. Teniendo en cuenta lo anterior, Mayer responde afirmativamente a la pregunta de si existe una dimensión constitucional de la integración europea. Una posible conceptualización de esta dimensión constitucional -señala-, es describir “la” Constitución europea como “una estructura complementaria entre las constituciones nacionales y europeas. Este concepto se conoce como *Verfassungsverbund* (constitucionalismo multinivel)” (Mayer Franz: 49-50).

La traducción literal que propone Mayer a la citada expresión alemana es “constitución compuesta [*compound of constitutions*]”<sup>26</sup>. De acuerdo con este concepto, ya existe una constitución europea, que surge tanto del nivel constitucional nacional como del europeo. El derecho constitucional europeo y nacional “forman dos niveles de un sistema unitario en términos de sustancia, función e instituciones”. Según esta lectura, el principio de supremacía en la aplicación no implica una jerarquía de normas en el sentido de superioridad o inferioridad jerárquica del derecho europeo o nacional (constitucional). El sello distintivo de la *Verfassungsverbund* es, por tanto, “su estructura no jerárquica” (Mayer Franz: 49-50).

Las afirmaciones de Pernice o Mayer van en el sentido de proponer una alternativa de análisis más allá de las “tipologías tradicionales” establecidas por el derecho internacional público y el derecho constitucional, basada en principios y nuevos conceptos como el de *multilevel systems*. El poder público -dentro de este nuevo esquema conceptual-, no se define por el monopolio del poder como ocurre en la definición tradicional utilizada, entre otras cosas, para definir elementos de la soberanía. Más bien se define por el mero poder de decisión

25 Véase también del mismo autor, “*Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam*”, *WHI-Paper 4/99*. Véase además, PERNICE Ingolf, MAYER Franz y WERNICKE S., “Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism”, *WHI-Paper 11/01*.

26 Para una versión en francés de esta expresión como *constitution composée* véase PERNICE Ingolf y MAYER Franz, “De la constitution composée de l’Europe”, *WHI-Paper 1/01*.

[*decision-making power*] -dejando de lado la cuestión de la capacidad de ejecución-, típicamente expresado en la forma concreta de capacidades normativas o legislativas [*law-making capacities*]. Los niveles en el contexto de un sistema legal multinivel son niveles de toma de decisiones (Mayers Franz, 2003: 58)<sup>27</sup>.

Estas transformaciones impactan directamente en la idea de constitución. Ruggeri -desde la doctrina constitucional italiana- propone repensar dicha idea como “interconstitucional”, en tanto representativa de la *apertura* de la Constitución a la comunidad internacional. Apertura, a partir de la cual, se justifican “limitaciones a la soberanía” estatal. Ruggeri confluye en una mirada de la Constitución como “sistema de sistemas” (Ruggeri Antonio, 2/2001: 544). Utilizando las palabras de la CC italiana, en referencia a la CDFUE, está “constituye parte” del DUE

[...] dotada de caracteres peculiares en razón de su contenido de *impronta típicamente constitucional*. Los principios y los derechos enunciados en la Carta *se cruzan* en gran medida con los principios y derechos garantizados por la Constitución italiana (y por las demás Constituciones nacionales de los Estados miembros). Así, puede darse el caso de que la violación de un derecho de una persona vulnere, *al mismo tiempo*, tanto las garantías consagradas en la Constitución italiana como las codificadas en la CDFUE<sup>28</sup>.

Unos años antes, al establecer la posibilidad cierta de un control del entonces derecho comunitario para garantizar el nivel de protección de los derechos reconocidos en la LFB, el TCFA en el caso *Solange II* (1986)<sup>29</sup> identifica a la *fragmentación* jurídica actual y sus consecuencias para las relaciones interordinales al sostener que el ordenamiento jurídico comunitario y el derecho alemán: “ni son inconciliables ni están incomunicados entre sí, sino que *se interrelacionan de múltiples maneras, se entrecruzan mutuamente y están abiertos a influencias recíprocas*”<sup>30</sup>.

27 Este autor refiere a que, una serie de niveles que representan un sistema multinivel se distingue de los muchos otros niveles y entidades existentes “en virtud de la relación fáctica y jurídica entre ellos”. En primer lugar, existe una relación fáctica específica entre los diferentes niveles de un sistema multinivel: por lo general, un sistema multinivel tendrá una unidad general de un lado y una multitud de entidades más pequeñas en otro nivel, siendo estas últimas entidades un subconjunto de la unidad general en términos de territorio e individuos. Además de esta relación fáctica, normalmente existirá un vínculo jurídico específico entre las entidades y los niveles, que se basa en el vínculo fáctico: la ley de los distintos niveles afirma ser efectiva dentro del mismo territorio; en principio, al individuo se le conceden derechos y recibe obligaciones de cada uno de los niveles. Por tanto, los actos jurídicos de los diferentes niveles pueden abarcar situaciones idénticas o similares.

28 SCC italiana n° 269 de 7 de noviembre de 2017, considerandos en derecho 5.2. Sin resaltar en el original.

29 STCFA de 22 de octubre de 1986, *Solange II* [BVerfGE 73, 339]. Versión castellana por la cual se cita en *Revista de Instituciones Europeas*, n° 14, 1987, pp. 881-899.

30 STCFA de 22 de octubre de 1986, *Solange II* [BVerfGE 73, 339], apartado B I 1 a) bb). Sin resaltar en el original.

Volviendo a Ruggeri, entre la Constitución y los derechos, se produce una “relación de alimentación mutua [*rapporto di mutua alimentazione*]”, en el sentido de que ninguno de los dos términos de la relación se puede pensar sin el otro. En este contexto, se sostiene -según Ruggeri- que la Constitución tiene carácter “interconstitucional” en el sentido que, es la propia Constitución, la que se abre a materiales de origen externo los cuales son acogidos en su seno y “*quodammodo* metaboliza”. El canon que gobierna las relaciones interordinamentales -el auténtico “metaprincipio” en la base de la combinación de los principios y de su concreta utilización- está, por tanto, en la tutela más intensa ofrecida a los derechos y, en general, a los intereses constitucionalmente protegidos en razón de las particulares exigencias de cada caso. En esta relación de mutua interferencia, los derechos vienen a ser “interconstitucionales” -explica Ruggeri- por ser “hijos de una Constitución «abierta» que a manos llenas se alimenta de las otras Cartas, es decir, son tanto constitucionales como supranacionales”. Lo que el carácter “interconstitucional” entonces demuestra, “es que en el actual contexto histórico-político (y, probablemente, aún más en el que vendrá), es simplemente imposible volver al Estado «constitucional» entendido a la antigua, es decir, como la restauración de los antiguos Estados «*curtensi*», autosuficientes” (Ruggeri Antonio, 2014: 13-16).

Bustos Gisbert -desde el derecho constitucional español-, hace una lectura de la idea de Constitución en el mismo sentido: individualiza elementos constitucionales en la “red global”. Afirma este autor que la base institucional sobre la que se asienta la idea de Constitución es el Estado soberano tal y como es definido por la dogmática del derecho público y por la Teoría del Estado del siglo XIX y principios del XX:

[...] un Estado soberano capaz de resolver todos los problemas planteables en el ámbito jurídico, social, económico, militar, cultural, etc. Un ente que no reconoce poderes superiores ni inferiores susceptibles de limitar su poder y que se relaciona con el resto de Estados en posiciones de igualdad jurídica. Un ente, a la postre, soberano en los términos acuñados por Bodino (Bustos Gilbert, 2012: 22).

Este Estado -idealizado o no- defiende Bustos Gisbert, “se ha visto superado por la realidad”. El viejo concepto de Estado “ya no existe en la realidad. Cualquier análisis constitucional debe tener hoy en cuenta este dato” (Bustos Gisbert, 2012: 22)<sup>31</sup>. En suma, el Estado ha perdido la posición de exclusividad característica del siglo XIX. Del mismo modo que los nuevos lugares desarrollan un discurso constitucional incompleto a través de “metaconstituciones”, el Estado, al atribuir a entes ajenos a su control el ejercicio de competencias esenciales derivadas de su antigua soberanía, “también ha devenido un lugar incompleto

31 Del mismo autor véase también, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Editorial Porrúa, México, 2012, pp. 227.

pues ha perdido su carácter omnicompreensivo” (Bustos Gisbert, 2012: 23-24). Bustos Gisbert prefiere apelar a la expresión -para describir el escenario actual de pluralismo constitucional-, de “red de constituciones interactuando permanentemente entre sí” (*Ídem*).

Al describir el espacio constitucional europeo actual, Cruz Villalón enseña que se trata de un ámbito en el cuál cada una de sus comunidades nacionales integrantes “no se rige exclusivamente por la respectiva Constitución nacional, sino en el que, junto a éstas, otras normas determinan materialmente su constitucionalidad” (Cruz Villalón, 2004: 14). En otras palabras, las constituciones nacionales devienen en “constituciones integradas”. Van a dejar de ser, “Constituciones enteramente autodeterminadas” (*Ídem*).

El concepto de pluralismo jurídico –reflejo de la fragmentación apuntada-, en opinión de Bogdandy, no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que “existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos”. Este concepto conlleva, además, importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: “ninguna constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un «pluriuniverso» normativo” (Bogdandy Armin von, 2012: 26)<sup>32</sup>.

Häberle, refiriéndose a los Estados que integran la UE, afirma que viven en una “comunidad constitucional”, éstos tienen con Europa una “constitución común”. Para la “viva comunidad constitucional de Europa”, sostiene el también autor alemán, se puede elegir la metáfora de “un edificio con muchas casas”, éstas pertenecen a cada uno de los Estados miembros, pero también a Europa. Es la interacción entre ambos órdenes (UE y derecho nacional), lo que determina la Constitución real de cada Estado miembro que es ya en parte europea y en parte interna (Häberle Peter, 2009: 389-391). En suma, Häberle ve a Europa como un “conjunto de constituciones parciales” (Häberle, 2005: 16-17).

En menos de dos décadas -reflexiona críticamente Gaïa respecto al derecho constitucional francés-, el derecho europeo ha dejado su huella y ha ejercido una influencia cada vez mayor en el derecho constitucional: éste se ha convertido en un “*droit mou*”, es decir que ofrece poca resistencia, ello a pesar que potencialmente se lo consideró un “*droit dur*” en vista de las tendencias soberanistas muy afirmadas en la Constitución de la Quinta República y, sobre todo, por el crecimiento del poder del Consejo Constitucional. La comunitarización [*communautarisation*] y la convencionalización [*conventionnalisation*] a marcha forzada del derecho francés en los albores de los años ochenta -del siglo pasado- compitieron cada vez más con la constitucionalización [*constitutionnalisation*] del derecho porque el movimiento, lejos de ser paralelo, fue de hecho convergente: cuantos más puntos de contacto -y por tanto puntos de fricción- hallaban con la constitucionalización, las normas europeas encontraban un lugar donde afirmarse y

32 En este contexto, se propone el concepto de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos” para explicar las relaciones normativas de tipo interordinamental.

desarrollarse. Entonces, el enfrentamiento se volvió inevitable. Sobre esta base, fueron las limitaciones externas las que finalmente prevalecieron al comprimir [*comprimant*] cada vez más el espacio constitucional y al obligar al legislador supremo -quien ejerce el poder de revisión-, a aceptar poderes externos. El resultado “es una Constitución bajo la presión constante de juristas excéntricos, es decir, obligados a adaptarse, a «revisar» ¿o a morir?” (Gaia Patrick, 2014: 923-924).

Una visión en red de los sistemas jurídicos se enlaza como pocas a la idea del laberinto borgiano sin salida: al influenciarse recíprocamente, los intérpretes de cada sistema jurídico están obligados a entenderse a través de la *construcción dialógica de consensos*. Este es el marco conceptual para intentar explicar la compleja realidad que presenta el sistema europeo de derechos en tanto *red de sistemas convergentes*.

### 3. Pérdida de la unidad interpretativa: formación de una Comunidad de intérpretes finales

La *unidad* interpretativa, garantizada bajo el paradigma clásico del derecho constitucional en las voces de los jueces supremos o constitucionales como detentadores de la última palabra en la interpretación constitucional<sup>33</sup> es, cuanto menos, puesta en duda por el nuevo *paradigma de la internacionalización* de los derechos humanos y la constitucionalización de la CDFUE o el CEDH<sup>34</sup>. Los circuitos interpretativos vimos mutan entonces de unidireccionales a multidireccionales, lo cual implica el reconocimiento de más de una terminal.

A las voces de los jueces nacionales para interpretar el *sistema de derechos*, se suman –con la apertura- las voces de los jueces de Luxemburgo -quienes ostentan la competencia exclusiva en la interpretación del DUE incluida la CDFUE-, y los jueces de Estrasburgo intérpretes en última instancia del CEDH. Ambos textos internacionales son materialmente convergentes con el sistema de derechos reconocido en las constituciones nacionales. No es posible eludir, por lo tanto, la convergencia de sistemas que reconocen y regulan similares derechos a las mismas personas.

Lo que pone de manifiesto cualquier modelo que intente explicar la realidad constitucional actual -argumenta Bustos Gisbert-,

[...] *es que se ha roto la unidad documental de la Constitución*. Igual que se ha roto la unidad de ejercicio del poder en manos del Estado. Si la realidad de nuestro tiempo muestra que el poder se ejerce a través de una red

33 A estos jueces se les reconocía la última palabra en la medida que ocupaban la máxima instancia en la interpretación de un ordenamiento integrado por normas ordenadas jerárquicamente.

34 Los tribunales constitucionales por caso –escribe Ferreres Comella- han perdido el monopolio que se les confirió en el pasado, pues “ya no son los únicos tribunales que pueden descalificar una ley parlamentaria por contradecir normas supremas” (Cfr. FERRERES COMELLA, 2011: 22).

interconectada de centros de decisión heterogéneos, no queda más remedio que tratar de teorizar una red de constituciones que limite desde la óptica del constitucionalismo esa nueva forma de ejercicio del poder (Bustos Gisbert, 2012: 36).

Diversos *actores* –personas físicas, Estados y organizaciones internacionales– según Shany, se expanden e interactúan en el ámbito internacional, lo cual hace “necesario e inevitable que los sistemas legales en dicho nivel también experimenten un cierto crecimiento”. El citado autor habla en términos de *explosions*. Así Shany refiere a que, por ejemplo, en los últimos años el derecho internacional se ha expandido a zonas donde no existía previamente ninguna regulación internacional, proliferando a la vez sus respectivos centros de interpretación junto a sus sistemas de solución de controversias<sup>35</sup>. Esta *explosions* o tendencia a la expansión [*trend of expansions*], ha contribuido a aumentar el riesgo de una mayor posibilidad de superposición jurisdiccional [*jurisdictional overlap*] entre los tribunales y cortes internacionales (Shany Yuval, 2003: 10). Para Lavranos, entre los “problemas fundamentales” que han surgido producto de la *jurisdictional competition* se encuentra –en primer lugar–, las inconsistencias en la ley [*inconsistencies in law*] las cuales, o bien crean interpretaciones jurídicas conflictivas, o bien la imposibilidad de sacar el máximo provecho de la ley y la jurisprudencia de otros tribunales y cortes que pueden estar envueltos en una disputa. El resultado es, se concluye, un efecto de fragmentación que afecta a los sistemas legales involucrados (Lavranos Yuval, 2008: 333).

Jacqué explica este proceso y sus consecuencias. El período posterior a la Segunda Guerra Mundial estuvo marcado, afirma, “por la multiplicación de sistemas, incluso, de órdenes jurídicos nuevos y yuxtapuestos”. Lo dicho, ha traído como consecuencia, que la potencialidad del conflicto entre sistemas “se ha multiplicado”. Se ha creado una “complejidad formidable” en la articulación de la relación entre órdenes jurídicos a punto tal que, la pluralidad de interpretaciones en materia de derechos, “perjudica la seguridad jurídica”<sup>36</sup>. La “galaxia jurídica contemporánea”, concluye Jacqué, “está constituida de planetas que evolucionan los unos en relación con los otros y, cuyos recorridos, se cruzan en múltiples ocasiones” (Jacqué J-P, 2007: 6).

Esta apertura del derecho estatal hacia un *derecho internacional fragmentado*<sup>37</sup>, encuentra su síntesis conceptual en la formación de una Comu-

35 Se cita en este sentido a la Organización Mundial de Comercio y su sistema de paneles, el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, o bien los procedimientos de investigación de los paneles de inspección del Banco Mundial.

36 Las referencias son a las Naciones Unidas y las “instituciones especializadas” y, más recientemente, a la OMC, a los sistemas regionales de protección de derechos humanos y la UE (Cfr. JACQUÉ Jean-Paul, 2007/1: 3-4).

37 Se ha llamado la atención sobre que la fragmentación del derecho internacional fomenta la aparición de tipos nuevos y especiales de derecho, los llamados “régimenes autónomos [*self-contained regimes*]”, y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente lo cual crea “problemas

nidad de intérpretes representantes del *pluralismo jurídico*. En otras palabras, en la representación del Derecho como un espacio pluridimensional o segmentado. La figura del laberinto borgiano confluye en la figura de nuestra Comunidad de intérpretes finales. La *pérdida de la unidad interpretativa* va a dar lugar al que quizás sea el mayor desafío que deba enfrentar el sistema multinivel de protección de derechos: el debate por la última palabra y la aparición del problema del infinito: *¿cómo reconstruir la unidad perdida sin desconocer la pluralidad de sistemas?*

Gaïa describe de forma crítica la situación que se crea por lo que denominamos pérdida de la unidad interpretativa. En la actualidad -afirma el citado autor analizando el orden jurídico francés- un nuevo orden jurídico ha tomado una forma compuesta a causa de un entrelazamiento [*entrelacs*] de normas internas (en todos los niveles jerárquicos) con normas que son ciertamente de origen externo, pero parte integral del derecho nacional. Un orden jurídico integrador e integrado [*ordre juridique intégrant et intégré*] en el que la perspectiva de la armonización ha dado paso, en gran medida, a la de uniformidad de un corpus de normas heterogéneas (CEDH-CDFUE). Cuya matriz común se nutre de un movimiento unilateral de expulsión-sustitución [*mouvement unilatéral d'éviction-substitution*] de “derechos nacionales contrarios” y del cual la Constitución se ha convertido en uno de los últimos obstáculos a reducir (Gaïa Patrick, 2014: 924).

En la construcción de Europa -escribe Lemaire-, parece lógico dar un paso atrás en la ficción que apoya la idea de que el Estado es el único productor de derechos. Esto parece cada vez más irreal con respecto al derecho supranacional, así como al derecho local que, en la nueva perspectiva de fragmentación de las fuentes del derecho, tiende a mostrar que se abandona la lógica tradicional de un solo centro de decisión, para entrar -como se afirma cada vez más- en la era posmoderna del policentrismo [*polycentrisme*]. Como está claro, en lo que respecta a la construcción europea, que el Estado ya no tiene poderes exclusivos, también nos lleva a preguntarnos sobre la plenitud del “poder soberano” en el marco interno, en la medida en que el monopolio normativo del Estado también parece ser cuestionado por el aumento de la descentralización (Lemaire Félicien, 2012/4: 837-842).

---

de coherencia” en el derecho internacional. Se pone de manifiesto, que “cada complejo de normas o «régimen» llega con sus propios principios”. A fin de que el nuevo derecho sea eficiente, incluye a veces nuevos tipos de cláusulas de tratados o prácticas de tratados que quizás no sean compatibles con el antiguo derecho general o el derecho de otra rama especializada. Con mucha frecuencia surgen nuevas normas o regímenes precisamente a fin de apartarse de lo anteriormente dispuesto por el derecho general. Cuando esas desviaciones se producen o resultan generales y frecuentes, “la que padece es la unidad del derecho” (Cfr. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, 13 de abril de 2006 [A/CN.4/L.682], párrafo 15.

#### 4. El derecho a la última palabra o el problema del infinito. Tensión entre ordenación jerárquica y heterarquía

Lenaerts -presidente del Tribunal de Justicia- invitado a disertar en la inauguración del año judicial 2018 del TEDH describió la función del tribunal supranacional que integra, en tanto garante del Estado de derecho dentro de la UE, como la de un “Tribunal Constitucional y Supremo de la Unión Europea” [*Constitutional and Supreme Court of the European Union*]. Al igual que cualquier TS de Europa, el Tribunal de Justicia “garantiza la aplicación uniforme” del DUE en todo el territorio de los Estados miembros de la UE (Lenaerts Koen, 2018).

La formación de una Comunidad de intérpretes no se traduce en una mera agrupación de intérpretes, no se trata de una simple suma de opiniones jurídicas. Una característica determinante de esta Comunidad es que, cada uno de sus miembros, invoca para sí el *derecho a la última palabra* sobre el ámbito de competencia que le es propia. Actúan como terminales de circuitos interpretativos multidireccionales. Esta competencia les permite interpretar derechos cuya tutela es *común* o convergente a todos los intérpretes que integran la Comunidad. Esta cualidad, si se quiere *fundacional* de una Comunidad de intérpretes finales, es lo que la asemeja a un laberinto borgiano. Del mismo modo que ocurre en éste, las partes pueden persistir en sus interpretaciones divergentes respecto al resto de los intérpretes -potenciando el conflicto y *hostilizando* las relaciones interordinamentales-, pero no encontrarán nunca la salida actuando de manera autorreferencial. Como demuestra la experiencia con el TC polaco, la alternativa al consenso dialógico es la *ruptura sistémica* promovida por el soberanismo constitucional (ver *infra* 44).

El camino hacia la última palabra, en un escenario de pluralismo jurídico y protección multinivel, confirma el problema del infinito y su naturaleza irresoluble: *dónde todos reclaman para sí la última palabra, nadie puede imponer su competencia para detentarla sin quebrar el sistema multinivel de pertenencia*<sup>38</sup>. Intentar identificar al autor de la última palabra en un sistema de protección de derechos multinivel, se asemeja a intentar encontrar una salida dentro de un laberinto sin salida.

Gaïa -quien se muestra escéptico sobre el “diálogo entre jueces”- deja expuesto este punto. El poder de la última palabra [*pouvoir de dernier mot*] -escribe-, representa la antinomia del diálogo porque, en el mismo momento

38 Se pregunta Bustos Gisbert: “Cómo resolver aquellos supuestos en los que los distintos lugares metaconstitucionales desarrollen discursos contradictorios. La asunción de un modelo de pluralismo de constituciones *supone asumir que no hay una instancia superior de resolución de conflictos. Ni siquiera permite, conceptualmente, asumir una suerte de jerarquía inversa a favor de la Constitución estatal*. Y no lo permite porque ello supondría volver a caer en el error de pensar que, a la postre, existe un lugar fundacional de ejercicio del poder (...) Es este problema el que las instancias nacionales de defensa de la Constitución en Europa no parecen haber podido resolver satisfactoriamente” (BUSTOS GISBERT, 2012: 36). Sin resaltar en el original.

en que el último orador está hablando, quien ostenta dicho poder es capaz de interrumpirlo y tiene la capacidad de poner fin a la comunicación sin sufrir más réplicas. En Europa, este poder no puede ser hipotéticamente compartido, monopolizado por un solo hablante cuya decisión se impondrá a los demás. Parece obvio, desde este ángulo, que ya no son los jueces constitucionales sino los jueces europeos quienes están en condiciones de imponerse e imponer “sus preferencias”, es decir, la formulación y los contornos finales de la norma. La disputa por el poder de última palabra definitivamente ha abandonado a los tribunales constitucionales y ahora surge entre las dos jurisdicciones europeas (Gaïa Patrick, 2014/4: 940).

La raíz del problema del infinito consiste en que, *cada sistema dentro del sistema*, se ordena jerárquicamente a partir de una norma suprema que interpreta una autoridad suprema. Cuando los sistemas son convergentes -como vemos ocurre con los sistemas de derechos-, se requiere de una aceptada *cooperación* a través del diálogo judicial que evite que los circuitos interpretativos multidireccionales conduzcan a posiciones divergentes. Existe, por lo tanto, una tensión coyuntural y propia del pluralismo: *la tensión entre ordenación jerárquica intrasistémica y la influencia heterárquica intersistémica*. Esta tensión parece encausarse solo por la vía de la cooperación entre intérpretes. Las relaciones interordinamentales, deben traducirse en relaciones de cooperación para administrar los conflictos intersistémicos que genera el pluralismo.

Esta tensión -y los conflictos que origina- ha encontrado distintas respuestas en la doctrina promotora del pluralismo constitucional en Europa. La mayoría de ellas miran hacia los sistemas federales de organización estatal, que -al igual que el pluralismo- deben articular entre distintos niveles normativos y de gobierno. Estos sistemas federales, en lo que aquí interesa, cuentan con un órgano jurisdiccional supremo que actúa como interprete final de todo el orden jurídico nacional garantizando de este modo la supremacía de derecho federal, que no es otra cosa que garantizar su aplicación uniforme en todo el territorio estatal. ¿Es posible desarrollar un sistema similar para regular las relaciones interordinamentales entre las constituciones nacionales y el DUE? ¿Se trata de un mecanismo de articulación idóneo para administración de la tensión -y los conflictos intersistémicos que en consecuencia se producen-, propios de la naturaleza heterárquica del constitucionalismo multinivel?

MacCormick ha asumido este potencial conflicto, pero lo ha considerado contingente y a resolver fuera del DUE. En el caso de que aparezcan conflictos deberán ser tratados en el contexto del derecho internacional (MacCormick Neil, 1998: 517). Weiler defiende, por su lado, la creación de un nuevo tribunal constitucional compuesto por jueces nacionales y de la UE que podría resolver eventuales conflictos de competencia entre el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales (Weiler Joseph, 1997: 150). En este rumbo Mayer propone, con el fin de resolver el conflicto, “racionalizar” la relación entre las últimas instancias jurisdiccionales, identificando un

conjunto de herramientas o instrumentos legales que puedan ayudar a dar forma al contexto o la base legal de los respectivos tribunales. Así, descartada por “insuficiente” la prohibición de los tribunales nacionales de controlar el DUE, propone una “solución institucional”. Este tipo de soluciones -afirma Mayer-, son particularmente notables en relación con los conflictos de competencia en sentido estricto, particularmente en los casos que se cuestionan extralimitaciones (actos ultra vires)<sup>39</sup>.

Sin embargo, para Mayer, este tipo de instituciones “tendrían sólo una limitada capacidad de resolución de problemas”. Ante todo, porque ya existe un tribunal de competencia [*court of competence*], el propio Tribunal de Justicia. La introducción de un tribunal adicional con poderes amplios equivaldría a una reorganización completa del marco institucional a nivel europeo. Además, una institución compuesta por miembros europeos y miembros nacionales en igualdad de condiciones probablemente sería incapaz de resolver o prevenir conflictos. En resumen: las nuevas Instituciones -concluye Mayer- no resultarían eficaces para resolver todos los posibles escenarios de conflicto. En opinión de este autor, el meollo de la cuestión de la competencia en los sistemas no unitarios es garantizar que todos los actores ejerzan un alto nivel de sensibilidad en materia de competencias [*exercise a consistently high level of sensitivity in matters of competencies*]. Esto no puede lograrse, ni mediante la redacción de las disposiciones sobre competencia, por muy detalladas que sean, ni mediante arreglos institucionales por sí solos. Dentro de este esquema, para Mayer cobra relevancia “un foro para el diálogo judicial” compuesto por los tribunales de los diferentes niveles, pero sin autoridad para tomar decisiones vinculantes. Estaría integrado por jueces del Tribunal de Justicia y los jueces nacionales de más alto rango. En el pasado -concluye Mayer-, el diálogo judicial, la conversación continua entre los tribunales de los diferentes niveles mediante la cuestión prejudicial, “ha demostrado ser un elemento fundamental de la constitucionalización del orden jurídico comunitario impulsado por el Tribunal de Justicia”. Es por ello por lo que el diálogo, el discurso y la conversación entre los tribunales parecen tener “un potencial sustantivo de resolución de problemas para el futuro”. En este sentido, puede ser una buena idea establecer un “Senado conjunto de las más altas cortes y tribunales de la Unión Europea” (Mayer Franz, 2003:38-40).

Poiars Maduro, al intervenir en este debate, se pregunta si debe estar el ordenamiento jurídico europeo sujeto a una organización jerárquica que garantice bien al Tribunal de Justicia bien a los tribunales nacionales el papel de

39 La creación de un tribunal especial que resuelva conflictos de competencias entre el Tribunal de Justicia y las máximas instancias jurisdiccionales nacionales ha contado con adherentes en el TCFA. Algunos de sus integrantes han hecho propuestas en este sentido. Siegfried Bross propone un Tribunal de Arbitraje del Tratado compuesto por 15 representantes de los tribunales nacionales y un representante del Tribunal de Justicia. Udo Di Fabio, por su parte, apunta a la creación de un Tribunal Constitucional común que se integre con miembros de los tribunales constitucionales de los Estados miembros (véase MAYER Franz, 2003: 38).

autoridad última a la hora de decidir conflictos jurídicos en el seno de la comunidad jurídica europea. Se trata -afirma- de la “cuestión de la soberanía jurídica en Europa”. Para este autor, la integración europea “ataca” esta concepción jerárquica del derecho. En realidad, tanto el derecho nacional como el europeo asumen en su lógica interna el papel de derecho superior. La cuestión de “quién decide quién decide (*kompetenz-kompetenz*)” tiene respuestas distintas en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el europeo, y “cuando se contempla desde una perspectiva externa a los ordenamientos jurídicos nacionales y comunitario, requiere una concepción del derecho que no dependa de una estructura jerárquica y una concepción de la soberanía como única e indivisible” (Poiaras Maduro, 2003: 34-38)<sup>40</sup>.

## 5. La construcción de una identidad constitucional de frente al pluralismo constitucional

El problema del infinito se encuentra irremediamente asociado a la construcción de una *identidad constitucional* tanto a nivel de la UE (ver *infra* capítulo III) como de los Estados Miembros (ver *infra* capítulos IV y V). Este concepto -una reacción ante las consecuencias de la apertura-, conduce a un laberinto dentro del laberinto, pero nunca a su salida. Remite a la interpretación de la *primera palabra*, esto es a la interpretación de las normas constitucionales en tanto normas fundantes y centro de ordenación del sistema jurídico nacional, o bien a los tratados fundacionales tratándose de la UE. Dicha interpretación corresponde a los intérpretes nacionales -generalmente los jueces constitucionales o supremos- sobre los distintos sistemas integrados en una Constitución (por ejemplo un sistema de gobierno, un sistema de derechos). El *núcleo rígido* de estos sistemas -presentados como principios fundamentales o generales- formaría la *expresión identitaria* del derecho estatal blindada a cualquier interpretación extra-sistémica. El carácter autónomo y el tono absoluto del principio de primacía del DUE en la interpretación del Tribunal Justicia blindaría, por su parte, el ordenamiento jurídico comunitario.

El problema del infinito se materializa en que el blindaje protege contra la interpretación directa de las normas constitucionales, pero no evita la interpretación indirecta de éstas promovida en sede internacional o viceversa. Particularmente en

<sup>40</sup> Este concluye en que existen “poderosas razones, normativas y pragmáticas, para no adoptar una alternativa jerárquica que imponga una autoridad monista del derecho europeo y sus instituciones jurisdiccionales sobre el derecho nacional” y se pregunta: qué pasaría si lo que hace único al ordenamiento jurídico europeo fuera que esa cuestión sin resolver debiera quedar irresoluta. En este contexto propone su noción de “derecho contrapuntual” como representativa del diálogo entre intérpretes de una comunidad: “en Derecho tenemos que aprender cómo manejar la relación no jerárquica entre diferentes ordenamientos jurídicos e instituciones y descubrir cómo sacar partido de la diversidad y las opciones que nos ofrece sin generar conflictos que pudieran en último extremo destruir estos ordenamientos jurídicos y los valores que defienden” (*Idem*).

materia de interpretación del sistema de derechos, sencillamente porque difícilmente pueda defenderse hoy, con la consolidación en Europa de una protección multinivel, la existencia de sistemas autónomos completamente inmunizados a la influencia extra-sistémica que, al mismo tiempo, se presentan como sistemas que regulan materias convergentes. Los circuitos interpretativos -ya se dijo-, no reconocen una única terminal en el pluralismo constitucional.

La jurisprudencia del TCFA, ha lidiado desde siempre con este problema en su relación con el Tribunal de Justicia. En su famosa sentencia *Lisboa* (2009) afirma que, la LFB -esto es la constitución alemana-,

[...] no autoriza a los órganos estatales alemanes a transferir derechos de soberanía de tal modo que a partir de su ejercicio puedan justificarse de forma independiente nuevas competencias para la [UE]. *Se prohíbe la transferencia de la Kompetenz-Kompetenz* [competencia para decidir sobre las competencias]<sup>41</sup>.

De este modo, los jueces constitucionales alemanes ubican, en la obligación de la UE de respetar la identidad nacional de los Estados miembros (cfr. art. 4.2, TUE)<sup>42</sup>, el “fundamento del poder de la Unión en el Derecho constitucional estatal”. Todo conduce a una “identidad intransferible” que corresponde al TCFA verificar, en el marco de su competencia, si los principios que la integran quedan protegidos. Los poderes públicos alemanes, por tanto, quedan sujetos a una *responsabilidad por la integración* que puede ser exigida en un proceso ante los jueces de Karlsruhe. Las normas sobre el ejercicio de competencias, para el TCFA, *deben garantizar* que las atribuciones realizadas al ámbito europeo sean ejercidas de tal modo que las competencias de los Estados miembros queden protegidas.

Se apunta aquí a resguardar la identidad constitucional de las interpretaciones extensivas atribuidas a los jueces de Luxemburgo. Cuando en el proceso de integración europea -afirma el TCFA- el derecho primario de la UE es interpretado de forma extensiva, se produce una significativa *tensión constitucional*. En palabras del propio TCFA:

Se produce la amenaza de una vulneración del principio constitutivo de atribución y de la responsabilidad conceptual sobre la integración que corresponde a los Estados miembros, *cuando las instituciones de la [UE] pueden*

41 STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa*, [BVerfGE 123, 267; asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09], apartado 233. Sin resaltar en el original. El párrafo transcrito remite en sus citas -entre otras- a la STCFA de 12 de octubre de 1993, *Maastricht* [BVerfGE 89, 155].

42 La norma citada dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, *así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos*, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Sin resaltar en el original.

*decidir de forma ilimitada, sin control externo alguno* –siquiera sea un control muy restringido y que se entienda como excepcional- *cómo debe interpretarse el Derecho de los tratados* [o sea el derecho primario]<sup>43</sup>.

Este *control de la identidad* (ver *infra* 33) posibilita, consiguientemente, la verificación por parte del TCFA de si a consecuencia de la actuación de las Instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 a 20 (LFB), declarados intangibles en el artículo 79.3 (LFB): “De este modo, se asegura que la primacía del [DUE] solamente rige en virtud de y en el marco de la aún vigente atribución constitucional”<sup>44</sup>.

El TCFA -comenta López Castillo-, “presume la existencia de una reserva de jurisdicción al efecto de sancionar posibles actuaciones de la UE «ultra vires» del programa de integración o/y lesivas de la identidad constitucional”. Por lo tanto, si de la normativa de la UE, según la interpretan los órganos jurisdiccionales de la UE, fuese a resultar un posible desconocimiento del programa de integración o/y de la cláusula de identidad constitucional, ni la “pretensión de validez” del DUE, “podrían oponerse con éxito en Alemania a la *suprema interpretación constitucional*, sea respecto del alcance del programa de integración autorizado, sea respecto a la referida cláusula de identidad constitucional” (López Castillo, 2009: 354-355). En palabras de Gambino, el juez constitucional alemán reivindica para sí el papel de “árbitro último, de guardián decisivo de la Constitución”, a través del ejercicio del control de la compatibilidad del proceso de integración con la intangibilidad constitucional del principio democrático y de la “cláusula de eternidad” (cfr. art. 79.3 LFB). Con esta “garantía de perennidad”, ni el propio legislador constitucional “puede disponer de la identidad del orden constitucional liberal” (Gambino Silvio, 2012: 62).

Por su parte, la interpretación de los jueces de Luxemburgo de los tratados fundacionales de la UE como *normas ordenadoras* similares a la función que cumplen las normas constitucionales en el derecho nacional, es posible a través de la construcción de una identidad constitucional propia que encuentra en dichos tratados la representación de una auténtica Constitución entendida como norma suprema de un ordenamiento complejo. Estas nuevas normas ordenadoras concentrarían la *Kompetenz-Kompetenz* a semejanza de lo que ocurre en

43 STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa*, [BVerfGE 123, 267; asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09], apartado 238. Sin resaltar en el original. El TCFA encuentra en el control *ultra vires* dicha garantía no solo respecto a la responsabilidad mencionada sino también para la protección del “contenido esencial inviolable de la identidad constitucional” de la LFB en el marco de un *control de la identidad*. Los efectos de este control *ultra vires* –que exclusivamente corresponde al TCFA- no son desconocidos por la sentencia *Lisboa* (2009), pueden conducir a que en el futuro el derecho de la UE “sea declarado inaplicable” en Alemania como efectivamente ocurrió en la STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15].

44 STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa*, [BVerfGE 123, 267; asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09], apartado 240. Sin resaltar en el original.

los sistemas federales. Esta recorrido iniciado por Luxemburgo, es en gran parte censurado por Karlsruhe, pues constituiría la expresión indubitada del proceso de disolución de la soberanía estatal que, al amparo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, habría venido operando silenciosamente por lo menos desde la entrada en vigor del TUE<sup>45</sup>.

Siguiendo la línea argumental del TCFA se ha manifestado también el TC portugués. La competencia sobre la competencia [*competência da competência*] implica la posibilidad de determinar autónomamente lo que está dentro y fuera de la jurisdicción constitucional:

Así se expresa la construcción, invariablemente presente en la teoría de la jurisdicción, según la cual cualquier tribunal valora autónomamente su propia competencia, definiéndola positiva o negativamente. Si esta definición se produce, como aquí, fuera de un marco en el que cabe cualquier tipo de control heterónimo (internamente, porque estamos en lo más alto de la jerarquía; y, más allá de este nivel, no hay una estructuración competencial que permita un control del ejercicio de la competencia sobre la competencia por el [TC portugués], nos encontramos ante una definición necesariamente final de competencia, aunque ello no excluye un posible control heterónimo de los efectos del ejercicio de dicha competencia (pero no precisamente de la competencia sobre la competencia), en la medida más estricta en que ello pueda desencadenar el funcionamiento del sistema regional de control judicial establecido por el [CEDH], al que el Estado portugués está obligado internacionalmente”. El hecho de que el TC “reclame la última palabra sobre el alcance de sus facultades de control implica lógicamente la afirmación de su competencia (competencia sobre la competencia) para decidir definitivamente todas las cuestiones relativas a su propia competencia<sup>46</sup>.

La disputa por la última palabra en un escenario multinivel, como se puede observar, promueve el conflicto y la tensión en la evolución de las relaciones interordinamentales condenando a los miembros de una Comunidad de intérpretes finales a vagar por los pasillos de un laberinto borgiano. Sin que pueda encontrarse el hilo de Ariadna que indique la salida, el debate es circular y su proyección infinita e irresoluble. En el fondo, lo que subsiste, es una puja entre identidades constitucionales construidas por sus intérpretes finales.

45 Un intento parcial y fallido de ello fue el *non nato* Tratado Constitucional de Roma de 2004 que, refrendando el criterio del Tribunal de Justicia, además de prever en su texto la primacía del DUE sobre el derecho estatal, configuraba dicha Constitución al modo y manera tradicional de los documentos constitucionales, la dotaba de rigidez orgánica en su modificación (arts. IV 443-445), y exigía trámites consensuados en el proceso de secesión de cualquier Estado miembro (Art. I-60). Pero, desde la perspectiva de los Tribunales constitucionales alemán, checo polaco o español, por citar algunos, esta traslación de una competencia sobre las competencias a la UE aún no se ha producido (ver cap. III).

46 STC portugués de 15 de julio de 2020, nº 422, apartado 2.6.2.2.

## 6. El triángulo jurisdiccional europeo un sistema multinivel a “tres bandas” de naturaleza compuesta

Enfocándonos en el análisis del sistema europeo de derechos, observamos la formación de una Comunidad de intérpretes finales producto de la cohabitación –por lo menos- de tres dimensiones jurídicas en el respectivo espacio territorial estatal. Se reconocen, por tanto, tres terminales vinculadas a un sin número de circuitos interpretativos. Nos encontramos ante una relación triangular entre intérpretes que se encuentra en el centro de nuestro laberinto borgiano.

Una primera dimensión identificada con el ordenamiento jurídico nacional –referenciado en la Constitución como centro de ordenación jerárquica-, donde el resto de las normas jurídicas deben aprobar el *test de constitucionalidad* competencia del juez constitucional. A ésta se agrega, una segunda dimensión, propia del ordenamiento jurídico de la UE y referenciada en los tratados fundacionales incluida –de acuerdo con el artículo 6.1 (TUE)<sup>47</sup>- la CDFUE, donde la relevancia jurídica está dada por *el test de comunitariedad* a cargo del Tribunal de Justicia. Por último, una tercera dimensión señala al ordenamiento jurídico construido a partir del CEDH, donde el *test de convencionalidad* a cargo del TEDH asume la centralidad. Este triángulo jurisdiccional europeo muestra la mutación multidireccional de los circuitos interpretativos en materia de derechos.

Los tres ordenamientos jurídicos se presentan –y son defendidos por sus intérpretes finales- como autónomos e independientes. Se caracterizan por la primacía de sus normas primarias de referencia (ya sean las normas constitucionales o las que integran los tratados fundacionales). La primacía es interpretada aquí no como superioridad jerárquica, sino como garantía de no desplazamiento de aquellas normas frente a un conflicto normativo extra-sistémico.

Sin embargo, existe otra cualidad relevante: los tres ordenamientos jurídicos señalados se encuentran integrados en un mismo ámbito territorial: el de los Estados miembros (tanto de la UE como del CEDH). En consecuencia, la defensa en términos absolutos de esta primacía conduciría no solo a ignorar el pluralismo jurídico existente, sino a la tensión en las relaciones interordinamentales. Tensión que terminaría, ante la ausencia de un diálogo constructor de consensos –léase estándares mínimos de protección-, por erosionar la vigencia de los derechos tutelados.

<sup>47</sup> La norma citada dice: “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”. Sin resaltar en el original.

En estas condiciones de pluralismo jurídico la articulación de derechos -escribe Grewe-, ya no puede operar sobre la base de las relaciones tradicionales entre ordenamientos jurídicos. La coherencia de la protección requiere, por el contrario, una estrategia para evitar conflictos cuyos instrumentos son el diálogo entre jueces y la toma en cuenta de todos los derechos en cuestión. El “entrelazamiento de derechos conduce, por tanto, a la unión o fusión de los derechos, fuentes y ordenamientos jurídicos afectados, todos los cuales se aplican al mismo tiempo”. Al hacerlo, los derechos fundamentales ya no formarían un todo heterogéneo sino una “red de derechos equivalentes [*réseau de droits équivalents*]” (Grewe Constance, 2014/4: 963).

Podemos observar cómo actúa este sistema de protección multinivel siguiendo el día a día de la jurisprudencia constitucional europea.

Observemos el caso, por ejemplo, del TC letón al interpretar el artículo 96 (constitución letona)<sup>48</sup> que se refiere a una materia convergente como la protección de datos personales y el derecho a la intimidad. Lejos de recorrer un circuito unidireccional con terminal en el propio TC, con el objeto de interpretar y aplicar dicho artículo de conformidad con el DUE<sup>49</sup>, los jueces constitucionales letones plantean una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia<sup>50</sup>. Inician, de este modo, el recorrido por un circuito multidireccional que reconoce diversas terminales interpretativas.

Este caso es relevante, además, porque enseña las consecuencias de una constitución “en red” y como influyen en el procedimiento constitucional nacional. En la cuestión prejudicial el TC letón pregunta a Luxemburgo -en cuarto lugar-, teniendo presente la jurisprudencia según la cual la interpretación del DUE efectuada en las decisiones prejudiciales tiene efectos *erga omnes* y *ex tunc*, si en caso de incompatibilidad de la ley letona con el artículo 96 de la Constitución letona -considerado éste a la luz del DUE y de la CDFUE-, “podría mantener los efectos temporales” previstos en la legislación letona “hasta la fecha en que dicte su sentencia, habida cuenta del gran número de relaciones jurídicas

48 La norma citada dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

49 La cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 5, 6 y 10 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO 2016, L 119, p. 1); y del artículo 1, apartado 2, letra *c quater*), de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, *relativa a la reutilización de la información del sector público* (DO 2003, L 345, p. 90), en su versión modificada por la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (DO 2013, L 175, p. 1).

50 La cuestión prejudicial presenta en el contexto de un procedimiento a instancias de B en relación con la legalidad de una normativa nacional que permite el acceso del público a datos personales sobre puntos impuestos por infracciones de tráfico.

afectadas”<sup>51</sup>. Al respecto el TC letón sostiene que, conforme al derecho constitucional letón<sup>52</sup>,

[...] una ley declarada inconstitucional debe considerarse inválida desde la fecha de publicación de la sentencia de dicho tribunal, a no ser que este resuelva otra cosa. Explica que debe, a ese respecto, buscar un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y los derechos fundamentales de las distintas partes interesadas<sup>53</sup>.

En otras palabras, “¿deben interpretarse el principio de primacía del [DUE] y el principio de seguridad jurídica en el sentido de que podría estar permitido aplicar la norma controvertida y mantener sus efectos jurídicos hasta que la resolución definitiva que adopte el [TC] adquiera firmeza?”<sup>54</sup>.

La respuesta desde Luxemburgo no deja dudas:

[...] los efectos en el tiempo de una resolución del Tribunal de Justicia tras la remisión prejudicial correspondiente *no pueden depender de la fecha en que se dicte la sentencia mediante la cual el órgano jurisdiccional remitente resuelva definitivamente sobre el litigio principal, ni siquiera de la apreciación por este de la necesidad de preservar los efectos jurídicos de la normativa nacional controvertida*.

Consiguientemente, en virtud del principio de primacía del DUE,

[...] no puede admitirse que normas de Derecho nacional, *aun si son de rango constitucional*, menoscaben la unidad y la eficacia del [DUE]. Aun suponiendo que consideraciones imperiosas de seguridad jurídica puedan conducir, con carácter excepcional, a suspender provisionalmente el efecto de exclusión que ejerce una norma de la Unión directamente aplicable sobre el Derecho nacional contrario a ella, *los requisitos de tal suspensión solo los puede establecer el Tribunal de Justicia*<sup>55</sup>.

Otro ejemplo de la interconexión de los niveles de protección lo encontramos en la jurisdicción constitucional portuguesa<sup>56</sup> al interpretar el alcance de la tutela efectiva: se trataba de extender a las personas jurídicas con fines de

51 STJ de 22 de junio de 2021, B, asunto C439/19 [ECLI:EU:C:2021:504], apartado 51.

52 La Ley nº 103 (1996) sobre el TC en su artículo 32, apartado 1, afirma que una sentencia constitucional “es firme y ejecutiva desde su pronunciamiento”. Con arreglo al artículo 32, apartado 3 de la misma ley una disposición jurídica que el TC haya declarado no conforme con una norma jurídica superior “se considerará nula a partir del día de la publicación de la sentencia de dicho órgano jurisdiccional, salvo que este decida lo contrario”.

53 *Ídem*, apartado 52.

54 *Ídem*, apartado 53.

55 *Ídem*, apartados 134-135. Sin resaltar en el original.

56 STC portugués de 8 de mayo de 2018, nº 242. En el mismo sentido véase STC portugués de 27 de agosto de 2015, nº. 403 y nº 773.

lucro la asistencia jurídica gratuita. Dicho caso se resuelve sosteniendo que si bien la Constitución constituye el parámetro de decisión del TC portugués (cfr. artículo 277, párrafo 1, constitución portuguesa), el TC debe considerar también, en razón de “una visión sistémica del ordenamiento jurídico [*visão sistémica do ordenamento jurídico*]” aplicable en Portugal y su importancia para la interpretación de los preceptos relacionados con los derechos fundamentales, la jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 6.1 (CEDH), así como la interpretación del Tribunal de Justicia vinculada al artículo 47 (CDFUE)<sup>57</sup>.

¿Cómo se estructura este triángulo jurisdiccional europeo? Con un intérprete final en cada vértice: los jueces constitucionales y supremos en uno, el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo en otro, y en el restante, el TEDH con sede en Estrasburgo. Lo que ocurre en esta Comunidad de intérpretes finales es mirado con suma atención por los jueces nacionales que son, al mismo tiempo jueces de aplicación de los tres ordenamientos jurídicos señalados: nacional, UE y CEDH. Esta es la razón central por la cual es necesario que los intérpretes finales dialoguen -transitando en modo multidireccional los circuitos interpretativos-, construyendo consensos sobre opiniones convergentes y evitando las divergentes ancladas a monólogos autorreferenciales como promueve el soberanismo constitucional. Solo las primeras aparecen con capacidad de garantizar la eficacia en la tutela de los derechos en el espacio europeo<sup>58</sup>.

Se trata de un diálogo dotado de *alta complejidad*, minado de obstáculos sobre todo derivados de la interpretación y la construcción de una identidad constitucional en todos los niveles de protección. En sede nacional, dicha identidad tiene su punto de partida en la supremacía constitucional. Pero también se tiñe de una tonalidad absoluta a la primacía en sede internacional. En especial

57 Véase STJ de 22 de diciembre de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-279/09 [ECLI:EU:C:2010:811]. En este asunto el Tribunal de Justicia debe resolver una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del principio de tutela efectiva con el fin de determinar si, en aplicación de este principio, debe concederse el beneficio de justicia gratuita a personas jurídicas. La solicitud de asistencia jurídica gratuita había sido presentada por una sociedad comercial ante los órganos jurisdiccionales alemanes. Los jueces de Luxemburgo responden que: “El principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 47 de la [CDFUE], debe interpretarse en el sentido de que no se excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que la asistencia concedida en aplicación de este principio pueda incluir, en particular, la dispensa del pago anticipado de las costas del procedimiento y/o de la asistencia letrada”.

58 Escribe Burgorgue-Larsen que: “El diálogo judicial –marcado por una sucesión de acuerdos y desacuerdos entre jueces- ha permitido rápidamente a las Comunidades europeas y a la Unión Europea, después, *convertirse en un sistema protector de los derechos fundamentales tras haber sido concebida dentro de una lógica de mercado* (...) La creación de un catálogo pretoriano de protección de los derechos fundamentales fue *el fruto de un diálogo vertical constructivo entre algunos tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia*, y la intensificación de las garantías es testimonio de un cambio de paradigma. El reino exclusivo del todopoderoso mercado es completado por la lógica de la protección hasta el punto en que el discurso jurisprudencial en materia de derechos fundamentales ha superado hoy el estadio de la creación y de la proclamación para llegar al de su consolidación efectiva” (BURGORGUE-LARSEN, 2016).

en el ámbito de la UE donde dicha primacía va acompañada de interpretaciones expansivas sobre las competencias comunitarias.

La relación entre el DUE y los diversos ordenamientos nacionales ha sido calificada como una “relación difícil”. En especial, desde el momento en que queda excluida la posibilidad de articularla a partir del principio de jerarquía, y “sólo en términos muy relativos cabe construirla con el de competencia”. En realidad, y como cuestión de principio, tanto el DUE como los ordenamientos de los Estados miembros, parten de una “acusada voluntad de independencia y supremacía”. El proceso de integración ha dado, en todo caso, lugar “a un punto irreductible de voluntad de preeminencia, del que en definitiva ha resultado una relación fundada en un equilibrio muy precario” (Cruz Villalón, 2015: 176).

Sostiene Cruz Villalón que, las constituciones nacionales, “no fueron pensadas para entenderse las unas con las otras”. Las constituciones nacieron con no pocos problemas y no pocas tareas, pero entre ellas no se encontraba la de generar pautas de convivencia interna. Por el contrario, las constituciones nacionales, como las entendemos hoy día, “se imaginaron como normas supremas de unidades políticas idealmente aisladas: normas organizativas y limitativas de los poderes del Estado”. Otra cosa no tenían que decir, pero ello era suficiente para afirmar su “posición única y su posición de supremacía” (Cruz Villalón, 2004: 134).

Este sistema multinivel “a tres bandas” plantea una complejidad extra en cuanto a su naturaleza jurídica. Se trata de un sistema compuesto donde cada uno de los sistemas concurrentes posee características propias que lo definen: el sistema de derechos estatal referenciado en la constitución nacional, el comunitario en los tratados fundacionales, y el CEDH en el DIDH. El primero mira entonces hacia la Constitución y su supremacía; el segundo defiende su primacía y consiguientemente su efecto directo desde su condición de derecho supranacional; y el tercero su primacía y su carácter subsidiario. Los tres corresponden a la suma de tres lógicas jurídicas diferenciadas que impactan directamente en el desarrollo de las relaciones interordinamentales.

A esta complejidad originada en la diversidad jurídica donde por primera vez encontramos un derecho de naturaleza supranacional integrando un sistema de protección de derechos multinivel se refiere Lenaerts al destacar que, aunque tanto el CEDH como el DUE están comprometidos con la protección de los derechos fundamentales, “sus respectivos sistemas de protección no funcionan exactamente de la misma manera”. Si bien el primero funciona como un “control externo” de las obligaciones impuestas por este acuerdo internacional a las Partes Contratantes, “el sistema de la UE de protección de los derechos fundamentales es un componente interno [*internal component*] del Estado de derecho dentro de la UE”. Aunque la UE no es un Estado, “la lógica que sustenta su sistema de protección de los derechos fundamentales se acerca más a la de un Estado miembro de la UE que a la prevista por el [CEDH]” (Lenaerts Koen, 2018).

En el asunto *X. C. y otros* (2018) el Tribunal de Justicia pone en evidencia las diferencias entre el sistema de protección de derechos previsto en el CEDH

y en el DUE. El tribunal remitente pregunta, fundamentalmente, si este último -en particular los principios de equivalencia y de efectividad-, debe interpretarse en el sentido de que exige al juez nacional que amplíe el ámbito de aplicación de una vía de recurso de derecho interno que permite obtener la repetición de un procedimiento penal concluido con una resolución nacional que ha adquirido fuerza de cosa juzgada en caso de violación del CEDH o de alguno de sus Protocolos, aplicando igualmente esta vía de recurso a las violaciones del DUE<sup>59</sup>. Es decir, si un recurso contemplado para el cumplimiento de las sentencias del TEDH debe ser también habilitado -puede considerarse similar- para el cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia<sup>60</sup>.

Tal posibilidad es rechazada abiertamente en Luxemburgo. No cabe considerar -se afirma- que dicho procedimiento sea similar a los recursos destinados a proteger un derecho fundamental garantizado por el DUE, en particular por la CDFUE, “y ello *a causa de las características específicas* derivadas de la propia naturaleza de este ordenamiento”. Se recuerda, en este sentido, que como el Tribunal de Justicia ha indicado en reiteradas ocasiones:

[el DUE] se caracteriza por proceder de una fuente autónoma constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a los nacionales de dichos Estados y a los propios Estados<sup>61</sup>.

Para preservar las características específicas y la autonomía de ese ordenamiento jurídico, los Tratados “han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación” del DUE. En ese marco, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del DUE en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables<sup>62</sup>.

Lo expuesto debe conjugarse con la jurisprudencia originada en el asunto *Simmmenthal* (1978)<sup>63</sup>, con arreglo a la cual los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del DUE “están obligados a garantizar la plena eficacia de estas disposiciones, si es necesario dejando inaplicada por su propia autoridad cualquier disposición nacional contraria, sin solicitar o esperar la eliminación previa de dicha disposición nacional por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento

59 Este recurso se creó a fin de aplicar las sentencias del TEDH, y el Gobierno austriaco ha puesto de relieve que, de este modo, el legislador había querido dar cumplimiento a la obligación formulada en el artículo 46 (CEDH). Cfr. STJ de 24 de octubre de 2018, *X. C. y otros*, asunto C-234/17 [ECLI:EU:C:2018:853], apartado 31.

60 STJ de 24 de octubre de 2018, *X. C. y otros*, asunto C-234/17 [ECLI:EU:C:2018:853], apartado 20.

61 STJ de 24 de octubre de 2018, *X. C. y otros*, asunto C-234/17 [ECLI:EU:C:2018:853], apartados 44-46

62 *Idem*, apartados 35-40.

63 STJ de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, asunto 106/77 [EU:C:1978:49], apartados 21 y 24.

constitucional”. Es por tanto este “marco constitucional” el que debe respetarse -afirma el Tribunal de Justicia- al interpretar y al aplicar en la UE los derechos fundamentales, tal como han sido reconocidos en particular en la CDFUE. Dicho marco constitucional “garantiza a cualquier persona la posibilidad de obtener la tutela efectiva de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión antes incluso de que se produzca una resolución nacional con fuerza de cosa juzgada”<sup>64</sup>.

## 7. Los derechos tutelados en la UE como derechos supranacionales: el efecto directo de la CDFUE. ¿El artículo 51 (CDFUE) es la válvula de presión? ¿Cómo interpretar el artículo 53 (CDFUE)?

El triángulo jurisdiccional europeo -en tanto sistema de protección multinivel- tiene que lidiar vimos con un problema adicional, uno de sus vértices responde a las características propias del novísimo derecho supranacional. Implica el desafío, por lo tanto, de conciliar el principio de primacía del DUE con el principio de mayor protección -previsto en el artículo 53 (CDFUE)<sup>65</sup>- como regla clásica de solución de conflictos entre sistemas de derechos concurrentes.

La evolución del derecho *supranacional*, en tanto derecho autónomo, parte de un hecho jurídico característico del presente: la atribución de competencias -otrora estatales- a instituciones de la UE. El ordenamiento jurídico comunitario, entonces, se caracteriza por constituirse en receptor de la atribución de competencias que, los Estados Miembros, dejan de ejercer por sí mismos<sup>66</sup>. Dicha atribución es la causa, en la práctica diaria de la integración europea, de una modificación estructural de la noción clásica de soberanía estatal. Se deja de lado así la configuración absolutista con la que ésta fue concebida, siempre idealizada por el pensamiento dogmático y materializada mayoritariamente en la configuración de un Estado nacional totalitario o autoritario.

La integración de un derecho supranacional dentro de un pluralismo jurídico donde conviven, junto al derecho estatal, un derecho de naturaleza subsidiaria como el que deriva del CEDH, agigantan las dimensiones de un problema que está en la base de las relaciones interordinamentales europeas: ¿constituye la CDFUE un derecho de mínimo como lo es el CEDH? ¿O bien, de forma coherente con la primacía reconocida al DUE -y el consiguiente efecto directo- actúa

64 STJ de 24 de octubre de 2018, *X. C. y otros...* apartados 44-46.

65 La norma citada dice: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como *limitativa o lesiva* de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”. Sin resaltar en el original.

66 En todo caso siguen participando en un “ejercicio común” de las competencias atribuidas.

como techo, como un *límite en sí mismo* fijado por la interpretación que de él hace el Tribunal de Justicia?

Cuando estamos aplicando el DUE –escribe Bustos Gisbert-, cuando existe ese “vínculo o conexión”, el juez nacional ha de aplicar la CDFUE. Y ha de hacerlo “exactamente igual” que el resto del DUE (aquí el principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la UE es el insoslayable punto de partida con los corolarios lógicos expresados por los principios de primacía y efecto directo, así como, en alguna medida, el resto de principios básicos del DUE). La CDFUE, no es un tratado de derechos, tampoco es un “tratado de mínimos sobre el contenido de los derechos que ha de respetar el intérprete y aplicador” del derecho nacional. Es el *bill of rights* de la UE (Bustos Gisbert, 2017: 337).

¿Qué pasaría entonces si un TC llegara a una opinión divergente –respecto al Tribunal de Justicia intérprete último del DUE- sobre el alcance de un derecho reconocido tanto en la CDFUE como en la Constitución de la cuál es intérprete final? Se trata de lo que, en otros escritos (Pizzolo Calogero, 2017)<sup>67</sup>, dimos en llamar el *dilema Melloni* en relación al conflicto interordinamental que involucró al TC español y a los jueces de Luxemburgo (ver *infra* capítulo III).

Este dilema representa un amenaza extra-sistémica para la *identidad constitucional* de los veintisiete ordenamientos jurídicos involucrados en la UE: o se cumple con la interpretación del Tribunal de Justicia garante de la primacía, efecto directo y aplicación uniforme del DUE y se abandona la respectiva interpretación constitucional. O bien, en defensa de la identidad constitucional estatal –un ejemplo es la teoría de los contra límites (ver *infra* 30.b)-, se desconocen los alcances de la interpretación de los jueces de Luxemburgo con las consiguientes consecuencias destructivas de la unidad del DUE.

García Roca advierte, en este escenario, sobre la existencia del riesgo de una “guerra de las Cortes” derivado de la triple concurrencia de jurisdicciones comunitaria, internacional y estatal en la protección de los derechos. Una coexistencia material de declaraciones agravada por una concurrencia de jurisdicciones, se afirma, que genera una situación no exenta de problemas. Para superarlos -escribe García Roca-, hará falta “mucho mentalidad dialógica, escribir las sentencias en diálogo continuado con otros tribunales, y no en *disputatio*, tanto como dosis adecuadas de autocontrol o *self restraint*”. La concurrencia impedirá que los TTCC nacionales “se encierren y enquisten en sus monólogos” (García Roca, 2003: 172-174).

En Europa, este carácter concurrente de sistemas de derechos es epicentro de profundas deliberaciones en otro de los vértices del triángulo jurisdiccional: el de los TTCC<sup>68</sup>. En este sentido, la opinión de Barbera -juez constitucional italiano- es un ejemplo del debate abierto y de su costado más problemático. En

<sup>67</sup> En particular, capítulo 3.

<sup>68</sup> El tema ha sido objeto de numerosos encuentros y seminarios en el que han participado, entre otros, los TTCC de España, Portugal, Francia e Italia.

su opinión, la CDFUE (cfr. art. 51.2)<sup>69</sup> “no ha fijado una competencia general” en materia de derechos. Por lo tanto, no justifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que “tiende a una generosa interpretación de las competencias que le son propias, impulsada por la fuerza expansiva de algunas directivas, por caso en materia de derecho de familia o pensiones”. Barbera expone los temores que la protección multinivel crea en la justicia constitucional. Se pregunta si no se corre el riesgo de “banalizar” la CDFUE y de “marginar” la Constitución nacional y los valores identitarios que la misma representa. Cuál es el valor -se pregunta- de una Constitución si no logra mantenerse en la conciencia colectiva sede principal de los derechos fundamentales del ciudadano. Barbera concluye en que es, cuanto menos paradójico, que “no se haya logrado dar vida a un Constitución europea, de la cual la [CDFUE] habría debido ser parte y, contemporáneamente, se produzca un efecto de deslegitimación de las Constituciones nacionales” (Barbera Augusto, 2018/1: 155-156).

La CDFUE, volviendo al análisis de Bustos Gisbert, ha permitido al Tribunal de Justicia alcanzar “claramente un papel de liderazgo importante” en materia de interpretación de derechos. Papel solicitado por los jueces nacionales en su condición de jueces europeos (Bustos Gisbert, 2017: 334). Una vez decidido que nos encontramos en el ámbito de aplicación del DUE, prosigue este autor, la CDFUE “se impone al juez nacional en, exactamente, los mismos términos” que el resto del DUE. Tal imposición se asienta en los principios clásicos de tal Derecho como son la autonomía del DUE con su consecuente unidad en su interpretación y aplicación, primacía, efecto directo y complementado por los principios de equivalencia, eficacia y responsabilidad del Estado por su incumplimiento (incluido el incumplimiento judicial). Ello supone que, en principio, el juez nacional está “obligado a eliminar todo obstáculo” que pueda oponerse a la aplicación de la CDFUE, incluidos los de origen constitucional. Por tanto, en caso de que se produzca una contradicción entre derecho nacional y CDFUE, “el juez estará obligado a interpretar éste de manera conforme con aquella y, en caso de que la contradicción resultara insalvable, deberá desplazar la aplicación de la norma interna”. Del mismo modo que se produce el desplazamiento en los textos a favor del DUE, “se producirá el desplazamiento en la interpretación de los derechos y por tanto en el alcance de la jurisprudencia de sus respectivos intérpretes. Cuando nos encontremos en el ámbito de aplicación del [DUE], la jurisprudencia, en principio, preferente en su aplicación será la del [Tribunal de Justicia] y no la del [TC]” (*Ídem*: 341).

En el mismo sentido, Roca Trías –vicepresidenta del TC español- y García Couso, para quienes es indudable que, en virtud de la relación de primacía, la decisión vinculante, cuando lo que se discuta sea la aplicación de un derecho de

69 La norma citada dice: “La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

la CDFUE en materias competencia de la UE, corresponderá al Tribunal de Justicia. Asumir lo anterior, afirman, “haría más fácil la relación entre Tribunales”. De no adaptarse, los TTCC “corren el riesgo de quedar desplazados de lo que es una tarea crucial: la configuración europea de los derechos fundamentales” (Roca Trías, 2017: 546-547).

Los redactores de los tratados fundacionales percibieron los alcances a futuro de este conflicto originado en la concurrencia de sistemas de derecho de *naturaleza compuesta*: estatal (constitución nacional), subsidiaria (CEDH), y supranacional (CDFUE). Al redactar el nuevo artículo 6.1 (TUE)<sup>70</sup>, trataron de resguardar los sistemas nacionales de derechos frente a posibles interferencias extra-sistémicas al disponer que, la CDFUE, no podrá utilizarse para “ampliar las competencias” que tiene atribuidas la UE. Adicionalmente, el artículo 51.1 (CDFUE), afirma que sus disposiciones se dirigen a las Instituciones y órganos de la UE, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el DUE<sup>71</sup>. Mientras que, el artículo 51.2 (CDFUE), vuelve sobre la redacción de una cláusula de salvaguarda de las competencias nacionales<sup>72</sup>. En este sentido, a diferencia del sistema establecido por el CEDH -señala Lenaerts-, cuando se trata de los Estados miembros de la UE, los derechos fundamentales “no son autónomos [*not self-standing*]”. No todas las medidas nacionales pueden ser examinadas a la luz de la CDFUE, sino solo aquellas que entran dentro del aplicación del DUE. Metafóricamente hablando, la CDFUE “es la «sombra» del [DUE] [*the Charter is the «shadow» of EU law*]”. Así como un objeto define los contornos de su sombra, el ámbito de aplicación del DUE determina el de la CDFUE. Por tanto, cuando una medida nacional queda fuera del ámbito de aplicación del DUE, también queda fuera del ámbito de aplicación de la

70 La norma citada afirma: “Las disposiciones de la Carta *no ampliarán en modo alguno* las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”. Sin resaltar en el original.

71 La norma citada afirma: “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, *con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias* que los Tratados atribuyen a la Unión”. Sin resaltar en el original.

En las explicaciones del *Praesidium* se lee que, el artículo 51.1, “tiene por objeto determinar el ámbito de aplicación de la Carta. Su finalidad consiste en establecer claramente que la Carta se aplica en primer lugar a las Instituciones y órganos de la Unión dentro del respeto del principio de subsidiariedad”.

72 La norma citada dice: “La presente Carta *no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones* definidas en los Tratados”. Sin resaltar en el original. El citado apartado 2, junto con la segunda frase del apartado 1, confirma –según las explicaciones del *Praesidium*- que la CDFUE “no puede dar lugar a una ampliación de las competencias y funciones conferidas a la Unión por los Tratados. Se trata de mencionar explícitamente lo que lógicamente se infiere del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución. *Los derechos fundamentales garantizados en la Unión sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen los Tratados*”. Sin resaltar en el original.

CDFUE. Sin embargo -concluye Lenaerts-, esto no significa que los derechos fundamentales queden desprotegidos, ya que la compatibilidad de esa medida con los derechos fundamentales puede examinarse a la luz de la constitución nacional pertinente y el CEDH (Lenaerts Koen, 2018).

En este contexto problemático expuesto por la doctrina y que queda en evidencia con el *dilema Melloni*, corresponde al Tribunal de Justicia operar la cláusula del artículo 51.1 (CDFUE) como una *válvula de presión* que permitiría regular su intervención en materia de interpretación de derechos y, por ende, la presión -sobre los sistemas nacionales- que implica la aplicación en términos absolutos del principio de primacía del DUE. No debe extrañar entonces que, paralelamente a la sentencia en el asunto *Melloni* (2013)<sup>73</sup>, los jueces de Luxemburgo se expresaran con relación a pautas de interpretación sobre el ámbito de aplicación que debe reconocerse a la CDFUE en el asunto *Akerberg* (2013)<sup>74</sup>.

Establecer un discurso jurídico claro, y sobre todo predecible, constituye un gran desafío -incluso hasta una necesidad- para una jurisprudencia comunitaria que se ha caracterizado por una vocación expansiva en materia de competencias. Saíz Arnaiz nos recuerda, refiriéndose al Tribunal de Justicia, que parece evidente una “progresiva extensión de su actividad tuitiva de los derechos fundamentales siempre que exista una «conexión (o vínculo) suficiente»” entre el DUE y la acción estatal.

Siempre a la luz del referido criterio jurisprudencial, Saíz Arnaiz establece el siguiente listado de “actuaciones nacionales fiscalizables” por los jueces de Luxemburgo en su respeto a los derechos fundamentales como principios generales del DUE: a) las intervenciones en ejecución de las normas comunitarias; b) la normativa de transposición de directivas; c) las derogaciones o excepciones al ordenamiento comunitario por él permitidas; y d) las normas internas que interfirieran con algunos principios generales del derecho comunitario. Se aprecia, así, que “*la posible incidencia teórica de la Carta sobre la actividad de los poderes públicos nacionales*, y por lo tanto sobre los ordenamientos internos, es notable”. Si ésta es la orientación jurisprudencial, vinculada al ya citado canon de la conexión o vínculo suficiente, “no puede dejarse de apuntar que la misma resulta bastante más amplia que el parámetro deducible del citado artículo 51.1 [CDFUE]” (Saiz Arnaiz, 2001: 156-157).

El esfuerzo de los redactores no se encaminó solo a ensayar una solución al conflicto planteado a partir de la elaboración de una, por demás ambigua, regla de competencia en el citado artículo 51.1 (CDFUE). Regla que por cierto no termina de convencer, en cuanto a su utilidad para resolver conflictos, cuando se busca aplicarla ya no en el plano abstracto de la teoría sino en el día a día de la integración.

73 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107].

74 STJ de 26 de febrero de 2013, *Akerberg*, asunto C-617/10 [ECLI:EU:C:2013:105].

Los redactores se decidieron, además, por una norma que administraría el conflicto a partir del principio de mayor protección: el ya citado artículo 53 (CDFUE). En otras palabras, de frente a la concurrencia de sistemas de derecho de naturaleza compuesta debería optarse por el sistema que ofrezca la protección mayor. Sin embargo, no pasaría mucho tiempo en quedar en evidencia que, ver en el artículo 53 una cláusula de mínimo –similar al art. 53 (CEDH)<sup>75</sup>– significaría desplazar el principio de primacía del DUE, pero, sobre todo, a su intérprete final el Tribunal de Justicia.

El debate sobre qué alcance reconocer al artículo 53 (CDFUE), en tanto norma nuclear de la protección multinivel, se vuelve por lo tanto central para la articulación de los circuitos interpretativos multidireccionales originados en la relación interordinamental entre la CDFUE, el CEDH y los derechos constitucionales nacionales.

Desde la proclamación de la CDFUE en Niza (2000)<sup>76</sup> se discute, en particular, como conciliar los niveles de protección comunitario y estatal. En aquél entonces ya se preveía que, la constitucionalización de la CDFUE, platearía –según Solozábal Echavarría– “algunos problemas graves al orden europeo en lo que se refiere a la coordinación de las instancias jurisdiccionales en la protección de los derechos fundamentales”. Dentro de este contexto, se proponía reservar “a las instancias jurisdiccionales europeas para una actuación de garantía última y, en su caso, de *unificación doctrinal*” (Solozábal Echevarría, 2003: 79). Ello en relación al carácter indeterminado de muchos de los enunciados de la CDFUE, señalándose que la relación entre las libertades básicas –centrales en la UE– y los derechos fundamentales es compleja puesto que, mantiene Weber, “son concebibles supuestos de colisión” (Weber Albrecht, 2002: 88).

Rubio Llorente no dudó en calificar al propio artículo 53 (CDFUE) como “desconcertante”, denunciando que su introducción obedeció al fin de acallar los temores de quienes podrían pensar que la CDFUE “anulaba o podría anular” la eficacia protectora de las constituciones nacionales. La lógica de la integración –se afirmó– se ve desplazada por la lógica propia del sistema internacional de los derechos humanos, y “con ello *salta en pedazos el principio cardinal de la primacía*” del DUE sobre los derechos nacionales<sup>77</sup>. El Tribunal de Justicia, de

75 La norma citada dice: “(Protección de los derechos humanos reconocidos) Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. Sin resaltar en el original.

76 La CDFUE fue firmada y proclamada solemnemente en la cumbre de Niza el 7 de diciembre de 2000 por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo y publicada en el Diario Oficial (Núm. C364 de 18 de diciembre de 2000).

77 La comisión de asuntos constitucionales del Parlamento Europeo afirmó en su momento que, la posibilidad de que la CDFUE se incorpore a los Tratados fundacionales introduciendo derechos vinculantes, puede llegar a “alterar el paradigma de la integración europea” (cfr. Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre “*La elaboración de una*”).

este modo, “pierde la capacidad de asegurar una *interpretación uniforme* de las normas europeas en todo el territorio de la Unión”. La única salida posible, para esta doctrina, es la de considerar el artículo 53 (CDFUE) “*como un enunciado jurídicamente vacío*” (Rubio Llorente, 2002: 41).

No dejan de señalarse diferencias entre la CDFUE, en tanto derecho supranacional, y el CEDH al intentar equiparar el artículo 53 (CDFUE) a una *cláusula de mínimos* propia del DIDH. Los sistemas internacionales de protección son sistemas subsidiarios –mantiene Díaz Crego-, la situación en la UE “es radicalmente distinta”. El sistema de protección comunitario está llamado a aplicarse como sistema “principal o protagonista” y, por lo tanto, está obligado a interactuar con los sistemas nacionales de protección del mismo modo que el resto del ordenamiento de la UE interactúa con el ordenamiento nacional. Esto es, bajo las premisas de autonomía, efecto directo y primacía. Por lo tanto, persistir en interpretar el artículo 53 (CDFUE) como una cláusula de mínimos propia del DIDH “podría llegar a provocar situaciones reales de conflicto” en las que frente a la posible aplicación del derecho fundamental nacional y el reconocido por la UE, “haya de elegirse entre uno u otro en base a la mayor protección otorgada por uno de ellos”. El potencial desplazamiento de las disposiciones de la CDFUE, sería contrario a la primacía y a como esta ha sido interpretada en Luxemburgo. Todo lo cual desembocaría en la “ruptura” de la aplicación uniforme del DUE (Díaz Crego, 2009: 228.231).

Lo dicho –advierte López Castillo- no debiera implicar, sin embargo, que la autonomía jurídica reconocida a la CDFUE “*implique la intrascendencia de todo parámetro externo*” (López Castillo, 2001: 67)<sup>78</sup>. En consecuencia, la cláusula del artículo 53 (CDFUE), sin perjuicio de la divisoria competencial, abre las puertas a la posibilidad de “fisuras” en el principio de primacía del DUE. Por ello, aun cuando pueda resultar paradójico,

[...] sólo mediante un serio esfuerzo de *clarificación competencial*, por su potencial generador de confianza recíproca, podría quedar expedido el camino para una progresiva irradiación de los (equivalentes) estándares de la Unión sobre el conjunto de los ordenamientos, y ya seguramente al margen de la referida divisoria competencial (López Castillo, 2001: 68-69)<sup>79</sup>.

Alonso García, por su parte, también apunta a las diferencias entre el DUE y el DIDH, las cuales generan –en su opinión- una complicación interpretativa:

[...] a diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos, que tienen una clara vocación de complementariedad de

---

*Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* [AS/0064/2000]). Citado por OLIVER LEÓN Baldomero, “La Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº119, 2003, p. 222.

78 Sin resaltar en el original.

79 Sin resaltar en el original

los sistemas nacionales de protección, la Carta se enmarca en un contexto, el de la Unión, construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora tendente a *desplazar en aras a la uniformidad, a través del principio de primacía, las disparidades de los Estados miembros* (Alonso García, 2001: 37-38).

Por lo tanto, la CDFUE, enmarcada en el sistema global de la UE,

[...] adquiere de arranque el papel de protagonista e, investida de la autonomía conceptual propia del sistema, *tiende no ya a relegar al papel de actores secundarios a otros instrumentos de protección, incluidos los de los Estados miembros, sino incluso a negar papel alguno, sobre la base de la primacía jurídica, a cualquiera que pretenda aportar ideas que se aparten del guión* (Alonso García, 2001: 37-38).

El Tribunal de Justicia, en atención a lo anterior, debiera -concluye Alonso García- desarrollar una interpretación de derechos pro individuo y traducirse en una concreta aplicación del estándar nacional frente al DUE si efectivamente es más favorable para el individuo y viceversa (en una aplicación del estándar europeo frente al derecho nacional, en la medida en que éste entre en el radio de acción de aquél y también sobre la base de una mayor protección del individuo y no del principio de primacía del DUE sobre el de los Estados miembros) (Alonso García, 2001: 42-43).

En igual sentido se expresa Gambino, para quien el sujeto singular está garantizado, en una lógica de protección multinivel, que asigna a las Instituciones europeas y, sobre todo, al Tribunal de Justicia el “deber de ofrecer las máximas garantías” a los derechos en “sintonía con la vía de interpretación del modo más favorable a los derechos humanos y libertad fundamentales, positivizado con fuerza jurídica en el art. 53 [CDFUE]”. Los mismos jueces nacionales, sean ordinarios sean constitucionales, entiende Gambino, “dispondrán ahora de un nuevo parámetro cuando se trate de inaplicar una norma de la Unión a favor de la norma constitucional estimada más favorable al derecho «en una aplicación pro-persona del estándar comunitario o nacional de que se trate»” (Gambino Silvio, 2012: 73).

García Roca, en su análisis, defiende al artículo 53 (CDFUE) como una cláusula de mínimos. El “sentido natural” de dicha norma –escribe- “radica en asegurar una protección mínima y a tal fin se dispone un *efecto de autodesplazamiento*. La Carta ni agota los derechos fundamentales ni obliga a un único entendimiento al modo de un máximo denominador común”. Este “curioso autodesplazamiento” permite, por mandato de la propia CDFUE, “que sus disposiciones sean sustituidas por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y en particular el CEDH, o por las respectivas Constituciones; un rasgo habitual de los tratados, mientras las declaraciones constitucionales normalmente se han construido cada una sobre las ruinas de la anterior; la técnica parece especialmente ajustada a la realidad del ordenamiento europeo. Conviene matizar que no se

trata de una «comparación entre ordenamientos», abstracta y general, sino de una «comparación entre derechos», incidental y concreta, entreverando supuestos de hecho y disposiciones” (García Roca, 2003: 172) En este sentido, se habla de una “Unión constitucional multinivel de derechos” que tiene como emergente un derecho constitucional común europeo “relativamente homogéneo” (*Ídem*).

Los redactores CDFUE -previendo los problemas que anotamos- dotaron, entonces, a los jueces de Luxemburgo de la competencia suficiente como para que, en el ejercicio de la interpretación de dichas normas, pudieran ir articulando con las instancias nacionales la dimensión comunitaria –y a la vez común- de la tutela de derechos. Esta articulación requiere, como lo demuestra la *saga Taricco* (esta vez entre el Tribunal de Justicia y la CC italiana), de un aceitado y fungible mecanismo de diálogo interjurisdiccional (ver *infra* capítulo VI). Esta circunstancia es resaltada por Barbera cuando propone una relectura en “clave evolutiva” de los principios fijados por los jueces de Luxemburgo en el asunto *Simmenthal* (1978)<sup>80</sup> en Italia adoptados por la jurisdicción constitucional en la sentencia *Granital* (1984, ver *infra* 12)<sup>81</sup>. Ello no exigiría necesariamente, un acto de ruptura, sino la cooperación de los involucrados. En particular, refiriéndose a la *saga Taricco*, Barbera evoca la necesaria flexibilidad que debería adoptar el Tribunal de Justicia, junto a la “responsabilidad que deriva de ser investido de la «última palabra» en la definición de los principios euro-unitarios (con la sola, extrema excepción, de la última palabra a las Cortes nacionales sobre posibles contra-límites)” (Barbera Augusto, 2018/1: 166). Este es el eje de la ya añeja polémica entre Luxemburgo, por un lado, y los jueces constitucionales y supremos, por otro: ¿el derecho a la última palabra reconocido al Tribunal de Justicia debe ejercerse sobre todo el derecho estatal en conexión con el DUE, o por el contrario existe una zona de reserva constitucional cerrada a la influencia extra-sistémica del DUE y su intérprete?

Volviendo a los interrogantes que plantea el *dilema Melloni*, Bustos Gisbert escribe que, en principio, la CDFUE no impide que los jueces nacionales apliquen estándares superiores de protección de derechos si así lo exige la constitución nacional, al igual que ocurre con los derechos reconocidos en el CEDH. Pero no cabe olvidar, afirma, que nos encontramos en un sistema de relaciones entre ordenamientos jurídicos “muy diferente” al que rige las relaciones entre el derecho nacional y el CEDH. Por ello, el “principio de mayor protección del derecho” ha de tener en cuenta dos elementos. Por una parte, atender a su carácter “equivoco”, pero por la otra, y más importante, “conferir mayor protección a un derecho sólo es aceptable si está permitido por el propio DUE, esto es, si se encuentra dentro de las posibilidades de actuación del Estado en el margen de maniobra dejado por dicho Derecho. La definición del principio de primacía en virtud del cual no puede oponerse ningún obstáculo (ni siquiera constitucional) a la aplicación del DUE sigue vigente. Por ello, estará prohibida la aplicación de

80 STJ de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto 106/77 [EU:C:1978:49].

81 SCC italiana de 5 de junio de 1984, nº 170.

estándares superiores en la protección de derechos como consecuencia de un mandato interno (incluso derivado de la Constitución) si ello implica cuestionar la aplicación y eficacia del derecho de la Unión o su interpretación uniforme en todo el territorio europeo” (Bustos Gisbert, 2017: 342-343).

Sarrión Esteve tiene presente, por último, el vértice del triángulo jurisdiccional europeo integrado por el CEDH poniendo el foco de su análisis en la articulación de éste con la CDFUE. Así, propone una interpretación del artículo 53 (CDFUE) en concordancia con los incisos 3<sup>82</sup> y 4<sup>83</sup> del artículo 52 (CDFUE). Los cuales establecen la “vinculación” de los derechos contenidos en la CDFUE con el CEDH, y con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, “que son las fuentes de los derechos fundamentales que han sido reconocidos por parte del Tribunal de Justicia como principios generales de DUE”. Se trata, así, “de excluir cualquier tipo de conflicto entre estándares de protección de los derechos fundamentales, introduciendo un criterio de armonización de los derechos, principios y libertades contenidos en la [CDFUE] en relación con el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes”. Dicho artículo 52 –según Sarrión Esteve–, hay que interpretarlo en conexión con el artículo 53 [CDFUE]. En consecuencia,

[...] no sólo establece una limitación al ámbito de aplicabilidad de la Carta, *impidiendo una reducción en el nivel de protección de los derechos fundamentales o estableciendo un suelo*, sino que una interpretación del art. 52.3 y 4 en conexión con el art. 53, *implica la consagración del criterio del máximo estándar o nivel de protección de los derechos fundamentales* (Sarrión Esteve, 2013: 95-96).

Con todo, en medio del debate que repasamos sobre los problemas que se derivan de la naturaleza jurídica compuesta del sistema europeo de protección multinivel de derechos, suenan con firmeza las palabras del Tribunal de Justicia en respuesta al *dilema Melloni*:

Es cierto que el artículo 53 [CDFUE] confirma que, cuando un acto del [DUE] 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 [CDFUE], según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del [DUE]*<sup>84</sup>.

82 La norma citada dice: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [CEDH], *su sentido y alcance serán iguales* a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el [DUE] conceda una protección *más extensa*”. Sin resaltar en el original.

83 La norma citada dice: “En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos *se interpretarán en armonía* con las citadas tradiciones”. Sin resaltar en el original.

84 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 60.



## CAPÍTULO II

### EL PROBLEMA DEL CONTROL CONVERGENTE

*i principi e i diritti enunciati nella CDFUE  
intersecano in larga misura i principi e i diritti  
garantiti dalla Costituzione italiana (...),  
e che la prima costituisce pertanto «parte del diritto dell'Unione  
dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto  
di impronta tipicamente costituzionale» (...)  
in tali casi (...) va preservata l'opportunità di un intervento  
con effetti erga omnes di questa Corte,  
in virtù del principio  
che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale  
a fondamento dell'architettura costituzionale*

SCC italiana nº 20 de 23 de enero de 2019

#### 8. La cuestión de la doble prejudicialidad con el DUE

Del laberinto borgiano representado por la Comunidad de intérpretes finales y sus circuitos interpretativos multidireccionales, no hay salida siguiendo un recorrido autorreferencial. Ello queda expuesto -en la relación DUE y derecho estatal- en el problema originado en el *control convergente* o la *doble prejudicialidad*.

Cada intérprete -dentro de la Comunidad- está habilitado para ejercer su propio control de legalidad con el fin de garantizar la eficacia de los derechos tutelados en el ámbito de su competencia. Puede, por lo tanto, iniciar el recorrido de un circuito interpretativo. El juez constitucional, el test de constitucionalidad; el juez de Luxemburgo el test de legalidad comunitaria (comunitariedad) y, finalmente, el juez de Estrasburgo el test de convencionalidad. Nos encontramos, pues, con *tres vías incidentales* europeas que representan la mutación multidireccional de dichos circuitos.

Este ejercicio procesal se problematiza, cuando estos mecanismos de control, de tipo concreto o incidental, entran en concurrencia. Es decir, al mismo tiempo, la norma en cuestión plantea dudas respecto a parámetros normativos correspondientes a sistemas jurídicos diferentes -autónomos- pero integrados. Se produce así, entre las distintas formas de control, lo que Grewe llama

“*recherche d’une frontière introuvable*” (Grewe Constance, 2014/4: 961-970). La CC italiana, se refirió a esta particular situación como “controversias que pueden dar lugar a cuestiones de ilegitimidad constitucional y, simultáneamente, a cuestiones de compatibilidad con el [DUE]”<sup>1</sup>.

La figura de la *doble prejudicialidad* -se afirma desde la doctrina-, “se erige como una nítida expresión de las fricciones inherentes a este sistema judicial compuesto”. Señala la situación procesal en la que el juez nacional competente para conocer de un asunto alberga dudas acerca de si una norma aplicable al caso puede ser susceptible de “entrar simultáneamente en contradicción” con la Constitución nacional y el DUE. En tales casos, el órgano judicial puede encontrarse en una situación particularmente compleja ante la eventualidad de estar investido no sólo de una facultad de elevar al propio tiempo una cuestión de constitucionalidad y una cuestión prejudicial (esta última cfr. art. 267, TFUE), sino incluso sometido a una doble obligación para el caso de tratarse de Juzgados o Tribunales frente a los que no cabe ulterior recurso de derecho interno (Véase Cruz Mantilla de los Ríos, 2020: 28).

La llamada doble prejudicialidad se presenta entonces cuando el juez encargado de resolver un determinado litigio debe dirigirse incidentalmente a más de un Tribunal para recabar el sentido de normas integradas en ordenamientos autónomos –no articulados a partir de una norma común y superior- y cuya compatibilidad con la norma aplicable es condición necesaria para que esta última pueda ser aplicada al caso (Véase Cruz Villalón y Requejo Pagés, 2015: 179).

El laberinto borgiano queda expuesto en su mayor expresión cuando estudiamos como operan las relaciones interordinamentales en la Comunidad de intérpretes vinculada al DUE formando un sistema judicial compuesto. Los “órganos jurisdiccionales nacionales” –según expresión del artículo 267 (TFUE)- son jueces de aplicación y, por tanto, funcionan también como Tribunales de la UE. Estos últimos, no se agotan en el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, que constituyen las instancias superiores de un conjunto funcional en el que se integran órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. En este sentido, Yannakopoulos habla de la implementación -por el juez nacional- de un “control de unidad de las normas nacionales [*contrôle d’unionité des normes nationales*]” de tipo difuso (Yannakopoulos Constantin, 2012/3: 540).

El Tribunal de Justicia, tiene reservada para sí la interpretación del ordenamiento jurídico de la UE. Dicha interpretación se da en dos sentidos: uno, para determinar si el derecho derivado es conforme con el derecho primario; y otro, para establecer cuál es exactamente el DUE con el que los órganos jurisdiccionales nacionales han de contrastar el derecho estatal con el objeto de resolver si este último es compatible con aquél<sup>2</sup>.

1 Véase SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, considerandos en derecho punto 5.2.

2 Los jueces de Luxemburgo no se pronuncian sobre la compatibilidad del derecho nacional con el DUE, sino únicamente sobre el sentido de este último, correspondiendo al órgano jurisdiccional

Como cualquier juez de última instancia dentro de la Comunidad de intérpretes finales, los jueces de Luxemburgo se muestran firmes en la defensa de la última palabra sobre el ámbito de sus competencias (esto es el DUE). Consiguientemente, actúan en la remoción de los obstáculos que le impiden, o tiende a bloquear, el ejercicio exclusivo de esta autoridad interpretativa. En este contexto, la cuestión prejudicial, constituye un precioso instrumento procesal que se potencia –por lo menos- en dos direcciones. Una, frente a las dudas interpretativas en sede nacional, activa la cooperación judicial que conduce al diálogo en sede comunitaria. Otra, permite, mediante una respuesta a las dudas interpretativas planteadas, garantizar la aplicación uniforme del DUE en todos los Estados miembros y, de este modo, su primacía. Esta última se convertirá en un rasgo distintivo de la construcción que en Luxemburgo encararán de la identidad constitucional de la UE (ver *infra* capítulo III).

Ahora bien, al tratarse de un sistema judicial compuesto que deriva en circuitos interpretativos multidireccionales, las dudas planteadas al juez nacional pueden conducirlo hacia dos terminales diferentes: el Tribunal de Justicia, por un lado, y el TC o TS, por otro. En este último caso -activada la cuestión nacional de inconstitucionalidad que se resuelve con la invalidez de una normativa nacional respecto al DUE-, la cuestión ya no podrá ser motivo para plantear una cuestión prejudicial. Este circuito interpretativo -que deja fuera de su recorrido a los jueces de Luxemburgo-, significa en la práctica privar a éstos de una ocasión para interpretar el DUE. Mucho más que para los jueces constitucionales, para el Tribunal de Justicia son determinantes las ocasiones que se le presentan -en este sentido- para garantizar la aplicación uniforme del DUE en todos los Estados miembros. De lo contrario, el DUE quedaría sujeto a las múltiples interpretaciones de las distintas jurisdicciones nacionales.

Utilizando, en cambio, el circuito interpretativo que conduce al Tribunal de Justicia, resuelta aquí la incompatibilidad del derecho nacional con el DUE, esta decisión asume consecuencias terminantes<sup>3</sup>. Equivale a una *declaración de invalidez*, pues si el juicio es negativo la norma estatal debe ser inaplicada. Tratándose del juicio de validez del derecho derivado, la cuestión prejudicial opera entonces como la cuestión de inconstitucionalidad: el órgano jurisdiccional

---

nacional que ha planteado la cuestión resolver si el derecho estatal, cuya interpretación le corresponde en exclusiva, es compatible con aquél, en los términos de su interpretación por el Tribunal de Justicia (véase, entre otras, STJ de 20 de octubre de 2005, *Ten Kate Holding Musselkanaal*, C-511/03 [ECLI:EU:C:2005:625], apartado 25).

<sup>3</sup> Si bien es cierto que el parámetro de interpretación o de control de validez de la cuestión prejudicial es el DUE, no lo es menos que, “en la práctica, ambos procedimientos [cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad] terminan con una decisión de compatibilidad de una norma de un Estado respecto de la [CDFUE] o de la Constitución del Estado; *situación que se puede convertir en verdadero motivo de fricción entre ambas jurisdicciones*” (Véase ROCA TRÍAS Encarnación y GARCÍA COUSO Susana, “¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, p. 530). Sin resaltar en el original.

nacional enjuicia siempre la validez comunitaria del DUE que debe aplicar; y lo aplicará si el juicio resulta positivo. Por el contrario, un juicio negativo le obliga a elevar la cuestión al Tribunal de Justicia, que en este punto ostenta un *monopolio* de rechazo (Véase Llopis Nadal, 2019: 134).

Debido a este carácter elíptico de la organización judicial del ordenamiento jurídico de la UE, se desarrolló un sistema de control difuso. En el sentido de que pertenece a cualquier juez nacional, y no puede ser ejercido de manera concentrada por un solo tribunal. Este control es a la vez concreto y obligatorio, para asegurar el efecto directo y la primacía del DUE. En el marco de este sistema de control descentralizado, la aplicación uniforme del DUE y, en consecuencia, la seguridad jurídica se garantiza a través del mecanismo de la cuestión prejudicial la cual se refiere únicamente a la interpretación del DUE y, en su caso, al control de la validez de sus disposiciones. Su principal objetivo es, por tanto, garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los litigantes por el DUE.

Al tratarse de una materia –el sistema de derechos– común a todos los intérpretes de la Comunidad, los controles concurrentes producen una especie de efecto propio de una fuerza centrípeta que conduce a la consiguiente convergencia de controles en un centro. La fuerza centrípeta siempre actúa de forma perpendicular a la dirección del movimiento atraído a un centro. En este caso, el punto de encuentro, es precisamente la materia común. El ejercicio por cada intérprete del control de legalidad, lejos de huir del centro –fuerza centrífuga–, tiende a confluir hacia un mismo centro, aumentando el riesgo de interpretaciones divergentes sobre derechos convergentes.

## 9. La rebelión silenciosa de los “órganos jurisdiccionales nacionales”: la descentralización del control sobre el DUE a través de la cuestión prejudicial

La cuestión prejudicial, regulada en el artículo 267 (TFUE), es un instrumento reglado ideado para estimular la *cooperación*<sup>4</sup> que engendra el diálogo directo entre, los intérpretes nacionales, y los jueces de Luxemburgo en tanto intérpretes finales de todo el orden jurídico de la UE<sup>5</sup>. Representa una vía incidental que permite recorrer un circuito interpretativo con terminal en el Tribunal de Justicia.

<sup>4</sup> El propio Tribunal de Justicia ha definido constantemente a la cuestión prejudicial como “un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales”, y ha señalado que su utilidad consiste en que aporta a los tribunales nacionales “los elementos de interpretación del [DUE] que precisan para resolver los litigios de que conocen” (entre muchas otras véase STJ de 12 de junio de 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, asunto C-112/00 [ECLI:EU:C:2003:333], apartado 30).

<sup>5</sup> Por tanto: “Semejante colaboración entre la Justicia nacional y la Justicia comunitaria europea constituye una nítida expresión de diálogo judicial mediante el cual se manifiesta asimismo el principio de responsabilidad en el cumplimiento fiel y leal de las obligaciones europeas” (JIMENA QUESADA, 2017: 272).

La existencia y ritualidad de este diálogo permite resaltar la “naturaleza dialogante” del DUE lo cual -afirma Poiares Maduro-, es importante para explicar “como la creación de un ordenamiento jurídico europeo fue posible y pudo legitimarse”. El papel desempeñado por una comunidad jurídica “más amplia” significa que los resultados e interpretaciones jurídicas constituyen una función de esta Comunidad, y no únicamente del Tribunal de Justicia. En parte, ésta es una consecuencia general de la naturaleza del diálogo jurídico. El lenguaje de los tribunales a la hora de definir qué es el derecho “no se convierte en algo de su exclusiva propiedad. Es cogido y usado por una comunidad jurídica más amplia, con significados distintos de los pretendidos originalmente”. Las decisiones judiciales “no son propiedad de los tribunales sino de la comunidad jurídica y ésta incluye actores jurídicos diversos cuyas preferencias de actividad jurisdiccional pueden diferir de las de los tribunales” (Poiares Maduro, 2003: 26).

El “camino del diálogo” -es indicado por Alonso García-, como opción necesaria entre los diversos intérpretes supremos de los distintos componentes del “marco constitucional europeo”. Esto es, el Tribunal de Justicia, los TTCC/TTSS y el TEDH;

[...] deben alimentar el debate desde una modestia compartida alejada de protagonismos impropios de la dialéctica y la multiplicidad (debate que, si se quiere ser consecuente con el espíritu de la integración, debe estar presidido por esfuerzos interpretativos *pro unione* de las Constituciones nacionales y *pro constitutione* de los Tratados europeos) (Alonso García, 2001: 42).

Para el Tribunal de Justicia, la cuestión prejudicial, instaura un “procedimiento de cooperación directa” entre dicho Tribunal y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. En el marco de este procedimiento, basado en una clara separación de las funciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional, al que corresponde apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea a los jueces de Luxemburgo. Mientras que, estos últimos, únicamente están habilitados para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma de la UE a partir de los hechos que le proporcione el juez nacional. También es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia comunitaria,

[...] una sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de Justicia *vincula* al juez nacional para la solución del litigio principal, en cuanto a la interpretación o a la validez de los actos de las instituciones de la Unión de que se trate<sup>6</sup>.

6 STJ de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, asunto C62/14 [ECLI:EU:C:2015:400], apartado 16. Sin resaltar en el original.

Al constituir el sistema de derechos el centro de atracción, las fuerzas centrípetas que se desatan con el ejercicio del control de legalidad arrastran hacia él, tanto al control que opera a partir de la cuestión prejudicial<sup>7</sup>, como diversos procesos incidentales del tipo de la cuestión de constitucionalidad<sup>8</sup>, o bien el control de convencionalidad impulsado por el TEDH. El resultado es la concurrencia de controles de legalidad, o lo que es lo mismo, *la concurrencia de interpretaciones sobre un sistema común de derechos*.

Tomando en consideración a la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad -en tanto formas de control de legalidad-, lo que esencialmente caracteriza a la problemática aludida “es la coincidencia en un mismo proceso de dos «consultas» incidentales dirigidas a dos Tribunales diferentes”. Esto último es esencial, y en todo caso con efectos suspensivos de la resolución pendiente. Hay, por tanto, un “problema de mecánica procesal”, pero hay antes un “problema de identidad” de las respectivas consultas, derivado tanto de la naturaleza de la consulta en cada caso planteada como del carácter de los sujetos llamados a evacuarlas<sup>9</sup>.

Ahora bien, con la transformación -en el sistema europeo de protección multinivel- del control de legalidad en un control convergente a causa del accionar de fuerzas centrípetas, aparece el problema de la *conversión de facto* del control *concentrado* de constitucionalidad en un control *difuso*<sup>10</sup>. El primero generalmente concentrado en una jurisdicción especializada -la justicia constitucional-, el segundo representado por los “órganos jurisdiccionales nacionales” que aplican, al caso, concreto el DUE. Cuando a éstos últimos dudan sobre la validez de una norma nacional respecto al DUE, el intérprete nacional puede, y en algunos casos debe, plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia<sup>11</sup>.

7 La cuestión prejudicial tiene naturaleza jurídica de incidente procesal. Las resoluciones que se dictan en respuesta a una duda prejudicial no son susceptibles de recurso ante ningún otro órgano jurisdiccional.

8 Véase entre otros los artículos 163 (constitución española), 134 (constitución italiana), 140 (LCF), y 100 (LFB).

9 Véase Cruz Villalón y Requejo Pagés 2015: 173-194. Ambos autores afirman que, la circunstancia de que sean los TTCC los que ocasionalmente se han dirigido al Tribunal de Justicia, contribuye a construir un “triángulo conceptual potencialmente temible”.

10 Se permite -comenta Llopis Nadal- que las normas nacionales “sean objeto de *un control difuso*, es decir, *un control ejercido por el tribunal nacional competente para resolver sobre el litigio*. Por este motivo, nada impide que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro *deje de aplicar una norma de derecho interno -especialmente, si considera que esta tiene algún tipo de repercusión en el ámbito del DUE- cuando entienda que la misma no respeta los derechos fundamentales previstos en la CD-FUE*” (Cfr. LLOPIS NADAL, 2019: 127). Sin resaltar en el original.

11 Sostiene Carillo que, en un contexto de pluralidad jurisdiccional, la cuestión prejudicial “ha generado un *efecto descentralizador* sobre el sistema judicial de la UE”, puesto que ha atribuido a los jueces nacionales la capacidad para participar en el proceso de interpretación del DUE a través de la remisión de las cuestiones al Tribunal de Justicia. En efecto, “la interpretación y la aplicación del [DUE] se ha descentralizado, dejándose, esencialmente, en manos de los jueces ordinarios que actúan para ello de acuerdo con las reglas interpretativas establecidas por la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia]. Con ello la responsabilidad institucional de los jueces y tribunales ordinarios en

Sin embargo, ¿qué sucede cuando las constituciones nacionales reservan la función de control de validez de la ley nacional exclusivamente a los jueces constitucionales? ¿Qué acontece entonces con el “juez de la ley”?

Los circuitos interpretativos nacionales -como observamos-, fueron diseñados bajo el paradigma clásico con una terminal en la Constitución -y por ende en su intérprete-, no estaban pensados para integrarse a circuitos multidireccionales que suman nuevas terminales interpretativas. La tensión entre este control de constitucionalidad concentrado, y el sobreviniente control de comunitariedad difuso es, en consecuencia, ineludible. Aparece como el fundamento más sólido de la defensa de la prioridad constitucional frente a la cuestión prejudicial. Esta regla de prioridad en el tiempo procura mantener -o volver posicionar- a la Constitución y su intérprete en el centro de un sistema de derechos convergente (ver *infra* 11).

La tensión -y los conflictos derivados de ella-, entre el control de constitucionalidad concentrado en una jurisdicción especial, por una parte, y el control derivado de comunitariedad a cargo -principalmente- del juez nacional ordinario, por otra, debe ser planteada en cuanto a su estudio en el contexto de dos crecimientos exponenciales (esto es atendiendo a que su variación en el tiempo es proporcional a su valor): uno, el número de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia<sup>12</sup>; otro, la ampliación de las competencias reguladas por el DUE hacia el reconocimiento expreso y directo de una Carta propia de derechos -instrumentalizada en la CDFUE- “directamente aplicable”. Ambos crecimientos serán disruptivos para la centralidad clásica de los TC y TS.

Sostiene Scaccia que, la función del sistema de control concentrado de constitucionalidad -garantizar la eficacia de las normas constitucionales retratada en el principio de supremacía constitucional-, es “desestabilizada inevitablemente” por la “libre, incondicionada e ilimitada eficacia directa” de la CDFUE aplicada por los jueces ordinarios. A lo dicho se agrega que, parece inevitable, que el mismo juez padezca lo que se define como un “*forte fascino*”<sup>13</sup> originado en el poder de desaplicación de la norma nacional y, en consecuencia, por ello se vea naturalmente llevado a reconocer la eficacia directa al mayor número de normas de la CDFUE. Esto último, con el fin de ofrecer una tutela inmediata a

---

los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión se acrecienta” (CARRILLO, 2017: 51). Sin resaltar en el original.

<sup>12</sup> Según el Anuario 2020 sobre la actividad judicial del Tribunal de Justicia en dicho año el 75,64% de los procedimientos correspondieron a cuestiones prejudiciales. Para observar la dimensión de este crecimiento exponencial se debe atender a que, en 1961, se plantea por los Países Bajos la primera y única cuestión prejudicial de dicho año, en 1971 el número de presentaciones por año sube a 37, en 1981 a 108, en 1991 a 186, en el 2001 a 237, en 2011 a 423, y en 2020 a 556. Cuando se discrimina por país, a la cabeza de las presentaciones hasta el 2020 inclusive aparece Alemania (2.780), seguida de Italia (1.627), Países Bajos (1.094), Francia (1.073), y Bélgica (955) en los primeros puestos.

<sup>13</sup> Véase CONTI Roberto Giovanni, “Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?”, *giustiziainsieme.it* (4 marzo 2019). Este autor identifica un “*forte fascino*” sobre los jueces producto del poder de desaplicación.

los derechos invocados en juicio. Frente a esta realidad -concluye Scaccia-, no es extraño que los jueces constitucionales -especialmente los italianos o franceses- reclamen para sí el derecho a la primera palabra en las cuestiones de doble prejudicialidad que involucren ambos sistemas de derechos (Constitución y CDFUE) (Scaccia Gino, 2020/2: 327).

Barbera, por su parte, se pregunta si el desarrollo alcanzado por la cuestión prejudicial como instrumento de diálogo entre el juez ordinario y los jueces de Luxemburgo “no ha quizás alcanzado un punto en el cual se corre el riesgo de erosionar, en lo que concierne a la tutela de los derechos fundamentales, el rol y el poder de la jurisdicción constitucional”. El efecto, se apunta, es sobre todo comprometer las garantías de certeza que acompañan los institutos de legitimidad constitucional concentrada. Las decisiones de los TTCC operan con efectos *erga omnes* (y *ex tunc*), asegurando de este modo mayor uniformidad y certeza. Mientras que la desaplicación, no alterando la vigencia general de la norma, permite que sea utilizada por otros intérpretes, jueces o la administración pública (Barbera Augusto, 2018/1: 157).

En el órgano jurisdiccional nacional se concentran, como se observa, dos obligaciones: debe garantizar, por un lado, la supremacía de la Constitución frente a la ley y, por otro, en forma sincrónica, la aplicación preferente –léase primacía-, en su caso, del DUE frente a toda norma estatal incluidas las normas constitucionales. Esto último, condición necesaria para la correcta interpretación del DUE. Ambas obligaciones debieran poder realizarse sin excluir una a la otra. Sin embargo, ¿qué ocurriría si algunos ordenamientos nacionales dispusieran que debe priorizarse –en el tiempo- el tratamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad?

El debate sobre la cuestión de la regla de prioridad en el tiempo de las distintas vías incidentales convergentes en el sistema europeo multinivel de protección de derechos, es una expresión más de la tensión intersistémica propia del pluralismo jurídico. A continuación, estudiamos tres experiencias constitucionales en relación con la doble prejudicialidad. Estas presentan un común denominador en Francia (ver *infra* 11) e Italia (ver *infra* 12): evitar que el constante aumento de cuestiones prejudiciales ante Tribunal de Justicia pueda suponer la progresiva marginación de la justicia constitucional en la interpretación final del sistema de derechos. Pero se distancian al momento de incorporar, como parámetro del control de constitucionalidad, al DUE. El Consejo Constitucional francés no reconoce a este último como parte del “bloque de constitucionalidad”, mientras que la CC italiana incorpora al mismo al reconocerle “contenido de impronta típicamente constitucional”. En igual sentido se ha manifestado el TC austríaco, el cual reconoce a la CDFUE “rango constitucional” (ver *infra* 13). La experiencia española -por su lado-, expone la opción de la jurisdicción constitucional como última instancia. El TC español sigue exigiendo -a diferencia de sus pares franceses e italianos- que los jueces ordinarios despejen sus dudas relacionadas con el DUE antes de que, en su caso, planteen la cuestión de inconstitucionalidad (ver *infra* 10).

Más allá del momento de intervención en el circuito interpretativo o la preferencia reconocida a una u otra vía procesal -como acertadamente expone Ruggeri para el caso italiano donde se defiende la preferencia constitucional-, se mantiene un “*nodo non sciolto*”: ¿cómo evitar que un juez que tiene dudas sobre el sentido correcto de la disposición del DUE, convoque sin demora al Tribunal de Justicia? (Ruggeri Antonio, 2019/3: 679).

La prioridad de la cuestión de constitucionalidad “se justificaría entonces en la necesidad de preservar el modelo de jurisdicción constitucional concentrada” (Véase Cruz Villalón y Requejo Pagés, 2015: 186). En poner un límite a la rebelión silenciosa de los jueces ordinarios que tenderían -en realidad a causa del efecto centrípeto- a ignorar o dejar de lado al juez constitucional en una materia que hace a su esencia funcional: la interpretación del sistema constitucional de derechos.

El “efecto descentralizador” -escribe Carrillo- sobre el sistema judicial de la UE, ha tenido como consecuencia en el ámbito de los poderes jurisdiccionales de los TTCC estatales

[...] la pérdida del monopolio de control del que disponían antaño. Ello ha sido especialmente relevante en materia de derechos y libertades (...) *la proliferación de cuestiones prejudiciales ha desplazado en parte al juez constitucional nacional en su función de garante de los derechos* (Carrillo Marc, 2010: 51-52)<sup>14</sup>.

Esta erosión del monopolio del control clásico concentrado de constitucionalidad a cargo de un TC se ve consumada de dos formas<sup>15</sup>. Una, con la pérdida de la competencia exclusiva en la interpretación del derecho nacional incluidas, según el caso, las mismas normas constitucionales. Otra, con la rebelión silenciosa de los jueces ordinarios que se ven beneficiados de hecho o de modo indirecto con una competencia que, formalmente, detentan los jueces constitucionales.

La cuestión prejudicial tal cual como está regulada en el artículo 267 (TFUE) y conforme a su aplicación jurisprudencial -describe Romboli-, se ha convertido en algo bien distinto a la resolución de una duda en torno a la correcta interpretación del DUE. En particular,

[...] se ha transformado en un verdadero y propio control de comunitariedad de la ley nacional, fundado sobre el principio de aplicación directa del

14 Sin resaltar en el original.

15 En este sentido se ha afirmado que, los TTCC, “han dejado de tener el monopolio sobre la interpretación de los derechos y libertades fundamentales. Es más, en aquellos casos en que afecte a derechos fundamentales relacionados con la competencia de la UE, podría afirmarse que han dejado de tener el control [...] en definitiva *los derechos fundamentales no dejan de ser una materia transversal que acompaña a la materia de la que bien la Unión bien el Estado son competentes*. No podemos olvidar que la [CDFUE] es vinculante para los Estados miembros, por lo que, confirmada la competencia de la Unión, es al [Tribunal de Justicia] al que corresponde emitir un juicio sobre su interpretación” (ROCA TRÍAS y GARCÍA COUSO, 2017: 537). Sin resaltar en el original.

derecho comunitario y sobre el poder-deber de desaplicación del juez nacional, llegando de este modo a asemejarse demasiado el control de constitucionalidad (Romboli Roberto, 2020/2: 8).

En efecto -se afirma-, la cuestión prejudicial ha sido utilizada no tanto para acceder a una correcta interpretación del DUE con el fin de garantizar su aplicación homogénea, “sino para activar un verdadero y propio control de «comunitariedad» de la normativa nacional”. Inclusive se habla de un “control oculto” del derecho nacional. La prioridad constitucional -defendida en este caso por la CC italiana- razona Romboli, persigue la finalidad de evitar el riesgo de que, el control difuso en orden a las relaciones entre el derecho nacional y el DUE, conlleve a la “inutilidad” del control de la CC y la consiguiente consolidación de “un circuito alternativo de control difuso” en materia de protección de derechos fundamentales. Se trata -concluye Romboli- de una defensa del sistema de control concentrado de constitucionalidad “elegido por el Constituyente” y, por ende, del papel fundamental atribuido a la CC (Romboli Roberto, 2019/3: 649).

Esta es la raíz del problema del control concurrente en sistemas de derecho convergentes. Y la causa de una respuesta contundente por parte del intérprete constitucional: la jurisdicción constitucional concentrada “constituye, en la Europa continental, un aspecto de *la identidad constitucional* de muchos Estados. Y en cada caso, la misma jurisdicción constituye un elemento que ayuda a alimentar las *tradiciones constitucionales comunes*” (Barbera Augusto, 2018/1: 157).

## 10. El debate en España sobre el orden de prioridad entre la cuestión de constitucionalidad y la cuestión prejudicial de frente a la doble prejudicialidad

El TC español se mantiene como la *última instancia interviniente* -una vez activada la cuestión de constitucionalidad- de modo de preservar su derecho a la última palabra sobre la interpretación de la Constitución. Su voluntad es, en consecuencia, la de seguir actuando como terminal de los circuitos interpretativos nacionales. Los circuitos interpretativos intersistémicos alternativos son evaluados como procesos distintos y no convergentes que se desarrollan cada uno en el ámbito de sus propias competencias sin influirse recíprocamente.

Matia Portilla defiende esta postura de la justicia constitucional española alegando que el TC “no debería ser considerado un órgano jurisdiccional” en el sentido del artículo 267 (TFUE)<sup>16</sup>. El citado autor recuerda que los TTCC, en principio, “tienen una muy limitada tarea, que es proteger la Constitución (control de constitucionalidad), y, en su caso, garantizar la vigencia efectiva de determinados derechos constitucionales (recurso de amparo)”. En efecto -afirma-, el

<sup>16</sup> El TC español plateó a la fecha solo una cuestión prejudicial en el reconocido caso *Melloni* (Véase ATC 86/2011, de 9 de junio).

control de constitucionalidad remite, necesariamente, a un eventual conflicto normativo entre una norma con fuerza de ley y un precepto constitucional. Esto supone que el TC “no aplica el [DUE], y por ello resulta lógico que no pueda ser considerado, en puridad, como órgano legitimado para plantear una cuestión prejudicial, estando únicamente sometido a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. Abordando la problemática de la doble prejudicialidad en el ámbito del sistema de derechos constitucionales sostiene que, la función del TC,

[...] se limita a la protección de los derechos constitucionales stricto sensu y de las concretas normas constitucionales que los reconocen. Dicho de otra forma, *nos parece desafortunado que un [TC] se vuelva garante de los derechos humanos, recogidos, por ejemplo, en la CDFUE y el CEDH* (Matia Portilla, 2021: 31-32)<sup>17</sup>.

Un razonamiento contrario al anterior -concluye Matia Portilla-, “parte de unas premisas inconsistentes”, pues, los tratados internacionales sobre derechos humanos -como el CEDH y la CDFUE- “no tienen carácter constitucional”. En efecto -dictamina-, resulta “tan atrevido” que un TC ofrezca una interpretación auténtica de un derecho recogido en el CEDH o en la CDFUE como que el Tribunal de Justicia indique cómo debe ser aplicado un derecho constitucional: “estamos en presencia de tres catálogos de derechos (constitucional, Convenio, Carta), que presentan autonomía entre sí”. Esta construcción “impide, además, que el contenido y alcance de un mismo derecho fundamental sea diferente según se aplique en el marco de competencias de la Unión o nacional” (*Ídem*: 32-33).

Para García Roca, en cambio, la interpretación de los derechos fundamentales realizada actualmente por el TEDH es, en esencia, una interpretación constitucional. Es una consecuencia lógica tanto de la naturaleza constitucional de la materia, como de las herramientas propias de una tutela jurisdiccional a instancias de verdaderos titulares de derechos. Esta dimensión constitucional de una protección internacional se ha reforzado mucho, con el acceso directo de las víctimas mediante un recurso de amparo europeo. El TEDH maneja una interpretación *more constitutionalis* y no sólo una interpretación internacional. Tenemos pues -razona García Roca-, unos juicios “materialmente semejantes” en las sedes constitucionales y en el sistema del CEDH. La existencia de una análoga “interpretación constitucional de unos derechos complementarios entraña un código común” desde el que edificar un espacio de diálogo entre altos tribunales que está contribuyendo a crear un orden público europeo. El CEDH “no puede ser interpretado como un tratado más por su muy específica naturaleza” (García Roca, 2012: 186-187).

Volviendo a Matia Portilla, éste concluye su análisis afirmando que la intervención del TC debe reservarse como *ultima ratio*, “puesto que pretende que

<sup>17</sup> Sin resaltar en el original.

se preserve la Constitución (en su caso, desde una perspectiva de la Unión Europea, la identidad nacional), que sigue siendo la máxima norma del ordenamiento estatal” (*Ídem*: 34). Por lo tanto, se debe dejar en último lugar la intervención del TC para que ejerza el control de constitucionalidad, tomando en consideración “siempre que sea posible” los criterios interpretativos previamente fijados -mediante la activación de la cuestión prejudicial- por el Tribunal de Justicia. La postura defendida por este autor estimula el debate, pues, como el propio autor reconoce (*Ídem*: 37), va en contra de la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo que considera que los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter en cualquier fase del procedimiento cuestiones prejudiciales (ver *infra* 13).

El TC español -en línea con la argumentación precedente-, considera que la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia no impide el planteamiento (posterior) de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo precepto legal, “pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes<sup>18</sup>, ni [dicha resolución del Tribunal de Justicia] condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad<sup>19</sup>”. Para Punset Blanco, esta afirmación “es totalmente errónea”. La determinación última del contenido del DUE por obra del Tribunal de Justicia,

[...] condiciona decisivamente el juicio de compatibilidad internormativa que, en el plano de la constitucionalidad, están llamados a realizar los [TTCC]. Igualmente, debiendo la UE respetar la identidad constitucional de los Estados miembros, *el perfil exacto de la misma es el determinado por esos Tribunales y no por el [Tribunal de Justicia], que ha de atenerse al respecto a la doctrina de aquéllos*”.

Naturalmente, la delimitación de los correspondientes ámbitos jurisdiccionales no siempre ha de resultar fácil, sobre todo en materia de derechos fundamentales, los cuales se encuentran proclamados en las Constituciones, y por consiguiente bajo la tutela de los órganos judiciales y de los TTCC nacionales, pero también en la CDFUE que tiene carácter vinculante para los Estados miembros de la UE. Esta última, de cualquier modo -concluye Punset Blanco-, que “en absoluto altera el régimen competencial instituido por ellos, *plantea arduos problemas en el plano de las fuentes de interpretación*” (Punset Blanco, 2017: 193-196)<sup>20</sup>.

Esta actitud “autoinhibicionista” del TC español respecto del DUE, es similar a la sostenida por la CC italiana a partir de la sentencia *Granital* (1984)<sup>21</sup>

18 Véase, entre otras, STC español nº 28 de 14 de febrero de 1991, FFJJ 4-6. Esta jurisprudencia fue ratificada recientemente por el ATC español nº 116 de 22 de septiembre de 2020.

19 Véase STC español nº 35 de 3 de marzo de 2016, FJ 6.

20 Sin resaltar en el original.

21 SCC italiana nº 170 de 5 de junio de 1984.

lo cual llevó a una pérdida de la centralidad de los jueces constitucionales -y por ende de la Constitución- en beneficio de los jueces de Luxemburgo y el DUE. Este desentendimiento se hizo difícilmente sostenible luego de la consagración de la CDFUE como directamente vinculante, lo cual llevó a la CC italiana a recuperar el control sobre el DUE y plantear la cuestión de la prioridad constitucional (ver *infra* 12)<sup>22</sup>.

En orden a clarificar las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el TC español sobre los circuitos interpretativos en torno a los derechos constitucionales se debe prestar atención a su jurisprudencia sobre la materia.

El TC español deja bien sentado que la “interpretación” a que alude el artículo 10.2 (constitución española)<sup>23</sup> -en tanto fórmula constitucional puente- no convierte a los tratados internacionales en *canon autónomo de validez* de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, “sobraría la proclamación constitucional de tales derechos”. Por tanto, la validez mencionada debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades fundamentales, siendo los textos y acuerdos internacionales del citado artículo 10.2 “una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este [TC]”<sup>24</sup>. La correcta comprensión del artículo 10.2 requiere distinguir, por lo tanto, “entre la fuente normativa –únicamente la Constitución misma- y la fuente hermenéutica de los derechos. Según el TC español, la CDFUE “se concibe, en todo caso, como una *garantía de mínimos*, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno”<sup>25</sup>.

En opinión de Punset Blanco,

[...] debe quedar claro que la afectación de la interpretación de la CDFUE al parámetro aplicable en el proceso de amparo jamás deja de ser una afectación de carácter hermenéutico. El parámetro normativo sigue siendo la

22 ¿Podría estar gestándose una marginación similar -en materia de interpretación de derechos- de la justicia constitucional española ante la voluntad de ésta de desentenderse del DUE? Quizás sea prematuro responder esta pregunta, pero no debería desatenderse el número de presentaciones de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. En 1986 se planteó la primera y única cuestión prejudicial del año, una década después en 1996 se presentaron ese año 6, en 2006 fueron 24, en 2016 fueron 47, y en 2020 fueron 30. España registra un total de 621 cuestiones prejudiciales presentadas, muy lejos de las 1.627 que registra Italia. Sin embargo, se debiera tener presente que de aquellas 621, 512 -la inmensa mayoría- fueron cuestiones prejudiciales planteadas por “órganos jurisdiccionales” distintos al TS (108) y al TC (1).

23 La norma citada dice: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce *se interpretarán de conformidad* con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Sin resaltar en el original.

24 STC español nº 64 de 22 de marzo de 1991, FJ 4 a). Sin resaltar en el original.

25 DTC nº 1 de 13 de diciembre de 2004, FJ 6. Sin resaltar en el original.

Constitución misma, es decir, los derechos y libertades que ella proclama y para cuya tutela privilegiada ha instituido el recurso de amparo. No se niega con tal observación la importancia de la fuente hermenéutica internacional o supranacional de los derechos, pero se pretende destacar que su utilización por mandato del artículo 10.2 (constitución española) *nunca podría oponerse al tenor literal de los preceptos constitucionales que los contienen* (por consiguiente, in claris non fit interpretatio) *ni eliminar la supremacía del [TC] en su interpretación, pues a él le compete precisar en último término su contenido* (Punset Blanco, 2017: 196-197)<sup>26</sup>

¿Hasta qué punto este tipo de conclusiones es compatible con la naturaleza compuesta del sistema europeo de protección multinivel de derechos? Este -según vimos- se caracteriza por integrar en uno de sus niveles a un derecho supranacional al que se le reconoce primacía y efecto directo. La CDFUE, en este sentido, ingresa al orden jurídico español por la puerta que le abre -en tanto fórmula constitucional habilitante- el artículo 93 (constitución española)<sup>27</sup>. No forma parte de los tratados internacionales al que se refiere el artículo 10.2 (constitución española), es parte del DUE al que España accede vía atribución de competencias -otrota estatales- a las Instituciones supranacionales. En la sentencia *nº 26/2014*<sup>28</sup>, donde se responde a lo resuelto por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* (2013)<sup>29</sup>, el propio TC español apela al citado artículo 10.2 para justificar su cambio de jurisprudencia en materia de garantías constitucionales (cfr. art. 24.2, constitución española) y acatar finalmente la interpretación hecha en Luxemburgo sobre la materia constitucional proyectada a la vez sobre la euroorden (ver *infra* 21). Al actuar de este modo -dejando de lado el citado artículo 93 e ignorando el circuito interpretativo iniciado por el mismo TC al plantear la cuestión prejudicial con terminal en el Tribunal de Justicia-, ¿no se está defendiendo el derecho a la última palabra con relación a la CDFUE? Si la respuesta fuera positiva, ¿dónde queda el principio de autonomía, la unidad y aplicación uniforme del DUE garantizados en Luxemburgo? Como afirma con claridad el presidente del Tribunal de Justicia, la CDFUE “es el *Bill of Rights* de la UE” y ha realizado una contribución significativa a la mejora del sistema de la UE de protección de los derechos fundamentales, al dar más visibilidad a esos derechos (Lenaerts Koen, 2018).

Una vez más emergen -junto a la inviabilidad de las salidas autorreferenciales-, los contornos del problema del control concurrente que mantiene

26 Sin resaltar en el original.

27 La norma citada que contempla la fórmula de atribución de competencias española dice: “Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que *se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”, sin resaltar en el original.

28 STC español nº 26 de 20 de febrero de 2014.

29 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107].

encerrados a los intérpretes dentro un laberinto borgiano. Son víctimas de la naturaleza irresoluble del problema del infinito.

Alonso García -por su parte- trata la cuestión de lo que denomina doble vulneración en relación con el control de convencionalidad, según los parámetros desarrollados por el TC español<sup>30</sup>, el cual “ha venido a proclamar, de manera frontal y expresa, los poderes del juez ordinario para inaplicar leyes por contrarias a tratados internacionales” (Alonso García, 2020: 19). En caso de producirse esa doble vulneración, afirma el autor citado, y con independencia de que la misma se refiera a disposiciones de un tratado que tengan reflejo en la constitución española (significativamente, en el terreno de los derechos fundamentales),

[...] el juez ordinario sigue estando obligado, en tales supuestos, a respetar plenamente nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional, y, en consecuencia (de llegar a la conclusión de que existe la infracción constitucional), a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Y cabría, asimismo, interponer recurso de inconstitucionalidad (obviamente, por quien tenga legitimación para hacerlo).

Ahora bien, el mismo autor sostiene que, este discurso exige, sin embargo, “matizaciones” en el ámbito del DUE y la doble prejudicialidad.

En efecto, mantiene Alonso García que el sistema de la UE impone la activación de la cuestión prejudicial cuando se dan las condiciones para ello; e impone, asimismo, “el pleno respeto” de las decisiones del Tribunal de Justicia. Pero el sistema de la UE también obliga, por otro lado, no solo a la inaplicación de leyes por contrarias al DUE, sino, además, a que esta tenga lugar de manera inmediata una vez constatada la contradicción por el juez nacional, bien por su propia autoridad, bien auxiliado vía prejudicial por el Tribunal de Justicia; lo cual, según el TC, convertiría a la ley, a partir del momento mismo de tal constatación, en norma incapaz de superar el “juicio de aplicabilidad” como presupuesto ineludible para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

Bustos Gisbert se pregunta, qué deberá hacer el juez en los casos en los que hay margen de maniobra para el Estado o no está claro si estamos o no dentro del ámbito de aplicación del DUE. La respuesta que se propone es contundente, “debe ser prioritaria la cuestión prejudicial” porque el intérprete del DUE es el Tribunal de Justicia. Es este Tribunal quien “está encargado de salvaguardar la autonomía y unidad en la interpretación y aplicación” del DUE. El Tribunal de Justicia, es el único competente para determinar cuestiones que, en su caso, necesitará el TC nacional para poder decidir un caso de este tipo sometido a su consideración (Bustos Gisbert, 2017: 343). Por lo tanto, concluye este autor, “existe una prioridad lógica desde el punto de vista aplicativo a favor del planteamiento de la cuestión prejudicial sobre la cuestión de inconstitucionalidad” (*Ídem*: 344).

30 Cfr. STC español nº 140 de 20 de diciembre de 2018.

El debate español sobre la doble prejudicialidad deja en evidencia un interrogante central por resolver: ¿es posible seguir preservando el control de constitucionalidad a cargo del TC como *ultima ratio* frente a sistemas de derechos convergentes y que se influyen recíprocamente? La respuesta afirmativa presume de negar dicha convergencia amparándose en una rígida visión sobre la regulación de competencias entre los sistemas jurídicos los cuales -se defiende-, lejos de converger, son autónomos y separados. En otras palabras, los circuitos interpretativos se mantienen como circuitos unidireccionales que reconocen solo una terminal (el TC, el Tribunal de Justicia o bien el TEDH) según su competencia. La mutación multidireccional de estos circuitos y el reconocimiento de diversas terminales que se influyen recíprocamente no podría ser admitida sin desconocer, por lo tanto, dicho principio de competencia.

Esta especie de dualismo presentaría algunas dificultades al intentar explicar la tutela de los derechos en un sistema multinivel de naturaleza jurídica compuesta. En particular de frente a la existencia de la CDFUE y su efecto directo reconocido por su intérprete final, el Tribunal de Justicia. Para este último, está muy claro que, ante la concurrencia de vías incidentales, el juez ordinario, en cualquier etapa del proceso -inclusive aún después de resuelta la cuestión de constitucionalidad-, puede y en algunos casos debe plantear la cuestión prejudicial. Por otra parte, cabría preguntarse hasta que punto es posible defender la existencia de una rígida división de competencias -constitucional/DUE- en una materia transversal y horizontal como la interpretación de los derechos.

Precisamente, el foco de conflicto se inflama con las interpretaciones divergentes sobre derechos con contenido materialmente convergente. ¿Puede invocarse -por ejemplo- la regulación civil de un Estado que define al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer para oponerse a reconocer el carácter de “cónyuge” de un ciudadano de la UE a una persona del mismo sexo -ciudadano de un tercer país y que contrajo matrimonio en otro Estado parte que lo permite- y negarle así la residencia que le reconoce el DUE con fundamento en la libre circulación de personas?<sup>31</sup> ¿Y si la definición de matrimonio -como ocurre en varios Estados de la UE- estuviera prescripta en una norma constitucional? ¿El TC interviniente debiera desconocer el DUE -interpretado por el Tribunal de Justicia a favor de un concepto neutro y flexible de cónyuge- y aplicar con rigidez su Constitución a la que en todo su derecho interpreta? ¿Qué pasaría con el efecto jurídico vinculante reconocido por el TUE a la CDFUE la cual no solo ofrece una definición neutra de matrimonio -desde una perspectiva de género-, sino que condena la discriminación a causa de la orientación sexual? ¿Cuáles serían las consecuencias de negar el derecho de residencia derivado de

31 Véase STJ de 5 de junio de 2018, *Relu Adrian Coman y otros*, asunto C-673/16 [ECLI:EU:C:2018:385], donde el propio TC rumano es quien plantea la cuestión prejudicial. Un comentario sobre este asunto en Requena Casanova, 2019: 41-79.

la libre circulación de personas, una de las libertades fundamentales en que se funda la integración europea?

Ante este escenario de protección multinivel -y los ejemplos son innumerables-, ¿hasta qué punto se puede sostener sin caer en una defensa cerrada y dogmática que los derechos reconocidos en la CDFUE -como en el CEDH- no son derechos con contenido materialmente constitucional, y por lo tanto no influyen en la interpretación que de estos derechos haga el TC?

Bustos Gisbert señala que, el pluralismo constitucional, no implica la creación de una situación anárquica en la aplicación del Derecho. Se suele sostener que no hay conflicto permanente entre ordenamientos. Cada uno tiene su propio ámbito competencial con los órganos encargados de resolver en última instancia. Ahora bien -razona el citado autor-, esta distribución a partir del principio de competencia “presenta inevitablemente dos aspectos difícilmente resoluble referidos a los márgenes de actuación de cada ente: aquellos puntos en los que se producen intersecciones entre ordenamientos”. El primero, tiene que ver con la determinación en última instancia de la amplitud de las respectivas competencias en las que se mueve cada ordenamiento. En otros términos, la cuestión radica en determinar a quién corresponde la titularidad de las competencias cuando éstas sean el propio objeto de controversia. Los sistemas federales, asignan la última palabra a un órgano de la entidad territorial que engloba a todas aquellas que se integran en su seno. Esta solución, “no es posible en un escenario de pluralismo constitucional”. Por tanto -sentencia Bustos Gisbert-,

[...] es en el enjuiciamiento de la eventual actuación ultra vires de los diferentes poderes generadores de los distintos ordenamientos donde encontramos un primer problema no resoluble desde la aplicación del principio de competencia. Y con ello es en este campo en el que nos podemos encontrar soluciones contradictorias y no compatibles entre las diferentes máximas instancias de defensa del propio ordenamiento. Este es, pues, el primer ámbito de actuación del diálogo judicial.

El segundo problema apuntado tiene que ver la existencia de competencias que por no ser reconducibles a los conceptos propios de la distribución material de poderes (sea interna, sea respecto a instancias supraestatales), “son conocidas como competencias *horizontales* o *transversales* y que en el campo de la integración de ordenamientos internacionales se centran en la *protección y garantía de los derechos fundamentales*. Efectivamente, en esta *materia* todos los ordenamientos pueden incidir” (Bustos Gisbert, 2012: 37-38)<sup>32</sup>.

Carrillo refiere a que la “conurrencia” que se produce con las Declaraciones de Derechos contenidas tanto en las constitucionales nacionales, como en las previstas por la justicia convencional que proporciona el TEDH, reconocidas en el CEDH, así como también en el sistema jurisdiccional que el TUE

32 Sin resaltar en el original.

establece a través del Tribunal de Justicia para la garantía de los derechos y libertades reconocidos en la CDFUE,

[...] justifican esta pluralidad de niveles de garantía jurisdiccional. Una pluralidad compleja en la que, seguramente, el mayor reto con el que se enfrentan tanto los Estados como las instituciones *supraestatales es la adecuada regulación de la concurrencia, a fin de evitar el riesgo del caos al que se puede enfrentar el justiciable que reclama la tutela de sus derechos* (Carrillo Marx 2017: 50).

Parece innegable, pues, que la compatibilidad del derecho nacional con el DUE se encuentra, a menudo, con consideraciones constitucionales. La transposición de directivas, donde el legislador nacional tiene un margen de apreciación, lo demuestra claramente. La pregunta entonces, según Grewe quien analiza la cuestión que tratamos en el derecho constitucional francés, es si la transposición viola la legislación de la UE o la Constitución. La respuesta que encuentra la autora es que, las fronteras entre los distintos ordenamientos jurídicos involucrados, especialmente en materia de sistema de derechos, “se están desvaneciendo gradualmente”. Por tanto -concluye-, se vuelve difícil, incluso artificial, separar las cuestiones de convencionalidad -incluida la de comunitariedad- de las cuestiones de constitucionalidad (Grewe Constance 2014/4: 968).

El laberinto borgiano carece de vías de salidas autorreferenciales. La forzada -si se quiere- convivencia entre intérpretes finales, condena a éstos, a la constante búsqueda de consensos dialógicos. En el caso del control concurrente ello supondrá, ni más ni menos que la posibilidad de evitar un choque de jurisdicciones [*clash jurisdiction*]. En situaciones donde los ordenamientos se superponen unos con otros, se ha dicho, el diálogo tiene una especial significación, pues “la situación impone especiales exigencias de colaboración, autor restricción y deferencia entre los tribunales” (Cfr. Xiol Ríos 2020, Nº3).

## **11. La reforma constitucional de 2008 en Francia y la *Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC)***

No nos debe llamar la atención el hecho que sea en el sistema constitucional francés donde el debate en torno a la prioridad de la cuestión constitucional -en caso de concurrencia con la cuestión prejudicial-, haya alcanzado gran estelaridad involucrando directamente a la doctrina, la justicia y la Asamblea Nacional. Las particularidades que presentaba entonces el control de constitucionalidad -conocido como la “excepción francesa”- constituyeron un terreno fértil y prometedor para la iniciativa. Dicho control, en Francia, ha sido tradicional y principalmente un control abstracto y previo.

La práctica francesa -escribe Sarmiento- se destaca por contar con un control de constitucionalidad previo, con decisiones que tienen efectos *erga*

*omnes*<sup>33</sup>. En este marco, el sistema constitucional que estudiamos “no contaba con acciones constitucionales dirigidas a facilitar la acción ciudadana directa de control constitucional *a posteriori*” (Sarmiento, 2016: 463-486). Señala Bon que, antes de la reforma constitucional de 2008<sup>34</sup>, se daba en Francia una situación paradójica: los tribunales administrativos (sentencia *Nicolo*)<sup>35</sup> -como los tribunales ordinarios (sentencia *Société des cafés Jacques Vabre*)<sup>36</sup> -podían asegurar la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes (conforme al artículo 55, constitución francesa) dentro del marco de un control de convencionalidad de las leyes. Dicho de otro modo, eran competentes para inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, pero no lo eran en el caso de que “sólo” se considerara inconstitucional. Tampoco lo eran para solicitar al Consejo Constitucional, mediante una cuestión prejudicial, un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley en cuestión. En la práctica, ello se traducía “en una incontestable devaluación de la Constitución, que presentaba para el ciudadano menor relevancia que, por ejemplo, el [CEDH] en la defensa de los derechos fundamentales frente a la ley”. Por más que, de hecho, los dos textos proclamaran derechos similares, “no era posible que el juez garantizase la supremacía de la Constitución sobre la ley, pero sí una decisión tendiente a garantizar la primacía del [CEDH]” (Bon Pierre, 2009:315).

Apunta Halpérin que -ambas sentencias citadas-, pueden calificarse de “revolucionarias” ya que se traducen en innovaciones profundas en los poderes del juez judicial y del juez administrativo en su relación con el derecho francés. Marcan un cambio con respecto a una actitud anterior caracterizada por la negativa de los tribunales de ambos órdenes a discutir la vigencia de la ley (Halpérin Jean L., 2010:31-34).

Catalano, en igual sentido, mantiene que los derechos, siendo reconocidos por el sistema constitucional francés, no eran garantizados apelando a la Constitución sino apelando a las normas internacionales las cuales asumían, así, al menos en dicho ámbito, “una posición de preminencia” (Catalano Stefano,

33 Este diseño institucional supone que el producto legislativo, una vez finalizado y aprobado por el Parlamento, “es estudiado automática y previamente por el Consejo Constitucional”. Dice al respecto el artículo 61 (constitución francesa): “(1) Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, *deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.* (2) Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional *antes de su promulgación* por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. (3) En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. (4) En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación”. Sin resaltar en el original.

34 Realizada mediante Ley constitucional nº 2008-724 de 23 de julio de modernización de las instituciones de la V República.

35 Cfr. Consejo de Estado francés, sentencia de 20 de octubre 1989 (*Nicolo*).

36 Cfr. Corte de Casación francesa, sentencia de 24 de mayo de 1975 (*Société des cafés Jacques Vabre*).

2019/10: 10). En consecuencia, la reforma constitucional que tratamos es definida como un “giro copernicano” en la medida que el control *abstracto a priori* de las leyes deja de ser el único ejercido por el Consejo Constitucional y se crea un control *a posteriori* que puede promover cualquier justiciable (Véase Alcoberro Llivina, 2011: 17-65).

En este contexto, donde el fin era devolver la Constitución al centro de gravedad del ordenamiento jurídico francés, la reforma de 2008 modifica el artículo 61.1 de la constitución francesa<sup>37</sup> el cual permite, ahora, “suscitar una suerte de cuestión de inconstitucionalidad por vía de excepción” (Bon Pierre, 2009: 315), “una vía indirecta de garantía jurisdiccional” (Carrillo Marc, 2010: 587-600). La adopción de la QPC -mantiene Badinter- puso fin a una tradicional resistencia francesa al control de la ley<sup>38</sup>, reforzando el papel del Consejo Constitucional, llamado a convertirse en un verdadero TC como las demás jurisdicciones constitucionales existentes en Europa (Badinter Robert, 2014/4: 777-782). Después de haber defendido, durante medio siglo, un control *a priori* -escribe Santolini-, finalmente Francia ha dado el paso y se ha sumado a los países donde los ciudadanos no son “*mineurs constitutionnels*” (Santolini Thierry, 2013/1: 83).

La Ley orgánica nº 2009-1523<sup>39</sup>, relativa a la aplicación del citado artículo 61-1, aborda la problemática originada en este desplazamiento de hecho de las normas constitucionales como parámetro de control, y reconoce a la cuestión de constitucionalidad un carácter “prioritario” dando vida a la QPC. El legislador orgánico avaló de este modo la iniciativa del gobierno francés de incorporar, respecto al texto constitucional, el principio de precedencia reconocido a la cuestión de constitucionalidad, trasladándola de la condición de cuestión

37 El artículo 29 de la Ley constitucional de 23 de julio de 2008 ya citada introdujo en la constitución francesa el artículo 61-1 que dispone: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente en una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades garantizados por la Constitución, esta cuestión podrá ser sometida al Consejo Constitucional, tras su remisión, por parte del Consejo de Estado o del Tribunal Supremo que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo”.

38 Badinter refiere a que, en Francia, “somos herederos de una cultura eminentemente jurídica que hace del derecho expresión de la voluntad general. El dogma republicano de la soberanía popular, encarnado en el Parlamento resultante de elecciones libres y justas, ha fundado tradicionalmente en el rechazo del control, por parte de los jueces, de la labor legislativa del Parlamento” (BADINTER Robert, “Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 100, 2014/4, p. 778).

39 Esta ley de 10 de diciembre de 2009 añade un nuevo Capítulo II bis, titulado “De la cuestión prioritaria de constitucionalidad”, al Título II del Decreto legislativo nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el texto de la Ley orgánica del Consejo Constitucional. Esta Ley en su artículo 23-2 dispone que: “En cualquier caso, cuando se planteen ante un órgano jurisdiccional motivos basados en la falta de conformidad de una disposición legislativa con los derechos y libertades garantizados por la Constitución, por una parte, y con los compromisos internacionales de Francia, por otra, *ese órgano deberá pronunciarse con carácter prioritario sobre la remisión de la cuestión de constitucionalidad* al Consejo de Estado o a la Corte de Casación”. Sin resaltar en el original. Tras ser declarada constitucional por el Consejo Constitucional en su decisión nº 2009-595 DC de 3 de diciembre de 2019, la citada ley entró en vigor el 1 de marzo de 2010.

prejudicial [*question préjudicielle*] a la de cuestión prioritaria [*question prioritaire*] (Véase Simon y Rigaux, 2010: 63-88).

En los fundamentos del proyecto de dicha Ley se lee que, “en cualquier caso”, el tribunal debe pronunciarse en primer lugar sobre la cuestión de la constitucionalidad, con sujeción, si correspondiere, a los requisitos derivados del artículo 88-1 (constitución francesa) en relación al DUE<sup>40</sup>. Esta prioridad del control de constitucionalidad está vinculada al efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad que dará lugar a la derogación de la disposición legislativa impugnada. Pero, además –se señala–, la misma se inscribe en “la voluntad de reapropiación [*volonté de réappropriation*] de la Constitución por parte de los justiciables expresada por el poder constituyente durante la revisión del 23 de julio de 2008”.

Alcoberro Llivina señala que la innovación de la Ley orgánica nº 2009-1523 frente a los proyectos de reforma constitucional de 1990 y 1993 consiste en la introducción de una *regla de prioridad* a favor del control de constitucionalidad sobre el control de convencionalidad (que involucra entre otros tratados internacionales al CEDH) y el control sobre el DUE. Esta regla de prioridad no está libre de controversias dado que el control de constitucionalidad “se ciñe a los derechos y las libertades, los textos de referencia para el control serán muy similares a los catálogos de derechos contenidos en los convenios internacionales que constituyen el parámetro de control de la convencionalidad de las leyes” (Alcoberro Llivina, 2011: 44).

Se reproduce aquí el problema del control concurrente originado en circuitos interpretativos multidireccionales que reconocen distintas terminales. En el caso de Francia se da la particularidad de que la Constitución vigente desde 1958 no contiene un catálogo de derechos propio. En consecuencia, al ceñirse inicialmente el Consejo Constitucional a la Constitución como parámetro de control, sus decisiones versaban en muy pocas ocasiones sobre derechos y libertades. Hasta que, en 1971, el mismo Consejo sostiene que el Preámbulo de la Constitución de 1958 puede utilizarse para controlar la constitucionalidad de las leyes<sup>41</sup>. Esta decisión permitió al juez constitucional elaborar la noción de bloque de constitucionalidad, esto es un conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley. A partir de entonces el bloque de constitucionalidad está sometido a un constante desarrollo jurisprudencial y si bien hay normas que lo integran sin ninguna duda, no está tan claro el caso de otras.

Los elementos no controvertidos que integran el bloque de constitucionalidad son el preámbulo de la Constitución de 1958, los textos a los que éste hace referencia -esto es, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de

40 Formula constitucional habilitante que dice: “La República participa en la Unión Europea compuesta por Estados que *han optado libremente ejercer en común algunas de sus competencias* en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, texto modificado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007”. Sin resaltar en el original.

41 Consejo Constitucional francés decisión nº 71-44 DC de 16 de julio de 1971.

1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 y la Carta del Medio Ambiente de 2004, así como los principios de valor constitucional<sup>42</sup>. No forman parte del bloque de constitucionalidad los reglamentos de las asambleas legislativas, ni tampoco las leyes orgánicas. Respecto al derecho internacional y el DUE, cabe distinguir entre ambos.

El constituyente francés ha otorgado un rango supra legal a los tratados internacionales regularmente aprobados o ratificados (cfr. art. 55 constitución francesa). El Consejo Constitucional optó por no incluirlos en el bloque de constitucionalidad y se negó a controlar la conformidad de las leyes con los tratados internacionales afirmando -ya en 1975-, que una ley no es contraria a la Constitución sólo por el mero hecho de ser contraria a un tratado internacional<sup>43</sup>. Además sugirió a los tribunales ordinarios que controlasen la conformidad de la ley con los tratados internacionales en términos de convencionalidad lo que ha contribuido -como ya observamos- al desarrollo de un sistema de control inédito: *un control de convencionalidad de tipo difuso que convive con un control de constitucionalidad concentrado*<sup>44</sup>.

En cuanto al DUE el panorama es más complejo<sup>45</sup>. Centrándonos en el derecho derivado, el Consejo Constitucional se ha reservado, en el control *a priori*, el derecho de censurar una ley de transposición de una directiva comunitaria en el caso de ser “manifiestamente incompatible” con la directiva<sup>46</sup>. Sin embargo, este control -que consiste en erigir una directiva comunitaria como norma de referencia para censurar la constitucionalidad de una ley nacional-, es limitado. Ello se debe a tres razones: en primer lugar, no todas las normas del derecho derivado de la UE se convierten en norma de referencia para el control de leyes nacionales que las transponen ya que el Consejo Constitucional únicamente reconoce este valor a las directivas comunitarias. En segundo lugar, el Consejo Constitucional se ciñe a censurar una “incompatibilidad manifiesta” con las mismas, en el caso de meras dudas declara la conformidad y deja al juez

42 Sobre la definición de estos principios el Consejo Constitucional goza prácticamente de una libertad total para su descubrimiento y su consagración.

43 Consejo Constitucional francés, decisión nº 74-54 DC de 15 de enero de 1975.

44 La renuncia a la teoría de la ley-pantalla cuando una ley es contraria a un tratado internacional ha desembocado en un control extremadamente activo por parte del juez ordinario. La única excepción a la “excepción de inconventionalidad” consiste en tratados contrarios a la Constitución donde la contradicción se resuelve a favor de esta última o sea se defiende la supremacía constitucional. Parte de la doctrina se ha mostrado crítica a esta jurisprudencia ya que ven en ello un control de conformidad de los tratados internacionales con la Constitución que según el artículo 54 (constitución francesa) sólo incumbe al Consejo Constitucional (Véase MAUGÛE, 2003 : 53-70).

45 Véase RIDEAU, 2009: 602, quien se refiere a un estado de confusión extrema, que hace necesaria una aproximación más racional.

46 Consejo Constitucional francés, decisión nº 2006-535 DC de 30 de marzo de 2006, y decisión nº 2006-543 DC de 30 de noviembre de 2006. La obligación de transponer una directiva al derecho interno resultaría de una “exigencia constitucional” que se deduciría del artículo 88-1 (constitución francesa) fórmula constitucional habilitante. La doctrina se refiere a este tipo de control como un “control diferencial [*dérivélité*]” (véase CHARPY Chloé, 2009/3: 797).

ordinario la labor de plantear, en su caso, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En tercer lugar, en el supuesto hipotético de que el objetivo de la directiva en cuestión fuese contrario a la identidad constitucional francesa<sup>47</sup> -es decir a reglas inherentes al orden constitucional francés<sup>48</sup> (ver *infra* 28)-, el Consejo Constitucional se abstendría de utilizarla como norma de referencia (recuperando entonces su competencia para censurar la ley de transposición). El significado último de esta construcción es que el Consejo Constitucional no controla la conformidad con la Constitución de la ley que transpone una directiva (a menos que tuviera objetivos contrarios a las reglas inherentes del orden constitucional francés) sino que sólo controla su conformidad con la directiva.

Ni siquiera por una *via indirecta* -razona Segura Serrano-, ha querido el Consejo Constitucional interferir en el sistema jurisdiccional comunitario, que dispone de sus propios mecanismos para controlar la validez de las normas producidas por los órganos de la UE, como son el recurso de anulación, el de omisión y la excepción de ilegalidad, e indirectamente, a través de la cuestión prejudicial de validez. Este nuevo e importantísimo posicionamiento, fruto de una revalorización del citado artículo 88.1, viene provocado, por un afán de afirmación clara, quizá por primera vez, del *principio de autonomía* del DUE. A partir de ahora, el Consejo Constitucional “concede la especificidad que el ordenamiento comunitario reivindica para sí”, si bien se hace desde un fundamento constitucional (Segura Serrano: 2005: 124-125).

De lo dicho hasta aquí se desprende que el DUE -incluida la CDFUE- con las salvedades expuestas (se limita a las leyes que tienen por objeto transponer las directivas comunitarias), quedarían fuera de los parámetros de control pues no integran el bloque de constitucionalidad. El Consejo Constitucional, además, ha excluido expresamente la posibilidad de que la exigencia constitucional relativa a la transposición de las directivas (art. 88-1 constitución francesa) sea un derecho garantizado por la QPC<sup>49</sup>.

Sin embargo, ¿que ocurriría cuando derechos reconocidos por el DUE tienen un contenido convergente con los reconocidos por el bloque de constitucionalidad? La referencia del artículo 61-1 (constitución francesa) a los “derechos y las libertades que garantiza la Constitución” suscita incertidumbres por la ausencia de un catálogo de derechos en la propia Constitución y la existencia de un bloque de constitucionalidad cuyo contenido no está claramente determinado.

Una parte de la doctrina se ha manifestado -al interpretar el artículo 88-1 (constitución francesa)- favorable al uso del DUE como parámetro del control de constitucionalidad. Picard, por caso, considera que este artículo permitiría al Consejo Constitucional verificar la constitucionalidad de las leyes considerando ahora que el DUE, en su conjunto, “ya no constituye un derecho externo

47 Cfr. Consejo Constitucional francés, decisión nº 2004-496 DC de 10 de junio 2004.

48 Cfr. Consejo Constitucional francés, decisión nº 2006-540 DC de 27 de julio 2006.

49 Cfr. Consejo Constitucional francés, decisión nº 2010-605 DC de 12 de mayo de 2010.

al derecho nacional, sino un elemento de este derecho mismo, estando totalmente integrado en él” (Picard Etienne, 1993: 52). La competencia del Consejo Constitucional para controlar la conformidad de todas las leyes con el pertinente DUE -señala Magnon-, se basa en una sólida jurisprudencia comunitaria, al menos en lo que respecta al derecho comunitario dotado de “efecto directo” (Magnon Xavier, 2006: 5).

Refugiarse dentro del ámbito de competencias no evita el problema del control concurrente: los derechos constitucionales, junto a los derechos reconocidos en la CDFUE, se asemejan a espejos enfrentados que se reflejan recíprocamente. Cualquier intervención sobre un espejo, se muestra automáticamente en el otro. Mantener fuera del problema del control concurrente el alcance dado a la prioridad constitucional francesa, implicaría un gran esfuerzo de abstracción que permitiera defender, una clara diferenciación, entre el control en sede constitucional y el control en sede comunitaria (o bien en sede convencional)<sup>50</sup>. Precisamente, observada desde la práctica jurisdiccional -desde donde se alcanza la tutela efectiva de derechos-, vimos que tal diferencia tiende a desvanecerse debido a que ambos controles tienen por objeto interpretar sistemas de derechos convergentes<sup>51</sup>. En el caso concreto de la QPC, el riesgo de bloquear el libre acceso del juez ordinario -en cualquier etapa del proceso que lo considerara oportuno cuando no obligatorio- a la cuestión prejudicial comunitaria, es un riesgo que se mantiene latente.

Con la QPC, el legislador francés -razona Sarmiento-, obliga al juez de fondo, sea judicial o administrativo, a plantear, con “carácter preferente a cualquier otro procedimiento”, un incidente procesal ante el Consejo Constitucional cuando existan dudas sobre la compatibilidad entre una disposición legislativa francesa y los derechos y libertades garantizados por la Constitución. Si se diera el caso de que la ley infringe tanto los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución como los reconocidos en el Derecho Internacional o el DUE, el juez de fondo “está, en principio, obligado a dar prioridad al reenvío ante el Consejo Constitucional” (Sarmiento Daniel, 2011: 99).

En la doctrina francesa -comentan Simon y Rigaux- durante los debates previos en la Asamblea Nacional sobre la Ley orgánica nº 2009-1523, surgieron las primeras señales de alarma sobre los problemas que la preferencia constitucional podía encontrar si se cruzaba con el DUE. En efecto, ya se afirmaba que la articulación de la revisión de constitucionalidad y la revisión de

50 Grewe escribe que, la jurisprudencia del Consejo Constitucional tiende a negar lo que denomina la “extensión del derecho constitucional”, al intentar en vano mantener la separación tradicional entre “constitucionalidad y convencionalidad”. La autora se pregunta: cómo se puede defender que una ley, contraria a un tratado internacional, entra en el ámbito de aplicación del artículo 55 (constitución francesa), pudiendo por ende ser objeto de control de convencionalidad. El Consejo Constitucional ejerce entonces, afirma, un control de convencionalidad disfrazado de control de constitucionalidad (Cfr. GREWE, 2014/4: 968-969).

51 Cassia critica la regla de prioridad por el efecto perverso que podría conllevar: la devaluación del control de convencionalidad (CASSIA Paul, 2009: 17).

convencionalidad adquiere una “especial agudeza” cuando se trata de casos en los que se involucra el DUE. Por ello, podría haber parecido deseable *a priori* establecer una distinción entre control de convencionalidad y control de compatibilidad con las normas comunitarias (comunitariedad). Resulta significativo -además-, que no se mantuvieran las propuestas tendientes a imponer explícitamente la imposibilidad de que las normas nacionales, aunque sean constitucionales, “bloqueen la competencia de los tribunales en materia prejudicial”. Una referencia en este sentido hubiera tenido la ventaja de eliminar cualquier ambigüedad en cuanto al significado de la “prioridad” otorgada a la cuestión de constitucionalidad, al menos en lo que respecta a la facultad, de cualquier tribunal nacional, para proceder a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Ello debido a que la noción misma de “prioridad” es confusa: ¿se trata de una consagración indirecta de la primacía de la Constitución sobre los compromisos internacionales de Francia, o sólo de una prioridad procesal, análoga a la que lleva a cualquier juez a examinar “con carácter prioritario” los medios de admisibilidad y “luego” los fundamentos de fondo, sin que este orden cronológico implique una superioridad de la admisibilidad sobre el fondo? (Simon-Rigaux, 2010: 63-68).

El Consejo Constitucional, en ocasión de ejercer el control previo de constitucionalidad de la Ley orgánica nº 2009-1523, sostuvo que el legislador ordinario consideró “*garantizar el cumplimiento de la Constitución y recordar su lugar en la cúpula del ordenamiento jurídico interno*”. Dejando en claro, que la prioridad constitucional, tiene “como único efecto imponer, en cualquier caso, el orden de examen de las causas sometidas ante la jurisdicción a la que se recurre”. Por tanto, “*no restringe la competencia de esta última*, tras haber aplicado las disposiciones relativas a la cuestión prioritaria de constitucionalidad, de velar por el respeto y la superioridad sobre las leyes de los tratados y acuerdos legalmente ratificados o aprobados y de las normas de la Unión Europea”. En opinión del Consejo Constitucional, la normativa bajo escrutinio constitucional no incumple ni el artículo 55 ni el artículo 88-1 (ambos de la constitución francesa)<sup>52</sup>. En sentido similar se expidió el Consejo de Estado francés<sup>53</sup>.

Este recorrido interpretativo, ante las dudas expuestas por la Corte de Casación<sup>54</sup>, serán avaladas por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melki y Abdeli* (2010)<sup>55</sup> al momento de establecer los parámetros para la conformidad de la QPC con el DUE: se deja en claro que cualquiera sea la interpretación de la prioridad constitucional, el límite comunitario está dado en la preservación del

52 Consejo Constitucional francés, decisión de 3 de diciembre de 2009, nº 2009-595 DC, apartado 14.

53 Consejo de Estado francés, resolución nº 312305 de 14 de mayo de 2010 (Véase LIEBER, BO-TTEGHI y DAUMAS, 2010: 101-120).

54 Corte de Casación francesa, sentencias de 16 de abril de 2010, *Aziz Melki y Selim Abdeli* [nº 10-40001 y nº 10-40002].

55 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363].

poder-deber del “órgano jurisdiccional nacional” de plantear -en cualquier etapa del proceso- sus dudas al Tribunal de Justicia (ver *infra* 13).

El problema del control concurrente se mantiene irresoluble ante la existencia de circuitos interpretativos multidireccionales -característicos de la protección multinivel- que reconocen diversas terminales. La QPC tal cual fue regulada por la Ley orgánica nº 2009-1523 -estableciendo la prioridad constitucional en el tiempo- está pensada para circuitos interpretativos unidireccionales que, por tanto, reconocen solo una terminal (en este caso el Consejo Constitucional). Se trata, en este sentido, de una técnica destinada a “garantizar la salvaguardia general del orden constitucional” (Véase Santolini 2013/1: 96).

En la defensa hecha de la prioridad constitucional, se manifiestan las críticas de parte de la doctrina a la reconfiguración que de la QPC hacen en Luxemburgo y, pacíficamente -se señala- aceptan las máximas instancias jurisdiccionales francesas: “la QPC debe ahora sacrificarse sobre el altar europeo bajo la acción conjunta del Consejo de Estado, el Consejo Constitucional y la Corte de Casación”. La “constitucionalidad prioritaria [*constitutionnalité prioritaire*]” se ha esfumado; sin anteponerse a su competidor “comunitario [*communautaire*]” la QPC que ya no es la primera sino, en el mejor de los casos, es igual [*égale*] a la cuestión prejudicial de la UE (Véase GAÏA Patrick, 2014/4: 926-927).

La adopción de la Ley orgánica nº 2009-1523 -explica Philippe- implica la transformación de la “*question préjudicielle de constitutionnalité*” en una “*question prioritaire de constitutionnalité*”, lo cual manifiesta una preocupación por hacer que, el control de constitucionalidad, prevalezca sobre el control de convencionalidad. La elección de este nombre, no es casual, revela la voluntad del legislador orgánico de hacer que la QPC prevalezca sobre todas las demás. También hallamos en este nombre un “símbolo psicológico” que obligará al poder jurisdiccional a abordar esta cuestión antes que todas las demás. Los riesgos de malentendidos o disidencias llevaron, al legislador orgánico, a eliminar cualquier ambigüedad y recordar que “la Constitución se ubica en la cúspide de la pirámide normativa” y, por lo tanto, cualquier otro medio incidental, por fundamental que sea, debía pasar a un segundo plano mientras no se resolviera la QPC (Phillip Xavier, 2010/2: 281).

En este tono se expresa la Ley orgánica nº 2009-1523: el control de constitucionalidad debe tener prioridad sobre el examen de control de convencionalidad. Hace cuarenta años -siguiendo con el análisis de Philippe-, tal aclaración no habría provocado ninguna reacción. Hoy la situación ha cambiado profundamente y la cuestión en debate no implica solo una “cuestión de jerarquía de normas sino también de competencia jurisdiccional”. El desarrollo de los derechos europeos (tanto del DUE como el derivado del CEDH) en el ordenamiento jurídico interno, ha experimentado un desarrollo constante y ha instalado la norma convencional dentro del panorama jurídico francés. Dado que el juez a quo también puede entender directamente en las vías incidentales relacionadas con la no convencionalidad de una disposición legislativa, nace el “riesgo de

competición” entre la cuestión de convencionalidad y la de constitucionalidad, en particular en lo que respecta a los catálogos de derechos y libertades fundamentales que se superponen en gran medida. La lógica de la jerarquía de normas exige que se aborde la cuestión de constitucionalidad antes de examinar la de convencionalidad: por tanto, la prioridad se comprende fácilmente y, además, en sentido estricto, no existe competencia entre las dos formas de control, ya que “pueden ejercerse” sucesivamente. La dificultad -concluye Philippe- surge del hecho de que el juez a quo, tiene respecto al control de convencionalidad, un poder que no tiene en cuanto al control de constitucionalidad ya que él mismo puede pronunciarse sobre la denuncia de no convencionalidad. Si, por tanto, la protección de un derecho o una libertad está garantizada tanto por las normas constitucionales como por las convencionales, el juez a quo podría pronunciarse directamente sobre la denuncia de inconvencionalidad cuando deba plantear una QPC sobre la querrela de inconstitucionalidad. *A priori*,

[...] es tentador resolver el problema usted mismo en lugar de que otro juez lo resuelva. Al obligar al juez a quo a pronunciarse principalmente sobre la cuestión de constitucionalidad, la ley orgánica quería, por tanto, interrumpir dicho debate e imponer por escrito un orden para el tratamiento de las cuestiones que, desde el punto de vista jurídico, ya estaba establecido” (Phillip Xavier, 2010/2: 282).

En el asunto *Melki y Abdeli* (2010) -explica Yannakopoulos-, el Tribunal de Justicia aclaró los dos parámetros principales que condicionan la eficacia del sistema de control difuso e incidental de la “unidad de toda norma nacional”, incluidas las leyes. El primer parámetro, se refiere a la posibilidad de acceder libre y directamente al mecanismo de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El segundo parámetro, se relaciona con el hecho de que la implementación del “control de la unidad de las normas nacionales [*contrôle d’unionité des normes nationales*]” no necesariamente tiene que esperar el resultado del control de su constitucionalidad. Los dos parámetros antes mencionados, a saber, la posibilidad de un diálogo directo de cualquier juez nacional con el Tribunal de Justicia y la desconexión entre la aplicación de la revisión de la unidad de las leyes y el resultado de la revisión de su constitucionalidad, simplemente pretenden liberar a los jueces nacionales de sus obligaciones derivadas del derecho nacional y, en consecuencia, convertirlos en verdaderos jueces ordinarios del DUE. En este sentido, el objetivo de garantizar la efectividad del sistema difuso de control de la unidad de las leyes favorece la “descentralización” y excluye la prioridad obligatoria del control de la constitucionalidad de las leyes. En relación con esto último, Yannakopoulos afirma que, desde el momento que su objetivo es la restauración de la Constitución nacional en la cima del ordenamiento jurídico francés, la QPC está condenada a entrar en conflicto con el principio de primacía del DUE, aunque ello signifique perder su razón de ser (Yannakopoulos Constantin, 2012/3: 543-554).

## 12. La prioridad constitucional en Italia: un camino abierto por la *Corte Costituzionale*

En su sentencia *nº 269/2017*, los jueces con sede en el *Palazzo della Consulta*, tratan en un obiter dictum el problema de la doble prejudicialidad abriendo, de frente a la ausencia de certezas<sup>56</sup>, el debate sobre la prioridad en el tiempo de la cuestión de constitucionalidad. Como señala Lo Calzo, en dicha sentencia, la CC modifica el orden de prioridad de las cuestiones de doble prejudicialidad en el caso de dudas en la compatibilidad del derecho interno con la CD-FUE (Lo Calzo, 2021/1: 112). Se debe recordar que, en su histórica sentencia *nº 170/1984* (*Granital*), la *Consulta* había establecido expresamente a favor del juez ordinario la posibilidad de “no aplicación” del derecho nacional contrario al entonces derecho comunitario –hoy DUE- de naturaleza “directamente aplicable” (cfr. art. 288, TFUE<sup>57</sup>) relevante para el caso<sup>58</sup>. Estaba claro entonces, para el juez ordinario, la importancia y la preminencia de la cuestión prejudicial como instrumento privilegiado de diálogo con el Tribunal de Justicia<sup>59</sup>. A la vez que la CC se “auto-excluía”<sup>60</sup>, en tal caso, del debate sobre la validez jurídica<sup>61</sup>. Esta postura llevó, como ha señalado la doctrina (Véase Comazzeto Giovanni, 24/2018: 10), a un aislamiento y marginación de la *Consulta* en temas de relevancia como la interpretación del sistema constitucional de derechos y explica, en parte, la introducción jurisprudencial de la prioridad constitucional<sup>62</sup>.

56 La Corte de Casación italiana no tardó, por ejemplo, en solicitar aclaraciones sobre la doctrina que promovía la jurisdicción constitucional (Cfr. sentencia de 16 febrero de 2018, nº 3831, Sección civil II, *Bolognesi c. Consob*). Véase TEGA Diletta, “Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione”, *questionegiustizia.it* (13-03-2018).

57 La norma citada dice: “(1) Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. (2) El reglamento tendrá un alcance general. *Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*”. Sin resaltar en el original.

58 SCC italiana nº 170 de 5 de junio de 1984, considerando en derecho punto 5. En caso de que la norma comunitaria no fuera reconocida como “directamente aplicable” el juez ordinario debía plantear la cuestión de constitucionalidad.

59 Italia registra uno de los crecimientos exponenciales más significativos en la presentación de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia: conforme a datos hasta 2020 se ubica en segundo lugar –después de Alemania- con 1.627 presentaciones con un pico de 70 en 1996 y 2019. De este total de 1.627, 1.224 corresponden a órganos jurisdiccionales distintos al Consejo de Estado (225), la Corte de Casación (173) y la misma CC (5).

60 Véase entre otras la SCC italiana nº 13 de 16 de marzo de 1960 donde se afirma que se debe rechazar la opinión de que la CC pueda ser incluida entre los “órganos jurisdiccionales nacionales” reconocidos por los tratados fundacionales para presentar cuestiones prejudiciales. Se defendía entonces una postura similar a la mantenida hasta hoy por el TC español (ver *supra* 10).

61 Esta especie de auto-exclusión de la CC llegó a su fin solo recientemente con la presentación de su primera cuestión prejudicial a partir de un proceso por *via principal* (SCC italiana nº 102 de 13 de febrero de 2008 y la consiguiente ordenanza nº 103 de 13 de febrero de 2008). Extendiéndose luego al procedimiento por *via incidental* (CC italiana ordenanza nº 207 de 18 de julio de 2013 y nº 24 de 26 de enero de 2017, esta última referida a la *saga Taricco*).

62 Repetto califica a la sentencia nº 269 de 2017 como una “revolución jurisprudencial” que ha transformado los equilibrios precedentes permitiendo superar aquella rígida separación de ámbitos

Zagrebelsky -sobre esta particular situación de desplazamiento- advierte, que en un contexto jurisdiccional que aplica grandes Declaraciones de derechos, internamente no homogéneas y potencialmente contradictorias (es decir capaz de producir decisiones que al aplicar declaraciones de derechos similares o incluso idénticas, sin embargo pueden ser decisiones contradictorias), se corre el riesgo de tener dos efectos: primero, la deslegitimación generalizada del sistema, de nuestros sistemas políticos constitucionales (porque las Declaraciones de derechos son producto de la “democracia representativa”). Todo lo cual, en segundo lugar, conducirá a otras formas de legitimación, que no serán propiamente las de la citada democracia representativa. Sobre la base de estas premisas, Zagrebelsky señala cuales son las razones detrás del *obiter dictum* de la sentencia n° 269/2017: la jurisprudencia *Granital* construye la relación entre los dos sistemas -constitucional y comunitario- de acuerdo con el principio de que “donde un sistema se expande, el otro se contrae”. Es probable que esta jurisprudencia se basará en la premisa de que las Instituciones europeas ostentan competencias limitadas, además no existía entonces una Carta de derechos. En la actualidad -de mantener dicha jurisprudencia -, se corre el riesgo con la entrada en vigor de la CDFUE -y de confirmarse su vocación expansiva-, de “dejar fuera de todas las controversias sobre derechos fundamentales a la Corte Constitucional”. Por ello, la jurisprudencia de la sentencia n° 170/1984 hoy corre el riesgo de crear “efectos perversos” porque plantea el problema de absorber cualquier controversia sobre derechos fundamentales como una disputa de derecho europeo (Zagrebelsky Gustavo, 2002: 531-539).

Esta situación fue resaltada en 2018 -por el entonces Presidente de la Consulta- al sostener que la falta de aplicación de la ley nacional por parte de los jueces comunes, a causa de su incompatibilidad con el DUE, podría sustraer a la CC del conocimiento de marcos regulatorios opuestos no solos al artículo 11 y 117.1 (constitución italiana), sino con relación a otros artículos de la Constitución. Un efecto de estas características, en particular en materia de los derechos y libertades de la persona, “no aparece plenamente conciliable con el rol de guardián judicial de la Constitución propio de la Corte [Constitucional]”<sup>63</sup>.

El debate sobre la prioridad constitucional de frente a la doble prejudicialidad -escribe Massa Pinto-, es solo el síntoma, el epifenómeno de una cuestión más profunda, y quizás de la cuestión fundamental que debe enfrentar cada ordenamiento jurídico. Ello, en efecto, tiene que ver con la necesidad de responder a una pregunta crucial: “*chi «chiude» il sistema? Chi ha «diritto all’ultima parola» nelle decisioni fondamentali che riguardano la vita della collettività?»*”<sup>64</sup>.

y de funciones [sentencia *Granital*] (REPETTO Giorgio, “Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla «doppia pregiudizialità» in materia di diritti fondamentali”, *Rivista AIC*, n° 4, 2019 (25-10-2019)).

63 Cfr. “Relación anual sobre la actividad desarrollada en 2018” a cargo del Presidente Giorgio Latanzi (21-3-2019) citada por MASSA PINTO: 17/06/2020: 327.

64 *Ídem*.

La experiencia italiana se asimila -en el sentido anterior- a la francesa en la necesidad de reorientar el sistema de derechos hacia la Constitución, o bien reubicar a la misma en el centro de gravedad del ordenamiento jurídico nacional. Se debe tener presente, además, el contexto en que se produce la sentencia *nº 170/1984* ya que estaba pensada para el reglamento comunitario que -desde inicio de la integración europea- es “directamente aplicable” (cfr. art. 288, TFUE).

Desde entonces, sin embargo, el universo de normas “directamente aplicables” del DUE se ha expandido exponencialmente alcanzado no solo a la CD-FUE, sino también numerosas directivas a las cuales los jueces de Luxemburgo reconocieron dicho atributo. Con ello, frente a la creciente convergencia normativa, la condición de “directamente aplicable” a la norma comunitaria para habilitar la desaplicación de la norma nacional opuesta fue perdiendo eficacia y dejando en evidencia el problema del control concurrente.

La Consulta llama la atención en la sentencia *nº 269/2017* sobre las “*trasformazioni*” ocurridas en las relaciones interordinamentales entre el DUE y el derecho estatal a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009). Particularmente, con el reconocimiento de “*effetti giuridici vincolanti*” a la CDFUE equiparándola de este modo al derecho primario de la UE. La CC se refiere a la doble prejudicialidad como los casos en que una ley es objeto de dudas de ilegitimidad, tanto en referencia a los derechos protegidos por la Constitución italiana como en relación a los garantizados por la CDFUE. De frente a esta situación, “debe ser elevada [a la CC] la cuestión de la legitimidad constitucional, dejando a salvo el recurso a la cuestión prejudicial para cuestiones de interpretación o nulidad del Derecho de la UE, de conformidad con el art. 267 del TFUE”<sup>65</sup>.

En la sentencia *nº 20/2019*, los mismos jueces constitucionales precisan sus afirmaciones.<sup>66</sup> Retoman la argumentación de la sentencia *nº 269/2017* respecto a que la CDFUE, “constituye parte del [DUE] dotada de características peculiares en razón de su *contenido de impronta típicamente constitucional*”<sup>67</sup>. Los principios y los derechos contenidos en la CDFUE, por lo tanto, “se entrecruzan en gran medida con los principios y derechos garantizados por la Constitución”<sup>68</sup>. De esta particular circunstancia surge la posibilidad de que, la lesión a un derecho, pueda

65 SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, considerandos en derecho punto 5.2.

66 La citada sentencia nº 269 de 2017 dejaba sin respuesta numerosas cuestiones interpretativas con capacidad de obstaculizar las relaciones entre el derecho nacional y el DUE. Por caso, la trascendental cuestión de si debe reconocérsele a la prioridad constitucional el efecto de *bloquear o limitar* el recurso del juez ordinario a plantear la cuestión prejudicial en favor del previo juicio de constitucionalidad.

67 Expresión que se encuentra ya en la SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, considerandos en derecho punto 5.2. Sin resaltar en el original.

68 En el caso en cuestión, según el Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Lazio que eleva la cuestión de constitucionalidad, la legitimidad del derecho nacional (Decreto legislativo de 14 marzo 2013, nº 33 sobre Reordenamiento en materia de derecho de acceso cívico y las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de información por parte de la pública administración), se encuentra en duda respecto al DUE (arts. 7, 8 y 52, CDFUE y la entonces directiva 95/46/CE), el CEDH (art. 8), así como a las normas constitucionales italianas (arts. 3, 2 y 13).

constituir al mismo tiempo una violación tanto de la propia Constitución como de la CDFUE. Dado este escenario, se reconoce que “la violación de los derechos de la persona postulan la necesidad de una intervención *erga omnes* de esta Corte [Constitucional]”<sup>69</sup>. Por lo tanto, debe preservarse el “principio”<sup>70</sup> que coloca al control concentrado de constitucionalidad de las leyes como *fundamento de la arquitectura constitucional* (cfr. art. 134, constitución italiana)<sup>71</sup>.

La “primera palabra” a cargo de la CC afirma ésta, se encuentra justificada entonces, “por el rango constitucional de la cuestión y los derechos en juego”. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de que el juez ordinario pueda plantear la cuestión prejudicial que considere necesaria ante el Tribunal de Justicia<sup>72</sup>. La “superveniencia” de las garantías aportadas por la CDFUE respecto de aquellas de la constitución italiana “genera una concurrencia de remedios jurisdiccionales, enriqueciendo los instrumentos de tutela de los derechos fundamentales y, por definición, excluye cualquier preclusión”<sup>73</sup>. En la sentencias n.º 63/2019<sup>74</sup> y n.º 112/2019, al igual que en la ordenanza n.º 117/2019 y en las sentencias n.º 11/2020 y n.º 44/2020, la CC vuelve a ratificar las consideraciones precedentes.

69 La doctrina italiana debate si de esta afirmación debiera inferirse la opción de la CC por la *precedencia obligatoria* de la cuestión de legitimidad constitucional respecto de la cuestión prejudicial. Véase, entre otros, COMAZZETTO Giovanni, “Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017”, *federalismi.it*, n.º 24/2018; TEGA Diletta, “Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione”, *questionegiustizia.it* (13-03-2018); y SCACCIA Gino, “L’inversione della «doppia pregiudiziale»” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi”, *forumcostituzionale.it* (25-01-2018).

70 Cfr. artículo 134 (constitución italiana). Sostiene Scaccia que, calificada la CDFUE “desde una óptica axiológica-substancial como una «Constitución» concurrente o potencialmente alternativa a aquélla nacional, era en efecto inevitable que la *potencialidad de la CDFUE de desplegar su eficacia directa ocasionara problemas de convivencia con el control concentrado de constitucionalidad, que excluye, en principio, la directa aplicación judicial de las normas de rango constitucional*” (SCACCIA Gino, “Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020-2, p. 317). Sin resaltar en el original.

71 SCC italiana n.º 20 de 23 de enero de 2019, considerandos en derecho punto 2.1. Sin resaltar en el original. Se ha señalado que esta sentencia contiene dos innovaciones principales en contraste con la sentencia n.º 269 de 2017: el reforzamiento del sistema nacional de control concentrado de constitucionalidad por vía de la cuestión de constitucionalidad y la expansión del ámbito de actuación de la cuestión prejudicial (véase CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, 2020: 30).

72 Bin interpreta que la citada sentencia n.º 269 de 2017 no prescribe al juez ordinario una “precedencia absoluta” de la cuestión de constitucionalidad en casos de doble prejudiciabilidad. Defiende la doctrina que surge de la misma señalando que, no se trata solo del “deseo” de la CC de preservar un rol que le es propio. También se trata de atender a los fundamentos del sistema de fuentes y a las premisas de la certeza del derecho, dos presupuestos que sostienen el estado de derecho y que se encontrarían amenazados por el “fuerza expansionista [*spinte expansionistiche*]” de los jueces de Luxemburgo (BIN Roberto, “È scoppiata la terza «guerra tra le Corti»? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione”, *federalismi.it*, n.º 32/2020 (18-11-2020)).

73 SCC italiana n.º 20 de 23 de enero de 2019, considerandos en derecho punto 2.3.

74 SCC italiana n.º 63 de 21 de febrero de 2019, considerandos en derecho punto 4.3.

En este contexto -señala Massa Pinto-, el pronunciamiento prioritario de la *Consulta* funcionaría como un “sistema de alarma” para el Tribunal de Justicia. Es preferible reconocer a los jueces constitucionales el derecho a la primera palabra; reconocerle la última palabra significaría admitir la generación de un conflicto que, en el primer caso, podría evitarse (Massa Pinto, 2020/19: 335). La idea que, en un sistema “en red” -agrega Lupo-, la primera palabra es tendencialmente más importante que la última está progresivamente tomando relevancia. En este sentido, el debate sobre la prioridad en casos de doble prejudicialidad, es emblemático (Lupo Nicola, 2019/13: 24).

Sin embargo, razona Scaccia, si bien es cierto que, en abstracto, el previo juicio constitucional no determina ninguna preclusión sobre el poder de plantear la cuestión prejudicial. No es del todo seguro que el incidente constitucional no pueda, en concreto, “retardar o paralizar” –tratándose relaciones horizontales- la aplicación directa de la CDFUE. En la sentencia *nº 20/2019*, las dudas sobre la validez del derecho nacional se generan de frente a normas del DUE a las que se le ha reconocido aplicabilidad directa. Dichas dudas, objeto de la cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal remitente, podrían haber dado lugar en el caso, por tanto, a la desaplicación del derecho nacional cuestionado en su validez comunitaria. Además de motivar la declaración de inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad por irrelevante. La Consulta, por el contrario, atrae a la órbita del juicio de constitucionalidad a las normas del DUE derivado con el argumento de que éstas participan de la “misma naturaleza” que las normas constitucionales. Adueniéndose, de este modo, del caso y paralizando la eficacia directa de la entonces directiva *nº 95/46/CE* (Scaccia Gino, 2020/2: 322-323).

Lo expuesto, y la propia CC se encarga de remarcarlo, no implica excluir la posibilidad de que el juez ordinario pueda plantear “en cualquier fase del procedimiento que consideren apropiada” la cuestión prejudicial conforme al artículo 267 (TFUE)<sup>75</sup>. Pero se debe atender, como resalta Catalano, a que esta jurisprudencia no despeja del todo las dudas que plantea la preeminencia constitucional italiana y, podríamos agregar, son dudas que están explícitas en ciertos señalamientos de los jueces de Luxemburgo (ver *infra* 13).

Al parecer -comenta Catalano- aquella preeminencia reconocería una “prioridad incondicionada” a la cuestión de inconstitucionalidad en la hipótesis de parámetros constitucionales y europeos –la CDFUE- con contenidos “al menos parcialmente superpuestos”. Con el objetivo de garantizar una tutela uniforme de los derechos en estos casos, el juez constitucional se atribuiría -en contra de la postura defendida, por ejemplo, por los jueces constitucionales españoles- “un generalizado *jus primi verbi*”. Lo argumentado permitiría concluir en que, la falta de respeto a la prioridad constitucional desestabilizaría [*scardinerebbe*] el sistema de control de constitucional concentrado vigente en

75 Cfr. SCC italiana *nº 269* de 7 de noviembre de 2017.

Italia. La cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia, sería posible entonces *a posteriori* que el juicio de constitucionalidad concluyera con un pronunciamiento que mantuviera en vigor la norma nacional. En definitiva, se podría decir que, la prioridad de la cuestión de constitucionalidad: a) no debe ser considerada obligatoria para los jueces comunes sino “*fortemente opportuna*”, y b) entendida de este modo no colisiona con el DUE según lo interpretan en Luxemburgo (Catalano Stefano, 2019/10: 20-26).

La CC, escribe Ruggeri, “deja entender” que en cada caso que se trate de “una denuncia de violación conjunta de normas supranacionales [DUE] y de normas constitucionales, la precedencia será dada a la verificación del respeto de las segundas y solo «eventualmente» también a las primeras”. Para este autor, es evidente la razón de esta precedencia:

[...] busca de evitar –por lo menos hasta donde es posible- de confrontar con la jurisprudencia supranacional, al mismo tiempo que reafirma la centralidad de los parámetros constitucionales y, con ello, *la reserva a sí misma de la competencia de dar en última instancia la interpretación y la salvaguarda* (Ruggeri Antonio, 2019/20: 116-117).

No debe considerarse excesivamente extraño, aunque quizás no del todo predecible, que la CC haya aprovechado la ocasión para dar a los jueces indicaciones de como enfrentar los casos de doble prejudicialidad, “reaccionando así a la propia marginación en la materia” (Catalano Stefano, 2019/10: 8). Las palabras de la *Consulta* tienen como destinatario a los jueces ordinarios a quienes viene recordada la imposibilidad, en el sistema italiano, de ejercitar a través de la no aplicación de normas nacionales opuestas a la CDFUE, un control de constitucionalidad difuso de las leyes. La sentencia *nº 269/2017* se expresan en este sentido: si el juez ordinario no aplica una norma nacional en conflicto con la CDFUE y con la Constitución, esta desaplicación se convierte “inevitablemente en una suerte de inadmisibles control difuso de constitucionalidad de las leyes”<sup>76</sup>.

Barbera ya había adelantado esta postura de los jueces constitucionales italianos al defender que, en su opinión, no siempre y necesariamente se puede anteponer la “prioridad lógico jurídica” en relación con el DUE. Más aún, cuando es jurisprudencia constante en Italia que, corresponde a la CC, decidir el orden de tratamiento de las cuestiones sometidas a su jurisdicción (Barbera Augusto, 2018/1: 167).

La doctrina expuesta por la *Consulta* en materia de prioridad constitucional, no evita proyectar conos de sombra sobre la necesaria articulación interordinamental si se la contrasta con la jurisprudencia de los jueces de

<sup>76</sup> SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, consideraciones en derecho punto 5.3.

Luxemburgo (ver *infra* 13)<sup>77</sup>. Fue concebida -al igual que la QPC francesa- para transitar circuitos interpretativos unidireccionales con terminal en el juez constitucional.

¿Qué ocurriría, por ejemplo, si la CC debiera ser llamada a pronunciarse en primer lugar y rechazara la cuestión de constitucionalidad presentada, mientras que el Tribunal de Justicia –sucesivamente interpelado- dejara entender que subsiste una violación del DUE? En esta coyuntura, no está claro –escribe Ruggeri- desde el punto de vista de la CC, si el juez igualmente “pueda” (del punto de vista de los jueces de Luxemburgo, “debe”),

[...] desaplicar la norma interna contraria a una norma eurounitaria *self-executing* o se verá obligado a invertir nuevamente a la [CC] de la cuestión de constitucionalidad, no operando la consiguiente preclusión que ordinariamente sigue a una decisión de rechazo de la misma Corte (Ruggeri Antonio, 2019/1: 118).

La CC intenta volver a constituirse en el centro del sistema de tutela de los derechos (Ruggeri Antonio, 2019/1: 164). Dicho de otro modo, el *giudice delle leggi* tiende a excluir que el *giudice comune* pueda considerarse habilitado a establecer motu proprio la desaplicación de la norma interna sin “*chiamare in campo la Consulta*” (Ruggeri Antonio, 2018/3: 559)<sup>78</sup>.

La aproximación de la jurisprudencia constitucional italiana a la cuestión de la doble prejudicialidad, en definitiva -siguiendo el análisis de Lo Calzo-, denota un intento por mantener, en tanto sea posible, el equilibrio en las relaciones entre las Cortes y el respeto de sus respectivos roles. En particular, en la parte que refiere a que la intervención prioritaria de la CC no implica nunca la preclusión del acceso prejudicial al juez de Luxemburgo. Sin embargo, la misma CC en el fondo, parece todavía moverse hacia la conservación de su propio rol como garante del control concentrado de constitucionalidad<sup>79</sup>. De frente al peligro de una “fuga” hacia Europa o hacia los jueces ordinarios de las cuestiones concernientes a la tutela de los derechos fundamentales, la *Consulta* -en el mismo rumbo que el Consejo Constitucional francés- “se afirma como juez prioritario ya sea de la legitimidad constitucional como del respeto de la CDFUE” (Lo Calzo, 2021/1: 116).

77 Véase BIN Roberto, “È scoppiata la terza «guerra tra le Corti»? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione”, *federalismi.it*, n° 32/2020 (18-11-2020).

78 Recordemos que Italia es el segundo Estado miembro de la UE que más cuestiones prejudiciales ha planteado hasta el 2020 (1.627), sólo detrás de Alemania (2.780).

79 Se ha señalado que ante los riesgos de “desplazamiento institucional en la tarea de interpretar y controlar los derechos fundamentales” fruto de la entrada en vigor de la CDFUE, el descenso de las cuestiones constitucionales y el aumento de las cuestiones prejudiciales, la CC italiana “ha decidido abandonar su tradicional posición de voluntario aislamiento para ocupar un lugar central en asuntos de relevancia europea” (véase CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, 2020: 39).

### 13. La respuesta de los jueces de Luxemburgo a la *prioridad constitucional*: no es posible condicionar en el tiempo la cuestión prejudicial sin violar el DUE

La aprobación en Francia de la QPC dejó en evidencia muchos de los problemas del control concurrente de frente a sistemas de derechos convergentes. No es el primer Estado miembro de la UE que introduce limitaciones a los términos en que un juez nacional puede plantear una cuestión prejudicial, ni tampoco es el único que sitúa a los jueces de instancia bajo una especie de “supervisión nacional” para vigilar el uso de facultades europeas. Al contrario, se trata de una tendencia manifiesta que, en los últimos años, ha obligado al Tribunal de Justicia a pronunciarse reiteradamente sobre el alcance de estas limitaciones y sobre su conformidad con los tratados fundacionales<sup>80</sup>.

La voz de los jueces de Luxemburgo no se demoró, por tanto, en sumarse al debate abierto sobre la QPC con su intervención en el ya citado asunto *Melki y Abdeli* (2010)<sup>81</sup>. Las circunstancias que rodearon a los hechos de este caso lo convierten, en sí mismo, en un claro ejemplo de funcionalidad del diálogo entre jueces en un escenario de protección multinivel y de circuitos interpretativos multidireccionales que lo caracteriza. Los intérpretes involucrados lo asumieron plenamente como forma de superación de posibles conflictos interpretativos,

80 Por caso, en Bélgica, se produce una reforma que sirve de inspiración a la QPC francesa. El artículo 26 de la Ley especial de 6 de enero de 1989 sobre la *Cour d'arbitrage* -hoy CC-, en su versión modificada, en particular, por la Ley especial de 12 de julio de 2009, afirma que ésta “[1] se pronuncia, con *carácter prejudicial*, mediante sentencia, sobre las cuestiones relativas a (...) 3º.- la infracción por una ley, un decreto o una norma mencionada en el artículo 134 de la Constitución, de los artículos del título II “De los belgas y de sus derechos”, y de los artículos 170, 172 y 191 de la Constitución (...) [2] Cuando tal cuestión se suscita ante un órgano jurisdiccional, éste debe solicitar a la *Cour d'arbitrage* que se pronuncie sobre ella. No obstante, el órgano jurisdiccional no está obligado a ello: (...) 2º.- cuando la *Cour d'arbitrage* ya se haya pronunciado sobre una cuestión o un recurso con idéntico objeto (...) [4] Cuando se invoque ante un órgano jurisdiccional que una ley, un decreto o una norma mencionada en el artículo 134 de la Constitución viola un derecho fundamental garantizado de manera total o parcialmente análoga por una disposición del título II de la Constitución, *así como por una disposición de Derecho europeo o de Derecho internacional, el órgano jurisdiccional estará obligado, en primer lugar, a plantear a la Cour d'arbitrage la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con la disposición del título II de la Constitución*”. El debate sobre la compatibilidad de este sistema con el DUE llega al Tribunal de Justicia quien rechaza tratar la cuestión prejudicial al declararse “manifiestamente incompetente” para ello (ATJ de 1 de marzo de 2011, *Chartry*, asunto C457/09 [ECLI:EU:C:2011:101]).

81 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363]. La cuestión prejudicial se presenta en el marco de dos procedimientos tramitados respectivamente contra los Sres. Melki y Abdeli, ambos de nacionalidad argelina, tendientes a obtener la prolongación de su internamiento en locales que no dependen de la administración penitenciaria. Amos en situación irregular en Francia, fueron objeto de un control policial en la zona comprendida entre la frontera terrestre de Francia con Bélgica y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de esa frontera, en aplicación del artículo 782, párrafo cuarto, del Código de procedimiento penal. El 23 de marzo de 2010 se dictó respecto a cada uno de ellos una orden gubernativa de expulsión administrativa y una decisión de internamiento.

dejando de lado cualquier referencia explicativa fundadas en afirmaciones dogmáticas que los mantenga encerrados dentro de sus competencias<sup>82</sup>.

En dicho diálogo -que tuvo lugar en los meses de abril a junio del año 2010-, el Consejo Constitucional, la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Justicia, y hasta el legislador orgánico francés<sup>83</sup> privilegiaron la búsqueda de consensos dialógicos.

La primera en entrar en escena fue la Corte de Casación<sup>84</sup> al conocer de la QPC presentada por los Sres. Melki y Abdeli<sup>85</sup>. Frente a la opción de plantear una cuestión prejudicial o remitir la QPC al Consejo Constitucional opta por dirigirse

82 Sarmiento señala que en el asunto *Melki* el Tribunal de Justicia utiliza “dos vectores como base de su planteamiento: el diálogo constructivo y el diálogo forzoso”. En lo que se refiere al primero, se manifiesta la “la preocupación por aportar una solución conciliadora y fruto de un discurso plural”. En cuanto al segundo, el Tribunal de Justicia, consciente de las consecuencias que acarrea la conformidad de la QPC con el artículo 267 (TFUE), “añade un supuesto en el que la cuestión prejudicial aparece como prioritaria respecto de la QPC”. Tal supuesto se produce cuando el juez de fondo se enfrenta a una ley nacional que transpone normas imperativas de una Directiva. En este caso, es evidente que una aplicación estricta de la QPC llevaría al Consejo Constitucional a realizar un control indirecto de la validez de la Directiva, algo que corresponde “exclusivamente” al Tribunal de Justicia (SARMIENTO Daniel, “Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia *Melki* del Tribunal de Justicia de la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 37, 2011, pp. 106-107).

83 El legislador orgánico al aprobar la ley orgánica nº 2010-830 de 22 de julio relativa a la aplicación del artículo 65 de la Constitución francesa derogó el artículo 23-6 de la ordenanza orgánica de 7 de noviembre de 1958 que convertía al Primer Presidente de la Corte de Casación en el destinatario de las QPC. En la actualidad, las distintas salas de esta Corte conocen de las QPC, según su competencia. Esta reforma se interpreta -en el marco de su enfrentamiento con el Consejo Constitucional- como un castigo a la Corte de Casación por su supuesta postura reacia hacia la QPC (véase ALCOBERRO LLIVINA Carina, “La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 90, 2011, p. 45, nota al pie 118).

84 La decisión de esta Corte de aprovechar la primera oportunidad que se le presentaba para enjuiciar la compatibilidad de la QPC con el DUE desató una polémica virulenta en la doctrina francesa. Mientras que algunos (cfr. MATHIEU Bertrand, “La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité para la Cour de Luxembourg”, *Semaine juridique*, nº 17, 2010, pp. 866-867 y “La guerre des juges n’aura pas lieu. À propos de la décision nº 2010-605 DC du Conseil constitutionnel”, *Semaine juridique*, nº 21, 2010, pp. 1077-1080) ya creían que se había desatado “la guerra de los jueces” y criticaron la Corte de Casación por obstaculizar el mecanismo de la QPC y, con ello, la voluntad del constituyente y del legislador orgánico, otros la defendieron o incluso consideraron que era una iniciativa acertada (cfr. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, “La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 46 (3), 2010, pp. 577-587).

85 La Corte de Casación había recibido previamente un pedido de inconstitucionalidad. Los Sres. Melki y Abdeli argumentaron que el artículo 782, párrafo cuarto, del Código de procedimiento penal francés es contrario a la Constitución, ya que los compromisos de Francia derivados del Tratado de Lisboa tienen rango constitucional en relación con el artículo 881 de la Constitución, y que la citada disposición, en cuanto autoriza controles en las fronteras con los demás Estados miembros, es contraria al principio de libre circulación de las personas establecido por el artículo 67 TFUE, apartado 2, que prevé que la UE garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores.

al Tribunal de Justicia<sup>86</sup>. Teóricamente, en rigor, hubiera podido hacer ambas cosas de una manera paralela, pero la Corte de Casación entendía, por un lado, que la regla de prioridad a favor del control de constitucionalidad le impedía plantear la cuestión prejudicial antes de remitir la QPC y, por otro lado, que la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del Consejo Constitucional le imposibilitaba plantear la cuestión prejudicial después de que éste hubiera decidido sobre la QPC. Por tanto -interpreta la Corte de Casación- que se encuentra ante la imposibilidad de plantear una cuestión prejudicial o inaplicar una ley contraria al DUE, tanto antes como después de remitir la QPC al Consejo Constitucional, solución claramente incompatible con las obligaciones impuestas por el artículo 267 (TFUE).

La situación originada incrementó la tensión en las relaciones interordinamentales, ya que la posible incompatibilidad de la QPC con el DUE había sido un punto ampliamente debatido durante la tramitación de la Ley orgánica nº 2009-1523 (ver *infra* 11) señalándose su posible oposición a la doctrina promovida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Simmenthal* (1978)<sup>87</sup>.

Ante la inminente decisión del Tribunal de Justicia, se dio la oportunidad inédita de asistir a un diálogo entre éste y las más altas jurisdicciones francesas: el Consejo Constitucional entra en escena aprovechando que los recurrentes en un recurso de inconstitucionalidad *a priori* le habían solicitado controlar la conformidad de una ley con el derecho internacional, apoyándose en la argumentación de la Corte de Casación en la cuestión prejudicial.

La máxima instancia constitucional francesa responde a la Corte de Casación -adelantándose así a la posible decisión del Tribunal de Justicia-, defendiendo expresamente la compatibilidad entre la QPC y el DUE<sup>88</sup>. Dos días más tarde -en un evidente acto de apoyo al Consejo Constitucional-, entra en escena el Consejo de Estado para recordar su papel como juez ordinario de la aplicación del DUE y conformar que la QPC no se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial en cualquier momento procesal<sup>89</sup>.

Esta deferencia por parte de las más altas jurisdicciones francesas hacia la primacía del DUE, había de ser tenida en cuenta por el Tribunal de Justicia a la hora de decidir sobre la compatibilidad de la QPC declarando -como vemos de inmediato- que el artículo 267 (TFUE) no se opone a la QPC, siempre que los jueces nacionales sigan estando facultados para plantear cuestión prejudicial en cualquier momento del procedimiento propio de la QPC, incluso una vez finalizado este último, y para dejar inaplicada la disposición legislativa nacional si la consideran contraria al DUE<sup>90</sup>.

86 Corte de Casación francesa, sentencias de 16 de abril de 2010, *Aziz Melki y Selim Abdeli* [nº 10-40001 y nº 10-40002].

87 STJ de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto 106/77 [ECLI:EU:C:1978:49].

88 Consejo Constitucional francés, decisión nº 2010-605 DC de 12 de mayo de 2010.

89 Consejo de Estado francés resolución de 14 de mayo de 2010, *Rujovic* [nº 312305].

90 La sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos *Melki y Abdeli* se dicta en 66 días, estableciendo un nuevo record en el marco del procedimiento prejudicial de urgencia.

Analicemos en concreto los argumentos expuestos en este diálogo (Véase Magnon Xavier, 2010/4 : 761-791). La Corte de Casación -en su planteo de cuestión prejudicial- deduce<sup>91</sup> que los órganos jurisdiccionales que conocen del fondo del litigio, como el propio tribunal remitente, “*quedan privados* [como efecto de la Ley orgánica nº 20091523] *de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial* al [Tribunal de Justicia] cuando se remite una cuestión prioritaria de constitucionalidad al Consejo Constitucional”<sup>92</sup>.

La respuesta de los jueces de Luxemburgo<sup>93</sup> abre el debate en el ámbito del DUE sobre la prioridad constitucional que –como bien señala la Comisión en su intervención-<sup>94</sup>, conduce inmediatamente a la doctrina derivada del asunto *Simmenthal* (1978) que se da en el marco de un contencioso entre Luxemburgo y la CC italiana<sup>95</sup>. En este caso, el Tribunal de Justicia sienta un principio fundamental en relación al juez nacional como juez de aplicación del DUE:

[...] está obligado a garantizar la plena eficacia [del DUE] dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional<sup>96</sup>.

En Luxemburgo recordarán la vigencia y actualidad de sus consideraciones<sup>97</sup>, las cuales han sido objeto de crítica desde la justicia constitucional, pidiéndose directamente su “aggiornamento” y “flexibilización” (Véase Barbera Augusto, 2018-1: 161).

91 Se basa en los artículos 232 y 235 del Decreto legislativo nº 581067 así como en el artículo 62 (constitución francesa).

92 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363], apartado 21. Sin resaltar en el original. La pregunta del Tribunal remitente es: ¿Se opone el artículo 267 [TFUE] a una normativa que obliga a los órganos jurisdiccionales a *pronunciarse con prioridad* sobre la remisión al Consejo Constitucional de la cuestión constitucional planteada ante ellos, *en el caso de que dicha cuestión se refiera a la supuesta falta de conformidad con la Constitución de una disposición de Derecho interno, derivada de la oposición de esta última a las disposiciones del DUE?* El Gobierno francés consideró que la pregunta tenía un “carácter puramente hipotético” y cita la jurisprudencia constitucional francesa que excluye al DUE del ámbito del control de constitucionalidad. 93 Calificada de “razonable y equilibrada”. Véase RATTO TRABUCCO Fabio, “Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria, dopo la riforma francese del 2009 (nota a CGE, Grande Camera, 22 giugno 2010, C-188/10 e C189/10, Melki e Abdeli)”, *forumcostituzionale.it*

94 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [EU:C:2010:363], apartados 38-39.

95 STJ de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto 106/77 [EU:C:1978:49] (Véase PIZZOLO, 2017).

96 STJ de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77 [EU:C:1978:49], apartado 24.

97 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363], apartado 43. Con anterioridad a dicha sentencia, STJ de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer*, asunto C187/00 [ECLI:EU:C:2003:168]; STJ de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, asuntos acumulados C387/02, C391/02 y C403/02 [ECLI:EU:C:2005:270]; y STJ de 19 de noviembre de 2009, *Filipiak*, asunto C314/08 [ECLI:EU:C:2009:719].

La respuesta del Tribunal de Justicia fija su punto de partida en un viejo y consolidado precedente, el asunto *Rheinmühlen-Düsseldorf* (1974)<sup>98</sup>. La premisa central aquí es que -si bien se admite las ventajas de que los problemas de estricto derecho nacional estén resueltos antes de plantear una cuestión prejudicial-, no se debe dejar de tener presente que los órganos jurisdiccionales nacionales “ostentan una amplísima facultad” para someter la cuestión prejudicial 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 del DUE que precisan una decisión por su parte.

Las posibles dudas de inconstitucionalidad, siguiendo el razonamiento de Luxemburgo, no deben privar o interferir en modo alguno en la facultad reconocida al órgano jurisdiccional nacional de no aplicación del derecho interno interpretado como contrario al DUE, ni lo exime de la obligación de plantear la pertinente cuestión prejudicial<sup>99</sup>. La eficacia del DUE,

[...] se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el [DUE], ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 (TFUE), de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del [DUE], a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho<sup>100</sup>.

En el rechazo del Tribunal de Justicia a la interpretación dada por la Corte de Casación a la preferencia constitucional francesa, se deja ver cuál es –desde la óptica del DUE- el límite infranqueable para la pretensión de preminencia de cualquier tipo de cuestión de constitucionalidad: el artículo 267 (TFUE) se opone a una legislación nacional que tiene como consecuencia “impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad como, en su caso, después de la resolución del Consejo Constitucional sobre esa cuestión”, que los órganos jurisdiccionales nacionales de los diferentes órdenes ejerzan su facultad o cumplan su obligación, de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia<sup>101</sup>.

Sin embargo, en Luxemburgo no ofician el entierro de la QPC. Por el contrario -participando del diálogo entre Cortes-, el Tribunal de Justicia salva la validez comunitaria de la prioridad constitucional francesa acogiendo positivamente las citadas interpretaciones del Consejo Constitucional y el Consejo de

98 STJ de 16 de enero de 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, asunto C-166/73 [ECLI:EU:C:1974:3].

99 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli* (asunto C-188/10 y C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363), apartado 45.

100 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli* (asunto C-188/10 y C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363), apartado 41. Previamente, en el mismo sentido, STJ de 27 de junio de 1991, *Mecanarte*, C 348/89 [ECLI:EU:C:1991:278], apartado 44, y STJ de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C 210/06 [ECLI:EU:C:2008:723], apartado 88.

101 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363], apartado 47.

Estado, realizadas luego del planteo de la cuestión prejudicial por la Corte de Casación. Esto es, que dicha prioridad no puede alterar las características esenciales del sistema de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales establecido por el artículo 267 (TFUE)<sup>102</sup>.

Para asegurar la primacía del DUE, razonan en Luxemburgo, el funcionamiento de dicho sistema de cooperación “requiere que el juez nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que considere necesaria *en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad*”<sup>103</sup>. El carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de una ley nacional cuyo contenido se limite a adaptar el derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la UE “no puede vulnerar la *competencia exclusiva* del Tribunal de Justicia para declarar la invalidez de un acto de la Unión, y en particular una directiva, competencia cuyo objeto es *garantizar la seguridad jurídica preservando la aplicación uniforme* del [DUE]”<sup>104</sup>. Esta afirmación defiende otro ajejo precedente del Tribunal de Justicia, en este caso en el asunto *Foto-Frost* (1987) donde se sostiene que “los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias”<sup>105</sup>.

Si el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad, en el razonamiento del Tribunal de Justicia, condujera a la derogación de una ley nacional que se limitara a adaptar el derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la UE a causa de la falta de conformidad de esa ley con la constitución nacional,

[...] el Tribunal de Justicia podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar, a petición de los tribunales del fondo del Estado miembro considerado, *el control de la validez de dicha directiva* en relación con los mismos motivos inherentes a las exigencias del Derecho primario, y *en especial de los derechos reconocidos por la* [CDFUE], a la que el artículo 6 TUE confiere el mismo valor jurídico que se reconoce a los Tratados<sup>106</sup>.

102 *Ídem*, apartados 48 a 51.

103 *Ídem*, apartado 52.

104 *Ídem*, apartado 53. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido, STJ de 10 de enero de 2006, *LATA y ELFAA*, C344/04 [ECLI:EU:C:2006:10], apartado 27; y STJ de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, C119/05 [ECLI:EU:C:2007:434], apartado 53.

105 STJ de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, asunto C-314/85 [ECLI:EU:C:1987:452], apartado 20. Sin resaltar en el original. El asunto *Foto-Frost*, escriben Rodríguez Iglesias y Baquero Cruz, es fundamental para comprender el funcionamiento de la justicia constitucional en la UE, pues tiene como consecuencia que el examen de constitucionalidad del derecho derivado (es decir, el examen de adecuación de la legislación comunitaria a la Carta constitucional de la Comunidad) está reservado al Tribunal de Justicia, no sólo a través de los recursos directos, sino también en el ámbito de las cuestiones prejudiciales (RODRIGUEZ IGLESIAS Y BAQUERO, 2006: 309).

106 STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363], apartado 55. Sin resaltar en el original.

En conclusión, la prioridad constitucional no se opone al DUE, en particular al artículo 267 (TFUE),

[...] *siempre que los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados*: [A] para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, *en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado*, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad, [B] para adoptar *toda medida necesaria* para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y [C] para *dejar inaplicada*, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al [DUE]<sup>107</sup>.

Tiempo después, en el asunto *A y otros* (2014)<sup>108</sup> el Tribunal de Justicia examina la compatibilidad con el DUE, y en particular con el artículo 267 (TFUE), colocando la lente nuevamente sobre el monopolio del control de constitucionalidad concentrado del derecho nacional a cargo –en este caso– del TC austríaco.

En efecto, el artículo 89, apartados 1 y 2 (LCF) afirma que, los tribunales ordinarios, no tienen competencia para anular las leyes ordinarias por inconstitucionalidad. En consecuencia, de acuerdo al sistema constitucional austríaco, el *Oberster Gerichtshof* –el más alto tribunal de las jurisdicciones civil y penal– y los tribunales que han de resolver en segunda instancia, están obligados, en caso de duda sobre la constitucionalidad de una ley ordinaria, a solicitar al TC la anulación de la ley ordinaria de que se trate. Por su parte, el artículo 140 (LCF) dispone que, el TC, es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes ordinarias. La resolución que anule una ley ordinaria por inconstitucionalidad tiene efecto general y vincula a todos los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas.

El TC austríaco en su resolución de 14 de marzo de 2012 (U 466/11) –calificada de ambigua por la doctrina (Véase Faraguna Pietro, 18-09-2014)–, consideró que, el control de constitucionalidad de las leyes nacionales que lleva a cabo en el marco del procedimiento de control general de las leyes, en virtud del artículo 140 (LCF), debía extenderse a las disposiciones de la CDFUE. En el marco de dicho procedimiento, agregó, los derechos garantizados por el CEDH podían invocarse ante él como “derechos de rango constitucional”. Consiguientemente, según el TC, el principio de equivalencia, tal como resulta de la jurisprudencia

107 *Ídem*, apartado 57. Sin resaltar en el original.

108 STJ de 11 de septiembre de 2014, asunto *A y otros*, C-112/13 [ECLI:EU:C:2014:2195]. La cuestión de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 267 (TFUE) y del artículo 24 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre A, por una parte, y B y otros, por otra, en relación con una demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por éstos contra A ante los tribunales austríacos.

del Tribunal de Justicia, exige que este control general de las leyes comprenda también los derechos garantizados por la CDFUE<sup>109</sup>.

El Tribunal remitente –el *Oberster Gerichtshof*– sostiene que dicha resolución del juez constitucional tiene como consecuencia que, los tribunales austríacos, carecen de competencia para dejar de aplicar una ley contraria a la CDFUE. Estando, por lo tanto, obligados a solicitar al TC su anulación con carácter general, “sin perjuicio de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia”. Agrega, además, que el TC ha declarado que, en el supuesto en que un derecho garantizado por la constitución austríaca tuviera el mismo ámbito de aplicación que un derecho garantizado por la CDFUE, “no procede” plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 (TFUE). En este supuesto, la interpretación de la CDFUE no sería pertinente para pronunciarse sobre una solicitud de anulación con carácter general de una ley, sino que la decisión podría adoptarse sobre la base de los derechos garantizados por la propia constitución austríaca<sup>110</sup>.

La circunstancia de que un derecho garantizado por la constitución austríaca y un derecho basado en la CDFUE tengan el mismo ámbito de aplicación, entiendo el Tribunal remitente, no puede dispensar de la obligación de iniciar un procedimiento prejudicial. No cabe excluir que la interpretación de tal derecho fundamental por el TC difiera de la del Tribunal de Justicia y, por tanto, que la resolución de aquél “desvirtúe las obligaciones dimanantes del reglamento nº 44/2001”<sup>111</sup>.

La superposición de dos niveles idénticos de tutela –el europeo y el constitucional interno–, escribe Faraguna, era susceptible de conducir a un “cortocircuito ordinamental”, cuando la decisión del TC austríaco fuera interpretada como una solución perentoria al notorio problema de la doble prejudicialidad (constitucional y comunitaria) en el sentido de dar prioridad a la cuestión de legitimidad constitucional. Congelando, mientras tanto, la facultad del juez del caso de elevar la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (Faraguna Pietro, 2014).

En su respuesta, el Tribunal de Justicia identifica el eje de la discusión al aclarar que, la motivación de la resolución de remisión revela que el Tribunal remitente se interroga concretamente sobre la conformidad de la citada jurisprudencia constitucional a la luz de las obligaciones de los tribunales ordinarios en virtud del artículo 267 (TFUE) y del principio de primacía del DUE. Retomando la línea argumental del asunto *Melki y Abdeli* (2010), el Tribunal de Justicia dicente en parte de la interpretación que hace el Tribunal remitente de la citada jurisprudencia constitucional y sentencia que:

[...] se desprende que la obligación de presentar [al TC] tal solicitud de anulación con carácter general de las leyes no afecta a la facultad de los

109 STJ de 11 de septiembre de 2014, asunto *A y otros*, C-112/13 [ECLI:EU:C:2014:2195], apartado 24.

110 *Ídem*, apartado 25.

111 *Ídem*, apartado 26.

tribunales ordinarios para plantear al Tribunal de Justicia (...) toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad; para adoptar toda medida de tutela judicial provisional necesaria, y para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, una disposición legislativa nacional contraria al Derecho de la Unión.

A este respecto, el TC considera importante –interpreta el Tribunal de Justicia– que éste “no sea privado de la posibilidad de proceder al control de la validez del Derecho derivado de la Unión con respecto al Derecho primario y a la [CDFUE]”<sup>112</sup>.

En el caso de doble prejudicialidad, los jueces de Luxemburgo vuelven a confirmar que, el órgano jurisdiccional nacional, “no está privado de la facultad ni exento de la obligación”, previstas en el artículo 267 (TFUE), de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del DUE,

[...] por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante el juez constitucional. *En efecto, la eficacia del [DUE] se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el [DUE], ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 [TFUE]*

A fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho<sup>113</sup>.

A consideraciones similares llegar el Tribunal de Justicia en el asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück* (2014)<sup>114</sup> respecto del sistema alemán de control concentrado de constitucionalidad. El artículo 100, apartado 1, primera frase (LFB) dispone al respecto que, si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y “se recabará (...) la decisión (...) de la Corte Constitucional Federal”. El Tribunal remitente, entre otras cuestiones, pregunta acerca de la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia mientras está pendiente el procedimiento iniciado ante el TCFA<sup>115</sup>.

112 STJ de 11 de septiembre de 2014, asunto *A y otros*, C-112/13 [ECLI:EU:C:2014:2195], apartado 32.

113 *Ídem*, apartado 38. Sin resaltar en el original.

114 STJ DE 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, asunto C- 5/14 [ECLI:EU:C:2015:354].

115 El tribunal remitente interpreta el citado artículo 100, apartado 1, primera frase (LFB), en el sentido de que *prohíbe* a los tribunales pronunciarse en cuanto al fondo mientras el TC no haya dictado su decisión, pero no prohíbe las peticiones de decisión prejudicial dirigidas al Tribunal de Justicia (Véase STJ DE 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt*

El Tribunal de Justicia responde en línea con las sentencias precedentes. La eficacia del DUE, reafirma,

[...] se hallaría *amenazada* y el *efecto útil* del artículo 267 (TFUE) quedaría reducido si, como consecuencia de que está pendiente un procedimiento incidental de control de constitucionalidad, se impidiera al juez nacional plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales y dar inmediatamente al [DUE] *una aplicación conforme a la resolución o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*<sup>116</sup>.

Refiriéndose en concreto al artículo 100, apartado 1, primera frase (LFB), los jueces de Luxemburgo despejan cualquier duda sobre la posibilidad de que normas constitucionales puedan obstaculizar la procedencia de la cuestión prejudicial ya sea obligando a los jueces ordinarios a presentar la cuestión de constitucionalidad, o bien obligando a los mismos a suspender el proceso mientras ésta tramita, para de esta forma llegar a la declaración de inconstitucionalidad:

[...] la existencia de una norma nacional de Derecho procesal no puede poner en entredicho la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial cuando, como en el caso de autos, albergan dudas acerca de la interpretación del [DUE]<sup>117</sup>.

En el asunto *Global Starnet Ltd* (2017) –sentenciado días después de la sentencia nº 269/2017 de la CC italiana (ver *supra* 12)-, en una cuestión prejudicial presentada por el Consejo de Estado italiano se pregunta: si el artículo 267, párrafo tercero (TFUE) debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial no está obligado a plantear una cuestión prejudicial de interpretación del DUE si, en el marco del mismo procedimiento nacional, el TC del Estado miembro de que se trate ha apreciado la constitucionalidad de las normas nacionales a la luz de normas de referencia de contenido análogo a las del DUE<sup>118</sup>.

El Tribunal remitente, de frente a la doble prejudicialidad, había dado prioridad a la cuestión de constitucionalidad planteando sus dudas previamente a la CC<sup>119</sup>. El gobierno italiano negó la admisibilidad de la cuestión prejudicial. Entre

---

*Osnabrück*, asunto C- 5/14 [ECLI:EU:C:2015:354], apartado 26). En el mismo sentido, STJ de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, asunto 106/77 [ECLI:EU:C:1978:49], apartado 20.

116 STJ DE 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, asunto C- 5/14 [ECLI:EU:C:2015:354], apartado 36

117 *Ídem*, apartado 37. El mismo criterio se utilizó en STJ de 15 de enero de 2013, *Križan* y otros, asunto C 416/10 [ECLI:EU:C:2013:8], apartado 67.

118 STJ de 20 de diciembre de 2017, *Global Starnet Ltd*, asunto C322/16 [ECLI:EU:C:2017:985], apartado 13 (Véase RUGGERI Antonio, 1/2018: 267-279).

119 En respuesta a esa cuestión, la CC se pronunció acerca de la conformidad de dichas disposiciones, no con el DUE, sino con las disposiciones de la constitución italiana que, según el órgano

otros argumentos se refirió a que la cuestión es meramente hipotética y, por tanto, inadmisibile, ya que el órgano jurisdiccional remitente “debería haber planteado” a la CC la cuestión de la eventual incompatibilidad de las normas controvertidas en el litigio principal con el DUE “antes” de plantear tal cuestión al Tribunal de Justicia<sup>120</sup>. Es decir, cumplir con la doctrina que quedaría plasmada en la citada sentencia *nº 269/2017* orientada hacia la prioridad constitucional.

En su respuesta el Tribunal de Justicia recuerda que, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE,

[...] corresponde *exclusivamente al juez nacional*, que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia<sup>121</sup>.

El hecho de que la CC italiana se haya pronunciado acerca de la conformidad de las disposiciones de derecho nacional con las disposiciones de la constitución italiana que, según el órgano jurisdiccional remitente, son, en esencia, las mismas normas de referencia que los artículos 26, 49, 56 y 63 (TFUE) y que el artículo 16 (CDFUE), según los jueces de Luxemburgo, “*no influye en modo alguno en la obligación, establecida en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones relativas a la interpretación [del DUE]*”<sup>122</sup>.

La existencia de circuitos interpretativos multidireccionales que reconocen terminales diferentes se manifiesta -observamos- como la raíz del problema del control concurrente. La CC italiana no solo busca imponer su prioridad de actuación en el proceso incidental sino su preclusión -al tratarse de derechos constitucionales análogos con el DUE-, al autoperibirse como terminal del circuito recorrido por el juez ordinario. En cambio, el Tribunal de Justicia recuerda -una vez más- que los circuitos interpretativos unidireccionales con terminal en los TTCC son incompatibles con un sistema de protección multinivel como el que integran los Estados parte de la UE.

Estas consideraciones de los jueces de Luxemburgo -escribe Ruggeri al compararlas con la doctrina sobre doble prejudicialidad de la CC italiana-, señalan

---

jurisdiccional remitente, son esencialmente las mismas normas de referencia que los artículos 26 (TFUE), 49 (TFUE), 56 (TFUE) y 63 (TFUE), el artículo 16 (CDFUE) y los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima (Cfr. SCC italiana nº 56 de 31 de marzo de 2015). Véase RUGGERI, A., “Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)”, *Consulta online*, 2015, nº 1 (22-04-2015).

120 STJ de 20 de diciembre de 2017, *Global Starnet Ltd*, asunto C322/16 [ECLI:EU:C:2017:985], apartados 15-16.

121 *Idem*, apartado 17. Sin resaltar en el original.

122 *Idem*, apartado 25. Sin resaltar en el original.

“algunos puntos firmes que parecerían presagiar la apertura de un nuevo frente de guerra entre los dos Tribunales”. En opinión de Ruggeri, lo que cabría esperar es “una sustancial convergencia entre las dos Cortes”. Se debe escapar -afirma-, al riesgo de llegar a establecer “ordenamientos piramidales” de las Cartas de derecho como de las Cortes que las interpretan. Todos los intérpretes están llamados, en cambio, a participar -a petición de los jueces comunes-, “en un «juego» sin fin y a lograr puntos de equilibrio sobre un plano de relaciones recíprocas basadas en las necesidades generales de los casos, bajo la bandera del «metaprincipio» de maximizar la protección de los derechos” (Ruggeri Antonio 2018/1: 267-279).

En el asunto *XC, YB, ZA* (2018) -calificado como “*colpi di fioretto*” (Véase RUGGERI Antonio, 3/2018: 99-109) del Tribunal de Justicia a la doctrina de la CC italiana en materia de doble prejudicialidad- se insiste en que, los órganos jurisdiccionales nacionales, pueden ejercer la facultad de presentar una cuestión prejudicial conforme al artículo 267 (TFUE) “*en cualquier fase del procedimiento que estimen apropiada*”<sup>123</sup>. Con esta afirmación, se ponen en duda la conformidad con el DUE de la doctrina que postula la prioridad obligatoria de la cuestión de constitucionalidad frente a la cuestión prejudicial<sup>124</sup>.

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia escrita en tono crítico, le permite a éste asegurarse la posibilidad siempre abierta -tras el reconocimiento de la posibilidad del planteamiento de una cuestión prejudicial en cualquier momento y por cualquier órgano judicial-, de ejercer su derecho a la última palabra. De este modo consigue que, en la práctica, aunque se permita una primera evaluación por los TTCC, su competencia quede asegurada. Incluso las sentencias dictadas por aquellos TTCC que incluyen la CDFUE como parámetro de control en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, “sólo podrán ser consideradas «firmes» tras el dictado de una Sentencia del Tribunal de Luxemburgo que las ratifique o las contradiga” (Rocca Trías/García Couso, 2017: 536).

#### 14. La opinión consultiva prevista en el Protocolo nº 16 al CEDH: ¿la triple prejudicialidad?

El 1 de agosto de 2018 entró en vigor el Protocolo nº 16 al CEDH. Su ratificación no es obligatoria por los Estados parte<sup>125</sup>. En opinión de Lipari, instituye

123 STJ de 24 de octubre de 2018, *XC, YB, ZA*, asunto C234/17 [ECLI:EU:C:2018:853], apartado 42.

124 Véase SCACCIA Gino, “L’inversione della «doppia pregiudiziale»” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi”, *forumcostituzionale.it* (25-01-2018). Del mismo autor, “Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017”, *Osservatorio AIC*, nº 2/2018 (7-05-2018) y ROMBOLI Roberto, “Dalla “diffusione” all’ “accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale”, *Il Foro Italiano*, nº 1, 2018.

125 En efecto, los Estados parte del CEDH pueden optar entre acogerse o no al sistema de opiniones consultivas. No se establece, por tanto, una obligación general. Los Estados continuarán insertos en el sistema del CEDH independientemente de que lo ratifiquen o no.

una “verdadera y propia *jurisdicción consultiva y preventiva* de carácter incidental” (Lipari Marco, 2019/3)<sup>126</sup>. Denominado como el “protocolo del diálogo”<sup>127</sup>, incorpora una novedosa vía incidental de diálogo en el marco del control de convencionalidad<sup>128</sup>, vía que viene a sumarse a las vías incidentales ya existentes en el marco de los controles incidentales en aplicación del DUE y en el marco del control de constitucionalidad<sup>129</sup>. Es decir, en los países que integran la UE, su ratificación podría llegar a traducirse en una triple prejudicialidad.

Estas opiniones consultivas -mantiene García Roca-, se asemejan claramente a las cuestiones de inconstitucionalidad que se llevan por los órganos judiciales ante los TTCC, o a las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. Los tres procedimientos “configuran variantes de una misma herramienta procesal. Su naturaleza jurídica es la cuestión prejudicial de carácter devolutivo y suspensivo” (García Roca, 2019: 60).

El Protocolo nº 16 suma una nueva terminal -el TEDH- a los circuitos interpretativos multidireccionales que se activan de modo incidental en sede nacional con el objeto de construir un consenso dialógico -que lleve a estándares comunes- en el marco de un sistema europeo multinivel de protección de derechos. Aunque no debe olvidarse, desde el inicio, que se trata de un derecho -el que surge del CEDH- de naturaleza subsidiaria distinto al DUE de naturaleza supranacional caracterizado por su efecto directo. Sin embargo, el contenido cada vez más constitucional de la jurisprudencia de Estrasburgo, acerca al TEDH -y por ende a su autoridad interpretativa- a un TC con competencia continental y al CEDH a una garantía del orden público europeo. Precisamente esta tendencia a la constitucionalización -similar pero no idéntica a la operada desde el originario derecho comunitario al hoy DUE gracias sobre todo al impulso del Tribunal de Justicia-, a resultado ser en algunos Estados la mayor fuente de desconfianza principalmente en sectores vinculados a la justicia constitucional

---

A octubre de 2021 lo han ratificado 16 Estados (Albania, Andorra, Armenia, Bosnia Herzegovina, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, y Ucrania), habiendo sido firmado pero pendiente de ratificación en otros 7 Estados (Bélgica, Italia, Macedonia del Norte, Moldavia, Rumania y Turquía). A diferencia del Protocolo nº 15, el Protocolo nº 16 no altera materialmente el contenido del CEDH: sus disposiciones se configuran como adicionales al mismo.

126 En cursivas en el original.

127 La expresión se le atribuye al antiguo presidente del TEDH Dean Spielmann (Véase LÓPEZ CASTILLO Antonio y POLAKIEWICZ, 2019: 485-500).

128 La nueva cuestión prejudicial ante el TEDH no puede ser considerada estrictamente un reenvío, sino una cuestión incidental de la que está ausente la obligatoriedad.

129 El primer pedido de opinión consultiva activando el Protocolo nº 16 fue presentado por la Corte de Casación francesa -mediante decisión de 5 de octubre de 2018-, una de las tres supremas instancias jurisdiccionales francesas habilitadas junto al Consejo de Estado y el Consejo Constitucional. Se trata de dos cuestiones relativas al anclaje convencional de la relación paterno filial con la madre comitente de niño nacido en el extranjero, en un caso de acordada gestación subrogada y acerca de su régimen de inscripción registral en Francia.

nacional, al momento de evaluar la ratificación de este instrumento pensado para el diálogo interjurisdiccional<sup>130</sup>.

La posibilidad de una doble o triple prejudicialidad -señala Ruiz Ruiz-, es probablemente una de las situaciones en las que se plantea con toda su agudeza la “complejidad procesal” de la tutela multinivel de derechos, que no cabe confundir con un fenómeno de duplicidad de jurisdicciones, en el caso que nos ocupa, constitucional y convencional. La base del problema radica en que, un mismo objeto litigioso, es susceptible de recibir pronunciamientos contradictorios por utilizar un distinto parámetro de enjuiciamiento (Ruiz Ruiz, 2018: 478).

Según se lee en sus considerandos iniciales se prevé que el Protocolo nº 16, con la ampliación de la competencia del TEDH para emitir opiniones consultivas -de naturaleza no vinculante<sup>131</sup>-, “reforzará la interacción” entre los jueces de Estrasburgo y las autoridades nacionales y “consolidará así la implementación del [CEDH], de conformidad con el principio de subsidiariedad”<sup>132</sup>. Consiguientemente, en su artículo 1, se afirma que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, “podrán solicitar” al TEDH que emita opiniones consultivas “sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el [CEDH] o sus protocolos” (primer párrafo). El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud “únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo” (párrafo segundo). Además, dicho órgano, “deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo” (tercer párrafo).

Como se observa, se ha dotado a este mecanismo de consulta de algunas de las características de una cuestión prejudicial en el DUE, dado que solo podrá activarse en el marco de un proceso concreto en el que resulte aplicable una disposición convencional, lo cual excluye por tanto el ejercicio de un control abstracto. En palabras de López Guerra, queda así excluida en principio toda eventual “cuestión abstracta de convencionalidad” que se refiera a

130 Es lógico pensar -comenta García Roca- que estas cuestiones de inconventionalidad, aunque no se denominen así, “reforzarán la dimensión objetiva y constitucional del TEDH. Las opiniones consultivas *pueden contribuir a constitucionalizar la jurisdicción europea* junto a otras herramientas como son las sentencias piloto” (GARCÍA ROCA, 2019: 60). Sin resaltar en el original.

131 López Guerra entiende que cualquiera que sea la suerte de la opinión en el ámbito nacional, “quedará integrada” en la jurisprudencia del TEDH, en el sentido de que, “aun cuando no se trate formalmente de una sentencia, servirá de guía y directriz para la interpretación del Convenio y sus protocolos en la resolución de futuros casos, tanto de nueva entrada como ya pendientes ante el Tribunal. Desde esta perspectiva será aplicable a las Salas lo previsto en artículo 30 [CEDH], que obliga a la inhibición en favor de la Gran Sala en aquellos supuestos en que la solución dada a un caso pudiera ser contradictoria con la doctrina anterior del Tribunal” (LÓPEZ GUERRA, 2014: 28). Para Zampetti, por su parte, la opinión dada por el TEDH “difícilmente podría desconocersele una fuerza y una eficacia sustancialmente vinculante” (ZAMPETTI Giovanni, 05/02/2020: 162).

132 Para Lipari con el Protocolo nº 16 se ha querido introducir un instrumento directo que refuerce el diálogo entre el TEDH y las autoridades judiciales nacionales generando una relación horizontal y de complementariedad (LIPARI Marco, nº 3/2019, 06/02/2019).

normas legales o de otro tipo que no sean de aplicación en un caso concreto pendiente ante un Tribunal nacional. Ahora bien -mantiene el citado autor-, cabe suponer que tal exclusión no impedirá, a la vista de la interpretación que el TEDH dé al CEDH, que una norma legal nacional pueda considerarse contraria al mismo, o que deba interpretarse de determinada manera (López Guerra, 2014: 24).

Precisamente esta cercanía del Protocolo nº 16 a la cuestión prejudicial regulada en el artículo 267 (TFUE), ha sido señalada en el dictamen *nº 2/13* (2014) -sobre la adhesión de la UE al CEDH- por el Tribunal de Justicia como uno de los motivos para sostener la incompatibilidad del borrador de adhesión con el DUE. La nueva cuestión prejudicial ante el TEDH se percibe, en efecto, como una amenaza para la interpretación uniforme de los estándares de protección que el Tribunal de Justicia hace de la CDFUE<sup>133</sup>. El problema surge aquí en el carácter concurrente del CEDH y la CDFUE que el Protocolo nº 16 potencia al otorgar una vía incidental al juez nacional, que el DUE también le reconoce, pudiendo afectar ello a la obligación de plantear la cuestión prejudicial conforme al artículo 267 (TFUE), “piedra angular” del sistema jurisdiccional instaurado por los tratados fundacionales de la UE. En este sentido, en Luxemburgo actúan en defensa de una competencia interpretativa que permita el ejercicio del derecho a la última palabra, que los consagre como terminal del circuito interpretativo iniciado en sede nacional y que involucra al DUE junto al CEDH y el derecho estatal. En otras palabras, actúan en la línea defensiva que le reprochan a los TTCC cuando amenazan con aplicar los contra-límites, invocando su derecho a ser intérpretes finales de la Constitución. Asoma -en este contexto- un nuevo rostro del problema del infinito.

En palabras de los jueces de Luxemburgo:

[...] puesto que el CEDH formaría parte integrante del [DUE], el mecanismo instaurado por dicho Protocolo [nº 16] podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la [CDFUE] que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE<sup>134</sup>.

133 El propio dictamen nº 2/13 se apunta a que “no puede excluirse que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo nº 16 por un órgano jurisdiccional nacional pueda desencadenar el procedimiento denominado de intervención previa del Tribunal de Justicia”, que se contiene en el propio Proyecto de adhesión y que permite que el Tribunal de Justicia intervenga en los procedimientos ante el TEDH en los que se cuestione el DUE, cuando no exista una interpretación del Tribunal de Justicia. Todo parece indicar que el Tribunal de Justicia alberga el temor de que un tribunal nacional de última instancia prefiera acudir al TEDH a través del Protocolo nº 16 para preguntar sobre la compatibilidad del DUE con el CEDH, o que incluso pretenda alegar que la interpretación que haga el TEDH de la CDFUE es un “acto claro” como resultado de la aplicación concordada de los artículos 52.3 y 53 (CDFUE).

134 TJ dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 197.

El temor creciente del Tribunal de Justicia viene dado así por la existencia de vías incidentales formalmente paralelas, pero materialmente convergentes en cuanto al objeto del proceso que no es otro que la interpretación de derechos que, como una cadena de espejos, se reflejan unos en otros. Los jueces de Luxemburgo reclaman en particular por la ausencia de articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE<sup>135</sup>.

Temores similares son expuestos por parte de la doctrina constitucional, pero en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante los TTCC (Véase Zampetti Giovanni, 3/2020: 157-175). Se señala al respecto el papel constitucional, asumido en el último tiempo, por el TEDH lo que ha favorecido la “percepción constitucional” del CEDH (Cfr. Bin Roberto, 4/2018: 642). Esta percepción -se mantiene-, es acentuada por la jurisprudencia de Estrasburgo al promover una “interpretación evolutiva y dinámica” del CEDH. Para Vari, por ejemplo, con la nueva vía incidental introducida por el Protocolo nº 16 se corre el riesgo de acentuar el “carácter constitucional” de los jueces de Estrasburgo, transformando al TEDH “en una súper Corte Constitucional europea”. Lo cual podría llevar a un vaciamiento -en referencia al caso italiano- de la CC en materia de derechos fundamentales (Vari Filippo, 2020). En igual sentido se manifiesta Cerrina Feroni para quien entre los costos a pagar por la adhesión al Protocolo nº 16, además del referido vaciamiento argumental, se suma la probable dilación de los procesos, y la incongruencia respecto a principios constitucionales. Concluyendo que la ratificación del citado protocolo, en el sistema de justicia italiano, tendría un impacto “en verdad muy serio” sobre el rol efectivo de los jueces y sobre la certeza del derecho (Cerrina Feroni, 2019/5).

Para García Roca, existen recelos en algunos TTCC, “celosos de su jerarquía, y temerosos de que se devalúen sus pronunciamientos en las jurisdicciones nacionales y su -supuesto- monopolio de control de constitucionalidad de las leyes. Algo que resulta más difícil de comprender desde parámetros racionales en un escenario en red donde nadie tiene un monopolio interpretativo y tampoco de revisión de las leyes” (García Roca, 2019: 62).

Sobre las consecuencias de la ratificación del Protocolo nº 16 en los sistemas de derechos nacionales convergentes con el propio CEDH y la CDFUE, Ruiz Ruiz defiende que la “cuestión prejudicial convencional”, traerá una “creciente complejidad” en aquellos sistemas en los que ya existe una “cuestión previa de constitucionalidad” y la “cuestión prejudicial” en virtud del DUE. Pero en definitiva el reenvío que incorpora el Protocolo nº 16 “puede convertirse en una valiosa herramienta en el proceso de cooperación y propulsión de la coherencia

135 En un sentido similar se ha manifestado en el ámbito del parlamento italiano -donde se discute la ratificación del Protocolo nº 16- la XIV Comisión de Políticas Europeas para la cual, dicho instrumento, podría “debilitar” la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 (TFUE), coincidiendo con el Tribunal de Justicia en la necesidad de un mecanismo de articulación (véase LIPARI Marco, nº 3/2019).

del circuito jurisprudencial construido a partir de la circularidad de interpretaciones conformes” del TC, el Tribunal de Justicia y el TEDH. La inserción de una nueva cuestión prejudicial, por lo tanto, no traería por ello consigo una disminución en la autonomía del juez nacional, sino que debiera ser vista “como una garantía más de la triple tutela de derechos que se superponen y que tiene como regla esencial la del mejor standard de protección a partir de una disputa discursiva construida sobre la mejor solución” (Ruiz Ruiz, 2018: 454-453)<sup>136</sup>.

El Protocolo n° 16 está pensado para promover un diálogo directo y sincrónico entre el TEDH y las máximas instancias nacionales que viene a poner fin al diálogo diacrónico e indirecto, dilatado en el tiempo, que hasta ahora era el único posible. La particularidad de esta nueva herramienta procesal es que la cuestión consultiva actuará tanto en la fase ascendente del diálogo -antes de dictar sentencia-, como en la fase descendente -donde se debe garantizar la eficacia de las sentencias-, permitiendo este método dialógico conocer al TEDH la interpretación del órgano jurisdiccional nacional, quien, a su vez, recibida la solución a la cuestión, puede aplicarla al caso que debe juzgar.

Ahora bien, el Protocolo n° 16 puede llegar a incrementar el área problemática puesta en evidencia por la doble prejudicialidad: particularmente en aquellos sistemas donde el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad -como en el caso francés (ver *supra* 11)- han venido siendo ejercidos por órganos separados (el Consejo Constitucional y los jueces ordinarios respectivamente). La existencia de circuitos interpretativos multidireccionales, en este sistema, que reconocen otras terminales (en este caso el TEDH), podrían dejar fuera del recorrido a la terminal constitucional (o sea al Consejo Constitucional). El cual, de este modo, se vería marginado del debate entablado en el diálogo directo -mediante la cuestión prejudicial de convencionalidad- entre el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación con los jueces de Estrasburgo.

En todo caso -expone Ruiz Ruiz-,

[...] forzoso es admitir que la fuente de este tipo de situaciones proviene del control al que de manera indirecta se ve abocado el TEDH sobre la legislación nacional, e incluso sobre disposiciones constitucionales, cuando la injerencia en un derecho se debe a la propia existencia de una ley o bien a su aplicación. Y, *aunque no exista identidad de causas jurídicas, está fuera de duda que existe una concurrencia de jurisdicciones propiciada por normas sobre derechos materialmente similares o idénticas* (Ruiz Ruiz, 2018: 454-453).

En la práctica, esta convergencia de derechos y de intérpretes, significa que el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria “parece verse atrapado entre dos fuegos, pues deberá ofrecer una interpretación conforme disputada por dos órganos que reclaman para sí ser la última instancia y, lo que es más, que defienden el carácter autónomo de la respectiva interpretación” (*Ídem.* 466).

136 Sin resaltar en el original.

Observemos más de cerca los tipos de conflictos -en el caso de la vigencia del Protocolo nº 16- que podrían originarse a causa de la existencia de circuitos interpretativos multidireccionales que reconocen diversas terminales. Iniciamos el análisis con los sistemas donde el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad son ejercidos por los jueces ordinarios y los jueces constitucionales respectivamente.

Un primer tipo de conflicto sería aquel en el que una norma nacional es juzgada por el TEDH como conforme al CEDH, pero posteriormente es declarada inconstitucional. El juez ordinario activa aquí tanto el circuito interpretativo con terminal en Estrasburgo como el circuito interpretativo con terminal en la jurisdicción constitucional. Un segundo tipo de conflicto expresa un orden temporal inverso al anterior, la declaración de inconstitucionalidad precede a la presentación de la cuestión prejudicial de convencionalidad ante el TEDH y éste considera la pérdida de vigencia de la norma nacional -ocasionada por tal declaración-, opuesta o violatoria de algún derecho convencional. También aquí se activan ambos circuitos interpretativos multidireccionales que reconocen diversas terminales (TEDH-TTCC). Por último, un tercer tipo de conflicto se produce cuando la norma nacional es también declarada constitucional, pero posteriormente es declarada inconveniente por el TEDH. Como se puede observar, la existencia de un control de convencionalidad y un control de constitucionalidad en cabeza de órganos separados potenciaría el conflicto pues excluye como salida al conflicto una interpretación conforme al CEDH como sería el caso en que ambos controles se encuentran concentrados en un solo órgano (generalmente el TC)<sup>137</sup>.

¿Qué pasa en los sistemas donde ambos controles -constitucional y convencional- están concentrados en la jurisdicción constitucional? ¿Corresponde una prioridad de cuestiones prejudiciales? En estos casos la intervención del TC puede venir exigida cada vez que el juez ordinario detecte una contradicción insanable entre norma interna y norma convencional, estando entonces obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad como ocurre en Italia (ver *supra* 12). La inconveniente de una norma interna viene entonces reconducida a un incidente de inconstitucionalidad de la misma que puede acabar con su anulación. Ello comporta que, aun siendo el CEDH norma infraconstitucional incorporada mediante ley, resulta por sus “características materiales” idónea para integrar el parámetro de constitucionalidad de la ley nacional. Dicha consideración como norma paramétrica tendrá lugar siempre y cuando las disposiciones

137 En efecto, llegado el caso, el juez ordinario, que es a su vez en estos sistemas *juez de convencionalidad* de las leyes, tendrá que decidir *inaplicar* una ley contraria al CEDH cuando así resulta de una interpretación conforme a la luz de la jurisprudencia del TEDH y ello aun cuando en un proceso previo haya sido declarada constitucional. Menos dudas caben si la inconveniente de la ley se desprende de una sentencia del TEDH, siendo en este caso su inaplicación un estricto cumplimiento de dicha sentencia.

convencionales no entren en conflicto con la propia Constitución, pues en tal caso, o bien se anula la ley de adopción del Tratado en la parte afectada, o bien se la considera inidónea para formar parte del parámetro de enjuiciamiento, provocando entonces una inaplicación de la norma convencional en el juicio de inconstitucionalidad solo para el caso concreto.

Por otra parte, debido a que la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TEDH aparece en el Protocolo nº 16 reservada a altos tribunales, en el modelo de control de convencionalidad concentrado dicha facultad quedaría por tanto circunscrita entre otras a la jurisdicción constitucional. Se viene de este modo a reforzar uno de los argumentos para la concentración del control de convencionalidad que venía defendiendo, en ausencia de un mecanismo prejudicial ante el TEDH, el no dejar en manos del juez ordinario la manipulación interpretativa de las normas convencionales. El limitadísimo papel que se reserva al juez ordinario -a quién directamente el Protocolo nº 16 lo excluye del planteo de la cuestión prejudicial de convencionalidad-, contrasta ostensiblemente con el que, en circunstancias parecidas, tiene el juez ordinario en el ámbito de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En este contexto la relación Constitución-CEDH no se complementaría con una tendencia hacia un control difuso a cargo de los jueces ordinarios con capacidad de erosionar el control concentrado a cargo de los TTCC, como se manifiesta en el marco de la relación Constitución-DUE. De igual forma, la interacción entre los intérpretes de ambos sistemas -TC-TEDH-, lejos estaría de alcanzar la tensión que en ocasiones alcanza la relación entre TTCC y TTSS con el Tribunal de Justicia. Sin duda pesa aquí la diversa naturaleza que distingue al DUE como un derecho supranacional, beneficiado de la atribución de competencias estatales, del CEDH que comparte la naturaleza subsidiaria propia del DIDH. Las cuestiones que deben responder cada una de las dos cortes europeas -explica García Roca- son por definición distintas. Por otro lado, el Tribunal de Justicia “viene obligado a establecer un nivel uniforme y vinculante, y el TEDH solo un nivel mínimo” (Cfr. García Roca, 2019: 62).

Zampetti escribe que el TEDH -y la cuestión prejudicial de convencionalidad- no pueden ser asimiladas al Tribunal de Justicia y la cuestión prejudicial del DUE. Ello debido a esta diferencia de naturaleza particularmente manifestada en el efecto vinculante de la interpretación de Luxemburgo la cual, llegado el caso, obliga al juez ordinario a desaplicar la norma nacional opuesta al DUE para preservar su primacía y aplicación uniforme. Más allá de las similitudes formales del procedimiento, no ocurre lo mismo con la interpretación del TEDH originada en el Protocolo nº 16 (Véase Zampetti Giovanni, 05/02/2020) Por otro lado, este instrumento se ha proyectado -mantiene Sorrenti- para introducirse plenamente en el esquema de subsidiaridad que preside la coordinación entre el sistema de protección de derechos nacionales y el sistema de protección de derechos convencionales (Sorrenti Giusi 2014).

## 15. Garantizar la eficacia de los derechos tutelados: un mandato común o “metaprincipio” de la protección multinivel. La amenaza de la dilación en el tiempo del proceso. El incumplimiento de la obligación de presentar la cuestión prejudicial

En nuestro laberinto borgiano existe un *mandato* común que vincula a todos los miembros de la Comunidad de intérpretes finales. Su presencia se reclama -al menos formalmente- en todos los circuitos interpretativos multidireccionales. En palabras de Ruggeri, el canon que gobierna las relaciones interordinamentales -el auténtico *metaprincipio* en la base de la combinación de los principios y de su concreta utilización- lo hallamos en la tutela más intensa ofrecida a los derechos y, en general, a los intereses constitucionalmente protegidos en razón de las particulares exigencias de cada caso (Ruggeri Antonio, 2014/18: 13-16).

Todos los intérpretes están obligados a cumplir con la tutela efectiva de los derechos. Así se manifiestan el artículo 47 (CDFUE), el artículo 13 (CEDH), a los que deben sumarse numerosas normas constitucionales nacionales como, por ejemplo, el pionero artículo 24 (constitución española). El ejercicio del control de legalidad -ya sea siguiendo los parámetros constitucionales, convencionales o del DUE- procura realizar la tutela efectiva. Dicho control funciona, entonces, como garantía de eficacia del sistema de derechos. El órgano competente según cada sistema es quien activa esta garantía ante el requerimiento de quienes denuncian alguna violación a sus derechos.

En un sistema de protección multinivel como el europeo, donde actúan -como observamos- una pluralidad de vías incidentales, junto al debate sobre el nivel de protección o sea la amplitud de la tutela, surge el debate sobre la duración razonable del procedimiento de tutela. En otras palabras, el mandato común de tutela efectiva frente a sistemas de derechos convergentes no solo corre el riesgo de frustrarse frente a una falta de reconocimiento o una interpretación restrictiva del o los derechos en cuestión, sino también a causa de una dilación en el tiempo del *iter procesal* donde se discute su tutela.

El quiebre de ese mandato común a todos los niveles de protección puede sobrevenir tanto por la ausencia -producto del conflicto interordinamental y la falta de diálogo entre intérpretes- de criterios comunes que permitan construir estándares de protección europeos, como por las dilaciones en las instancias incidentales involucradas. Ambos factores tienen la capacidad de afectar la eficacia de los derechos tutelados y, en última instancia, podría poner en duda la credibilidad en todo el sistema europeo de derechos<sup>138</sup>.

138 Lo fundamental “es la fluidez del diálogo evitando divergencias o contradicciones que, en última instancia, resulten nocivas para la credibilidad del sistema global y de una protección optimizada de los derechos fundamentales. Nos encontramos, por tanto, ante una «nueva era de los derechos» que requiere confianza y cooperación entre tribunales, en beneficio del sistema y de la mejor satisfacción de la justicia” (JIMENA QUESADA, 2017: 295).

Se trata -en palabras de Carrillo- de administrar “una pluralidad compleja en la que, seguramente, el mayor reto con el que se enfrentan tanto los Estados como las instituciones supraestatales *es la adecuada regulación de la concurrencia, a fin de evitar el riesgo del caos al que se puede enfrentar el justiciable que reclama la tutela de sus derechos*” (Carrillo Marc, 2017: 51)<sup>139</sup>.

La “fórmula de la sucesión temporal de los incidentes” -ha puesto de relevancia parte de la doctrina (Véase Cruz Villalón y Requejo Pagés, 2015: 192)- podría llegar a obstaculizar la tutela efectiva al caer en dilaciones procesales que hagan que el *iter procesal* se prolongue indebidamente en el tiempo<sup>140</sup>. Por ello, en el laberinto borgiano que constituye el sistema europeo de protección de derechos, el juez nacional se convierte en una pieza necesaria e irremplazable para garantizar la tutela efectiva. Su responsabilidad de llevar a cabo el control de conformidad con el DUE (el cual incluye tanto el derecho propiamente de la UE, como el derecho nacional dictado en aplicación del DUE), deja en evidencia este rol trascendente. Si el juez nacional no plantea la cuestión prejudicial -tanto de validez o de interpretación- cuando existan dudas sobre la conformidad del derecho aplicable con el DUE y en particular con la CDFUE, quienes invocan la violación de sus derechos no podrán llegar hasta el Tribunal de Justicia en tanto intérprete final del ordenamiento jurídico comunitario. La obligación de plantear la cuestión prejudicial a cargo del juez nacional -y que según Luxemburgo ninguna regla de prioridad constitucional puede poner en duda-, es determinante porque puede afectar directamente la posibilidad de realizar el mandato de tutela efectiva común a todos los sistemas de derechos convergentes.

La importancia de la exigencia prevista en el artículo 267 (TFUE) de plantear la cuestión prejudicial, en el caso de los tribunales contra los que no cabe recurso, se explica por sí misma en el contexto que enunciamos. Efectivamente, dado que el particular no puede llevar por sí mismo su caso ante el Tribunal de Justicia, la eventual lesión de sus derechos consagrados en la CDFUE ha de ser protegida directamente por el juez nacional dando, en su caso, la oportunidad a los jueces de Luxemburgo a pronunciarse con carácter general sobre la materia mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial.

La negativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales de última instancia, por lo tanto, supone el incumplimiento de una obligación impuesta por el artículo 267 (TFUE)<sup>141</sup> lo cual puede generar la responsabilidad por incumplimiento judicial del DUE. Ello en la medida en que, la

139 Sin resaltar en el original.

140 Que aún podría demorarse más si a los dos incidentes que aquí nos ocupan se sumara el previsto en el Protocolo nº 16 del CEDH.

141 En este sentido, el TC español -en la línea de otras jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros como la alemana-, expresó que el no planteamiento arbitrario de la cuestión prejudicial (como la de inconstitucionalidad) suponía una violación del derecho al proceso con todas las garantías y la proscripción de indefensión del artículo 24 de la constitución española (STC español de 19 de abril de 2004, nº 58, FJ 14).

ausencia de planteamiento de una cuestión prejudicial es uno de los criterios básicos para declarar tal responsabilidad cuando es imputable al Poder Judicial<sup>142</sup>.

Al TEDH, por su parte, no le resultó ajena esta cuestión propia del DUE (Véase SOCA TORRES, Issac, 2018: 1123-1139)<sup>143</sup>. Llamado a ejercer el control de convencionalidad sobre sí el incumplimiento de la obligación de presentar la cuestión prejudicial constituía una violación al artículo 6 (CEDH)<sup>144</sup> que regula el debido proceso. En el asunto *Grifhorst c. Francia* (2006) mantuvo que las características de la cuestión prejudicial eran, en principio, compatibles con el art. 6 (CEDH), y, en consecuencia, inadmitió la demanda por lo que respecta a la violación del derecho a un proceso equitativo. En palabras de los jueces de Estrasburgo “no puede deducirse del art. 6.1 del Convenio el derecho absoluto a que un asunto sea sometido a título prejudicial al [Tribunal de Justicia]”. No existe, por lo tanto, para el TEDH un derecho que permita a los particulares exigir la cuestión prejudicial ante cualquier instancia nacional y que esta sea preceptivamente elevada a los jueces de Luxemburgo. No obstante, a pesar de esta afirmación, el TEDH continuó argumentando “es cierto que, en determinadas circunstancias, el rechazo acordado por una jurisdicción nacional que se pronuncia en última instancia puede infringir el principio de un proceso justo, particularmente, cuando este rechazo sea arbitrario”<sup>145</sup>.

Las consideraciones precedentes están en línea con la ya clásica jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance que debe reconocérsele a la

142 En el asunto *Francovich y Bonifaci* la responsabilidad por incumplir el DUE alcanza a distintos poderes y órganos constitucionales del Estado (STJ de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90 [ECLI:EU:C:1991:428], apartados 28-46). En el asunto *Köbler* se habla, en concreto, de las infracciones al DUE cuyo origen encuentra en la actividad de los tribunales. Sin embargo, se deja un amplio margen de actuación, al contemplar que tal responsabilidad solamente podría reclamarse en el caso excepcional de que existiera una violación “suficientemente caracterizada”, teniendo en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica (STJ de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01 [ECLI:EU:C:2003:513], apartados 51-59.). En el asunto *Tomášová* se profundiza más la cuestión y se aclara que, para determinar si existe una violación “suficientemente caracterizada” del DUE, es preciso tener en cuenta todos los elementos que describan la situación que se haya sometido al órgano jurisdiccional nacional; y, entre los muchos elementos que pueden tomarse en consideración a este respecto, se encuentra el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del párrafo tercero del artículo 267 TFUE (STJ de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15 [ECLI:EU:C:2016:602], apartado 15).

143 El autor refiere a que, como ha establecido el TEDH en su jurisprudencia, el rechazo al planteamiento y remisión de una cuestión prejudicial, tanto en el ámbito interno de los Estados, como ante la jurisdicción de la UE, se debe efectuar con las debidas garantías. Así, el mismo resulta arbitrario cuando las normas aplicables no prevén excepción a la obligación de reenvío, cuando se basa en razones distintas a las que prevén sus normas o bien si no está suficientemente motivado.

144 STEDH [sección segunda] de 8 de abril de 2014, *Dhabbi c. Italia* [n.º 17120/09] donde declara por primera vez la violación del art. 6 CEDH por no plantear cuestión prejudicial estando obligado a ello.

145 STEDH de 7 de septiembre de 2006, *Grifhorst c. Francia* [n.º 28336/02]. Previamente una respuesta similar la proporciona la Comisión Europea de Derechos Humanos en su resolución de 12 de mayo de 1993, *Société Divaaga c. España*, asunto n.º 20631/92.

apuntada obligación de plantear la cuestión prejudicial a cargo de los “órganos jurisdiccionales nacionales” (cfr. art. 267, TFUE).

En el asunto *CILFIT* (1982), el Tribunal de Justicia trató de una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal de Casación italiano. En el reenvío se solicitaba si el párrafo tercero del entonces artículo 177 (TCEE, actual párrafo tercero del artículo 267, TFUE) establecía la obligación incondicional de plantear una cuestión prejudicial o bien la misma podía quedar sujeta a la existencia de interpretaciones razonables previas.

En su respuesta el Tribunal de Justicia señaló que la obligación contenida en la referida disposición se tenía que apreciar en el marco de la colaboración, instituida con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del derecho comunitario –hoy DUE- en el conjunto de los Estados miembros, entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el propio Tribunal de Justicia. En concreto -dicha obligación- trataba de evitar que se establecieran divergencias jurisprudenciales en el interior de la entonces CEE. El alcance de la obligación se tenía que entender -por lo tanto- a la luz de esos fines, en función de las respectivas competencias de los órganos jurisdiccionales estatales y del Tribunal de Justicia, no constituyendo un medio de impugnación ofrecido a las partes en un litigio pendiente ante un juzgado o tribunal interno. No bastaba, por tanto, que una parte mantuviera que el litigio suscitaba una duda de interpretación del derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional que conocía del mismo estuviera obligado a estimar que existía una cuestión en el sentido de dicho artículo. El Tribunal de Justicia expresó, además, que los órganos judiciales frente a los que no cabe ulterior recurso tenían la misma discrecionalidad que cualquier otro juzgado o tribunal nacional para determinar la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, y que no estaban obligados a remitirla en las siguientes situaciones: (1) cuando la cuestión no fuera relevante, en el sentido de que la respuesta a la petición, de ninguna manera pudiera afectar la resolución del asunto en sede estatal; (2) cuando la cuestión fuera materialmente idéntica a otra que ya hubiera sido sometida a una decisión prejudicial en un caso similar, o cuando las decisiones anteriores del Tribunal de Justicia ya se hubieran referido a la misma cuestión de derecho, independientemente de la naturaleza de los procedimientos que llevaron a adoptarlas y aunque tales cuestiones no fueran estrictamente idénticas; y (3) cuando la aplicación correcta del derecho comunitario fuera tan obvia que no dejara lugar a dudas razonables sobre la forma en que debía resolverse la cuestión planteada<sup>146</sup>.

Esta doctrina fue parcialmente corregida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Gaston Schul Douane-expediteur* (2005). Se afirmó ahora que la exegesis contenida en la sentencia *CILFIT*, referida a cuestiones de interpretación, no

146 STJ de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, asunto C-283/81 [ECLI:EU:C:1982:335], apartados 6-21. Con la sentencia dictada en el caso *CILFIT* queda consagrada lo que se conoce como la doctrina del “acto claro”.

podía extenderse a aquellas relativas a la validez de los actos comunitarios, por razones de uniformidad y seguridad jurídica. Por tanto, los órganos jurisdiccionales estatales, cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial en el derecho interno, quedaban obligadas a plantear una cuestión prejudicial sobre la validez de una disposición, aun cuando los jueces de Luxemburgo hubieran declarado la invalidez de otra equivalente en una norma comparable. Esto es, sin posibilidad de aplicar la doctrina del “acto claro”<sup>147</sup>.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia matizó de nuevo la jurisprudencia *CILFIT* en el caso *Ferreira da Silva e Brito y otros* (2015)<sup>148</sup>, considerando que un órgano jurisdiccional del artículo 267 (TFUE), párrafo tercero, debe remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de un concepto de derecho europeo, cuando existan resoluciones contradictorias de tribunales inferiores acerca de la interpretación de tal concepto o bien cuando aparezcan dificultades de interpretación recurrentes de este en los distintos Estados miembros.

Finalmente, cabe destacar que en los casos en los que los tribunales nacionales de los Estados miembros no respetan el DUE ya sea por no cumplir con la interpretación ofrecida desde Luxemburgo -tras el planteo de una cuestión prejudicial- o por no plantear dicha cuestión cuando están obligados, el Tribunal de Justicia conserva su competencia para imponer las sanciones correspondientes. Más aún, conforme a lo resuelto en el asunto *Köbler* (2003), los Estados miembros están obligados a indemnizar el daño causado a las personas en los casos de que una infracción a la legislación de la UE derive de una decisión de sus tribunales de última instancia<sup>149</sup>. En el asunto *Comisión c. Francia* (2018) -por su parte-, el Tribunal de Justicia condenó por primera vez a un Estado miembro por una violación del artículo 267 TFUE, apartado 3, en el marco de una acción por incumplimiento, después de que el Consejo de Estado francés no hiciera la remisión previa necesaria<sup>150</sup>.

La obligación de los Estados miembros de cumplir las disposiciones del TFUE -interpretan en Luxemburgo- “incumbe a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencia, las autoridades judiciales”. De este modo,

[...] en principio, cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 258 TFUE *cualquiera que sea el órgano*

147 STJ de 6 de diciembre de 2005, *Gaston Schul Douane-expediteur*, asunto C-461/03 [ECLI:EU:C:2005:742], apartados 15-25. La decisión se fundamentaba especialmente en la STJ de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, asunto C-314/85, [EU:C:1987:452], apartado 15, en la que se establece que los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias.

148 STJ de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito y otros*, asunto C-160/14, [ECLI:EU:C:2015:565], apartados 40-45.

149 STJ de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, asunto C-224/01 [ECLI:EU:C:2003:513].

150 STJ de 4 de octubre de 2018, *Comisión c. Francia*, asunto C-416/17 [ECLI:EU:C:2018:811].

*de dicho Estado cuya acción u omisión haya originado el incumplimiento, incluso cuando se trate de una institución constitucionalmente independiente*<sup>151</sup>.

La obligación de plantear la cuestión prejudicial y como su incumplimiento afecta a la tutela efectiva de los derechos es materia de discusión también en la relación entre el TEDH y el Tribunal de Justicia. En Estrasburgo se ha desarrollado como técnica de cohabitación con Luxemburgo la llamada presunción de protección equivalente que beneficia al DUE respecto del CEDH. Sin embargo, esta deferencia no significa la renuncia al ejercicio del control de convencionalidad y, por lo tanto, según el TEDH, está sujeta a dos condiciones: a) ausencia de todo margen de maniobra por parte de las autoridades internas, y b) el pleno despliegue del potencial del mecanismo de control proporcionado por el DUE donde es central el planteo de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (ver *infra* 64). Este segundo requisito ha ido evolucionando en la jurisprudencia del TEDH flexibilizándose su contenido. En este sentido, se llega a interpretar que la obligación de presentar la cuestión prejudicial “debería aplicarse sin excesivo formalismo y teniendo en cuenta los rasgos específicos del mecanismo de supervisión en cuestión. El TEDH entiende que no sería de utilidad someter la aplicación de la presunción de protección equivalente

[...] al requisito de que los tribunales domésticos tuvieran que plantear una cuestión prejudicial al [Tribunal de Justicia] en todos los casos sin excepción, incluyendo aquellos donde no resultasen del [DUE] cuestiones delicadas para la protección de los derechos fundamentales, o aquellos en que el [Tribunal de Justicia] ya hubiera precisado cómo deben interpretarse las disposiciones aplicables del derecho de la UE de una manera compatible con los derechos fundamentales<sup>152</sup>.

## 16. El diálogo con el minotauro: opción a un laberinto sin salida

La convergencia de distintos sistemas de derechos impone, entre todos los miembros de la Comunidad de intérpretes finales, el diálogo como solución al conflicto<sup>153</sup>. Transitar el camino que marca el “*circuito dialogico delle Corti d’Europa*” (Comazzetto Goivanna 2018/14: 2).

151 *Ídem*, apartados 106-107.

152 Véase esta evolución en la STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [n° 17502/07], apartado 109 en relación a la STEDH [sección quinta] de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [n° 12323/11].

153 Naturalmente, “si bien el punto positivo de ese diálogo judicial supranacional, y más ampliamente global, consiste en una optimización de las soluciones en beneficio de la comunidad, el contrapunto viene dado por un debilitamiento de la responsabilidad. Ésta puede quedar entonces diluida en los distintos actores dialogantes, hasta el punto de que la eventual falta de vertebración y ausencia de jerarquía conduce a una especie de soberanía supraestatal difusa en la que se tratará de evitar que impere una «ley de la jungla» para que se imponga esa leal y sincera colaboración” (JIMENA

Todos los intérpretes cobran relevancia. En este sentido, uno de los fines del diálogo es saber orientar la relación con los TTCC y TTSS desarrollando los respectivos circuitos interpretativos. La CDFUE, escribe Barbera, no puede ser encomendada exclusivamente a un diálogo entre el Tribunal de Justicia, llamado a interpretar tales preceptos, y los jueces ordinarios de todo el continente europeo, llamados a desaplicar los preceptos nacionales opuestos a aquéllos. La tutela de derechos exige –es indudable– “un diálogo entre varios niveles”. Las Cortes Constitucionales nacionales no deben sentirse excluidas, pueden desarrollar una función relevante armonizando [*mettendo in relazione*] los principios de la CDFUE, necesariamente susceptibles de diversos desarrollos, con las Constituciones nacionales y asegurando a éstas, en lo posible, los instrumentos propios de la jurisdicción concentrada. Solo las Cortes Constitucionales, “se encuentran en grado de orientarse en el laberinto representado por la intersección entre Constituciones nacionales, Carta de derechos [CDFUE] y Convención [CEDH] (y otros instrumentos internacionales)” (Barbera Augusto, 2018: 167-168)<sup>154</sup>.

En el espacio europeo, existen instrumentos facilitadores del diálogo con variada intensidad. Tanto la cuestión prejudicial, como la cuestión de inconstitucionalidad o la cuestión facultativa prevista en el Protocolo nº 16 (CEDH), tienen en común que su objeto es la cooperación entre intérpretes. Alcanzar dicha cooperación, es la razón de ser de dichos instrumentos dialógicos, de estas tres vías incidentales europeas.

La búsqueda permanente de consensos mínimos para alcanzar estándares de protección comunes a los tres sistemas convergentes de derechos, se presenta entonces como el mayor desafío para el triángulo jurisdiccional europeo.

Bustos Gisbert habla de “conclusión tranquilizadora” para los jueces y magistrados que han de aplicar, por ejemplo, la CDFUE. En efecto, afirma, la interacción producida entre el orden jurídico de la UE, los órdenes jurídicos nacionales y el derivado del CEDH en los últimos 50 años ha provocado una “fuerte homogeneidad sustancial de base en materia de derechos fundamentales y un verdadero derecho común europeo de los derechos humanos”. En particular ha de destacarse cómo en los diferentes textos y en la propia jurisprudencia de los tres tribunales (se refiere al Tribunal de Justicia, el TEDH y

---

QUESADA Luis, “La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, p. 273).

154 El citado autor cita la SCCI nº 85 de 2013: “todos los derechos fundamentales (...) están en una relación de integración recíproca y por lo tanto no es posible identificar uno de ellos que tenga prevalencia absoluta sobre los otros (...) Si no fuera así, se verificaría la ilimitada expansión de uno de los derechos, que se convertirían en tirano frente a otras situaciones jurídicas reconocidas y amparadas constitucionalmente (...) La Constitución italiana, como las demás Constituciones democráticas y pluralistas contemporáneas, requiere un equilibrio continuo y recíproco [*continuo e vicendevole bilanciamento*] entre los principios y derechos fundamentales, sin ninguna pretensión de absolutismo para ninguno de ellos”.

el TC español) se pueden encontrar los “puntos de conexión que han hecho posible una construcción razonablemente armónica de los tres ordenamientos hasta constituir un único sistema de derechos aplicable por el juez” (Bustos Gisbert, 2017: 345)<sup>155</sup>.

Los intérpretes finales se encuentran condenados a circular por circuitos multidireccionales, a dialogar en búsqueda de consensos dialógicos. Pueden negar la realidad multinivel, hacer de la apertura constitucional un mandato inocuo. Pero al fin de cuentas las salidas autorreferenciales conducen a la ficción del monopolio sobre la última palabra el cual allana el camino a pulsiones rupturistas. Demuestran, por sí mismas, que no hay salida del laberinto. El hilo que marcaba el camino ya no existe. Volviendo a Borges, en el Hilo de la fábula escribe: “Nunca daremos con el hilo; acaso lo encontramos y lo perdemos en un acto de fe, en una cadencia, en el sueño, en las palabras que se llaman filosofía o en la mera y sencilla felicidad”

155 Así, concluye el citado autor refiriéndose a España, los artículos 10.2 constitución española; arts. 52 y 53 de la CDFUE y la acción de los principios de subsidiariedad y margen de apreciación nacional, en el caso del CEDH, “han permitido que casi siempre se encontraran soluciones mutuamente aceptables para todos los órdenes jurídicos aplicables que ofrecen una salida relativamente sencilla para el aplicador judicial de los derechos fundamentales. En los pocos casos en los que tal armonización no era posible (bien por condenas del TEDH a España, bien por incompatibilidad entre los derechos constitucionales y los de la CDFUE, hasta ahora sólo el asunto *Melloni*) las cuestiones se han resuelto con las pertinentes modificaciones legislativas o de la interpretación judicial de los derechos mediante un, en ocasiones formal y en otras informal, eficiente diálogo entre los principales tribunales europeos” (sin resaltar en el original, Ídem, p. 346).



### CAPÍTULO III

## LA CONSTRUCCIÓN DE UNA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA PRIMACÍA INCONDICIONAL DEL DUE Y EL *DILEMA MELLONI*

Es cierto que el artículo 53 [CDFUE] confirma que, cuando un acto del [DUE] 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 [DUE]”

STJ de 26 de febrero de 2013,  
*Melloni*, apartado 60

### 17. ¿Admitir o no un nivel menor de protección de derechos al reconocido por la interpretación constitucional?

Cuando el TC español presentó su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia mediante ATC nº 86/2011<sup>1</sup>, el contenido de un largo debate doctrinario asumió la forma de un complejo dilema presentando con toda crudeza al juez constitucional europeo.

Este dilema se halla implícito desde siempre en la relación del derecho comunitario, primero, y en el actual DUE, con las constituciones nacionales y los ordenamientos jurídicos allí originados. Es una consecuencia del recorrido hacia la construcción de una identidad constitucional propia de la integración europea encarado por Luxemburgo, ya en los albores de este proceso, fundada en la autonomía del ordenamiento comunitario y que llevaría a la defensa de su primacía incondicional con el fin de garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados Miembros. Con el paso del tiempo, dicha identidad, también proyectaría el efecto directo -pensado para los reglamentos- sobre el universo de las directivas.

Cuando los jueces constitucionales alemanes o italianos plantearon sus primeras dudas que los llevarían a iniciar recorridos propios en la construcción

1 ATC español nº 86 de 9 de junio de 2011.

de una identidad constitucional nacional en defensa de la expansión de la identidad constitucional comunitaria, o la presentación de los contra límites como “arma disuasoria” (ver *infra* 30.B). Los guiaba no solo la preocupación por el nivel de protección que en el ámbito comunitario obtendrían los derechos reconocidos constitucionalmente en sus Estados, sino quién tendría la última palabra en la interpretación del sistema de derechos que debía reconocerse en sus territorios. Las relaciones interordinamentales europeas se definen, aún en el presente, como una tensión constante entre estas identidades constitucionales producto de recorridos iniciados por las distintas terminales interpretativas (TTCC/Tribunal de Justicia a los que habría que sumar al TEDH y el CEDH). Con la consolidación del sistema de derechos de la UE a partir de la “constitucionalización” de la CDFUE -y el reconocimiento de su efecto directo-, la tensión identitaria escaló a las dimensiones actuales.

En palabras de Cartabia –ex presidenta de la CC italiana-, la complejidad del sistema de tutela de los derechos fundamentales, en el espacio constitucional europeo, se ha convertido en una realidad urgente y con una elevada tasa de problematicidad, a causa de la concreta actuación de las jurisdicciones llamadas a garantizar los derechos de las personas. Constituciones nacionales, CDFUE y CEDH concurren indudablemente al reforzamiento del sistema de garantías. Y, sin embargo, “sus relaciones recíprocas lejos están de ser lineales e inmediatas”. Ante todo, afirma Cartabia, porque el elenco de los derechos incluidos en cada uno de estos documentos, no es “perfectamente” encuadrable al de los otros. En segundo lugar, por la “inevitable divergencia interpretativa” que surge de la jurisprudencia y la aplicación práctica de cada uno de estos derechos: la ponderación (*bilanciamento*) entre derechos e intereses contrapuestos que se vuelve necesario de frente a las exigencias de cada controversia en particular, “puede conducir a recorridos hermenéuticos divergentes también de frente a textos formulados en términos aparentemente análogos”. En suma -concluye Cartabia-, porque cada sistema de tutela de los derechos responde a una *ratio* y una finalidad diversa: una cosa es una Constitución nacional, fundamento y ápice de todo el ordenamiento estatal; otra el CEDH que procura asegurar un estándar mínimo común a los Estados partes y “opera solo en vía subsidiaria respecto de las garantías nacionales”; y otra es la CDFUE que “opera en ámbitos limitados, pero tiende a procurar en dichos ámbitos un estándar común y uniforme de tutelas de los derechos entre los Estados miembros” (Cartabia Marta, 2017/3: 12).

El dilema se presenta cuando, los jueces de Luxemburgo, interpretan un derecho *concurrente* con un derecho nacional de manera más *restrictiva* que los jueces constitucionales -en el asunto *Melloni* (2013) se trata de las garantías del debido proceso- quienes, al mismo tiempo, tienen la última palabra en la interpretación del sistema constitucional de derechos. Este dilema se potencia, por ende, a causa de la *naturaleza compuesta* del sistema europeo de protección multinivel de derechos el cual, al vértice estatal, suma un vértice supranacional que cohabita con el vértice propio del CEDH de naturaleza subsidiaria.

Precisamente, la lógica jurídica de la protección internacional de los derechos humanos es por regla una lógica que opera desde la subsidiariedad.<sup>2</sup> El problema de este sistema “a tres bandas” es que rompe -o cuanto menos pone en duda- las *cláusulas de mínimos* que generalmente contienen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo, el art. 53, CEDH) que permiten articular con una protección mayor en sede constitucional (ver *infra* 7). El Tribunal de Justicia, no reconoce al artículo 53 (CDFUE) una función de *mínima protección* sino de *máxima protección*. Esto es, lo presenta como un límite para la interpretación constitucional cuando interpreta que están en riesgo la autonomía del DUE, la defensa de su primacía, el efecto directo, o bien su aplicación uniforme. Esta naturaleza compuesta va a ser determinante para el recorrido de los circuitos interpretativos multidireccionales y la construcción de los consensos dialógicos.

Rubio Llorente, en una colaboración con un título sugestivo y premonitorio (Rubio Llorente, 2002: 13-52), ya adelantaba hace más de una década los problemas mencionados en el *dilema Melloni*. Para el autor citado –quien se muestra crítico con la redacción del artículo 53 (CDFUE)–, interpretada conforme a su “tenor literal”, dicha norma, “impide” al Tribunal de Justicia apoyarse en la CDFUE, “para invalidar medidas adoptadas por los Estados, cuando tales medidas impliquen una protección de los Derechos *más intensa* que la asegurada por ésta, pero así entendido *carece de sentido*. Por definición, no es aplicable a los actos que los Estados realicen al margen totalmente del Derecho de Europeo, puesto que respecto de ellos el [Tribunal de Justicia] no tiene competencia alguna, pero *tampoco puede aplicarse a los actos sujetos a su control sin destruir el sistema*. Si al enjuiciar el respeto a los Derechos de los actos estatales que aplican las normas europeas, el Tribunal de Justicia hubiera de tomar en consideración la intensidad de la protección que cada Estado otorga, cuando es mayor que la dispensada por el [DUE], *ese tribunal no actuaría ya como un órgano de ésta, sino del Estado, y saltaría en pedazos el principio básico del sistema*” (*Ídem*: 43).

El “problema-dilema” del parámetro iusfundamental -destaca Ugartemendi Eceizabarrena- queda expuesto como sigue: ¿debe enfocarse la tutela de los derechos fundamentales ante una actividad estatal realizada en aplicación del DUE, *necesaria y exclusivamente*, desde el sistema de los derechos fundamentales de la UE, o hay un *margen* para utilizar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales? ¿Y si lo hay, con qué *límites*? (Ugartemendi Eceizabarrena, 2013: 403).

García Sánchez, en su comentario al asunto *Melloni*, resalta que el mismo pone de manifiesto un problema que ya se había manifestado hace algunos años en el ámbito de la cooperación jurídica internacional. Refiere a la existencia de

2 Lo dicho se evidencia en la necesidad de agotar los recursos internos como requisito de admisibilidad de las demandas contra el Estado en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos en el cual éste es parte.

un *pluralismo constitucional* en el que se van a plantear problemas tanto para los tribunales nacionales como para los europeos. De este modo, nace

[...] una *confrontación entre los órdenes constitucionales internos y el orden comunitario*. Dificultades derivadas, por un lado, de la *conurrencia* de las distintas normas de protección de los derechos humanos que tenemos en el panorama europeo (CEDH, CDFUE, constituciones nacionales); y por otro, de las *distintas interpretaciones* otorgadas por los diversos tribunales concurrentes para proteger los derechos fundamentales (TEDH, TJUE, tribunales constitucionales nacionales). Se trata, en definitiva, de la *falta de homogeneización existente en la protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo*, que se pueden vulnerar en los procedimientos de entrega europeos, que dificulta, a su vez, la implantación del principio de reconocimiento mutuo y, en consecuencia, la cooperación judicial internacional” (García Sánchez, 2013: 1152)<sup>3</sup>.

## 18. Las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el TC español: lo que el asunto *Melloni* nos dejó

El TC español concretamente plantea tres cuestiones prejudiciales, mediante el ATC nº 86/2011, sobre la validez e interpretación en relación a la CDFUE, de la DM 2009/299/JAI<sup>4</sup>, destinada a *reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo* de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia (en ausencia). El desarrollo del ELSJ en el ámbito de la UE y, en particular, la ejecución de la Euroorden (Orden Europea de Detención y Entrega), convertirá a dicho espacio en un terreno rico en puntos de convergencia entre los distintos circuitos y terminales interpretativas que integran el sistema europeo de protección multinivel.

La *primera cuestión* se centra en la interpretación que se debe de adoptar sobre la regulación de la entrega de condenados en rebeldía realizada en el artículo 4 bis introducido por la DM 2009/299/JAI<sup>5</sup>. Plantea el TC español si dicha

<sup>3</sup> Sin resaltar en el original.

<sup>4</sup> Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009, p. 24-36).

<sup>5</sup> En palabras del propio TC español: “El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?” (cfr. ATC español de 9 de junio de 2011, nº 86).

norma *impide condicionar la entrega o lo que impide es la denegación, pero no la entrega imponiendo una condición.*

Se ha escrito que la formulación de dicha cuestión apunta a mantener, por parte de los jueces constitucionales españoles, una actitud deferente respecto de la integridad de la función del Tribunal de Justicia que es quien debe garantizar una interpretación uniforme del DUE. Estos jueces se preguntan sobre la compatibilidad de su doctrina con el DUE, “y lo hace a quien puede responder con toda la autoridad necesaria”<sup>6</sup> (Torres Muro, 2013: 356).

La *segunda cuestión*, se centra sobre la validez de la citada DM a la luz de los derechos de defensa recogidos en la CDFUE y en el CEDH<sup>7</sup>. Esto es, cuál sería el alcance de la protección europea sobre los derechos de defensa y si dicha protección es *compatible* con la otorgada por el nuevo artículo 4 bis introducido por la DM 2009/299/JAI. El TC español -en opinión de Torres Muro- pretende aquí “arrastrar” al Tribunal de Justicia a su terreno, y convencerle no sólo de que la DM es incompatible con el artículo 24 (constitución española), “tal y como él lo ha venido interpretando, y que es esta manera de ver las cosas la que debe prevalecer”. Sino de que lo es también con el derecho originario de la UE, en particular la CDFUE, “exportando así al ámbito europeo la doctrina española sobre la necesidad de que el acusado esté presente siempre en el juicio, cuando del mismo se pueda derivar una condena grave”. Se trata de que el Tribunal de Justicia interprete derechos reconocidos por la CDFUE (arts. 47 y 48), “como nuestro Tribunal ha interpretado” (Torres Muro, 2013: 357).

Para Martín Rodríguez en cambio –en esta segunda cuestión prejudicial-, el TC “asume una posición leal”, parte de la autonomía del ordenamiento europeo, incluido el ámbito de los derechos fundamentales. Se trata de “un ejercicio de reconocimiento de la alteridad y de ausencia de egocentrismo jurisdiccional que con certeza no ha sido valorada por el Tribunal de Justicia, cuya respuesta está en el mejor de los casos desenfocada” (Martín Rodríguez, 2013/30).

En palabras de Arroyo Jiménez, el TC español expone, en primer lugar,

[...] cuál es su propia interpretación del contenido del derecho fundamental controvertido y las razones en las que la sustenta, proporcionando así al Tribunal de Justicia *una imagen precisa acerca del nivel de protección que le dispensa el Derecho interno*, para pasar a continuación a formular las dudas que

6 En el mismo sentido, ARROYO JIMÉNEZ nº 8 2011: 8.

7 Según el propio TC español: “En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?” (cfr. ATC español de 9 de junio de 2011, nº 86). Hasta entonces el Tribunal de Justicia no se había pronunciado acerca del sentido específico de los artículos 47.2 y 48.2 (CDFUE) y su correspondiente proyección sobre las sentencias de condena impuestas en ausencia por delitos muy graves.

surgen acerca del nivel de protección que se deriva del [DUE] y, en particular, de los arts. 47 y 48.2 [CDFUE] (Arroyo Jiménez, 2011: 9)

Finalmente, la *tercera* y última cuestión prejudicial planteada –a la que se le asigna un “evidente carácter constitucional” (*Ídem*: 16)–, de manera subsidiaria, esto es, para el caso de que las anteriores se contestaran afirmativamente, se centra en la interpretación que se debe otorgar al artículo 53 (CDFUE)<sup>8</sup>. En este sentido, los jueces constitucionales españoles preguntan si esta norma permite a los Estados otorgar un *mayor nivel* de protección a los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros, mayor que el interpretado por los órganos europeos según el DUE; o, por el contrario, se debe interpretar como una norma que trata de establecer un *igual nivel* de protección en todos los Estados de la UE. Obtiene de este modo, por la justicia constitucional, partida de nacimiento el dilema Melloni.

El TC español *ofrece* al Tribunal de Justicia –con la firme intención de iniciar con éste un diálogo– las distintas interpretaciones que pueden desprenderse del artículo 53 (CDFUE). Cabe destacar la ausencia de un tono marcial o imperativo en la presentación ante Luxemburgo característico de presentaciones similares a cargo del TCFA (ver *infra* 37) o la CC italiana (ver *infra* 56).

En primer lugar, señala el TC que la norma en cuestión se puede interpretar como un *estándar de mínimos* –como la contenida en el art. 53 (CEDH)–, y en este sentido se permite a los Estados *ofrecer un mayor nivel de protección*. Esta interpretación es la que ha seguido el propio TC español cuando aplica la doctrina sobre las entregas condicionadas de los condenados *in absentia*<sup>9</sup>.

Usando las palabras de los jueces constitucionales:

En este caso el art. 53 [CDFUE] permitiría a un Estado miembro *justificar una excepción* a la obligación de ejecución de una orden de detención europea, o, como ocurre en el presente supuesto, *justificar la licitud de su ejecución condicionada al objeto de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por su Constitución*, sin que, por lo demás, ese mayor nivel de protección característico de un determinado sistema nacional tenga necesariamente que *generalizarse* mediante su asunción por parte del Tribunal de Justicia<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> De acuerdo con el Tribunal remitente: “En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?” (cfr. ATC español nº 86 de 9 de junio de 2011).

<sup>9</sup> Los jueces constitucionales españoles ya habían avanzado en este sentido (véase DTC nº 1 de 13 de diciembre de 2004).

<sup>10</sup> Cfr. ATC español nº 86 de 9 de junio de 2011, párrafo 7.a). Sin resaltar en el original.

Parece claro, apunta Arroyo Jiménez, que esta primera interpretación del citado artículo 53, al proporcionar una *armonización de mínimos* en lugar de un sistema uniforme de tutela,

[...] rebaja las aspiraciones de integración en materia de protección de los derechos fundamentales mediante el reconocimiento de un espacio considerable de actuación a las Constituciones de los Estados miembros y a sus jurisdicciones constitucionales incluso en aquellos casos en los que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación de la [CDFUE] (Arroyo Jiménez, 2011/8: 11).

En segundo lugar, se propone considerar al artículo 53 (CDFUE) como una norma que establece un *nivel común de protección* en materia de derechos fundamentales, con lo que los Estados miembros deben de otorgar el mismo alcance a cada derecho fundamental. Ello conllevaría una *merma* de protección de los derechos fundamentales, sobre todo en los Estados en los que, como en España, se ofrece un mayor nivel de protección, concretamente en lo que al derecho de defensa corresponde.

Si bien es cierto que esta segunda interpretación favorecería la implantación del principio de reconocimiento mutuo e impulsaría una mayor cooperación jurídica internacional, con la consiguiente lucha más intensa contra la impunidad, por otra parte, supondría el reconocimiento de que la CDFUE puede dar lugar en los Estados miembros a la *reducción* del nivel de protección de los derechos fundamentales que se deriva de sus normas constitucionales.

En tercer lugar, el TC español ofrece una *interpretación mixta* del artículo 53 (CDFUE). Así alude a que se trataría de “alguna forma de integración de las dos primeras [interpretaciones]”. El artículo 53 (CDFUE) operaría,

[...] bien como una cláusula de estándar mínimo de protección -capaz, por tanto de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental-, o bien como una cláusula que impone una solución común uniforme en todo el territorio -aun a costa de posibilitar, en su caso, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales-, según las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate. Podría, en efecto, pensarse, que esa alternativa de principio pudiera ser resuelta de forma distinta según que nos encontráramos ante un conflicto entre derechos fundamentales, o entre un derecho fundamental y algún otro principio general del [DUE] reconocido fuera de la [CDFUE], o, en fin, que la estructura normativa de cada uno de ellos tuviera alguna relevancia en cuanto a la posibilidad de admitir un mayor nivel de protección por parte de las Constituciones de los Estados miembros<sup>11</sup>.

11 cfr. ATC español nº 86 de 9 de junio de 2011, párrafo 7c).

## 19. La primacía incondicional como respuesta: en el ámbito de competencias del DUE no es posible reconocer una protección mayor a la reconocida por el Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia va a responder<sup>12</sup> a la cuestión prejudicial planteada -coherente con el recorrido que sigue en la construcción de una identidad constitucional comunitaria- *blindando* sus argumentos a la influencia argumental del TC español -despreciando así la propuesta de diálogo- y, por tanto, *cerrando* el debate en torno a *quién* es la autoridad interpretativa en la materia en cuestión.

Al quedar la última palabra en los jueces de Luxemburgo -palabra que asume la expresión de un áspero monólogo-, se reafirma con toda crudeza el carácter *absoluto* de la primacía del DUE. De este modo, el Tribunal de Justicia parece alejarse completamente de cualquier solución *maximalista*, esto es rechazando adaptarse al mayor nivel de protección que ofrezca un Estado parte de la UE. Por el contrario, se reclama para la UE un sistema de derechos propio y autónomo reafirmando para sí una identidad constitucional.

El principio de primacía de la UE -escribe Aláez Corral-, viene a representar de este modo

[...] el embrión de la constitucionalización de la construcción europea y una amenaza para la supremacía de las Constituciones de los Estados miembros, auténtico *alma mater* de la soberanía estatal. Incluso aunque se entienda como primacía meramente aplicativa y no como supremacía respecto de la validez, los potenciales conflictos no desaparecerían, sino que únicamente se postergarían al momento en que el guardián de la Constitución nacional pretendiese hacer valer los condicionamientos constitucionales del principio de primacía del derecho europeo (Aláez Corral, 2012: 363-364).

Para Díaz Crego el carácter con que el Tribunal de Justicia entiende el principio de primacía, unida a su jurisprudencia sobre la autonomía del ordenamiento de la UE, parecen propugnar una comprensión comunitaria del principio de primacía “no como mera regla de conflicto entre normas, sino como demanda de supremacía normativa, esto es, de superioridad jerárquica del ordenamiento comunitario sobre los ordenamientos nacionales” (Díaz Crego, 2009: 31).

Como “conclusión lapidaria” podemos decir, afirma Macías Castaño, que la respuesta dada por el Tribunal de Justicia contradice de manera total y absoluta todos y cada uno de los planteamientos con que el TC español había sostenido sus dudas de validez e interpretación del DUE. Así, el Tribunal de Justicia “se expresó con gran contundencia, que contrastaba con el tono medido y «políticamente correcto» con el que el [TC español] se había manejado al confrontar «primacía» y «supremacía», en la Declaración 1/2004”. Ello se puso de manifiesto, sobre todo, concluye el autor citado, en relación a la propuesta

12 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107].

proporcionada respecto a la última cuestión prejudicial planteada –la tercera– “que lo dejaba en una difícil posición a la hora de dictar la sentencia del recurso de amparo” (Matías Castaño, 2014: 132).

Enfocándonos en el análisis de la tercera cuestión, esto es, sobre la interpretación del artículo 53 (CDFUE), el Tribunal de Justicia “es especialmente duro” (Véase Torres Muro Ignacio, 2013: 364) con las pretensiones dialógicas del TC español.

En efecto, el Tribunal de Justicia –en consonancia con lo argumentado por el Abogado General– rechaza *rotundamente* la primera interpretación ofrecida por el TC español. Esto es, aquella que interpretaba el artículo 53 como un *estándar de mínimos*; de tal manera, que los Estados pudieran ofrecer un nivel de protección superior al del derecho de la UE. En palabras de los jueces de Luxemburgo: “No puede acogerse esa interpretación del artículo 53 [CDFUE]”<sup>13</sup>.

Lo dicho con fundamento en dos motivos: a) apunta el Tribunal de Justicia que de seguirse dicha interpretación se menoscabarían los *principios de primacía, unidad y efectividad* del DUE (propios de la construcción identitaria constitucional comunitaria); y b) dicha interpretación iría en contra de la finalidad de la DM 2009/299/JAI, que es superar las dificultades del principio reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en ausencia, *armonizando* las condiciones de ejecución de una orden en estos casos, y reflejando, a su vez, el consenso alcanzado en este ámbito por los Estados miembros de cara a establecer una uniformidad en el nivel de protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, concluye el Tribunal de Justicia,

[...] permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 [CDFUE] para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, *para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución*, conduciría, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco<sup>14</sup>.

Pérez Tremps –juez del TC español que intervino en el asunto– ya había señalado en el ATC 86/2011 que, los Estados miembros de la UE, “comparten una cultura de los derechos fundamentales”. Dicha cultura se ha elaborado y se sigue elaborando en su seno a través de un “parámetro común” (cfr. art. 6.2, TUE) derivado de diversos elementos: las previsiones normativas del DUE, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la

13 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 57.

14 Ídem, apartado 63. Sin resaltar en el original.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de todos esos países al sistema de protección y garantía que ofrece, en el seno del Consejo de Europa, el CEDH y la tarea que a su amparo lleva a cabo el TEDH (cfr. preámbulo de la CDFUE). En la cultura común de los derechos fundamentales en que ese entramado jurídico-institucional se enmarca –continúa el entonces magistrado–, aparece el *principio de equivalencia*<sup>15</sup>. Este principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la UE, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la “confianza legítima” por parte de los Estados en las instituciones comunitarias, pero también en los demás Estados miembros.

En definitiva -concluye Pérez Tremps-,

[...] un Estado de la Unión Europea *no puede, en principio, imponer a los demás Estados su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales*, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal al que acabamos de hacer referencia. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él, agotadas todas las vías internas, no debe esperar repararse en otro Estado. La propia lógica del CEDH exige acudir al [TEDH], cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados, sin que, por cierto, haya constancia de que en el presente asunto se haya acudido a dicho remedio jurisdiccional por parte de quien es recurrente en amparo<sup>16</sup>.

Esta postura es afín con la DM 2009/299/JAI la cual defiende que la “confianza legítima horizontal, recíproca”, en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de otro Estado, cobra especial significado en un mecanismo jurídico como es el de la orden europea de detención y entrega. Mecanismo inserto en la cooperación policial y judicial y que arranca precisamente de la filosofía de que los Estados cooperan sobre la base de aceptar “el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal”<sup>17</sup>.

En contra de esta interpretación dada por el Tribunal de Justicia al artículo 53 (CDFUE) García Sánchez, por ejemplo, sostiene que esta concepción puede resultar muy lesiva para determinados derechos como, por ejemplo, el *principio de igualdad ante la ley*, pues supone reconocer dos niveles de protección de los derechos fundamentales: un primer nivel de protección, que puede ser más amplio, en el ámbito nacional o fuera del entorno comunitario (tal sería el caso de los derechos de defensa en España o cuando tuvieran que ser protegidos fuera del ámbito comunitario); y un segundo nivel, “más restrictivo en el

15 Cita al respecto directamente la STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [n° 45036/98], párrafo 155.

16 ATC español n° 86 de 9 de junio de 2011, voto particular del magistrado Pablo Pérez Tremps, párrafo 3. Sin resaltar en el original.

17 Véase considerando 2 de la DM 2002/584/JAI.

ámbito comunitario en aras a la *uniformidad* en materia de derechos fundamentales entre los Estados miembros. *Ello lleva a proteger menos a los ciudadanos insertos en procedimientos de entrega europeos entre Estados miembros*” (García Sanchez, 2013/43: 1148)<sup>18</sup>.

Olaya Godoy Vázquez -por su parte- mantiene que el Tribunal de Justicia entiende que “el sistema de garantías de los Derechos fundamentales de la UE está plenamente consolidado, y establece que *no es posible aplicar un doble estándar de protección para los Derechos fundamentales cuando ya existen garantías comunes suficientes en el ámbito de la UE*”. No obstante, si se contempla que los Estados puedan aplicar un grado de protección diferente al señalado en la CDFUE si concurren dos requisitos: que se trate de enjuiciar medidas nacionales de ejecución de un acto de la UE; y que la aplicación de ese grado de protección diferente no afecte ni al nivel de protección previsto para el Derecho en la CDFUE, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía y efectividad del DUE. Los jueces de Luxemburgo niegan así que el artículo 53 (CDFUE) “establezca una excepción al principio de primacía del [DUE] y reitera su idea de la *primacía incondicional*” (Olaya Godoy Vázquez, 2016: 40-41). Lo dicho *se opone* a un sistema de protección multinivel como el que se integra la CDFUE:

[...] si hubiese que optar entre el grado de protección que un Estado otorga a un Derecho fundamental y el que ofrece otro Estado, el [Tribunal de Justicia] siempre debería decantarse por el Derecho constitucional del Estado que reconoce el nivel de protección más alto. De esta manera, el [DUE] iría evolucionando cada vez hacia niveles más elevados de reconocimiento y protección de los Derechos fundamentales.

La posición mantenida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni*, “parece cuestionar también esta teoría del sistema de protección multinivel o más exactamente su aplicación práctica” (*Ídem*: 43-44).

En el asunto *Melloni* –sostiene Punset Blanco-, el Tribunal de Justicia “prescinde por completo de la Constitución española, a la que no otorga la menor relevancia”. Para luego preguntarse, si no es ésta una singular, y pertinaz, declaración pretoriana de soberanía carente de apoyo en los Tratados; no supone además una contradicción, “verdaderamente insalvable”, con el mandato de respeto establecido en el artículo 4.2 TUE. Ahora bien –razona el mismo autor-, si admitimos la configuración de la primacía del DUE como:

[...] supremacía sobre las Constituciones nacionales –lo que ni aparece en los Tratados ni ha sido declarado por un Parlamento europeo en funciones de Asamblea constituyente-, estaremos, como escribió Rubio Llorente, «transfiriendo a las instituciones europeas la potestad de reformar nuestra Constitución, siempre que, en el ejercicio de sus competencias propias, estimen

18 Sin resaltar en el original.

necesario hacerlo. El hecho de que las reformas así producidas sean tácitas, no expresas, no cambia su naturaleza, ni permite ignorar que lo que se transfiere no es el ejercicio de algunas competencias concretas de órganos del Estado, sino el del poder soberano del pueblo español para establecer su propia Constitución» (Punset Blanco: 2017: 210-211).

## 20. Aceptar un nivel de protección menor al que se reconoce a las garantías constitucionales, pero con la advertencia de que en el futuro nada será igual

La respuesta del Tribunal de Justicia a las tres cuestiones prejudiciales planteadas puso al TC español –quien se tomó todo un año para madurar su respuesta-, en el incómodo lugar de tener que verse *forzado* a cambiar su jurisprudencia en una materia tan sensible como las garantías del debido proceso<sup>19</sup> relacionada con la interpretación del alcance del artículo 24.2 (constitución española).

Una vez recordada, sentencia el TC español,

[...] la doctrina de este Tribunal en relación con las vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales y su concreta aplicación al ámbito del derecho fundamental a un juicio justo, *debemos proceder a revisar 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, constitución española]<sup>20</sup>.

Dicha revisión -destaca Torres Muro-, parecía “inevitable” al integrar España un “espacio jurídico común de naturaleza supranacional” como el de la UE. Así, la doctrina del TC español sobre las condenas en ausencia, producto de especiales tradiciones nacionales en este campo, es superada –se afirma- por la DM 2009/299/JAI. No es de extrañar que las Instituciones europeas respalden este último instrumento –se concluye-, que:

[...] da una solución, respetuosa con los derechos de todos, al problema, una solución ante la que mantener nuestras reticencias de toda la vida no es sino un empecinamiento digno de mejores causas, e incompatible con la exigible actitud pro europea que debieran mostrar también nuestros más altos órganos jurisdiccionales (Torres Muro, 2013: 366).

En la sentencia *nº 26/2014* –calificada por parte de la doctrina como “decepcionante” (Martín Rodríguez, 2014: 605) o bien “incongruente” (Alonso García, 2014: 183) -, los jueces constitucionales españoles acceden al indicado *viraje* jurisprudencial. No sin antes *amonestar* a los jueces de Luxemburgo para,

19 A la vez que rechazar el amparo interpuesto por Melloni.

20 STC español nº 26 de 20 de febrero de 2014, FFJJ 4. Sin resaltar en el original.

a continuación, *diluir* –si se quiere ningunear-, el *deber* de acatar la nueva interpretación en el sistema de fuentes español caracterizado por su apertura. Esto último, con la intención de socavar el carácter absoluto de la primacía del DUE –y el derecho a la última palabra sobre el mismo-, defendido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En opinión de Martín Rodríguez, el TC español profiere un “sonoro exabrupto” al Tribunal de Justicia, “enseñando los dientes” de los *contra-límites* (Martín Rodríguez, 2014: 605). En efecto –en abierto desafío a la bandera de la primacía incondicional enarbolada desde Luxemburgo-, se precisa que la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* (2013) necesita ser *completada* con la doctrina sentada en la DTC n<sup>o</sup> 1/2004<sup>21</sup>. Semejante afirmación –expresa Macías Castaño-,

[...] no puede ser más sorprendente y desconcertante: literalmente, «completar la respuesta» a una cuestión prejudicial supondría integrar o culminar su contenido, algo que sencillamente podría hacer el propio tribunal competente para resolver la cuestión prejudicial papel que, obvio es, solo corresponde al Tribunal de Justicia. No se acierta a comprender como el [TC] podría «completar una respuesta» del Tribunal de Justicia (Macías Castaño, 2014: 137)<sup>22</sup>.

En los hechos esta actitud de los jueces constitucionales españoles implica desconocer tanto el recorrido del circuito interpretativo –iniciado por el propio TC al plantear la cuestión prejudicial– como su terminal en el propio Tribunal de Justicia.

Los intérpretes de la primera palabra –la escrita en el texto constitucional– reeditan, de este modo, los “límites materiales” de la atribución de competencias que encuentran transitando en el recorrido hacia la construcción de una identidad constitucional (ver *infra* 28). El punto de partida es la interpretación de la fórmula constitucional habilitante contenida en el artículo 93 (constitución española) que permite la adhesión de España a la UE y que, por cierto, no menciona de forma explícita límite alguno más allá de disposiciones procedimentales:

En aquella ocasión [la DTC n<sup>o</sup> 1/2004], señalamos [afirma el TC], en primer lugar, que «la cesión constitucional que el art. 93 [constitución española] 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

21 STC español n<sup>o</sup> 26 de 20 de febrero de 2014, FFJJ 3. La DTC de 13 de diciembre de 2004, n<sup>o</sup> 1 fue producto del control de constitucionalidad *a priori* que el TC realizó sobre el *non nato* Tratado Constitucional europeo a pedido del gobierno español.

22 En realidad, continua el autor citado, “la sentencia no «completa» absolutamente nada. A nuestro juicio, la expresión, ciertamente no muy afortunada, no tiene otra justificación ni intención que la de establecer un punto de fuerza sin al mismo tiempo aparentar que se trata de una cruda amenaza al Tribunal de Justicia” (*Ídem*).

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, constitución española]» [DTC nº 1/2004, de 13 de diciembre, FFJJ 2]<sup>23</sup>.

Recuerda igualmente el TC español que la primacía del DUE jurisdiccionalmente proclamada opera respecto de un ordenamiento jurídico, el europeo, “que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales”, por tanto, es el propio DUE el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados fundacionales, el presupuesto para la aplicación de su primacía, “que no es otro que *el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales*”<sup>24</sup>.

La cita de la DTC nº 1/2004 concluye confirmando la *advertencia* que se hizo entonces:

«en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del [DUE] llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [léase hoy el propio Derecho Originario de la UE] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en éste, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»<sup>25</sup>.

En suma, el TC español “actualiza y renueva” su conocida advertencia o *válvula de seguridad*. Difícil es ver esta respuesta “de forma distinta a un puñetazo en la mesa” (Martín Rodríguez, 2014: 605).

Sin embargo -como recuerda Alonso García-, “algo desentona” en la invocación que hace el TC español en su recuerdo de la DCT nº 1/2004. En efecto, llama poderosamente la atención que se limite a invocar su precedente “exclusivamente” en relación con el principio de primacía. Guardando “el más absoluto de los silencios sobre lo que, en dicha Declaración, dijo en relación con la colisión de posibles estándares de protección de los derechos fundamentales” (Alonso García, 2014:184).

23 STC español de 20 de febrero de 2014, nº 26, FFJJ 3. Sin resaltar en el original.

24 DTC nº 1 de 13 de diciembre de 2004, FFJJ 3. Citada por la STC español nº 26 de 20 de febrero de 2014, FFJJ 3. Sin resaltar en el original. Parte de la doctrina encuentra esta teoría de la “preservación de un contenido absoluto de los derechos fundamentales” como abiertamente contraria al principio de primacía del derecho de la UE (MARTÍN RODRÍGUEZ, 2014: 612).

25 DTC nº 1 de 13 de diciembre de 2004, FFJJ 4. Citada por la STC español de 20 de febrero de 2014, nº 26, FFJJ 3.

Al repasar lo dicho entonces por el TC español en relación al artículo II-113 del *non nato* Tratado Constitucional Europeo –actual artículo 53 (CDFUE)-, “el enigma de la invocación de la DCT 1/2004 en tales términos comienza a aclararse”. Entonces se llegó a la conclusión de que, la CDFUE, “se concibe, en todo caso, *como una garantía de mínimos*, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno”<sup>26</sup>. Interpretación esta que, como ya vimos, el TC español mantuvo en la cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* (2013) y que, precisamente, “resultó desautorizada” por los jueces de Luxemburgo.

Así las cosas, parece que el TC español se encontró en la disyuntiva de asumir plenamente la respuesta del Tribunal de Justicia, entendiéndose desautorizado en su doctrina sentada en la Declaración *nº 1/2004*, o “provocar un choque de trenes, reafirmando en la misma” (Alonso García, 2014: 187) Esta última situación hace del *dilema Melloni* una situación por demás angustiada para cualquier juez constitucional que se encuentra ante la dificultad de mantener su interpretación, representativa de la propia identidad constitucional, generando una *ruptura* en la aplicación uniforme del DUE, o bien respetar la primacía de éste como garantía de homogeneidad.

## 21. Una mirada convergente con la jurisprudencia del TEDH que evita admitir directamente la primacía del DUE y la CDFUE

Como ya advertimos, el TC español activa -mediante la cuestión prejudicial- el circuito interpretativo con terminal en el Tribunal de Justicia. Sin embargo, al momento de tener que aplicar la interpretación de Luxemburgo sobre las cuestiones planteadas, decide sumar un nuevo circuito interpretativo -con terminal en el TEDH- ofreciendo una mirada convergente sobre la materia en debate que, en última instancia, intenta preservar como terminal de los circuitos interpretativos multidireccionales, a los propios jueces constitucionales y su derecho a la última palabra.

El viraje que conduce a un cambio de jurisprudencia constitucional sobre la interpretación del artículo 24.2 (constitución española), en efecto se pretende fundamentar en una particular interpretación del sistema de fuentes. En opinión de Macías Castaño, se “recontextualiza” en cierta medida las razones del planteamiento de la cuestión prejudicial (Macías Castaño, 2014: 135-136).

El ordenamiento español se caracteriza –como la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos- por su *apertura* tanto hacia el derecho supranacional, vía el ya citado artículo 93 (constitución española) –que ha permitido la conexión directa con el DUE-, como hacia el DIDH (incluido el CEDH),

26 DTC de 13 de diciembre de 2004, nº 1, FFJJ 6 *in fine*. Sin resaltar en el original.

mediante el desarrollo de una fórmula constitucional *punte* en el artículo 10.2 (constitución española).

El TC *determina* que, en la interpretación constitucional<sup>27</sup>, “el canon de control que debemos aplicar”, 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, se encuentran tanto el CEDH como la CDFUE,

[...] 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 [constitución española]. Contenido cuyo desconocimiento determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles<sup>28</sup>.

Este razonamiento del TC español lleva a sostener la idea de que la CDFUE es asimilable a cualquier tratado internacional sobre derechos humanos (de los mencionados en el art. 10.2) y no -como en verdad sucede- parte DUE un ordenamiento jurídico autónomo, caracterizado por su primacía y efecto directo al que se le ha atribuido competencias (vía el art. 93). En definitiva, se intenta superar los problemas que origina el vértice supranacional del sistema europeo multinivel, *invisibilizando* las cualidades diferentes de la CDFUE asimilándola a cualquier tratado internacional (ver *infra* 10).

El TC español saca provecho entonces de la convergencia interpretativa entre el Tribunal de Justicia y el TEDH. Este último considera incluido dentro del *derecho a un proceso equitativo* -recogido en el artículo 6 (CEDH)-, el derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto tras oír al acusado. Sin embargo, la inclusión de tal derecho dentro del citado artículo 6 (CEDH) se ha *condicionado* por los jueces de Estrasburgo “a que estas personas, cuando hayan sido informadas de manera efectiva de las diligencias, no hayan renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer”<sup>29</sup>.

Por lo tanto, para el TEDH, la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero no se infringe el artículo 6 (CEDH) cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio, y siempre que cuente durante el mismo con la asistencia de un abogado para la defensa de sus intereses<sup>30</sup>.

27 Así como 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.

28 STC español nº 26 de 20 de febrero de 2014, FFJJ 4. Sin resaltar en el original.

29 STEDH [Gran Sala] de 1 de marzo de 2006, *Sejdovic c. Italia* [nº 56581/00], apartado 82 y siguientes.  
30 Véase STEDH de 22 de septiembre de 1994, *Pelladoab c. Países Bajos* [nº 16737/90], apartado 40; y en el mismo sentido, STEDH de 23 de noviembre de 1993, *Poitrimol c. Francia* [nº 14032/88],

En el mismo sentido que el TEDH se ha expresado el Tribunal de Justicia al afirmar que, en lo que atañe al alcance del *derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo* previsto en el artículo 47 (CDFUE) y de los *derechos de la defensa* garantizados por el artículo 48.2 (CDFUE) “se ha de precisar que, aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto”<sup>31</sup>. Este criterio fue confirmado en el asunto *Melloni* (2013)<sup>32</sup>.

En consecuencia, para el TC español, como las posturas de ambos tribunales supranacionales son “coincidentes en buena medida, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos”. De este modo,

[...] 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* [art. 24.2, constitución española] 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<sup>33</sup>.

La discutida invocación al citado artículo 10.2 (constitución española) -tratándose de la interpretación del DUE en especial de la CDFUE-, ha sido cuestionada por la doctrina. La sensación, afirma Martínez Rodríguez, “es de retroceso, de pronunciamiento teñido de cierta coloración antieuropea y no de mera elección argumentativa, lo que seguramente viene motivado porque el recurso al art. 10.2 está descontextualizado, quizá para disponer de una libertad interpretativa que en puridad no existía” (Martín Rodríguez, 2014: 609). En efecto, recuerda el citado autor, no se puede olvidar que en este caso hay una sentencia prejudicial que solicitó el mismo TC, donde, por tanto, se reconocía la “autoridad y competencia” del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre las normas en cuestión y su pertinencia en el caso. De este modo, el TC español se encontraba *obligado* a dar cumplimiento a una sentencia que había instado, y cuyos efectos jurídicos obligatorios son indiscutibles. Lo cierto es que, concluye Martínez Rodríguez, el TC “no honra esa obligación y, por eso, el uso que hace del art. 10.2 [constitución española] desprovisto de todo contexto (en lugar de retener el art. 93, constitución española) adquiere esa tonalidad amarga desde la perspectiva europea” (*Ídem*: 609-610). Esto es, el TC “modifica su doctrina jurisprudencial en virtud del art. 10.2 y no del art. 93, pero aun contando con

---

apartado 35; STEDH de 22 de septiembre de 1994, *Lala c. Países Bajos* [n° 14861/89], apartado 33; y STEDH de 21 de enero de 1999, *Van Geysegbem c. Bélgica* [n° 26103/95], apartado 34.

31 Véase, en particular, STJ de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, asunto C-619/10 [ECLI:EU:C:2012:531], apartados 52 y 55.

32 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 49. 33 STC español nº 26 de 20 de febrero de 2014, FFJJ<sup>4</sup>. Sin resaltar en el original.

una sentencia prejudicial, no hace encajar plenamente la modificación con la posición del [Tribunal de Justicia]” (*Ídem*: 611).

Al final -en opinión de Ugartemendia Eceizabarrena-, lo que se tercia en el asunto *Melloni* (2013) entre los dos Tribunales (TC y Tribunal de Justicia) no es sólo como entender la CDFUE, sino también cuál debe ser el estándar de protección de los derechos fundamentales que actúa en el orden interno cuando se aplica DUE: si el estándar nacional (el establecido por la constitución nacional), abierto a la UE a través del artículo 10.2 (constitución española), pero “nacional” a la postre, o el estándar europeo, el que asume los derechos fundamentales de la UE “como canon directo de Derecho europeo” (Ugartemendia Eceizabarrena, 2013: 404).

Hábilmente -sentencia Alonso García-, el TC español redujo la colisión entre ambos ordenamientos jurídicos (el de la UE representado en el caso por la euroorden a su vez amparada por la CDFUE, y el constitucional interno interpretado hasta entonces, en materia de juicios en ausencia, de manera maximalista) al terreno de la armonía, estimando que la propia constitución española permitiría e incluso impondría asumir el parámetro de protección dispensado por la CDFUE, llamando integrar, por la vía del citado artículo 10.2, el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (Alonso García, 2014: 192).

## **22. La autonomía del DUE: esa es la cuestión en la construcción de una identidad constitucional comunitaria**

La primera lección que nos deja el asunto *Melloni*, es confirmar el problema del infinito cuando se trata de defender el derecho a la última palabra en un sistema de protección multinivel de derechos “a tres bandas” como el europeo. Persistir en recorrer circuitos interpretativos unidireccionales que reconocen solo una terminal, aleja a los intérpretes de los consensos dialógicos. Sus consecuencias confirman que no hay salida del laberinto borgiano.

No solo algunos TC se empeñan en sostener -en la construcción de identidades constitucionales nacionales- salidas autorreferenciales (ver *infra* capítulo IV). También en Luxemburgo asumen un recorrido hacia una *cerrada* defensa de la autonomía del DUE, lo cual indefectiblemente conduce a la defensa de una primacía incondicional como punto de apoyo de toda la arquitectura constitucional comunitaria. Probablemente uno de los mayores desafíos que lo toca enfrentar al Tribunal de Justicia desde hace unos años es cómo articular su relación con las jurisdicciones constitucionales en materia de interpretación de derechos. Y es un desafío también en su relación con el TEDH (ver *infra* capítulo VII) y con el derecho internacional general. Esta articulación, en las relaciones interordinamentales, pasa por la dimensión y las cualidades que en Luxemburgo le asignen a la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario. Se trata de las llaves que abre las puertas del diálogo interjurisdiccional.

El dictamen *nº 2/13* (2014) -en este contexto- constituyó toda una oportunidad perdida<sup>34</sup>. Sin embargo, dejó en claro cuáles podrían ser los límites que enfrenta la autonomía del DUE en su integración a un sistema europeo de derechos de *naturaleza compuesta* como el desarrollado por la protección multinivel. El Tribunal de Justicia confiesa los temores latentes frente a la amenaza para la autonomía comunitaria que implicaría reconocer un *control externo* -el control de convencionalidad-, a cargo de otra jurisdicción en este caso el TEDH (ver *infra* 23).

Ahora bien, lo dicho no debiera implicar *blindar* íntegramente el DUE tanto a la influencia interna -en su relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la UE- como de la influencia externa -en su relación con el derecho internacional-, es decir, *aislarlo* del resto de los sistemas jurídicos. Una actitud en ese sentido significaría hoy la muerte por asfixia de cualquier ordenamiento jurídico. Peor aún, en un sistema multinivel como el europeo: si un sistema se considerara completamente inmune al resto de los sistemas que se encuentra conectado -y el DUE nos sería la excepción- quedaría en el acto neutralizado, se convertiría en un sistema inviable al quedar fuera de los consensos dialógicos sobre todo en materia de Estado de derecho y, probablemente, no resistan la presión intrasistémica como parece demostrarlo hoy el caso de Polonia y Hungría (ver *infra* capítulo V).

Los jueces de Luxemburgo demuestran ser conscientes de esta realidad, y fijan el límite en un *extremo dúctil* -o sea maleable- de la autonomía del DUE lo cual les permite, aun siendo rígidos en su interpretación, cierto margen de discrecionalidad para moverse dentro de la Comunidad de intérpretes finales. En consecuencia, el alcance de la autonomía será inversamente proporcional a la amenaza percibida sobre su derecho a la última palabra sobre el DUE: a mayor temor mayor rigidez. No debería tratarse de una amenaza hipotética, sino de una amenaza cierta. Una regla similar puede ser sostenida respecto de los TTCC y TTSS cuando perciben una amenaza a la identidad constitucional nacional y reaccionan con la defensa de la autonomía del derecho estatal representada por la defensa de la supremacía constitucional.

Un acuerdo internacional, por lo tanto, que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a la UE es -según Luxemburgo-, en principio, *compatible* con el DUE. En efecto, la competencia de la UE en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales “implican necesariamente la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional

34 TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454].

La solicitud de dictamen fue presentada al Tribunal de Justicia por la Comisión de la UE. A raíz de una recomendación de la Comisión de 17 de marzo de 2010, el Consejo adoptó una decisión, el 4 de junio de 2010, por la que autorizaba la apertura de las negociaciones relativas al acuerdo de adhesión y designó a la Comisión como negociador.

creado o designado en virtud de tales acuerdos por lo que se refiere a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones”<sup>35</sup>. Asimismo, dicho Acuerdo, puede incidir en las competencias de las instituciones de la UE “siempre que, no obstante, se cumplan los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de esas competencias y, por lo tanto, no se vulnere la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión”<sup>36</sup>. Ese es el límite indeterminado que la percepción de una amenaza convierte en determinado e infranqueable. Ello quedó demostrado, como vemos a continuación, con relación al TEDH y su control externo en el dictamen *nº 2/13* (2014).

### 23. La confirmación de los límites que impone la autonomía del DUE a su control externo: el dictamen *nº 2/13* (2014) y el TEDH

El Tratado de Lisboa (2009) -donde se reformula el TUE y se crea el TFUE- y el Protocolo *nº 14* anexo al CEDH<sup>37</sup>, despejaron los principales obstáculos que subsistían para que la UE se adhiriera a este importante instrumento regional de protección de los derechos humanos, estableciendo las bases jurídicas necesarias para concretar un viejo anhelo<sup>38</sup>.

La doctrina ya señalaba con anterioridad al esperado dictamen la relevancia institucional del mismo: el Tribunal de Justicia “encara en estos momentos un importante desafío de profundo calado constitucional, tanto para la propia Unión como para el diálogo judicial en el espacio público europeo”. Y destacaba que, no cabe duda de que el principal problema de fondo al que se enfrentaba el Tribunal de Justicia en dicho dictamen “es la exigencia de preservar las características específicas” de la UE y del DUE en los términos establecidos por el

35 Cfr. TJ dictamen *nº 2/13* de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 182; TJ dictamen *nº 1/91* de 14 de diciembre de 1991 sobre la creación de un *Espacio Económico Europeo* [ECLI:EU:C:1991:490], apartados 40 y 70; TJ dictamen *nº 1/09* de 8 de marzo de 2011 sobre el *Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes* [ECLI:EU:C:2011:123], apartado 74.

36 Cfr. TJ dictamen *nº 1/00* de 10 de abril de 2002 sobre la creación del *Espacio Europeo Aéreo Común entre la Comunidad Europea y países terceros* [ECLI:EU:C:2002:231], apartados 20 y 21.

37 El artículo 17 de dicho Protocolo afirma: “El artículo 59 [CEDH] queda modificado como sigue: 1. Se inserta un nuevo párrafo 2, redactado como sigue: «2. La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio»”.

38 El artículo 6 (TUE) dice ahora: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.

Los jueces de Luxemburgo iniciaron sus consideraciones en el dictamen *nº 2/13* (2014) resaltando que, a diferencia de intervenciones anteriores –por ejemplo, el dictamen *nº 2/94* (1996)-, la adhesión de la UE al CEDH dispone, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de una base jurídica específica en el citado artículo 6 (TUE). Véase TJ dictamen *2/13* de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 154.

Protocolo nº 8<sup>39</sup> y por la Declaración nº 2 del citado Tratado de Lisboa<sup>40</sup>, particularmente por lo que concierne “a su propio papel” (Martín Pérez de Nanclarez, 2014: 380-382).

Desde el inicio, el Tribunal de Justicia, deja en claro que, la UE “desde el punto de vista del Derecho internacional, no puede, por su propia naturaleza, ser considerada un Estado”<sup>41</sup>. En efecto razonan los jueces de Luxemburgo citando su añeja jurisprudencia -donde no se olvida al asunto *Melloni*-:

[...] a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, *los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales*<sup>42</sup>.

Ahora bien, la circunstancia de que la UE esté dotada de

[...] un ordenamiento jurídico de una nueva índole, con una naturaleza específica, *un marco constitucional* y principios fundacionales propios, una estructura institucional particularmente elaborada y un conjunto completo de normas jurídicas que aseguran su funcionamiento, *entraña consecuencias* en lo que respecta al procedimiento y las condiciones de una adhesión al CEDH<sup>43</sup>.

Por lo tanto, incumbe al Tribunal de Justicia, *controlar* que las condiciones jurídicas en que se pretende llevar a cabo la adhesión de la UE al CEDH sean conformes “con la carta constitucional fundamental de la Unión que son los Tratados”<sup>44</sup>. En lo que aquí es objeto de estudio, el Tribunal de Justicia resalta –dentro de los parámetros que sigue el control de comunitariedad-, las características específicas inherentes a la naturaleza misma del DUE. En particular, dicho derecho “se caracteriza por proceder de una *fuerza autónoma*, constituida por los Tratados, y *por su primacía* sobre los Derechos de los Estados miembros”<sup>45</sup>.

39 Protocolo nº 8 “Sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

40 Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 (TUE) la cual afirma: “La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al [CEDH] *debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión*. En este contexto, *la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el [TEDH], diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio*”. Sin resaltar en el original.

41 TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 156.

42 *Ídem*, apartado 157.

43 *Ídem*, apartado 158. Sin resaltar en el original.

44 *Ídem*, apartado 163.

45 *Ídem*, apartado 166. En apoyo de esta afirmación, además de la STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 59, se cita la STJ de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración fiscal*

Para el Tribunal de Justicia, estas “características esenciales del [DUE] han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí”<sup>46</sup>.

Los jueces de Luxemburgo ubican, “en el corazón de esa construcción jurídica”, a los derechos fundamentales<sup>47</sup>. El respeto de éstos constituye un requisito de legalidad de los actos de la UE, de suerte que no pueden admitirse medidas incompatibles con esos mismos derechos<sup>48</sup>. Pues bien, ¿se habla de derechos fundamentales conforme a la interpretación de cuál intérprete? ¿Los jueces de Estrasburgo, los jueces nacionales, o bien los propios jueces de Luxemburgo? Esta pregunta no va a quedar sin respuesta: para el Tribunal de Justicia resulta claro que cuando se habla de derechos fundamentales se habla de tales derechos según la creación jurídica de los jueces de Luxemburgo. En efecto, “la autonomía de que goza el [DUE] con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión”<sup>49</sup>.

Por lo tanto, para garantizar la preservación de las características específicas y la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, los tratados fundacionales, según el Tribunal de Justicia, “han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación” del DUE<sup>50</sup>. Es aquí donde se encuentra el anclaje de la primacía incondicional defendida en Luxemburgo: la UE, como cualquier otra Parte Contratante del CEDH, estaría sujeta a un control externo que “tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades” que la UE se comprometería a respetar con arreglo al artículo 1 (CEDH). En este contexto, la UE y sus Instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, “estarían sujetas a los mecanismos de control previstos por dicho Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias del TEDH”<sup>51</sup>.

---

*holandesa*, asunto C-26-62 [ECLI:EU:C:1963:1], la STJ de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, asunto C-6/64 [ECLI:EU:C:1964:66], la STJ de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70 [ECLI:EU:C:1970:114], apartado 3, el dictamen nº 1/91 de 14 de diciembre de 1991 sobre la creación de un *Espacio Económico Europeo* [ECLI:EU:C:1991:490], apartado 21, y el dictamen nº 1/09 de 8 de marzo de 2011 sobre el *Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes* [ECLI:EU:C:2011:123], apartado 65. Su clásico arsenal argumental para defender la autonomía del DUE al que sin duda se ha sumado el asunto *Melloni*. 46 TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 167. Sin resaltar en el original.

47 Se trata de la proyección de la doctrina del asunto *Kadi* (cfr. STJ de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P [ECLI:EU:C:2008:461], apartados 283 y 284.

48 TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 169.

49 *Ídem*, apartado 170.

50 *Ídem*, apartado 174.

51 *Ídem*, apartado 181.

Es ciertamente inherente al concepto mismo de *control externo* que -continúa el Tribunal de Justicia-, por una parte, la interpretación dada al CEDH por el TEDH “vincularía, en virtud del Derecho internacional”, a la UE y a sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, y que, por otra parte, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a un derecho reconocido por el CEDH, no vincularía a los mecanismos de control establecidos por éste, y muy especialmente, al TEDH<sup>52</sup>. No obstante,

[...] no puede suceder lo mismo con la interpretación que da el Tribunal de Justicia del [DUE], incluida la [CDFUE]. En particular, las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del [DUE], especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, *no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH*<sup>53</sup>.

Confirmando su jurisprudencia en el asunto *Melloni* (2013) en relación al artículo 53 (CDFUE), el Tribunal de Justicia defiende la postura de que, la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, *no debe afectar al nivel de protección previsto por la CDFUE ni a la primacía, la unidad y la efectividad* del derecho de la UE<sup>54</sup>. De este modo, el Tribunal de Justicia mantiene distancia de cualquier interpretación que vea en el artículo 53 (CDFUE), una posible *cláusula de mínimos*, como si existe acuerdo cuando se habla del también artículo 53 pero del CEDH. Como quiera que este último artículo

[...] reserva, en lo sustancial, a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por dicho Convenio [CEDH], es preciso *garantizar la coordinación* entre la citada disposición y el artículo 53 [CDFUE], *tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, para que la facultad otorgada por el artículo 53 del CEDH a los Estados miembros siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la [CDFUE] ni la primacía, la unidad y la efectividad del [DUE]*<sup>55</sup>.

Los jueces de Luxemburgo concluyen en que “no se ha establecido ninguna disposición en el acuerdo previsto para garantizar tal coordinación”<sup>56</sup>.

52 Como se prevé en el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de acuerdo y se aclara en el punto 68 del Proyecto de informe explicativo. *Ídem*, apartado 185.

53 *Ídem*, apartado 186. Sin resaltar en el original.

54 *Ídem*, apartado 188. En el mismo sentido, STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 60.

55 *Ídem*, apartado 189. Sin resaltar en el original.

56 *Ídem*, apartado 190.

Una vez más la sombra del asunto *Melloni* (2013) se deja ver al invocarse el principio de *reconocimiento mutuo* como segundo argumento en contra de la interpretación del artículo 53 (CDFUE) como una cláusula de mínimos. Así pues, cuando aplican el DUE, los Estados miembros:

[...] pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que *les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión*<sup>57</sup>.

Parece llegarse aquí a un punto de no retorno, sin embargo la flexibilización de este argumento -apelando a la invocación de “circunstancias excepcionales” más bien recurrentes-, permitirá con el tiempo una mejor articulación entre Luxemburgo y los TTCC (ver *infra* 36).

Siguiendo con el análisis del dictamen *nº 2/13* (2014), el Tribunal de Justicia encuentra que, el enfoque adoptado en el marco del acuerdo previsto (consistente en asimilar la UE a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante), ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la UE –una naturaleza de tipo supranacional- y, en particular, no toma en consideración la circunstancia de que los Estados miembros, debido a su pertenencia a dicho proceso de integración, “han aceptado que sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión, se rijan por el [DUE], *con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho*”<sup>58</sup>.

En consecuencia, en la medida en que el CEDH, al imponer que se considere a la UE y a los Estados miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la UE, sino también en sus relaciones recíprocas, *incluso* cuando esas relaciones se rigen por el derecho de la UE, *exigiría* de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el derecho de la UE impone la confianza mutua entre esos Estados miembros, “la adhesión *puede poner en peligro* el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del [DUE]”<sup>59</sup>.

Zagrebelky es particularmente crítico de estas consideraciones del Tribunal de Justicia. Qué quedaría del control externo por parte del TEDH, sí este resultara como lo presentan los jueces de Luxemburgo, se pregunta el autor italiano. Es cierto que la autonomía del derecho de la DUE estaría a salvo, pero el

57 *Idem*, apartado 192. Sin resaltar en el original.

58 *Idem*, apartado 193. Sin resaltar en el original.

59 *Idem*, apartado 194. Sin resaltar en el original.

control externo, por su naturaleza, en materia de derechos fundamentales, interfiere con la autonomía de las Partes contratantes que, con la adhesión al CEDH, deben aceptarlo. El Tribunal de Justicia -afirma Zagrebelsky-, ha en realidad negado de raíz el elemento fundamental del sistema del CEDH y, erigiendo la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE como un baluarte inexpugnable, ha en algún modo recreado la excepción de la “jurisdicción interna” que el desarrollo de los derechos fundamentales, en Europa y fuera de ella, ha superado y excluido (Zagrebelsky, 2015/1: 125-134).

En el mecanismo internacional de tutela de los derechos humanos, escribe Zanghí, es notorio que se ha establecido como un “sistema de niveles múltiples [*sistema a livelli multipli*]”. Desde el primer nivel de tutela nacional (mediante la intervención de la jurisdicción interna), pasando luego a los niveles de la estructura regional (en ocasiones duplicado como el caso de la UE/CEDH) y, eventualmente, al nivel universal. En todos estos niveles, el principio cardinal que guía el respeto de los derechos humanos es la aplicación de la norma más favorable al individuo. Por el contrario -continúa Zanghí-, el Tribunal de Justicia sostiene que en el ordenamiento de la UE no se puede aplicar dicho principio si la misma UE ha ejercitado una competencia normativa en la materia, por ejemplo, a través de la CDFUE. Esta terminaría por asumir el rol no ya de tutela “mínima” sino de tutela “máxima”. Los jueces de Luxemburgo han afirmado, en efecto, que los Estados no pueden invocar un estándar de tutela más elevado en un sector en el cual ha ya intervenido una normativa de la UE que tiene y debe mantener la primacía (Zanghí Claudio, 2015: 137).

El dictamen *n.º 2/13* (2014) deja en claro la opinión del Tribunal de Justicia respecto a eventuales competidores en materia de interpretación de derechos fundamentales: “procede declarar que la adhesión de la Unión al CEDH tal como está prevista en el Proyecto de acuerdo puede afectar a las características específicas del [DUE] y a su autonomía”<sup>60</sup>.

El proyecto de adhesión, a modo de evitar varias de las críticas expuestas más arriba, preveía un *procedimiento de intervención previa* del Tribunal de Justicia. Ello permitiría a los jueces de Luxemburgo expresarse, pero ¿garantizaría a ellos la última palabra? No en vano, en el dictamen *n.º 2/13* (2014), se afirma que son necesarias dos cosas.

En primer lugar, que quien determine si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que es objeto del procedimiento ante el TEDH *sea exclusivamente la institución competente de la UE, cuya decisión debería vincular al TEDH*. En efecto, permitir que el TEDH se pronuncie sobre esta cuestión “equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. Por consiguiente, el procedimiento de intervención previa debería configurarse de tal manera que, en cualquier asunto

60 TJ dictamen *n.º 2/13* de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 200.

pendiente ante el TEDH, se remitiese una información completa y sistemática a la UE para que la institución competente de ésta pudiese apreciar si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la cuestión que es objeto del asunto y, en caso contrario, pudiese iniciar ese procedimiento<sup>61</sup>.

En segundo lugar, debe señalarse que este procedimiento previo tiene por objeto permitir que el Tribunal de Justicia examine la compatibilidad de la disposición del DUE de que se trate con los derechos en cuestión garantizados por el CEDH o por los Protocolos a los que se haya adherido la UE. El acuerdo previsto *excluye*, en opinión del Tribunal de Justicia, la posibilidad de dirigirse al propio Tribunal para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del derecho derivado mediante el procedimiento de intervención previa. En efecto, la interpretación de una disposición del DUE, inclusive del derecho derivado, exige en principio un pronunciamiento del Tribunal de Justicia cuando dicha disposición admite varias interpretaciones. Pues bien, si no se permitiese a dicho Tribunal aportar la “interpretación definitiva” del derecho derivado y si el TEDH, al examinar la conformidad de ese Derecho con el CEDH, “diese por sí mismo una interpretación determinada de entre todas las posibles, se estaría vulnerando sin lugar a dudas el principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del [DUE]”. Por consiguiente, concluye el Tribunal de Justicia,

[...] la limitación del alcance del procedimiento de intervención previa, en lo que respecta al Derecho derivado, exclusivamente a las cuestiones de validez vulnera las competencias de la Unión y las atribuciones del Tribunal de Justicia por cuanto no le permite proporcionar la *interpretación definitiva* del Derecho derivado a la luz de los derechos garantizados por el CEDH<sup>62</sup>.

La doctrina, en general, tomó críticamente esta defensa cerrada de la autonomía del DUE. Para algunos autores, el Tribunal de Justicia -dadas las particularidades del “triángulo judicial europeo” en materia de derechos-, está obligado “a materializar lo que se ha dado en denominar el *diálogo judicial* en el espacio europeo”. Lo cual lleva “forzosamente” a replantear el concepto de autonomía desde nuevos parámetros conceptuales que permitan su adecuada inserción dentro de un espacio público europeo multinivel e invita, por tanto, a reflexionar sobre el significado mismo de la autonomía del DUE con resortes conceptuales que vayan más allá de la mera repetición, a veces casi mecánica, de la jurisprudencia desarrollada en el pasado. En este contexto, en el que tanto los ojos de la doctrina como los de tribunales que conforman los otros dos vértices del triángulo judicial europeo están puestos sobre este dictamen, “el Tribunal de Justicia tiene ante sí la responsabilidad de articular una interpretación pertinente y actualizada del concepto de autonomía

61 *Ídem*, apartados 238 y 240.

62 *Ídem*, apartados 242-247.

del [DUE] y realizar una aportación constructiva al diálogo judicial europeo en materia de protección de los derechos fundamentales” (Martín y Pérez de Nanclarez, 2014: 382-383).

Parece claro, desde este punto de vista, que la formulación de las relaciones entre tribunales en el triángulo judicial europeo “no puede plantearse bajo los viejos parámetros de la jerarquía o la pirámide normativa, sino desde el prisma de la especialización”. No corresponderá al TEDH la tarea de analizar la interpretación y la validez del derecho de la UE; tal misión seguirá correspondiendo en exclusiva al Tribunal de Justicia. Lo único que la adhesión de la UE al CEDH conlleva:

[...] es la introducción de un nuevo mecanismo de control externo por parte del TEDH para garantizar convenientemente el cumplimiento del estándar mínimo de derechos humanos derivados del CEDH, que es de idéntica naturaleza al que ya realiza respecto a los Tribunales Constitucionales nacionales; y se corresponde plenamente con el protagonismo que el TEDH ha ido ganando en el marco del diálogo judicial en materia de derechos humanos en consonancia con su naturaleza *constitucional* en el ámbito de la CEDH (*Ídem*: 396).

Desde la óptica del sistema multinivel de tutela de los derechos fundamentales que surgió en Europa -escribe Parodi-, la adhesión de la UE al CEDH “debería reconducir a la unidad y coherencia” de los dos estándares de tutela de los derechos fundamentales reconocidos a través de los dos “catálogos de derechos”, tal cual son interpretados por las Cortes europeas, los cuales tienden a superponerse de manera creciente. El dictamen *nº 2/13* (2014), desde este punto de vista, constituye, sin lugar a dudas, un retroceso de gran importancia en la consolidación del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales (Parodi Mónica, 2016/3, véase también Pellegrini Daniele, *nº 17/2016*: 07/11/2016).

La respuesta del Tribunal de Justicia, deja en suspenso la *expectativa* de diálogo,

[...] no desea someterse a un control externo en materia de derechos fundamentales. En este hipotético escenario a nadie podría extrañar que surgieran nuevos resquemores en los otros dos vértices del reiteradamente citado triángulo judicial europeo. Los [TTCC] nacionales podrían reaccionar revisando sus respectivas jurisprudencias *Solange* asumiendo un papel menos «amigable» con la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia]; y el TEDH podría, a su vez, reinterpretar su jurisprudencia *Bosphorus* renunciando a la presunción de la protección equivalente y entrando a realizar *de facto* el control externo de los derechos fundamentales que el [Tribunal de Justicia] le negara *de iure* [ver *infra* capítulo VII]. Bajo el paradigma de la «última palabra» es obvio que todos pierden. También el Tribunal de Justicia (Martín y Pérez de Nanclarez, 2014: 397).

## 24. La autonomía del DUE como un *extremo dúctil*: el dictamen n° 1/17 (2019)

Lenaerts -presidente del Tribunal de Justicia- deriva cinco conclusiones de la noción de autonomía del DUE desarrollada en Luxemburgo como parte de la construcción de una identidad constitucional comunitaria. En primer lugar, son los propios Tratados los que determinan si una norma pertenece al DUE. La incorporación de normas externas está condicionada a que cumplan con los valores y estructuras fundamentales sobre los que se basa la UE. Si estas normas no cumplen con esos valores y estructuras, entonces no pueden formar parte del DUE<sup>63</sup>. En segundo lugar, el efecto directo está previsto por el propio DUE. Por tanto, los Tratados y la legislación de la UE adoptados de conformidad con esos Tratados no son meras normas “programáticas [*programmatic*]” sin efectos jurídicos. Al contrario, “la propia razón de ser del DUE está intrínsecamente vinculada a la creación de derechos individuales que son directamente exigibles ante los tribunales nacionales”. En tercer lugar, el DUE no permite que aparezcan lagunas normativas. De hecho, la autonomía difícilmente podría lograrse en un sistema legal que “no sea autosuficiente y completo [*not self-sufficient and complete*]”. Para que el ordenamiento jurídico de la UE encuentre su propio espacio independiente entre el derecho nacional y el internacional, no se puede permitir que persista la fragmentación que inevitablemente resultaría de las lagunas constitucionales y legislativas. Si bien las soluciones adoptadas para subsanar las lagunas pueden estar inspiradas en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros o en los tratados internacionales, esas soluciones deben provenir del propio ordenamiento jurídico comunitario mediante la elaboración de principios generales cuando sea necesario. En cuarto lugar, el desarrollo de la autonomía del DUE favorece “un enfoque amplio del lenguaje constitucional [*a spacious approach to constitutional language*]”. Esto significa, en esencia, que los Tratados y la CDFUE deben interpretarse como “la carta constitucional básica” de la UE y que, como tal, proporcionan un “gran esquema”. La autonomía del DUE permite al Tribunal de Justicia interpretar los Tratados y la CDFUE como un “instrumento vivo [*living instrument*]” que tiene en cuenta los cambios en curso en las sociedades. Quinto y último, los conflictos normativos entre normas de la UE (conflictos internos) o entre una norma de la UE y normas pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos (conflictos externos) deben resolverse de conformidad con el Derecho primario de la UE (Lenaerts & Koen, 2019).

El DUE desarrolla sus relaciones interordinamentales tanto con los derechos estatales como con el derecho internacional. Si el DUE se sintiera *amenazado* en su autonomía -según la interpretación que hagan en Luxemburgo-, surgiría un límite a la relación intersistémica.

63 Véase TJ dictamen n° 1/00 de 10 de abril de 2002 sobre la creación del *Espacio Europeo Aéreo Común entre la Comunidad Europea y países terceros* [ECLI:EU:C: 2002:231], apartados 21, 23 y 26.

Sin embargo, estamos hablando de una *autonomía dúctil* que, aún presentada con la extrema rigidez de una primacía incondicional, se muestra dispuesta a integrar la aplicación uniforme con *excepciones nacionales* en aquellas situaciones donde no se ha alcanzado la armonización plena, producto de los consensos dialógicos. Precisamente, la situación opuesta a la que sirve de base jurídica al asunto *Melloni* (2013) donde los Estados parte de la UE habían alcanzado un acuerdo sobre el estándar de protección de los derechos en la DM 2002/584/JAI.

Volviendo a Lenaerts, en Luxemburgo están obligados a entablar un “diálogo constructivo [*constructive dialogue*]” con los tribunales nacionales, en particular con los TTCC y TTSS y, por supuesto, con el TEDH. En cuanto al artículo 53 (CDFUE), éste busca “coordinar los tres estándares diferentes de protección que coexisten en los Estados miembros de la UE”, a saber, los previstos por las constituciones nacionales, los previstos por el DUE y los previstos por el derecho internacional, en particular por el CEDH. Dicha norma, por lo tanto, “tiene como objetivo poner orden en el pluralismo estableciendo un equilibrio entre la unidad europea y la diversidad nacional”. Dejando en evidencia la *ductilidad* de la autonomía del DUE, se enfoca en el contraste entre la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* (2013)<sup>64</sup> y sus sentencias en el asunto *Åkerberg* (2013)<sup>65</sup> y la *saga Taricco* (asunto *M.A.S. y M.B.*)<sup>66</sup>: si bien en el primero se sostuvo que el DUE prescribía efectivamente un nivel uniforme de protección de los derechos fundamentales, en las circunstancias de los últimos casos se llegó a la conclusión opuesta, “dejando espacio para la diversidad nacional” (ver *infra* capítulo VI). De estos ejemplos se desprende que:

[...] ni la unidad europea ni la diversidad nacional son absolutas, ya que ambas deben cumplir con el nivel de protección previsto por la [CDFUE]. Además, la diversidad nacional no debe poner en peligro el proyecto de integración de la UE, ya que debe tener debidamente en cuenta la primacía, la unidad y la eficacia del [DUE] (Lenaerts Koen, 26/01/2018).

Para el Tribunal de Justicia, por lo tanto, la autonomía que,

[...] existe tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, se deriva de las características esenciales de la Unión y de su Derecho. Este último se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a esos mismos Estados y a sus nacionales. *Estas características han dado lugar a una red estructurada de*

64 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 34.

65 STJ de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg*, asunto C-617/10 [ECLI:EU:C:2013:105].

66 STJ de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, asunto C-42/17, [ECLI: EU:C:2017:936], apartado 55.

*principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, así como a los Estados miembros entre sí*<sup>67</sup>.

Este concepto es repetido en el dictamen *nº 1/17 (2019)*<sup>68</sup> donde se trata la compatibilidad con la autonomía del DUE del sistema de solución de diferencias entre inversores y Estados, y la creación de un tribunal y de un tribunal de apelación<sup>69</sup>. Al igual que en el dictamen *nº 2/13 (2014)*, lo que se cuestiona aquí es el alcance del *control externo* sobre el DUE pero, a diferencia de entonces, en el dictamen *nº 1/17* el Tribunal de Justicia entiende que, dicho control, no afecta la autonomía del DUE.

La defensa conceptual de la autonomía es la misma, sin embargo, las consecuencias que se extraen son bien distintas. Dicha autonomía -se explica-,

[...] reside por tanto en la circunstancia de que la Unión está dotada de un *marco constitucional propio*. En este marco se incluyen los valores fundacionales enunciados en el artículo 2 [TUE], conforme al cual la Unión «se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos», los principios generales del [DUE], las disposiciones de la [CDFUE] y las disposiciones de los Tratados [TUE y TFUE], que establecen, en particular, *las normas de atribución y de reparto de competencias, las normas de funcionamiento de las instituciones de la Unión y del sistema jurisdiccional de esta y las normas fundamentales en ámbitos específicos, estructuradas de modo que contribuyen a la realización del proceso de integración* recordado en el artículo 1 [TUE], párrafo segundo<sup>70</sup>.

Para asegurar la preservación de esas características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico así creado,

[...] los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del [DUE]. Conforme al artículo 19 [TUE], incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación de ese Derecho en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial efectiva, *teniendo el Tribunal de Justicia la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva*

67 STJ de 10 de diciembre de 2018, *Andy Wightman y otros*, asunto C-621/18 [ECLI:EU:C:2018:999], apartado 45.

68 TJ dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019, sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus Estados miembros (CETA) [ECLI:EU:C:2019:341].

69 Previsto en el capítulo VIII, sección F (CETA).

70 TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 158; y TJ dictamen nº 1/17 de 30 de abril de 2019, sobre el *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus Estados miembros (CETA)* [ECLI:EU:C:2019:341], apartado 110. Sin resaltar en ambos casos en el original.

*de dicho Derecho.* Con esta finalidad, ese sistema incluye concretamente el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 [TFUE]<sup>71</sup>.

La noción de autonomía del DUE -según Luxemburgo- es maleable porque de ella se infiere que no se opone a que se prevea la creación de un Tribunal: en este caso un Tribunal de Apelación y, posteriormente, un Tribunal Multilateral sobre Inversiones.<sup>72</sup> En consecuencia, ¿cuáles son las condiciones para que el control externo apruebe el *test de comunitariedad* tomando como parámetro de control a la autonomía del DUE? ¿Qué diferencias encuentra el Tribunal de Justicia entre el control externo (control de convencionalidad) a cargo del TEDH -considerado contrario al DUE-, y el control externo a cargo de un Tribunal Multilateral sobre Inversiones como el previsto en el CETA?

El dictamen *nº 1/17* (2019) afirma que, para comprobar la compatibilidad con la autonomía del DUE del sistema previsto en el CETA es necesario cerciorarse de que éste:

[a] no atribuya a los tribunales cuya creación se prevé *ninguna competencia de interpretación o aplicación* del [DUE] distinta de la de interpretar y aplicar las disposiciones de dicho Acuerdo a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes [...]

[b] no configure las competencias de dichos tribunales de modo que estos, aun sin llevar a cabo una interpretación o aplicación de las normas del [DUE] que no sean las de dicho Acuerdo, puedan dictar laudos que tengan como efecto *impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de esta*<sup>73</sup>.

El Tribunal de Justicia encuentra que el CETA, cumple con ambas condiciones<sup>74</sup>.

71 TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartados 174-176 y 246; y TJ dictamen nº 1/17 de 30 de abril de 2019, sobre el *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus Estados miembros (CETA)* [ECLI:EU:C:2019:341], apartado 111. Sin resaltar en ambos casos en el original.

72 TJ dictamen nº 1/17 de 30 de abril de 2019, sobre el *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus Estados miembros (CETA)* [ECLI:EU:C:2019:341], apartado 118. Sin resaltar en ambos casos en el original.

73 *Ídem*, apartado 119. Sin resaltar en ambos casos en el original.

74 En ello se distingue el citado capítulo VIII, sección F (CETA) del proyecto de Acuerdo por el que se crea un *Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes*, declarado incompatible con el DUE. El “Derecho aplicable” en el marco de dicho proyecto, definido en su artículo 14 *bis*, incluía en particular “la legislación comunitaria directamente aplicable, en particular el reglamento [...] del Consejo sobre la patente comunitaria, y la legislación nacional [...] mediante la que se aplica la legislación comunitaria”. El Tribunal de Justicia dedujo de lo anterior que el órgano jurisdiccional de patentes cuya creación se preveía estaría llamado a interpretar y aplicar no solo las disposiciones de ese Acuerdo sino también el futuro reglamento sobre la patente comunitaria y otros instrumentos del DUE, en particular los reglamentos y directivas con los que el citado reglamento debería, en su caso, ser conjuntamente interpretado. También señaló en ese apartado que dicho órgano jurisdiccional

El sistema de solución de controversias previsto en el CETA se diferencia, por ende, del proyecto de acuerdo que fue objeto del dictamen *nº 2/13* (2014)<sup>75</sup>. De este modo, puesto que el Tribunal y el Tribunal de Apelación del CETA no pertenecen al sistema jurisdiccional de la UE, y su competencia de interpretación se limita a las disposiciones del CETA conforme a las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes, “es coherente que el CETA no prevea ningún procedimiento de intervención previa que faculte u obligue a dicho Tribunal o a dicho Tribunal de Apelación a dirigirse al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial”. Como si sucede en los Estados miembros de la UE donde está vigente el Protocolo *nº 16* al CEDH (ver *supra* 14)<sup>76</sup>.

Por otro lado, si la UE celebrara un acuerdo internacional que pudiera tener como consecuencia que ella -o un Estado miembro en el marco de la ejecución del DUE- “tuviera que modificar o retirar una normativa debido a la apreciación realizada por un tribunal que no pertenece a su sistema jurisdiccional acerca del *nivel de protección de un interés público establecido, conforme al marco constitucional de la Unión*, por las instituciones de esta, tal acuerdo comprometería la capacidad de la Unión de actuar de manera autónoma en su propio marco constitucional”. Conforme al artículo 19 (TUE), corresponde al juez comunitario “garantizar, en particular, el control de la conformidad del nivel de protección de los intereses públicos fijado por tal normativa con los Tratados [TUE, TFUE y CDFUE] y los principios generales del [DUE]”<sup>77</sup>.

Las mismas condiciones fueron analizadas en Luxemburgo al tratarse el asunto *Achmea* (2018) donde se analizaba la compatibilidad de la autonomía del DUE con un acuerdo de inversión<sup>78</sup>. En esta ocasión se estableció la incompatibilidad de dicho acuerdo en la medida que establecía un tribunal arbitral que habría de resolver litigios que pudieran tener relación con la “interpretación o aplicación” del DUE<sup>79</sup>. Incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al

---

podría verse llamado igualmente a dirimir un litigio pendiente ante él a la luz de los derechos fundamentales y los principios generales del DUE, o incluso a examinar la validez de un acto de la UE (cfr. TJ dictamen nº 1/09 de 8 de marzo de 2011 sobre el *Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes* [ECLI:EU:C:2011:123], apartado 78).

75 Véase TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartados 224-23.

76 TJ dictamen nº 1/17 de 30 de abril de 2019, sobre el *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus Estados miembros (CETA)* [ECLI:EU:C:2019:341], apartado 134.

77 TJ dictamen nº 1/17 de 30 de abril de 2019, sobre el *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus Estados miembros (CETA)* [ECLI:EU:C:2019:341], apartados 150-151.

78 Se trata del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca.

79 STJ de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16 [ECLI:EU:C:2018:158], apartados 42, 55 y 56. Esta sentencia se refería, además, a un acuerdo entre Estados miembros con lo que la cuestión de la compatibilidad con el DUE del establecimiento o mantenimiento de un tribunal de inversiones mediante un acuerdo de este tipo “difere de la cuestión de la compatibilidad con dicho Derecho del establecimiento de un tribunal de inversiones mediante un acuerdo entre la Unión y un Estado tercero” (*Idem*, apartados 57 y 58). En estos casos, los Estados miembros “están

Tribunal de Justicia -conforme al artículo 19 (TUE)- “garantizar la plena aplicación” del DUE en el conjunto de los Estados miembros y la “tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables”<sup>80</sup>.

Escribe Metaxas que el dictamen *nº 1/17* (2019) ha generado legítimamente un debate científico sustancial sobre el futuro de la autonomía del DUE y su relación con los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados. Al analizar sus fundamentos, no deben olvidarse “los feroces esfuerzos” del Tribunal de Justicia “para salvaguardar su posición central como guardián de los Tratados de la UE”. Tras un análisis de los aspectos fundamentales que determinan la autonomía del DUE, se puede concluir que el “punto crítico” del dictamen *nº 1/17* (2019) es que la resolución del Tribunal creado por el CETA deberá limitarse a un examen del DUE “como una cuestión de hecho”. Este concepto parece ser la clave ya que al actuar en este sentido, dicho Tribunal, no podrá participar en la interpretación de puntos de derecho ni emitir laudos que podrían tener como efecto impedir que las Instituciones comunitarias funcionen de conformidad con el marco constitucional de la UE. Según Luxemburgo, se trata de una salvaguarda que preserva la autonomía del DUE. Sin embargo -resalta Metaxas-, podrían plantearse preocupaciones con respecto a la pequeña, pero no obstante presente, posibilidad de que el Tribunal de Apelación previsto por el CETA termine interpretando el DUE, así como la limitada, si no inexistente, capacidad del Tribunal de Justicia para controlar la situación en caso de tal infracción. Que ello no constituya una incompatibilidad para Luxemburgo podría interpretarse como una indicación de la inclinación hacia una postura más flexible con respecto a los estándares en virtud del cual se preserva la autonomía del DUE (Metaxas Anthony: 2021/1: 631-644).

---

obligados a observar el *principio de confianza mutua* en todos los ámbitos comprendidos en el [DUE]. Este principio *exige a cada uno de los Estados miembros, salvo en circunstancias excepcionales, que considere que todos los demás Estados miembros respetan el [DUE], incluidos los derechos fundamentales*, como el derecho a la tutela judicial efectiva ante un tribunal independiente enunciado en el artículo 47 [CDFUE]” (Cfr. TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 191, sin resaltar en el original). Pues bien, ese principio de confianza mutua, en particular en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva ante un tribunal independiente, no se aplica en las relaciones entre la Unión y un Estado tercero (cfr. TJ dictamen nº 1/17 de 30 de abril de 2019, sobre el *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus Estados miembros (CETA)* [ECLI:EU:C:2019:341], apartado 129).

80 STJ de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16 [ECLI:EU:C:2018:158], apartados 36-37. Por lo tanto, se llega a la conclusión de que los artículos 267 y 344 (TFUE) deben interpretarse en el sentido de que “se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros (...) conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro” (*Idem*, apartado 62).



## CAPÍTULO IV

### LA CONSTRUCCIÓN DE UNA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL DE FRENTE A LA EXPANSIÓN DEL DUE

*The obligation under European law to respect the constituent power of the Member States as the masters of the Treaties corresponds to the non-transferable identity of the constitution (Article 79.3 of the Basic Law), which is not open to integration in this respect.*

*Within the boundaries of its competences, the Federal Constitutional Court must review, where necessary, whether these principles are adhered to*

(STCFA de 30 de junio de 2009, Lisboa, apartado 235)

#### **25. El inicio que se sitúa en la fórmula constitucional habilitante como objeto de interpretación: ¿tiene límites el poder de integración que se crea? ¿cuál es el alcance de la atribución de competencias?**

El Tratado de Maastricht (1992) hacía referencia a que la UE “respetará la *identidad nacional de sus Estados miembros*, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos” (cfr. art. F.1). El Tratado de Lisboa (2009) mantuvo la referencia en el texto del TUE profundizando su redacción:

La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su *identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos*, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará *las funciones esenciales del Estado*, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo *responsabilidad exclusiva* de cada Estado miembro (cfr. art. 4.2)<sup>1</sup>.

Parte de la doctrina adhirió tempranamente a este reconocimiento expreso, por parte del TUE, llegando a hablar incluso de la “europeización de los contra límites”. Una síntesis de este pensamiento la encontramos en Ruggeri,

<sup>1</sup> Sin resaltar en el original.

quien califica como un “salto” respecto del pasado –en la medida que ayudaría a superar la tradicional visión absoluta del principio de primacía que defiende la jurisprudencia comunitaria-, el reconocimiento de la intangibilidad de los principios fundamentales que forman la estructura constitucional de cada Estado miembro los cuales, de este modo, “son europeizados”. Entiende Ruggeri que:

[...] el *acquis communautaire* –acervo comunitario- se ha visto ahora ulteriormente enriquecido de un nuevo principio, una verdadera y propia *metanorma* que preside las relaciones interordinamentales, destinada tanto al legislador comunitario como a su guardián, el Tribunal de Justicia. Uno y otro llamados, por tanto, a guardarle respeto en cada momento (Ruggeri Antonio, 2005).

No obstante, también encontramos a quienes se muestran escépticos de que algo cambie respecto de la tradicional visión de Luxemburgo sobre la primacía incondicional del DUE. La entrada en vigor del citado artículo 4.2 (TUE) obligaría –escribe Randazzo- al Tribunal de Justicia a efectuar un análisis constante de la “conformidad” de los actos de origen comunitario respecto de los principios fundamentales de los Estados. Ello a través de las interpelaciones de las Cortes nacionales con vista a una correcta interpretación de las constituciones cuyos principios se teme puedan ser violados. Sin embargo, “es cuanto menos razonable dudar que el juez comunitario esté dispuesto a hacer un análisis como el requerido” (Randazzo, 2008). En un sentido similar, se expresa Bignami para quien, lo menos que se puede decir respecto del artículo 4.2 (TUE), es que el mismo se perfila como un “arma de doble filo”, ya que la entrada de un instrumento de defensa de la identidad nacional en el sistema europeo podría consentir a este último “despotenciarlo en lugar de respetarlo” (Bignami Marco, 16/10/2012).

Lo cierto es que, salvo referencias específicas a algunas cuestiones en particular<sup>2</sup>, el Tribunal de Justicia no acostumbra a referirse en su jurisprudencia

2 Véase STJ de 2 de julio de 1996, *Comisión c. Luxemburgo*, asunto C-473/93 [ECLI:EU:C:1996:263], donde se dice que “la salvaguardia de la identidad nacional no puede justificar la exclusión de los nacionales de los demás Estados miembros de la totalidad de los puestos de un sector como el de la enseñanza, con excepción de aquellos que impliquen efectivamente una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas (apartado 36)”. En el mismo sentido, STJ de 17 de diciembre de 1980, *Comisión c. Bélgica*, asunto C-149/79 [ECLI:EU:C:1980:297], apartado 19. En otros casos la jurisprudencia comunitaria se mostró más receptiva con la noción de identidad constitucional nacional, véase STJ de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, asunto C-208/09 [ECLI:EU:C:2010:806], donde se expresa que “*debe admitirse* que, en el contexto de la historia constitucional austriaca, la Ley de abolición de la nobleza, *como elemento de la identidad nacional*, puede ser tenida en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el [DUE] (apartado 83)”. Más adelante el Tribunal de Justicia hace referencia a su obligación de respetar la identidad nacional de los Estados miembros consagrada en el citado artículo 4.2 (*Idem*, 92). En el mismo sentido STJ de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y otro*, asunto C-391/09 [ECLI:EU:C:2011:291], al interpretar que las disposiciones del DUE *no se oponen a la adopción de una política enfocada hacia la defensa*

al artículo 4.2 (TUE), ni mucho menos tomarlo como parámetro central en el ejercicio del control de comunitariedad. Se trata, en efecto, de un circuito interpretativo pocas veces explorado por Luxemburgo.

Hay muchas razones -en opinión de Scholtes- para no confundir la identidad constitucional propuesta por los Estados miembros con la identidad nacional reconocida por el artículo 4.2 (TUE). En primer lugar, existe una obvia disyunción semántica: la identidad nacional no es identidad constitucional. En segundo lugar, la historia de su redacción sugiere que el artículo en cuestión no tenía la intención de calificar la primacía del DUE, sino más bien se pensó como una forma discreta de prevenir la expansión de competencias por parte de las Instituciones de la UE. Tercero, en la práctica, la interpretación del Tribunal de Justicia del artículo 4.2 (TUE), se ha alejado mucho de sugerir una primacía del DUE de carácter relativo. La importancia práctica del artículo se ha reducido a poco más que una “cláusula de política pública generalizada”. En cuarto lugar -concluye Scholtes-, incluso el TCFA<sup>3</sup>, se ha desviado del argumento sobre la equivalencia con el artículo 4.2 (TUE). En la sentencia *OMT*, por caso, éste argumentó que la revisión de identidad realizada era “esencialmente diferente” a una revisión bajo el artículo 4.2 (TUE) (Scholtes Julian, 2021: 540).

El circuito interpretativo que transita la construcción de una identidad constitucional nacional, ha sido activado al interpretar la fórmula constitucional habilitante y encuentra su terminal, en algunos TTCC, que reaccionan -de este modo- a la continua y permanente expansión del ordenamiento jurídico comunitario impulsada desde el Tribunal de Justicia. La construcción de otra identidad, vinculada en este caso al DUE, es un circuito interpretativo activado desde Luxemburgo y que encuentra en la autonomía y primacía, sus recorridos centrales. Como se observa, lejos de proponerse la construcción de una identidad común (constituciones nacionales-DUE) producto de la integración de las diversas terminales en circuitos interpretativos multidireccionales, *se impulsieron los circuitos unidireccionales potenciando la tensión entre las relaciones interordinamentales*.

No obstante, ambas construcciones fomentaron e impulsieron una *tradicción dialogante* a modo de garantía del sistema multinivel, en especial en lo que hace a la protección de los derechos. Esta tradición en la actualidad experimenta, en la relación con algunas jurisdicciones constitucionales, un *quiebre* que la fuerza a convivir con la radicalización del discurso constitucional impulsada por las ideas soberanistas (ver *infra* capítulo V). Para intentar entender este presente,

---

*y promoción de la lengua de un Estado miembro* que, al mismo tiempo, es la lengua nacional y la primera lengua oficial. Se recuerda que “la obligación de respetar la identidad nacional de los Estados miembros de la que forma parte la protección de la lengua oficial nacional del Estado” (apartados 85-86). El Gobierno lituano había subrayado, en particular, que “la lengua lituana constituye un valor constitucional que preserva la identidad de la nación, contribuye a la integración de los ciudadanos, garantiza la expresión de la soberanía nacional, la indivisibilidad del Estado y el buen funcionamiento de los servicios del Estado y de las entidades locales” (ídem, apartado 84). Sin resaltar en el original. 3 Véase STFA de 21 de junio de 2016 (Sala Segunda), *OMT* [2BvR 2728/13, 2BvR 2729/13, 2BvR 2730/13, 2BvR 2731/13, 2BvE 13/13], apartado 29.

debemos repasar el circuito interpretativo que sigue la construcción de la identidad constitucional nacional junto a los distintos recorridos propuestos. Ello en la medida que, el soberanismo constitucional -abiertamente antieuropeo y aislacionista-, busca en esos recorridos su legitimidad fundacional.

La construcción de una identidad constitucional, en el caso de los jueces constitucionales, se inspira -desde siempre- en el debate por la última palabra. El progresivo desarrollo de un sistema de reconocimiento y protección de derechos multinivel en los Estados de la UE, va a tener una influencia directa en la evolución de dicha construcción. Ante la concurrencia de derechos y la convergencia de contenidos, vimos que los circuitos interpretativos mutan de unidireccionales a multidireccionales incorporando entre las nuevas terminales al Tribunal de Justicia. El discurso constitucional expresa, en este contexto, una reacción de los TTCC -y en su caso los TTSS-, encaminada a preservar la “competencia sobre la competencia” en una materia -los derechos y las libertades- que interpretan como propia, en la medida que se identifica con las bases fundacionales del orden jurídico estatal.

Se trata de dotar de un contenido a enunciados normativos indeterminados. En la construcción de la identidad constitucional nacional, se invoca la *summa auctoritas* como intérprete de la Constitución para individualizar los rasgos característicos de este concepto. El *objeto* de esta interpretación es la fórmula constitucional habilitante, en tanto puerta de salida de las competencias que, de ser ejercidas de forma exclusiva por el Estado, pasan a ser ejercidas en común con los otros Estados partes en el ámbito de las Instituciones supranacionales de la UE. La construcción de una identidad constitucional nacional comienza entonces con la búsqueda de respuesta a dos interrogantes claves para la centralidad del control de constitucionalidad a cargo de los TTCC: ¿tiene límites el poder de integración que se crea?, ¿cuál es el alcance de la atribución de competencias?

La respuesta que se descarta es la de una habilitación *ilimitada* pues ello equivaldría a reconocer, en las Instituciones supranacionales, la titularidad misma de la soberanía la cual las constituciones reconocen en el pueblo de cada Estado parte de la UE. La opción de la *auto-destrucción* de la propia Constitución no es tenida en cuenta.

El TCFA lo pone en claro en la sentencia *Lisboa* (2009). Cuando en el proceso de integración europea -se afirma- el derecho primario es *interpretado de forma extensiva, se produce una significativa tensión constitucional* con respecto al principio de atribución y con respecto a la responsabilidad constitucional sobre la integración de cada Estado miembro:

Avanzan por una senda en cuyo final se encuentra el poder de disposición sobre sus fundamentos constitucionales, es decir, la competencia para disponer sobre sus competencias. Se produce la amenaza de una vulneración del principio constitutivo de atribución y de la responsabilidad conceptual sobre la integración que corresponde a los Estados miembros, *cuando las instituciones de la Unión Europea pueden decidir de forma ilimitada, sin*

*control externo alguno* –siquiera sea un control muy restringido y que se entienda como excepcional- *cómo debe interpretarse el Derecho de los tratados* [o sea el derecho primario]<sup>4</sup>.

El circuito interpretativo en la construcción de una identidad constitucional nacional, se muestra en diversos recorridos que conducen a encontrar los límites que deben orientar el proceso de integración europea a partir de la interpretación por los TTCC de las respectivas fórmulas constitucionales habilitantes. Si bien son partes de una visión común tendiente a resguardar la supremacía constitucional -en tanto primera palabra-, y a sus legítimos interpretes quienes ostentan sobre ésta la última palabra.

Un *primer* recorrido interpretativo lleva a articular la fórmula constitucional habilitante con otras cláusulas constitucionales que contemplan *límites expresos* al *poder de reforma constitucional*. Este razonamiento parte de la premisa de que si la misma Constitución previó un límite para su reforma directa, esos límites se mantienen si -llegado el caso- el DUE tiene el efecto de producir una reforma constitucional indirecta. En otras palabras, los límites que valen para el poder de reforma constitucional, valen de igual forma para el poder de integración.

Este recorrido fue inaugurado por el TCFA -probablemente el TC que ha tenido el diálogo más franco e intenso con sus pares europeos- al interpretar el mandato de integración (cfr. art. 24, LFB)<sup>5</sup> en concordancia con la llamada “cláusula de la eternidad” (cfr. art. 79.3, LFB)<sup>6</sup>.

Un *segundo* recorrido, similar al anterior en la medida que conduce a límites constitucionales expresos, implica articular la fórmula constitucional habilitante con las denominadas “cláusulas de salvaguarda” que condicionan la atribución de competencias a la UE al respeto de ciertos valores y principios declarados “indisponibles” por la propia Constitución (por ejemplo, el art. 8.4<sup>7</sup>, constitución portuguesa, o el art. 23.1, LFB<sup>8</sup>).

4 STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa* [BVerfGE 123, 267], apartado 238. Sin resaltar en el original.

5 La citada norma dice: “La Federación *puede transferir*, por vía legislativa, *derechos de soberanía* a instituciones interestatales”. Sin resaltar en el original.

6 La citada norma dice: “*No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental* que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los Artículos 1 y 20”. Sin resaltar en el original.

7 La norma citada dice: “Las previsiones de los Tratados que regulan la [UE] y las normas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias se aplican en el Derecho interno de acuerdo con el [DUE] y *con respeto a los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho*”. Sin resaltar en el original.

8 La reforma constitucional alemana de 1992 implementada con motivo de la revisión constitucional que derivó en la ratificación del Tratado de Maastricht (1992), incluyó -inspirada en la *doctrina Solange* del TCFA- la denominada “cláusula de salvaguarda estructural” [*Struktursicherungsklausel*] en el artículo 23.1 (LFB). La norma citada dice: “Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que *está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental*. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de

Un *tercer* recorrido, llega a la identificación de límites pero no ya expuestos expresamente por la norma constitucional, sino derivados de *forma implícita* de la fórmula constitucional habilitante puesta en consideración con el marco constitucional que la contiene. Es el caso del TC español, al interpretar el artículo 93 (constitución española)<sup>9</sup>, y del Consejo Constitucional francés que interpreta el artículo 88.1 (constitución francesa) en concordancia con la “regla o un principio inherente a la identidad constitucional”.

Un *cuarto* recorrido interpretativo, nos lleva “más allá” del marco constitucional tanto normativo como material. Persigue la construcción de una identidad constitucional nacional como un concepto *metaconstitucional*. Este recorrido -vecino al soberanismo constitucional- es seguido por el TC húngaro al señalar a la “constitución histórica” como fundamento de la identidad constitucional nacional.

## 26. Primer recorrido: los límites a la reforma constitucional son también límites al poder de integración como forma de preservar la “estatalidad”

Aláez Corral señala tres “grandes argumentos” del TCFA para limitar el proceso de integración europeo: a) estatalidad, b) competencia sobre las competencias, y c) identidad constitucional democrática. El primero se refiere al respeto a la caracterización de Alemania como un Estado soberano (su estatalidad); vinculado a ello estaría el respeto a su identidad constitucional, que en el caso de Alemania, se identifica con el “núcleo constitucional intangible” (cfr. art. 79.3, LFB) y, finalmente -también como concreción de dicha identidad constitucional-, aparece el límite del respeto al “principio democrático” tal y como está configurado en la LFB y, en particular, del núcleo esencial de los derechos fundamentales reconocidos en ella (Aláez Corral, 2012: 359-385).

Estos tres elementos -razona Aláez Corral-, se pueden vincular entre sí de la siguiente forma: la participación Alemania en la UE

[...] ni ha disuelto ni podría disolver la estatalidad de Alemania (esto valdría para cualquier Estado miembro), puesto que ni la UE es un Estado federal, ni la transferencia de poderes soberanos a ésta puede desconocer que el origen de la Unión es un Tratado internacional y que los Estados continúan siendo

---

soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones”. Sin resaltar en el original.

<sup>9</sup> La norma citada dice: “Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que *se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”. Sin resaltar en el original.

los «Señores de los Tratados» y no actúan como poderes integrados en un proceso constituyente europeo (Alález Corral, 2012: 359-385).

Como consecuencia de ello, la UE “debe respetar la identidad constitucional de los Estados miembros”, no solo porque así se ha previsto en el TUE (cfr. art. 4.2), sino porque así lo exige la LFB “que *impone al mismísimo poder de reforma constitucional el límite absoluto del respeto a los principios identificadores de la Constitución* (cfr. art. 79.3, LFB), límite al que también está sujeto el legislador de reforma constitucional que autoriza la ratificación de los Tratados fundacionales de la Unión o sus modificaciones”. Precisamente, porque se trata de una identidad constitucional nacional, y en el caso de Alemania el principio democrático es esencial y parte esencial de ésta, es por lo que, finalmente, dicho principio democrático, y sus elementos característicos (como los derechos fundamentales), tal y como son garantizados por la LFB, “deben ser respetados por los poderes constituidos alemanes pero también por los poderes constituidos europeos”, residiendo en el TCFA “el *poder último de control* de dicho respeto, en tanto garante de que la competencia sobre las competencias permanece en manos alemanas” (*Ídem*: 361)<sup>10</sup>.

El razonamiento anterior queda expuesto con contundencia en la ya citada sentencia *Lisboa* (2009), la cual despertó fuertes críticas de la doctrina. Cantaro, por ejemplo, califica a la misma como “expresión de una filosofía relativamente inédita de la integración: «la integración protegida». Una integración puesta bajo la tutela permanente de los órganos constitucionales nacionales y, consecuentemente, bajo la tutela del Tribunal alemán” (Cantaro Antonio, 2010: 124). Martín y Pérez de Nanclares la llama una “incendiaria sentencia” (Martín y Pérez de Nanclares, 2011: 100). Es difícil ignorar -afirma este autor- que, “al margen del alcance preciso que en la práctica alcancen las afirmaciones concretas recogidas en su farragosa formulación, esta decisión pone al descubierto un cierto activismo judicial -de tono a veces ciertamente agresivo- que no oculta una visión extremadamente negativa y recelosa del proceso de integración europea” (*Ídem*: 102).

Según interpreta el TCFA la atribución de competencias para la integración europea está supeditada al requisito de que:

[...] se preserve la estatalidad constitucional soberana sobre la base de un programa de integración acorde con el *principio de atribución singular y restringida de competencias*, y desde el *respeto a la identidad constitucional* de los Estados miembros, y que al mismo tiempo los Estados miembros *no pierdan* su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida<sup>11</sup>.

Ello es así en la inteligencia de que, la integración europea “no exige sin embargo ni la sumisión desprovista de limitación o control constitucional alguno, ni la renuncia a la propia identidad”<sup>12</sup>. En este contexto, el TCFA hace pública

10 Sin resaltar en el original.

11 STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa* [BVerfGE 123, 267], apartado 226.

12 *Ídem*, apartado 228.

su definición de la UE “concebida como Unión de Estados [*Staatenverbund*], a la que se transfieren derechos de soberanía”<sup>13</sup>. Por lo tanto, la autorización para ejercer competencias supranacionales deriva en *todo caso* de los Estados miembros de dicha organización. Son ellos –razona el TCFA– los que con *carácter permanente* continúan siendo los *señores de los tratados*. Por lo tanto, la autonomía del DUE “sólo puede ser aquí entendida -como es habitual en el Derecho de la autonomía administrativa- como un *poder soberano autónomo pero derivado*, es decir, *cedido* por otros sujetos jurídicos”<sup>14</sup>.

Se niega la primacía incondicional del DUE que defiende Luxemburgo:

La Ley Fundamental *no autoriza* a los órganos estatales alemanes a transferir derechos de soberanía de tal modo que a partir de su ejercicio puedan justificarse de forma independiente nuevas competencias para la Unión Europea. *Se prohíbe la transferencia de la Kompetenz-Kompetenz* [competencia para decidir sobre las competencias]<sup>15</sup>.

Todo conduce a una “identidad intransferible” que corresponde al TCFA verificar -en el marco de su competencia-, si los principios que la integran quedan protegidos. Los poderes públicos alemanes, por tanto, quedan sujetos a una *responsabilidad por la integración* -no pueden dar una autorización en blanco para el ejercicio del poder público- que puede ser exigida en un proceso ante los jueces de Karlsruhe.

Desde su sentencia *Maastricht* (1993) -escribe Rodríguez de Santiago-, el TCFA utiliza el término “Unión de Estados”<sup>16</sup>, no como una expresión cualitativamente nueva de la teoría del Estado o del derecho internacional público, sino como un concepto que describe un sistema organizativo único, en el marco del derecho internacional, en cuanto a su alto grado de integración. Determinante para el TCFA es que la soberanía sigue siendo un atributo de los Estados miembros, lo que significa tanto como que

[...] no puede entregarse a la UE el poder de decidir sobre el alcance de sus competencias, ni el de crear competencias propias nuevas. Según la teoría del Estado alemana clásica, esta competencia de decidir sobre la propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) pertenece como atributo definitorio al poder soberano; es el «santo grial de la estatalidad (Rodríguez de Santiago, 2021: 305).

13 Ídem, apartado 229. El concepto de *Verbund* [unión] -afirma el TCFA- “comprende una asociación estrecha y permanente entre Estados que continúan siendo soberanos, una asociación que ejerce el poder público sobre la base de tratados, y cuyo ordenamiento fundamental solamente está sujeto a la libre disposición de los Estados miembros, y en la que los pueblos -es decir, los ciudadanos nacionales- de los Estados miembros continúan siendo los sujetos de la legitimación democrática” (Ídem).

14 Ídem, apartado 231.

15 Ídem, apartado 233. Sin resaltar en el original.

16 STCFA de 12 de octubre de 1993, *Maastricht* [BVerfGE 89, 155], apartados 90, 94-95.

Como garante de una “autodeterminación democrática de la comunidad política”, de la que emana el poder constituyente, que como la autodeterminación individual estaría en la base del orden constitucional articulado en la LFB, el TCFA –afirma López Castillo– “se considera competente para controlar que en el ejercicio de sus responsabilidades las instituciones y órganos de la UE no excedan el ámbito propio de las competencias que les hayan sido atribuidas ni vulneren la identidad constitucional”. El TCFA, “presume la existencia de una reserva de jurisdicción al efecto de sancionar posibles actuaciones de la UE «ultra vires» del programa de integración o/y lesivas de la identidad constitucional”. Consiguiente, si de la normativa de la UE, según la interpretan los órganos jurisdiccionales de la UE, fuese a resultar un posible desconocimiento del programa de integración o/y de la cláusula de identidad constitucional, ni la pretensión de validez del DUE, “podrían oponerse con éxito en Alemania a la suprema interpretación constitucional, sea respecto del alcance del programa de integración autorizado, sea respecto a la referida cláusula de identidad constitucional” (López Castillo, 2009: 354-355).

En cambio, para Menéndez, la sentencia “ha de ser entendida en términos estructurales como una defensa del derecho constitucional democrático frente a los riesgos de *deriva gubernamental* y de *desbordamiento competencial*”. En especial, se señala, debido a la “peculiar interpretación de las libertades económicas” favorecidas por el Tribunal de Justicia en las últimas dos décadas. Menéndez concluye en que, a raíz del “papel esquizofrénico que corresponde a los tribunales nacionales en el proceso de integración, especialmente en tanto que se han convertido en el único contrapeso efectivo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (Menéndez Agustín, 2011: 170-171).

El ejercicio del control de constitucionalidad *a priori* del Tratado de Lisboa (2009), lleva también al TC checo a transitar este recorrido interpretativo<sup>17</sup>. En este contexto, se infieren los límites a la “transferencia de determinadas competencias a organización o institución internacional” conforme lo prescribe la respectiva fórmula constitucional habilitante (cfr. art. 10.a, constitución checa)<sup>18</sup>. Dichos límites, serían los “aspectos fundamentales de un Estado soberano democrático de Derecho”<sup>19</sup>. Para agregar que, una hipotética transferencia de una “norma en blanco” a una organización internacional, sería inaceptable desde el punto de vista del orden constitucional checo. En caso

17 STC checo nº 19/08 de 26 de noviembre de 2008, *Tratado de Lisboa I* [Pl. ÚS 19/08], apartados 120, 139 y 216. Véase también STC checo nº 29/09 de 3 de noviembre de 2009, *Tratado de Lisboa II* [Pl. ÚS 29/09], apartado 150.

18 La norma citada dice: “[Transferencia de poderes] (1) Ciertos poderes pertenecientes a las autoridades de la República Checa *pueden ser transferidos por tratado a una organización o institución internacional*. (2) La ratificación de un tratado en virtud del párrafo 1 requiere el consentimiento del Parlamento, una ley constitucional establecerá que dicha ratificación requiera la aprobación obtenida en un referéndum”. Sin resaltar en el original.

19 STC checo nº 19/08 de 26 de noviembre de 2008, *Tratado de Lisboa I* [Pl. ÚS 19/08], apartado 105.

de un conflicto flagrante entre la Constitución -en particular entre su llamado “núcleo material”<sup>20</sup> (derivado del art. 9.2, constitución checa, que impone límites al poder de reforma constitucional estableciendo contenidos inmodificables)<sup>21</sup>- y el DUE primario, que no se pudiese resolver a través de ningún tipo de interpretación “razonable”, *el orden constitucional checo primaría sobre el DUE*. Para los jueces constitucionales,

[...] en un caso *in extremis*, en el que el estándar de protección de derechos en la [UE] resultase inaceptable, los órganos de la República Checa deberían retomar las competencias transferidas, para garantizar el respeto al estándar de protección (...) se concluye que la [CDFUE] es plenamente comparable con el catálogo de los derechos humanos protegidos en el ámbito interno<sup>22</sup>.

Más recientemente, un recorrido similar transita el TC rumano pero con la finalidad de incumplir una sentencia de Luxemburgo donde se indica una serie de violaciones a la independencia judicial como valor fundante del Estado de derecho (ver *infra* 52). Interpretando la fórmula constitucional habilitante -prevista en el artículo 148 (constitución rumana)<sup>23</sup>-, este TC afirma que, la cláusula de adhesión a la UE,

[...] contiene, con carácter subsidiario, una *cláusula de conformidad* con el [DUE], según la cual todos los órganos nacionales del Estado están, *en principio*, obligados a implementar y aplicar el [DUE]. Lo expuesto se aplica al [TC] que, en virtud del artículo 148 de la Constitución, *da prioridad a la aplicación del derecho europeo*. Sin embargo, *esta prioridad de aplicación no debe ser percibida*

20 El núcleo material de la constitución checa lo forman los “requisitos sustantivos” del Estado democrático de Derecho. Aunque no exista un listado cerrado del contenido de estos requisitos sustantivos, el TC checo reconoce que los derechos fundamentales y libertades públicas forman parte de este núcleo.

21 La norma citada dice: “Cualquier cambio en los requisitos esenciales para un estado democrático regido por el estado de derecho es inadmisibile [*impermissible*]”.

22 STC checo nº 19/08 de 26 de noviembre de 2008, *Tratado de Lisboa I* [Pl. ÚS 19/08].

23 La norma citada dice: “(Integración en la UE) (1) La adhesión de Rumanía a los tratados constitutivos de la UE, *con vistas a transferir determinados poderes a las instituciones comunitarias, así como a ejercer en común con los demás Estados miembros las facultades previstas en dichos tratados*, se llevará a cabo mediante de una ley aprobada en sesión conjunta de la Cámara de Diputados y del Senado, con una mayoría de dos tercios del número de diputados y senadores. (2) Como consecuencia de la adhesión, las disposiciones de los tratados constitutivos de la UE, así como las demás normas comunitarias de obligado cumplimiento, *prevalecerán sobre las disposiciones contrarias de las leyes nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el acto de adhesión*. (3) Las disposiciones de los párrafos (1) y (2) también se aplicarán en consecuencia para la adhesión a las Actas de revisión de los tratados constitutivos de la UE. (4) El Parlamento, el Presidente de Rumanía, el Gobierno y la autoridad judicial *garantizarán* que se cumplan las obligaciones derivadas del acto de adhesión y las disposiciones del párrafo (2). (5) El Gobierno enviará a las dos Cámaras del Parlamento los proyectos de actos imperativos antes de que sean presentados a las instituciones de la UE para su aprobación”. Sin resaltar en el original.

*como la eliminación o el desconocimiento de la identidad constitucional nacional, como se consagra en el Artículo 11.3 [constitución rumana]<sup>24</sup>, leído en conjunto con el Artículo 152 [constitución rumana]<sup>25</sup>, es decir, como una garantía de una identidad sustantiva inserta en el núcleo de la Constitución rumana y que no debe relativizarse en el proceso de integración europea. En virtud de esta identidad constitucional, el [TC] está facultado para garantizar la primacía de la Ley Fundamental en Rumanía<sup>26</sup>. Según la cláusula de conformidad contenida en el artículo 148 [constitución rumana], Rumanía no puede adoptar un acto legislativo contrario a las obligaciones a las que se ha comprometido como Estado miembro, pero dichas obligaciones sí están sujetas a un límite constitucional basado en el concepto de «identidad constitucional nacional»<sup>27</sup>.*

## 27. Segundo recorrido: la fórmula constitucional habilitante interpretada en concordancia con una fórmula constitucional de salvaguarda

Un segundo recorrido similar al anterior -ya que los límites están explícitos en el texto constitucional-, pasa por interpretar la habilitación para la atribución de competencias a la UE en concordancia con una *cláusula de salvaguarda* -ambos con jerarquía constitucional-, lo que implica *subordinar* la interpretación de la primera a la interpretación de la segunda. De este modo, se protegen ciertos valores y principios declarados “indisponibles” por la propia Constitución.

Cuando debió determinar si el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)<sup>28</sup> era contrario a la Constitución, el TS de Estonia siguió este recorrido. Recordó que -de acuerdo a la Ley de Enmienda de la Constitución<sup>29</sup>-, dicho Estado “puede pertenecer a la UE, siempre que se respeten los principios fundamentales de la Constitución (art. 1)”. Esta autorización dada por el pueblo estonio para

24 La norma citada dice: “Si Rumanía debe convertirse en parte de un tratado que contenga disposiciones contrarias a la Constitución, su ratificación solo tendrá lugar después de la revisión de la Constitución”.

25 La norma citada dice: “(Límites de revisión) (1) Las disposiciones de esta Constitución relativas al carácter nacional, independiente, unitario e individual del Estado rumano, la forma republicana de gobierno, la integridad territorial, la independencia de la justicia, el pluralismo político y el idioma oficial no estarán sujetas a revisión. (2) Asimismo, no se realizará ninguna revisión si tiene como resultado la supresión de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, o de las garantías de los mismos. (3) La Constitución no podrá ser revisada durante un estado de sitio o emergencia, o en tiempo de guerra”. Sin resaltar en el original.

26 En este punto se cita en apoyo la STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa* [BVerfGE 123, 267].

27 Referencias anteriores a la noción de identidad constitucional pueden observarse en STC rumano nº 683 de 27 de junio de 2012, STC rumano nº 64 de 24 de febrero de 2015, STC rumano nº 104 de 6 de marzo 2018 (ya citada), y STC rumano nº 446 de 29 de mayo de 2018, apartado 81. STC rumano nº 390 de 8 de junio de 2021, apartado 74. En línea con la jurisprudencia en la materia del TCFA se cita en apoyo de la defensa de la “identidad constitucional nacional” el artículo 4.2 (TUE).

28 El 2 de febrero de 2012, los países de la zona del euro firmaron un tratado intergubernamental mediante el que se creaba el MEDE el cual emite títulos de deuda para financiar préstamos y otras formas de ayuda financiera a los países de dicha zona.

29 Aprobada por referéndum el 14 de septiembre de 2003.

participar de la integración europea, por lo tanto, se mantiene vigente siempre que “la modificación de los tratados constitutivos de la [UE], o de un nuevo tratado, *sea conforme a la Constitución*”. Consiguientemente, la habilitación constitucional “no autoriza a legitimar el proceso de integración a la [UE], ni a delegar las competencias de Estonia a la [UE], de *forma ilimitada*”. Es principalmente el *Riigikogu* -el propio TS-, quien ostenta la competencia para ejercer el control de constitucionalidad a futuras reformas o nuevos tratados vinculados a la UE con la finalidad de verificar que no se produzca una intromisión en el área de reserva constitucional declarada. Si se constatará una delegación “más amplia”, o una injerencia en la propia Constitución, será necesario entonces “buscar la aprobación del titular del poder supremo, es decir, el pueblo, y presumiblemente reformar la Constitución una vez más. Estos requisitos también deben tenerse en cuenta si el Tratado da lugar a modificaciones del TFUE y del TUE”<sup>30</sup>.

El TC portugués realiza consideraciones similares. Al interpretar la fórmula constitucional habilitante contemplada en el artículo 7.6<sup>31</sup> en concordancia con el artículo 8.4 (ambos de la constitución portuguesa). Esta última norma -a su juicio-, desarrolla una “cláusula limitativa” que indica,

[...] el fin o el comienzo de algo que se proyecta, en lo que aquí es relevante (y estamos caracterizando un espacio jurisdiccional de ámbito exclusivo del [TC portugués]), como un dominio que no ha sido enajenado –que tal vez sea inalienable, en el marco de la [UE] cuyo modelo actual se basa en una Unión de Estados que siguen siendo soberanos-, un espacio en el que, en primer lugar, por la ausencia de una decisión con tal significado, no hubo transferencia de poderes soberanos (esos poderes) a la Unión<sup>32</sup>.

La referencia a los “principios fundamentales del Estado democrático de derecho” (cfr. citado art. 8.4), “constituyen la expresión del núcleo identitario nacional [*constituam expressão do núcleo identitário nacional*], excluido de la proyección que en el ordenamiento interno tiene el DUE en los términos establecido por sí mismo (directamente proyectado y prevaleciente)”<sup>33</sup>.

La base material del DUE -entiende el TC portugués-, es la decisión de los Estados miembros de acordar conjuntamente el ejercicio de las competencias,

30 STS estonio de 12 de julio de 2012 [3-4-1-6-12], apartados 222-223.

31 La norma citada dice: “Sujeto al principio de reciprocidad y al respeto a los principios fundamentales de un Estado Democrático de Derecho, al principio de subsidiariedad, y con la finalidad de alcanzar la cohesión económica, social y territorial en un área de libertad, seguridad y justicia y la definición y puesta en marcha de una política exterior común de seguridad y defensa, Portugal *podrá acordar el ejercicio conjunto, en cooperación o por la instituciones europeas, de los poderes necesarios para construir y reforzar la [UE]*”. Sin resaltar en el original.

32 STC portugués de 15 de julio de 2020 [nº 422/2020], apartado 2.6.2. El TC portugués cita en apoyo de sus consideraciones, el concepto de Unión de Estados [*Staatenverbund*] que vimos es utilizado para definir a la UE en la STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa* [BVerfGE 123, 267], apartado 229.

33 STC portugués de 15 de julio de 2020 [nº 422/2020], apartado 2.7.1.

tanto para la cooperación como para las instituciones de la UE, de las que continúan siendo los titulares soberanos. Como los Estados miembros “conservan su soberanía, en un marco en el que los poderes de la [UE] derivan de la atribución de competencias específicas desencadenadas por ellos condicionalmente”, mantienen la “competencia sobre la competencia [*competência da competência*]”<sup>34</sup>.

## 28. Tercer recorrido: los límites están implícitos en la Constitución y no determinados por cláusulas de intangibilidad

En España, la fórmula constitucional habilitante del artículo 93 enuncia una *amplia* atribución de competencias sin, expresamente, reconocer límite alguno a dicha atribución. Sin embargo, los jueces constitucionales, en su interpretación de la primera palabra al ejercer el control de constitucionalidad *a priori* sobre el nonato Tratado Constitucional, reconocieron *límites materiales* en última instancia derivados de la identidad constitucional.

En palabras del TC español,

[...] la operación de cesión del ejercicio de competencias a la UE, y la integración consiguiente del derecho comunitario [hoy DUE] en el ordenamiento español, *imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional*. Por ello la nombrada cesión constitucional –permitida por el art. 93 [constitución española]–, 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*<sup>35</sup>.

El TC español deja en claro que el *límite* es la propia Constitución -el marco conceptual donde ésta se desarrolla- y que, como consecuencia del monopolio en la interpretación de la primera palabra, corresponde a los jueces constitucionales la última palabra: “se advierte que las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la [UE] no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias *cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución*”<sup>36</sup>.

34 Se cita la STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa* [BVerfGE 123, 267], apartado 233.

35 DTC nº 1 de 13 de diciembre de 2004, FF JJ 2. Sin resaltar en el original.

36 Ídem, FF JJ 3. Sin resaltar en el original.

Estas consideraciones son repetidas en la sentencia *nº 26/2014* vinculada al asunto *Melloni* (2013)<sup>37</sup>. Recuerda el TC español que la primacía del DUE jurisdiccionalmente proclamada opera respecto de un ordenamiento jurídico, el europeo, “que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales”, por tanto, es el propio DUE el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados fundacionales, el presupuesto para la aplicación de su primacía, “que no es otro que *el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales*”<sup>38</sup>.

Saiz Arnaiz, escribe que el propio TC español se encarga de recordar, “se nos viene a decir –y no creo exagerar– que el Ordenamiento de la integración *todo lo puede como parte del nuestro siempre que respete los límites materiales que se enuncian y que vienen de la Constitución española*” (Saiz Arnaiz, 2005: 58). Afirmar que:

[...] los límites a la integración supranacional se han formulado jurisprudencial o positivamente *como un dique o muro de contención frente a la primacía del Derecho Comunitario* (...) no es sino una constatación de la reacción de los Estados miembros a una regla de resolución de conflictos que privilegia sistemáticamente al Derecho de producción supranacional frente a las normas nacionales, incluso de rango constitucional<sup>39</sup>.

Un recorrido similar transitó el TC letón al ejercer el control de constitucionalidad sobre el Tratado de Lisboa (2009) cuando señala que, el Estado de Letonia, se basa en valores fundamentales entre los que se incluyen los derechos básicos y las libertades fundamentales, la democracia, la soberanía del Estado y del pueblo, la separación de poderes y el Estado de derecho: el Estado “tiene el deber de garantizar estos valores los cuales no pueden ser infringidos mediante la introducción de modificaciones a la Constitución”. En consecuencia, “la delegación de competencias no puede exceder el Estado de derecho y la base de una república independiente, soberana y democrática basada en los derechos fundamentales. Asimismo, no puede influir en el derecho de los ciudadanos a decidir sobre las cuestiones sustantivas para un Estado democrático”. Para el TC letón, el artículo 2 (constitución letona)<sup>40</sup>, “prevé no sólo «el derecho a la última pala-

37 STC español nº 26 de 20 de febrero de 2014, FFJJ 3. Sin resaltar en el original.

38 DTC nº 1 de 13 de diciembre de 2004, FFJJ 3. Citada por la STC español nº 26 de 20 de febrero de 2014, FFJJ 3. Sin resaltar en el original. Parte de la doctrina encuentra esta teoría de la “preservación de un contenido absoluto de los derechos fundamentales” como abiertamente contraria al principio de primacía del derecho de la UE (MARTÍN RODRÍGUEZ Pablo J., “Sentencia 26/2014, de 13 de Febrero, en el Recurso de Amparo 6922-2008 promovido por Don Stefanó Melloni”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, 2014, p. 612).

39 Ídem, p. 59-60. Sin resaltar en el original.

40 La norma citada dice: “El poder soberano del Estado de Letonia reside en el pueblo de Letonia”.

bra [*the right to the last word*]», sino también el deber de evaluar los requisitos para el funcionamiento de una organización internacional<sup>41</sup>.

El TC polaco, por su lado, ya en la sentencia sobre el *Tratado de adhesión* (2005) deja en claro su interpretación sobre la fórmula constitucional habilitante prevista en el artículo 90.1 (constitución polaca). Para ello fija el punto de partida en el principio de supremacía constitucional. La adhesión de Polonia a la UE, se afirma, “no socavo [*undermine*] la supremacía de la Constitución sobre todo el orden legal dentro del ámbito de la soberanía de la República de Polonia”. Por lo tanto, las normas constitucionales, “siendo el acto supremo que expresa la voluntad de la Nación”, no perderían su fuerza vinculante o cambiar su contenido por el mero hecho de una “incompatibilidad irreconciliable” entre estas normas y cualquier disposición del DUE. En tal situación, sentencia el TC polaco, la decisión autónoma en cuanto a la manera apropiada de resolver esta incoherencia, incluso de la oportunidad de una revisión de la constitución, “pertenece al legislador constitucional polaco”<sup>42</sup>.

Coherente con su punto de partida en la argumentación jurídica –y adhiriendo a las consideraciones del TCFA-, el TC polaco rechaza que el citado artículo 90.1 (constitución polaca) habilite una atribución *ilimitada* de competencias: lo cual implica, en palabras del Tribunal,

[...] la prohibición de la delegación de *todas* las competencias pertenecientes a un órgano de la autoridad del Estado o competencias que determinan su ámbito esencial de la actividad [*sub-stantial scope of activity*], o las competencias relativas a la totalidad de los asuntos dentro de un determinado campo. Ni el artículo 90.1 ni el artículo 91.3 autorizan la delegación a una organización internacional de la competencia para emitir los actos jurídicos o tomar decisiones *contrarias a la Constitución, siendo ésta la «ley suprema de la República de Polonia»*. Al mismo tiempo, *estas disposiciones no autorizan a la delegación de competencias en un grado tal que significaría la incapacidad de la República de Polonia para seguir funcionando como un Estado soberano y democrático*<sup>43</sup>.

La identidad constitucional nacional en Francia también se considera implícita en la propia Constitución. En la decisión *nº 2004-496*<sup>44</sup>, el Consejo

41 STC letón de 7 de abril de 2009 [nº 2008-35-01], apartado 17.

42 STC polaco de 11 de mayo de 2005, *Tratado de Adhesión* [K 18-04], punto 1 de los argumentos principales. Para los jueces constitucionales polacos está claro –siguiendo en su razonamiento al TCFA- que, el proceso de integración europea, conectado con la atribución de competencias a la UE, “tiene su fundamento en la Constitución”. El mecanismo para la adhesión de Polonia a la UE “encuentra sus motivos expresos en las normas constitucionales y la validez y eficacia de la adhesión dependen de cumplimiento de los elementos constitucionales del procedimiento de integración, incluyendo el mecanismo de delegación de competencias” (Ídem, punto 2 de los citados argumentos).

43 Ídem, puntos 7 y 8 de los argumentos principales.

44 Consejo Constitucional francés, decisión nº 2004-496 DC de 10 de junio de 2004 [*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*]. Un comentario de esta decisión en RODRÍGUEZ

Constitucional interpreta el alcance del artículo 88.1 (constitución francesa), fórmula constitucional habilitante que permite la atribución de competencias a la UE. Una de esas obligaciones derivadas de este mandato constitucional, consiste en la transposición al derecho interno de las directivas comunitarias, obligación que, por tanto, constituye una “exigencia constitucional [*exigence constitutionnelle*]” (ver *supra* 11). Esta obligación de transposición no puede ser contravenida más que “en razón de una disposición expresa contraria de la Constitución”. En ausencia de dicha contradicción, el Consejo Constitucional concluye que “no corresponde sino al juez comunitario, competente en su caso a título prejudicial, controlar el respeto por una directiva comunitaria tanto de las competencias definidas por los tratados como de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6 [TUE]”<sup>45</sup>.

Es decir, sólo ante la ausencia de tal disposición declara su incompetencia para controlar la validez del derecho derivado de la UE y el respeto de los derechos fundamentales por parte de éste. Con ello queda establecida una suerte de *reserva de constitucionalidad de naturaleza indeterminada*, encaminada hacia el mantenimiento de una cierta relación de jerarquía entre ordenamientos y en donde la Constitución, portadora de la primera palabra, se erige como norma suprema.

Estas consideraciones serán mantenidas en el tiempo por el Consejo Constitucional. En la decisión n° 2004-496 afirma que, una Ley que tiene por objeto la transposición de una directiva comunitaria, conforme al artículo 61 (constitución francesa), *debe* ser objeto de control *a priori* y sujeta, por tanto, a un doble límite: en primer lugar, “la transposición de una directiva no puede ir en contra de una regla o un principio inherente a la identidad constitucional [*règle ou d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle*] de Francia, salvo el consentimiento del constituyente”; y en segundo lugar, al aprobar antes de la promulgación de la Ley en el plazo establecido por el citado artículo 61, “el Consejo Constitucional podrá pedir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia”<sup>46</sup>.

En el sentido anterior, el Consejo Constitucional ha deducido como una barrera a la integración, “los requisitos básicos para el ejercicio de la soberanía nacional”, marcándolos sólo como el umbral necesario que habilita una reforma constitucional<sup>47</sup>. El concepto de identidad constitucional construido por el Consejo Constitucional no se refiere aquí a la “resistencia al cambio”

---

IGLESIAS Gil Carlos, “El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 18, 2004, pp. 393-397.

45 Consejo Constitucional francés, decisión n° 2004-496 DC de 10 de junio de 2004 [*Loi pour la confiance dans l’économie numérique*], apartado 7.

46 Consejo Constitucional francés, decisión n° 2006-540 DC de 27 de julio de 2006 [*Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*], apartados 17 a 20.

47 Véase Consejo Constitucional francés, decisión n° 97-394 DC de 31 de diciembre de 1997; decisión n° 2004-505 DC de 19 de noviembre de 2004; y decisión n° 2007-560 DC de 20 de diciembre de 2007.

-recorrido transitado por el TCFA-, sino que indica la “posibilidad de una reforma constitucional”. En este sentido -en opinión de Wendel-, las concepciones de la identidad constitucional francesa y alemana se diferencian fundamentalmente (Wendell Mattias, 2017: 133).

La identidad constitucional -mantiene Dubout-, cumple sobre todo “la función de preservar la supremacía de la Constitución en la jerarquía de las normas”<sup>48</sup>. En este sentido, se puede pensar que las normas descritas como “inherentes a la identidad constitucional de Francia” gozan de una superioridad jerárquica sobre las exigencias derivadas del DUE, cuyo respeto, sin embargo, en lo que hace al menos a la transposición de las directivas comunitarias, está garantizado constitucionalmente. Esta especie de test de equivalencia de protección [*test de l'équivalence de protection*], asegura incluso en última instancia el pleno cumplimiento de la Constitución, en la medida que equivale a decir “si la norma comunitaria no alcanza el nivel de protección de la norma nacional, entonces la Constitución necesariamente prevalece”. En un sistema de análisis vertical, como mínimo, la identidad constitucional asegura “la superioridad de un núcleo duro e inderogable dentro de las normas constitucionales”. Así, mientras las normas de la UE y las que no son inherentes a la identidad constitucional francesa puedan conciliarse (incluso por el Tribunal de Justicia en caso de equivalencia de protección), “sólo la jerarquización permite salvar las normas pertenecientes a esta identidad”. A la misma conclusión -sostiene Dubout- llega el TC español “cuando, después de haber recurrido abiertamente a un sistema «pluralista» hecho de interacciones y no de jerarquía, se preocupa de recordar que, en última instancia, en caso de conflicto irresoluble la supremacía de la Constitución Nacional prevalecería necesariamente sobre la primacía del DUE”. En definitiva, las normas nacionales pertenecientes a la “reserva de constitucionalidad [*réserve de constitutionnalité*]” y calificadas como “inherentes a la identidad constitucional [*inhérentes à l'identité constitutionnelle*]”, seguirán resistiendo las posibles contradicciones surgidas del ordenamiento jurídico de la UE. En este rumbo, “pueden considerarse jerárquicamente superiores a la exigencia, por constitucional que sea, de respeto al DUE derivada del artículo 88-1 de la Constitución” (Dubout Edouard, 2010/3: 468-470).

Esta incompatibilidad manifiesta entre la construcción de una identidad nacional, y el principio de primacía incondicional del DUE, queda en evidencia con la aplicación, en Francia, del artículo 15.1 de la Directiva 2002/58<sup>49</sup> el cual, conforme al Tribunal de Justicia, debe interpretarse en el sentido de que,

48 Cfr. Consejo Constitucional francés, decisión nº 2004-505 DC de 19 de noviembre de 2004, apartado 10 donde se afirma que, en lo “relativo a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, que esta denominación [se refiere a la de Tratado Constitucional] no tiene incidencia en la existencia de la Constitución francesa y en el lugar de ésta en la *cumbre del orden jurídico interno*”. Sin resaltar en el original.

49 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, *relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones*

[...] una normativa nacional que impone a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas la *obligación de conservar los datos de tráfico y de localización a efectos de la protección de la seguridad nacional y de la lucha contra la delincuencia*, como las controvertidas en los litigios principales, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/58<sup>50</sup>.

En consecuencia, se opone “a medidas legislativas que establezcan, para los fines previstos en dicho artículo 15, apartado 1, con carácter preventivo, una conservación generalizada e indiferenciada de los datos de tráfico y de localización”<sup>51</sup>.

La norma nacional en cuestión es el Código de Seguridad Interior francés el cual en sus artículos L. 801-1 a L. 898-1, prevé normas relativas a la información. En particular autoriza, a los servicios especializados de información, a “recopilar información relativa a la defensa y a la promoción de los intereses fundamentales de la nación” tales como la “Independencia nacional, integridad del territorio y defensa nacional”.

El Consejo de Estado francés, que plantea a Luxemburgo la cuestión prejudicial, entiende que dichas actividades responden a exigencias de la seguridad nacional<sup>52</sup>, cuya responsabilidad incumbe únicamente a los Estados miembros en virtud del artículo 4.2 (TUE)<sup>53</sup>. Esta interpretación, el Consejo de Estado la va a mantener aún en contra de la opinión manifestada en la cuestión prejudicial

---

*electrónicas* [conocida como Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas] (DO L 201 de 31.7.2002, p. 37/47).

50 STJ de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net y otros c. Premier ministre y otros*, acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18 [ECLI:EU:C:2020:791], apartado 104. Sin resaltar en el original.

51 *Ídem*, punto resolutivo 1.

52 El Consejo de Estado considera que “la conservación generalizada e indiferenciada permite a los servicios de información acceder a los datos relativos a las comunicaciones antes de que se hayan determinado los motivos para creer que la persona en cuestión representa una amenaza para la seguridad pública, la defensa o la seguridad del Estado. Además, el acceso en tiempo real a los datos de conexión permite seguir, con gran capacidad de respuesta, los comportamientos de personas susceptibles de representar una amenaza inmediata para el orden público” (cfr. STJ de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net y otros c. Premier ministre y otros*, acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18 [ECLI:EU:C:2020:791], apartado 64). En apoyo de estas consideraciones los Gobiernos francés, checo, estonio, irlandés, chipriota, húngaro, polaco, sueco y del Reino Unido “aducen, en esencia, que la Directiva 2002/58 no se aplica a normativas nacionales como las controvertidas en los litigios principales, porque estas normativas tienen como finalidad la protección de la seguridad nacional. Las *actividades de los servicios de inteligencia*, en la medida en que pretenden mantener el orden público y salvaguardar la seguridad interior y la integridad territorial, *son funciones esenciales de los Estados miembros* y, en consecuencia, son competencia exclusiva de estos, como pone de manifiesto, en particular, el artículo 4 TUE, apartado 2, tercera frase” (*Ídem*, apartado 89). Sin resaltar en el original.

53 Entre otras cuestiones prejudiciales, el Consejo de Estado francés pregunta en la primera de ellas si: “¿Debe considerarse la *obligación de conservación generalizada e indiferenciada*, impuesta a los prestadores de servicios al amparo de las disposiciones habilitantes del artículo 15, apartado 1, de la Directiva [2002/58], *en un contexto caracterizado por amenazas graves y persistentes para la seguridad nacional, en particular por el riesgo terrorista, una injerencia justificada* por el derecho a la seguridad reconocido en el artículo 6 de la [Carta] y *las exigencias de la seguridad nacional, cuya responsabilidad incumbe únicamente a los Estados miembros* en virtud del artículo 4 [TUE]?” (cfr.

por los jueces de Luxemburgo. La particularidad en esta ocasión -a diferencia por ejemplo del TC checo o el TCFA- es que el rechazo a aplicar el DUE no se origina en una extralimitación de las Instituciones de la UE, ya que el propio Consejo de Estado se niega a realizar un control *ultra vires* (ver *infra* 40 y 42).

La Constitución francesa -recuerda el Consejo de Estado-, sigue siendo la norma suprema del derecho nacional [*la Constitution française demeure la norme suprême du droit national*]. En consecuencia, le corresponde verificar que la aplicación del DUE, tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia, “no comprometa en la práctica requisitos constitucionales que no estén garantizados de manera equivalente por el derecho europeo”. El Consejo de Estado constata que las exigencias constitucionales de salvaguardar los intereses fundamentales de la Nación, prevenir la alteración del orden público, combatir el terrorismo, y perseguir a los autores de infracciones penales no gozan, en el DUE, “de una protección equivalente a la garantizada por la Constitución. Por tanto, debe asegurarse de que los límites definidos por el [Tribunal de Justicia] no comprometan estos requisitos constitucionales”<sup>54</sup>.

La decisión de la máxima instancia administrativa francesa, plantea una confrontación abierta con Luxemburgo al oponerse directamente a la aplicación del DUE aplicable al caso “mientras” —*Solange securitario*— el DUE no garantice la seguridad nacional, una cuestión de identidad constitucional para Francia; o, cuando menos, estaría permitiendo al gobierno francés continuar recopilando datos de conexión personal, a pesar de que el Tribunal de Justicia hubiera ya aclarado específicamente la naturaleza ilegal de estas medidas.

## 29. Cuarto recorrido: la construcción de una identidad constitucional nacional como un concepto metaconstitucional

El cuarto recorrido persigue la búsqueda de los límites al poder de integración “más allá” del marco constitucional normativo. En este rumbo, los límites al poder de integración se infieren de valores metaconstitucionales preexistentes, incluso, a la constitución vigente agrupados -por ejemplo- en la vaga noción de “constitución histórica”. Este recorrido, ha quedado asociado a las ideas del soberanismo constitucional y a la construcción de una identidad constitucional nacional con una finalidad *destructiva-rupturista* como lo demuestra la deriva autoritaria en Hungría (ver *infra* 49).

El TC húngaro sigue este recorrido al interpretar el concepto de identidad constitucional “como la propia identidad de Hungría y desarrolla su contenido, caso por caso, sobre la base de toda la Ley Fundamental y ciertas disposiciones de la misma de conformidad con la Declaración Nacional contenida

---

STJ de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net y otros c. Premier ministre y otros*, acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18 [ECLI:EU:C:2020:791], apartado 68. Sin resaltar en el original). 54 Consejo de Estado francés, decisión de 21 de abril de 2021 [nº 393099].

en ella, y *los logros de nuestra constitución histórica*, tal cual lo exige el artículo R) (3)<sup>55</sup> [LFH]”. Esta identidad, por lo tanto, “no refiere a una lista de valores estáticos y cerrados”<sup>56</sup>.

Fundar las raíces de la identidad constitucional -escribe Halmái- en la constitución histórica húngara -con mil años de vigencia-, debe enfrentar el problema del sentido sustantivo de la expresión escrita en la Ley Fundamental “logros de nuestra constitución histórica”, sobre la cual “no existe un consenso científico-jurídico en Hungría sobre su naturaleza precisa”. No debe olvidarse que, por otra parte, la jurisprudencia constitucional anterior a 2011 fue anulada (Halmái Gabor, 2017/08: 16).

La identidad constitucional de Hungría -interpreta el TC-

[...] es un valor fundamental *no creado* por la Ley Fundamental, simplemente *es reconocido* por la Ley Fundamental. En consecuencia, la identidad constitucional no puede ser renunciada por medio de un tratado internacional: Hungría solo puede ser privada de su identidad constitucional a través de la terminación definitiva de su soberanía, su condición de Estado independiente<sup>57</sup>.

De este modo, la protección de la identidad constitucional “debe seguir siendo un deber” del TC mientras Hungría sea un Estado soberano. Soberanía e identidad constitucional tienen varios puntos en común, por lo que su control “debe realizarse con la debida consideración sobre casos específicos” (*Ídem*). En conclusión, el TC húngaro interpreta que, por “identidad nacional [traducida como *nemzeti identitás* en la traducción oficial húngara del art. 4.2, TUE]”, debe entenderse “identidad constitucional propia [*alkotmányos önazonosság*]”.

Al interpretar el concepto de identidad constitucional “como la propia identidad de Hungría” su objetivo -escribe Gardos-Orosz-, es servir de base al “constitucionalismo nacional protector” frente al DUE o al derecho internacional. En este sentido, tan pronto como la mayoría del gobierno en el Parlamento recuperó su mayoría de dos tercios para reformar la constitución, el Parlamento añadió en 2018 la noción de identidad constitucional al texto de la Ley Fundamental (cfr. art. R) (4) a través de la Séptima Enmienda a la Ley Fundamental. Según dicho artículo: “La protección de la identidad constitucional y la cultura cristiana de Hungría será una obligación de todos los órganos del Estado”. La identidad constitucional es, en este sentido,

[...] un nuevo concepto que sugiere una divergencia con el tipo occidental, los estándares comunes de la UE, y el Estado de derecho internacional. La identidad constitucional enfatiza las particularidades y especificidades nacionales, al tiempo que ejerce presión sobre el poder judicial ordinario al tomar

55 La norma citada dice: “Las disposiciones de la Ley Fundamental se interpretarán de acuerdo con sus fines, la Declaración Nacional contenida en ella y los logros de nuestra constitución histórica”.  
56 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 [nº 22/2016], apartados 64-65.

57 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 (22/2016), apartado 67. Sin resaltar en el original.

en serio el requisito de ajustarse a un concepto constitucional que es incierto y determinado unilateralmente por la mayoría del Gobierno y por los miembros del [TC] elegidos por esta mayoría. Si el poder judicial no se ajusta a esto, la decisión puede ser anulada (Gardozi-Orosz, 2021: 1340-1341).

En los últimos años -mantiene Scholtes-, cada vez más,

[...] los gobiernos populistas y autoritarios han convertido sus plataformas en proyectos constitucionales. En el proceso, han descubierto, por sí mismos, la noción de identidad constitucional como una excusa práctica para eludir las obligaciones legales transnacionales, así como para reivindicar sus proyectos constitucionales a partir de preocupaciones sobre violaciones del Estado de derecho y otros valores europeos compartidos (Scholtes Julian, 2021: 535-536).

Las consecuencias “han resultado ser potencialmente devastadoras para el futuro del ordenamiento jurídico europeo” (*Ídem*).

### 30. Una identidad constitucional nacional con una finalidad *defensiva-protectora*

La *finalidad* que persigue esta construcción, su matriz originaria está inspirada en la *defensa* de ciertos valores fundacionales del Estado como respuesta a una *vocación expansiva* promovida desde Luxemburgo en su interpretación de las competencias atribuidas y del principio de primacía del DUE. La *forma discursiva* es esencialmente abstracta y dogmática. La construcción de una identidad constitucional nacional refiere a un área de reserva jurídicamente indeterminada que requiere de la mediación del intérprete constitucional para su determinación.

Al interpretar la identidad constitucional como *contrapeso* o *contra límite* a la primacía absoluta del DUE –escribe Martínez López-Sáez– “se articula como una excepción a favor de los estándares constitucionales nacionales o a favor de proteger la soberanía constitucional no atribuida a la Unión”. Los jueces constitucionales y supremos, “entienden y usan la identidad constitucional como el último reservorio legítimo de su poder originario no conferido a la UE, y más específicamente, como base para reclamar la inaplicación del [DUE] a favor de elementos esenciales y fundamentales propios de su orden constitucional”. El respeto a dicha identidad “se ha convertido en un contra argumento válido contra el funcionamiento o la aplicación efectiva del [DUE]. En tal sentido, se ha afirmado que su función principal es negativa: sirve como un contra límite a la aplicación incondicional de la legislación de la UE” (Martínez López-Sáez, 2019: 338-339).

Esta finalidad defensiva-protectora que se le asigna a la construcción de una identidad constitucional nacional, quedó expuesta con la *doctrina Solange* del TCFA o la de los *controlimiti* de la CC italiana. La función protectora de

la identidad constitucional [*fonction de protection de l'identité constitutionnelle*] -escribe Dubout-, “es evidente”. Se dirige contra la UE en forma de “resistencia”. Desde un principio, la identidad constitucional, también conocida como “nacional”, fue concebida como una derivación del “carácter intrusivo” del derecho comunitario, en particular por parte del TCFA. Lo que la doctrina italiana, por su lado, denomina a veces como la teoría de los *controlimiti* “pretendía poner en perspectiva el ataque a la soberanía provocado por la integración comunitaria” (Dubout Edouard, 2010/3: 460).

Se trata de la misma finalidad que deja trascender el TC español en su DTC nº 1/2004 que concluye con una *advertencia*:

[...] en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del [DUE] llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [léase hoy el propio Derecho Originario de la UE] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en éste, *en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran*, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes<sup>58</sup>.

### A. La doctrina Solange del TCFA como reconocimiento de una protección equivalente entre sistemas de derechos convergentes

La sentencia *Solange I* (1974)<sup>59</sup> produce un giro sustancial en la jurisprudencia seguida hasta ese momento por el TCFA, en lo que concierne a las competencias de los jueces de Karlsruhe, sobre el *control* del entonces derecho comunitario<sup>60</sup>. Invocando su competencia exclusiva para la interpretación del texto constitucional, esto es de la *primera palabra* –contexto común a toda jurisprudencia constitucional que resalta la defensa de una identidad constitucional nacional-, el TCFA define el alcance de la fórmula constitucional habilitante del artículo 24.1 (LFB). La citada norma –se sentencia- debe ser entendida e interpretada “en el contexto de la Constitución entera. Ello significa que no

58 DTC de 13 de diciembre de 2004, nº 1, FFJJ 4. En el mismo sentido la STC español de 20 de febrero de 2014, nº 26, FFJJ 3. Sin resaltar en el original

59 STCFA de 29 de mayo de 1974, *Solange I* [BVerfGE 37, 271].

60 La actitud receptiva que hasta el momento había mostrado la jurisprudencia constitucional alemana experimenta un cambio abrupto a principios de la década de 1970, cuando una parte cada vez mayor de la población alemana se mostró insatisfecha con los resultados de la integración comunitaria y un grupo de profesores de derecho público, algunos dentro del propio TCFA, se convirtieron en portavoz de este sentimiento (Véase Hilpold y Piva, 1/2021: 60). Los autores recuerdan, entre los críticos más influyentes, al profesor Hans-Heinrich Rupp (1926-2020), para quien, de hecho, existía una especie de “incongruencia estructural [*incongruenza strutturale*]” entre el derecho comunitario y el derecho constitucional alemán, completamente refractario al concepto de supremacía del primero (*Ídem* p. 61).

se abre a una modificación de la estructura fundamental de la Constitución, *sobre la cual se basa su identidad, sin modificar la Constitución misma*". El artículo 24 (LFB) "*no consiente limitaciones sin reservas*"<sup>61</sup>.

La primacía del derecho comunitario, dentro de este esquema argumental, solo es consentida por el TCFA en la medida que no afecte a la estructura básica irrenunciable que sustenta el ordenamiento jurídico alemán desde su fundamento constitucional. En palabras de Cano Montejano: "No se puede renunciar a la soberanía en el núcleo duro de la estructura constitucional, porque de otro modo se vaciaría de contenido la configuración del Estado mismo" (Cano Montejano, 2001: 59).

¿Cómo definir este núcleo esencial? ¿Qué elementos distintivos posee? En lo que aquí interesa, el TCFA señala directamente a los derechos fundamentales como parte "irrenunciable":

*Mientras tanto* el proceso de integración de la Comunidad [hoy UE] no se encuentre tan avanzado que el derecho comunitario contenga un catálogo de derechos fundamentales formulado, aprobado por el Parlamento y en vigor, que además resulte asimilable al catálogo de la [LFB], *es lícito y obligado, tras obtener la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia exigida por el art. 177 del Tratado* [sobre la CEE, actual art. 267 TFUE que refiere a la cuestión prejudicial], *plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional Federal por parte de un Tribunal de la República Federal de Alemania*, cuando éste considere que la norma de derecho comunitario de aplicación al caso resulta inaplicable en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia Europeo a causa de y en la medida en que entra en colisión con uno de los derechos fundamentales de la [LFB]<sup>62</sup>.

Queda en claro, en consecuencia, que el TCFA no renuncia a su posición de última instancia respecto a la interpretación y alcance de los derechos que se van aplicar en el territorio alemán. Ello, con independencia que hayan sido reconocidos por el legislativo alemán o por una Institución de carácter supranacional. *Solange* se utiliza como expresión de un *statu quo* (Cano Montejano, 2001: 63).

El TCFA sostuvo una interpretación del sentido y alcance del fundamento constitucional de la integración -comenta López Castillo-, no como título de enajenación de soberanía, sino como cláusula de apertura en cuya virtud se hacía posible la entrada de un flujo normativo en el espacio constitucional hasta un cierto punto. En todo caso, "hasta el insuperable límite de la identidad constitucional", de modo que, de llegar a incidir el derecho comunitario

61 Véase sentencia *Solange I* conforme al texto citado por PÉREZ TREMPs, 1985: 172-173. Sin resaltar en el original.

62 STCFA de 29 de mayo de 1974, *Solange I* (BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71). Versión castellana de este párrafo por el cual se cita en STERN Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 892-893. Sin resaltar en el original.

en las estructuras constitutivas del orden constitucional entre las que, como un aspecto esencial e inalienable, se habría de considerar el apartado relativo a los derechos fundamentales, el TCFA “estaría llamado a declarar su inaplicación, mediante control directamente ejercitado sobre actuaciones y disposiciones nacionales de aplicación del derecho comunitario, concentrando así el ejercicio de una función de control que satisfaría a un tiempo las exigencias de la LFB y el interés comunitario” (López Castillo, 2014: 123).

Era la primera vez que un TC de un Estado miembro se atrevía a oponerse abiertamente a la entonces Comunidad Europea, aunque de forma potencial y puramente teórica. La sentencia *Solange I* (1974) dejaba la impresión de que, al menos en principio, los TT CC estaban legitimados para oponerse de alguna manera a ese ente supranacional, facultad que posteriormente se ejercería también en diferentes contextos, independientemente y más allá de la cuestión de los fundamentos de los derechos fundamentales (Véase Hilpold y Piva, 1/2021: 62).

En paralelo, desde Luxemburgo se inicia el recorrido hacia la construcción jurisprudencial de un sistema de derechos propio del ordenamiento comunitario:

[...] el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los *principios generales del derecho* cuya observancia asegura el Tribunal de Justicia; que la salvaguarda de esos derechos, aunque *se inspira en las tradiciones constitucionales comunes* a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad<sup>63</sup>.

La invocación del Tribunal de Justicia de las “tradiciones constitucionales comunes” buscará –al menos en lo discursivo dada la amplia vaguedad de la expresión- compactar en una *unidad jurídica* a un conjunto de piezas híbridas de naturaleza heterogénea. Hacer que el cuerpo normativo nacional asuma los variados colores de la supranacionalidad sin abandonar su tinte original, su identidad constitucional de origen.

La posibilidad cierta de un control a cargo del TCFA para garantizar el nivel de protección de los derechos reconocidos en la LFB, va a ser reconsiderada parcialmente en el caso *Solange II* (1986)<sup>64</sup>. El propio TCFA certifica que desde *Solange I* (1974) se ha *desarrollado* en el ámbito de las entonces Comidades Europeas,

[...] un grado de protección de los derechos fundamentales que, por su concepción, contenido y efectos debe considerarse *equivalente* al modelo de derechos fundamentales recogido en la [LFB]. Todas las principales Instituciones de la Comunidad han reconocido desde entonces, en forma jurídica relevante

63 Cfr. STJ de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70 [ECLI:EU:C:1970:114]. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido, STJ de 14 de mayo de 1974, *Nold*, asunto 4/73 [EU:C:1975:114].

64 STCFA de 22 de octubre de 1986, *Solange II* [BVerfGE 73, 339]. Versión castellana por la cual se cita en *Revista de Instituciones Europeas*, n° 14, 1987, pp. 881-899.

que, en el ejercicio de sus poderes y en la consecución de los objetivos de la Comunidad deben dejarse guiar por el respeto de los derechos fundamentales, tal y como se desprenden en especial de las Constituciones de los Estados miembros y del [CEDH]. No hay razones de peso para suponer que el modelo de derechos fundamentales alcanzado por el Derecho comunitario no esté suficientemente consolidado y tenga únicamente carácter provisional<sup>65</sup>.

En el caso alemán, la garantía de la protección de dichos derechos por las instituciones comunitarias hace innecesaria su intervención, pero siempre “en tanto en cuanto” el TCFA considere que se da esa protección. Se llega así a una solución de compromiso, de modo que no se interviene en el *control del contenido* de las normas comunitarias; pero, o bien basándose en los *límites* a la habilitación para la atribución de competencias contenidas en la constitución, o bien basándose en la ineficacia de la protección comunitaria, *resuelven reservarse la última palabra en materia de derechos fundamentales*.

La doctrina que surge en los casos *Solange I* (1974) y *Solange II* (1986) inspirará el nuevo artículo 23.1 (LFB), insertado en 1992, con motivo de la revisión constitucional que se derivó de la ratificación del Tratado de Maastricht (1992) y que marca límites a la construcción europea. Precisamente, en el control *a priori* que el TCFA efectúa sobre dicho tratado, volverá a dejar en claro la existencia de un área de reserva constitucional cerrada a la interpretación del Tribunal de Justicia.

A pesar de los límites establecidos por el TCFA a la primacía del DUE -sostiene Voßkuhle-, lo que a primera vista parecía una ralentización del proceso de integración jurídica, “finalmente promovió el proceso y su jurisprudencia ha dado impulsos decisivos para el desarrollo de la protección de los Derechos Fundamentales en la Unión”. En *Solange I* (1974) el TCFA restringió aún más la primacía del DUE en los casos que estuviera en conflicto con los derechos fundamentales de la LFB. Sobre la base de su propia comprensión como tribunal de los ciudadanos, el TCFA tenía como objetivo reforzar la protección de los derechos fundamentales como elemento básico del Estado de derecho a nivel de la UE. El Tribunal de Justicia aceptó este desafío y, desde principios de los años setenta, ha elaborado sistemáticamente un catálogo no codificado de derechos fundamentales, invocando las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el CEDH. En este contexto, el TCFA en su sentencia *Solange II*, sostuvo que la condición establecida en la sentencia *Solange I* se había cumplido en lo esencial. Y, por lo tanto, el TCFA “sólo ejercería su competencia cuando no pueda garantizarse en el Derecho de la Unión un nivel de protección esencialmente equivalente al previsto por la Ley Fundamental” (Voßkuhle Andreas, 2017: 109).

Alonso García encuentra en la ya citada DCT n° 1/2004, el mismo espíritu –o si se quiere la misma naturaleza– que en la sentencia *Solange II* (1986)

65 STCFA de 22 de octubre de 1986, *Solange II* (BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83), apartado B II 1 d). Sin resaltar en el original.

del TCFA<sup>66</sup>. El TC español pone énfasis en la dimensión sustantiva del artículo 93 (constitución española) lo cual le permite, aun reconociendo la supremacía última de la constitución española sobre cualquier otra norma jurídica, incluida la constitución Europea,

[...] asumir una apertura europeísta [de texto constitucional], que se mantendrá «en tanto en cuanto» España y la UE sigan compartiendo unos mismos principios y valores esenciales que la Constitución Europea viene a consolidar. ¿Y en qué se traduce —o debe traducirse— este nuevo clima de «tolerancia constitucional»? Por un lado, en forzar al juez español a asumir su condición, a la vez, de juez europeo, impulsando el diálogo con un Tribunal de Justicia que, sobre la base de unos principios y valores compartidos, permita la depuración del ordenamiento jurídico de la Unión en su propio seno. Y, por otro, en flexibilizar, sin renunciar a su supremacía última, la interpretación de la Constitución Española (manejando, llegado el caso y sobre todo en el contexto de controles *ex post*, cánones benévolos de constitucionalidad) en el marco de una Unión Europea a cuyo ordenamiento jurídico viene el [TC español] a reconocer una suerte de presunción genérica de constitucionalidad, al compartir los mismos principios y valores esenciales (Alonso García, 2005: 363-364).

Lo que verdaderamente se destaca de la DTC nº 1/2004 “es el *espíritu de cooperación* que la inspira”, subraya Cascajo Castro. A la vez que “pone de manifiesto la compatibilidad y complementariedad entre los valores de sendos ordenamientos (Cascajo Castro, 2005: 73).

### *B. Los controlimiti desarrollados como arma defensiva por la CC italiana*

En la famosa sentencia *Frontini* (1973) -dictada apenas unos meses antes de la sentencia *Solange I* (1974)-, la CC italiana invoca los *controlimiti* en relación a la fórmula constitucional habilitante (cfr. art. 11, constitución italiana)<sup>67</sup>. En base a dicha fórmula,

[...] se han consentido limitaciones de la soberanía *únicamente para la consecución de las finalidades allí indicadas*; y debe por lo tanto excluirse que tal limitación, concretamente puntualizada en el Tratado [CEE] suscrito por países cuyos ordenamientos se inspiran en los principios del Estado de derecho y que garantizan la libertad esencial de los ciudadanos, puedan comportar para los órganos de la CEE [hoy UE] *un inadmisibile poder de violación de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, o los derechos inalienables de la persona humana*. Y es obvio que en el momento

<sup>66</sup> Alonso García habla de un *Solange II* a la española.

<sup>67</sup> La norma citada dice: “Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales; *accede*, en condiciones de igualdad con los demás Estados, *a las limitaciones de soberanía necesarias* para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin”. Sin resaltar en el original.

en que se diese al artículo 189 [TCEE actual 267, TFUE] una interpretación *tan aberrante*, en tal hipótesis *estaría siempre asegurada la garantía de control jurisdiccional de esta Corte sobre la constante compatibilidad del Tratado con los principios fundamentales precitados*<sup>68</sup>.

Fuera de este ámbito excepcional de reserva constitucional, los jueces constitucionales italianos –al igual que sus homólogos alemanes– admiten el efecto directo de los reglamentos comunitarios en virtud de la atribución de funciones soberanas realizada al amparo del citado artículo 11. Por lo tanto, a consecuencia de lo anterior, la CC italiana entendió entonces que no era competente para controlar la constitucionalidad de dichos reglamentos –por otra parte, no recogidos en el artículo 134 (constitución italiana) como susceptibles de impugnación a través de la cuestión de legitimidad constitucional–, ya que éstos tienen su marco de actuación en los Tratados fundacionales y reconocen en el Tribunal de Justicia el órgano para verificar su validez.

Esta finalidad *defensiva-protectora* que persigue la invocación de los *controlimiti* se mantiene hasta el presente. En tal sentido, los jueces constitucionales italianos no dudaron en citarlos cuando elevaron su primera cuestión prejudicial a los jueces de Luxemburgo,

[...] con la ratificación de los Tratados comunitarios, Italia ha entrado a formar parte de un ordenamiento jurídico autónomo, integrado y coordinado [*ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato*] con el ordenamiento interno, y ha transferido, en base al artículo 11 de la Constitución, el ejercicio de poderes, incluidos los normativos, en las materias que son objeto de dichos Tratados. Las normas comunitarias vinculan de diversos modos al legislador interno, *con el único límite de la intangibilidad de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inviolables de la persona garantizados por la Constitución*<sup>69</sup>.

Lo dicho hasta aquí deja expuesta la utilidad de los *controlimiti* para facilitar la cohabitación en una Comunidad de intérpretes finales. Su vinculación a una identidad constitucional nacional no desconoce el derecho a la última palabra de los jueces de Luxemburgo en razón de la materia atribuida a las instituciones supranacionales. Los jueces constitucionales italianos que mantienen el monopolio de la interpretación de la primera palabra –o sea de las normas constitucionales–, *no renuncian* a expresar la última palabra cuando se encuentran involucrados a su criterio los valores o principios intangibles que los representan. Solo si mediaran circunstancias extraordinarias o bien “aberrantes” –para utilizar el leguaje de la sentencia Frontini (1973)–, respecto al nivel de protección de los derechos fundamentales que ellos mismos infieren de la identidad constitucional, se activaría entonces los *controlimiti*. En otras palabras, cuando una de

68 SCC italiana de 27 de diciembre de 1973, *Frontini* [n° 183], apartado 9. Sin resaltar en el original.

69 SCC italiana de 13 de febrero de 2008 [n° 102], apartado 8.2. Sin resaltar en el original.

las partes considere que, la otra, *quiebra* el equilibrio o los consensos dialógicos alcanzado sobre el nivel de protección generalmente reconocidos a los derechos advendría la hora de los *controlimiti*.

Como afirma Bignami, se trata de un “arma de disuasión” que solo cumple con su objetivo si no es utilizada ya que permite ejercer presión de modo que los principios del ordenamiento nacional sean incorporados en las soluciones que la jurisprudencia europea confiere al caso en cuestión, mitigando en concreto el contraste que podría surgir entre disposiciones normativas “abstractamente divergentes” (Bignami Marco, 2012).

### 31. La condición de indeterminación jurídica y su función como técnica de cohabitación para facilitar el diálogo entre intérpretes finales

La construcción de una identidad constitucional con una finalidad *defensiva-protectora* pudo avanzar en su recorrido interpretativo gracias a la indeterminación jurídica característica de una noción de este tipo. Al ser maleable, como una figura con mil caras, la identidad constitucional puede representar a cada una de ellas. Ello facilitó su utilización como una especie de técnica de *cohabitación* entre intérpretes que reclaman para sí la última palabra sobre sistemas de derechos convergentes. Moviéndose en un plano hipotético –más cercano a una amenaza que a la acción-, declama la supremacía de la Constitución, pero acepta en la práctica la primacía del DUE. De esta manera se fue consolidando la tradición dialogante entre el Tribunal de Justicia y los TTCC.

Está claro –afirma Bon- que esta incertidumbre conceptual “debilita en gran medida el carácter operativo de la noción de identidad constitucional” (Bon Pierre, 2014: 185) Randazzo se refiere a los *controlimiti* como una categoría “más predicada que declarada” (Randazzo Alberto 2008), y Bignami como un “quimérico instituto” (Bignami Marco, 2012). El intérprete nacional obtiene de ellos un valioso margen de discrecionalidad, lo cual le permitirá *consentir* diversas interpretaciones hechas en sede supranacional a la vez que *administrar* el grado de conflictividad interordinamental que éstas puedan crear.

Bignami expone como los *controlimiti* gozan de una “naturaleza dual”. Sobre el plano abstracto, constituyen al mismo tiempo, el punto de articulación [*punto di cerniera*] y de cesura entre ordenamientos. En otras palabras, los *controlimiti*, permiten “reivindicar la primacía de los principios supremos de orden constitucional del Estado, haciéndolos impermeables a la penetración comunitaria [UE], al mismo tiempo que articular actuando como una inactiva válvula de seguridad que, por el solo hecho de estar presente, justifica en el sentido inverso una larga tolerancia de la Constitución nacional hacia la normativa de la Unión, incluso cuando entra en conflicto con disposiciones super primarias privadas del carácter de la supremacía, y por tanto, no pertenecientes al núcleo

esencial de los derechos inviolables”. Puede parecer paradójico -concluye Bignami-, que una construcción dirigida a contener, en casos extremos, la primacía del DUE haya permitido, al final, su ingreso en el ordenamiento nacional. Pero tal función, en definitiva, debe ser atribuida al origen histórico del propio instituto<sup>70</sup>.

La función de los *controlimiti*, en definitiva, escribe Saíz Arnaiz,

[...] no se diluye (no se ha diluido) por el hecho de que el Tratado (o los Tratados precedentes) los incorpore y los haga propios; aquéllos siguen teniendo sentido como garantía última frente a una comprensión ilimitada de la primacía que ponga en cuestión el papel de la Constitución nacional y de sus guardianes (Saíz Arnaz, 2004: 64-65).

Cuando los jueces constitucionales alemanes e italianos manifestaron sus dudas sobre el nivel de protección en el entonces derechos comunitario, blandieron el escudo de la identidad constitucional nacional. Lo hacían para proteger su derecho a la última palabra, y lo hacían para proteger la supremacía constitucional que ellos interpretaban. Este rumbo, marcado por la CC italiana, y puesto a prueba de fuerza en la *saga Taricco* (ver *infra* capítulo VI), nunca fue abandonado en la relación con los jueces de Luxemburgo. El TCFA, en cambio, avanzó en la profundización de un discurso constitucional progresivamente hostil con el Tribunal de Justicia. Dotó a dicha identidad de una garantía procesal constitucional específica: el *control de identidad constitucional* el cual debía articularse con la garantía general del *control ultra vires* que -en su opinión- ostentan los sistemas constitucionales nacionales frente a posibles extralimitaciones de las Instituciones de la UE en el ejercicio de las competencias atribuidas (ver *infra* 33).

La acepción originaria y genuina de los *controlimiti* se asume -explica Randazzo-, en un contexto y desde una perspectiva caracterizada por una rígida división de los ordenamientos (aquellos nacionales que son vistos como “otros” respecto de aquel comunitario). Un contexto y una perspectiva que veía también, a los sujetos “pequeños”, defenderse del sujeto “grande”. Hoy en día, se puede sostener que los *controlimiti* no representan más “el rígido muro en la frontera de los ordenamientos, sino el punto de articulación [*punto di snodo*], el engranaje en las relaciones entre la UE y los Estados miembros”. En este sentido, en efecto, es quizás más oportuno hablar en lugar de “*primauté vs controlimiti*” de “*primauté e controlimiti*”. Esto último, pudiendo considerárselos un ulterior “medio de diálogo entre diversos ordenamientos”. El “recorrido comunitario”, en definitiva, no debe entenderse en un sentido de “supraordenación entre ordenamientos” sino en términos de “cooperación permanente” entre los componentes involucrados (Randazzo, 2008).

70 *Ídem*.

## 32. La Constitución como fundamento del poder de integración: la primacía del DUE como primacía de aplicación [*Anwendungsvorrang*]

La construcción de una identidad constitucional nacional se manifiesta, como síntesis, en la definición de la Constitución como *fundamento último* de la integración y, por tanto, del DUE. Lo que pareciera una negación de la autonomía del DUE ha permitido, sin embargo, una cohabitación entre Luxemburgo y Karlsruhe donde estas ideas nacieron y se expandieron por todo el continente.

La validez y posibilidad de *aplicación* interna de los tratados internacionales -incluidos los que se vinculan a la integración europea- razona el TCFA, *no* se derivan del derecho internacional general. Este derecho, no contiene al respecto ninguna “norma general” emanada de una práctica estatal concertada y de una convicción jurídica, en el sentido de que los Estados estén obligados a incorporar sus tratados a su derecho interno y “a concederles en él una primacía de vigencia”. Una primacía de aplicación, por lo tanto, “*únicamente pueden derivarse de un mandato interno de aplicación del Derecho en este sentido*”. El artículo 24.1 [LFB]

[...] permite la constitucionalidad de Tratados que impliquen transferencias de soberanía a organizaciones internacionales, y *confiere al Derecho positivo creado por dichas organizaciones, a través de un correspondiente mandato interno de aplicación, primacía de vigencia y aplicación en relación con el Derecho interno* de la República Federal de Alemania<sup>71</sup>.

En otras palabras, la construcción supranacional solo es posible debido a la fórmula constitucional habilitante que la permite la salida de competencias otrora estatales hacia las Instituciones de la integración. Este razonamiento del TCFA que se proyecta hasta el presente implica, en la práctica, desplazar el fundamento último del DUE -a la vez que poner en duda su autonomía- desde los *Tratados fundacionales* hacia la LFB.

Existe claramente una divergencia interpretativa sobre el alcance de la primacía del DUE que se constituirá, a lo largo del tiempo, en el principal foco de conflicto entre Luxemburgo y Karlsruhe con la pretensión de este último TC en reconocerse, llegado el caso, como la última terminal de todos los circuitos interpretativos.

La visión del TCFA de la primacía del DUE como primacía de aplicación, en virtud de la habilitación constitucional, queda consolidada con la sentencia *Lisboa* (2009). Ello no impide reconocer a los distintos niveles jurisdiccionales que integran el Tribunal de Justicia de la UE<sup>72</sup>, la competencia en la interpretación del DUE. Pero, el derecho de los tratados -para el TCFA- “impone la jurisprudencia

71 STCFA de 22 de octubre de 1986, *Solange II* [BVerfGE 73, 339], apartado B II 1 a). Sin resaltar en el original.

72 De acuerdo al artículo 19 (TUE): “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”.

de los Tribunales europeos”, en especial, la del Tribunal de Justicia, a los tribunales de los Estados miembros, “a través de las órdenes nacionales de aplicación del Derecho dadas mediante la Ley de aprobación del respectivo Tratado”<sup>73</sup>. Por lo tanto, *todo conduce a donde inicia*, o sea a los mandatos constitucionales que habilitan la integración europea; en nuestras palabras, a las fórmulas constitucionales habilitantes. De la subsistente soberanía del pueblo, anclada en los Estados miembros, y de la circunstancia de que los Estados siguen siendo los “señores de los Tratados”, para el TCFA se deriva que “no puede haberse desprovisto a los Estados miembros del derecho a controlar el respeto al programa de integración”<sup>74</sup>.

Esta primacía de aplicación del DUE no afecta -en opinión del TCFA- a la *vigencia* del derecho nacional incompatible y *solamente lo desplaza en la aplicación* en la medida en que los Tratados lo requieran y también lo permitan de conformidad con el mandato de aplicación legal dado a nivel interno a través de la Ley de aprobación. Por lo tanto, el derecho nacional que es contrario a la UE “solamente será inaplicable en la medida en que lo requiera el contenido normativo comunitario o de la Unión con el que resulta incompatible”<sup>75</sup>.

Para los jueces de Karlsruhe esta construcción, que en la aplicación jurídica cotidiana es más bien teórica, porque a menudo no conduce a diferencias prácticas en cuanto a sus efectos jurídicos, tiene sin embargo efectos en la *relación entre la jurisdicción* de los Estados miembros y la europea. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan una función constitucional -afirma el TCFA- *no pueden*, en el marco de la competencia que se le ha encomendado -este es en todo caso el criterio de la LFB- “ser privados de la responsabilidad sobre los límites de su habilitación constitucional para la integración y sobre la salvaguardia de la identidad constitucional indisponible”<sup>76</sup>.

El TCFA liquida la cuestión sobre quién tiene la última palabra al sostener firmemente que “sólo pudo reconocer «en principio» el carácter definitivo de las sentencias del Tribunal de Justicia, debido a la posición de las instituciones de la Comunidad [actual UE], que deriva del Derecho internacional”<sup>77</sup>. En otras palabras, para el TCFA, la primacía de aplicación del DUE continúa siendo, incluso con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, “un elemento transferido por un tratado internacional, y por tanto un elemento de carácter derivado que solamente surtirá efecto jurídico en Alemania con la orden de aplicación de la norma dada por la Ley de aprobación del Tratado de Lisboa”.

El hecho de que el elemento de la *primacía de aplicación* no esté expresamente previsto en los Tratados, sino que se haya derivado en la primera fase de la integración europea por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mediante la interpretación, -para los jueces de Karlsruhe- “*no cambia nada* en esta relación

73 STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa* [BVerfGE 123, 267], apartado 333.

74 Ídem, apartado 334.

75 Ídem, apartado 335.

76 Ídem, apartado 336.

77 Ídem, apartado 337.

de derivación”. De la subsistente soberanía de los Estados miembros resulta que, en todo caso, si se carece “ostensiblemente” del mandato jurídico constitutivo de aplicación de la norma, se determina por el TCFA “la inaplicabilidad de tal acto jurídico en Alemania”. Esta determinación debe también producirse cuando dentro o fuera de los límites de los derechos de soberanía transferidos, éstos son ejercidos en Alemania de tal modo que se produce como consecuencia de ello una violación de la identidad constitucional, que es indisponible por el artículo 79.3 (LFB) y que se respeta, en especial, por el artículo 4.2 (TUE)<sup>78</sup>.

En la sentencia sobre la *Euroorden* (2015)<sup>79</sup>, los jueces de Karlsruhe retoman la cuestión rechazando, una vez más, la visión absoluta de la primacía del DUE que defienden en el asunto *Melloni* (2013) los jueces de Luxemburgo. Insisten en calificar a la misma como primacía aplicativa la cual solo rige -afirman-, en la medida en que la LFB y la Ley de ratificación, autoricen o prevean la transferencia de competencias. Sin embargo, aún en estos casos, esta primacía está limitada “esencialmente” por la identidad constitucional que promueve la LFB, la cual resiste por igual tanto a la reforma constitucional como a la integración europea.

En otras palabras, el *control de identidad* ejercido por el TCFA actúa como *garantía* frente a posibles interferencias extra-sistémicas sobre la identidad constitucional de la cual el sistema de derechos hace parte esencial.

### 33. El despliegue de garantías de protección: el control *ultra vires* y el control de identidad [*Identitätskontrolle*]

La construcción de una identidad constitucional nacional, en el recorrido que siguen los jueces de Karlsruhe, es dotada de las garantías necesarias que permitan su protección. En la sentencia *Maastricht* (1993)<sup>80</sup> -con citas de las sentencias *Solange I* y *II*-, el TCFA mantiene que,

[...] garantiza mediante sus competencias que se asegure de modo general una protección eficaz de los derechos fundamentales para los habitantes de Alemania incluso frente a la soberanía de las Comunidades, y que esta protección debe observarse en lo esencial, puesto que la protección de los derechos fundamentales que exige inexcusablemente la [LFB] *garantiza de forma general el contenido esencial de los derechos fundamentales*<sup>81</sup>.

78 Ídem, apartado 339.

79 STCFA de 15 de diciembre de 2015, *Euroorden*, [2 BVR 2735/14].

80 STCFA de 12 de octubre de 1993, *Maastricht* [BVerfGE 89, 155]. Versión española por la cual se cita en *Revista de las Instituciones Europeas*, vol. 20, n° 3, pp. 975-1030. Dictada en el marco de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley de 28 de diciembre de 1992 sobre el TUE y contra la ley de 21 de diciembre de 1992 de Reforma de la LFB la cual incorporó -entre otros- el actual artículo 23. Los recurrentes eran diputados del Parlamento Europeo elegidos por la República Federal Alemana.

81 STCFA de 12 de octubre de 1993, *Maastricht* (BVerfGE 89, 155), apartado III B 2 b). Sin resaltar en el original.

La novedad radica en que el TCFA afirma que “ejerce su jurisdicción sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado en Alemania en una «relación de cooperación»” con el Tribunal de Justicia, por cuanto este último garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso particular para la totalidad del territorio de las antiguas Comunidades Europeas y, por ello, el TCFA “puede limitarse a *garantizar de modo general un nivel de derechos fundamentales irrenunciable*”<sup>82</sup>.

Para Stein, el TCFA vuelve sobre sus pasos en *Solange II* (1986) y hace saber que ahora desea ejercer su jurisdicción sobre la protección de los derechos fundamentales en una “relación de cooperación” con el Tribunal de Justicia. Pero, además, el TCFA amplía el concepto de poder público que eventualmente pueda lesionar derechos fundamentales: de aquí en adelante debe poder ser examinado “todo” acto de un poder público soberano que lesione derechos fundamentales sin que importe si es dictado por un titular de soberanía alemán o por los titulares de la soberanía de la Comunidad (hoy UE). De esta forma -concluye Stein-, “también las Comunidades se encuentran directamente vinculadas, en al ámbito de aplicación de la LFB, a los derechos fundamentales por ella garantizados” (Stein Torsten, 1994: 759-761). La decisión alemana, agrega Rubio Llorente, “salva formalmente” el monopolio del Tribunal de Justicia para controlar la validez del derecho comunitario, reduciendo la competencia que *para sí* reivindica el control de aplicabilidad de ese derecho en territorio alemán (Rubio Llorente, 1996: 30).

A partir de la sentencia *Maastricht* (1993) -mantiene Weber- se observa un “claro cambio de enfoque” respecto a la jurisprudencia anterior en la sentencia *Solange II* (1986). Mientras que, en esta última, se partía todavía de la “garantía general” de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia frente al poder soberano de las entonces Comunidades, que “en lo esencial” equivale a la protección de los derechos fundamentales exigida por la LFB y que “garantiza en general el contenido esencial de los derechos fundamentales”, en la sentencia *Maastricht* (1993) se daría la vuelta a tal formulación. El TCFA somete de nuevo actos de las entonces Comunidades Europeas al control de la jurisdicción constitucional. Con ello se justifica, según Weber, el *control* por parte de la jurisdicción constitucional alemana frente a actos jurídicos de las Comunidades Europeas directamente aplicables y queda cuestionada la autonomía de ambos ordenamientos jurídicos repetidamente confirmada por el Tribunal de Justicia y el propio TCFA. Con todo se favorece que, este último Tribunal,

[...] no excluya un control de derechos fundamentales frente a actos comunitarios, al menos cuando en el caso concreto fracase la correspondiente

82 Ya en 1971 se encuentran referencias a un posible control *ultra vires* (cfr. STCFA de 9 de junio de 1971, *Milchpulver* [BVerfGE 31, 145]). También existen referencias en un caso de 1981 (cfr. STCFA de 23 de junio de 1981, *Eurocontrol I* [BVerfGE 58, 1]), y en 1987 (cfr. STCFA de 8 de abril de 1987, *Kloppenburg* [BVerfGE 75, 223]).

protección jurídica ante el Tribunal de Justicia Europeo o -lo que podría ser el caso menos frecuente- esté garantizada por la [LFB] *una más amplia protección del derecho con menores límites de intervención* (Weber Albrecht, 1995: 42-43)<sup>83</sup>.

La sentencia *Maastricht* (1993) si bien hizo posible que Alemania se adhiriera al TUE, también “inoculó el germen para el surgimiento de una dinámica corrosiva” que, en última instancia, puso en tela de juicio la primacía del DUE como es concebida por el Tribunal de Justicia. El TCFA, de hecho, no sólo se reservó el derecho de examinar la conformidad de la ley alemana con la LFB (un poder que nadie pone en duda), sino también tal conformidad del DUE, “un poder que ciertamente excede sus prerrogativas constitucionales”. El TCFA se otorgaba así mismo la facultad de examinar los actos de la UE sobre la base de su propia “versión alemana” de dicho ordenamiento jurídico (Hilpold P. y Piva P., 2021/1: 64).

Wendel señala el “carácter híbrido” de esta medida de revisión propuesta por el TCFA en tanto que comienza en derecho constitucional e, inevitablemente, termina en derecho comunitario. Dicho carácter,

[...] representa el problema conceptual básico del control *ultra-vires*. Desde el punto de vista del estándar de revisión «constitucional», si se emplean las gafas del derecho constitucional nacional, se producirá siempre una caricatura de la distribución de competencias comunitarias. El grado de distorsión de la perspectiva aumenta aún más, cuanto más se aventura el [TCFA] en la interpretación de cuestiones competenciales puntuales del [DUE]. En la misma medida aumenta, por lo tanto, el riesgo de una sobrecarga funcional y exceso competencial del [TCFA] (Wendel Mattias, 2017: 133).

De todos modos, cuando se le pidió que decidiera si la nueva organización del mercado del plátano<sup>84</sup> introducida por la UE violaba los derechos fundamentales de la LFB, con una nueva integración, el TCFA aprovechó la oportunidad para señalar que la sentencia *Maastricht* (1993) no significó un retorno *pre-Solange II*. Consiguientemente, no pretendía en absoluto que el propio TCFA recuperara el control de la protección de los derechos fundamentales, ahora protegidos en cooperación con Luxemburgo, debiendo en cambio ser interpretados en perfecta continuidad con los criterios desarrollados en *Solange II* (Hilpold P. y Piva P., 2021/1: 66).

Cuando no puede conseguirse la protección jurídica en el plano supranacional, se mantiene en la sentencia *Lisboa* (2009), el TCFA *verifica* si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos respetan el *principio de subsidiariedad* (artículo 5.3, TUE), o bien los *límites* de los derechos de soberanía

83 Sin resaltar en el original.

84 Cfr. STCFA de 7 de junio de 2000, *Plátanos* [BVerfGE 102, 147].

que tienen reconocidos en virtud del *principio de atribución singular y restringida de competencias*.

Para el TCFA, el ejercicio de dicha competencia de control, que está basada en el derecho constitucional, sigue el principio de apertura hacia el derecho europeo de la LFB, y no contradice por ello el principio de cooperación leal (artículo 4.3, TUE). De otro modo –concluye en este punto el TCFA–, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 (TUE), “no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva integración”. Consiguientemente, el *control de la identidad* posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 a 20 (LFB), declarados intangibles en el artículo 79.3 (LF): “De este modo, se asegura que la primacía del [DUE] *solamente rige en virtud de y en el marco de la aún vigente atribución constitucional*”<sup>85</sup>.

El alcance de la formulación de este control de la identidad constitucional se puede resumir en la afirmación de que el TCFA “garantiza de forma ilimitada y en el caso concreto, por la vía del control de la identidad, la protección de los derechos fundamentales que resultan indisponible de conformidad con el artículo 23, apartado 1, inciso tercero, en conexión con los artículos 79.3 y 1.1 LFB”<sup>86</sup>.

Los efectos de este control–que exclusivamente corresponde al TCFA– no son desconocidos por la sentencia *Lisboa* (2009), pueden conducir a que en el futuro el DUE “sea declarado inaplicable” en Alemania como efectivamente ocurrió con la sentencia *Weiss/PSPP* (2020)<sup>87</sup>. Por ello el TCFA, dirigiéndose al legislador alemán, afirma que es plausible la creación de un procedimiento adicional y específico ante la jurisdicción constitucional para el control *ultra vires* y para el control de la identidad, para asegurar el *deber* de las instituciones alemanas de dejar sin aplicar en casos concretos las normas jurídicas de la UE que sobrepasen sus competencias o que vulneren la identidad. Quizás por las características distorsionadoras que una regulación procesal constitucional de ese tipo tendría para las relaciones interordinamentales, hasta el presente los legisladores alemanes desoyeron el pedido de Karlsruhe.

Después de una expresión tan “celosa” de la protección de la soberanía nacional, como fue la sentencia *Lisboa* (2009), se esperaba con gran ansiedad la sentencia *Honeywell* (2010)<sup>88</sup> para comprobar si finalmente el TCFA *declararía inaplicable* un acto de la UE. Sin embargo, sin llegar a contradecir a ésta, se señala que el TCFA ha “matizado mucho su doctrina” (Véase Corti Varela, Porras Belarra, y Román Vaca n° 40, 2011: 828-829).

85 STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa*, [BVerfGE 123, 267; asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09], apartado 240. Sin resaltar en el original.

86 cfr. STCFA de 15 de diciembre de 2015, *Euroorden*, [2 BvR 2735/14], apartado 49.

87 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15].

88 STCFA de 6 de julio de 2010, *Honeywell* [2 BvR 2661/06].

La sentencia *Honeywell* (2010) está relacionada con la sentencia *Lisboa* (2009), como la sentencia *Banana Market* (2000) lo estaba con la sentencia *Maastricht* y, anteriormente, la sentencia *Solange II* con la sentencia *Solange I*. Si los jueces de Karlsruhe realmente hubieran dejado constancia de su “cripto-nacionalismo” en la sentencia *Lisboa* –se pregunta Menéndez– ¿acaso no era este un caso perfecto para orientar la jurisprudencia constitucional en un sentido más restrictivo frente al DUE? Sin embargo, en la sentencia que observamos, “apuntan en la dirección contraria” (Menéndez Agustín, 2011: 828-829).

Los recurrentes –mediante la interposición de un recurso de amparo– solicitaban al TCFA que invalidase las conclusiones de la sentencia *Mangold* (2005)<sup>89</sup> por haberse extralimitado el Tribunal de Justicia en sus competencias. Dicho de otro modo, solicitaban de los jueces de Karlsruhe que activara el ejercicio del control *ultra vires*.

El TCFA mencionó la posibilidad de llevar a cabo un control de actos *ultra vires* en violación al principio de atribución de competencias en la sentencia *Maastricht* (1993).<sup>90</sup> Sin embargo, en ésta no se fijaron las condiciones bajo las cuales se realizaría dicho control. Si bien en la sentencia *Lisboa* (2009) se estableció una primera aproximación a los criterios de fondo (“en el caso de que se excedan manifiestamente los límites en el ejercicio de las competencias por parte de la UE”), y de forma (“cuando no sea posible obtener protección jurídica a nivel de la UE”), nada se detalló sobre el contenido de ambos requisitos. Además, llama la atención que en la sentencia *Lisboa* se haya omitido mencionar que las extralimitaciones tenían que ser “generalizadas”, condición presente en la sentencia *Solange II* en relación con derechos fundamentales, lo que hacía entender que el TCFA podría aplicar su control *ultra vires* sobre actos de DUE aun ante casos aislados de extralimitación (Véase Martín y Pérez de Nanaclares n° 13, 2011: 125).

La falta de precisión sobre las condiciones que propiciarían el control *ultra vires*, así como la omisión en la sentencia *Lisboa* a cualquier tipo de cooperación entre los jueces de Karlsruhe y Luxemburgo, habían hecho de la sentencia *Honeywell* (2010) un esperado caso a través del cual esclarecer tales puntos oscuros. En este contexto, el TCFA afirma que, para que se declare inaplicable un acto comunitario, es preciso que las instituciones de la UE hayan realizado una “violación *suficientemente caracterizada*” del principio de atribución de

89 STJ 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04 [EU:C:2005:709] donde se interpretó que autorizar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años sin someterlos a mayores condiciones, por ejemplo, sin exigir que estos estuviesen previamente en situación de desempleo, si bien estaba dentro del margen de maniobra que daba la Directiva 1999/70/CE, no cumplía los requisitos del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE y, además, contravenía el principio general de no discriminación por razón de edad.

90 Se pueden mencionar antecedentes en la materia tales como la STCFA del 9 de junio de 1971 (con relación al carácter vinculante de las decisiones del Tribunal de Justicia) o la STCFA del 8 de abril de 1987 (respecto al valor de los actos de una organización internacional que recibe competencias transferidas en virtud del art. 24.1, LFB). En ambos casos se condiciona la validez jurídica de dichos actos a que los mismos se circunscriban al ámbito de competencias atribuidas.

competencias (requisito de fondo). Sin embargo, aun en el supuesto de que se considere que se cumplen las exigencias de fondo, no se podría realizar semejante declaración “sin plantear antes una cuestión prejudicial” ante el Tribunal de Justicia (requisito de forma). Esto último implicaría caracterizar el control que lleva adelante el TCFA como *subsidiario al supranacional*.

En opinión de Azpitarte Sánchez, esta necesaria intervención previa del Tribunal de Justicia va a modular sustancialmente el control del TCFA. Ya no se trata de contrastar el DUE frente a una serie de categorías normativas con alto grado de abstracción (vulneración competencial que afecta a los espacios reservados al Estado o propios del discurso democrático), sino de enjuiciar la razonabilidad de la aplicación del derecho por el Tribunal de Justicia. Por tanto, es tarea del TCFA distinguir este tipo de desplazamiento estructural (Azpitarte Sánchez, 2016: 957-959).

El TCFA, por otro lado, retoma el requisito de “extralimitación manifiesta” ya mencionado en la sentencia *Lisboa* (2009), pero lo vincula ahora a la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad extracontractual. Según la sentencia *Honeywell*, hay extralimitación manifiesta, cuando la violación al sistema de competencias es “suficientemente caracterizada” [*hinreichend qualifiziert*]. Esto implicaría a su vez dos requisitos acumulativos: que la violación sea manifiesta [*offensichtlich*] y que el acto tenga un impacto importante en la distribución de competencias entre los Estados miembros y la UE<sup>91</sup>.

La doctrina ha manifestado que, según este nuevo estándar, es extremadamente difícil que una sentencia del Tribunal de Justicia sea considerada una violación manifiesta. Para esta opinión, el TCFA “reconoce expresamente” no sólo la primacía del DUE sino también “el monopolio exclusivo del Tribunal de Justicia para interpretarlo”. Además, concede a los jueces de Luxemburgo un “amplio margen de maniobra en su papel de intérprete último” del DUE, el cual incluye la aplicación de principios generales que derivan de las tradiciones constitucionales. El único límite que conllevaría una violación manifiesta se daría si el Tribunal de Justicia, a través de interpretaciones totalmente desasociadas de los tratados o los principios generales, intentase “crear derecho”, alterando el equilibrio institucional de los tratados. Este sería, se concluye, por lo tanto, el “elemento clave” que demostraría que nos encontramos ante una violación manifiesta (Cfr. Corti Varela, Porras Belarra, y Román Vaca, 2011: 844).

Por su parte, para que se viole el principio de atribución de competencia, el acto en cuestión tendría que generar un “desequilibrio importante” en el sistema de atribución de competencias. Este *desequilibrio* podría darse bien porque se aumentase el alcance de las competencias transferidas más allá de sus límites, bien porque la UE se apropiase de otras que constituyen el núcleo esencial de la tradición constitucional de los Estados. Así el TCFA *distingue* claramente las diferencias entre control *ultra vires* y control de *identidad constitucional*. En la

91 STCFA de 6 de julio de 2010, *Honeywell* (2 BVR 2661/06), apartado 61.

medida en que la UE siga sin ser un Estado federal las instituciones europeas deben limitar su actuación a las competencias expresamente transferidas.

En el ejercicio de dicho papel el Tribunal de Justicia –afirma el TCFA– tiene derecho, bajo ciertos límites, a desarrollar el DUE siguiendo una “metodología del precedente”<sup>92</sup> y a sostener posturas interpretativas que, aunque difieran de la mantenida por el TCFA, resulten aceptables<sup>93</sup>. Es más, el Tribunal de Justicia tiene un “derecho a la tolerancia del error [*has a right to tolerance of error*]”<sup>94</sup>. Es decir, un caso aislado de extralimitación de las competencias atribuidas a la UE que sea tolerado por el Tribunal de Justicia no daría lugar a un control *ultra vires* por parte del TCFA.

Tal “margen de error”, en opinión de Menéndez, parece estar en cierta relación con la aceptación del desarrollo dinámico del sistema de competencias por parte del Tribunal de Justicia, sujeto al único límite de que no implique que los jueces de Luxemburgo se arroguen poderes legislativos de latitud e implicaciones políticas. Para el citado autor, la sentencia que comentamos afirma el principio estructural del control de constitucionalidad nacional del derecho comunitario derivado, pero el TCFA “crea un espacio constitucional de auto-contención” (Menéndez Agustín, 2011: 201).

Faraguna resalta, con relación a la sentencia *Honeywell* (2010), que el TCFA confirma su competencia al ejercer el control sobre los actos *ultra vires* de la UE: pero no antes de que el Tribunal de Justicia haya tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interpretación o validez de los actos en el trámite de la cuestión prejudicial. En caso de conflicto sobre la competencia, pues, la primera palabra (sobre los Tratados fundacionales) la tiene el Tribunal de Justicia, a quien el TCFA parece reconocer la “cortesía de la prejudicialidad”. Pero también se puede decir que la última palabra la tiene el TCFA (Faraguna Pietro, 2010). Ello quedó en evidencia en la sentencia *Weiss/PSPP* (2020).

La competencia del TCFA para el control de constitucionalidad que estudiamos, por lo tanto, es consecuencia directa de la afirmación de la supremacía de la “supra-Constitución material alemana”, cuya garantía está encomendada al TCFA como órgano de control de constitucionalidad. También es la consecuencia de que se afirme el mantenimiento en manos del Estado alemán de la “competencia sobre las competencias” y de que consiguientemente se niegue que la última palabra, jurídicamente hablando, se haya transferido a la UE y corresponda a su Tribunal de Justicia. En este caso, el reconocimiento de la supremacía del DUE implicaría la pérdida de supremacía de su propio fundamento de validez, la Constitución nacional, que tiene la específica función de garantizar. En una situación de desapoderamiento de esa faceta de la competencia sobre las competencias el TC nacional perdería buena parte de su específica función

92 STCFA de 6 de julio de 2010, *Honeywell* (2 BVR 2661/06), apartados 62-63.

93 *Idem*, apartado 66.

94 *Idem*.

y legitimidad como órgano jurisdiccional, sobre todo si a dicha situación no se ha llegado por la vía del ejercicio del poder constituyente que cediese de forma constitucionalmente correcta dicha competencia sobre las competencias (Véase Aláez Corral, 2012: 359-385).

En palabras de Voßkuhle -ex presidente del TCFA-, “lo que está más allá del alcance de la Constitución tampoco está abierto a la integración”. Los actos jurídicos europeos que afectan a este núcleo inalienable de la Constitución “no son aplicables en Alemania. Por lo tanto, la integración y la identidad están mutuamente vinculadas. Son dos caras de la misma moneda, dos valores que deben protegerse constitucionalmente y con arreglo a la legislación de la Unión, cuya salvaguardia y promoción van de la mano” (Voßkuhle Andreas, 2017: 112).

La vía procesal para ello son los procedimientos que se ubican dentro de la órbita de sus “competencias exclusivas”, o sea pueden ejercerse en el contexto de cualquier procedimiento destinado a determinar la legitimidad constitucional. Esto es un control normativo en abstracto [*abstrakte Normenkontrolle*], un control normativo en concreto [*konkrete Normenkontrolle*], pero también a través del recurso de amparo o queja de inconstitucionalidad [*Verfassungsbeschwerde*].

Sin embargo, el TCFA desea subrayar que los casos en los que el DUE puede considerarse inaplicables [*unanwendbar*] estarían estrictamente circunscritos a casos concretos. Es decir -en la evaluación del TCFA-, no correría peligro la aplicación uniforme del DUE. Violaciones al artículo 1 (LFB) -como las que se discuten en la sentencia sobre la *Euroorden* (2015)- sería muy raras. Ello dado que el artículo 6 (TUE), la CDFUE, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia “garantizan una protección efectiva de los derechos fundamentales”. Al mismo tiempo, el TCFA señala que su monopolio sobre el ejercicio del control -además de encontrar fundamento constitucional en el art. 100.2 LFB<sup>95</sup>, garantizaría la funcionalidad del DUE a través de una aplicación amigable del derecho europeo [*europarechtsfreundliche Anwendung*] del art. 79 LFB, evitando así el peligro de que los jueces comunes puedan liberarse de la aplicación del DUE.

Esta “cordialidad europea” -en palabras de Poli- es, en efecto, “más ostentosa que real”. Además, “la justificación ofrecida no es convincente”, ya que son precisamente los jueces comunes los que garantizan la prevalencia del DUE sobre el derecho nacional todos los días. Más bien, subyace en la dicho un intento mal disimulado del (TCFA) de “liberarse” del derecho europeo y del Tribunal de Justicia y “defender” la institución del control de la identidad, a pesar de que en el caso concreto no se encuentra violación a la misma. Citando a Schönberger, Poli concluye en que la categoría *Verfassungsidentität* elaborada por el TCFA es muy diferente a las de las identidades nacionales protegidas por el TUE en su artículo 4.2. Se configura, más bien, como una “fórmula de resistencia”

95 La norma citada dice: “Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión del Tribunal Constitucional Federal”.

[*Widerstandsformel*], que pesa y mantiene la tan codiciada competencia sobre la última palabra [*Letztentscheidungskompetenz*] (Poli María, 2016/3).

El control de la identidad -explica López Castillo-, permitiría al TCFA, con independencia de su eventual intervención al efecto de delimitar el alcance de una determinada atribución a la UE mediante el control de *ultra vires*,

[...] el establecimiento puntual de los límites constitucionales que, en todo caso (es decir, aun siendo ello resultado de una legítima, subsidiaria y no desproporcionada actuación o disposición normativa de la UE), obstarían la aplicación (es decir, pondrían en cuestión la efectividad y primacía) del DUE, en el concreto caso enjuiciado.

Este planteamiento, “en rigor supone una práctica negación de la efectividad y primacía del DUE” (López Castillo, 2017: 401).

La compatibilidad con el DUE del control de la identidad, además, en la sentencia sobre la *Euroorden* (2015) se referencia en las salvaguardias de derecho constitucional introducidas en numerosos otros Estados miembros para la protección de la identidad constitucional y los límites a la transferencia de derechos de soberanía a la UE. En este sentido, se destaca que la gran mayoría de los TTCC y TTSS de los demás Estados miembros de la UE comparten para su ámbito respectivo de competencias la concepción del TCFA de que la primacía (aplicativa) del DUE “no rige de manera ilimitada, sino que está sometida a los límites impuestos por el derecho (constitucional) nacional”. El TCFA menciona explícitamente la jurisprudencia dictada a este respecto por nueve altos tribunales europeos<sup>96</sup>.

Voßkuhle deja en claro los aspectos más conflictivos:

[...] la centralización de la protección de los Derechos Fundamentales en un solo tribunal sería contraria a la conceptualización de una comunidad jurídica federal con responsabilidades compartidas. Ello conduciría potencialmente a la *uniformidad* en diversas cuestiones jurídicas, desde la protección de datos al derecho de seguros pasando por el Derecho penal, *lo que no es totalmente compatible con el reparto de competencias* y, por tanto, es disconforme a la voluntad de los Estados miembros. Este «igualitarismo formalista» a través del derecho reduce los márgenes políticos de maniobra y se impondría a una *protección equilibrada*, que ha ido evolucionando históricamente, de los Derechos Fundamentales en los Estados miembros. Todo ello podría tener un efecto *bastante desintegrador y contrario a los objetivos de la Unión* (VOßKUHLE Andreas, 2017: 110).

<sup>96</sup> STCFA de 15 de diciembre de 2015, *Euroorden*, [2 BVR 2735/14], apartado 47. En concreto, se mencionan pronunciamientos judiciales de Dinamarca, Estonia, Francia, Italia, Letonia, Polonia, España, República Checa y Reino Unido.

La jurisprudencia del TCFA ha desarrollado tres supuestos de *reservas* a la primacía del DUE -escribe Rodríguez de Santiago-, que autorizan (y obligan) a ese tribunal a examinar actos nacionales de transposición o ejecución del DUE (nunca, directamente, actos de la UE) conforme a criterios derivados de la LFB: a) la que se refiere al control del *nivel de protección de derechos fundamentales*, b) la que responde a la extralimitación “evidente y estructuralmente relevante” en el ejercicio de competencias por parte de órganos de la UE (*ultra vires*), y c) la que se basa en la *salvaguarda* de la identidad constitucional alemana. Siempre “ha sido imprecisa la relación de esas tres reservas entre ellas”. En la sentencia *OMT* (2016)<sup>97</sup>, por ejemplo, el TCFA pareció reconducir el *ultra vires* y la identidad constitucional a un fundamento dogmático único. En la sentencia sobre el *PSPP* (2020)<sup>98</sup> el TCFA “se ha separado de ese camino y ha aplicado el control sobre el acto *ultra vires* con desconexión completa con respecto a la identidad nacional” (Rodríguez de Santiago, 2021: 307).

### 34. La entrada en escena de la CDFUE: su primacía no desplaza a la identidad constitucional [*Verfassungsidentität*]

En la sentencia *Solange II* (1986)<sup>99</sup>, el TCFA se había convencido de que el Tribunal de Justicia estaba en situación de *garantizar* en el ámbito de las entonces Comunidades Europeas un nivel de *protección* de los derechos fundamentales *equivalente* en lo esencial al que deriva de la LFB. Actuando en consecuencia, anunció que, por esa razón, a partir de entonces renunciaría a controlar directa o indirectamente la conformidad constitucional del derecho comunitario derivado. Al margen de otras fuentes de conflicto siempre activas entre Luxemburgo y Karlsruhe -por ejemplo, respecto a la forma en que las Instituciones comunitarias, incluido el Tribunal de Justicia, interpretaban y aplicaban las disposiciones competenciales de los Tratados-, lo cierto es que durante más de dos décadas en la jurisprudencia constitucional alemana desapareció la preocupación por el nivel de protección de los derechos fundamentales garantizado en el ámbito de la UE.

Hasta tiempos recientes -escribe Azpitarte Sánchez- había dominado el modelo de separación que quedó establecido desde los años setenta, con la inestimable contribución del TCFA y su doctrina *Solange*, montada sobre el fértil apoyo del Tribunal de Justicia e inspirada en la jurisprudencia del TEDH y las tradiciones constitucionales. Así las cosas, “la protección de los derechos fundamentales quedó dividida en dos esferas, cada una de ellas con su tribunal

97 STFA de 21 de junio de 2016 (Sala Segunda), *OMT* [2BvR 2728/13, 2BvR 2729/13, 2BvR 2730/13, 2BvR 2731/13, 2BvE 13/13].

98 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15].

99 STCFA de 22 de octubre de 1986, *Solange II* [BVerfGE 73, 339].

competente, si bien actuando en un magma compartido”. La sentencia sobre la *Euroorden* (2015)<sup>100</sup>,

[...] podría leerse como una *readaptación a los cambios*, de suerte que, junto a la tesis de la separación, se incorporaría ahora un nuevo modelo, al menos para la dignidad humana, que permitiría al TCFA superar la distinción de espacios, en el supuesto de que se afectase a la identidad constitucional, realizando entonces un juicio de razonabilidad” (Azpitarte Sánchez, 2016: 971) (ver *infra* 35).

El despliegue del ESLJ, junto a la entrada en vigor de la CDFUE y su creciente visibilidad jurisprudencial, impulsa en el Tribunal de Justicia una corriente de interpretación “federalizante”. Exponentes de dicha línea argumental son los asuntos *Åkerberg* (2013)<sup>101</sup> y *Melloni* (2013)<sup>102</sup>, los cuales no encontraron buena acogida en los jueces constitucionales<sup>103</sup>. En la segunda década del presente siglo, el TCFA da muestras de una renovada preocupación por el nivel de protección de los derechos humanos garantizado en el ámbito de la UE. Pero, sobre todo, procura la búsqueda de una *nueva posición estratégica* que le permita *influir* en la definición de ese nivel de protección. La aplicación e interpretación de la *euroorden* va a constituir entonces el campo de batalla donde los jueces de Karlsruhe -seguidos por otros TTCC- van a desplegar su persistente activismo jurisprudencial. Con ello se volvió a reconocer formalmente la admisibilidad del recurso de amparo, vía clausurada durante treinta años, para controlar decisiones por las que los poderes públicos alemanes ejecutan sin margen de apreciación las normas de la UE.

Sin embargo -aclara Arzoz Santisteban-, la reapertura del recurso de amparo no fue plena:

*Solange II* no fue revocada formalmente”. El recurso de amparo no se puede fundamentar en la pretendida vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales constitucionales protegibles por esa vía (como era posible hasta 1986), sino solo por un único motivo, si bien de contornos difusos, la *vulneración de la garantía constitucional de la dignidad humana* (Arzoz Santisteban, 2018: 116).

En la sentencia sobre la *Euroorden* (2015)<sup>104</sup>, el TCFA resolvió que la normativa europea incorporaba un nivel de protección *coincidente* con el que se desprende internamente del respeto de la dignidad humana y que resulta

100 STCFA de 15 de diciembre de 2015, *Euroorden*, [2 BVR 2735/14].

101 STJ de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg*, asunto C-617/10 [ECLI:EU:C:2013:105].

102 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107].

103 En la STCFA de 24 de abril de 2013, *Base de datos para combatir el terrorismo* [1 BvR 1215/07], se puso reparos a la interpretación expansiva del ámbito de aplicación de la CDFUE sentada en por el Tribunal de Justicia en el citado asunto *Åkerberg*.

104 STCFA de 15 de diciembre de 2015, *Euroorden*, [2 BVR 2735/14].

indisponible para las autoridades alemanas. En el caso concreto no fue necesario limitar la aplicación del DUE con el fin de proteger la identidad constitucional, y el marco regulador europeo de la euroorden se siguió aplicando con toda normalidad en Alemania, al igual que en los demás Estados miembros. No obstante, la nueva forma de control sobre el DUE quedó incorporada al arsenal del TCFA. Esta sentencia, se enmarca “en un denso contexto, caracterizado por la alta tensión constitucional que genera el régimen de aplicación de la llamada euroorden, según se pone de manifiesto en este recurso de queja por inconstitucionalidad”. Se trata de “una manifiesta expresión de inquietud” ante una jurisprudencia del Tribunal de Justicia “que se considera insatisfactoria” (Véase López Castillo, 2017: 387-388).

En el contexto de hechos similares a los tratados en el asunto *Melloni* (2013)<sup>105</sup>, donde el Tribunal de Justicia defiende su visión absoluta sobre la primacía del DUE, los jueces de Karlsruhe encontraron un terreno fértil para avanzar con su defensa del derecho a la última palabra en la interpretación del sistema de derechos desarrollado por la LFB.

### **35. ¿Una réplica al asunto *Melloni* (2013)?: ejerciendo el control de la identidad como garantía de la dignidad humana**

Aplicando los principios expuestos a la sentencia sobre la *Euroorden* (2015), el TCFA señala que la DM sobre la orden de detención europea “goza de primacía aplicativa en el ordenamiento jurídico alemán”. Refiriéndose directamente al asunto *Melloni* (2013) entiende que el Tribunal de Justicia ha reiterado que las autoridades judiciales de los Estados miembros solo pueden rechazar la ejecución de una orden europea en los supuestos expresamente previstos en la DM. Sin embargo, añade el TCFA, hasta la fecha no han desarrollado “los límites de la interpretación conforme” de la DM. Límites que si ha señalado el TC español -afirma-, tanto en la presentación de la cuestión prejudicial como posteriormente en su sentencia *n.º 26 de 2014* (ver cap. III)<sup>106</sup>.

105 En 1992 un ciudadano norteamericano fue condenado en ausencia en Italia a treinta años de cárcel por tráfico y posesión de cocaína. En 2014 fue detenido en Alemania como consecuencia de una orden de detención europea emitida por las autoridades italianas. En el procedimiento posterior de entrega el ciudadano detenido alegó que, de ser entregado a las autoridades italianas, conforme a derecho italiano no podría obtener una nueva valoración de los hechos. Con fecha de 7 de noviembre de 2014 el Tribunal Superior de Justicia del Land de Renania del Norte-Palatinado resolvió que la entrega era lícita. Esta decisión judicial fue objeto de un recurso de amparo. Mediante sentencia de 15 de diciembre de 2015, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal, admitió el recurso por vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana del demandante de amparo y, en consecuencia, anuló la decisión judicial y reenvió el asunto al órgano judicial para que procediera a examinar de nuevo si el Estado que solicita la entrega reúne las garantías procesales mínimas vinculadas a la dignidad humana.

106 Como se recordará el TC español refiere aquí a que en caso de que el DUE “en su desarrollo ulterior no fuera conciliable con la Constitución española, el mantenimiento de la soberanía del

En el asunto *Melloni* (2013) -destaca el TCFA- se afirmó que el artículo 53 (CDFUE) no autoriza a los Estados miembros a supeditar la entrega de una persona condenada en ausencia a la condición de que la condena pueda ser objeto de una revisión en el Estado solicitante<sup>107</sup>. Ahora bien, estas consideraciones, no eximen a las autoridades y jueces alemanes de la obligación de garantizar los principios del artículo 1.1 (LFB) también en la entrega para la ejecución de una orden de detención europea. Así, pues, el *principio de confianza mutua* que rige en el ámbito de la euroorden -y que en el asunto *Melloni* queda impregnado de una tonalidad absoluta confirmada luego por el dictamen n° 2/13-, queda limitado por la *garantía constitucional de la dignidad humana*. En esa medida recae sobre el órgano judicial el mencionado deber jurídico-constitucional de averiguación.

El TCFA se concentra en el control sobre la actuación del órgano judicial estatal, censurando que no haya dado la relevancia necesaria al mandato constitucional que ordena garantizar la dignidad humana. De esta manera -sostiene Azpitarte Sánchez-, “el control de la identidad constitucional acaba por convertirse en un juicio de la aplicación constitucionalmente adecuada” del DUE (Azpitarte Sánchez, 2016: 961-962).

Sin embargo, para el TCFA, en la sentencia sobre la *Euroorden* (2015) no es necesario acudir a la limitación de la primacía aplicativa de la DM que deriva del artículo 79.3 (LFB) en conexión con el artículo 1.1 (LFB), porque tanto la DM como la Ley alemana sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal que la transpone permiten una interpretación que tenga en cuenta las *garantías mínimas* de los derechos del acusado en caso de entrega que derivan del citado artículo 1.1 (LFB).

El deber de ejecutar una orden de detención europea para el TCFA, está limitado por el DUE según el cual ésta no debe ser ejecutada si no cumple con las exigencias de la DM o “si la entrega representa una vulneración de los derechos fundamentales de la Unión”. Por tanto, también desde la perspectiva del DUE el principio de *confianza mutua* no rige de forma ilimitada, por lo que el rechazo a una entrega derivada de una orden de detención europea para ejecutar una sentencia penal adoptada en ausencia puede estar justificado bajo determinadas condiciones.

En suma, se desprende de la sentencia sobre la *Euroorden* (2015) que las autoridades judiciales nacionales están facultadas y obligadas, cuando existan los correspondientes indicios, a comprobar el respeto de las exigencias del Estado de derecho, incluso cuando la orden de detención europea cumpla los requisitos formales de la DM. El DUE -según el TCFA-, no solo no está en contra de dichas averiguaciones, a cargo de las autoridades judiciales nacionales, sino que las exige. Un control judicial efectivo -en el sentido de los artículos 47 y 52.3

---

pueblo español y de la supremacía de la Constitución exigirían en última instancia abordar los problemas resultantes mediante los procedimientos constitucionales pertinentes” (STC español n° 26 de 13 de febrero de 2014, FJ 3”).

107 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartados 46 y 64

(CDFUE) y 6 y 13 (CEDH)- presupone, también desde la perspectiva del DUE, que el juez competente puede llevar a cabo las correspondientes averiguaciones, siempre que no se ponga en cuestión la eficacia práctica del sistema de entrega erigido mediante la DM.

¿No debería el TCFA, antes de emitir la sentencia sobre la *Euroorden* (2015), haber planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para que éste se expida sobre su interpretación del asunto *Melloni*? Según observamos, el TCFA declaró en su jurisprudencia anterior que el ejercicio del control de la identidad constitucional debía previamente escuchar a los jueces de Luxemburgo ¿Qué tiene de diferente este caso?

En un apartado relativamente breve, el TCFA excluye esta posibilidad. Señala que “la correcta aplicación del [DUE] es tan manifiesta que no hay espacio alguno para una duda razonable”<sup>108</sup>. A lo que agrega, que el DUE no entra en conflicto con la protección mínima de la dignidad humana de la LFB. La DM sobre la orden de detención europea no obliga a los jueces y autoridades alemanes a ejecutar una orden de detención europea sin verificar su compatibilidad con las exigencias que dimanarían del artículo 1.1 (LFB).

El TCFA no esconde su rechazo a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni*, sino que al parecer lo proclama solemnemente. Recordemos que en aquella sentencia se sostuvo que el artículo 53 (CDFUE) “debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor”. Para el TCFA, como vimos, ello *no exige a las autoridades y jueces alemanes* de garantizar los principios del artículo 1.1 (LFB) en una entrega para la ejecución de una euroorden<sup>109</sup>. El TCFA también se desvincula del valor preponderante asignado al *principio de confianza mutua* en el asunto *Melloni*<sup>110</sup>. Este principio, interpretado por Karlsruhe, no es más que una presunción *iuris tantum*, que puede destruirse si se alegan indicios de que, en el caso concreto, no se reúnen las garantías mínimas para la protección de la dignidad humana. Reformulado dicho principio en estos términos y habilitado el recurso de amparo ante el TCFA para cuestionarlo *pareciera ponerse en cuestión el sistema de armonización practicado en diversas materias dentro del ESLJ*. Sistema en el cual, si la regulación sustantiva es exhaustiva, y así ha sido declarado por el Tribunal de Justicia, no hay ya margen alguno para rechazar su aplicabilidad.

108 Se evoca así la doctrina del “acto claro” desarrollada en la STJ de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, asunto C-283/81 [EU:C:1982:335], apartado 16 y ss.

109 STCFA de 15 de diciembre de 2015, *Euroorden*, [2 BVR 2735/14], apartado 83.

110 El Tribunal de Justicia había afirmado que “poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco” vendría “a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco” (cfr. STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 63).

Arzoz Santisteban, en su comentario a la sentencia sobre la *Euroorden* (2015), mantiene que la determinación y la gravedad de las declaraciones que contiene, afectan a “elementos estructurales” del DUE (primacía y principio de confianza mutua). Al igual que a pronunciamientos importantes de la concepción del Tribunal de Justicia sobre la “eficacia” de la CDFUE. Todo ello sin plantear previamente una cuestión prejudicial reclamada en todo caso por el artículo 267 (TFUE), en conexión con la amenaza directa de ejercer en caso contrario el control de la identidad constitucional (Arzoz Santisteban, 2016: 138-139).

Poli, por su parte, sostiene que el TCFA parece animado más por el deseo de mantener su posición de máximo responsable de la toma de decisiones a toda costa, que por una necesidad real de preservar los “contra límites”. Por un lado, utiliza el concepto de control de la identidad para obtener su propio margen de maniobra en los ámbitos regulados por el DUE, reivindicando su propio derecho a la última palabra [*Letztentscheidungskompetenz*]. Por otro, rehúye un diálogo abierto con Luxemburgo (Poli M. Daniela, 2016/3).

### **36. La defensa del principio de confianza mutua no puede consentir violaciones a los derechos fundamentales: el asunto *Aranyosi* y *Căldăraru* (2016) ¿Una apertura del Tribunal de Justicia a las identidades constitucionales nacionales?**

Como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por un juez alemán<sup>111</sup>, el Tribunal de Justicia admitirá -por primera vez- una flexibilización del principio de confianza mutua en el ELSJ<sup>112</sup>. Este ámbito será el terreno donde el Tribunal de Justicia comenzará a revisar la rigidez de su defensa de la aplicación automática de dicho principio tal cual lo expuso en el asunto *Melloni* (2013) o el dictamen *nº 2/13* (2014). Los sistemas jurídicos asimétricos que presentan los Estados de la UE, asimetrías puestas en evidencia por la crisis del Euro y la crisis migratoria -representativas de las deficiencias sistémicas en materia de protección de derechos-<sup>113</sup>, es posible que hayan llevado a Luxemburgo a rever su dogmatismo.

En el asunto *N.S.* (2011), el Tribunal de Justicia estableció, por primera vez, que para que la UE y sus Estados miembros puedan respetar sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo,

111 Las personas detenidas habían denunciado para oponerse a la entrega a Rumania y Hungría -Estados emisores de las correspondientes órdenes de detención europea- las condiciones de reclusión en dichos Estados. Además de alegar la violación grave y persistente por un Estado miembro de los principios contemplados en el artículo 2 (TUE).

112 STJ de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198].

113 La crisis del *sistema de Dublín* de transferencia de solicitantes de asilo es un buen ejemplo.

[...] incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, *no trasladar a un solicitante de asilo al «Estado miembro responsable»* en el sentido del Reglamento n° 343/2003<sup>114</sup> cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 [CDFUE]<sup>115</sup>.

En el asunto *Jawo* (2019), el Tribunal de Justicia sigue esta línea interpretativa respecto al citado artículo 4, defendiendo que el mismo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a al traslado del solicitante de protección internacional, a menos que el órgano jurisdiccional que conozca de un recurso interpuesto contra la decisión de traslado

[...] aprecie, *sobre la base de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados y con respecto al estándar de protección de los derechos fundamentales que garantiza* el [DUE], la existencia de tal riesgo [se refiere al riesgo originado en las condiciones de vida que previsiblemente encontraría en ese Estado miembro como beneficiario de protección internacional] para dicho solicitante debido al hecho de que, en caso de traslado, se encontraría, al margen de su voluntad y de sus decisiones personales, en una situación de privación material extrema<sup>116</sup>.

Un cambio de rumbo similar se produce en materia de cooperación penal, siendo en este caso la crisis desencadenante la de la sobrepoblación de las cárceles en Hungría y Rumanía, documentada en las numerosas las sentencias condenatorias del TEDH por tratos inhumanos y degradantes a los presos<sup>117</sup>.

En los asuntos acumulados *Aranyosi-Căldăraru* (2016)<sup>118</sup>, el Tribunal de Justicia es consciente de la necesidad de relativizar su postura anterior dado el escenario en las prisiones y, a la vez, de no realizar una ruptura que suponga un bloqueo completo del sistema europeo de cooperación penal<sup>119</sup>. Es por ello

114 Actualmente remplazado por el Reglamento (UE) n° 604/2013.

115 STJ (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, *N.S.*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10 [EU:C:2011:865], apartado 94. Sin resaltar en el original. Véase también STJ (Gran Sala) de 14 de noviembre de 2013, *Puid*, asunto C4/11 [ECLI:EU:C:2013:740], apartado 30; y STJ (Gran Sala) de 10 de diciembre de 2013, *Abdullahi*, asunto C-394/12 [ECLI:EU:C:2013:813], apartado 60.

116 STJ (Gran Sala) de 19 de marzo de 2019, *Jawo*, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C:2019:218], apartado 99 3). Sin resaltar en el original.

117 Véase, entre otras, STEDH de 10 de marzo de 2015, *Varga y otros c. Hungría* [demanda nos. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, y 64586/13]; y STEDH de 24 de enero de 2012, *Mihai Toma c. Rumanía* [demanda n°. 1051/06].

118 STJ de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198].

119 El Tribunal Superior Civil y Regional de *Bremen* planteó al Tribunal de Justicia, ante Euroórdenes recibidas por parte de autoridades húngaras y rumanas, si es improcedente conforme a la

que comenzó refiriéndose al dictamen *nº 2/13* (2014) y a las “circunstancias excepcionales” que justificarían la limitación del principio de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros. Ante el carácter absoluto de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, el Tribunal de Justicia estableció –por primera vez- la posibilidad de que las autoridades del Estado de ejecución de una Euroorden no solo examinen la protección de los derechos fundamentales del Estado emisor, sino también la posibilidad de suspenderla y, en los casos en los que no se excluya en riesgo de violación del derecho en cuestión, de denegar la ejecución de la Euroorden<sup>120</sup>.

A la hora de realizar dicho control por el Estado de ejecución, la sentencia incluye un test de control dividido en dos pasos que procura conseguir un equilibrio entre la protección de los derechos y la efectividad del reconocimiento mutuo en materia penal. Este test no solo se inspira en la jurisprudencia *N.S.* (2011), sino que además lo mejora en términos sustantivos y procedimentales. La primera parte del test consiste en la constatación de un “riesgo genérico” de violación de los derechos fundamentales (de deficiencias sistémicas o generalizadas en el Estado emisor). Una vez constatado el riesgo, la segunda parte del test consiste en la individualización del riesgo en la persona concreta cuya detención y entrega se solicita.

Si, a la luz de la información y de cualquier otra información de la que disponga la autoridad judicial de ejecución, ésta constata que existe un riesgo real de que la persona que es objeto de una orden de detención europea sufra un trato inhumano o degradante, “deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse”.<sup>121</sup> Inclusive puede llegar a rechazarse: “*Si la existencia* [del riesgo en cuestión] *no puede excluirse en un plazo razonable, la mencionada autoridad deberá decidir si procede poner fin al procedimiento de entrega*”<sup>122</sup>.

Las distintas crisis que están sufriendo los derechos fundamentales en los Estados miembros, escribe Anagnostaras, han traído consigo un estado de desconfianza a la hora de cooperar en materia penal. Este cambio de circunstancias, ha llevado al Tribunal de Justicia a adaptar su jurisprudencia de manera que ya no nos encontramos ni ante una ejecución mecánica de las Euroórdenes ni ante una “confianza ciega”, sino ante una “confianza mutua” que debe ser ganada por los Estados miembros a través de la protección de los derechos fundamentales (Véase, Anagnostaras, 2016: 1675-1704).

---

Decisión Marco relativa a la orden de detención europea entregar a una persona cuando “existan razones de peso para creer que las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor vulneran los derechos fundamentales de la persona interesada” y, en tal caso, si puede condicionarse la entrega a la constitución de unas garantías relativas a la reclusión.

120 STJ (GS) de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apartado 104.

121 *Idem*, apartados 94-98.

122 *Idem*, apartado 104.

### 37. El control de constitucionalidad del TCFA sobre la política financiera del Banco Central Europeo (BCE): debut en Luxemburgo y debate sobre el control de identidad

Dos de los programas de compra de valores públicos aprobados por el BCE desde el comienzo de la crisis de la deuda soberana han dado lugar a dos conocidos conflictos sobre los que se han pronunciado en paralelo el Tribunal de Justicia y el TCFA.

En el primer caso -el segundo se trata más adelante (ver *infra* 38)-, planteado ante el TCFA contra el programa denominado *Outright Monetary Transactions* (OMT), aquél formuló su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El OMT nunca llegó a ejecutarse, porque solo su presentación ya tranquilizó a los mercados financieros y determinó una subida de las bolsas y el mantenimiento de tipos de interés bajos en la eurozona.

En la sentencia *Gauweiler y otros* (2016)<sup>123</sup>, el TCFA resuelve varios recursos de amparo interpuestos frente a una pluralidad de decisiones, acciones y omisiones de diversas instituciones europeas y alemanas, entre otras, del Gobierno y del Parlamento Federal relacionadas con la decisión del Consejo del BCE relativa a la adquisición ilimitada de préstamos de determinados Estados miembros en el mercado secundario (el programa *OMT*). Los motivos de impugnación incluían tanto el exceso competencial de la UE -para hacer frente a la crisis del euro- como la vulneración de la identidad constitucional. Los recursos de amparo fueron parcialmente inadmitidos y desestimados en cuanto al resto. Antes de resolver, la Sala planteó la primera cuestión prejudicial promovida ante el Tribunal de Justicia en la historia del TCFA<sup>124</sup>.

Las *dudas* que se trasladan al Tribunal de Justicia tienen que ver con que, el TCFA, considera el programa OMC contrario a los Tratados fundacionales. Primero, los jueces de Karlsruhe preguntan si dicho programa constituye más bien una medida de *política económica*, fuera por tanto del alcance del mandato del BCE, y no de *política monetaria*. Segundo, cuestionan que la referida medida respete la *prohibición de financiación monetaria* recogida en el artículo 123.1 (TFUE)<sup>125</sup>.

123 STFA de 21 de junio de 2016 (Sala Segunda), *OMT* [2BvR 2728/13, 2BvR 2729/13, 2BvR 2730/13, 2BvR 2731/13, 2BvE 13/13].

124 Mediante resolución de 14 de enero de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de febrero de 2014.

125 La norma en cuestión afirma: "Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo «bancos centrales nacionales», en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales".

Para el Abogado General interviniente Cruz Villalón, las preguntas formuladas por los jueces de Karlsruhe “suscitan dificultades interpretativas de primer orden”. En lo que aquí interesa, dicho parecer identifica el problema central que no es otro que la disputa por el derecho a la última palabra. Sostiene Cruz Villalón que el TCFA:

[...] plantea la cuestión prejudicial en el marco de lo que califica como un control *ultra vires* de actos de la Unión, con repercusión en la «identidad constitucional» de la República Federal de Alemania. El [TCFA] parte de la apreciación inicial de que el acto del BCE cuestionado es ilegal con arreglo al Derecho constitucional nacional, e incluso con arreglo al [DUE], pero, antes de seguir adelante en su apreciación, lo remite al Tribunal de Justicia para que éste lo enjuicie desde la perspectiva del [DUE]<sup>126</sup>.

El contenido mismo del texto de la cuestión prejudicial presenta particularidades<sup>127</sup> de la que surgen, en palabras de Cruz Villalón, una “dificultad «funcional»” que –en virtud de su importancia– el mismo desarrolla como cuestión preliminar. Especial atención merecen los puntos<sup>128</sup> en los cuales, el TCFA, desarrolla el alcance de su propia jurisprudencia vinculada a la materia<sup>129</sup>. Los mismos contienen “apreciaciones que no pueden considerarse menores”. El Abogado General –ex presidente del TC español– resume dichas apreciaciones de los jueces de Karlsruhe: la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión planteada respecto de un determinado acto de la UE,

[...] no tiene que ser, necesariamente, un elemento determinante en la resolución de los procesos *a quo*. Por el contrario, una vez superado en su caso el parámetro constituido por el [DUE], otro parámetro de validez, a cargo del [TCFA], podría serle eventualmente aplicado a ese mismo acto litigioso: la propia Constitución nacional<sup>130</sup>.

De manera más precisa,

126 TJ, conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015 en el asunto C 62/14 [ECLI:EU:C:2015:7], apartado 5.

127 La resolución de remisión (por la que se plantea la cuestión prejudicial) tiene la peculiaridad, escribe el abogado general, “de dedicar un extenso apartado introductorio a las disposiciones y a la jurisprudencia nacionales, consideradas pertinentes. Dicha peculiaridad no reside, desde luego, en la cita de las disposiciones nacionales, en este caso un corto número de preceptos constitucionales (los artículos 20, 23, 38, 79 y 88, LF), sino en la presentación por extenso de la jurisprudencia del [TCFA] *sobre el fundamento y los límites constitucionales de la integración de la República Federal de Alemania en la Unión Europea*” (TJ), conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015 en el asunto C 62/14 [ECLI:EU:C:2015:7], apartado 30).

128 TCFA, resolución de 14 de enero de 2014, puntos 17 a 32.

129 Básicamente se refieren a la STCFA de 12 de octubre de 1993, *Maastricht* [BVerfGE 89, 155], de 30 de junio de 2009, *Lisboa* [BVerfGE 123, 267], y de 6 de julio de 2010, *Honeywell* [2 BVR 2661/06].

130 TJ, conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015 en el asunto C 62/14 [ECLI:EU:C:2015:7], apartado 33.

[...] tal parámetro constitucional de enjuiciamiento sucesivo por parte del [TCFA] estaría integrado tanto por el contenido inmutable de la Constitución nacional («identidad constitucional», reconducida al artículo 79.3 [LFB]), como por el principio de atribución de competencias (con las lógicas consecuencias para los actos de la Unión efectuados «ultra vires», implícito en el artículo 23.1 [LFB]). Ambos parámetros constitucionales, lejos de ser excluyentes uno del otro, podrían reforzarse mutuamente, como parece ocurrir en el caso planteado. Y tales parámetros de validez (los llamados «control de la identidad» y «control ultra vires»), por definición, sólo podrían ser aplicados por el propio [TCFA]<sup>131</sup>.

No debe extrañar entonces, como también lo señala el Abogado General, que varios Estados intervinientes en el proceso (Países Bajos, Italia y España) hayan cuestionado o incluso negado, con diversa rotundidad, la admisibilidad de la cuestión prejudicial<sup>132</sup>. Ello alegando la citada cuestión prejudicial no es un mecanismo procesal dirigido a facilitar a los órganos jurisdiccionales nacionales un control de validez de los actos de la UE llevado a cabo *por ellos mismos*, como en el caso en cuestión, sino a *garantizar* que dicho control se realiza ante el órgano jurisdiccional exclusivamente competente o sea el Tribunal de Justicia: “Si el órgano jurisdiccional nacional se *reservara la última palabra en relación con la validez de un acto de la Unión, la cuestión prejudicial tendría en tal caso un carácter meramente consultivo*, viendo así desvirtuada su función en el sistema de recursos previsto por los Tratados”<sup>133</sup>. Un tribunal nacional, razona Cruz Villalón, no debería poder acudir ante los jueces de Luxemburgo formulando una cuestión prejudicial si esa remisión incorpora ya, consustancial o conceptualmente, la “hipótesis del apartamiento efectivo de la respuesta recibida”. Y no

131 Ídem, apartado 34.

132 El gobierno italiano, por caso, sostiene que los jueces de Luxemburgo no pueden examinar la presente petición de decisión prejudicial, ya que el órgano jurisdiccional remitente “no reconoce un valor interpretativo definitivo y vinculante a la respuesta que el Tribunal de Justicia [TJUE] de dicha petición. En efecto, dicho Gobierno considera que el órgano jurisdiccional remitente estima que es a él a quien le corresponde la responsabilidad última de pronunciarse sobre la validez de las decisiones de que se trata, teniendo en cuenta las condiciones y los límites que establece la [LFB]” (véase STJ de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, asunto C62/14 [ECLI:EU:C:2015:400], apartado 11). El Tribunal de Justicia se ha declarado incompetente para pronunciarse cuando el órgano jurisdiccional remitente no esté obligado a seguir su interpretación: “no es competente para dar, en materia prejudicial, respuestas que tengan un efecto meramente consultivo” (véase, en este sentido, STJ de 28 de enero de 1995, *Kleinwort Benson*, asunto C346/93 [ECLI:EU:C:1995:85], apartados 23 y 24). Sin embargo, el Tribunal de Justicia avanzó sobre la cuestión prejudicial planteada por el TCFA al entender que las circunstancias allí presentadas “son claramente diferentes de las del asunto en que se dictó la sentencia *Kleinwort Benson*), ya que la petición de decisión prejudicial se refiere aquí directamente a la interpretación y a la aplicación del [DUE], lo que implica que la presente sentencia tiene consecuencias concretas para la solución del litigio principal” (cfr. STJ de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, asunto C62/14 [ECLI:EU:C:2015:400], apartado 14).

133 TJ, conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015 en el asunto C 62/14 [ECLI:EU:C:2015:7], apartado 35. Sin resaltar en el original.

podría hacerlo porque ése no es un supuesto que pueda considerarse comprendido en el artículo 267 (TFUE)<sup>134</sup>.

De cualquier forma, en virtud de la dificultad “funcional” que presenta la cuestión prejudicial, el Abogado General interviniente recomienda su tratamiento al Tribunal de Justicia. No podría razonarse de otra manera, pues, *lo que está en juego es el papel de intérprete final del derecho de la UE desarrollado desde los orígenes del ordenamiento comunitario por los jueces de Luxemburgo*.

De este modo, tratando el fondo de la cuestión, Cruz Villalón señala que el órgano jurisdiccional remitente parece dar a entender, siempre en el ámbito del control *ultra vires*, que “su parámetro o canon de enjuiciamiento del acto litigioso podría ser distinto al que corresponde al Tribunal de Justicia («podrían no ser completamente concordantes»)” . Ello, siempre según el Abogado General, tendría la consecuencia de hacer hasta cierto punto distinto el litigio ante el TCFA del previo proceso ante el Tribunal de Justicia. No obstante, “tanto la cautela con la que el [TCFA] se expresa como el carácter de los argumentos que avanza, me inclinan a pensar que, materialmente, el parámetro del control *ultra vires* sería en buena medida el mismo”<sup>135</sup>.

Ahora bien, no ocurriría lo mismo tratándose del “control de la identidad” promovido en la cuestión prejudicial por los jueces de Karlsruhe. El TCFA

[...] propone literalmente que «en el marco de la relación de cooperación existente corresponde al Tribunal de Justicia la interpretación de la medida. Al [TCFA] corresponde en cambio la determinación del contenido nuclear irrenunciable de la identidad constitucional, así como la comprobación de si la medida (tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia) interfiere en ese contenido nuclear»<sup>136</sup>.

La respuesta que propone el Abogado General alude, en primer lugar, a que parece una tarea poco menos que imposible la de preservar la UE, tal como hoy la tenemos, si se la pretende someter “a una *absoluta reserva, apenas especificada y prácticamente a la libre disposición de cada uno de los Estados*, plasmada en una categoría llamada «identidad constitucional», tanto más si se la proclama como diferente de la «identidad nacional» situada en el artículo 4 TUE, apartado 2”<sup>137</sup>.

[Una tal] «reserva de identidad», autónomamente configurada e interpretada por los órganos competentes, frecuentemente jurisdiccionales, de los Estados miembros, cuyo número apenas debe recordarse que se sitúa hoy día

134 Ídem, apartado 36.

135 Ídem, apartado 53.

136 Ídem, apartado 56.

137 Ídem, apartado 59. Sin resaltar en el original.

en los 28 [en la actualidad 27], *dejaría muy probablemente al ordenamiento de la Unión en una posición residual, al menos en términos cualitativos*<sup>138</sup>.

En segundo lugar, recuerda Cruz Villalón, el Tribunal de Justicia ha operado desde muy antiguo con la categoría de las *tradiciones constitucionales comunes* de los Estados miembros a la hora de buscar inspiración en la construcción del sistema de valores sobre los que la UE se asienta. En particular, en estas tradiciones constitucionales comunes el Tribunal de Justicia,

[...] ha buscado, de forma muy preferente, asentar una propia cultura de derechos, la cultura de derechos de la Unión. La Unión *ha adquirido así el carácter, no sólo de una comunidad de Derecho, sino también de una «comunidad de cultura constitucional»*. Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del [DUE] debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros<sup>139</sup>.

El Abogado General concluye su intervención con una invocación al *principio de cooperación leal*. Este principio, sostiene Cruz Villalón, se aplica también a los tribunales, o sea tanto al Tribunal de Justicia como a los tribunales nacionales. Esta *lealtad mutua* resulta tanto más urgente en aquellos casos en los que un tribunal supremo de un Estado miembro, en el ejercicio responsable de sus competencias constitucionales, y sin entrar en otras consideraciones, plantea lealmente su inquietud ante una decisión determinada de un órgano de la UE. Ese principio de cooperación leal “obliga desde luego al tribunal nacional, siendo parte de su propia responsabilidad el darle forma y efecto”<sup>140</sup>. En lo que hace al Tribunal de Justicia, Cruz Villalón entiende que dicho principio lo obliga de doble manera.

En primer lugar, y de manera sustantiva, le obliga a responder con la máxima lealtad posible a una cuestión planteada a su vez con toda lealtad, sobre ello no cabe albergar la menor duda. En particular, si, al exponer en qué medida el acto en cuestión le plantea muy serias dudas de validez o de interpretación, el tribunal nacional se ha mostrado particularmente explícito en su lenguaje, ello habrá de ser interpretado como expresión de su nivel de preocupación al respecto<sup>141</sup>. En segundo lugar, el principio de cooperación leal exige por parte del Tribunal de Justicia un particular esfuerzo dirigido a ofrecer una respuesta de fondo a la cuestión planteada, más allá de todas las dificultades a las que se ha hecho abundante referencia.

138 Ídem, apartado 60.

139 Ídem, apartado 61. Sin resaltar en el original.

140 Ídem, apartado 64.

141 Ídem, apartado 64.

Esto implicaría por parte del Tribunal de Justicia situarse en una determinada hipótesis respecto de la suerte final de su respuesta<sup>142</sup>. En el caso en cuestión,

[...] esta hipótesis consistiría en no descartar de entrada, e incluso confiar en que el tribunal nacional, a la vista y en consideración de la respuesta recibida por el Tribunal de Justicia, y sin perjuicio del ejercicio de su propia responsabilidad, asumiría como determinante en los procesos *a quo* la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión planteada. La cooperación leal incorpora un elemento de confianza, y esa confianza puede tener particular sentido en el presente caso. Hay que tener en cuenta que la presente cuestión prejudicial aparece configurada por el [TCFA] en unos términos que permiten al Tribunal de Justicia confiar, dentro de los límites de lo razonable, en que aquél asumirá como suficiente y definitiva la respuesta recibida, pudiendo bastar por sí misma para que aquél disponga de los parámetros suficientes a fin de dar respuesta a las pretensiones formuladas en los procesos *a quo*<sup>143</sup>.

Los jueces de Luxemburgo en su respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por el TCFA<sup>144</sup>, superan las trampas conceptuales y claramente evitan la confrontación. Vencen así la tentación de recoger el guante y batirse a un duelo dialectico con los jueces de Karlsruhe sobre quién tiene la última palabra. Ello difícilmente hubiera aportado a una cohabitación pacífica dentro de la Comunidad de intérpretes finales que ambos tribunales integran. El Tribunal de Justicia se limita a recordar que es “inconcebible” que un Tribunal nacional incumpla alguna de sus sentencias, en especial, las referidas a cuestiones de interpretación del DUE.

### **38. La sentencia OMT (2016) del TCFA: el conflicto por el control *ultra vires* sigue latente**

Un año después de la sentencia del Tribunal de Justicia en vía prejudicial, el TCFA dictó su sentencia *OMT* (2016) en el pleito constitucional<sup>145</sup>. En línea con lo resuelto por el Tribunal de Justicia en el asunto *Gauweiler* (2015) al contestar la cuestión prejudicial planteada, el TCFA entiende que dicho programa: a) no excede “manifiestamente” los poderes que el Tribunal de Justicia atribuye al BCE y Eurosistema; b) no presenta una amenaza constitucionalmente relevante a los derechos de decisión presupuestaria del Parlamento y Gobierno alemanes; c) la ausencia de reclamación contra el programa OMT ante el Tribunal de Justicia por parte del Gobierno o del Parlamento alemanes no viola los derechos

142 Ídem, apartado 65.

143 Ídem, apartado 67.

144 STJ de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, asunto C62/14 [ECLI:EU:C:2015:400].

145 STFA de 21 de junio de 2016 (Sala Segunda), *OMT* [2BvR 2728/13, 2BvR 2729/13, 2BvR 2730/13, 2BvR 2731/13, 2BvE 13/13].

democráticos de los ciudadanos alemanes; y d) es inadmisibile la demanda ante el TCFA por parte de particulares impugnando actos de una Institución europea.

El TCFA acepta que el Tribunal de Justicia está en su pleno y exclusivo derecho de determinar cuándo y en qué condiciones no existe un manifiesto *ultra vires* en los actos de las Instituciones europeas, al ser ello de su exclusiva competencia según los Tratados fundacionales de la UE. No obstante, aunque acepta las consideraciones de los jueces de Luxemburgo en el asunto *Gauweiler* (2015), el TCFA no puede dejar sin explicitar en sus considerandos los defectos que encuentra en dicha sentencia, principalmente los dos siguientes. Primero, que el Tribunal de Justicia es simplista en la categorización del programa OMT como “política monetaria” y no valora críticamente los argumentos que apoyan su efecto en la “política económica” de los Estados, por lo que tiene al menos una *naturaleza mixta*, monetaria y económica. Segundo, que el Tribunal de Justicia no aplica una “interpretación restrictiva” a los poderes conferidos por el TFUE al BCE, que -a juicio del TCFA- es necesaria al tratarse de una institución no democrática.

El TCFA concluye en que, aunque ni el Parlamento ni el Gobierno alemanes tengan una obligación de actuar contra el programa OMT, al no ser manifiestamente *ultra vires*, se les impone la obligación de monitorizar activamente cualquier ejecución de dicho programa, con objeto de asegurar el cumplimiento de las condiciones establecidas por el Tribunal de Justicia para no calificar de manifiestamente *ultra vires* el programa OMT. Además, el Bundesbank solo puede participar en un programa OMT en la medida en que sus condiciones incluyan las definidas por el Tribunal de Justicia para asegurar su compatibilidad con los Tratados fundacionales de la UE.

En opinión de Wendel, este caso, “ilustra cuál es el papel central que juega el reconocimiento recíproco de márgenes de apreciación. La concesión multi-nivel de márgenes de apreciación es una de las técnicas decisivas que aseguran la viabilidad de funcionamiento de una unión de Tribunales comunitarios”. El Tribunal de Justicia y el TCFA

[...] se confiesan mutuamente -y por sus respectivos ámbitos competenciales- decisiones o márgenes de apreciación, ya sea con vistas a la clasificación constitucional federal de la propuesta, ya sea respecto de la autonomía del Tribunal de Justicia vinculado a los métodos tradicionales de interpretación del Derecho comunitario de los Estados miembros (Wendel Mattias, 2017: 161).

En lo “ambivalente y equívoco” de su discurso -escribe López Castillo-, el tenor de las directrices de la sentencia *OMT* (2016) del TCFA “denota cierta falta de candor”. Al tiempo que declara la inadmisibilidad de las pretensiones directamente deducidas contra las actuaciones del BCE y desestima las pretensiones admitidas a trámite,

[...] la sala persiste en su línea (entre conceptista y mañosa) de reinterpretación de la «cláusula Europa», en esa deriva unilateralista (entre ius internacional

y confederal), característica de su jurisprudencia ius europea de «entre siglos», mediante reafirmación de su reserva de jurisdicción de control (en la doble vía de *ultra vires* e identidad constitucional) de la responsabilidad por la integración de los órganos constitucionales, a instancia de los ciudadanos. Con ello, no se trataría tanto de reafirmar una supremacía de la Constitución que, en lo sustancial, no estaría en discusión como de ampliar su perímetro de intangibilidad, mediante un utillaje conceptual que, caso mediante, ayuda a configurar su alternativa concepción de la interrelación del derecho nacional (alemán) con el DUE (López Castillo, 2017: 348).

La intervención unilateral de un órgano nacional, aunque esté motivada por el deseo de garantizar el respeto de los Tratados fundacionales, “aparece intrínsecamente incompatible con la *lex communis* que todos han optado por aceptar juntos (en este caso, el artículo 19 TUE y su consecuencia natural) y, por tanto, en última instancia con el principio de igualdad de los Estados miembros”. Estas consideraciones están perfectamente alineadas con la “visión monista y federalista” del Tribunal de Justicia que, quizás, no todos los Estados miembros (y los TTCC y TTSS de estos últimos) comparten, “pero en la actualidad no parecen existir alternativas válidas a esta solución, bajo pena que se desate el caos”. En definitiva, si bien no se puede excluir (ni sería deseable ciertamente) el derecho de los TTCC de los Estados miembros a expresar una crítica constructiva a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, particularmente en un sector delicado como el de reparto de competencias donde la función la función nomofiláctica de Luxemburgo deja a muchos insatisfechos, “se debe tener en cuenta, sin embargo, que los modos y las formas utilizadas por Karlsruhe resultan en concreto fuertemente criticables, y en definitiva, inaceptables” (Hipold P. y Piva P., 2021/1: 80).

El tiempo no tardará en demostrar como este discurso hostil hacia la primacía del DUE y de su intérprete final, terminará por horadar la tradición dialogante impulsada en la construcción de una identidad constitucional nacional. Para terminar radicalizándose dando lugar al soberanismo constitucional y su vocación rupturista y antisistémica.

## CAPÍTULO V

# EL QUIEBRE DE LA TRADICIÓN DIALOGANTE Y LA DERIVA AUTORITARIA

*To the extent that the Federal Constitutional Court finds an act of institutions, bodies, offices, and agencies of the European Union to exceed the limits set by the European integration agenda (Integrationsprogramm) in conjunction with Art. 23(1) second sentence and Art. 20(2) first sentence GG, this ultra vires act does not partake in the precedence of application of EU law (Anwendungsvorrang).*

*As a result, the ultra vires act is not to be applied in Germany, and has no binding effect in relation to German constitutional organs, administrative authorities, and courts.*

*These organs, courts and authorities may participate neither in the development nor in the implementation, execution or operationalisation of ultra vires acts*

(STCFA de 5 de mayo de 2020,  
Weiss/PSPP, apartado 234)

### **39. Una identidad constitucional nacional con una finalidad destructiva-rupturista que niega los valores y principios del Estado de derecho**

La construcción de una identidad constitucional propia de la UE se funda, como observamos (ver *supra* capítulo III), en un conjunto de valores y principios comunes resumidos en el artículo 2 (TUE)<sup>1</sup>. El Estado de derecho actúa aquí como continente, representa el acuerdo básico fundamental a partir del cual fue evolucionando el proceso de integración europea. La construcción de una identidad constitucional nacional, por su lado, no se concibió como un instrumento para poner en duda dichos principios y valores. Con la

<sup>1</sup> La norma citada dice: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

consolidación de una tradición dialogante, las divergencias se plantean sobre los niveles de protección de los derechos, o bien sobre la posible actuación *ultra vires* de las Instituciones comunitarias. En este contexto, difícilmente se hubiera invocado en contra del Estado de derecho referenciado en el DUE.

Particularmente preocupante -escribe Scholtes-, es que el “lenguaje de la identidad” parece especialmente atractivo para los gobiernos de Estados parte de la UE que encaran derivas autoritarias. Debido a que el concepto discute con consideraciones de cultura constitucional -o de otro tipo-, pareciera que se “incrusta fácilmente en un suelo nacionalista” permitiendo reforzar puntos de vista ideológicos que van en contra de los ideales de la integración europea. Los TTCC, no debieran confiar en una noción tan “contaminada con ideas nacionalistas”. Estos temores se confirman con la forma en que los gobiernos autoritarios ya han abusado de la identidad constitucional en Europa para “justificar la erosión de la legalidad transnacional” y el divorcio con los valores del Estado de derecho. Scholtes toma como ejemplo al TC húngaro, el cual defiende que tiene derecho a revisar el DUE para verificar su conformidad con la identidad constitucional de Hungría. Este TC se involucra -ya vimos- en una construcción “algo idiosincrásica de la identidad constitucional”, definiendo “el concepto de identidad constitucional como la propia identidad de Hungría”, pero negándose a identificar cualquier disposición constitucional específica que deba ser especialmente protegida. En términos generales, este recorrido no parece diferir a la de otros intérpretes constitucionales. Sin embargo -apunta Scholtes-, las diferencias “radican en el contexto”. El TC húngaro “estaba influenciado [*packed*] por el Gobierno”. Hungría, en este sentido, “es uno de los principales ejemplos de constitucionalismo antiliberal que emerge en Europa y en otros lugares. Su característica central, es vaciar de contenido al núcleo de las instituciones liberales, mientras conserva su caparazón como un manto para cubrir el autoritarismo”. En estas circunstancias -concluye Scholtes-, “la identidad constitucional ya no puede verse como un medio para entablar un diálogo judicial de buena fe sobre los límites del [DUE]. Más bien, se convierte en un instrumento que se esgrime en contra del [DUE] a capricho del Gobierno [*government’s whim*]”. De manera similar, el Gobierno polaco “estaba ansioso por invocar la identidad constitucional en defensa de su reforma judicial fuertemente criticada, influenciando ilegítimamente sus tribunales superiores” (Scholtes Julian, 2021: 545-546).

En un contexto de abusos del concepto Scholtes resalta, sin embargo, su valor. Las “apropiaciones populistas y autoritarias de la identidad constitucional no deben verse como la consecuencia lógica del uso de un concepto inherentemente peligroso. Mientras persista el problema del populismo autoritario en Europa, éstos buscarán integrarse a los discursos constitucionalistas con fines de legitimación”. Si el lugar conceptual de la identidad constitucional desapareciera, “la próxima frontera conceptual, ya sea la de las tradiciones constitucionales comunes o cualquier otra, podría proporcionar la misma utilidad para los argumentos abusivos como lo haría una identidad constitucional”. Estos

argumentos “operan desde un plano conceptual distorsionado y modificado para llegar a un concepto radicalizado de identidad constitucional que permite afirmaciones abusivas” (Scholtes Julian, 2021: 557-556).

Lo que se describe es parte de un proceso -potenciado en los últimos años- de radicalización del discurso identitario que ha permitido instalar las ideas del soberanismo constitucional. En este proceso, la responsabilidad mayor corresponde a las ideas del TCFA las cuales han favorecido -y favorecen-, probablemente a causa de su lenguaje confrontativo con el Tribunal de Justicia, la exaltación de un nacionalismo constitucional.

En lo que significa una deformación de su sentido original, la identidad constitucional nacional termina siendo el *refugio* de quienes niegan los valores y principios del Estado de derecho a partir de los cuales se logra el *consenso fundacional* que lleva a la UE (cfr. art. 2, TUE). Defendiendo ideas tales como que, la organización del poder judicial, es “competencia exclusiva” de los Estados y ajena, por tanto, al DUE y a la competencia del Tribunal de Justicia, inclusive excluida del control de convencionalidad a cargo del TEDH o de cualquier otro control externo. Una consecuencia de este proceso de radicalización del discurso identitario es la apertura -por primera vez-, a instancias del Parlamento Europeo y la Comisión, del procedimiento previsto en el artículo 7 (TUE)<sup>2</sup> para que el Consejo verifique la existencia de un “riesgo claro de violación grave” para el Estado de derecho en Hungría y Polonia.

El soberanismo constitucional abre un segundo capítulo sobre el debate de la identidad constitucional nacional, pero en este caso -a diferencia del primero- monopolizado por las corrientes del pensamiento intransigente. ¿Abrió Karlsruhe la caja de Pandora y liberó las “desgracias y males” que acabaran con el principio de primacía y la aplicación uniforme del DUE que garantiza?

Es interesante constatar que el *equilibrio de fuerzas* que permitió el circuito interpretativo que concibe a la identidad constitucional nacional con una finalidad defensiva-protectora -en tanto puja discursiva de intérpretes finales-, comienza alterarse con la irrupción de fuerzas políticas antieuropeas y nacionalistas que fueron escalando -a través del voto popular- posiciones en los distintos gobiernos, y que constituyen un terreno fértil para el crecimiento del soberanismo constitucional.

Si bien rasgos distintivos de esta radicalización se encuentran expuestos sobre todo en el lenguaje utilizado en la sentencia *Weiss/PSPP* (2020)<sup>3</sup> del TCFA

2 En su párrafo primero la norma citada dice: “A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos”. Sin resaltar en el original.  
3 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15]. Se habla inclusive de “un cierto efecto mimético” de esta sentencia en las decisiones de algunos Tribunales estatales (UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, 202: 16).

–y tiene antecedentes en el TC checo<sup>4</sup> o el TS danés<sup>5</sup>–, estos pronunciamientos, más allá de su hostilidad hacia el DUE, pudieron ser *contenidos* dentro del diálogo y su ola expansiva controlada por el accionar conjunto de las Instituciones comunitarias y gubernamentales involucradas. En todo caso, se puede hablar de dichas sentencias, atribuyéndole toda la responsabilidad que les corresponde, como detonantes de una etapa de transición hacia una nueva etapa caracterizada por la *ruptura inter sistémica*.

*Porqué y cómo* construir una identidad constitucional nacional se convierten en interrogantes que ya no sólo buscan preservar un área de reserva inmune a las interpretaciones de Luxemburgo. Con la radicalización, se avanza sobre principios y valores fundamentales los cuales desde siempre integran esa “tradicción constitucional común” que orienta la búsqueda de los consensos dialógicos. La división de poderes, o bien la independencia del poder judicial –por citar dos casos emblemáticos– son puestas en duda en nombre de la identidad constitucional nacional lo cual significa una ruptura de acuerdos básicos sobre los que las sociedades europeas han venido desarrollándose desde la última posguerra.

La técnica interpretativa sufre una mutación que la torna regresiva y destructiva, su finalidad ya no es defensiva, se manifiesta en la forma de un soberanismo constitucional que reclama, sobre el terreno constitucional, una soberanía exclusiva y excluyente ignorando los mandatos de apertura expuestos en las fórmulas constitucionales habilitantes.

Es la acción directa que destruye cualquier forma de integración jurídica, negando ciegamente la existencia de la protección multinivel. La identidad constitucional que se funda en una exaltación absoluta de los valores constitucionales nacionales –en ello consiste básicamente al citado soberanismo constitucional–, termina por asfixiar y condicionar cualquier intento de *apertura*. En este sentido, las fórmulas constitucionales habilitantes son interpretadas de tal forma que su eficacia termina siendo *bloqueada*. El mejor ejemplo –y el más extremo hasta ahora– es la sentencia *K 3/21* del TC polaco<sup>6</sup>. Para describir el contexto de degradación del Estado de derecho en que ésta sentencia se inscribe, solo debe hacerse referencia al calificativo de “ilegítimo” –en que coinciden tanto el TEDH y el Tribunal de Justicia como órganos de control del Consejo de Europa– para referirse al TC polaco que la dicta (ver *infra* 46).

#### 40. TC checo: primer caso de control *ultra vires* positivo

El TC checo fue el primero en llevar adelante un control *ultra vires* que concluyó con el desconocimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia<sup>7</sup>. Se

4 STC checo de 31 de enero de 2012, *Pensiones eslovacas* [Pl. ÚS 5/12].

5 STS danés de 6 de diciembre de 2016, caso 15/2014.

6 STC polaco de 7 de octubre de 2021 [K 3/21].

7 STC checo de 31 de enero de 2012, *Pensiones eslovacas* [Pl. ÚS 5/12], Sección VII.

trata de un caso en el que, a causa de un conflicto de competencias entre el TC checo y el Tribunal Supremo Administrativo, el DUE no era tanto la causa, sino más bien un medio de disputa.

Lo que aparecía como una amonestación verbal finalmente se concreta en el referido caso de las pensiones eslovacas<sup>8</sup>. Un caso complejo donde intervienen una dualidad de instancias nacionales y el Tribunal de Justicia como compenedor de las disputas entre dichas instancias<sup>9</sup>.

Los jueces de Luxemburgo, después de haber excluido que la europeización del acuerdo checo-eslovaco impidiera por sí solo la posibilidad de reintegro, se limitaron a responder sobre la cuestión prejudicial planteada, que la solución del juez constitucional “era comunitariamente ilegítima” desde el momento que reconocía sólo a los ciudadanos nacionales (y no a los otros ciudadanos comunitarios, también) el derecho a la integración o complemento de la pensión<sup>10</sup>.

Al amparo de lo resuelto por el Tribunal de Justicia, el Tribunal administrativo<sup>11</sup>. sustancialmente se auto atribuyó la competencia para operar la elección planteada por el juez europeo, decidiendo entonces que el ingreso en la UE había modificado el cuadro de referencia. De este modo, e invocando la propia jurisprudencia constitucional<sup>12</sup>, vino finalmente a especificar la *denegación* del derecho de reintegro o complemento, y a proferir –en palabras de Vecchio-

[...] una Sentencia provocadora con la que explícitamente desafiaba a los magistrados de Brno [TC checo] a declarar la inaplicabilidad de un pronunciamiento de éstos a partir de una norma europea. En el mismo sentido, y desconociendo las razones de los jueces constitucionales, las instituciones políticas checas optaron inmediatamente por la primera alternativa, procediendo a

8 Todo se inicia con un acuerdo internacional establecido en el momento de la proclamación de independencia de la República Checa y de Eslovaquia, destinado a la regulación del tratamiento del régimen de las pensiones de los ex ciudadanos checoslovacos. En particular, según este acuerdo, el régimen aplicable en materia de pensiones debía ser individualizado sobre la base del criterio de residencia del empleador. La aplicación de este criterio dio lugar a una compleja situación, según la cual, ciertos ciudadanos checos se vieron sujetos al (más pobre) sistema de pensiones eslovaco, recibiendo de este modo pensiones más bajas que las que habrían recibido si hubieran sido incluidos en el sistema de pensiones nacional.

9 En un primer momento, el TC checo sentenció, en nombre de la igualdad y de la obligación constitucional de garantizar la seguridad social a los ancianos, la “obligación de integrar o complementar las pensiones eslovacas de los ciudadanos checos que hubieran residido de forma permanente en territorio nacional” (STC checo n° 405/02 de 3 de junio de 2003, *Seguro de pensión* [Pl. ÚS 405/02]). En un segundo momento, y en un evidente intento de no ejecutar dicha medida, el Tribunal Supremo Administrativo checo vino a interpelar al Tribunal de Justicia con dos cuestiones prejudiciales, en las que pedía que se verificara si dicha obligación de integración no suponía una lesión del Reglamento CEE 1408/71 (con el que, inmediatamente al ingreso de la República Checa en la UE, se procedió a europeizar el referido acuerdo internacional origen del conflicto), o, en otro caso, si ello no suponía entonces una lesión del principio de no discriminación en razón a la nacionalidad.

10 Véase STJ de 22 de junio de 2011, *Landtová*, asunto C-399/09 [ECLI:EU:C:2011:415].

11 Tribunal administrativo checo, sentencia 3 Ads 130/2008-204.

12 En particular STC checo n° 50/04 de 8 de marzo de 2006, *Cuotas de azúcar* III [Pl. ÚS 50/04] y STC checo n° 19/08 de 26 de noviembre de 2008, *Tratado de Lisboa I* [Pl. ÚS 19/08].

positivizar una norma en virtud de la cual, y en razón a las obligaciones dispuestas por el ordenamiento europeo, se excluía la posibilidad de integrar o complementar las pensiones eslovacas (Vecchio Fausto, 2012: 397).

A continuación, un ciudadano checo presentó un recurso individual donde se solicita la anulación de las decisiones con las que los tribunales administrativos le habían denegado el complemento de una pensión obtenida en un momento sucesivo a la adhesión a la UE<sup>13</sup>. Cuando el caso llega al TC checo sus jueces, ante la oportunidad de volver a pronunciarse sobre una contienda en la que el DUE fue utilizado como fundamento de la *restricción* de derechos individuales, en vez de limitar su censura a las deficiencias de las instituciones checas deciden implicar también al Tribunal de Justicia en una polémica exquisitamente interna. Efectivamente –como comenta Vecchio–, los jueces constitucionales checos, en vez de reivindicar para sí la competencia para operar la elección planteada por el juez europeo (excluyendo, por tanto, la de los otros sujetos institucionales que, con diverso título, habían intervenido en la contienda), prefirieron en cambio retrotraerse a los precedentes del TCFA -recordemos el recorrido del TC checo, similar al seguido por el TCFA, en la construcción de una identidad constitucional nacional-, e “inesperadamente han declarado que la decisión europea es «ultra vires»: partiendo del discutible presupuesto de que el Reglamento no ofrece una adecuada cobertura para la intervención del juez europeo” (Vecchio Fausto, 2012: 398). En palabras del TC checo:

[...] basado en los principios explícitamente declarados por el Tribunal Constitucional en la sentencia PL. ÚS 18/09, nosotros no podemos hacer otra cosa que expresar, en conexión con los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia del 22 de junio de 2011 (C-399/09) sobre casos análogos, *que en ese caso hubo exceso por parte de un organismo de la Unión Europea, que se produjo una situación en la que un acto de un organismo europeo excedió las competencias que la República Checa ha transferido a la Unión Europea en virtud del art. 10 bis de la Constitución* (...) esto excede el alcance de los poderes transferidos, y constituyó *ultra vires* [*this exceeded the scope of the transferred powers, and was ultra vires*]<sup>14</sup>.

#### 41. TS danés: el derecho escrito nacional prevalece sobre los principios generales del DUE

El TS danés, por su lado, rechazó dar actuación a la sentencia del Tribunal de Justicia *Dansk Industri/Ajos* (2016)<sup>15</sup> considerando que viola el reparto de

13 En particular, el recurrente se lamenta que la decisión 6 Ads 52/2009-88 del Tribunal Supremo Administrativo (de 31 de agosto de 2011), desconociendo las indicaciones del juez constitucional (en favor de lo establecido por el propio Tribunal Administrativo en el caso 3 Ads 130/2008-204), habría lesionado su derecho a la tutela judicial, su derecho a la seguridad social en la fase de vejez y su derecho a la igualdad.

14 STC checo nº 5/12 de 31 de enero de 2012, *Pensiones eslovacas* [Pl. ÚS 5/12], Sección VII, punto 2.  
15 STJ de de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, asunto C-441/14 [ECLI:EU:C:2016:278].

competencias fijado en la Ley danesa de adhesión a la UE. En particular, dicho instrumento no contemplaría la posibilidad de que los principios generales del DUE (cfr. art. 6.3 TUE)<sup>16</sup> sean directamente aplicables *inter privatos* en Dinamarca y, por lo tanto, no proveerían la base jurídica para inaplicar la norma nacional que los contradiga (de hecho, la sentencia del TS desestima el recurso de la parte demandante, una vez recaída la prejudicial).

Los argumentos de Luxemburgo dieron los fundamentos al TS danés para apartarse de las consideraciones hecha por el Tribunal de Justicia en la cuestión prejudicial que el mismo TS planteo<sup>17</sup>. En lo que aquí interesa, se preguntaba si, en una situación como la del litigio de que conoce, el DUE permite a un órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo una *ponderación* entre el principio general de no discriminación por razón de la edad, por una parte, y el principio de seguridad jurídica, así como el principio de protección de la confianza legítima, por otra parte, y llegar a la conclusión de que el principio de seguridad jurídica debe prevalecer ante el principio general de no discriminación por razón de la edad, de tal modo que el empresario, de conformidad con el derecho nacional, quede liberado del deber de pagar la indemnización por despido. En otras palabras, el TS danés preguntaba por el reconocimiento de un margen nacional de apreciación que le permitiera *filtrar* los efectos vinculantes del DUE -en este caso la prohibición de discriminación en razón de la edad- en el ordenamiento jurídico nacional.

La respuesta del Tribunal de Justicia -coherente con su línea argumental previa en los asuntos *Mangold* (2005)<sup>18</sup> y *Kükükdeveci* (2010)<sup>19</sup>- exhibe firmeza al afirmar que el DUE debe ser interpretado en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su derecho nacional,

[...] interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. *Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni*

16 La norma citada dice: “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”.

17 Se trataba de la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (DO L 303 de 2.12.2000, p. 16/22).

18 Recordemos que este asunto había originado la intervención del TCFA en su sentencia *Honeywell* (2010). Ver STJ (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005, Werner Mangold contra Rüdiger Helm, asunto C-144/04 [ECLI:EU:C:2005:709].

19 STJ (Gran Sala) de 19 de enero de 2010, Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG, asunto C-555/07 [ECLI:EU:C:2010:21].

*la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación*<sup>20</sup>.

Recibida la respuesta de Luxemburgo, el TS danés divide su decisión final en dos partes (Véase Krunke y Klinge, 2018: 381-406). La primera, relacionada con la cuestión de si era posible interpretar el derecho nacional de conformidad con la directiva. La segunda parte era si el principio de la UE sobre la prohibición de la discriminación por razón de la edad, un principio no escrito, podría primar sobre el derecho nacional. La situación legal conforme al derecho danés -según el TS- era clara, y por lo tanto no era posible llegar a una interpretación del derecho nacional que fuera conforme con la directiva comunitaria. ¿Podría el principio de la prohibición de discriminación por razón de edad primar sobre el derecho nacional? La mayoría TS danés -ocho votos de un total de nueve jueces- estimó que no podía dejar a un lado el derecho nacional.

El TS danés juzgó que el Acta de Adhesión danesa no confería soberanía hasta el punto exigido por el principio no escrito de la UE, que prohíbe que la discriminación por razón de la edad prime sobre el derecho nacional. El TS danés, en su argumentación, distingue entre el papel del Tribunal de Justicia como intérprete del DUE de acuerdo con la cuestión prejudicial, y la función de los tribunales nacionales al interpretar si cabe atribuir efecto directo al DUE, basándose en la citada Acta de Adhesión. Corresponde al Tribunal de Justicia -se afirma- decidir si el DUE tiene eficacia directa y prima sobre una disposición nacional que esté en conflicto con aquel, incluyendo las disputas entre individuos, pero que compete a los tribunales nacionales dictaminar el efecto de esa decisión. Para el TS danés: “La cuestión de si una norma de la UE puede tener eficacia directa en derecho danés, como exige el DUE, depende primero y ante todo del Acta de Adhesión de Dinamarca a la UE”<sup>21</sup>. El razonamiento en el caso en cuestión se centra en la ausencia de base legal en la Acta de Adhesión, que fija los límites de la soberanía conferida a la UE en línea con la fórmula constitucional habilitante reconocida en el artículo 20.1 (constitución danesa)<sup>22</sup> y el artículo 5 (TUE).

Después de examinar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos *Mangold* y *Kükükdeveci*, el TS danés sentenció que el principio de prohibición de la discriminación por razón de edad propio de la DUE no estaba previsto como tal en el Acta de Adhesión y, en consecuencia, no era aplicable en Dinamarca.

20 STJ de de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, asunto C-441/14 [ECLI:EU:C:2016:278], punto resolutivo 2. Sin resaltar en el original.

21 STS danés de 6 de diciembre de 2016, caso 15/2014.

22 La norma citada dice: “Los poderes de los que están investidos las autoridades del Reino en los términos de la presente Constitución podrán, si se prevé por ley, ser delegados por común acuerdo con otros Estados a autoridades internacionales, con el fin de promover la cooperación y el orden jurídico internacionales”.

Este razonamiento -sostiene González Herrera- no convence. El papel del Tribunal de Justicia como “supremo intérprete” del DUE era conocido y fue pacíficamente aceptado cuando Dinamarca ingresó en las entonces Comunidades Europeas en 1973. El efecto directo del principio de no discriminación por razón de la edad ya había sido apuntado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Mangold*. Por otra parte, si bien es verdad que la aplicación de principios no escritos puede poner en riesgo la seguridad jurídica, la actitud del TS danés

[...] no presenta menor incertidumbre. Al elegir qué directrices emanadas del Tribunal de Justicia quiere seguir y cuáles no, cada tribunal de última instancia de la Unión crearía su propia versión del DUE y la situación terminaría siendo, en un balance global, mucho peor y más insegura para los justiciables (González Herrera, 2017: 336-337).

Las consideraciones precedentes nos permiten observar un TS danés -en opinión de Krunke y Klinge- “mucho más activo y confiado, que se atreve a rechazar la cuestión prejudicial” y que “pone límites a la integración en la UE y defiende la Constitución, el Acta de Adhesión y los principios generales legales (aunque no se refiera directamente al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica). El Tribunal asume el papel de protector de la Constitución, de los principios generales y del pueblo danés” (Véase Krunke y Klinge, 2018: 392).

#### **42. La sangre llegó al río: en la sentencia *Weiss/PSPP* (2020) el TCFA desconoce por primera vez una sentencia del Tribunal de Justicia en ejercicio de un control *ultra vires***

En 2015 el BCE aprueba otro programa de compra masiva de valores públicos en el mercado secundario -el primero, si bien no llegó a implementarse, fue el programa OMT (ver *supra* 38)-, conocido como *Public Sector Purchase Programme* (PSPP)<sup>23</sup>. Este nuevo programa, al igual que el programa OMT, es objeto de un proceso constitucional ante el TCFA que vuelve a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia<sup>24</sup>.

La respuesta del Tribunal de Justicia no se hizo esperar<sup>25</sup>, rechaza la argumentación del TCFA al considerar que el PSPP no infringe la prohibición de financiación monetaria (artículo 123, TFUE) y no excede las competencias del BCE. El Tribunal de Justicia en las sentencias sobre los asuntos *Pringle* (2012)<sup>26</sup>

23 Adoptado el 4 de marzo de 2015 y sucesivamente modificado en varias ocasiones, se trata de un programa del Eurosistema para la compra de títulos emitidos por los gobiernos, agencias públicas e instituciones internacionales situadas en la zona euro.

24 TCFA, ordenanza del segundo senado de 18 de julio de 2017 [2 BvR 859/15].

25 STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, asunto C-493/17.

26 STJ de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, asunto C-370/12 [ECLI:EU:C:2012:756].

y *Gauweiler* (2015)<sup>27</sup>, ya había descartado que el BCE, al adoptar medidas de *quantitative easing*, se hubiera excedido de las competencias establecidas por los Tratados y el estatuto del BCE.

La resolución de este proceso constitucional se produce a través de la sentencia *Weiss/PSPP* (2020)<sup>28</sup>. Esta sentencia “desencadena una tormenta sin precedentes en el ámbito de la política europea y entre los académicos del derecho público”. Por primera vez en su historia, el TCFA “declara (parcialmente) *ultra vires*” una sentencia del Tribunal de Justicia (y las previas decisiones del BCE) y la “considera sin efectos ni carácter vinculante en Alemania” (Rodríguez de Santiago, 2021: 298-299). Hilpold y Piva hablan de “crisis constitucional” en la relación entre Luxemburgo y Karlsruhe, “transformándose en una verdadera y propia rotura institucional” (Hilpold P. y Piva P., 2021/1:58-59). Para Donati la sentencia constituye “un precedente demasiado peligroso, capaz de poner en riesgo la estabilidad del sistema de la UE”. Con ella -al reivindicar el TCFA un poder de control sobre la validez de los actos de la UE- y, consiguientemente, declarar nula una sentencia del Tribunal de Justicia, se corre el riesgo de desatar “una peligrosa guerra entre Corte nacionales y europea” (Donatti Filippo, 2020: 176-177).

Para Scaccia, con un tono a veces “ingenuamente asertivo”, el TCFA termina por adoptar la doctrina de los contra límites al DUE “en una variante inédita y radical”, situándolo en el frente más avanzado de la polémica con el Tribunal de Justicia, y convirtiéndolo “en precursor de la impugnación en clave constitucional del principio de supremacía” del DUE (Sacaccia Gino, 2020/2).

En opinión del Abogado General Tanchev, el enfoque *ultra vires* del TCFA “vulnera el Estado de derecho de la Unión, que es una *conditio sine qua non* de la integración. La Unión no dispone de una superestructura para resolver los conflictos de jurisdicción, pero el Estado de derecho contribuye a ello”. De conformidad con los Tratados, “que son el «contrato» del Estado miembro, el Tribunal de Justicia será competente para conocer *en última instancia* de los recursos contemplados en el [DUE]”. En virtud del principio *pacta sunt servanda*, “sencillamente no es función o competencia” del TCFA “pronunciarse de la forma en que lo hizo”. Ningún órgano jurisdiccional nacional

[...] puede revocar una sentencia del Tribunal de Justicia, puesto que entonces el [DUE] *no se aplicaría en condiciones de igualdad ni de manera efectiva*

27 STJ de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, asunto C-62/14, [ECLI:EU:C:2015:400].

28 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15]. En el proceso sobre el PSPP se acumularon cuatro recursos de amparo, en los que un total de más de 1700 ciudadanos que invocan su derecho individual a la autodeterminación democrática (art. 38., LFB) se dirigen indirectamente contra las decisiones del BCE (adoptadas de 2015 a 2017) que aprobaron y modificaron posteriormente el PSPP, y directamente contra una omisión del Gobierno y el Parlamento federales, que permitieron que el mencionado programa de compra de deuda pública se llevara a cabo sin que el BCE hubiera justificado que el PSPP cumplía con las exigencias del principio de proporcionalidad.

en los 27 Estados miembros y *se pondría en duda toda la base jurídica de la Unión*. Si un [TC] nacional considera que un acto de la Unión o que un fallo del Tribunal de Justicia es contrario a su Constitución, *no puede simplemente declarar que no es aplicable en su jurisdicción. Lo que puede hacer es intentar solucionar la situación obligando a su Gobierno a reformar la Constitución, tratar de cambiar la normativa de la Unión de que se trate a través del proceso político de la Unión o, en caso necesario, retirarse de la Unión*. Esta es la única manera de garantizar la igualdad de los Estados miembros en la Unión que ellos mismos crearon<sup>29</sup>.

Después de inadmitir algunas de las cuestiones planteadas por los recurrentes en amparo, el TCFA admite las demandas parcialmente. El Gobierno y el Parlamento federales han vulnerado el derecho de los recurrentes a la autodeterminación democrática (art. 38., LFB) por no adoptar medidas adecuadas contra las decisiones del BCE relativas al PSPP, que no han sido examinadas ni justificadas por dicho órgano conforme a las exigencias del *principio de proporcionalidad* (ver *infra* 43)<sup>30</sup> Esas decisiones del BCE y del Tribunal de Justicia en el asunto *Weiss* (2018)<sup>31</sup>, cuya interpretación de los tratados se califica como “absolutamente incompresible y, por eso, objetivamente arbitraria”<sup>32</sup>, se declaran como actos *ultra vires* y, por tanto, no aplicables ni vinculantes en Alemania<sup>33</sup>.

Al Gobierno y al Parlamento federales, en virtud de su denominada “responsabilidad en la integración (europea)”, se les impone la obligación de hacer todo lo posible para que el BCE realice el examen y la justificación de la proporcionalidad del PSPP (lo que no se considera incompatible con el respeto a la independencia de ese órgano europeo [art. 130 TFUE])<sup>34</sup>. Y al Bundesbank se le prohíbe participar en el futuro en la ejecución de las decisiones relativas al PSPP, salvo que en el plazo transitorio de tres meses (hasta el 5 de agosto de 2020) el BCE, en una nueva decisión, justifique de forma comprensible que los objetivos de política monetaria pretendidos con el PSPP son ponderados en relación con sus consecuencias en materia de política económica y fiscal<sup>35</sup>.

El TCFA *quiebra* el sistema al desconocer abiertamente una sentencia del Tribunal de Justicia junto al principio de primacía del DUE, pero inmediatamente después señala un puente para recuperar los consensos dialógicos: reconoce un período de tiempo que permita superar las divergencias interpretativas. Lo que como veremos finalmente ocurrió. Al permitir la posibilidad

29 TJ, conclusiones del Abogado General Evgeni Tanchev presentadas el 17 de diciembre de 2020, asunto C 824/18, *A.B. y otros* [ECLI:EU:C:2020:1053], apartados 83-84. Sin resaltar en el original.  
30 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15], apartado 116.

31 STJ de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, asunto C-493/17 [ECLI:EU:C:2018:1000].

32 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15], apartado 118.

33 Ídem, apartado 232.

34 Ídem, apartado 234.

35 Ídem, apartado 235.

de que el BCE examinara y motivara a posteriori desde la perspectiva de la proporcionalidad sus medidas monetarias relativas al PSPP, el TCFA dejaba abierta una última oportunidad para arreglar las consecuencias del aparatoso desencuentro entre los tribunales.

En la sentencia *Weiss/PSPP* (2020) -resume López Castillo- el TCFA ha llevado la aplicación del control de *ultra vires* “al extremo, hasta entonces inédito, de desautorizar, por arbitraria e infundada”, la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia y, con ello, su inaplicación al caso; “mediante un ejercicio exorbitante de interpretación alternativa” del DUE “al que se anuda la prescripción de tareas a los órganos políticos, de hacer y de no hacer” (López Castillo, 2021: 333-366). La sentencia de Luxemburgo, “ha sido frontalmente desautorizada, de un modo desconsiderado e inconsistente”. Contrariando así “esa expectativa de cooperativo desempeño de la jurisdicción del DUE que, por definición, integra la práctica de la prejudicialidad iuseuropea” (*Ídem*: 336).

El TCFA termina reconociendo a la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia solo un “carácter presuntivo” que, en el desempeño de su función de control de la identidad o de *ultra vires*, le cabría soslayar siempre que, en su criterio, no se hubiese atendido el Tribunal de Justicia a su mandato jurisdiccional.

Karlsruhe -afirma Scaccia- se declara competente para determinar “la plausibilidad y la coherencia interna” de las sentencias del Tribunal de Justicia, “reivindicando la última palabra sobre la interpretación misma de los Tratados, la cual cree puede considerarse arbitraria «desde una perspectiva objetiva»”. Más allá del “carácter acrobático de la argumentación”, el ataque al Tribunal de Justicia, al principio de atribución en nombre del cual se declara actuar, y en última instancia al principio de supremacía, “no podría ser más severo y preocupante”. La aplicación de un escrutinio constitucional tan incisivo del DUE “trasciende de hecho la historia concreta y promete marcar un nuevo y más avanzado enfrentamiento” con el Tribunal de Justicia y con las Instituciones europeas en general, alimentando la tendencia que se ha extendido en los últimos años entre los TTCC para “estrechar los lazos de control sobre el derecho europeo, hasta el punto de comprometer los dos principios cardinales: primacía y efecto directo”.

Scaccia, concluye su análisis, defendiendo la tesis de que, como el “nacionalismo político”, el “nacionalismo judicial puede tomar dos formas opuestas: una forma desestructuradora/supremacista, y una forma constructiva/constitucional. La primera, “desata una fuerza anti-pluralista y destructiva, ya que parte de la proclamación de una soberanía constitucional desentendida de cualquier interdependencia, y que se manifiesta en la contestación abierta a la doctrina de la *primacy* del derecho europeo y de las atribuciones del Tribunal de Justicia”. La segunda expresa, por el contrario, “una fuerza conflictiva, pero constructiva, progresista”, ya que está encaminada a resolver los problemas resultantes del proceso aún incompleto de constitucionalización de la UE. Esta forma “constitucional” de nacionalismo judicial, no cuestiona la primacía del DUE ni el efecto vinculante de las decisiones del Tribunal de Justicia.

Incluso cuando objeta la eficacia del DUE en el derecho nacional, “lo hace activando formas de control constitucional que no perjudiquen ni cuestionen la competencia de Luxemburgo; no lo deslegitimizan, sino que se animan en la búsqueda de un entredicho inspirado en la cooperación institucional leal y *Europafreundlichkeit* (Scaccia Gino, 2020/2).

Volviendo a la dura crítica a la sentencia *Weiss/PSPP* (2020) del Abogado General Tanchev: “En lugar de poner en peligro todo el sistema de la comunidad de la Unión basado en el Estado de derecho y aplicar un enfoque inédito, el [TCFA] podría haber explicado lo que, a su juicio, era criticable en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, a continuación, podría haber planteado una nueva petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia. Después de todo, *el diálogo judicial es un elemento de gran valor e inherente al funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Unión*”. El TCFA, se afirma, debería haber solicitado a Luxemburgo en una segunda cuestión prejudicial, una aclaración sobre la interpretación del principio de proporcionalidad, en particular, del requisito de ponderación, que no fue objeto en modo alguno de la primera cuestión prejudicial, tal como lo hizo la CC Italiana en el asunto *M.A.S. y M.B.* (2017)<sup>36</sup> a raíz de la resolución del Tribunal de Justicia en el asunto *Taricco* (2015).<sup>37 38</sup>

Como respuesta, en inédito comunicado, el Tribunal de Justicia -a través de su Dirección de Comunicación-, aclara que la Institución “nunca hacen comentarios sobre las sentencias de un órgano jurisdiccional nacional”. En general, se recuerda que, conforme a su reiterada jurisprudencia,

[...] una sentencia dictada con carácter prejudicial por este Tribunal vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal. Con el fin de garantizar una aplicación uniforme del [DUE], el Tribunal de Justicia, creado a tal fin por los Estados miembros, *es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al [DUE]*<sup>39</sup>. *Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica*<sup>40</sup>.

La Comisión, por su parte, comunicó el 9 de junio de 2021 de que promovería un procedimiento de infracción (cfr. art. 258, TFUE) contra Alemania por incumplimiento de los principios fundamentales del DUE<sup>41</sup>. La Comisión considera que la sentencia del TCFA “constituye un precedente grave, tanto para la práctica futura del propio Tribunal como para los tribunales supremos

36 STJ de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, asunto C-42/17, [ECLI:EU: C: 2017: 936].

37 STJ de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros*, asunto C-105/14, [ECLI:EU:C:2015:555].

38 TJ, conclusiones del Abogado General Evgeni Tanchev presentadas el 17 de diciembre de 2020, asunto C 824/18, *A.B. y otros* [ECLI:EU:C:2020:1053], apartados 81. Sin resaltar en el original.

39 Cfr. STJ de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, asunto C-314/85 [ECLI:EU:C:1987:452].

40 TJ, comunicado de prensa nº 58/20 de 8 de mayo de 2020.

41 Cfr. Comisión INFR(2021)2114.

y constitucionales de otros Estados miembros. Alemania dispone ahora de dos meses para responder a las cuestiones planteadas por la Comisión<sup>42</sup>. Dicho procedimiento fue cerrado -el 2 de diciembre de 2021- al considerarse como satisfactorias las respuestas dadas por Alemania. Finalmente, el informe dado por el BCE<sup>43</sup> fue considerado también satisfactorio por el TCFA<sup>44</sup> con lo cual la “crisis constitucional” abierta fue “formalmente” superada.

El Consejo del BCE, en diversas reuniones sobre política monetaria celebradas en junio de 2020, deliberó y adoptó una nueva decisión relativa al PSPP en la que se contenían esas consideraciones relativas a la ponderación de los efectos económicos de sus decisiones monetarias; y permitió que el Bundesbank diera traslado de diversos documentos con información al respecto al Gobierno y al Parlamento federales. Seguidamente, ambos órganos constitucionales, con más de un mes de antelación con respecto al plazo de tres meses concedido por la sentencia del TCFA -expiraba el 5 de agosto de 2020-, resolvieron que la justificación procedente del BCE cumplimentaba adecuadamente los requisitos de motivación exigidos por la sentencia del TCFA, por lo que el Bundesbank podía seguir participando en el PSPP. Si la situación quedara en ese punto, en realidad, “no podría hablarse ya de un incumplimiento de este por parte de Alemania. Aquí habría terminado el incidente a efectos prácticos, aunque es obvio que de la doctrina establecida en esta sentencia del TCFA se seguirá discutiendo en el futuro” (Véase Rodríguez de Santiago, 202: 303).

### 43. ¿Uso y abuso del principio de proporcionalidad? El método del TCFA para declarar un acto *ultra vires*

El enjuiciamiento como *ultra vires* de las decisiones del BCE relativas al PSPP y de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Weiss* (2018) lo realiza el TCFA mediante el uso -prácticamente exclusivo- del principio de proporcionalidad como instrumento metodológico. Su utilización permite llegar al TCFA a las siguientes conclusiones.

Respecto de las decisiones del BCE, no se consideran amparadas por su competencia en materia de política monetaria y de apoyo a la política económica de los Estados miembros (art. 127.1 TFUE)<sup>45</sup>.

42 Véase Carta de Emplazamiento de 9 de junio 2021 (INF 21 2743).

43 La reacción del BCE ha estado marcada por el pragmatismo. Por una parte, decide ampliar la cuantía del *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), como gesto significativo de su independencia frente a las decisiones del TCFA. No obstante, por otra, anuncia ante el Parlamento Europeo que el BCE apoyará al Bundesbank para dar respuesta a la exigencia de examen y justificación de las decisiones relativas al PSPP desde la perspectiva del principio de proporcionalidad demandada por el TCFA.

44 Mediante Orden de 29 de abril de 2021, el TCFA rechazó dos recursos que pretendían lograr una orden de ejecución de la sentencia del 5 de mayo de 2020.

45 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15], apartados 164-177.

La sentencia *Weiss* del Tribunal de Justicia, por su parte, atendería solo al fin perseguido (la consecución de una inflación por debajo pero cercana al 2 %) y a los medios empleados (la compra de deuda pública en los mercados secundarios) por la medida para considerar que esta se desarrolla en el ámbito de la política monetaria<sup>46</sup>. Sin embargo, *no habría utilizado el principio de proporcionalidad* con la función que le corresponde como correctivo en defensa de las competencias de los Estados miembros, para la delimitación entre la política monetaria y la política económica. Un examen conforme al principio de proporcionalidad no permitiría dejar fuera de consideración las consecuencias fácticas del PSPP sobre la economía, ni prescindir de una consideración valorativa global de las ventajas y los inconvenientes<sup>47</sup>.

El TCFA hace una exposición general del contenido del principio de proporcionalidad, del que dice que es un principio general del DUE<sup>48</sup>, codificado en el artículo 5.1 y 4 (TUE)<sup>49</sup>, y que -en una de sus versiones más conocidas- consta de tres subprincipios o escalones (idoneidad, necesidad y adecuación-ponderación), que son también reconocidos en otros ordenamientos jurídicos, como el francés, el español o el sueco<sup>50</sup>.

El TCFA admite que la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal de Justicia, con sus únicos dos escalones de la adecuación y la necesidad, *no coincide completamente con la terminología y la dogmática alemanas*. Es verdad que el tercer test de la proporcionalidad en sentido estricto apenas se utiliza como tal<sup>51</sup>, pero en casi todos los ámbitos del DUE la argumentación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dejaría un espacio para el análisis de las consecuencias fácticas de las decisiones de órganos públicos que aquel enjuicia: derechos fundamentales, discriminaciones indirectas derivadas de circunstancias fácticas, medidas de efecto equivalente en el campo de las libertades fundamentales, etc.<sup>52</sup> Para el TCFA, es precisamente la desaparición de la consideración de las consecuencias del PSPP sobre las políticas económicas de los Estados miembros lo que determina que el principio de proporcionalidad como canon de control pierda su sentido, pues su parte medular consiste en la ponderación de intereses contrapuestos<sup>53</sup>.

46 Ídem, apartado 120.

47 Ídem, apartados 123 y 127.

48 Ídem, apartado 124.

49 La norma citada dice: “1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, y “4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”.

50 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15], apartado 125.

51 Ídem, apartado 126.

52 Ídem, apartado 152.

53 Ídem, apartado 138.

Un aspecto especialmente criticado es el del objeto preciso del examen que había que realizar con ayuda del principio de proporcionalidad en el caso del PSPP: si se trataba de utilizarlo para delimitar la competencia monetaria de la UE, de la competencia de política económica de los Estados miembros; o si lo que había que analizar era si el ejercicio de la competencia monetaria realizado por el BCE cumplió con la exigencia de “no exceder de lo necesario” para alcanzar los objetivos de los tratados impuesta por el artículo 5.4 (TUE).

Si se comparan la sentencia del Tribunal de Justicia con la del TCFA, está claro que la perspectiva del análisis del primero fue la del enjuiciamiento de la proporcionalidad en el ejercicio de la competencia monetaria del BCE (art. 5.4, TUE) (cómo se ejerce la competencia)<sup>54</sup>. Por el contrario, el TCFA utiliza el principio de proporcionalidad para la delimitación de competencias (quién tiene la competencia), cuando examina si el BCE ha traspasado con el PSPP la frontera que separaría la política monetaria de la política económica<sup>55</sup>.

El TCFA reprocha al Tribunal de Justicia que, al hacer desaparecer del juicio de proporcionalidad las consecuencias del PSPP sobre las políticas económicas de los Estados miembros, este canon de control pierde su sentido, que es, precisamente, la ponderación de los intereses en conflicto. Siguiendo la línea argumental de Karlsruhe, resulta difícil dejar de lado la impresión de que el TCFA solo acepta como estructura del principio de proporcionalidad la *versión alemana* de éste, la cual incluye un tercer escalón que no existe siempre en la utilización que el Tribunal de Justicia hace del control de proporcionalidad.

Lo que reprocha la sentencia del TCFA a la del Tribunal de Justicia -en opinión de Rodríguez De Santiago- “no es un defecto teórico en la construcción del principio de proporcionalidad, sino la (innegablemente) escasísima densidad del control ejercido por el Tribunal de Justicia sobre las decisiones monetarias del BCE”<sup>56</sup>. El TCFA había pedido expresamente al Tribunal de Justicia que incluyera esas consecuencias en su canon de escrutinio de las decisiones del BCE en la cuarta pregunta de su cuestión prejudicial<sup>57</sup>. Y, por cierto, “sin hacer referencia a ningún tercer escalón de la proporcionalidad”. La ponderación “desplaza el poder hacia el órgano que tiene la competencia de adoptar la última decisión. Y eso es, exactamente, lo que ha fallado en este caso”, porque tanto el Tribunal de Justicia como el TCFA “han querido decir la última palabra” (Rodríguez Santiago, 2021: 321-322).

El control sobre la aplicación del principio de proporcionalidad -explica Donatti-, ante todo, no se refiere a la “titularidad del poder” sino a la forma en que “como se ejerce”. El TCFA sostiene que el Tribunal de Justicia no

54 Véase STJ de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, asunto C-493/17 [ECLI:EU:C:2018:1000], apartado 71.

55 Véase STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15], apartado 139.

56 Véase STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15], apartados 142-144.

57 Véase Véase STJ de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, asunto C-493/17 [ECLI:EU:C:2018:1000], apartado 16.

aplicó correctamente el principio de proporcionalidad codificado en el artículo 5 (TUE). Sin embargo, esta disposición, después de afirmar el principio de atribución de competencias, establece que los principios de subsidiariedad y proporcionalidad no se refieren a la titularidad, sino “a la modalidad de ejercicio de las competencias”. El TCFA, al declarar que el Tribunal de Justicia y el BCE no han aplicado correctamente el principio de proporcionalidad y por lo tanto actuado *ultra vires*, ha de hecho “transformado el control del ejercicio del poder en un control sobre la titularidad de éste”<sup>58</sup>. Se trata de una operación que se presenta en pleno contraste con el sistema previsto en los Tratados fundacionales los cuales reservan a Luxemburgo el poder de controlar el modo de ejercicio de los poderes confiados a los órganos y las Instituciones de la UE (Donati Filippo, 2020/3: 173). Donati también critica el parámetro de control utilizado, coincidiendo con Galetta en que promueve una especie de “imperialismo cultural” (Galetta Diana-Urania, 2020/14: 171). El TCFA se concentra solo en seguir el parámetro alemán del principio de proporcionalidad [*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*], dejando a un lado la concepción del mismo como principio general del DUE conforme al desarrollo dado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sauer señala, en el mismo sentido, que al actuar de esta forma el TCFA actúa como si fuera la “Corte Suprema de la UE” (Sauer Heiko, 2020). El TCFA, en efecto, se ha reservado el poder de establecer cuando las decisiones de Luxemburgo se fundan en “principios metodológicos reconocidos”. De esta forma, se arroga el derecho de decidir en cada caso si una sentencia del Tribunal de Justicia puede ser calificada cuanto menos como “arbitraria”. Un razonamiento de este tipo viola las normas de los Tratados fundacionales que reservan a dicho Tribunal el poder de decidir, con efectos vinculantes para los Estados miembros, sobre la interpretación y sobre la validez de los actos de la UE<sup>59</sup>. El principio de proporcionalidad, medido por la vara del TCFA, queda expuesto entonces como “un instrumento ambiguo y peligroso” (Véase, Caravita, Condinanzi, Morrone, Poggini<sup>o</sup> 14/2020).

#### 44. La defensa del soberanismo constitucional por el TC polaco: la consumación de una ruptura sistémica

Desde la adhesión el 1 de mayo de 2004 hasta 2015 –año de la sanción de la controvertida nueva Ley del TC e inicio formal de la *deriva autoritaria* en Polonia-

58 En el mismo sentido ZILLER Jacques, “L’insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemande. A propos de l’arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne”, *rivista.eu-rojus.it*, n° 3/2020, p. 156.

59 Véase, Ferrari Zumbini, *DPCE online*, 2020/2. Este autor deja expuesta la contradicción de presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia y después desconocerla, y la contradicción de considerar *ultra vires* la sentencia de dicho Tribunal para después emitir a su turno el TCFA una sentencia *ultra vires*.

el TC siguió la línea conservadora de otras jurisdicciones constitucionales sin que ello generase tensiones extremas que comprometieran la *continuidad* de las relaciones interordinamentales. Cabe destacar que, la adhesión a la UE, fue aprobada por un referéndum<sup>60</sup>. Vale decir que cuenta con una *legitimidad fundacional primaria* donde los propios ciudadanos manifestaron su apoyo directo a la atribución de competencias (prevista en el art. 90.1, constitución polaca)<sup>61</sup> a las Instituciones comunitarias y a la naturaleza supranacional del DUE.

El TC polaco, acogiendo las predicas del TCFA, se sumó a los defensores de la existencia de un área de reserva desde donde *proyectar* una identidad constitucional nacional con una finalidad defensiva-protectora –en tanto técnica de cohabitación- la cual, llegado el caso más hipotético que real, permitiera a sus jueces resguardar de frente a la primacía del DUE y su interpretación expansiva impulsadas desde Luxemburgo, la supremacía constitucional (cfr. art. 8.1, constitución polaca)<sup>62</sup>.

La cohabitación en la Comunidad de intérpretes finales, sin embargo, se va *quebrar* primero con los intentos del Gobierno de Varsovia, y su posterior consumación, de poner fin a la independencia del propio TC –y con ello a su *legitimidad* en tanto intérprete final de la Constitución-, a lo que se sumó una reforma judicial integral abiertamente contraria a los principios y valores de la UE vinculados al Estado de derecho<sup>63</sup>. Todo este proceso de reformas fue censurado –llevó a activar el procedimiento de defensa del Estado de derecho (cfr. art. 7, TUE)<sup>64</sup>-, tanto por TEDH como por el Tribunal de Justicia. Además de contar con el rechazo de otros organismos internacionales de control como el

60 Todo el proceso de incorporación de Polonia a la UE culminó con el referéndum que fue realizado los días 7 y 8 de junio de 2003, con un porcentaje de participación equivalente a 58,85%, y con el 77,45% de votos a favor de la adhesión.

61 La citada norma dice: “La República de Polonia *puede, en virtud de un acuerdo internacional, delegar en una organización o institución internacional las competencias de los órganos del poder estatal relativas a algunas materias*”. Sin resaltar en el original.

62 La citada norma dice: “La Constitución será la ley suprema de la República de Polonia”.

63 La Comisión –en el ámbito de la UE-, en su propuesta de decisión de 20 de diciembre de 2017 al Consejo “relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia” señala una lista no exhaustiva de estos principios y valores que definen el “significado básico” del Estado de derecho. Entre tales principios y valores se encuentran: “la *legalidad*, que implica un proceso legislativo transparente, responsable, democrático y pluralista; la *seguridad jurídica*; la *separación de poderes*; la *prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo*; la *independencia e imparcialidad* de los tribunales; la *tutela judicial efectiva*, incluido el respeto de los derechos fundamentales; y la *igualdad* ante la ley. Además de respetar estos principios y valores, las instituciones públicas tienen también la obligación de *cooperación leal*” (cfr. exposición de motivos, apartado 2). Sin resaltar en el original.

64 En 2020, el Defensor del Pueblo siguió expresando su preocupación por el “funcionamiento y la legitimidad” del TC, en particular por lo que respecta a los cambios introducidos en las salas de audiencias ya designadas y a la desestimación de las solicitudes de recusación de jueces debido a su presunta falta de imparcialidad o de la impugnación de su estatuto (Declaración del Defensor del Pueblo *Bezprawna manipulacja składem TK ws. kadencji RPO. Wniosek Rzecznika o wyłączenie Julii Przyłębskiej* de 9 de abril de 2021).

Comité de Derechos Humanos (ONU), que encontró las reformas contrarias al PIDCP. En el mismo sentido, se expresó también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>65</sup>.

La degradación progresiva del Estado de derecho en Polonia ha afectado, en otros, el principio de confianza mutua sobre el que se basa la cooperación penal y la orden de detención europea. En el asunto *L. M.* (2018)<sup>66</sup>, por caso, el Tribunal de Justicia respaldó el uso del test establecido los asuntos acumulados *Aranyosi-Căldăraru* (2016), reconociendo que la activación del artículo 7.1 (TUE) por la Comisión<sup>67</sup> era suficiente para constatar el riesgo genérico de violación de los derechos fundamentales<sup>68</sup>. En consecuencia:

[...] la autoridad judicial de ejecución tiene la obligación de aplazar la ejecución de una orden de detención europea *cuando constate, además de que existe un riesgo real de denegación flagrante de justicia debido a las deficiencias del sistema judicial del Estado miembro emisor, que la persona contra la que se ha dictado dicha orden está expuesta a ese riesgo*<sup>69</sup>.

La consolidación de la deriva autoritaria en Polonia llevó a la radicalización del discurso constitucional y a la defensa, en consecuencia, de un *soberanismo constitucional* en abierta negación del mandato de apertura que permitió la adhesión a la UE. El TC inició y promovió entonces un abierto enfrentamiento –una auténtica y real guerra de Cortes-, con sus pares de Estrasburgo y Luxemburgo que terminó por afectar la vigencia efectiva de todo el sistema de derechos en Polonia, y abriendo una crisis institucional de dimensiones inéditas para la integración europea.

Los circuitos interpretativos multidireccionales son negados por el TC polaco, y sus diversas terminales desconocidas, para quedar encerrado en el laberinto borgiano víctima de su técnica interpretativa destructiva que enarbola una identidad constitucional nacional en términos propios de un absolutismo difícilmente comparable. Todo ello a la sombra de las doctrinas que se pergeñaron desde Karlsruhe.

65 Véase la Resolución 2359(2021), adoptada el 26 de enero de 2021 (3.a sesión), que considera que el TC “parece estar bajo el firme control de las autoridades gobernantes, lo que impide que ejerza como árbitro imparcial e independiente de la constitucionalidad y del Estado de derecho”.

66 Ante una reforma del poder judicial ejecutada por el Gobierno de Polonia que ponía en duda la imparcialidad de sus jueces y la apertura por la Comisión Europea de un procedimiento sancionador en conformidad con el artículo 7.1 del TUE, el Tribunal Superior de Irlanda planteó al Tribunal de Justicia si era procedente ejecutar una Euroorden cuando las autoridades judiciales del Estado emisor (en este caso Polonia) presentaban serias dudas sobre su respeto al derecho a un proceso equitativo.

67 Véase, LÓPEZ AGUILAR Juan Fernando, “De nuevo (y todavía) Polonia: “Rule of law” y art.7 TUE en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 44, 2019, p. 137-176.

68 STJ de 25 de julio de 2018, *L.M.*, asunto C-216/18 PPU [ECLI:EU:C:2018:586], apartado 79.  
69 *Ídem*, apartado 133 1).

Desde la adhesión a la UE, el TC polaco siguió un recorrido para la construcción de una identidad constitucional nacional guiado por una clara finalidad defensiva-protectora. Ello le permitió proteger, desde lo discursivo, la supremacía constitucional ante una hipotética violación, mientras que en la práctica acepta la vigencia efectiva del DUE junto a la autoridad del Tribunal de Justicia como su intérprete final. Se trata si se quiere de una *mirada apologética* de la identidad constitucional, pero conciliable con una visión europeísta de la que nunca renegó el TC polaco hasta su radicalización.

Un buen ejemplo de lo dicho lo constituye el caso de la aprobación en Polonia de la DM sobre la Euroorden<sup>70</sup> la cual contradecía directamente a una norma constitucional polaca. El artículo 55.1 (constitución polaca), en efecto, prohibía la extradición de ciudadanos polacos lo cual *chocaba abiertamente* con lo dispuesto por la citada DM. El TC polaco, en su sentencia sobre la *Euroorden* (2005)<sup>71</sup>, ante la disyuntiva de forzar el desconocimiento del DUE en favor de la Constitución –entendió que la aludida prohibición constitucional era “absoluta”–, y ante la imposibilidad de desarrollar una interpretación conforme, optó por sostener la supremacía constitucional declarando la inconstitucionalidad del artículo 607.1 del Código Procesal Penal que incorporaba la citada DM. No obstante, optó por posponer los efectos de su sentencia de inconstitucionalidad 18 meses para dar la oportunidad al legislador de llevar a cabo la consiguiente reforma constitucional sin que se produjera un incumplimiento del DUE, ni se dieran consecuencias perniciosas para la cooperación judicial en materia penal. Reforma que “fue llevada a cabo de forma especialmente expedita”<sup>72</sup>. Consecuentemente, en una sentencia posterior, el TC polaco rechazó declarar la inconstitucionalidad de la misma norma procesal penal al considerársela ahora conforme a la Constitución<sup>73</sup>.

La invocación a la identidad constitucional como técnica de cohabitación -favorecida por la maleabilidad y elasticidad de la expresión- fue puesta a prueba con éxito al analizar la constitucionalidad del Tratado de Lisboa (2009). Este antecedente cobra especial relevancia porque tiempo después, en plena deriva autoritaria, el TC polaco declaró contraria a la Constitución varias de las normas que integran este tratado fundacional correspondientes al TUE y al TFUE (ver *infra* 48).

En la línea del TCFA, los jueces constitucionales polacos aprovecharon el control de constitucionalidad *a priori* del Tratado de Lisboa para profundizar sobre el área de reserva identidad constitucional<sup>74</sup>. Se rechaza aquí un concepto absoluto de soberanía, pero no la necesidad de sus “cualidades indispensables para el Estado”. Estos, se afirma, aun siendo los sujetos del proceso de integración

70 DM 2002/584/JAI.

71 STC polaco de 25 de abril de 2005, *Euroorden I* [P 1/05].

72 Ley sobre la modificación de la Constitución de la República de Polonia de 8 de septiembre de 2006.

73 STC polaco de 5 de octubre de 2010, *Euroorden II* [SK 26/08].

74 STC polaco de 24 de noviembre de 2010, *Tratado de Lisboa* [K 32/09], parte III.2.1 y III.3.8.

europea, mantienen “la competencia sobre las competencias [*the competence of competences*]”. La identidad constitucional, en este contexto, es un concepto que determina el alcance de la “exclusión de la competencia para conferir competencias”. Es decir, las competencias que son fundamentales para la base del sistema político de un Estado dado y que, en consecuencia, no pueden ser objeto de atribución en virtud del artículo 90.1 (constitución polaca). La garantía de la preservación de la identidad constitucional de Polonia, en opinión de su TC, ha sido el citado artículo 90.1, y los límites a la atribución de las competencias especificados en el mismo. Dicho artículo no puede entenderse de una manera que agota su significado después de una aplicación. El Tribunal *enlaza* –al igual que el TCFA- la identidad constitucional que describe, con la reconocida en el artículo 4.2 (TUE) afirmando que, la idea de confirmar la identidad nacional en solidaridad con otras naciones, y no contra ellas, constituye la base axiológica principal de la UE, a la luz del Tratado de Lisboa<sup>75</sup>.

#### 45. Una reforma judicial que promueve la deriva autoritaria: la supresión de la independencia e imparcialidad de los jueces

Tanto en Polonia -al igual que en Hungría (ver *infra* 49)-, se ha producido lo que se llama un *ataque sistémico* a la independencia del poder judicial<sup>76</sup>. Ello implica ir neutralizando las estructuras legales diseñadas para garantizar dicha independencia. Los ataques sistémicos, por lo tanto, apuntan a un cambio estructural que permita al gobierno controlar o influir fuertemente en los futuros asuntos judiciales. Pueden tener, por tanto, efectos devastadores y duraderos en la independencia judicial (Véase Moliterno, Čuroš n° 7 2021:1159-1191).

A diferencia de Hungría, donde la mayoría en la Asamblea Nacional unicameral disfrutó de una mayoría constitucional, en el Parlamento bicameral de Polonia la mayoría parlamentaria carecía de los números necesarios para cambiar el marco constitucional y tuvo que seguir con la reforma a través de la legislación, las decisiones de la cámara baja del parlamento (*Sejm*)<sup>77</sup>, los nombramientos presidenciales, del gobierno, y del ministro de justicia<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Ídem.

<sup>76</sup> La percepción entre el público en general y las empresas es que el nivel de independencia judicial es bajo y sigue disminuyendo. Mientras en 2021 el 29 % del público en general percibe la independencia de los órganos jurisdiccionales como “bastante buena o muy buena”, solo el 18 % de las empresas comparte la misma percepción. La percepción de independencia “ha disminuido constantemente tanto entre el público en general como entre las empresas durante los cinco últimos años” (cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, “Informe sobre el Estado de derecho en 2021. Situación del Estado de derecho en la Unión Europea” [COM/2021/700 final], capítulo dedicado a Polonia).

<sup>77</sup> Su nombre completo es *Sejm Rzeczypospolitej Polskiej* (*Sejm* de la República Polaca).

<sup>78</sup> El sistema judicial polaco se divide en dos ramas principales: la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción ordinaria, supervisada por el TS (también supervisa los tribunales militares), consta de tres niveles: 11 tribunales de apelación, 46 tribunales

Podemos decir que 2015 es un año bisagra y que el TC polaco es la primera víctima de la deriva autoritaria<sup>79</sup>: la cámara baja del parlamento polaco próxima a la finalización de los mandatos de sus miembros (séptima legislatura), aprueba una nueva Ley del TC polaco. Esta ley no solo confirmó la elección de los jueces constitucionales por el *Sejm* por mayoría de los votantes, sino que también contenía una disposición transitoria que permitía a la mayoría política de la cámara saliente hacerse con la mayoría del TC<sup>80</sup>.

Al constituirse la nueva legislatura, el *Sejm* –integrada ahora con una nueva mayoría–, reformó nuevamente la Ley del TC con el objetivo de “normalizarla” y, posteriormente, procedió a nombrar nuevos jueces constitucionales<sup>81</sup>. La cámara entrante (octava legislatura) del *Sejm*, en consecuencia, adoptó cinco resoluciones individuales con las que anuló, con efecto retroactivo, los nombramientos de los cinco jueces constitucionales elegidos por la cámara saliente<sup>82</sup> y procedió a la elección de cinco nuevos jueces para reemplazar a los depuestos<sup>83</sup>. Esta estrategia de *colonización* de un tribunal ha sido definida como *court-packing strategy* (Véase Moliterno, Čuroš, 2021: 1173).

Ambas reformas legislativas, fueron sometidas al control de constitucionalidad del TC polaco, el cual dictó las sentencias *K 34/15* y *K 34/15* (2015) sobre la cuestión. En la primera de ellas declaró, en lo que aquí interesa, que la cámara saliente (séptima legislatura) del *Sejm* estaba facultada para nombrar a tres jueces que sustituyeran a aquellos cuyo mandato expiraba el 6 de noviembre de 2015. Asimismo, aclaró que el *Sejm* no estaba facultado para elegir a los dos jueces que sustituirían a aquellos cuyo mandato expiraba en diciembre. También se refirió, específicamente, a la obligación que recaía sobre el Presidente de la República de tomar juramento “inmediatamente” a los jueces elegidos por el *Sejm*<sup>84</sup>. En la segunda sentencia citada, entre otras cuestiones, el TC polaco invalidó la base

regionales y 318 tribunales de distrito. Los jueces son nombrados por el presidente de la República a petición del Consejo Nacional del Poder Judicial. El TC, que tiene la misión de resolver la constitucionalidad de la legislación, está formado por quince magistrados elegidos por la cámara baja del Parlamento polaco (*Sejm*) para un mandato de nueve años. Una característica particular del Ministerio Fiscal, que no forma parte del poder judicial independiente, es que el Fiscal General y el ministro de Justicia son la misma persona.

79 Además de promover una reforma judicial integral, entre diciembre de 2015 y enero de 2016, el *Sejm* aprobó una nueva serie de leyes particularmente sensibles, a menudo mediante procedimientos legislativos acelerados, como, en concreto, una Ley de Medios de Comunicación, una nueva Ley de la Función Pública, una Ley modificativa de la Ley de la Policía y otras leyes y una Ley del Ministerio Fiscal.

80 Aprobada el 25 de junio de 2015 la nueva ley permitía, de hecho, que el *Sejm* cubriera los cargos de jueces constitucionales no solo para los tres que expiraban al final de la legislatura vigente, sino también para dos cargos más de jueces con mandato próximo a vencer. Es decir, la fuerza política mayoritaria de entonces, pudo nombrar cinco –de quince– jueces constitucionales el 8 de octubre de 2015.

81 Aprobada el 19 de noviembre de 2015, tras las elecciones generales, mediante procedimiento acelerado.

82 El 25 de noviembre de 2015.

83 El 2 de diciembre de 2015.

84 STC polaco de 3 de diciembre de 2015 [K 34/15].

jurídica para el nombramiento por parte de la cámara entrante del *Sejm* de los tres jueces que iban a cubrir las vacantes de 6 de noviembre de 2015, cargos para los cuales la cámara saliente ya había nombrado legalmente a tres jueces<sup>85</sup>.

Conocidas las sentencias *K 34/15* y *K 34/15* (2015), el *Sejm* va a aprobar una Ley modificatoria de la Ley del TC que terminará por afectar, como vemos en adelante, su funcionamiento e independencia<sup>86</sup>. Sometida al control de constitucionalidad del TC polaco, esta última ley es declarada inconstitucional por la sentencia *K 47/15*<sup>87</sup>. No obstante –en un hecho inédito–, hasta la fecha, esta sentencia no fue publicada por el gobierno de Varsovia en el Diario Oficial polaco con lo cual, conforme a la Constitución, carece de efectos jurídicos<sup>88</sup>. Cabe destacar que el artículo 190.2 (constitución polaca) establece la obligación de publicar “inmediatamente” las sentencias del TC<sup>89</sup>. Esta actitud mereció objeciones inmediatas en relación al Estado de derecho por parte de la Comisión de Venecia<sup>90</sup> –que actuó a pedido del gobierno polaco<sup>91</sup>–, al igual que el Parlamento Europeo<sup>92</sup>.

El 26 de abril de 2016, por su parte, el pleno del TS polaco aprobó una resolución que acreditaba que las sentencias del TC son válidas, aun cuando el gobierno polaco se niegue a publicarlas en el Boletín Oficial. El 22 de julio de

85 STC polaco de 9 de diciembre de 2015 [K 35/15].

86 Aprobada el 22 de diciembre de 2015 (entró en vigor el 28 de diciembre), modifica a la ley sancionada por la cámara saliente el 25 de junio de 2015.

87 STC polaco de 9 de marzo de 2016 [K 47/15].

88 El gobierno polaco oficialmente justifica su decisión alegando que el TC debería haber dictado sentencia respetando el quórum legalmente establecido, tal como prevé la Ley declarada inconstitucional. Sin embargo, solo doce de los jueces del TC habían sido nombrados legalmente, sin que el Presidente de la República hubiera tomado juramento a los otros tres jueces designados por la cámara saliente del *Sejm*, el 8 de octubre de 2015.

89 La norma citada dice: “Las sentencias del [TC] sobre las materias previstas en el artículo 188, deberán ser publicadas *inmediatamente* en la publicación oficial en que se promulgó el acto normativo original. Si no se ha promulgado un acto normativo, la sentencia se publicará en el Boletín Oficial de la República de Polonia, *Monitor Polski*”.

90 El 11 de marzo de 2016, la Comisión de Venecia adoptó su Dictamen sobre las modificaciones a la Ley de 25 de junio de 2015 sobre el TC. En lo que se refiere al nombramiento de los jueces, el Dictamen instaba al Parlamento polaco a buscar una solución acorde con el Estado de derecho, respetando las sentencias del TC sobre la cuestión. Señalaba, además, en particular, que el elevado quórum necesario, el requisito de mayoría de dos tercios para la adopción de sentencias, y la norma estricta que hacía imposible tramitar asuntos urgentes, y especialmente el efecto combinado de todo ello, convertiría al TC polaco “en inoperante”. Por último, la Comisión de Venecia consideró que la negativa a publicar la sentencia de 9 de marzo de 2016 agravaría la crisis constitucional en Polonia (véase Dictamen n.º 833/2015, CDL-AD(2016)001 [«CDL-AD(2016)001»]).

91 El 23 de diciembre de 2015.

92 El 13 de abril de 2016, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre la situación en Polonia, en la que instaba al Gobierno polaco “a respetar, publicar y ejecutar plenamente sin más demora” la STC polaco de 9 de marzo de 2016 [K 47/15], y ejecutar las STC polaco de 3 y 9 de diciembre de 2015 [K 34/15 y K 35/15], y hacía un llamamiento a dicho gobierno para que aplique plenamente las recomendaciones de la Comisión de Venecia (cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de abril de 2016, sobre la situación en Polonia [2015/3031 (RSP)]).

2016, el *Sejm* aprobó una nueva Ley del TC la cual profundizó las objeciones de la Comisión de Venecia<sup>93</sup>.

El Comité de Derechos Humanos (ONU), por su lado, hizo saber su preocupación por el impacto negativo de las reformas legislativas -incluidas las sucesivas modificaciones a la Ley del TC-, por la escasa atención prestada a las sentencias del TC, por el funcionamiento y la independencia del ese órgano, y por la aplicación del PIDCP. El Comité instó a Polonia “a publicar de manera oficial y con carácter inmediato” todas las sentencias del TC, a abstenerse de introducir medidas que obstaculizasen su funcionamiento eficaz, y a aplicar un proceso transparente e imparcial de designación de sus miembros que garantizase su seguridad en el cargo y cumpliera todos los requisitos de legalidad en virtud de la legislación nacional y del derecho internacional<sup>94</sup>.

En su etapa primaria –como observamos-, la deriva autoritaria en Polonia *neutraliza* la independencia e imparcialidad del TC, erosionado su legitimidad como *juez de las leyes*, afectando directamente su funcionamiento, y promoviendo la construcción de una identidad constitucional nacional fundada sobre un discurso soberanista de marcado tono aislacionista.

A partir de los últimos meses de 2015 –en palabras de Dicosola- Polonia atraviesa la “más grave crisis constitucional de su historia democrática”. Se trata claramente de un conflicto entre los órganos de poder legitimados democráticamente y la jurisdicción constitucional, en relación con el origen de la legitimidad de esta última para inmiscuirse, mediante decisiones constitucionales, en la discrecionalidad política del Parlamento (Discosola María, 2016/1). Una deriva autoritaria similar observaremos ocurre, por la misma época, en Hungría (ver *infra* 49).

La ley sobre el TC de 22 de julio de 2016 es sometida al control de constitucionalidad del TC polaco el cual en su sentencia *K 39/16* (2016) interpreta que, una serie de sus disposiciones –las mismas sobre las que la Comisión también había expresado reservas en su Recomendación de 27 de julio de

93 Para la Comisión de Venecia, esta nueva ley, a pesar de las mejoras con respecto a la Ley modificativa de 22 de diciembre de 2015, retrasaría considerablemente y obstaculizaría la labor del TC, a la vez que “*podría menoscabar su eficacia y socavaría su independencia, al sujetar su funcionamiento a un control excesivo por parte de los poderes legislativo y ejecutivo*”. El Dictamen concluía que, al adoptar la nueva Ley, el parlamento polaco “*se arrogaba competencias en materia de control constitucional que no le correspondían* en el marco del procedimiento legislativo ordinario”. Consideraba que tanto el Parlamento como el Gobierno polaco “*segúan cuestionando el papel del TC como árbitro último de las cuestiones constitucionales* y se atribuían esa competencia: creaban nuevos obstáculos para el funcionamiento eficaz de este Tribunal, esforzándose por socavar aún más su independencia”. Según el Dictamen, “*al prolongar la crisis constitucional, obstaculizaban la actuación del TC, incapacitándolo para desempeñar su papel constitucional de garante de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos*” (véase Dictamen n.º 860/2016, CDL-AD(2016)026 [«CDL-AD(2016)026»]). El Gobierno polaco decidió no participar en la sesión de la Comisión de Venecia de 14 de octubre de 2016, por considerar que el Dictamen emitido era unilateral y no tenía en cuenta su propia posición.

94 Comité de Derechos Humanos (ONU), Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Polonia.

2016-, eran inconstitucionales<sup>95</sup>. El Gobierno polaco, por su parte, tampoco reconoció la validez de dicha sentencia ni la publicó en el Boletín Oficial. Una nueva sentencia *K 44/16* (2016) del TC polaco sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la citada Ley relativas a la selección del Presidente y del Vicepresidente del Tribunal, precisó que la Constitución debe interpretarse en el sentido de que el Presidente del Tribunal debe ser nombrado por el Presidente de la República de entre los candidatos que hayan obtenido una mayoría de votos en el pleno del TC<sup>96</sup>.

Con el anuncio por parte del Gobierno polaco -el 20 de enero de 2017- de una reforma integral del poder judicial, se da inicio a una segunda etapa de la *deriva autoritaria*, la cual promueve repetir la experiencia de colonización del TC, a todas las instancias vinculadas a la tutela efectiva de derechos. La nueva reforma alcanza, principalmente, al TS polaco, al Consejo Nacional del Poder Judicial –el cual debe salvaguardar la independencia de los tribunales y los jueces<sup>97</sup>, la organización de los tribunales ordinarios, y se sumaba a la reforma del Ministerio Fiscal de 2016<sup>98</sup>.

Este nuevo escenario llamó la atención de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la cual expresa su preocupación por la evolución registrada en Polonia, sosteniendo que la misma “pone en peligro el respeto del Estado de derecho y, en particular, la independencia del poder judicial y el principio de separación de poderes”<sup>99</sup>. En igual sentido, se manifiesta el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos quien reclamó que las autoridades polacas aceptasen las recomendaciones de dicho organismo internacional

95 STC polaco de 11 de agosto de 2016 [K 39/16]. El 19 de diciembre de 2016, el Presidente de la República firmó tres nuevas leyes –cuestionadas por el Parlamento Europeo y la Comisión- destinadas a regir el funcionamiento del TC, las cuales fueron publicadas en el Boletín Oficial (Ley de 30 de noviembre de 2016 sobre el estatuto jurídico de los jueces del TC; Ley de 30 de noviembre de 2016 sobre la organización y los procedimientos ante el TC; y Ley de 13 de diciembre de 2016 relativa a la aplicación de la Ley de Organización y Procedimientos y de la Ley del Estatuto de la Magistratura).

96 STC polaco de 7 de noviembre de 2016 [K 44/16]. El TC polaco en este caso se vio obligado a cambiar su formación, de pleno a una sala de cinco jueces, debido a la negativa de tres de sus integrantes a conocer del asunto y habida cuenta del hecho de que los tres jueces nombrados legalmente en octubre de 2015 por la cámara saliente del *Sejm* no habían asumido sus funciones en dicho órgano (véase el auto del Presidente del TC de 7 de noviembre de 2016).

97 Cfr. artículo 186.1 (constitución polaca): “El Consejo Nacional del Poder Judicial deberá salvaguardar la independencia de los tribunales y los jueces”. Su actuación tiene un impacto directo sobre la independencia de los jueces, en particular por lo que respecta a ascensos, traslados, procedimientos disciplinarios, ceses y jubilación anticipada.

98 Las leyes del Ministerio Fiscal (cfr. Ley de 28 de enero de 2016 del Ministerio Fiscal; y Ley de 28 de enero de 2016 de aplicación de la Ley del Ministerio Fiscal) fusionaron el cargo de Ministro de Justicia y el de Fiscal General e incrementaron considerablemente las facultades del Fiscal General en la gestión de la fiscalía, entre las que destacan nuevas competencias que permiten al Ministro de Justicia intervenir directamente en asuntos particulares.

99 Resolución 2188(2017), de 11 de octubre de 2017, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “sobre las nuevas amenazas para el Estado de derecho en los Estados miembros del Consejo de Europa, con ejemplos seleccionados”.

sobre el respeto de la independencia judicial<sup>100</sup>. Al igual que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y abogados, el cual presentó sus observaciones preliminares, según las cuales los proyectos de ley sobre el TS y el Consejo Nacional del Poder Judicial, “plantean toda una serie de dudas respecto a la independencia judicial”<sup>101</sup>. La Comisión de Venecia, por su parte, llegó a la conclusión que la reforma judicial promovida “permiten a los poderes legislativo y ejecutivo *interferir de manera grave y extensa en la administración de justicia* y suponen, por ende, una *amenaza grave* para la independencia judicial como pieza clave del Estado de derecho”<sup>102</sup>. El Parlamento polaco aprobó, finalmente, las Leyes del TS y del Consejo Nacional del Poder Judicial<sup>103</sup>, al mismo tiempo que el Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos formulaba una Declaración en la que lamentaba dicha aprobación la cual debilitarían aún más la independencia judicial<sup>104</sup>.

Esta segunda etapa de la *deriva autoritaria* en Polonia tiene como objetivo la independencia del poder judicial ordinario. Entre otras, se pueden señalar como características opuestas a los principios y valores del Estado de derecho: cese y jubilación forzosa de los jueces del TS<sup>105</sup>; facultad de prorrogar el mandato de los jueces del TS<sup>106</sup>; aplicación retroactiva del recurso extraordinario<sup>107</sup>; elimi-

100 Resolución del 23 de octubre de 2017, tras el tercer ciclo del examen periódico universal de Polonia.

101 Observaciones preliminares del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, de 27 de octubre de 2017, sobre la visita oficial a Polonia (23-27 de octubre de 2017).

102 Dictamen de 8 de diciembre de 2017 de la Comisión de Venecia a petición de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre el proyecto de ley del Consejo Nacional del Poder Judicial, el proyecto de ley del TS y la Ley de Organización de los tribunales ordinarios, junto a otro dictamen sobre la Ley del Ministerio Fiscal.

103 El 8 de diciembre de 2017, el *Sejm* y el 15 de diciembre de 2017 el Senado.

104 Declaración del 8 de diciembre de 2017.

105 La Ley del TS reduce la edad general de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo de 70 a 65 años (cfr. art. 37.1). Esta medida resulta aplicable a todos los jueces en activo. Los jueces que hayan alcanzado la edad de 65 años, o la vayan a alcanzar en los 3 meses siguientes a la entrada en vigor de la ley, “serán jubilados” (cfr. art. 111.1). Además, todos los jueces de la Sala de lo militar (con independencia de su edad) serán cesados y jubilados, sin posibilidad de solicitar al Presidente de la República la prórroga de su mandato (cfr. art. 111.3). Al rebajar la edad de jubilación y aplicarla a los jueces actuales del TS, la ley pone fin al mandato de un importante número de jueces que pueden ser obligados a jubilarse: en concreto 31 de los 83 jueces (37 %), según el TS. Debido a la reducción de la edad de jubilación, todos los nuevos jueces serán nombrados por el Presidente de la República a recomendación del Consejo Nacional del Poder Judicial, en su nueva composición, que estará dominada en gran medida por los miembros de designación política.

106 Los jueces del TS afectados por la reducción de la edad de jubilación que deseen prorrogar su mandato pueden presentar una solicitud dirigida al Presidente de la República. Para decidir sobre la prórroga del mandato, no existen criterios ni está previsto un plazo para la adopción de una decisión, ni se prevé en la legislación la posibilidad de revisión judicial. La prórroga podrá acordarse en dos ocasiones (por 3 años cada vez).

107 La Ley del TS introduce una nueva forma de control judicial de sentencias y decisiones definitivas y vinculantes, el recurso extraordinario (cfr. art. 89.1). En el plazo de tres años (cfr. art. 115) a

nación de garantías procesales esenciales en los procedimientos disciplinario<sup>108</sup>; conclusión prematura del mandato de todos los jueces-miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial y nuevo régimen para el nombramiento de sus jueces-miembros que permite un alto grado de injerencia política<sup>109</sup>; y edad de jubilación y facultad de prorrogar el mandato de los jueces<sup>110</sup>.

#### **46. El TEDH condena a Polonia por violar la independencia del TC y establece su “ilegitimidad” a causa del proceso de selección de sus jueces**

El soberanismo constitucional promovido por Varsovia, ataca directamente las relaciones intersistémicas, destruyendo cualquier conexión con terminales externas como el TEDH o el Tribunal de Justicia. En su marcha hacia el encierro nacionalista, los circuitos interpretativos direccionales con única terminal en el TC polaco, son los únicos que se consideran válidos jurídicamente. Este razonamiento, impulsado por una finalidad destructiva en la construcción de una identidad constitucional nacional, sin embargo, debe enfrentar el hecho de que la integración de Polonia al sistema europeo de protección multinivel de derechos ya no pasa –aunque se decidiera en este sentido– solo por el TC, el Ejecutivo o el Parlamento. Aún en contra de la voluntad de estos actores centrales, existen instrumentos jurídicos como la cuestión prejudicial o bien las denuncias ante Estrasburgo que, a medida que se suceden las sentencias de condena, no solo dejan en evidencia la deriva autoritaria sino la necesidad de una tutela efectiva.

En este contexto, el TEDH encontró que el proceso seguido para nombramiento de jueces constitucionales polaco en 2015 constituía una violación

---

partir de la entrada en vigor de la ley, el TS podrá anular (véanse los arts. 89.4, y 115.2) en todo o en parte (cfr. art. 91.1) toda sentencia definitiva dictada por un tribunal polaco en los últimos veinte años, incluidas las sentencias del TS, salvo algunas excepciones. La facultad de interponer el recurso corresponde, entre otros, al Fiscal General y al Defensor del Pueblo (cfr. art. 89.2).

108 La Ley del TS elimina una serie de garantías procesales en los procedimientos disciplinarios contra los jueces ordinarios y los jueces del TS. Por ejemplo, ahora podrían utilizarse contra un juez pruebas obtenidas de forma ilegal (cfr. art. 108.23 en lo relativo al artículo 115 quater añadido a la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios.). La prescripción para los asuntos disciplinarios se suspendería durante el período del procedimiento disciplinario, lo que significa que un juez podría ser objeto de un procedimiento por tiempo indefinido (cfr. art. 108.13.b).

109 De conformidad con el artículo 6 de la Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial, los mandatos de todos los actuales jueces-miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial concluirán de forma prematura.

110 El artículo 1.26.b) y c), y el artículo 13.1, de la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios establecen que la edad de jubilación aplicable a los jueces ordinarios se reducirá de 67 a 60 años para las juezas y de 67 a 65 años para los jueces, y el Ministro de Justicia tendrá la facultad de acordar la prórroga de los mandatos judiciales (hasta los 70 años) con arreglo a criterios vagos. A la espera de dicha decisión, los jueces concernidos permanecerán en su puesto. El hecho de permitir que el Ministro de Justicia decida sobre la prórroga del mandato de un juez, en combinación con la reducción de la edad de jubilación, genera serias dudas respecto a su compatibilidad con el principio de inamovilidad de los jueces (cfr. art. 180.1, constitución polaca).

al artículo 6.1 (CEDH)<sup>111</sup> y, por tanto, llegó a la conclusión -por primera vez respecto a un Estado miembro de la UE-, que afectaba la *legitimidad* del TC polaco en el ejercicio de sus funciones de control de constitucionalidad y, por ende, el dictado de sus sentencias<sup>112</sup>. La respuesta del soberanismo constitucional no se hizo esperar, el mismo TC contraatacó llegando al extremo de declarar como “inexistente”<sup>113</sup> dicha sentencia de Estrasburgo.

La sentencia *Xero Flor* (2021) del TEDH sostiene el TC polaco,

[...] se emitió *sin fundamento legal, extralimitándose* en la jurisdicción del TEDH, y constituye una injerencia ilegal en el ordenamiento jurídico interno, en particular en cuestiones que están fuera de la jurisdicción del TEDH; por estas razones *debe considerarse como una sentencia inexistente* [*non-existent judgment*] (...) el TEDH *se extralimitó injustificadamente en su jurisdicción* al evaluar la legalidad de la formación de los miembros del [TC]<sup>114</sup>.

Tiempo después, el TC polaco se pronunció sobre la “incompatibilidad” del citado artículo 6.1 (CEDH) con la Constitución polaca, en la medida en que también incluye al propio TC polaco en la noción de “tribunal”<sup>115</sup>. El TEDH ya

111 La norma citada en su parte pertinente dice: “[Derecho a un proceso equitativo] Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un *tribunal* independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios *sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal* dirigida contra ella (...)”. Sin resaltar en el original. Estrasburgo ya había reconocido con anterioridad que los procesos constitucionales, y el TC, deben considerarse como parte de los “procesos” y los “tribunales” mencionados en el artículo 6.1 (CEDH). Véase, STEDH de 23 de junio de 1993, *Ruiz-Mateos c. España* [nº 12952/87]; STEDH de 16 de septiembre de 1996, *Süßmann c. Alemania* [nº 20024/92]; y STEDH de 23 de junio de 1993, *Ruiz-Mateos c. España* [nº 12952/87]; y STEDH [sección tercera] de 8 de enero de 2004, *Voggenreiter c. Alemania* [nº 47169/99].

112 Cfr. STEDH [sección primera] de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* [nº 4907/18]. La empresa demandante alegó, en particular, que los tribunales ordinarios no habían motivado debidamente su negativa a remitir una cuestión jurídica al TC polaco. También se quejó de que uno de los jueces constitucionales de la Sala interviniente, que había examinado su recurso de inconstitucionalidad, no había sido elegido de conformidad con la legislación interna. La empresa demandante invocó como fundamento de su denuncia el artículo 6.1 (CEDH). Véase COLI Martina, “The judgment of the Strasbourg Court in *Xero Flor v. Poland*: The capture of the Polish Constitutional Court condemned by a European court, at last!”, *Diritti comparati* (21-7-2021).

113 STC polaco de 15 de junio de 2021 [P 7-20].

114 STC polaco de 15 de junio de 2021 [P 7-20/ 30/A/2021], apartados 2.2 y 2.3. Sin resaltar en el original.

115 STC polaco de 24 de noviembre de 2021 [K 6/21]. El Gobierno polaco ya había cuestionado ante el TEDH la aplicabilidad del artículo 6.1 (CEDH), en lo que refiere a “litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil”, a los *procedimientos constitucionales*. Se argumentó que, de conformidad con el artículo 10.2 (constitución polaca), el TC se define como parte del poder judicial. Sin embargo, a diferencia de otros tribunales, no administra justicia ya que no resuelve litigios civiles ni causas penales. El artículo 175.1 (constitución polaca), por su lado, establece que la administración de justicia será ejercida por el TS, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y los tribunales militares, sin referirse al TC. Para el gobierno polaco, la Constitución distinguió deliberadamente y les confirió funciones y competencias separadas. (cfr. STEDH [sección primera] de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* [nº 4907/18], apartados 176-181).

había rechazado esta interpretación respecto a que el TC no administra justicia y, por tanto, no es un tribunal típico en el sentido del artículo 6.1 (CEDH). Para los jueces de Estrasburgo, la misma Constitución lo define como “una autoridad judicial encargada principalmente de revisar la constitucionalidad de la ley y sus jueces gozan de independencia en el ejercicio de su cargo” (cfr. art. 195.1, de la constitución polaca)<sup>116</sup>.

En la sentencia *Xero Flor* (2021), efectivamente, lo que el TEDH cuestiona es la independencia sus miembros en relación al poder ejecutivo y el poder legislativo:

Aunque la noción de la separación de poderes entre los órganos políticos de gobierno y el poder judicial ha adquirido una importancia creciente en su jurisprudencia, el nombramiento de jueces por el ejecutivo o el legislativo es permisible bajo el [CEDH], *siempre que los designados estén libres de influencia o presión en el ejercicio de su función judicial*. La pregunta que se debe hacer es si, en un caso dado, se cumplen los requisitos del [CEDH]<sup>117</sup>.

En el caso en cuestión -se trata la controvertida elección de jueces constitucionales a partir de 2015-, el TEDH considera que el incumplimiento por parte de los órganos legislativo y ejecutivo de las sentencias pertinentes del TC con respecto a la validez de la elección de los jueces del tribunal<sup>118</sup> socavó el propósito del requisito “establecido por ley” de proteger al poder judicial contra influencias externas ilícitas. Dicho requisito, recuerdan en Estrasburgo, “es un reflejo del principio mismo del Estado de derecho y, como tal, juega un papel importante en el mantenimiento de la separación de poderes y la independencia y legitimidad del poder judicial como se requiere en una sociedad democrática”<sup>119</sup>. Tal desconocimiento de las sentencias del TC polaco por parte del ejecutivo y el legislativo “demuestra aún más su indiferencia [*disregard*] por el principio de legalidad, que requiere que la acción del Estado debe estar de acuerdo con la ley y autorizada por ella”<sup>120</sup>. Además, este incumplimiento por parte de las nombradas autoridades de las sentencias pertinentes del TC polaco, está asimismo vinculado -para el TEDH- con su impugnación de su rol “como árbitro final [*ultimate arbiter*] en casos relacionados con la interpretación de la Constitución y la constitucionalidad de la ley”. De modo que, obrando en este sentido, “se atribuyen esta autoridad a ellos mismos”<sup>121</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH considera que las acciones de los poderes legislativo y ejecutivo

116 STEDH [sección primera] de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* [nº 4907/18], apartados 192-194.

117 Ídem, apartado 252.

118 STC polaco de 3 de diciembre de 2015 [K 34/15], y STC polaco de 9 de diciembre de 2015 [K 35/15].

119 Ídem 281.

120 Ídem 282.

121 Ídem 285.

“equivalieron a una influencia externa ilícita sobre el [TC]” y determina que los incumplimientos en el procedimiento de elección de tres jueces, “fueron de tal gravedad que *menoscababan la legitimidad* del proceso electoral y socavaban la esencia misma del derecho a un «tribunal establecido por ley»”<sup>122</sup>.

La reforma judicial polaca es sometida nuevamente al control de convencionalidad del TEDH en el caso *Broda y Bojara c. Polonia* (2021)<sup>123</sup> donde se pone de manifiesto la importancia otorgada, tanto a la necesidad de salvaguardar la independencia del poder judicial, como al respeto a la equidad procesal [*équité procédurale*] en los casos relacionados con la carrera de los jueces. En el presente caso, sostienen en Estrasburgo, el marco jurídico nacional aplicable en el momento de la destitución de los demandantes no especificaba claramente las condiciones en las que podían ser destituido un alto cargo del Tribunal -como excepción al principio de inamovilidad de jueces con mandato en curso-, sino también que casi todos los poderes en esta materia se han concentrado en manos del representante único del poder ejecutivo, los órganos de autoadministración judicial, y en particular el Consejo Nacional del Poder Judicial, habiendo sido los demandantes simultáneamente excluidos de este proceso. El TEDH señala, además, que las circunstancias que rodearon la destitución de los demandantes, en particular la exclusión del derecho a ser oídos y a conocer los fundamentos de las decisiones ministeriales que les conciernen, sumado a la ausencia de cualquier control por parte de una instancia independiente del Ministro de Justicia, implican que las decisiones de destitución fueran criticables<sup>124</sup>.

En el sentido anterior, TEDH expresa su preocupación que, en sus alegatos, el Gobierno polaco afirmara que el marco jurídico descrito anteriormente para la destitución anticipada de los altos cargos de los tribunales les permitía eludir los procedimientos aplicables a este respecto. Precisamente, defienden en Estrasburgo, son estos procedimientos los que en el presente caso constituyen las garantías que se encuentran en el corazón del principio [*au cœur du principe*], consagrado en el artículo 6.1 (CEDH), según el cual un “tribunal independiente”

122 Ídem 287. Sin resaltar en el original. Para el TEDH, la *regla fundamental* aplicable a la elección de los jueces del TC fue violada, en particular por la cámara entrante (octava legislatura) del *Sejm* y el Presidente de la República. Ello en razón de que, la cámara entrante, procedió a elegir tres jueces constitucionales -el 2 de diciembre de 2015- a pesar de que los respectivos puestos ya habían sido ocupados por los tres jueces elegidos por la cámara saliente. El Presidente de la República, por su parte, se negó a tomar juramento a los tres jueces elegidos en primer lugar, y procedió a tomar el juramento a los tres nuevos jueces. Por lo tanto, el TEDH concluye en que ha habido una violación del 6.1 (CEDH) en el sentido indicado (Ídem, apartados 288-291).

123 STEDH [sección primera] de 29 de junio de 2021, *Broda y Bojara c. Polonia* [nº 26691/18 y 27367/18] donde los denunciantes son dos magistrados que, asignados al Tribunal de Kielce como vicepresidentes, fueron relevados de sus cargos por decisión del Ministro de Justicia adoptada sobre la base de la reforma legislativa de 12 de julio de 2017 por la que se modificaba, entre otras, la Ley de organización de los tribunales ordinarios. Se trataba de una disposición transitoria que otorgaba al citado ministro la facultad de remover a los titulares de los órganos jurisdiccionales durante los seis meses siguientes a su entrada en vigor.

124 Ídem 147.

es necesariamente “inamovible”, ya sea que el juez en cuestión sea removido de sus funciones judiciales o solo de las funciones administrativas que desempeñaba en los órganos de la autoridad judicial. En vista de la importancia del papel asignado a los jueces en la protección de los derechos garantizados por el CEDH, el TEDH considera que “es imperativo que existan garantías procesales capaces de asegurar una adecuada protección de la autonomía judicial frente a las influencias externas (legislativas y ejecutivas) o internas indebidas. Lo que está en juego aquí es la confianza en el poder judicial [*Ce qui est en jeu est la confiance dans le pouvoir judiciaire*]”<sup>125</sup>. Consiguientemente, la finalización prematura de los mandatos de Vicepresidente del Tribunal que habían sido conferidos a los demandantes, al no haber sido examinada por un tribunal ordinario, ni por ningún otro órgano que ejerza funciones judiciales, el Estado demandado a menoscabado la sustancia misma del derecho de acceso a un tribunal de los demandantes<sup>126</sup>. En consecuencia, ha habido según el TEDH, una violación al artículo 6.1 (CEDH)<sup>127</sup>.

En el caso *Reczkowicz* (2021)<sup>128</sup>, el TEDH apunta a la sentencia *K 5/17* (2017)<sup>129</sup> del TC polaco con la que, frente a la apelación del Ministro de Justicia, declaró la ilegitimidad constitucional del mecanismo de nombramiento de los miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial, allanando el camino para su modificación por parte del *Sejm*. También se observa la sentencia *U 2/20* (2020)<sup>130</sup> que priva de efectos la resolución del TS de 23 de enero de 2020 que –tras la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *A.K. y otros* (2019)<sup>131</sup>– había constatado la falta de independencia del Consejo Nacional del Poder Judicial y, por tanto, la imposibilidad de reconocer a la Sala Disciplinaria como tribunal de DUE (ver *infra* 45).

El TEDH es llamado, como vemos, a ejercer su control de convencionalidad, de frente a interpretaciones divergentes de las dos máximas instancias judiciales polacas sobre el conflicto desatado en relación con la Sala Disciplinaria<sup>132</sup>.

125 Ídem 148. El TEDH considera que cuando se trata de la carrera de los jueces, como en el presente caso, donde el Ministro de Justicia decidió unilateral y anticipadamente destituir a los demandantes, deben existir razones serias capaces de justificar una ausencia excepcional de control judicial. Sin embargo, el Gobierno no ha proporcionado ninguna en el presente caso (Ídem).

126 Ídem 149.

127 Ídem 150.

128 STEDH [sección primera] de 22 de julio de 2021, *Reczkowicz c. Polonia* [nº 43447/19] donde se discute si la Sala Disciplinaria del TS puede considerarse un tribunal establecido por ley, de conformidad con el del artículo 6.1 (CEDH).

129 STC polaco de 20 de junio de 2017 [K 5/17].

130 STC polaco de 20 de abril de 2020 [U 2/20].

131 STJ de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del TS), asuntos C-585/18, C-624/18 y C-625/18 [ECLI:EU:C:2019:982].

132 El TEDH aclara que su intervención en el presente caso no tiene como fin resolver el conflicto de opiniones existente en cuanto a la aplicación e interpretación del derecho interno, o bien sustituir a los tribunales nacionales en su evaluación de las disposiciones aplicables, sino revisar si los tribunales polacos en sus respectivas sentencias “prestaron la debida atención y respeto a las normas del [CEDH] exigidas a un «tribunal establecido por la ley»” (STEDH [sección primera] de 22 de julio de 2021, *Reczkowicz c. Polonia* [nº 43447/19], apartado 231).

Los jueces de Estrasburgo, siguiendo como parámetro de control al artículo 6.1 (CEDH), dudan de que la citada sentencia *U 2/20 (2020)* del TC halla “privado de efectos jurídicos” –como defiende el Gobierno polaco– a la resolución del TS de 23 de enero de 2020. Dicha sentencia, para el TEDH, deja a un lado cuestiones que fueron cruciales tales como una falta inherente de independencia del Consejo Nacional del Poder Judicial que, en opinión del TS, “contaminó irremediablemente [*irretrievably tainted*] todo el proceso de designación judicial, incluida la Sala Disciplinaria”. El TC, si bien se basó formalmente en los principios constitucionales de la separación de poderes y la independencia del poder judicial, “se abstuvo de cualquier análisis significativo de la resolución del [TS] a la luz de estos principios”. Lo mismo ocurre con la interpretación del TC de los estándares de independencia e imparcialidad de un tribunal bajo el artículo 6.1 (CEDH) que lo llevó a la conclusión de que la resolución interpretativa del TS era incompatible con esa disposición<sup>133</sup>. Considerando “la aparente ausencia de un análisis integral, equilibrado y objetivo de las circunstancias” vinculadas al CEDH, el TEDH concluye que la evaluación del TC “debe considerarse como arbitraria [*must be regarded as arbitrary*]<sup>134</sup>.”

Además, a juicio del TEDH, sentencia *U 2/20 (2020)* “debe entenderse en conjunto con el contexto general” en el que ha operado el TC polaco desde fines de 2015, y “sus acciones tendientes a desvirtuar” la resolución TS. Estas acciones, siempre según el TEDH, partieron de una decisión provisional sin precedentes del 28 de enero de 2020 (nº Kpt 1/20), la cual suspendió la jurisdicción del TS para emitir resoluciones sobre la compatibilidad, con el derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, de la composición del Consejo Nacional del Poder Judicial, el procedimiento para nombramientos judiciales llevado a cabo por este, y la prerrogativa del Presidente de nombrar jueces. El TEDH,

[...] considera que este tipo de injerencia en un órgano judicial, tendiente a incapacitarlo en el ejercicio de su función jurisdiccional en la aplicación e interpretación del [CEDH] y otros tratados internacionales, debe caracterizarse como una afrenta al Estado de derecho y a la independencia del poder judicial [*must be characterized as an affront to the rule of law and the independence of the judiciary*]<sup>135</sup>.

Por último, el TEDH destaca que la sala del TC polaco que dictó, entre otras, la sentencia *U 2/20 (2020)*, estuvo integrada por un juez constitucional cuyo propio

133 STEDH [sección primera] de 22 de julio de 2021, *Reczkowicz c. Polonia* [nº 43447/19], apartado 261.

134 Ídem 262.

135 Ídem 263. La STC polaco de 20 de abril de 2020 [U 2/20], en opinión del TEDH “perpetuó este estado de cosas”, al considerar que el TS “no tenía competencia” para dictar resoluciones sobre la interpretación de disposiciones legales que pudieran conducir a “la modificación de la situación jurídica respecto de la estructura organizativa del poder judicial” (Ídem).

nombramiento planteó dudas legales y cuya participación en la formación del TC ha sido objeto de evaluación por el TEDH en el caso sentencia *Xero Flor* (2021).

Para el TEDH, ha habido un incumplimiento manifiesto [*manifest breach*] del derecho interno que afectó las *reglas fundamentales* de procedimiento para el nombramiento de los jueces de la Sala Disciplinaria del TS, ya que dicho nombramiento se hizo por recomendación del Consejo Nacional del Poder Judicial, establecido en virtud de la Ley de Modificación de 2017,

[...] un organismo que ya no ofrecía suficientes garantías de independencia frente a los poderes legislativo o ejecutivo. Las irregularidades en el proceso de nombramiento comprometieron la legitimidad [*legitimacy*] de la Sala Disciplinaria en la medida en que, siguiendo un procedimiento inherentemente deficiente [*inherently deficient procedure*] para los nombramientos judiciales, careció y sigue careciendo de las atribuciones de un «tribunal» que sea «lícito» a los efectos del artículo 6.1. La esencia misma del derecho en cuestión ha sido, por lo tanto, afectada.

El TEDH concluye que la Sala Disciplinaria del TS, la cual examinó el caso de la demandante, no era un “tribunal establecido por ley”. En consecuencia, ha habido una violación del artículo 6.1 (CEDH) en el sentido indicado<sup>136</sup>.

#### **47. La ofensiva contra Luxemburgo o de cómo la falta de independencia e imparcialidad de los jueces afecta la tutela efectiva del DUE**

El proceso de reformas de la justicia constitucional polaca y el inicio de la deriva autoritaria en Polonia, no pasó inadvertido en Bruselas. No tardó, por tanto, en llamar la atención de la Comisión la cual inició un diálogo con las autoridades polacas en el ámbito del nuevo marco de la UE para fortalecer el Estado de derecho<sup>137</sup>. Sin embargo, la situación se agravó con motivo de la aprobación -el 22 de julio de 2016- de la nueva Ley del TC<sup>138</sup>.

136 Ídem, apartados 280-282.

137 La Comisión inició -a partir del 13 de enero de 2016-, un diálogo con las autoridades polacas en el ámbito del nuevo marco de la UE para fortalecer el Estado de derecho (cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de derecho*, COM/2014/0158 final). El Marco para reforzar el Estado de derecho da orientaciones para un diálogo entre la Comisión y el Estado miembro en cuestión a fin de evitar la escalada de amenazas sistémicas para el Estado de derecho. Este Marco (cfr. Apartado 4.1) se activará en situaciones en las que las autoridades de un Estado miembro estén adoptando medidas o tolerando situaciones que puedan afectar sistemática y negativamente a la integridad, la estabilidad o el buen funcionamiento de las instituciones y los mecanismos de salvaguardia establecidos a nivel nacional para garantizar el Estado de derecho (garantías del Estado de derecho nacionales).

138 La Comisión, el 27 de julio de 2016, dictó al respecto la Recomendación (UE) 2016/1374 (DO L 217 de 12.8.2016, p. 53) sobre la composición y el funcionamiento del TC. Esta fue complementada el 21 de diciembre de 2016, por la Recomendación (UE) 2017/146 (DO L 22 de 27.1.2017, p. 65), que tuvo en cuenta las posteriores evoluciones normativas relativas al TC (Ley de 1 de

Tomando en consideración la gravedad de los hechos, teniendo presente que la situación en Polonia constituía una “clara amenaza sistémica” para el Estado de derecho, la Comisión<sup>139</sup> decidió activar<sup>140</sup> el procedimiento sancionador regulado en el artículo 7.1 (TUE).

La Comisión observa –en la exposición de motivos de la propuesta de decisión al Consejo– que, en un período de dos años, se han aprobado más de 13 leyes consecutivas que “afectan a la estructura del sistema judicial de Polonia en su conjunto”. El “elemento común” de todas estas modificaciones legislativas es que se “le ha conferido sistemáticamente al poder ejecutivo o al poder legislativo la posibilidad de interferir de forma significativa en la composición, las competencias, la administración y el funcionamiento de estas autoridades y órganos. Las modificaciones legislativas y sus efectos combinados *ponen en grave peligro la independencia del poder judicial y la separación de poderes en Polonia, que son elementos fundamentales del Estado de derecho*”<sup>141</sup>. Sin embargo, aún frente a la contundencia de los argumentos de la Comisión el procedimiento permanece hasta el presente “bloqueado” en el Consejo.

De frente a esta circunstancia, la Comisión cambia su estrategia y activa el procedimiento de incumplimiento (cfr. art. 258, TFUE)<sup>142</sup> -la misma estra-

---

diciembre de 2016 sobre el estatuto jurídico de los jueces del TC, Ley 2 de diciembre de 2016 sobre el procedimiento y organización del TC, Ley 15 de diciembre de 2016 de aplicación de la anterior y nueva decisión del TC, 9 de marzo de 2016) y que estuvo destinada a proteger el cargo del entonces presidente del TC. Una tercera, la Recomendación (UE) 2017/1520 (DO L 228 de 2.9.2017, p. 19), el 26 de julio de 2017, tuvo como objetivo evitar la entrada en vigencia de las leyes que regulan el Consejo Nacional del Poder Judicial, el TS, y los tribunales ordinarios.

139 La Comisión “considera preocupantes los siguientes aspectos: 1) la *falta de un control constitucional independiente y legítimo*; 2) la adopción por el Parlamento polaco de nueva legislación relacionada con el poder judicial que *suscita graves dudas por lo que respecta a la independencia judicial e incrementa significativamente la amenaza sistémica para el Estado de derecho en Polonia*”. Las leyes cuestionadas son, según la Comisión, las siguientes: a) la *Ley del Tribunal Supremo*, aprobada por el Senado el 15 de diciembre de 2017; b) la *Ley por la que se modifica la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios* en vigor desde el 12 de agosto de 2017; c) la *Ley por la que se modifica la Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial y otras leyes*, aprobada por el Senado el 15 de diciembre de 2017; d) la *Ley por la que se modifica la Ley de la Escuela Nacional de la Judicatura y la Fiscalía, la Ley de la Escuela Nacional de la Judicatura*, en vigor desde el 20 de junio de 2017 (cfr. Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia (COM/2017/0835 final). Bruselas, 20 de diciembre de 2017, exposición de motivos, apartado 5).

140 El 20 de diciembre de 2017, la Comisión inició –por primera vez– el procedimiento en virtud del artículo 7.1 (TUE). La Comisión presentó una propuesta motivada al Consejo invitándolo a determinar que existía un riesgo claro de una violación grave por parte de la República de Polonia del Estado de derecho (cfr. Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia (COM/2017/0835 final).

141 Véase Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia (COM/2017/0835 final). Bruselas, 20 de diciembre de 2017, apartado 173. Sin resaltar en el original.

142 La norma citada dice: “(1) Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. (2)

tegia se repite con Hungría<sup>143</sup>-solicitando, además, al Tribunal de Justicia que se dicten medidas cautelares (cfr. art. 279, TFUE)<sup>144</sup> encaminadas a garantizar una tutela efectiva a la espera de las sentencias declaratorias de las infracciones imputadas a Polonia<sup>145</sup>. Especial referencia merece la legislación que, según la Comisión, menoscaba la independencia de los jueces polacos en violación del artículo 19.1, párrafo segundo (TUE) y de la primacía del DUE. Esta ley impide a los órganos jurisdiccionales polacos, incluso bajo amenaza de procedimiento disciplinario, aplicar directamente el DUE que protege la independencia judicial, así como plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia<sup>146</sup>.

El primer caso de denuncia de incumplimiento del DUE por la Comisión a Polonia, si bien no refiere directamente a la vigencia del Estado de derecho (se trata de la protección del medio ambiente en el caso del Bosque de Białowieża), denuncia una política sistemática del gobierno de Varsovia en el desconocimiento

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

143 La Comisión introduce infracciones para defender la vigencia del sistema de derechos. Entre los ejemplos más recientes, destacan las denuncias contra Hungría y Polonia por violaciones de los derechos fundamentales de las personas LGBTIQ. En el caso de Hungría, se trata de una ley adoptada recientemente por la que se prohíbe el contenido LGBTIQ y una resolución que impone un descargo de responsabilidad en los libros infantiles con contenido LGBTIQ. En el caso de Polonia, las infracciones se refieren a las “zonas libres de ideología LGBT”.

144 La norma citada dice: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo”.

145 La utilización del procedimiento de infracción para evaluar si la organización del sistema judicial de un Estado miembro es compatible con el Estado de derecho y, por ende, con los valores en que se inspira la UE, es posible gracias a la reciente jurisprudencia de Luxemburgo. En efecto, la STJ de 21 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16 [ECLI:EU:C:2018:117] resalta la relación *género-especie* entre los artículos 2 y 19.1, segundo párrafo (TUE), leído este último en concordancia con el artículo 47 (CDFUE). De lo dicho se desprende la exigencia, para los Estados miembros, de *garantizar una tutela judicial efectiva* en los ámbitos regidos por el DUE, incluida la garantía de la plena independencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, independientemente de que apliquen el DUE en el caso concreto. De este modo, el Tribunal de Justicia ha allanado el camino para el uso del procedimiento de infracción por violación del artículo 19.1, segundo párrafo (TUE) contra todos aquellos Estados miembros que limiten la independencia de su poder judicial. Además, también afirmó su propia competencia en el marco de la cuestión prejudicial para resolver cuestiones de interpretación sobre el fondo, es decir, de conformidad con artículo 19.1, segundo párrafo (TUE), la independencia de los tribunales nacionales. Esta innovación fue inmediatamente reconocida por los jueces nacionales, en primer lugar los polacos, que no tardaron en enviar una serie de cuestiones preliminares a Luxemburgo con el objetivo de censurar las medidas liberticidas puestas en marcha por el Gobierno de Varsovia. A causa de esta interpretación, se ha formado rápidamente una conspícua jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los criterios relativos al requisito de independencia del poder judicial, que ha permitido precisar aún más el contenido del artículo 19.1, segundo párrafo (TUE).

146 La Ley del TS, en la versión resultante de la Ley modificativa (art. 10), atribuye a la Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del TS “competencia exclusiva para conocer de las imputaciones y cuestiones jurídicas relativas a la falta de independencia judicial”. La Ley de Organización de la Jurisdicción Ordinaria y la citada Ley del TS (art. 72.1, puntos 1 a 3), permiten calificar como “falta disciplinaria” el examen de la observancia del requisito de la UE relativo al juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley (véase Comunicado de prensa de la Comisión de 31 de marzo de 2021 (IP/21/1524)).

de sus obligaciones comunitarias. La gravedad de las denuncias lleva al Tribunal de Justicia a dictar sucesivas medidas cautelares requeridas por la Comisión<sup>147</sup>, terminando por condenar a Polonia por violación del DUE<sup>148</sup>.

El segundo caso, ya impacta directamente en la interpretación de valores esenciales que hacen a la tutela efectiva como la garantía de independencia judicial. La gravedad de los hechos llevó, una vez más, al Tribunal de Justicia a dictar las medidas cautelares requeridas por la Comisión y que tenían como fin ordenar la suspensión de las medidas nacionales que implicaron la jubilación anticipada de algunos miembros del TS (y el nombramiento de sus suplentes)<sup>149</sup>. En cuanto al fondo del asunto, la Comisión le pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie -por primera vez en el contexto de un recurso por incumplimiento-, sobre la compatibilidad con el artículo 19.1, segundo párrafo (TUE)<sup>150</sup> -en conjunción con el artículo 47 (CDFUE)<sup>151</sup>- de determinadas medidas adoptadas por Polonia en relación con la organización del sistema judicial nacional.

La sentencia de condena del Tribunal de Justicia no de márgenes para la duda:

La República de Polonia ha *incumplido las obligaciones* que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, al prever, por un lado, la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del [TS] a los jueces de ese Tribunal en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018 y al atribuir, por otro lado, al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación<sup>152</sup>.

En igual sentido, un tercer caso vinculado a la misma cuestión donde se condena a Polonia por violar el artículo 157 (TFUE) y la Directiva 2006/54/

147 ATJ de 27 de julio de 2017 [ECLI:EU:C:2017:622], de 11 de octubre de 2017 [ECLI:EU:C:2017:794], y de 20 de noviembre de 2017 [ECLI:EU:C:2017:877], *Comisión c. Polonia*, asunto C441/17 R (Bosque de Białowieża).

148 STJ de 17 de abril de 2018, *Comisión c. Polonia*, asunto C-441/17 [ECLI:EU:C:2018:255].

149 Véase ATJ de 17 de diciembre de 2018, *Comisión c. Polonia*, asunto C-619/18 [ECLI:EU:C:2018:1021]. Donde se ordenada la suspensión de la legislación polaca cuestionada por violar la independencia judicial y el Estado de derecho (Ley del Tribunal Supremo, de 8 de diciembre de 2017, y Ley por la que se modifica la Ley relativa a la Organización de los Tribunales Ordinarios, la Ley del Tribunal Supremo y otras leyes), de 10 de mayo de 2018, “así como de cualquier medida adoptada en aplicación de las mencionadas disposiciones” (Ídem, parte dispositiva 1).

150 La norma citada dice: “Los Estados miembros *establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el [DUE]*”. Sin resaltar en el original.

151 La norma citada titulada “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial” dice: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el [DUE] hayan sido violados *tiene derecho a la tutela judicial efectiva* respetando las condiciones establecidas en el presente artículo (...)”. Sin resaltar en el original.

152 STJ de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia*, asunto C-619/18 [ECLI:EU:C:2019:531], punto resolutivo 1. Sin resaltar en el original.

CE<sup>153</sup>, al establecer la Ley por la que se modifican la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios y otras leyes -de 12 de julio de 2017-, “una edad de jubilación diferente para las mujeres y los hombres que desempeñan el cargo de juez en los tribunales ordinarios y en el TS o el cargo de fiscal”<sup>154</sup>. También se condena por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19.1, párrafo segundo (TUE), al facultar al ministro de Justicia, mediante la citada Ley a “autorizar o denegar la prórroga del ejercicio del cargo de los jueces de los tribunales ordinarios una vez alcanzada la nueva edad de jubilación de estos, reducida por el artículo 13, punto 1, de esta misma Ley”<sup>155</sup>.

El argumento central en el que se fundamenta aquí la condena a Polonia es determinante para la interpretación de los valores del Estado de derecho que Luxemburgo viene desarrollando en su jurisprudencia. De la articulación de los artículos 2 y 19.1 segundo párrafo (TUE) se infiere que la tarea de *garantizar* la plena aplicación del DUE en el conjunto de los Estados miembros y la *tutela judicial* que ese ordenamiento jurídico confiere a los justiciables, es una *tarea común* de los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. A tal efecto, los Estados miembros “establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar a los justiciables la tutela judicial efectiva” en los ámbitos cubiertos por el DUE. De este modo, corresponde a los Estados miembros “prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que garantice un control judicial efectivo en los referidos ámbitos”. El principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables constituye, en efecto, un principio general del DUE que emana de las “tradiciones constitucionales comunes” a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 (CEDH), y que en la actualidad se reconoce en el artículo 47 (CDFUE). Si bien es cierto –como reclama el Gobierno polaco– corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el DUE y, en particular, el artículo 19.1, párrafo segundo (TUE). Analizando el caso polaco en particular, el Tribunal de Justicia encuentra que “para que los referidos tribunales ordinarios puedan garantizar dicha tutela resulta primordial *preservar su independencia*, como así lo confirma el artículo 47, párrafo segundo [CDFUE], precepto que, *entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez «independiente»*”. En este sentido:

La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela

153 Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*.

154 STJ de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia*, asunto C-192/18 [ECLI:EU:C:2019:924], punto resolutivo 1.

155 Ídem, punto resolutivo 2.

judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, *que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el [DUE] confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de derecho*<sup>156</sup>.

Un cuarto caso se refiere al asunto *A.K. y otros* (2019) en el que el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones preliminares planteadas por la sección laboral del TS polaco, relativas a los requisitos de independencia de la Sección Disciplinaria establecida en este Tribunal, así como del Consejo Nacional del Poder Judicial al que le corresponde un papel decisivo en la selección y sanción de jueces. En Luxemburgo responden - sin pronunciarse expresamente sobre la incompatibilidad de la legislación polaca con el artículo 47 [CDFUE]- que dicho artículo debe interpretarse,

[...] en el sentido de que se oponen a que unos litigios relativos a la aplicación del [DUE] puedan ser de competencia exclusiva de un órgano que *no constituye un tribunal independiente e imparcial* (...) Así ocurre cuando las *condiciones objetivas* en las que se creó el órgano de que se trate, sus características y la manera en que se ha nombrado a sus miembros puedan suscitar *dudas legítimas* en el ánimo de los justiciables *en cuanto a la impermeabilidad de este órgano frente a elementos externos, en particular frente a influencias directas o indirectas de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y en cuanto a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio, y por lo tanto pueden dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de dicho órgano susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática*. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, teniendo en cuenta todos los datos pertinentes de que disponga, si este es el caso de un órgano como la Sala Disciplinaria del TS”. En tal supuesto, el principio de primacía del DUE debe interpretarse “en el sentido de que *obliga al órgano jurisdiccional remitente a dejar inaplicada la disposición del Derecho nacional que reserva la competencia para conocer de los litigios principales a dicho órgano, de modo que puedan ser examinados por un órgano jurisdiccional que satisfaga las mencionadas exigencias de independencia y de imparcialidad y que sería competente en el ámbito en cuestión si dicha disposición no se opusiera a ello*”<sup>157</sup>.

156 Ídem, apartados 98-106. Sin resaltar en el original.

157 STJ de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del TS), asuntos C-585/18, C-624/18 y C-625/18 [ECLI:EU:C:2019:982], punto resolutorio 2. Sin resaltar en el original. A los pocos días de esta sentencia –el 3 de diciembre de 2019- el gobierno polaco publicó en su website una circular-declaración con la cual se intenta disuadir a los jueces polacos de plantear dudas, en cualquier forma, sobre el status de sus colegas. En particular de aquellos jueces que accedieron al cargo luego de las reformas introducidas en la Justicia desde 2017. Las sanciones a aquellos jueces polacos que pongan en duda la legalidad de sus colegas prevén incluso la remoción del cargo (véase CURTI GIALDINO Carlo, “In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021”, *federalismi.it*, nº 24/2021 (20/10/2021)).

Como consecuencia de este pronunciamiento de Luxemburgo, tres secciones del TS polaco declaran que, tanto el Consejo Nacional del Poder Judicial como la Sala Disciplinaria creada dentro del propio TS, “no podían ser considerados órganos judiciales independientes e imparciales” según el DUE<sup>158</sup>. Sin embargo, esta decisión del TS polaco fue declarada inconstitucional por el TC, que le impidió aplicar las interpretaciones del Tribunal de Justicia derivadas de la sentencia *A.K. y otros* (2019)<sup>159</sup>.

Unos meses después, en el marco del planteo de otra cuestión prejudicial el asunto *A. B. y otros* (2021)<sup>160</sup>, esta vez impulsada por el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo.<sup>161</sup> El Tribunal de Justicia declara, entre otras consideraciones, que el artículo 19.1, párrafo segundo (TUE) debe interpretarse en el sentido de que se opone a modificaciones cuando resulte que pueden generar “dudas legítimas”, en el ánimo de los justiciables, en cuanto a la impermeabilidad de los jueces nombrados por el presidente de la República de Polonia sobre la base de decisiones del Consejo Nacional del Poder Judicial frente a elementos externos, en particular frente a influencias directas o indirectas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio y, por tanto, “pueden dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de derecho”. En caso de infracción acreditada de dichos artículos, el principio de primacía del DUE

[...] debe interpretarse en el sentido de que obliga al órgano jurisdiccional remitente a dejar inaplicadas las modificaciones en cuestión, sean de origen legislativo o constitucional, y, en consecuencia, a seguir ejerciendo la competencia que tenía atribuida para resolver los litigios que se habían instado ante él antes de que se produjeran dichas modificaciones<sup>162</sup>.

El 6 de mayo de 2021, el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo ejecutó la citada sentencia del Tribunal de Justicia, declarando que el actual Consejo Nacional del Poder Judicial, en el procedimiento de nombramiento de

158 Resolución conjunta de las secciones civil, penal, y laboral y seguridad social del TS polaco de 23 de enero de 2020.

159 STC polaco de 20 de abril de 2020 [U 2/20]. Recordemos que esta sentencia también es censurada por el TEDH al considerarla violatoria del CEDH.

160 STJ de 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros*, asunto C-824/18 [ECLI:EU:C:2021:153].

161 El Consejo Nacional del Poder Judicial había decidido no proponer al presidente de la República el nombramiento de A.B. y otros para cubrir distintas plazas de juez en el TS polaco. Dichas resoluciones contenían, por otra parte, propuestas de nombramiento de otros candidatos para dichas plazas. Los desplazados interpusieron sendos recursos contra dichas resoluciones ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo y solicitaron que se suspendieran cautelarmente las designaciones lo que fue concedido.

162 STJ de 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros*, asunto C-824/18 [ECLI:EU:C:2021:153], punto resolutivo 1.

los jueces, “no ofrece garantías suficientes de independencia del poder ejecutivo y del poder legislativo y que, en consecuencia, las resoluciones del Consejo por las que se efectuaron nombramientos en las Salas de lo Penal y de lo Civil del Tribunal Supremo en 2018 son nulas”<sup>163</sup>.

Las sentencias condenatorias por incumplimiento del DUE se completan con una nueva<sup>164</sup> donde se ratifica la defensa de la cuestión judicial -regulada en el artículo 267 (TFUE)- como herramienta de diálogo con los órganos jurisdiccionales nacionales y garantía de la primacía y aplicación uniforme del DUE. Para el Tribunal de Justicia, Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19.1, párrafo segundo (TUE) “al no garantizar la independencia y la imparcialidad” de la Sala Disciplinaria del TS polaco, a la que corresponde el control de las resoluciones dictadas en los procedimientos disciplinarios contra los jueces.<sup>165</sup> De igual modo, “al permitir que el contenido de las resoluciones judiciales pueda ser calificado como infracción disciplinaria respecto a los jueces de los tribunales ordinarios”.<sup>166</sup> Al atribuir al presidente de la Sala Disciplinaria TS polaco “la facultad discrecional de designar al tribunal disciplinario de primera instancia competente en los asuntos relativos a los jueces de los tribunales ordinarios” y, de ese modo, “no garantizar que conozca de tales asuntos el tribunal «establecido por la ley»”.

[AI] no garantizar que los asuntos disciplinarios seguidos contra los jueces de los tribunales ordinarios se resuelvan en un plazo razonable y al establecer que las actuaciones relativas a la designación de un defensor y la asunción de la defensa por parte de este no tienen como efecto la suspensión del procedimiento disciplinario y que el tribunal disciplinario debe dar curso al procedimiento aun en caso de incomparecencia justificada del juez inculcado que haya sido citado o de su defensor y, de ese modo, no garantizar el respeto del derecho de defensa de los jueces de los tribunales ordinarios que hayan sido inculcados<sup>167</sup>.

En cuanto a la cuestión prejudicial, los jueces de Luxemburgo interpretan que Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 267.2 y 3 (TFUE), “al permitir que la posibilidad de incoar un procedimiento disciplinario *limite* el derecho de los órganos jurisdiccionales a plantear

163 Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, “Informe sobre el Estado de derecho en 2021. Situación del Estado de derecho en la Unión Europea” [COM/2021/700 final], capítulo dedicado a Polonia.

164 STJ de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C791/19 R [ECLI:EU:C:2021:596].

165 Se refiere a los artículos 3, punto 5, 27 y 73.1 de la Ley del TS polaco de 8 de diciembre de 2017, en su versión consolidada publicada en 2019; el artículo 9 bis de Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial de 12 de mayo de 2011, en su versión modificada de 8 de diciembre de 2017.

166 Cfr. artículo 107.11, de la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios de 27 de julio de 2001, en su versión resultante de las sucesivas modificaciones publicadas en 2019 y artículo 97.1 y 3, de la Ley del TS polaco, en su versión consolidada publicada en 2019.

167 STJ de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C791/19 R [ECLI:EU:C:2021:596], punto resolutivo 1.

al Tribunal de Justicia de la Unión Europea peticiones de decisión prejudicial<sup>168</sup>. Una situación similar se produce con los jueces húngaros (ver *infra* 49) y rumanos (ver *infra* 52).

En relación a este último caso, cabe destacar que el Tribunal de Justicia dictó medidas cautelares pedidas por la Comisión<sup>169</sup>, que ordenaron la suspensión de la mayor parte de las actividades de la nueva Sala Disciplinaria constituida en el TS polaco, a la espera de una evaluación de su independencia, las cuales fueron ignoradas ya que dicha Sala siguió funcionando al privar a varios jueces de inmunidad para someterlos a expediente disciplinario.

La Comisión volvió a pedir medidas cautelares en un nuevo procedimiento por incumplimiento contra Polonia al mantener vigente las cuestionadas leyes de reforma judicial y persistir en la violación del Estado de derecho<sup>170</sup>. Ante las sucesivas violaciones de éstas por Varsovia, el Tribunal de Justicia insiste en la obligación de los Estados miembros de cumplir “con carácter inmediato y hasta que se dicte la sentencia que ponga fin al procedimiento” con las medidas cautelares distadas en Luxemburgo<sup>171</sup>. Finalmente se decide condenar a Polonia a abonar a la Comisión una multa coercitiva diaria<sup>172</sup>. Previamente, el TC polaco –en una actitud inédita en la historia de la UE– ya había declarado que las medidas provisionales del Tribunal de Justicia sobre la estructura de los órganos jurisdiccionales en Polonia “eran incompatibles” con la Constitución polaca<sup>173</sup>. Se trataba pues, por un lado, de un claro intento de rebelión contra la primera decisión del Tribunal de Justicia que exigía la suspensión de las actividades de la Sala Disciplinaria y, por otro, de una confirmación de la eficacia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la defensa del Estado de derecho de los ataques a la independencia del poder judicial polaco.

En su Informe sobre la vigencia del Estado de derecho en la UE (2021), la Comisión entiende que aún “no se puede garantizar la independencia de la Sala Disciplinaria del [TS], pero esta sigue tomando decisiones con repercusión directa en los jueces y en la forma en que estos ejercen su función, creando un «efecto demoralizador» para los jueces”<sup>174</sup>.

168 Ídem, punto resolutorio 2.

169 ATJ de 8 de abril de 2020, *Comisión c. Polonia*, asunto C-791/19 R [ECLI:EU:C:2020:277].

170 ATJ de 14 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C-204/21 R [ECLI:EU:C:2021:593].

171 ATJ de 6 de octubre de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C-204/21 R [ECLI:EU:C:2021:834].

172 ATJ de 27 de octubre de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C-204/21 R [ECLI:EU:C:2021:878].

Dicha multa es por importe de 1.000.000 de euros diarios desde la fecha en que se le notifique hasta el día en que dé cumplimiento a las obligaciones correspondientes, o, en su defecto, hasta el día en que se dicte la sentencia que ponga fin al procedimiento en el asunto C-204/21 (punto resolutorio 1).

173 STC polaco de 14 de julio de 2021 [P 7/20]. En concreto se interpreta que los artículos 4. 3 (TUE) y 279 (TFUE), en la medida en que permiten al Tribunal de Justicia imponer medidas provisionales relativas a la organización del poder judicial polaco son contrarios a la Constitución polaca.

174 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, “Informe sobre el Estado de derecho en 2021. Situación del Estado de derecho en la Unión Europea” [COM/2021/700 final], p. 9.

## 48. ¿Capítulo final?: el TC polaco declara la inconstitucionalidad del TUE y del TFUE

Ante el desarrollo de la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de respeto del Estado de derecho, el Gobierno de Varsovia, lejos de intensificar el diálogo con la Comisión y tratar de identificar algún compromiso aceptable, optó por judicializar el enfrentamiento llevándolo al propio TC polaco<sup>175</sup>.

Nunca antes los distintos recorridos que transita la construcción de una identidad constitucional nacional propusieron -directa y abiertamente- generar una ruptura sistémica desconociendo la base jurídica a partir de la cual se desarrolla todo el DUE. Transcurridos más de 16 años de la sentencia *K/18-04* sobre la constitucionalidad del Tratado de Adhesión, y a casi 11 años de la sentencia *K/32-09* sobre el Tratado de Lisboa, el TC vuelve a someter a los Tratados fundacionales a un nuevo y tardío control de constitucionalidad minando la confianza y la seguridad jurídica en todo el ordenamiento polaco.

En su sentencia *K 3/21*, en lo que aquí es objeto de estudio, el TC polaco desarrolla tres argumentos en contra de la vigencia en Polonia del TUE y el TFUE<sup>176</sup>. En primer lugar, el TC polaco apunta al artículo 1.1 párrafos primero y segundo, en relación con el artículo 4.3, (ambos del TUE). En la medida en que la UE -se afirma-, establecida por Estados iguales y soberanos, crea “una unión más estrecha entre los pueblos de Europa” cuya integración, que tiene lugar sobre la base del DUE y mediante la interpretación que de éste hace el Tribunal de Justicia, entra en “una nueva etapa” en la que: a) las autoridades de la UE “actúan fuera del ámbito de las competencias que les confiere la República de Polonia en los Tratados [*ultra vires*]”; b) la Constitución “no es la ley suprema de la República de Polonia, que prevalece en cuanto a su fuerza obligatoria y aplicación”; c) la República de Polonia “no puede funcionar como un Estado soberano y democrático”. Lo expuesto, interpreta el TC polaco, “es incompatible” con los artículos 2, 8 y 90. 1 (constitución polaca)<sup>177</sup>.

Como se recordará en su sentencia sobre el *Tratado de adhesión* (2005), el TC polaco ya habían sostenido la defensa de la supremacía constitucional

---

175 El primer ministro polaco presentó el 29 de marzo de 2021 un recurso de legitimidad constitucional -con citas a la STCEFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSP*- mediante el cual solicitó al TC polaco verifique la posible incompatibilidad, con la Constitución, de algunas disposiciones del TUE. Ello en la medida en que su interpretación por parte del Tribunal de Justicia termina requiriendo a las autoridades nacionales tomar medidas que considera inconstitucionales. Además del Primer Ministro solicitante, intervinieron el Presidente de la República, la *Sejm*, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Fiscal General y el Defensor del Pueblo polaco. Cabe señalar que, ante un recurso ya pendiente ante el TC, la Comisión, con carta que fue recibida el 10 de junio de 2021, del comisario de Justicia Didier Reynders solicitó al gobierno polaco que retire el recurso.

176 Cfr. STC polaco de 7 de octubre de 2021 [K 3/21] adoptada por mayoría plenaria y dos disidencias. El 12 de octubre de 2021, dicha sentencia se publicó en el Boletín Oficial polaco (nº 1852), asumiendo -conforme al artículo 190.3 (constitución polaca)- fuerza jurídica en el ordenamiento jurídico nacional.

177 Ídem, punto dispositivo 1.

sobre el DUE en el caso de interpretación de una atribución *ilimitada* de competencias a la UE<sup>178</sup>. A lo dicho agrega que, aunque el artículo 9 (constitución polaca) obligaba a respetar las normas de derecho internacional que vinculan a Polonia y que, en consecuencia, podrían haber entrado normas distintas de las aprobadas por el legislador, en ningún caso la prevalencia podría extenderse a la Constitución, que sigue siendo el derecho supremo de la República. Por tanto, en la hipótesis de un conflicto entre la Constitución y una disposición del DUE -incluso de rango primario como los Tratados fundacionales-, la cual no pueda resolverse mediante la interpretación, no sería posible que el TC admitiera que una disposición de la Constitución, expresión de la voluntad soberana de la Nación, fuera reemplazada por una norma del DUE.

El segundo y tercer argumento del TC pueden examinarse juntos<sup>179</sup>. Ambos, de hecho, afirman la incompatibilidad con la Constitución polaca de las obligaciones derivadas del art. 19.1, párrafo segundo (TUE), tomado solo o en conjunto con el artículo 2 (TUE), “en la medida en que” al garantizar una protección judicial efectiva dentro del ámbito del DUE, permiten a los tribunales nacionales (jueces ordinarios, administrativos, militares, y supremos): a) eludir las disposiciones de la Constitución; b) Juzgar sobre la base de disposiciones que ya no están en vigor, revocadas por la *Sejm* o declaradas inconstitucionales; c) revisar la legitimidad del nombramiento de jueces; d) comprobar la legitimidad de las resoluciones del Consejo Nacional del Poder Judicial en el procedimiento de nombramiento de jueces; y d) Determinar los defectos del procedimiento para la designación de jueces.

Coli llama la atención sobre que la sentencia se limite a calificar de inconstitucionales las disposiciones del TUE “sólo en la medida en que” produzcan determinados efectos, podría hacernos reflexionar sobre el hecho de que la interpretación ofrecida por el TC polaco “no está del todo cerrada, sino que se limita a impugnar únicamente la última evolución de la jurisprudencia sobre el Estado de derecho, cuyo carácter expansivo es difícil de negar”. Sin embargo, mediante una interpretación en este sentido, el TC polaco “parece confundir la primacía del [DUE] con las competencias de la Unión” (Coli Martina, 2021/3: 1093)<sup>180</sup>.

La sentencia *K 3/21*, si bien se referencia en otras sentencias de la justicia constitucional europea que oponen –como venimos observando- la identidad

178 STC polaco de 11 de mayo de 2005, *Tratado de Adhesión* [K 18-04], punto 1 de los argumentos principales. En el mismo sentido STC polaco nº 15/04 de 31 de mayo de 2004, *Elecciones al Parlamento Europeo* [K 15-04].

179 STC polaco de 7 de octubre de 2021 [K 3/21], puntos resolutivos 2 y 3.

180 En efecto –se agrega-, en la nota de prensa el TC polaco “se cuida de precisar que el artículo 1 (TUE) es incompatible con la Constitución polaca solo en la medida en que las normas del derecho europeo queden fuera de las competencias conferidas por Polonia a la Unión a través de los Tratados. El objetivo real es claramente el artículo 19.1 (TUE) tal como viene siendo interpretado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa al Estado de derecho” (*Idem*).

constitucional a la primacía del DUE, en nada se parece a ellas. Incluso va mucho más allá que la sentencia *Weiss/PSPP* (2020)<sup>181</sup> del TCFA. Más bien significa un *punto de ruptura* con la continuidad del proceso de integración europeo. Destruye cualquier *punto de conexión* de Polonia con el DUE. Es una abrupta y forzada *nacionalización* de los circuitos interpretativos que consagran al TC como único intérprete del sistema de derechos.

Curti Gialdino (2021/24) escribe que, la sentencia *K 3/21*, exhibe profundas diferencias con cualquier decisión anterior en la materia. En primer lugar, las tensiones entre los TTCC y TTSS y el Tribunal de Justicia, se han visto atenuadas –y reconducidas– por el diálogo entre jueces instrumentalizado a partir de la cuestión prejudicial. En este caso, el TC polaco ha optado por violar su obligación de remisión de conformidad con el artículo 267.3 (TFUE). En segundo lugar, nunca antes, el gobierno de un Estado miembro ha estado directamente involucrado en el origen de tal decisión judicial. Los gobiernos, aunque participaron en las distintas disputas, nunca fueron los promotores y, además, luego de las sentencias trabajaron para encontrar soluciones al conflicto. En esta ocasión, el Gobierno de Varsovia, además de haber impulsado el recurso de legitimidad constitucional ante el TC, ha hecho propia sus consideraciones en materia de relaciones entre la Constitución y el DUE<sup>182</sup>.

La historia de la integración jurídica europea –escribe Colinos– enseña que el diálogo y la confrontación judicial entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales, especialmente los TTCC, es fundamental para la correcta aplicación y la interpretación uniforme del DUE. Este diálogo puede, sin duda, desempeñar un papel positivo en la definición del ordenamiento jurídico europeo, pero para ello “debe estar animado por la voluntad de garantizar la máxima protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos”. De hecho, la primacía del DUE “es ante todo una garantía de igualdad” de los Estados miembros y sus ciudadanos ante la ley, así como implica la certeza de que los estos Estados no harán un “*cherry-picking*” del DUE, es decir, elegir a voluntad qué disposiciones aplicar y cuáles no. La sentencia *K 3/21*, lejos de ser un intento de “diálogo constructivo”, representa más bien un acto de insubordinación “instrumental” contra la primacía del DUE. Un ataque

[...] tras el que se esconde el gobierno de Varsovia. Y es por ello que la sentencia del [TC] implica una especial gravedad: el problema no es tanto la

181 STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15].

182 Véase la Carta que el Primer Ministro polaco dirigió el 18 de octubre de 2021 a los Jefes de Gobierno y Presidentes del Consejo Europeo, la Comisión y el Parlamento Europeo. En el pasaje central, la UE se describe como un organismo centralista, dirigido por Instituciones sin control democrático por parte de los ciudadanos europeos; que, usurpando los poderes conferidos por los Tratados, imponen su voluntad a los Estados miembros (véase CURTI GIALDINO Carlo, “In cammino verso la Polesia? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021”, *federalismi.it*, nº 24/2021 (20/10/2021)).

impugnación de la primacía en sí -en lo que podrían estar de acuerdo muchos otros tribunales constitucionales, aunque no con esta intensidad de tono- *sino la negación de la independencia del poder judicial, piedra angular de toda democracia moderna y también imprescindible para garantizar un principio sustancial y estructural del derecho europeo como es la tutela judicial efectiva de los derechos individuales* (Coli Martina, 2021/3: 1094-1095)<sup>183</sup>.

Para Manzini, la sentencia que comentamos establece una “incompatibilidad general y de principios” de los Tratados (TUE-TFUE) con la Constitución polaca. Ello queda en clara evidencia al señalar el TC polaco la inconstitucionalidad del artículo 1.1 (TUE) lo cual permite concluir que –de acuerdo con este razonamiento- la participación de Polonia en la UE “es inconstitucional” (Manzini Pietro, 2021/4).

La sentencia *K 3/21* consuma una *ruptura intersistémica* –insistimos, sin precedentes en la integración europea-, se trata de una implosión del sistema de protección multinivel al desconocer valores *fundacionales* de la protección de derechos como los principios de independencia e imparcialidad del poder judicial y la garantía de tutela efectiva. Se puede decir que esta ruptura es *total* si se recuerda la postura negacionista del TC polaco respecto a las sentencias del TEDH que condenan su “ilegitimidad”. Si bien en la argumentación constitucional que tratamos puede identificarse la influencia del TCFA en su sentencia *Weiss/PSPP* (2020), la sentencia *K 3/21* la separa un abismo –en contexto y contenido- respecto al precedente alemán. En contexto, porque las dudas sobre la independencia e imparcialidad del TC polaco que se generan en Estrasburgo y Luxemburgo, y se manifiestan en sendas condenas por violación del CEDH y el DUE respectivamente, no aparecen respecto del TCFA y -difícilmente con la gravedad de sus fundamentos- respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional nacional de un Estado de la UE. En cuanto al contenido, a simple vista surge que los jueces constitucionales polacos se muestran más radicalizados en sus interpretaciones que los jueces de Karlsruhe: abiertamente declaran la inconstitucionalidad –se puede agregar sobreviniente porque nada se dijo al controlar el tratado de Lisboa- de numerosos artículos del TUE y el TFUE (entre ellos los que determinan los valores de la UE).

Las instituciones de la UE, por su parte, emitieron una condena inmediata a la *ruptura* promovida por el TC polaco. La Comisión señaló que dicho pronunciamiento “plantea serias inquietudes en relación con la primacía del [DUE] y la autoridad del Tribunal de Justicia”. A continuación, dejó en claro que “defiende y reafirma los principios fundacionales” del ordenamiento jurídico de la UE, a saber:

[el DUE] prevalece sobre el Derecho nacional, incluidas las disposiciones constitucionales, todas las resoluciones del Tribunal de Justicia Europeo son

183 Sin resaltar en el original.

vinculantes para todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales”. Para concluir en que la UE “es una comunidad regida por valores y por el Derecho, y estos deben ser protegidos en todos los Estados miembros. Los europeos tienen una serie de derechos consagrados en los Tratados que deben ser protegidos, con independencia del lugar de la Unión en el que vivan<sup>184</sup>.

El Parlamento Europeo, a su turno, aprobó un documento titulado “Crisis del Estado de derecho en Polonia y primacía del Derecho de la Unión”<sup>185</sup>. Se refiere al TC polaco como “muy cuestionado e ilegítimo”<sup>186</sup>. Lamenta “profundamente” la sentencia *K 3/21*,

[...] ya que *constituye un ataque contra la comunidad europea de leyes y valores en su conjunto, al negar la primacía del [DUE], que es uno de sus principios fundamentales* según jurisprudencia consolidada del [Tribunal de Justicia]; manifiesta su profunda preocupación por la posibilidad de que esta resolución sienta un *peligroso precedente*; subraya que el ilegítimo «Tribunal Constitucional» *no solo carece de validez jurídica e independencia, sino que, además, no está cualificado para interpretar la Constitución en Polonia*<sup>187</sup>

También destaca que, en virtud del artículo 47 [CDFUE],

[...] el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva requiere el acceso a un tribunal independiente; pone de relieve los crecientes desafíos planteados por tribunales constitucionales nacionales y determinados políticos a este respecto, y pide a los Estados miembros que respeten el papel crucial del [Tribunal de Justicia] y acaten sus sentencias<sup>188</sup>.

A la vez que “condena el *uso de la justicia con fines políticos* y pide a las autoridades polacas que dejen de hacer un uso arbitrario de sus poderes ejecutivo y legislativo para menoscabar la separación de poderes y el Estado de derecho”<sup>189</sup>. Mostrando, finalmente el Parlamento Europeo, su preocupación por que el TC polaco “haya pasado de ser un eficaz guardián de la Constitución a ser un instrumento para legalizar las actividades ilícitas de las autoridades”<sup>190</sup>.

184 Declaración de la Comisión Europea “La Comisión Europea reafirma la primacía del Derecho de la Unión Europea”, dada en Bruselas el 7 de octubre de 2021.

185 Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de octubre de 2021, sobre la crisis del Estado de derecho en Polonia y la primacía del Derecho de la Unión (2021/2935(RSP)).

186 Cita en su apoyo la STEDH [sección primera] de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* [nº 4907/18].

187 Ídem, punto resolutivo 1. Sin resaltar en el original.

188 Ídem, punto resolutivo 2. Sin resaltar en el original.

189 Ídem, punto resolutivo 3. Sin resaltar en el original.

190 Ídem, punto resolutivo 9. Sin resaltar en el original.

#### 49. La deriva autoritaria detrás de la reforma constitucional en Hungría

El ataque sistémico a la independencia judicial en Hungría ha sido más profundo que en Polonia ya que el gobierno contó con una gran mayoría en el Parlamento, lo cual le permitió aprobar una nueva Constitución<sup>191</sup>. La estructura del sistema de justicia fue modificada drásticamente. En lo que aquí es objeto de análisis, podemos resaltar tres niveles donde operó la reforma: el primero, un cambio en el marco regulatorio del TC; el segundo, un cambio en los integrantes y el marco normativo del TS junto a los tribunales generales; y el tercero, fue un cambio en la administración de los tribunales<sup>192</sup>.

Entre 2010 y 2012, -escribe Gardos-Orosz- el gobierno modificó gradualmente todo el sistema judicial. Las fuentes legales más importantes de estas modificaciones incluyen los artículos 25 a 28 (LFH), la Ley CLXI de 2011 sobre la organización y administración de los tribunales, y la Ley CLXII de 2011 sobre la Condición Jurídica y Remuneración de los Magistrados (Gardos-Orosz, 2021: 1327-1343).

Las críticas al sistema constitucional húngaro se concentran en la existencia de riesgos concretos para la separación de poderes y el debilitamiento del sistema de contrapoderes institucionales. A raíz de la reforma constitucional se han limitado las competencias del TC, entre otros aspectos en lo relativo a los asuntos presupuestarios, la supresión de la *actio popularis*, la prohibición de que el TC se remita a su jurisprudencia anterior al 1 de enero de 2012, y la limitación de su capacidad para revisar la constitucionalidad de cualquier modificación de la Ley Fundamental con la excepción de las modificaciones de carácter puramente procedimental<sup>193</sup>.

Esta situación -al igual que la deriva autoritaria en Polonia- llamó la atención del Comité de Derechos Humanos (ONU) -en tanto organismo internacional de control del PIDCP-, el cual manifestó su preocupación por el hecho

191 El 18 de abril de 2011, la Asamblea Nacional de la República Húngara adoptó una nueva constitución: la Ley Fundamental de Hungría.

192 La función principal del TS (*Kúria*) es garantizar la aplicación uniforme de la ley. La Ley Fundamental encarga al presidente de la Oficina Nacional del Poder Judicial (ONPJ), elegido por el Parlamento, la administración central de los órganos jurisdiccionales. El Consejo Nacional del Poder Judicial es un organismo independiente que, en virtud de la Ley Fundamental, supervisa al presidente de la ONPJ y participa en la administración de los órganos jurisdiccionales. Los jueces son designados por el presidente de la República siguiendo una recomendación del presidente de la ONPJ basada en una clasificación de los candidatos establecida por los consejos locales de la judicatura (formados por jueces elegidos por sus homólogos). El TC no forma parte del sistema judicial ordinario y revisa la constitucionalidad de las leyes y las resoluciones judiciales. El Ministerio Fiscal es una institución independiente dotada de competencias para investigar y enjuiciar delitos.

193 La Comisión de Venecia manifestó su honda preocupación ante estas limitaciones y el procedimiento de nombramiento de jueces, y formuló recomendaciones a las autoridades húngaras para que garantizaran los contrapoderes institucionales necesarios (cfr. Dictamen de 19 de junio de 2012, relativo a la Ley CLI de 2011 sobre el TC de Hungría, y Dictamen de 17 de junio de 2013, relativo a la cuarta enmienda de la Ley Fundamental de Hungría).

de que el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad vigente consienta un acceso más limitado al TC, no prevea un plazo para llevar a cabo un examen de constitucionalidad, y no tenga efectos suspensivos sobre los actos legislativos impugnados. También se señaló que las disposiciones de la nueva Ley sobre el TC “debilitan la seguridad del mandato de los jueces y refuerzan la influencia del Gobierno en la composición y el funcionamiento del [TC] al modificar el procedimiento de los nombramientos judiciales, el número de jueces del Tribunal y su edad de jubilación”<sup>194</sup>.

A raíz de una modificación legislativa en 2019, las autoridades administrativas pueden impugnar ante el TC una resolución judicial que ya haya adquirido carácter definitivo si vulnera sus derechos y restringe sus facultades en virtud de la Ley Fundamental. Esta posibilidad de revisión plantea dudas, sobre todo en relación con la seguridad jurídica. Además, aunque no forma parte del sistema judicial, el TC que conoce de los recursos de inconstitucionalidad decide sobre el fondo del asunto y ha sido calificado como “órgano jurisdiccional de cuarta instancia”, y actúa del mismo modo que los tribunales de apelación ordinarios. Debe tenerse presente que los miembros del TC son elegidos por el Parlamento con una mayoría de dos tercios, sobre la base de criterios generales de admisibilidad<sup>195</sup>.

Después del TC húngaro, la reforma integral de la justicia tuvo en mira al TS, el cual volvió a su antiguo nombre de *Kúria* (cfr. art. 25.1, LFH<sup>196</sup>). En esta ocasión, en vez de eliminar el límite de edad se adoptó un régimen nacional que obligó a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios que habían alcanzado la edad de 62 años, lo cual provocó un gran éxodo.<sup>197</sup> Este

194 Comité de Derechos Humanos (ONU), observaciones finales de 5 de abril de 2018.

195 Desde la entrada en vigor, el 20 de diciembre de 2019, de la modificación que permite a las entidades que ejercen poderes públicos impugnar una resolución judicial definitiva, dichas entidades han presentado siete recursos de inconstitucionalidad. En 2020, los particulares interpusieron 412 recursos de inconstitucionalidad contra una resolución judicial. Entre 2012 y 2020, el Tribunal Constitucional anuló 117 resoluciones judiciales (incluidas cuarenta y siete resoluciones del *Kúria*) (véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, “Informe sobre el Estado de derecho en 2021. Situación del Estado de derecho en la Unión Europea” [COM/2021/700 final], capítulo dedicado a Hungría). 196 La norma citada dice: “Los tribunales administrarán justicia. El órgano judicial supremo será la Curia”.

197 Hasta el 31 de diciembre de 2011, el artículo 57.2, de la Ley nº LXVII de 1997 *sobre el estatuto jurídico y la remuneración de los jueces*, en esencia, permitía a los jueces permanecer en sus funciones hasta la edad de 70 años. La nueva Ley Fundamental, adoptada el 25 de abril de 2011 y vigente desde el 1 de enero de 2012, en su artículo 26.2 establece que “*los jueces podrán permanecer en sus funciones hasta la edad general de jubilación, excepto el presidente de la Kúria*”. El artículo 12.1, de las disposiciones transitorias de la Ley Fundamental, en concordancia, establece: “Si el juez hubiera alcanzado la edad general para disfrutar de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 26, apartado 2, de la Ley Fundamental antes del 1 de enero de 2012, cesará en sus funciones el 30 de junio de 2012. Si alcanzara la edad general para disfrutar de la pensión contemplada en el artículo 26, apartado 2, de la Ley Fundamental entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012, cesará en sus funciones el 31 de diciembre de 2012”. Una disposición similar se estableció para los fiscales (cfr. art. 29.3, Ley

régimen jubilatorio impulsado por Budapest fue observado por la Comisión quien presentó un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia pidiendo se declare que Hungría ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/78/CE<sup>198</sup>. El punto de conexión con el DUE es la violación del principio de igualdad ya que la aludida reforma -en opinión de la Comisión-, “entraña una diferencia de trato por motivos de edad que no se justifica por objetivos legítimos y, en todo caso, no tiene carácter necesario y adecuado en relación con los objetivos perseguidos”<sup>199</sup>. El TC húngaro intervino en la discusión anulando con efecto retroactivo parcialmente la reforma jubilatoria<sup>200</sup>. Para la Comisión, en contra de la opinión de Hungría, tal sentencia en nada afectó el recurso por incumplimiento. El Tribunal de Justicia, a su turno, decidió continuar con el procedimiento<sup>201</sup> y, finalmente, condenó a Hungría por haber incumplido las obligaciones derivadas de la citada Directiva 2000/78, “al adoptar un régimen nacional que obliga a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años y entraña una diferencia de trato por motivos de edad que carece de proporcionalidad con los objetivos perseguidos”<sup>202</sup>.

El TEDH, por su parte, en el caso *Baka c. Hungría* (2016)<sup>203</sup> sentenció que se había producido una violación del derecho de acceder a un tribunal y de la libertad de expresión de András Baka, que en junio de 2009 fue elegido

---

Fundamental; y art. 13, disposiciones transitorias). De este modo, por un lado, según el artículo 90, letra ha) de la Ley n° CLXII de 2011, *sobre el estatuto y la remuneración de los jueces*, vigente desde el 1 de enero de 2012, el juez debe jubilarse, si “alcanza la edad límite para jubilarse que le corresponda (...)”, excepto el presidente de la Kúria”. Por su lado, el artículo 34, letra d), de la Ley n° CLXIV de 2011, *sobre la carrera de los fiscales y el estatuto del Fiscal General, de los fiscales y de otros agentes de la fiscalía*, dispone que “el fiscal cesará en sus funciones como tal cuando alcance la edad límite para jubilarse que le corresponda”. Una norma similar se sancionó para los notarios (cfr. artículo 45.4, Ley n° CCI de 2011 *de adecuación de determinadas leyes a la Ley Fundamental*, modificatoria, con efectos desde el 1 de enero de 2014, del artículo 22, letra d), de la Ley n° XLI de 1991 *sobre los notarios*).  
198 Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (DO L 303, p. 16).

199 STJ de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c. Hungría*, asunto C-286/12 [ECLI:EU:C:2012:687], apartado 1.

200 Mediante sentencia de 16 de julio de 2012 se anuló con efectos retroactivos el citado artículos 90, letra ha), y el artículo 230 de la Ley de 2011 sobre los jueces.

201 En Luxemburgo señalan con razón que, por una parte, la citada sentencia del TC húngaro “no tiene efecto alguno sobre las disposiciones transitorias en que se establecen normas análogas a los artículos 90, letra ha), y 230 de la Ley de 2011 sobre los jueces. Por otra parte, dado que la anulación de estas últimas normas no ha afectado directamente a la validez de los actos individuales por los que se puso fin a las relaciones laborales de las personas concernidas, éstas no pueden reincorporarse automáticamente a sus puestos. Al contrario, para reincorporarse están obligadas a interponer recursos de anulación contra dichos actos, cuyo resultado, tal como la propia Hungría confirmó en la vista, no deja de ser incierto” (STJ de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c. Hungría*, asunto C-286/12 [ECLI:EU:C:2012:687], apartado 46). Sin resaltar en el original.

202 STJ de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c. Hungría*, asunto C-286/12 [ECLI:EU:C:2012:687], apartado 81. Sin resaltar en el original.

203 STEDH [Gran Sala] de 23 de junio de 2016, *Baka c. Hungría* [n° 20261/12].

presidente del TS para un mandato de seis años pero perdió su puesto con arreglo a las disposiciones provisionales de la LFH, que establecen que la *Kúria* es la sucesora legal del TS.

La deriva autoritaria en Hungría llevó a denunciar sucesivas prácticas y reformas legislativas que se traducen en la ausencia de una tutela efectiva de derechos y supresión de garantías no solo en lo que se refiere al funcionamiento de la justicia, sino también -por ejemplo- en materia de protección de datos y de la intimidad. La Comisión, en este sentido, presentó contra Hungría un recurso por incumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Directiva 95/46/CE<sup>204</sup>, al poner fin antes de tiempo al mandato de la autoridad de control de la protección de datos personales<sup>205</sup>. Hungría sostuvo entonces que “el hecho de poner fin antes de tiempo al mandato del presidente de la Autoridad vulneraría del principio de independencia de la Autoridad sancionado por la Ley Fundamental”<sup>206</sup>. El Tribunal de Justicia, al admitir el recurso, rechaza esta objeción recordando su constante jurisprudencia respecto a que “un Estado miembro *no puede invocar disposiciones de su ordenamiento jurídico interno, aunque tengan rango constitucional*, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del [DUE]”<sup>207</sup>.

El Tribunal de Justicia resalta que “la independencia funcional de las autoridades de control, en el sentido de que no estén sujetas a instrucción alguna en el ejercicio de sus funciones, es un requisito necesario para que dichas autoridades puedan ajustarse al criterio de independencia” (cfr. 28.1, Directiva 95/46). En contra de lo que afirma Hungría,

[...] tal independencia funcional no basta por sí sola para preservar a dichas autoridades de control de toda influencia externa”. En efecto, “*la mera posibilidad de que las autoridades de tutela del Estado puedan ejercer influencia política sobre las decisiones de las autoridades de control es suficiente para obstaculizar el ejercicio independiente de las funciones de éstas*”<sup>208</sup>.

204 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (DO L 281, p. 31).

205 El Sr. Jóri fue nombrado Supervisor el 29 de septiembre de 2008 en virtud de la Ley de 1992 y su entrada en funciones se produjo en esa misma fecha. Dado que su mandato era de seis años, éste hubiera debido expirar a finales de septiembre de 2014. No obstante, terminó el 31 de diciembre de 2011 en aplicación del citado artículo 16 de las disposiciones transitorias de la Ley Fundamental. La Autoridad inició su actividad el 1 de enero de 2012 y, a propuesta del Primer Ministro, el Presidente de la República nombró al Sr. Péterfalvi como presidente de la Autoridad para un mandato de nueve años.

206 STJ de 8 de abril de 2014, *Comisión c. Hungría*, asunto C 288/12 [ECLI:EU:C:2014:237], apartado 28.

207 *Ídem*, apartado 35. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido respecto a incumplimientos del DUE fundados en normas constitucionales STJ de 6 de mayo de 1980, *Comisión c. Bélgica*, asunto 102/79 [ECLI:EU:C:1980:120], apartado 15; y STJ de 10 de enero de 2008, *Comisión c. Portugal*, C70/06 [ECLI:EU:C:2008:3], apartados 21 y 22.

208 *Ídem*, apartados 52-53. Pues bien -agrega en Luxemburgo-, “si cada Estado miembro tuviera la posibilidad de poner fin al mandato de una autoridad de control antes de que éste llegue al término

En tal situación, “no cabría considerar que la autoridad de control pueda actuar, en cualquier circunstancia, *por encima de toda sospecha de parcialidad*”<sup>209</sup>.

El TEDH, por su parte, también cuestionó la política de protección del derecho a la intimidad en el caso *Szabó y Vissy c. Hungría* (2016) donde se sentenció que, la legislación húngara relativa a la vigilancia secreta de cara a la lucha contra el terrorismo -introducida en 2011-, había constituido una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia<sup>210</sup>.

La Comisión denunció también la violación de la legislación húngara, “al establecer restricciones discriminatorias, injustificadas e innecesarias respecto de las donaciones extranjeras en favor de organizaciones de la sociedad civil”<sup>211</sup>. Dichas restricciones, “imponen obligaciones de registro, de declaración y de publicidad a ciertas categorías de organizaciones de la sociedad civil que reciban directa o indirectamente ayuda del extranjero por encima de un determinado importe y que contemplan la posibilidad de aplicar sanciones a las organizaciones que incumplan tales obligaciones”<sup>212</sup>. El Tribunal de Justicia compartió el criterio de la Comisión y sentenció que Hungría había incumplido sus obligaciones derivadas del DUE al “al establecer *restricciones discriminatorias e injustificadas* respecto de las donaciones extranjeras en favor de organizaciones de la sociedad civil”<sup>213</sup>.

El agravamiento de esta situación llevó al Parlamento Europeo, por primera vez desde su fundación, a redactar un informe con el objeto de investigar la necesidad de que se lance un procedimiento con arreglo al artículo 7.1 (TUE)<sup>214</sup>. El Parlamento Europeo ya había, con anterioridad, señalado una posible amenaza al Estado de derecho en Hungría<sup>215</sup>. Finalmente, resuelve solici-

inicialmente previsto sin respetar las normas y las garantías establecidas previamente en tal sentido por la legislación aplicable, *la amenaza de tal terminación anticipada que en tal caso planearía sobre esa autoridad durante todo su mandato podría generar una forma de obediencia de ésta al poder político incompatible con dicha exigencia de independencia*. Esta conclusión es también cierta en el caso de que la finalización del mandato antes de tiempo *obedezca a una reestructuración o a un cambio de modelo*, los cuales deben organizarse de modo que respeten las exigencias de independencia impuestas por la legislación aplicable” (*Ídem*, apartado 54). Sin resaltar en el original.

209 *Ídem*, apartado 55. Sin resaltar en el original.

210 Véase STEDH [sección cuarta] de 12 de enero de 2016, *Szabó y Vissy c. Hungría* [nº 37138/14].

211 Mediante la adopción de las disposiciones de la Ley LXXVI de 2017, *relativa a la transparencia de las organizaciones que reciben ayuda del extranjero*. Véase la Resolución 2162 (2017) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 27 de abril de 2017, titulada “Acontecimientos inquietantes en Hungría: el proyecto de ley sobre las ONG que impone limitaciones a la sociedad civil, y posible cierre de la Universidad Centroeuropea”.

212 STJ de 18 de junio de 2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C 78/18 [ECLI:EU:C:2020:476], apartado 1.

213 *Ídem*, punto resolutorio 1.

214 Cfr. Informe (4-7-2018) *sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión* [A8-0250/2018].

215 Véase sobre la situación en Hungría, entre otras, la Resolución, de 17 de mayo de 2017, (P8\_TA(2017)0216); Resolución de 16 de diciembre de 2015 (DO C 399 de 24.11.2017, p. 127) y Resolución de 10 de junio de 2015 (DO C 407 de 4.11.2016, p. 46); Resolución de 16 de febrero

tar al Consejo que -de conformidad con el citado artículo 7.1 (TUE)-, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la UE<sup>216</sup>.

En su resolución, el Parlamento Europeo considera preocupantes los siguientes aspectos: el funcionamiento del sistema constitucional y electoral; la independencia del poder judicial y de otras instituciones y los derechos de los jueces; la corrupción y los conflictos de intereses; la protección de datos y de la intimidad; la libertad de expresión; la libertad de cátedra; la libertad de religión; la libertad de asociación; el derecho a la igualdad de trato; los derechos de las personas pertenecientes a minorías, incluida la población romaní y los judíos, así como la protección frente a los mensajes de odio contra esas minorías; los derechos fundamentales de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados; y los derechos económicos y sociales<sup>217</sup>. Los hechos y las tendencias denunciados en la citada Resolución, “considerados en su conjunto, *representan una amenaza sistémica* a los valores del artículo 2 [TUE] y entrañan un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el mismo”<sup>218</sup>. Hungría, por su parte, presentó al Tribunal de Justicia un recurso de anulación (cfr. art. 269, TFUE)<sup>219</sup> de la citada Resolución del Parlamento Europeo que fue desestimado<sup>220</sup>.

La propia cuestión prejudicial -en tanto instrumento de diálogo entre Luxemburgo y los órganos jurisdiccionales nacionales-, es objeto de ataques por parte de la *Kúria* con el objeto de *obstruir* dicho diálogo e intentar *centralizar* de este modo el control de legalidad del DUE en relación al derecho húngaro<sup>221</sup>.

de 2012, sobre los recientes acontecimientos políticos en Hungría (DO C 249 E de 30.8.2013, p. 27); Resolución de 10 de marzo de 2011, sobre la Ley de Medios de Comunicación húngara (DO C 199 E de 7.7.2012, p. 154).

216 Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, *sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión* [2017/2131 (INL)] (DO 2019, C 433, p. 66).

217 *Ídem*, apartado 2.

218 *Ídem*, apartado 3. Sin resaltar en el original.

219 La norma citada dice: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse *sobre la legalidad de un acto adoptado por el Consejo Europeo o por el Consejo en virtud del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea*, solamente a petición del Estado miembro objeto de la constatación del Consejo Europeo o del Consejo y únicamente en lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el citado artículo. Esta petición deberá presentarse en el plazo de un mes a partir de la constatación. El Tribunal se pronunciará en el plazo de un mes a partir de la fecha de la petición”. Sin resaltar en el original.

220 STJ de 3 de junio de 2021, *Comisión c. Hungría*, asunto C-650/18 [ECLI:EU:C:2021:426].

221 Aunque la resolución producto de la intervención de la *Kúria* se limita únicamente a la “declaración de la ilegalidad” de la petición de decisión prejudicial inicial y no anula la resolución que contiene dicha petición ni obliga al juez remitente a retirar esta y a continuar el procedimiento principal, la *Kúria* -defiende el Tribunal de Justicia-, al efectuar un control de legalidad de la misma petición a la luz del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha procedido, “a un control de la petición de decisión prejudicial que se asemeja al ejercido por el Tribunal de Justicia para determinar si una petición de decisión prejudicial es admisible” (véase STJ de 23 de noviembre de 2021,

En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda -una vez más- que los órganos jurisdiccionales nacionales, “tienen la más amplia facultad de someter” a éste una cuestión de interpretación de las disposiciones pertinentes del DUE. Esta facultad se transforma en obligación para los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia, salvo en los casos excepcionales admitidos por la jurisprudencia comunitaria. En consecuencia,

[...] cuando un órgano jurisdiccional nacional que conozca de un asunto considere que, en el marco de este, se suscita una cuestión relativa a la interpretación o a la validez del [DUE], tiene la facultad o la obligación, según el caso, de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, *sin que el ejercicio de dicha facultad o el cumplimiento de esa obligación puedan verse obstaculizados por normas nacionales legales o jurisprudenciales*<sup>222</sup>.

La eficacia del DUE se vería comprometida si el resultado de un recurso ante el órgano jurisdiccional nacional de última instancia pudiese tener como efecto “disuadir” al juez nacional que conozca de un litigio regulado por el DUE de ejercer la facultad que le atribuye el artículo 267 (TFUE) de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del DUE, “a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho”<sup>223</sup>.

Aunque la *Kúria* no haya obligado al órgano jurisdiccional remitente a retirar la petición de decisión prejudicial inicial, no es menos cierto que -razonan en Luxemburgo-, mediante su resolución, consideró ilegal dicha petición: “tal declaración de ilegalidad *puede debilitar tanto la autoridad* de las respuestas que el Tribunal de Justicia proporcione al juez remitente como la *resolución* que este adopte a la luz de estas respuestas”. Esta resolución de la *Kúria* puede

[...] incitar a los órganos jurisdiccionales húngaros a *abstenerse* de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, con el fin de evitar que sus peticiones de decisión prejudicial sean impugnadas por una de las partes sobre la base de dicha resolución o sean objeto de un recurso de casación en interés de la ley.

*IS*, asunto C 564/19 [ECLI:EU:C:2021:949], apartado 71). Aunque el artículo 267 (TFUE) no se opone a que una resolución de remisión sea objeto de un recurso judicial de derecho interno, “una resolución de un tribunal supremo por la que se declara ilegal una petición de decisión prejudicial por no ser las cuestiones planteadas pertinentes y necesarias para la solución del litigio principal *es incompatible con dicho artículo, dado que la apreciación de esos elementos forma parte de la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales*” (*Ídem*, apartado 72). Sin resaltar en el original.

222 STJ de 23 de noviembre de 2021, *IS*, asunto C 564/19 [ECLI:EU:C:2021:949], apartados 68-70. Sin resaltar en el original.

223 *Ídem*, apartado 73.

Limitar el ejercicio de la competencia que el artículo 267 (TFUE) confiere a los órganos jurisdiccionales nacionales “tendría por efecto restringir la tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los particulares por el [DUE]”<sup>224</sup>.

El Tribunal de Justicia, además, se enfoca sobre la cuestión de si el principio de primacía del DUE obliga al juez nacional que ha planteado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial cuya ilegalidad ha sido declarada por el TS del Estado miembro de que se trate, sin afectar no obstante a los efectos jurídicos de su resolución de remisión prejudicial, “a no tener en cuenta tal resolución del órgano jurisdiccional supremo”. En virtud del apuntado principio,

[...] la invocación por un Estado miembro de disposiciones de Derecho nacional, *aunque sean de rango constitucional, no puede afectar a la unidad y a la eficacia del [DUE]*. En efecto, según reiterada jurisprudencia, los efectos que se asocian al principio de primacía del [DUE] se imponen a todos los órganos de un Estado miembro, *sin que puedan oponerse a él, en particular, las disposiciones internas relativas al reparto de las competencias judiciales, incluidas las de rango constitucional*<sup>225</sup>.

Una disposición del derecho nacional que impida la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 267 (TFUE) “debe dejarse inaplicada sin que el órgano jurisdiccional remitente tenga que solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional”<sup>226</sup>. Respecto a la posibilidad de someter a *procedimientos disciplinarios* a los jueces que promuevan cuestiones prejudiciales -situación que fuera de Hungría se repite en Polonia y Rumania-, el Tribunal de Justicia confirma su jurisprudencia condenatoria de dichas prácticas:

[...] la mera perspectiva de verse expuestos a tales procedimientos por haber presentado una petición de decisión prejudicial o por haber decidido mantenerla posteriormente *puede menoscabar el ejercicio efectivo, por parte de los jueces nacionales afectados, de la facultad de someter el asunto al Tribunal de Justicia y de las funciones de juez encargado de la aplicación del [DUE]*<sup>227</sup>.

El hecho de que dichos jueces no estén expuestos a procedimientos o sanciones disciplinarios por haber ejercido esa facultad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, que es de su competencia exclusiva, constituye, además, “una garantía inherente a su independencia, independencia que es, en

224 *Ídem*, apartados 74-77. Sin resaltar en el original.

225 *Ídem*, apartados 78-79.

226 *Ídem*, apartado 80. Se trata de la misma respuesta dada a los jueces que desafían la deriva autoritaria en Polonia (véase STJ de 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros*, asunto C-824/18 [ECLI:EU:C:2021:153]).

227 *Ídem*, apartado 90. En el mismo sentido, STJ de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y Prokurator Generalny*, asuntos C 558/18 y C 563/18, [ECLI:EU:C:2020:234] apartado 58, y STJ de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C 791/19 R [ECLI:EU:C:2021:596], apartado 227.

particular, esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial ínsito en el mecanismo de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE<sup>228</sup>. Un procedimiento disciplinario incoado por el motivo de que un juez nacional haya decidido plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia “puede disuadir a todos los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear dichas cuestiones, *lo que podría poner en peligro la aplicación uniforme del [DUE]*”<sup>229</sup>.

## 50. Desarrollo y defensa de una política migratoria contraria al DUE y el DIDH

Dentro de este contexto restrictivo de vigencia del sistema de derechos, el trato a solicitantes de asilo y refugiados<sup>230</sup> a expuesto a Hungría a un enfrentamiento abierto con el DUE en general y con el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)<sup>231</sup>.

Como consecuencia de la crisis migratoria desatada en 2015 y la presión continua sobre las fronteras sur de Europa (especialmente en España, Italia, Malta, y Grecia), las Instituciones de la UE decidieron un sistema de reparto de migrantes basado en cuotas obligatorias<sup>232</sup>. Se trató, sobre todo, de activar el principio de solidaridad previsto en el artículo 80 (TFUE)<sup>233</sup>.

El 2 de octubre de 2016 Hungría -opuesta junto a otros países a implementar el sistema diseñado por la UE para la crisis migratoria- celebra un referéndum

228 *Ídem*, apartado 91.

229 *Ídem*, apartado 92.

230 En 2017, de 3.397 solicitudes de protección internacional presentadas en Hungría se rechazaron 2.880, lo que representa un porcentaje de rechazo del 69,1 %. En 2015, de 480 recursos judiciales relativos a solicitudes de protección internacional, se emitieron cuarenta resoluciones positivas, es decir, el 9 %. En 2016, con 775 recursos, fueron cinco las resoluciones positivas, es decir un 1 %, y en 2017 fueron cero (cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, *sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión* [2017/2131 (INL)] (DO 2019, C 433, p. 66), apartado 62.

231 Véase, entre otras, STJ de 14 de mayo de 2020, *FMS y otros c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság y Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, asuntos acumulados C-924/19 PPU y C-925/19 [ECLI:EU:C:2020:367]; STJ de 19 de marzo de 2020, *PG c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, asunto C-406/18 [ECLI:EU:C:2020:216]; STJ de 19 de marzo de 2020, *LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, asunto C-564/18 [ECLI:EU:C:2020:218]; STJ de 12 de diciembre de 2019, *TB c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, asunto C-519/18 [ECLI:EU:C:2019:1070].

232 Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, *por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia* (DO 2015, L 248, p. 80).

233 La norma citada dice: “Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo [se refiere a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración] y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio”.

sobre las cuotas obligatorias para el reparto equitativo de los solicitantes de asilo entre los Estados miembros de la UE<sup>234</sup>. Menos de la mitad de la población con derecho a voto participó en el referéndum, pero una abrumadora mayoría rechazó las cuotas<sup>235</sup>. Dada la baja participación el referéndum no fue válido<sup>236</sup>. El término “asentamiento forzoso” fue acuñado entonces en el discurso público para describir la obligación de reasentamiento como un ataque a la “identidad constitucional”.

El Tribunal de Justicia, por su parte, rechazó los recursos de anulación (cfr. art. 263, TFUE)<sup>237</sup> presentado por Hungría -junto a Eslovaquia y apoyados por Polonia-, contra la asignación de cuotas de migrantes llegados en 2015 a Grecia e Italia lo cual llevó a las instituciones de la UE “a reconocer de inmediato los flujos migratorios excepcionales en esta región” y a exigir “medidas concretas de solidaridad para con los Estados miembros de primera línea”<sup>238</sup>.

Para Luxemburgo,

[...] si la reubicación debiera quedar estrictamente condicionada a la *existencia de vínculos culturales o lingüísticos* entre el solicitante de protección internacional y el Estado miembro de reubicación, sería imposible proceder a un reparto de dichos solicitantes entre todos los Estados miembros dentro del respeto del *principio de solidaridad* a que obliga el artículo 80 [TFUE] y, por tanto, a la adopción de un mecanismo de reubicación imperativo.

A lo que el Tribunal de Justicia añade que “no se pueden tener en cuenta consideraciones relacionadas con el origen étnico de los solicitantes de protección internacional dado que son palmariamente contrarias al Derecho de la Unión y, en particular, al artículo 21 [CDFUE]<sup>239</sup>”<sup>240</sup>.

234 La pregunta sometida a referéndum fue: ¿Quiere permitir que la UE ordene la reubicación de ciudadanos no húngaros en Hungría sin la aprobación de la Asamblea Nacional? (Véase HALMAI, 2017/08: 8)

235 Después de varios intentos de convencer al gobierno húngaro para que coopere, la Comisión inició un procedimiento de infracción contra Hungría el 14 de junio de 2017 por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Decisión del Consejo 1601/2015.

236 La nueva ley requiere que participen al menos el 50% de los elegibles para votar, de lo contrario, el referéndum no es válido.

237 Mediante sus recursos, la República Eslovaca y Hungría solicitan la anulación de la citada Decisión (UE) 2015/1601.

Hungría se negaba a que se la considerara un “Estado miembro de primera línea” y, por tanto, no deseaba que se la incluyera entre los Estados miembros beneficiarios de la reubicación junto con Italia y Grecia. Finalmente, se incluyó a Hungría en los anexos I y II como Estado miembro de reubicación de los solicitantes de protección internacional procedentes de Italia y de Grecia respectivamente, atribuyéndosele, en consecuencia, asignaciones en dichos anexos.

238 Véase la citada Decisión (UE) 2015/1601, considerandos 3-7 y 10-16.

239 La norma citada dice: “(No discriminación) 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

240 STJ de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría c. Consejo de la Unión Europea*, a asuntos acumulados C 643/15 y C 647/15 [ECLI:EU:C:2017:631], apartados 304-305.

El conjunto de medidas legales restrictivas en contra de los requirentes de asilo y refugiados constituyeron una constante desde 2015<sup>241</sup>. Se construyó una valla de alambre de púas de 175 km de largo a través de toda la frontera con Serbia, y más tarde a lo largo de la frontera de 377 km con Croacia. El 15 de septiembre de 2015, cuando se cerró la frontera con Serbia, comenzaron a operar dos *zonas de tránsito*: una en Röszke y otra en Tompa. Paralelamente se modificó el Código Penal creando nuevos delitos entre los cuales se encuentran el de “ingreso ilegal al territorio nacional” o el de “daños al patrimonio nacional” como la rotura de los cercos levantados<sup>242</sup>. El 7 de marzo de 2017, el Parlamento húngaro aprobó una enmienda a la Ley de asilo que obliga a todos los solicitantes de asilo a permanecer en campos de detención vigilados. Mientras se deciden sus casos, los solicitantes de asilo, incluidos mujeres y niños mayores de 14 años, son transportados a contenedores rodeados por una alta valla de púas del lado húngaro de la frontera.

Estas medidas restrictivas no tardaron en ser denunciadas ante el Tribunal de Justicia por la Comisión quien presenta un recurso por incumplimiento contra Hungría por violación de la Directiva 2013/32/UE<sup>243</sup>; de la Directiva 2013/33/UE<sup>244</sup>; y de la Directiva 2008/115/CE<sup>245</sup>, en relación con los artículos 6, 18 y 47 (CDFUE).

Los jueces de Luxemburgo condenaron a Hungría por violar la normativa citada al “disponer que las solicitudes de protección internacional de nacionales de terceros países o apátridas que llegan desde Serbia y desean acceder en su territorio al procedimiento de protección internacional solo pueden formularse en las zonas de tránsito de Röszke (Hungría) y de Tompa (Hungría), al tiempo que adopta una práctica administrativa continuada y generalizada que limita drásticamente el número diario de solicitantes a los que se autoriza a entrar a dichas

241 El 15 de septiembre de 2015 entró en vigor la Ley CXL de 2015 *por la que se modifican diversas leyes en un contexto de gestión de la inmigración masiva* (conocida como “Ley de Gestión de la Inmigración Masiva”). Esta Ley, que modificó, en particular, la Ley sobre el Derecho de Asilo, introduce los conceptos de “situación de crisis provocada por una inmigración masiva” y de “procedimiento fronterizo”. Prevé, además, la creación de “zonas de tránsito” dentro de las cuales se apliquen los procedimientos de asilo. La Ley XX de 2017 *por la que se modifican diversas leyes relativas al refuerzo del procedimiento aplicado en la zona fronteriza bajo vigilancia*, amplió los supuestos en los que el Gobierno puede declarar una “situación de crisis provocada por una inmigración masiva”.

242 Cfr. *delitos de cruce ilegal de valla fronteriza* (artículo 352/A del Código Penal), *degradación de valla fronteriza* (artículo 352/B del Código Penal), *obstrucción a la construcción o al mantenimiento de la valla fronteriza* (artículo 352/C del Código Penal), tráfico de personas (artículo 353 del Código Penal), apoyo a la residencia irregular (artículo 354 del Código Penal) o *facilitación de la inmigración ilegal* (artículo 353/A del Código Penal).

243 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional* (DO 2013, L 180, p. 60).

244 Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional* (DO 2013, L 180, p. 96).

245 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular* (DO 2008, L 348, p. 98).

zonas de tránsito”. De igual modo, por “establecer un *sistema de internamiento generalizado de los solicitantes de protección internacional en las zonas de tránsito* de Röscke y de Tompa, sin respetar las garantías recogidas en los artículos 24, apartado 3, y 43 de la Directiva 2013/32 y en los artículos 8, 9 y 11 de la Directiva 2013/33”<sup>246</sup>. Al “permitir la expulsión de todos los nacionales de terceros países en situación irregular en su territorio, a excepción de aquellos sospechosos de haber cometido una infracción, sin respetar los procedimientos y garantías que se establecen en los artículos 5, 6, apartado 1, 12, apartado 1, y 13, apartado 1, de la Directiva 2008/115”. Finalmente, “al supeditar a requisitos contrarios al [DUE] el ejercicio del derecho a permanecer en su territorio por los solicitantes de protección internacional”<sup>247</sup>.

Hungría volvió a ser condenada por el Tribunal de Justicia -entre otras violaciones al DUE- por “*sancionar penalmente* en su Derecho interno el comportamiento de todo aquel que, en el marco de una actividad de organización, preste asistencia para formular o presentar una solicitud de asilo en su territorio, cuando pueda demostrarse, más allá de toda duda razonable, que era consciente de que dicha solicitud no podía prosperar con arreglo a ese Derecho”. Y por “privar del derecho a aproximarse a sus fronteras exteriores a toda persona sospechosa de haber cometido tal delito”<sup>248</sup>.

## 51. El TC húngaro y la sentencia nº 22/2016: ¿ la identidad constitucional nacional como categoría histórica?

En sintonía con este contexto, el TC húngaro emitió su sentencia nº 22/2016<sup>249</sup> donde se mantiene que la identidad constitucional de Hungría tiene sus raíces en su supuesta “constitución histórica” y se trata de “un valor fundamental no creado por la Ley Fundamental, sino que es meramente reconocido por la Ley Fundamental”. En consecuencia –razona el TC húngaro-, no se puede renunciar a la identidad constitucional por medio de un tratado internacional:

246 Sobre la legalidad de estas zonas de tránsito puede observarse una divergencia interpretativa entre el Tribunal de Justicia y el TEDH (Véase STEDH de 21 de noviembre de 2019 [Gran Sala], *Ilias y Ahmed c. Hungría* [nº 47287/15]).

247 STJ de 17 de diciembre de 2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C:2020:1029], punto resolutivo 1. Sin resaltar en el original.

248 STJ de 16 de noviembre de 2021, *Comisión c. Hungría*, asunto C-821/19 [ECLI:EU:C:2021:930], punto resolutivo 1. Sin resaltar en el original.

249 El caso fue iniciado por el Defensor del Pueblo, quien solicitó la interpretación de dos preceptos de la Ley Fundamental húngara: la cláusula de “prohibición de expulsión colectiva” del artículo XIV, y la cláusula de “ejercicio conjunto de competencias” atribuidas a la UE contenida en el artículo E) (2). La petición fue motivada por la decisión de la UE de ordenar el traslado de 1294 solicitantes de asilo de Italia y Grecia a Hungría (Decisión del Consejo (UE) 2015/1601 de 22 de septiembre de 2015). El Defensor preguntó –entre otras cuestiones- si este traslado colectivo vulneraba la prohibición del artículo XI, ya que el procedimiento no contempla el “examen exhaustivo sobre el fondo de las situaciones individuales de los solicitantes”.

Hungría solo puede ser privada de su identidad constitucional a través de la extinción definitiva de su soberanía, de su condición de Estado independiente. La protección de la identidad constitucional, por lo tanto, seguirá siendo deber del TC mientras Hungría sea un Estado soberano<sup>250</sup>.

El discurso sobre la identidad constitucional se presenta en la sentencia n° 22/2016, al menos en su punto de partida, como una *continuidad* de otras expresiones en sentido similar –analizadas precedentemente– que promueven una finalidad defensiva-protectora<sup>251</sup>. Sobre la base de esta revisión de la jurisprudencia de los TTCC y TTSS de los Estados miembros, el TC húngaro no sorprende al afirmar que, dentro de su propio ámbito de competencias, sobre la base de una petición pertinente, en casos excepcionales y como recurso de *ultima ratio*, es decir, además de respetar el diálogo constitucional entre los Estados miembros, “puede examinar si el ejercicio de competencias sobre la base del artículo E) (2)<sup>252</sup>, de la LFH resulta en la violación de la dignidad humana, el contenido esencial de cualquier otro derecho fundamental o la soberanía (incluido el alcance de las competencias transferidas por el Estado) y la propia identidad constitucional de Hungría”<sup>253</sup>.

Para el TC húngaro, el nivel de protección constitucional de los derechos fundamentales no se vio afectado por la adhesión a la UE. En su razonamiento procura un puente con la *doctrina Solange* acuñada por el TCFA<sup>254</sup>, pero lejos se encuentra de un discurso que promueva una ruptura intersistémica: la UE, en la mayoría casos, puede otorgar el mismo nivel de protección de los derechos fundamentales que el nivel garantizado por las constituciones nacionales. En consecuencia, la competencia de revisión reservada al TC debe aplicarse con la debida atención a la obligación de cooperación, respetando en la medida de lo posible la aplicación del DUE. Ahora bien,

[el TC] no puede dejar de lado la protección de *ultima ratio* de la dignidad humana y el contenido esencial de los derechos fundamentales, y debe

250 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 (22/2016). La sentencia fue casi unánime en sus conclusiones; solo un miembro optó por disentir. Tal nivel de acuerdo no sorprende, considerando que los diez jueces habían sido designados por la misma mayoría parlamentaria, lo que había sido posible gracias a una reforma del procedimiento de nombramiento en 2011.

251 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 (22/2016), apartado 34 donde se mencionan numerosas sentencias relacionadas con la identidad constitucional.

252 Se trata de la fórmula constitucional habilitante que dice: “Con vistas a participar en la Unión Europea como Estado miembro y sobre la base de un tratado internacional, Hungría *podrá, en la medida necesaria para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de los Tratados constitutivos, ejercer algunas de sus competencias derivadas de la Ley Fundamental conjuntamente con otros Estados miembros*, a través de las instituciones de la Unión Europea. El ejercicio de las competencias previstas en este párrafo se ajustará a los derechos y libertades fundamentales previstos en la Ley Fundamental y no limitará el derecho inalienable de Hungría a determinar su unidad territorial, población, forma de gobierno y estructura estatal”. Sin resaltar en el original.

253 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 (22/2016), apartado 46.

254 Cfr. STCFA de 22 de octubre de 1986, *Solange II* [BVerfGE 73, 339].

conceder que el ejercicio conjunto de las competencias previstas en el artículo E (2) de la Ley Fundamental no daría lugar a la violación de los derechos humanos, la dignidad o el contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>255</sup>.

En opinión de Halmai, las referencias a la *doctrina Solange* del TCFA son engañosas, porque la invocación de la identidad constitucional por parte de Karlsruhe tiene como objetivo promover estándares más altos que los que exige el DUE, mientras que la referencia de los jueces constitucionales húngaros sirve para rebajar los estándares de protección de los derechos (Halmai Gábor, 2017/08: 16).

A continuación, el TC húngaro interpreta la fórmula constitucional habilitante del artículo E (2) estableciendo que, el “ejercicio conjunto de competencias”, no es ilimitado ya que dicha norma no solo garantiza la validez al DUE con respecto a Hungría, sino que “al mismo tiempo impone limitaciones al ejercicio conjunto de competencias”. Sumando a su interpretación al artículo 4.2 (TUE), el TC húngaro establece dos limitaciones en el ejercicio conjunto de las competencias: por un lado, éste no puede violar la soberanía de Hungría (control de soberanía [*sovereignty control*]) y, por otro lado, no puede conducir a la violación de la identidad constitucional (control de identidad [*identity control*]). El TC húngaro destaca que, “el objeto directo del control de soberanía e identidad no es el acto jurídico de la Unión ni su interpretación, por lo que el [TC] no se pronunciará sobre la validez, nulidad o primacía de aplicación de tales actos de la Unión”<sup>256</sup>. En el caso en cuestión, como observamos, se declara incompetente para resolver sobre la decisión del Consejo, negando así la tutela de los derechos de los migrantes involucrados en la reubicación. Los jueces constitucionales húngaros, se refieren a la identidad constitucional del país para justificar la negativa del gobierno a aplicar el plan de reubicación de refugiados de la UE en Hungría (Véase Halmai, 2017/08).

Tiempo después, ya vimos que el Tribunal de Justicia va a condenar a Hungría -junto a la República Checa- por violar el principio de solidaridad propio de la UE al negarse acoger el cupo correspondiente de migrantes<sup>257</sup>.

La soberanía ha sido establecida en la LFH como fuente última de competencias y no como competencia. Por lo tanto –razona el TC húngaro-, el ejercicio conjunto de competencias no deberá tener como resultado que se prive al pueblo húngaro de la posibilidad de poseer la última oportunidad de controlar el ejercicio del poder público<sup>258</sup>. El TC húngaro establece una especie de “pre-sunción de soberanía reservada [*fenntartott szuverenitás vélelme*].”

En cuanto al control de identidad, el TC húngaro lo enlaza con el artículo 4.2 (TUE) afirmando que la aludida “protección de la identidad constitucional”

255 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 (22/2016), apartados 47-49.

256 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 (22/2016), apartado 56.

257 STJ de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría c. Consejo de la Unión Europea*, a asuntos acumulados C 643/15 y C 647/15 [ECLI:EU:C:2017:631].

258 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 (22/2016), apartados 59-60.

debe reconocerse en el marco de una cooperación informal con Luxemburgo basada en los principios de igualdad y colegialidad [*principles of equality and collegiality*], procurando un respeto mutuo, de manera similar a la práctica actual seguida por los TTCC y los órganos judiciales supremos de varios otros Estados miembros que desempeñan funciones similares.

## 52. El TC rumano: la construcción de la identidad constitucional nacional como negación de la primacía del DUE y la afectación al Estado de derecho

Desde la adhesión de Rumanía a la UE en 2007, la Comisión ha llevado a cabo un seguimiento de las reformas del país en el ámbito de la justicia y de la lucha contra la corrupción a través del *mecanismo de cooperación y verificación* (MCV)<sup>259</sup> que continúa en paralelo al mecanismo del Estado de derecho.

Las reformas -entre 2017 y 2019- a las leyes del poder judicial<sup>260</sup> suscitaron críticas por sus efectos negativos para la independencia, la calidad y la eficiencia de la justicia. Se han constatado problemas graves, en particular, con la creación del *sistema de responsabilidad civil de jueces y fiscales* (SIIJ), los regímenes de jubilación anticipada, el acceso a la profesión y el estatuto y nombramiento de fiscales de alto rango<sup>261</sup>.

El procedimiento de destitución de los fiscales de alto rango ha sido objetado por el TEDH<sup>262</sup>. Estrasburgo concluyó que Rumanía había violado el artículo 6.1 (CEDH) -junto al artículo 10 (CEDH)- en la destitución de la antigua fiscal jefe de la Dirección Anticorrupción. La sentencia llamó la atención sobre la creciente importancia que se concede a la intervención de una autoridad independiente del poder ejecutivo y del poder legislativo en relación con las decisiones que afectan al nombramiento y la destitución de fiscales. En lo que respecta a la libertad de expresión, el TEDH subrayó también que la destitución de la fiscal podría tener un efecto intimidatorio y disuadir a otros fiscales y jueces de participar en el debate público sobre las reformas legislativas que afecten al poder judicial y, de forma más general, sobre cualquier cuestión relativa a la independencia del poder judicial.

259 El MCV se creó en 2007 con motivo de la adhesión a la UE “como medida transitoria para facilitar los esfuerzos continuados de Rumanía para reformar su poder judicial e intensificar la lucha contra la corrupción” (Tras las conclusiones del Consejo de Ministros de 17 de octubre de 2006 (13339/06), se creó el mecanismo por medio de la Decisión de la Comisión de 13 de diciembre de 2006 [C(2006)928]). El MCV dejará de aplicarse cuando se hayan cumplido satisfactoriamente todos los objetivos de referencia (indicadores) aplicables.

260 Ley nº 303/2004 *sobre el estatuto de jueces y fiscales*, Ley nº 304/2004 *relativa a la organización del poder judicial*, y Ley nº 317/2004 *relativa al Consejo Superior de la Magistratura*.

261 Véase Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *sobre los progresos realizados por Rumanía en el ámbito del Mecanismo de Cooperación y Verificación* [COM(2021) 370 final].

262 STEDH [sección cuarta] de 5 de mayo de 2020, *Kóvesi c. Rumanía* [nº 3594/19], apartado 157.

Desde Luxemburgo llegaron también duras críticas a las reforma judicial rumana. En el asunto *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros* (2021), donde se somete a control de legalidad comunitario el SIIJ, el Tribunal de Justicia lleva adelante fuertes consideraciones sobre la independencia del poder judicial como principio propio del Estado de derecho<sup>263</sup>.

El Gobierno polaco, en su intervención en el proceso, rechazó que el Tribunal de Justicia sea competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas. Las dudas manifestadas -afirman desde Varsovia- en lo que respecta a la conformidad de la legislación rumana con el DUE versan, por un lado, sobre la organización de la justicia, más concretamente sobre el procedimiento de nombramiento de los miembros de la Inspección Judicial y la organización interna de la Fiscalía y, por otro lado, sobre el régimen de responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los jueces a los particulares por una vulneración del derecho interno. Estos dos ámbitos “son competencia exclusiva de los Estados miembros y, por consiguiente, quedan fuera del ámbito de aplicación del [DUE]”. En un sentido similar se manifiesta el propio Gobierno rumano<sup>264</sup>.

Recordando su jurisprudencia en la materia en asuntos que condenan a Polonia<sup>265</sup>, en Luxemburgo recuerdan que: “La existencia misma de un *control judicial efectivo* para garantizar el cumplimiento del [DUE] es inherente a un Estado de derecho”<sup>266</sup>. Para el Tribunal de Justicia, los artículos 2 y 19.1 párrafo segundo (TUE) -junto a la Decisión 2006/928-

[...] deben interpretarse en el sentido de que se *oponen* a una normativa nacional adoptada por el gobierno de un Estado miembro que le permite proceder a nombramientos provisionales de cargos directivos del órgano judicial encargado de efectuar investigaciones disciplinarias y de ejercitar la acción disciplinaria contra los jueces y los fiscales, sin respetar el procedimiento de nombramiento ordinario previsto por el Derecho nacional, *cuando esa normativa puede suscitar dudas legítimas acerca de la utilización de las*

263 STJ de 18 de mayo de 2021, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros*, asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19 [ECLI:EU:C:2021:393], apartados 219 y 23. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto, en esencia, la interpretación de los artículos 2, 4.3, 9, y 19.1 párrafo segundo (TUE), de los artículos 67.1 y 267 (TFUE), del artículo 47 (CDFUE) y de la Decisión 2006/928/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 2006, por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por Rumanía para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial y lucha contra la corrupción (DO 2006, L 354, p. 56).

264 *Ídem* apartados 108-109.

265 Cfr. STJ de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality* (Deficiencias del sistema judicial), asunto C 216/18 PPU [ECLI:EU:C:2018:586], apartado 50; STJ de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), asunto C 619/18 [ECLI:EU:C:2019:531], apartado 47, y STJ de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia* (Independencia de los tribunales ordinarios), asunto C 192/18, [ECLI:EU:C:2019:924], apartado 98.

266 STJ de 18 de mayo de 2021, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros*, asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19 [ECLI:EU:C:2021:393], apartados 189-198. Sin resaltar en el original.

*prerrogativas y funciones de dicho órgano como instrumento de presión sobre la actividad de tales jueces y fiscales o de control político de esa actividad*<sup>267</sup>.

El citado DUE, también se *opone*

[...] a una normativa nacional que prevé la creación de una sección especial del Ministerio Fiscal que tiene la *competencia exclusiva para investigar los delitos cometidos por los jueces y los fiscales*, sin que la creación de tal sección esté justificada por imperativos objetivos y verificables basados en la *buena administración de la justicia* y vaya acompañada de *garantías específicas* que permitan, por un lado, *excluir cualquier riesgo de que dicha sección se utilice como instrumento de control político de la actividad de esos jueces y fiscales que pueda socavar su independencia* y, por otro lado, *asegurar que esa competencia puede ejercitarse respecto de ellos respetando plenamente las exigencias que se derivan de los artículos 47 y 48 [CDFUE]*<sup>268</sup>.

Además, los citados artículos 2 y 19.1 párrafo segundo (TUE), se oponen a la normativa nacional que prevé que, la declaración de la existencia de un “error judicial” efectuada en el marco del procedimiento que tiene por objeto la responsabilidad patrimonial del Estado, se lleve adelante

[...] *sin que se haya oído al juez afectado*, se asuma en el procedimiento posterior relativo a una acción de repetición destinada a exigir la responsabilidad personal de ese mismo juez, y cuando no establece, con carácter general, las *garantías necesarias para evitar que esa acción de repetición pueda utilizarse como instrumento de presión sobre la actividad jurisdiccional y para asegurar el respeto del derecho de defensa del juez de que se trata*, con el fin de que quede descartada en el ánimo de los justiciables toda duda legítima en cuanto a la impermeabilidad de los jueces frente a elementos externos que pueden orientar sus decisiones, y con el fin de que quede excluida una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces *susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y en un Estado de derecho*<sup>269</sup>.

Finalmente, para Luxemburgo -tal cual lo repitiera frente a la deriva autoritaria en Polonia y Hungría-, el principio de primacía del DUE

[...] debe interpretarse en el sentido de que *se opone a una normativa de rango constitucional* de un Estado miembro *conforme la interpreta su órgano jurisdiccional constitucional*, según la cual un órgano jurisdiccional de rango inferior no puede dejar inaplicada, por su propia iniciativa, una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación de la Decisión 2006/928 y que ese órgano jurisdiccional, a la luz de una sentencia del Tribunal de

267 *Idem*, punto resolutivo 4. Sin resaltar en el original.

268 *Idem*, punto resolutivo 5. Sin resaltar en el original.

269 *Idem*, punto resolutivo 6. Sin resaltar en el original.

Justicia, considera contraria a dicha Decisión o al artículo 19.1 párrafo segundo [TUE]<sup>270</sup>.

El eco del asunto *Melloni* (2013)<sup>271</sup> vuelve a sentirse en las salas del palacio de un TC:

[...] en virtud del principio de primacía del [DUE], que *un Estado miembro invoque normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, no puede lesionar la unidad y la eficacia del [DUE]*. En efecto, conforme a consolidada jurisprudencia, los efectos que se asocian al principio de primacía del [DUE] *se imponen a todos los órganos de un Estado miembro, sin que las disposiciones de Derecho interno relativas al reparto de las competencias judiciales, incluidas las de rango constitucional, puedan oponerse a ello*<sup>272</sup>.

Consiguientemente, “cualquier juez nacional que conozca de un asunto, en el marco de su competencia, estará obligado más concretamente, como órgano de un Estado miembro, a abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición del [DUE] con efecto directo en el litigio de conozca”<sup>273</sup>.

La respuesta a Luxemburgo del intérprete final de la constitución no se hizo esperar. El TC rumano, en su sentencia n<sup>o</sup> 390 (2021), cuestiona directamente el principio de primacía del DUE y rechaza las conclusiones del Tribunal de Justicia en el asunto *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros* (2021).<sup>274</sup> Lo que sigue es una nueva representación del problema del infinito (ver *supra* 4). En esencia, el TC se considera que, los órganos jurisdiccionales nacionales, “no están facultados para examinar la conformidad con el [DUE] de las disposiciones nacionales declaradas constitucionales por el [TC] y que

270 *Ídem*, punto resolutivo 7. Sin resaltar en el original.

271 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 59.

272 STJ de 18 de mayo de 2021, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros*, asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19 [ECLI:EU:C:2021:393], apartado 245.

273 *Ídem*, apartado 246.

274 La STC rumano n<sup>o</sup> 104 de 6 de marzo de 2018 ya advertía que, el DUE, “no prima sobre el ordenamiento constitucional rumano” y la citada Decisión 2006/928 “no puede constituir una norma de referencia en el marco de un recurso de inconstitucional” interpuesto con arreglo al artículo 148 (constitución rumana), dado que dicha Decisión se adoptó antes de que Rumanía se adhiriera a la Unión y no ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en lo que respecta a si su contenido, naturaleza jurídica y extensión temporal están comprendidos en el ámbito de aplicación del Tratado de adhesión.

En el caso el asunto *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros* (2021) se discute si la Decisión 2006/928, a la que se refieren concretamente las consideraciones TC rumano obligan a Rumanía. El Tribunal de Justicia interpreta que, dicho Estado, debe a cumplir lo antes posible los indicadores que establece la Decisión 2006/928. En la medida en que esos indicadores están formulados en términos claros y precisos y no están sujetos a ninguna condición, “tienen efecto directo” (apartado 249).

las obligaciones derivadas de la resolución del MCV no incumben a los órganos jurisdiccionales nacionales”<sup>275</sup>.

En particular, el TC rumano -interpretando los alcances de la fórmula constitucional habilitante del artículo 148.2 y 4 (constitución rumana) - afirma que,

[...] es *competencia exclusiva* del Estado miembro determinar la organización, el funcionamiento y la delimitación de competencias entre las diversas estructuras de las autoridades penales, ya que la Ley Fundamental del Estado -la Constitución- es la expresión de la voluntad popular, lo que significa que *no puede perder su fuerza vinculante simplemente por la existencia de una discrepancia entre sus propias disposiciones y las disposiciones europeas*, por lo tanto, *la adhesión a la [UE] no puede afectar la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico*<sup>276</sup>.

En todos los casos, entiende el TC rumano, que se mencionan a los conceptos de “leyes nacionales” y “derecho interno”, la Constitución “se está refiriendo exclusivamente a la legislación infraconstitucional [*the Constitution refers exclusively to infra-constitutional legislation*], ya que la Ley Fundamental conserva su posición jerárquicamente superior en virtud del artículo 11. 3 [constitución rumana]”<sup>277</sup>. En consecuencia, el citado artículo 148

[...] no da prioridad al [DUE] sobre la Constitución rumana, *por lo que un tribunal nacional no tiene competencia para examinar la conformidad -a la luz del artículo 148 de la Constitución- de una disposición del derecho nacional ya declarada constitucional*, con las disposiciones del [DUE]. El ordenamiento jurídico rumano se compone de todas las normas jurídicas adoptadas por el Estado rumano y que deben ser coherentes con el principio de la primacía de la Constitución y el principio de legalidad.

La democracia constitucional, en un Estado regido por el Estado de derecho, “no es una abstracción, sino una realidad de un sistema en el que la primacía de la Constitución limita la soberanía del legislador, quien, en el proceso de creación de normas jurídicas y adopción de las leyes, debe tener en cuenta una serie de principios de rango constitucional”<sup>278</sup>.

En conclusión, para el TC rumano la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros* (2021) no

275 STC rumano nº 390 de 8 de junio de 2021, relativa a la excepción de inconstitucionalidad de las disposiciones de los artículos 881 a 889 de la Ley n.º 304/2004 sobre organización judicial y del Decreto de Urgencia del Gobierno nº 90/2018 relativo a determinadas medidas de funcionamiento de la SIIJ.

276 STC rumano nº 390 de 8 de junio de 2021, apartado 22.

277 La norma citada dice: “Si en un tratado en el que Rumania pase a formar parte contiene estipulaciones contrarias a la Constitución, su ratificación se producirá solamente después de la revisión de la Constitución”.

278 STC rumano nº 390 de 8 de junio de 2021, apartado 76.

puede ser considerada como un factor susceptible de revocar la jurisprudencia producto del control de constitucionalidad y, por tanto, de vulneración del artículo 148 de la Constitución rumana<sup>279</sup>.

Los argumentos defendidos por los jueces constitucionales rumanos constituyen un obstáculo de envergadura para que los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el DUE según es interpretado por Luxemburgo. De hecho, en una sentencia de 7 de junio de 2021, el Tribunal de Apelación de Pitești fue el primer órgano jurisdiccional remitente en aplicar la sentencia del Tribunal de Justicia y declaró que “la existencia de la SIIJ no está justificada por exigencias objetivas y verificables relativas a la buena administración de la justicia y que, por tanto, no es competente para instruir un asunto sometido a su consideración”. Esta decisión activó un proceso disciplinario al juez responsable por aplicar la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia<sup>280</sup>.

La deriva autoritaria en Polonia, Hungría o Rumanía tiene un punto de convergencia en el hostigamiento a la garantía de independencia de los jueces nacionales para evitar que éstos construyan un diálogo con los jueces de Luxemburgo. Se trata de un ataque directo no solo al DUE y su primacía, sino la tradición dialógica a partir de la cual el DUE supo construir su legitimidad y, en última instancia, su identidad constitucional.

279 *Ídem*, apartado 80. El TC rumano va a desestimar, por infundada, la excepción de inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 88 sup. 1 (1) - (5), Artículo 88 sup. 2- Artículo 88 sup. 7, artículo 88 sup. 8 (1) (a) (c) y (e) y el artículo 88 (2), así como del artículo 88 sup. 9 de la Ley nº 304/2004.

280 El 23 de junio de 2021, la Inspección Judicial inició una investigación disciplinaria contra el juez del Tribunal de Apelación de Pitești que dictó la sentencia mencionada, por mala fe o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones al basarse en la sentencia del Tribunal de Justicia para evaluar la competencia de esta sección del Ministerio Fiscal.

## CAPÍTULO VI

### HACIA LA CONVERGENCIA DE IDENTIDADES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS

Si el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al [DUE]

(STJ de 5 de diciembre de 2017,  
M.A.S. y M.B., apartado 61)

#### **53. Una tradición constitucional común en el origen de la construcción de identidades constitucionales nacionales y comunitaria**

Los diversos recorridos que transitan los circuitos interpretativos y que llevan a la construcción de identidades constitucionales tienen su origen en una matriz común: una cultura constitucional fundada sobre los principios y valores que integran el Estado de derecho. Con excepción de las corrientes rupturistas y antisistémicas representadas por el soberanismo constitucional y que, según vimos, promueven una deriva autoritaria, la tradición dialoguista a partir de las cuales se forman identidades constitucionales nacionales suma puntos de convergencia con la identidad constitucional de la UE.

Como lo demuestra los dos casos que observamos a continuación, las divergencias interpretativas se dan en casos puntuales -la mayoría de ellos donde la armonización normativa a nivel de la UE está pendiente-, pero no reniegan de esa tradición constitucional común. En este contexto, tanto la primacía del DUE como la supremacía constitucional encuentran un ámbito natural donde sus intérpretes pueden dialogar, consensuar niveles comunes de protección de derechos donde el único límite infranqueable es el problema del infinito.

Los circuitos interpretativos y sus diversos recorridos transitados, tanto por el Tribunal de Justicia como por los TTCC y TTSS, en la construcción de una identidad constitucional representativa del orden jurídico que interpretan, demuestran ser circuitos *sin salida* mientras se ocupen del debate por la última

palabra. Estos circuitos son unidireccionales, y las terminales vinculadas a ellos, se ven obligas a alcanzar los consensos dialógicos necesarios para evitar que la construcción de una identidad constitucional propia derive en un *ruptura sistémica*. Encerrados en un laberinto borgeano, los intérpretes finales están obligados a tolerarse mutuamente, a entenderse.

En este contexto, la CC italiana –paradójicamente quien abonó el discurso identitario constitucional con la doctrina de los *controlimiti*–, proporciona un ejemplo de circuito multidireccional que permite articular ambas identidades: la identidad constitucional comunitaria construida por el Tribunal de Justicia en base a la autonomía y primacía del DUE, con la identidad constitucional nacional expuesta en principios y valores determinados por los TTCC. Nos estamos refiriendo a la *saga Taricco* y al asunto *Consob* (2021) ambos vinculados a la interpretación de garantías consideradas fundamentales para el ordenamiento constitucional italiano. La primera sobre la prescripción del delito de fraude fiscal, la segunda relacionada con la prohibición de autoincriminación. Como observamos, se tratan de dos materias en camino de armonización si se quiere, pero que no presenta el grado de homogeneidad que presenta la DM 2002/584/JAI en la base del asunto *Melloni* (2013).

#### **54. Una vez más el dilema Melloni: alcance de la aplicación de la prescripción penal y la ley penal más benigna**

El caso *Taricco*, afirma con razón Repetto, es uno de aquellos pronunciamientos destinados a marcar la historia de la integración jurisdiccional (y no solo) europea (Repetto Giorgio, 20/02/2017). Al igual que en el asunto *Melloni* (2013) la convergencia normativa abría el debate sobre el nivel de protección de derechos en los distintos niveles involucrados. La pregunta que busca respuesta en Luxemburgo, en esencia, se repite: es posible admitir un nivel de protección constitucional mayor al reconocido por el Tribunal de Justicia al interpretar el DUE.

Cartabia alude a la situación descrita declarando que, el juez constitucional, se encuentra a menudo “en la encrucijada de estos tres sistemas”. En efecto, al mismo tiempo, es llamado a ser custodio de la Constitución nacional, garante de la observancia del DUE y guardián del CEDH (Cartabia Marta, 2017: 12).

¿Qué sucedería, si los jueces constitucionales, reconociesen en su Constitución una protección *mayor* a la reconocida en el DUE por los jueces de Luxemburgo? El marco teórico en la discusión en torno al caso *Taricco* es un retorno al *dilema Melloni*. De frente a lo que fue la primera cuestión prejudicial presentada por el TC español –como se recordará (ver *supra* 18)–, el Tribunal de Justicia no dejó margen a la duda: *debe imponerse siempre el nivel de protección reconocido por este Tribunal al DUE, aún en los casos en que la Constitución nacional prevea, según su intérprete, una protección mayor*.

Apelando a las palabras del propio Tribunal de Justicia, “*la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del [DUE] en el territorio de ese Estado*”. Para concluir:

Es cierto que el artículo 53 (CDFUE) confirma que, cuando un acto del [DUE] 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 [CDFUE], según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del [DUE]*<sup>1</sup>.

Esta interpretación del artículo 53 (CDFUE), como una *cláusula de máximos* y no de *mínimos*, es la que se encuentra en la raíz del conflicto que aflora en el caso *Taricco*. A una convergencia normativa, sucede una *divergencia interpretativa*: se discute aquí sobre el alcance de la prescripción penal y la aplicación de la ley penal más benigna. El conflicto surge a causa del alcance *desigual* reconocido en la protección de los derechos y garantías en los distintos niveles involucrados (Constitución italiana/DUE en una materia reconocida como “la expresión típica de la soberanía del Estado” Cfr. Lupo, 29-01-2016).

La *Consulta*, al declararse “garante” de estos principios, se asegura, al menos en lo formal, la última palabra sobre el ordenamiento jurídico italiano. Mientras tanto, los jueces de Luxemburgo imponen sus interpretaciones en base a la primacía del DUE que requiere, según han declarado desde siempre, de una *aplicación uniforme* en todos los Estados miembros. Con los jueces constitucionales italianos *refugiados* en su *virtual* área de reserva constitucional, y el Tribunal de Justicia en su interpretación *exclusiva* del DUE, la cohabitación se materializa, neutralizando con el tiempo los niveles de conflicto interordinamentales.

¿Por qué, en el caso *Taricco*, esta cohabitación dentro de la comunidad de intérpretes finales es puesta en duda? Las diversas instancias que ha superado el caso y que han configurado la citada divergencia interpretativa, fueron *acorralando* a la CC italiana. Ello al punto de dejarla frente a la opción de, por primera vez en relación con el DUE, activar los “contra límites” declarando así la inconstitucionalidad de la ley de adhesión al Tratado de Lisboa (mediante el cual se instrumentaliza la última reforma funcional a la UE). Esto último en consonancia con el objeto de las distintas cuestiones de constitucionalidad planteada ante la *Consulta* por los jueces ordinarios<sup>2</sup>. Esta reacción era reclamada –en ocasiones en forma con vehemencia (Manes Vittorio, 6/5/2016) - por una parte importante

1 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartados 58-60. Sin resaltar en el original.

2 La Corte de Casación, tercera sección, ordenanza de 30 de marzo de 2016 (nº 28.346) y la Corte de Apelación de Milán, segunda sección, ordenanza de 18 de septiembre de 2015, ante las cuales se estaban sustanciando procedimientos relativos a fraudes graves en materia del IVA.

de la doctrina italiana que veía en las interpretaciones a las que habían llegado los jueces de Luxemburgo en el caso *Taricco* una flagrante violación de principios fundamentales de la Constitución<sup>3</sup>.

La CC italiana reacciona al *acoso interpretativo local* –como lo hicieron sus homólogos españoles y alemanes-, proponiendo una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la divergencia interpretativa<sup>4</sup>, esto es con una propuesta de diálogo directo entre las distintas jurisdicciones. Si bien es cierto utiliza un tono que podría evaluarse como poco amistoso –calificado por Ruggeri de “perentorio (*ultimativo*)” (Ruggeri Antonio, 2017/1)<sup>5</sup>- que hace recordar al tenor de la cuestión prejudicial presentada por el TCFA en el asunto *Gauweiler* (2015)<sup>6</sup>. Evitando una confrontación abierta con sus homólogos de Luxemburgo, comenta Martuffi, la CC italiana decide “en modo oportuno y valiente” recorrer el camino de la presentación prejudicial. Demostrando mínimamente una “formal deferencia” en la manera de relacionarse con el Tribunal de Justicia (Martuffi, 2017: 2) y evitando, en nuestra opinión, un temido *clash jurisdiction*.

## 55. La sentencia *Taricco* (2015) del Tribunal de Justicia y la presentación, como respuesta, de una cuestión prejudicial por parte de la CC italiana

Las diversas instancias que presenta el caso *Taricco* son asimilables a capítulos autónomos, pero que forman parte de una misma novela de suspenso que nos envuelve en un misterio e intriga manteniéndonos, desde el inicio, cautivos. Cada capítulo tiene su protagonista destacado y un guion propio, sin embargo, en todos los casos, refieren a una trama unitaria y central: la *tensión interordinamental* originadas en circuitos interpretativos multidireccionales.

En el capítulo inicial, un juez nacional –el *Tribunale di Cuneo*-, presenta una primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Los jueces de Luxemburgo, a su turno, llegaron a la conclusión en el asunto *Taricco I* (2015)<sup>7</sup> que los jueces italianos *deben abstenerse* de aplicar a los procedimientos penales en *curso* las normas contenidas en los artículos 160, último párrafo, y 161, párrafo

3 Para una aproximación del debate en cuestión ver, entre otros, BERNARDI, Alessandro (coor.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene Editore, Napoli, 2017; PAONESSA Caterina y ZILLETTI Lorenzo (coor.), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pacini editore, Pisa, 2016; también el número monográfico “Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”, *Rivista AIC - Associazione italiana dei costituzionalisti*, nº 4/2016 (11-06-2016).

4 Instrumentalizada mediante Ordenanza Nr. 24 de 26 de enero de 2017.

5 “Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)”, *Diritto Penale Contemporaneo* (2-10-2017), p. 8.

6 STJ de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14 [ECLI:EU:C:2015:400]. Se trata de la primera cuestión prejudicial presentada por los jueces de Karlsruhe relacionada con la intervención del Banco Central Europeo en la crisis del euro. Véase al respecto PIZZOLO, 2017: 241-248.

7 STJ de 8 de septiembre de 2015, asunto C-105/14 [ECLI:EU:C:2015:555].

segundo (Código Penal italiano). Resolviendo de este modo, siguen la línea marcada en el asunto *Åkerberg Fransson*<sup>8</sup> donde se afirmó que los fraudes al IVA pueden constituir fraudes que afecten a los intereses financieros de la UE (cfr. art. 325, TFUE, apartado 1)<sup>9</sup>.

El Tribunal de Justicia dejó en claro que las citadas disposiciones penales, concretamente al introducir, en caso de interrupción de la prescripción, una norma según la cual *el plazo de prescripción en ningún caso puede ser prolongado en más de un cuarto de su duración inicial*, resultan, dada la complejidad y longitud de los procedimientos penales incoados respecto de los fraudes graves del IVA, en la *impunidad* de hecho de estos últimos, puesto que esas infracciones prescriben con frecuencia antes de que pueda imponerse la sanción penal prevista por la ley mediante una resolución judicial firme. En Luxemburgo se interpretó que tal situación afecta a las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el artículo 325 (TFUE), apartados 1 y 2. Consiguientemente, para garantizar la efectividad de la lucha contra los fraudes que afectan a los intereses financieros de la UE, los jueces de Luxemburgo solicitaron a los órganos jurisdiccionales nacionales que se “abstuvieran” de aplicar dichas disposiciones penales, en caso de ser necesario<sup>10</sup>.

Esta postura asumida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Taricco I* (2015), no tardó en ser fuertemente contestada desde la doctrina italiana. Repetto, por ejemplo, señala que una cuestión particularmente problemática se da al haber “convertido una obligación de los Estados –se refiere al artículo 325 (TFUE)- establecida en términos marcadamente finalistas y, por tanto, no auto-aplicables, en una directiva para el juez nacional encaminada a desaplicar las normas nacionales que se encuentren en contraste” con el citado artículo (Repetto Giorgio, 15/5/2016).

En un nuevo capítulo, varias instancias jurisdiccionales locales<sup>11</sup> se oponen firmemente a seguir la *obligación de abstención* en la aplicación de la prescripción

8 STJ de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10 [ECLI:EU:C:2013:105].

9 La norma citada dice: “1. La Unión y los Estados miembros *combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión* mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”. Sin resaltar en el original.

10 Este criterio es mantenido por el Abogado General Bot al intervenir en la sentencia *Taricco II*. TJ, conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 18 de julio de 2017 en el asunto C-42/17 [ECLI:EU:C:2017:564] (*Taricco II*).

11 Pocos días después de pronunciada la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Taricco I*, la *Corte d'appello di Milano*, llamada a pronunciarse en un caso de asociación ilícita para la comisión de delitos en materia de IVA, sostuvo que no podía dar inmediato cumplimiento a lo resuelto en sede supranacional. Ello en razón que la desaplicación de las normas relacionadas con la prescripción habría producido de hecho efectos desfavorables para los imputados, con la consiguiente violación del principio *nullum crimen sine lege* reconocido por el artículo 25, apartado segundo

penal dispuesta por el Tribunal de Justicia. La CC italiana, a su turno, mediante la presentación de una segunda cuestión prejudicial, motiva una nueva intervención del Tribunal de Justicia con la aparente intención de obtener una *reescritura* de este Tribunal respecto de su pronunciamiento en *Taricco I*. En este rumbo, los jueces constitucionales italianos parecieran dejar abierto a más de un sentido la interpretación del DUE, sin meter aparentemente en discusión su primacía. Todo lo cual permitiría recalibrar los efectos del artículo 325 (TFUE) de modo de permitir salvar algunas exigencias fundamentales en relación a las garantías penales nacionales (Cfr. MARTUFI, 11-05-2017: p. 2).

La CC italiana solicita al Tribunal de Justicia, en concreto, que se pronuncie sobre “la medida en la que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a acatar la obligación de abstención” que dicho Tribunal estableció en su primera intervención en el caso *Taricco I*. Interpretan que tal obligación puede vulnerar *un principio superior de su ordenamiento constitucional*, el principio de la legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), consagrado en el artículo 25, apartado 2 (constitución italiana)<sup>12</sup>. Consumándose de esta forma un menoscabo a la *identidad constitucional*.

Según la *Consulta* dicho principio, tal como lo interpreta el ordenamiento jurídico italiano, *garantiza un nivel de protección más alto* que el resultante de la interpretación, a cargo del Tribunal de Justicia, del artículo 49 (CDFUE)<sup>13</sup>. Ello en la medida en que se extiende a la determinación de los plazos de prescripción aplicables a la infracción y se opone, por consiguiente, a que el juez nacional aplique a un procedimiento en curso un plazo de prescripción más largo que el previsto en el momento en el que fue cometida dicha infracción (principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable).

En apoyo de esta argumentación, se sostiene que el artículo 4.2 (TUE)<sup>14</sup> -luego dejado de lado por la *Consulta*-, y el artículo 53 (CDFUE), permiten a

---

de la Constitución italiana. Esto es, habrían visto agravarse retroactivamente los márgenes para su exposición a la responsabilidad penal. En consecuencia, los jueces milaneses elevan a la CCI una de las dos cuestiones de legitimidad constitucional que se encuentran en la base de *Taricco II*.

12 La norma citada dice: “Nadie podrá ser condenado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho punible”.

13 La norma citada que lleva por título “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas” establece, en su apartado 1, que: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta”.

14 La norma citada dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Sin resaltar en el original.

los órganos jurisdiccionales nacionales *oponerse* a la ejecución de la obligación establecida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Taricco I* (2015).

Una vez más el diálogo interjurisdiccional interpela al problema del infinito. Riccardi en este sentido señala que la reivindicación de la titularidad exclusiva sobre un control de “identidad constitucional (*Identitätskontrolle*)” por parte de la *Consulta* pareciera ahora ineludible. Ello en razón de que, el Tribunal de Justicia, promoviendo un mecanismo de “diálogo directo” –a través de la cuestión prejudicial (art. 267, TFUE)- con los jueces comunes, ha tentado de *disolver* el control concentrado de constitucionalidad, conforme como es delineado y establecido en el ordenamiento constitucional (incluido el italiano). Y lo ha hecho confiando al juez común la tarea de desaplicar directamente la norma nacional en los casos de contraste con los objetivos y los intereses europeos. Los jueces de Luxemburgo, concluye Riccardi, con lo resuelto en el caso *Taricco*, no han hecho otra cosa que trasladar el centro de gravedad de un control concentrado (sobre la legitimidad constitucional) a un “control difuso sobre la adecuación política-criminal de la ley” -traslación incluso extraña a las competencias de la *Consulta*, siendo prerrogativa exclusiva del legislador-, a cargo del juez común (Riccardi Giuseppe, 27/3/2017: 3).

## 56. La amenaza de activar “contra límites” y la promovida defensa de la identidad constitucional nacional

Escribe Ruggeri que, pocos casos como *Taricco*, se prestan para dar un emblemático testimonio de un cierto modo de entender y hacer valer la *identidad constitucional* en el plano de las relaciones interordinamentales. La cuestión a analizar tiene que ver, pues, con la *estructura* de la identidad constitucional, esto es, *cómo* se construye y *cuáles* son sus elementos constitutivos. Ruggeri señala como unos de los principales *defectos* en la construcción de la identidad constitucional, pretender imponer una *visión absoluta* en un campo que es de contextura parcial lo que dificulta la articulación de las relaciones interordinamentales. Así se ha impuesto –razona Ruggeri-, en el “ámbito supranacional”, al dotarse con un carácter “dominante y absorbente” el principio de primacía del DUE, mientras se ha mantenido indebidamente en las “sombras y prácticamente sin influencia” el principio de *apertura* hacia los ordenamientos nacionales mencionado directamente en el artículo 4.2 (TUE). En el ámbito nacional, por su parte, ha aparecido fuertemente la tentación de activar los “contra límites” haciéndolos “descender al campo”. Una tentación muchas veces recurrente y que va acompañando el desarrollo no lineal y sufrido del proceso de integración supranacional. A punto tal que se ha hablado (Véase Anzon Demmig 2/2017) de una verdadera y propia convergencia de estrategias de los TTCC con el fin de obtener un equilibrio entre “contra límites” y el aludido principio de primacía tal cual es defendido por los jueces de Luxemburgo (Ruggeri Antonio, 2/10/2017: 1-5).

La identidad constitucional, aclara Ruggeri, posee una “estructura compleja”, atravesada de presiones que llevan, con el tiempo, hacia la *apertura* o hacia la *clausura*; y se trata, por tanto, de establecer en cada caso cuál postura debe prevalecer (y hasta qué punto prevalece) sobre la otra. Por ello Ruggeri rechaza que una consideración “estática” –léase en abstracto- de los principios fundamentales, sea válida para dar una imagen “fiel” de la identidad constitucional. La imagen “verdadera”, a fin de cuentas, la proporciona cada caso concreto y el “modo en que las exigencias de dicho caso son sometidas a ponderación (*bilanciamento*) y se integran en una unidad”<sup>15</sup>.

La CC italiana al fundamentar la cuestión prejudicial apela al artículo 4.2 (TUE), como fundamento de la articulación de las relaciones interordinamentales, conjugado con el principio de *cooperación leal*. De este principio se inferiría un “deber de recíproco respeto y asistencia”, además de “la obligación para las instituciones de la Unión de dejar a salvo *un grado mínimo de diversidad, necesario para preservar la identidad nacional inherente a la estructura fundamental del Estado miembro*”<sup>16</sup>.

Repetto sostiene que, lo argumentado por la *Consulta*, “trasparenta un notable esfuerzo de reconstrucción en términos cooperativos de las relaciones entre ordenamientos”. Pero a la vez, asume una firme postura en orden a la necesidad de que las reglas europeas no recientan el patrimonio de las tradiciones constitucionales nacionales (Repetto Gorgio, 20/2/2017).

Otra parte de la doctrina, en cambio, se ha mostrado crítica con esta postura *intransigente* sobre la identidad constitucional que mantienen algunos TTCC como la *Consulta*. En palabras de Ruggeri es “estratégicamente un fracaso (*strategicamente perdente*)” y lleva a un estéril y, más bien dañoso, aislamiento, a través de la repetida actuación de “lógicas” típicas del Estado nacional que aparecen visiblemente “desentonadas” respecto al presente contexto dominado por una integración supranacional avanzada (Ruggeri Antonio, 2/10/2017: 8). Está claro, en opinión de Ruggeri, que en la cuestión prejudicial que comentamos, el diálogo al que obviamente puede llevar la afirmación de tesis no coincidentes y por tanto frontalmente contrapuestas, presupone la “propensión a escucharse el uno al otro (*propensione all’ascolto reciproco*) de la cual aquí no se ha encontrado, al menos hasta hoy, huella” (*Ídem*: 5).

Para Viganò, la palabra clave que resumen la actitud de la CC italiana en esta ocasión es “soberanismo (*sovranoismo*)”, el mal que, en su opinión, cada vez más mina las raíces de los ideales de una Europa unida. Se afirma así “con orgullo, un soberanismo de los derechos fundamentales, que invita a defender celosamente –cueste lo que cueste-, en contra de las tentativas de armonizar los mismos derechos con los provenientes de Europa (Viganò Francesco, 27/3/2017:

<sup>15</sup> *Ídem*, p. 5.

<sup>16</sup> Cfr. CCI, ordenanza Nr. 24 de 26 de enero de 2017, punto 6. Sin resaltar en el original.

3). Continuar hoy colocando obstáculos al proceso de integración europea en materia penal, escribe Vigano,

[...] invocando irrazonables contra límites o reclamaciones de una identidad constitucional –tanto más si es funcional *nei fatti* a mantener el *status quo* de una regulación de la prescripción del delito única en el mundo y criticada por todos los observadores internacionales-, representa (...) una estrategia potencialmente destructiva respecto a aquellas prospectivas, lamentablemente siempre más distantes a causa de los populismos y de los soberanismos que parecen hoy imperar en muchos Estados Europeos. Una estrategia, en definitiva, miope y perniciosa: de la cual podremos en un amargo futuro arrepentirnos (*Idem*: 15-16).

Otra crítica a la postura defendida por la *Consulta* tiene que ver con la invisibilización –en el planteo de la cuestión prejudicial-, al que es sometido el artículo 11 (constitución italiana) que contiene la fórmula constitucional habilitante que permite la atribución de competencias a la UE. Dicha norma promueve –a través de la “limitaciones a la soberanía necesarias”-, el *principio de apertura* del ordenamiento interno. Mastroianni, comenta al respecto, que la argumentación de la CC italiana llegará al extremo de provocar una “divergencia sin precedentes con la posición del Tribunal de Justicia en materia de relaciones entre el ordenamiento de la Unión y el ordenamiento interno”. En este sentido pareciera que, la *Consulta*, no valoriza en su justa dimensión el citado artículo 11 y su inclusión entre los “principios fundamentales” de la primera parte de la Constitución. Los jueces constitucionales italianos -indica Mastroianni-, no se preocupan de operar una ponderación (*bilanciamento*) en concreto entre la pretendida violación del principio de legalidad –en el caso como garantía de determinación y prohibición de aplicación retroactiva de la norma penal- y la exigencia de “fidelidad comunitaria” impuesta por el citado artículo 11 (constitución italiana) (Mastroianni Roberto, 2017/7: 5).

A la solemne proclamación de la devoción por la *primacy* del ordenamiento supranacional, escribe Riccardi, le hace de contrapeso una reivindicación de la *supremacy* del ordenamiento nacional, cuando se detecte una violación de los propios “contra límites”. El planteo de la CC italiana, parece revelar una suerte de “hipocresía” argumentativa, estando fundado sobre la simulación de devoción “institucional” a la primacía del DUE y, a la vez, sobre la contemporánea esterilización de lo resuelto por el Tribunal de Justicia en el caso *Taricco* (Ricardi Giuseppe, 27/3/2017: 9-10).

Vigano, al comentar la sentencia en el asunto *Taricco I* (2015), ya proponía a la CC italiana no perder la ocasión de “abrazar un camino difícil pero valiente”: el de la búsqueda y elaboración dialógica de *estándares comunes de tutela de los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo*. Lo dicho también en materia penal, materia desde siempre ligada al doble filo de la idea de soberanía estatal, en el entendimiento que las modernas y más agresivas formas

de criminalidad exigen respuestas coordinadas y coherentes al menos a nivel europeo. Respuestas que obligan -siempre según Viganò-, a la adopción de estándares comunes de tutela de los derechos fundamentales para evitar que dicha respuesta venga obstaculizada o bien paralizada de la pretensión de algún Estado de tutelar en modo propio los derechos fundamentales de conformidad como vienen reconocidos por sus propias tradiciones constitucionales. Los derechos fundamentales deben ser defendidos hoy, concluye Viganò, “*en Europa y con Europa; no contra Europa*” (Viganò Francesco, 2017/24: 2).

### 57. La respuesta “dúctil” de los jueces de Luxemburgo en el asunto *M.A.S. y M.B.* (2017)

El Tribunal de Justicia responde a la segunda cuestión prejudicial presentada por la CC italiana reafirmando ante todo que, el procedimiento prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, “establece un *diálogo de juez a juez* entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que *tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del [DUE], así como su coherencia, su plena eficacia y su autonomía*”<sup>17</sup>. En la práctica, como vemos, uno de los principales *focos* de conflicto no se supera - ¿podría superarse en verdad? -, pues la cuestión prejudicial se traduce en la implementación, desde el DUE -al que cualquier Estado miembro está obligado-, de un control difuso que tiende a fagocitarse, siempre que se trate de materias convergentes como los derechos y garantías, al control concentrado de constitucionalidad en manos de los TTCC.

Los jueces de Luxemburgo, a continuación<sup>18</sup>, insisten con los términos expuestos en la sentencia *Taricco I*, pero al mismo tiempo, se muestran *permeables* a las objeciones constitucionales defendidas por la *Consulta* en la cuestión prejudicial. En este contexto, se reconoce expresamente a los jueces italianos un *margen nacional de apreciación*: corresponde al juez nacional “verificar” si la apreciación exigida en el asunto *Taricco I* (2015), conforme a la cual las disposiciones del Código Penal controvertidas impiden imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectan a los intereses financieros de la UE, “conduce a una situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano, respecto a la determinación del régimen de prescripción aplicable, que menoscaba el principio de precisión de la ley aplicable. De ser así, *el juez nacional no está obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas*”<sup>19</sup>.

17 STJ de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, asunto C-42/17, [ECLI:EU: C: 2017: 936], apartados 22-23. Sin resaltar en el original.

18 Ídem, apartado 39.

19 Ídem, apartado 59.

En otras palabras, en el asunto *M.A.S. y M.B.* (2017), el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que: “Si el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, *no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al [DUE]*”<sup>20</sup>.

Como se puede observar, con el fin de evitar un *impacto frontal* con la CC italiana, los jueces de Luxemburgo *flexibilizan* sus dichos en el asunto *Taricco I* (2015) haciendo lugar a la *reinterpretación* del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, el cual –ahora-

[...] debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al IVA, disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectan a los intereses financieros de la Unión o que establecen en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate, *a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción*<sup>21</sup>.

## 58. La sentencia n° 115/2018 de la CC italiana: ¿oportunidad perdida?

La CC italiana al resolver las cuestiones constitucionales planteadas sobre las dudas originadas con la sentencia en el asunto *Taricco I* (2015) y su interpretación del artículo 365 (TFUE), tiene la oportunidad de *evaluar* la respuesta a la cuestión prejudicial planteada para obtener del Tribunal de Justicia el “correcto significado”<sup>22</sup> que se le debe atribuir al artículo y jurisprudencia citada.

Cabe preguntarse si se trató de una *oportunidad perdida* ya que, la CC italiana deja de lado el artículo 4.2 (TUE) utilizado en su presentación, y que consentiría una *vía de salida* a conflictos interordinamentales como el presente. Ello en la medida que permite interpretar la primacía del DUE, ya no en términos absolutos, sino *integrada* a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Interpretada de esta forma, el reconocimiento de la apuntada primacía permitiría *articular* con el reconocimiento de márgenes nacionales de apreciación donde podrían encontrar refugio el desarrollo de los principios fundamentales que formarían la identidad constitucional nacional. A esta línea argumental se

<sup>20</sup> Ídem, apartado 61.

<sup>21</sup> Ídem, apartado 62.

<sup>22</sup> SCCI n° 115 de 10 de abril de 2018, considerando en derecho punto 5.

aproximó la respuesta de Luxemburgo en la sentencia *Taricco II*. La *Consulta* persistió, sin embargo, con defender a ultranza y de forma dogmática su monopolio sobre el control de constitucional y el consiguiente derecho a la última palabra.

La eventual aplicación en el ordenamiento italiano de la llamada “regla *Taricco*”, insiste la CC italiana, violaría los artículos 25.2 y 101.2 (constitución italiana) y

[...] no podría por tanto ser consentida *ni siquiera a la luz de la primacía del [DUE]*. Sin embargo, a esta Corte le ha parecido que la misma sentencia *Taricco* (apartados 53 a 55) tiende a excluir tal aplicación *en cada caso que la misma se encuentre en conflicto con la identidad constitucional del Estado miembro* y, en particular, implique una violación del principio de legalidad penal, según la apreciación de la autoridad competente del Estado. Lo interpretado precedente *ha sido confirmada* por la Corte de Justicia<sup>23</sup>.

En efecto, haciendo referencia al asunto *M.A.S. y M.B.* (2017), los jueces constitucionales italianos sentencian que los jueces de Luxemburgo “han entendido la duda interpretativa” que a ellos asechaba y han sentenciado en consecuencia. No obstante, la *Consulta* interpreta la *flexibilización* expuesta en los argumentos de la respuesta del Tribunal de Justicia como una mera y simple *confirmación* de su derecho a la última palabra:

La autoridad competente para realizar el control solicitado por el Tribunal de Justicia es la CC, a quien corresponde en *via exclusiva* la tarea de determinar si el [DUE] está en contraste con los principios supremos del orden constitucional y, en particular, de los derechos inalienables de la persona. Para este fin, el papel esencial del juez común consiste en señalar la duda sobre la legitimidad constitucional de la legislación nacional que da entrada a la norma europea y que genera el mencionado contraste<sup>24</sup>.

Las consideraciones precedentes encierran y mantienen un claro desafío a la autoridad interpretativa de los jueces de Luxemburgo como interpretes finales del DUE y, por ende, guardianes de su primacía, la cual garantiza su aplicación uniforme en las jurisdicciones de los Estados partes.

Ruggeri, en su comentario a la sentencia que observamos (Ruggeri Antonio, 2018/3), llama la atención de que la *Consulta* parte de la premisa de que solo al juez constitucional le compete decir la última palabra en lo que respecta a la observancia de los “contra límites”. Esta afirmación, según el autor que seguimos, tiene entre sus proyecciones afectar las relaciones de la CC italiana con el Tribunal de Justicia,

[...] a quien se dirige un claro mensaje según el cual ningún espacio (margen de apreciación) puede serle reconocido en orden al reconocimiento de

23 *Ídem*, considerando en derecho 5.

24 *Ídem*, considerando en derecho 8. Sin resaltar en el original.

los principios fundamentales del derecho interno, así como en relación a los elementos constitutivos y expresivos –lo cual se hace notar en la sentencia en examen de modo insistente- de la identidad constitucional del ordenamiento estatal.

La crítica de Ruggeri en este punto es que, la sentencia *nº 115/2018*, no utiliza ninguna palabra en resaltar la importancia que para el ordenamiento jurídico de la UE reviste el artículo 4.2 (TUE) como si vimos lo había hecho la citada ordenanza *nº 24/2017* -a través de la cual presenta la segunda cuestión prejudicial- y en la llamada “europeización de los contra límites”.

El mensaje, escribe Ruggeri, es claro y decididamente afirmado: “*ninguna responsabilidad se puede compartir* con los jueces internos ni con cualquier otro que trate de establecer cuáles son y cómo operan los principios en cuestión”. En síntesis de Ruggeri, una vez recibida la respuesta *adecuada* de los jueces de Luxemburgo al ultimátum manifestado por la *Consulta* en la cuestión prejudicial planteada, ésta última no se han limitado –como señala el autor hubiese sido sumamente oportuno- a tomar conocimiento de la respuesta recibida, pero desplazando el objeto de la misma hacia la identidad constitucional. Sino que intentó obtener, en un solo golpe, un doble resultado: reafirmar la primacía de la Constitución en su expresión más calificada (los principios fundamentales) en su relación con el derecho supranacional en general (con el objeto de hacer valer los contra límites) y, al mismo tiempo, “*reafirmarse como el intérprete y garante exclusivo de la misma primacía*, relegando a otros operadores institucionales (y, en particular, a los jueces comunes) a un rol meramente auxiliar”<sup>25</sup>.

Ruggeri califica finalmente a la sentencia como una “mala decisión”, portadora de un modelo de relaciones interordinamentales que aparece “envejecido e impensable, ciertamente no beneficioso a la causa de la integración supranacional” y, al mismo tiempo, portador de un modelo de relaciones institucionales “no inspirado por una cooperación igualitaria y fecunda”. En definitiva, la sentencia anotada parece portadora de un ordenamiento estatal “en un todo separado” del ordenamiento de la UE. El cual, caracterizado por una identidad constitucional propia, no comparte con la identidad de la UE ni siquiera el “núcleo duro” de una tradición constitucional en lo que específicamente refiere al derecho penal. Todo ello, sentencia Ruggeri, ralentiza el proceso de integración y lo obliga a entrar en espacios institucionales objetivamente restringidos.

Finalmente, si algo demuestra la *saga Taricco*, es la importancia del diálogo interjurisdiccional en la búsqueda de los *consensos mínimos* para mantener el equilibrio dentro de una comunidad de intérpretes finales. En este sentido, la doctrina de los “contra límites” se ha mostrado exitosa. En efecto, no debe olvidarse la importancia de que, entre los miembros que integran la comunidad de intérpretes, se desarrollen técnicas de cohabitación que permitan articular el derecho a la última palabra reclamado por cada parte.

25 Sin resaltar en el original.

En el caso específico de los “contra límites”, su poder no radica en su *capacidad destructiva* sino en su *capacidad disuasoria* (ver *supra* 30b). Precisamente, el caso que comentamos es un buen ejemplo, dicho poder permitió con el tiempo al intérprete nacional administrar a su favor un valioso margen de discrecionalidad fruto de la ambigüedad de esta categoría analítica. Consentir interpretaciones diversas hechas en sede supranacional y, a la vez, administrar el grado de conflictividad interordinamental.

No se trata de otra cosa que de la “naturaleza dual” de los “contra límites”. Señala Bignami que éstos permiten

[...] reivindicar la primacía de los principios supremos de orden constitucional del Estado, haciéndolos impermeables a la penetración comunitaria [UE], al mismo tiempo que articular actuando como una inactiva válvula de seguridad que, por el solo hecho de estar presente, justifica en el sentido inverso una larga tolerancia de la Constitución nacional hacia la normativa de la Unión (*Idem*).

## 59. La ratificación del modelo de consensos dialógicos: el asunto Consob (2021)

Con la Ordenanza *nº 117/2019*<sup>26</sup>, la CC italiana decide transitar -al igual que en la *saga Taricco*- un circuito interpretativo multidireccional que reconoce diversas terminales. Ratificando este recorrido, la construcción de una identidad constitucional nacional procura articular con la identidad constitucional comunitaria, dejando en evidencia la matriz común a partir de la cual se gestan ambas identidades.

En este segundo caso, la *Consulta* se dirige al Tribunal de Justicia para cuestionar la compatibilidad con el derecho fundamental a guardar silencio de una normativa europea si llegara a entenderse que ésta obligaría a sancionar a quien se negara a responder a preguntas de la autoridad competente de las que pudiera resultar su propia responsabilidad por una infracción castigada con sanciones administrativas de carácter punitivo<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> CC italiana, ordenanza nº 117/2019 de 10 de mayo.

<sup>27</sup> En lo que aquí interesa los hechos son los siguientes: la *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (Consob) sancionó administrativamente al Sr. DB (por un importe total de 300.000 euros) por uso indebido de información privilegiada. Además, le impuso otra multa (de 50.000 euros) debido a que, tras solicitar DB reiteradamente un aplazamiento de la fecha de la audiencia a la que había sido citado en calidad de persona informada de los hechos, se había negado a responder a las preguntas que se le habían formulado cuando compareció en dicha audiencia. También fue sancionado por la misma Consob, finalmente, con la pérdida temporal de la honorabilidad para el ejercicio de la profesión (durante 18 meses), al tiempo que veía sus bienes confiscados por un valor equivalente al beneficio obtenido (por un importe de casi 150.000 euros). Por otro lado, en un procedimiento penal paralelo, DB fue imputado por el delito de operar con información privilegiada,

En efecto, desestimados por el Tribunal de Apelación de Roma los recursos interpuestos contra las sanciones impuestas, el Tribunal Supremo de Casación, conociendo del asunto, decidió suspender el litigio cuestionando ante la CC italiana la constitucionalidad de la previsión legal que habría habilitado a la Consob para sancionar los incumplimientos de sus requerimientos y la no cooperación con el efecto de dificultar el desarrollo de sus funciones de supervisión o retrasar el ejercicio de las mismas. Se alega en Casación que dicha previsión sería contraria a los artículos 24 (Constitución italiana), 47 (CDFUE), 6 (CEDH) y 14 (PIDCP) los cuales en diversos niveles tutelan el derecho de defensa. En particular se cuestiona que, la referida potestad sancionadora de la Consob, respete el derecho de toda persona a no declarar o cooperar en su propia contra en el marco de procedimientos administrativos encaminados a la imposición de sanciones de carácter sustancialmente punitivo.

En su presentación ante Luxemburgo, la *Consulta* vuelve a conjugar el ejercicio del control de constitucionalidad de la legislación italiana con el “espíritu de cooperación leal entre los órganos jurisdiccionales nacionales y los europeos en la definición de niveles comunes de protección de los derechos fundamentales -objetivo primordial en una materia como la del presente asunto, que ha sido objeto de armonización normativa-”.<sup>28</sup> Previamente<sup>29</sup> los jueces constitucionales italianos habían ya recordado su jurisprudencia en el sentido de que “en general, la superposición de las garantías elaboradas por el CDFUE con respecto a las de la Constitución italiana genera (...) una concurrencia de recursos jurisdiccionales, enriquece los instrumentos para la protección de los derechos fundamentales y, por definición, excluye toda exclusión”. Esta concurrencia de recursos permite en realidad a la CC contribuir, por su parte, a hacer realidad la posibilidad, a que se refiere el artículo 6 (TUE) “que los correspondientes derechos fundamentales garantizados por el derecho europeo, y en particular por el CDFUE, se interpreten en armonía con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, también a las que se refiere el artículo 52.4 (CDFUE) como fuentes pertinentes”.<sup>30</sup> Todo ello, “en un marco de cooperación constructiva y leal entre los distintos sistemas de garantía, en el que los tribunales constitucionales están llamados a potenciar el diálogo con el Tribunal de Justicia, de modo que se asegure la máxima protección de los derechos a nivel sistémico (cfr. artículo 53, CDFUE)”<sup>31</sup>.

Fieles a esta vocación dialoguista, los jueces constitucionales italianos consideran que, antes de decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad

---

resultando condenado, tras un pacto alcanzado con la fiscalía, a 11 meses de prisión y al pago de una multa de 300.000 euros.

28 CC italiana, ordenanza nº 117/2019 de 10 de mayo, apartado 10.

29 *Ídem*, apartado 2.

30 Véase SCC italiana nº 20 de 23 de enero de 2019, considerandos en derecho punto 2.3.

31 Véase SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, considerandos en derecho punto 5.2.

que se le ha planteado, es preciso interrogar al Tribunal de Justicia sobre la correcta interpretación y, en su caso, sobre la validez, a la luz de los artículos 47 y 48 [CDFUE]”, de la normativa europea<sup>32</sup> que estaría en el origen de la legislación nacional cuestionada<sup>33</sup>.

Al igual que en la *saga Taricco* -inspirándose en la prosa de Karlsruhe ante Luxemburgo- la CC italiana sugiere a Luxemburgo una *guía* en tono imperativo para arribar a la interpretación deseada en sede constitucional, y evitar así perderse entre los numerosos circuitos interpretativos multidireccionales. En todo caso, lo que queda expuesto en su plenitud en el asunto *Consob* (2021), es la vigencia y dinamismo del sistema de protección de derechos multinivel europeo, y la consiguiente interpretación integradora fundada en consensos alcanzados por las distintas terminales interpretativas. A diferencia de lo que sucedía en la *saga Taricco*, existía en relación a la materia debatida, una sólida jurisprudencia del TEDH en la materia que difícilmente pudiera ser ignorada.

No nos debe resultar extraño entonces que el recorrido que se propone transitar la *Consulta* señale a Estrasburgo como terminal interpretativa. En este contexto especial mención le merece la sentencia del TEDH en el caso *J.B. c. Suiza* (2001)<sup>34</sup> en la cual se sostiene la necesidad de reconocer todas las garantías que el CEDH atribuye en materia penal, en particular el “derecho a no declarar”, a una persona contra la que había en curso una inspección administrativa de carácter fiscal y a la que se habían impuesto sanciones económicas de naturaleza punitiva, por haberse negado en reiteradas ocasiones a responder a las solicitudes de aclaración de la autoridad competente para llevar a cabo esa inspección.

El análisis de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, por su parte, quedó circunscrito -sólo y exclusivamente- al ámbito del propio ordenamiento italiano, refiriéndose la *Consulta* a su reiterada jurisprudencia relativa al derecho a no declarar del imputado, según la cual ese derecho, aun no estando expresamente reconocido en la Constitución, constituye el “corolario esencial de la inviolabilidad del derecho de defensa y garantiza al acusado la posibilidad de negarse a prestar declaración y, con carácter más general, a acogerse a la facultad de no responder a las preguntas del juez o de la autoridad encargada de la

32 Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, *sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)* -aplicable *ratione temporis*- y Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, *sobre el abuso de mercado* (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, que imponen a los Estados miembros la obligación de sancionar la falta de cooperación con la autoridad responsable de la supervisión del mercado.

33 Decreto Legislativo n° 58/1998, de 24 de febrero, relativo a la protección de la actividad de supervisión del Banco de Italia y de la Comisión Nacional de Sociedades y Bolsa.

34 STEDH [sección segunda] de 3 mayo de 2001, *J.B. c. Suiza* [n° 31827/96]. Los jueces constitucionales citan hasta siete pronunciamientos del TEDH.

instrucción”<sup>35</sup>. Sin embargo, los jueces constitucionales reconocen que, hasta el momento, no habían tenido

[...] la oportunidad de apreciar si, y en qué medida, el citado derecho a no declarar, que forma parte de los derechos inalienables de la persona que caracterizan la identidad constitucional italiana, resulta de aplicación en procedimientos administrativos dirigidos a la imposición de una sanción de carácter “punitivo” según los criterios Engel<sup>36</sup>.

En su presentación ante Luxemburgo la CC italiana también refiere a que, cómo había declarado en múltiples ocasiones, determinadas garantías en materia penal, consagradas en el CEDH y en la propia Constitución italiana (como la irretroactividad *in peius* y la retroactividad *in mitius*), se extienden a las sanciones administrativas de carácter “punitivo”, como era el caso de las previstas en el ordenamiento italiano en materia de abuso de información privilegiada, según habría reconocido el propio Tribunal de Justicia.<sup>37</sup> La *Consulta*, por lo tanto, en su presentación de la cuestión prejudicial no cuestiona ya la referida normativa europea -concretamente, el artículo 14.3 de la directiva 2003/6 y el artículo 30.1b del reglamento 596/2014-, sino incluso la jurisprudencia de Luxemburgo sostenida hasta el momento<sup>38</sup> según la cual: sólo podría existir una vulneración del derecho de defensa en caso de que se formularan a la empresa preguntas encaminadas, en esencia, a que esta admitiera haber cometido una infracción, extremo que incumbiría probar a la Comisión Europea. Esta interpretación, según la CC italiana, podría llevar a una vulneración de los artículos 47 y 48 (CDFUE), interpretados a la luz de la jurisprudencia del TEDH en relación al artículo 6 (CEDH), y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Dicha interpretación, no obstante y en opinión de la *Consulta*, imponía al Tribunal de Justicia alejarse, o cuanto menos, matizar, su citada jurisprudencia. Razonamiento este que -advierte la CC italiana- desarrollado en relación con “personas jurídicas, no físicas”, y en gran parte antes de la adopción de la CDFUE, no parecería satisfacer plenamente las exigencias derivadas del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que implica generalmente, en materia penal, el derecho del interesado a no contribuir, siquiera indirectamente, a su propia

35 CC italiana, ordenanza n° 117/2019 de 10 de mayo, apartado 7.1.

36 CC italiana, ordenanza n° 117/2019 de 10 de mayo, apartado 7.1. Se refiere a los criterios señalados en la STEDH 8 de junio de 1976, *Engel y otros y Países Bajos* [n° 5100/71]. Véase al respecto PIZZOLO Calogero, “La obligatoriedad de doble instancia en los procedimientos administrativos sancionatorios en la jurisprudencia del TEDH”, *Temas de Derecho Administrativo*, abril 2021, pp. 199-214.

37 Cfr. STJ de 20 de marzo de 2018, *Di Puma*, asunto C-596/16 [ECLI:EU:C:2018:192], y STJ de 20 de marzo de 2018, *Consob*, asunto C-597/16 [ECLI:EU:C:2018:192].

38 La CC italiana cita al respecto: STJ de 18 de octubre de 1989, *Orkem*, asunto C-374/87 [ECLI:EU:C:1989:387]; STJ de 29 de junio de 2006, *SGL Carbon*, asunto C-301/04 P [ECLI:EU:C:2006:432]; STJ de 25 de enero de 2007, *Dalmine*, asunto C-407/04 [ECLI:EU:C:2007:53]; y STJ de 24 de septiembre de 2009, *Erste Group Bank AG*, asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P [ECLI:EU:C:2009:576].

incriminación. Ello en razón de que podría suceder que las declaraciones obtenidas por la autoridad administrativa, bajo la amenaza de padecer una sanción en caso de falta de cooperación, proporcionaran a la citada autoridad datos esenciales concretos para permitirle obtener elementos de prueba adicionales sobre la conducta ilícita. En otras palabras, la interpretación defendida en Luxemburgo impediría formular preguntas dirigidas, en sustancia, a obtener una confesión relativa a la comisión de una infracción, sin perjuicio, sin embargo, del deber de la empresa, en línea de principio, de responder a las preguntas de la Comisión lo que podría llegar a facilitar o allanar el camino para la incriminación correspondiente.

## 60. Una interpretación integradora del Tribunal de Justicia que permite evitar el conflicto y mantener la construcción de las diversas identidades constitucionales

La respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial planteada por la CC italiana en el asunto *Consob* (2021) se inscribe en la tradición dialogante de la *saga Taricco*: el DUE involucrado en la cuestión -artículos 14.3 de la directiva 2003/6 y 30.1b del reglamento 596/2014-, leídos a la luz de la CDFUE -artículos 47 y 48-,

[...] deben interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros *no sancionar a una persona física* que, en el marco de una investigación a la que le someta la autoridad competente con arreglo a dicha Directiva o al citado Reglamento, *se niegue a dar a ésta respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal*<sup>39</sup>.

Al igual que entonces, los matices promovidos desde la *Consulta* fueron admitidos en la relectura de la jurisprudencia de Luxemburgo.

El Tribunal de Justicia, en su razonamiento, al igual que los jueces constitucionales italianos recurre a circuitos interpretativos con terminal en el TEDH. Sin embargo no lo hace explícitamente ya que deja de lado la utilización del artículo 6 (CEDH) como parámetro directo de control del DUE pues, entiende, “no constituye, al no haberse adherido a él la Unión, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión”<sup>40</sup>. Ello no obstante no implica dejar de lado el CEDH. Él podría llegar a desempeñar un doble rol, en términos indirectos, en el marco del DUE: en cuanto instrumento configurador de los principios generales de la UE (artículo 6.3, TUE), y en cuanto

39 STJ de 2 de febrero de 2021, *Consob*, asunto C-481/19 [ECLI:EU:C:2021:84], apartado 59. Sin resaltar en el original.

40 *Idem*, apartado 36.

fuente de inspiración de la CDFUE (artículo 52.3, CDFUE). Es en relación con este último rol, que el CEDH cobra relevancia para el Tribunal de Justicia en el asunto *Consob* (2021). Tras constatar -apoyándose en las Explicaciones de la CDFUE-, la correspondencia-coincidencia de los artículos 47 (párrafo segundo) y 48 (CDFUE) con los tres apartados del artículo 6 (CEDH), el Tribunal de Justicia asume la obligación de interpretar éste, tal y como viene siendo interpretado por el TEDH, “como nivel mínimo de protección” en el DUE, aun reservándose, con apoyo también en las Explicaciones, la última palabra a los efectos de preservar su propia autonomía y la del ordenamiento jurídico de la UE.

Por lo que respecta al razonamiento del Tribunal de Justicia en torno a la doctrina de Estrasburgo, el mismo se desarrolla en los siguientes términos: 1) el derecho a guardar silencio conforma, implícitamente<sup>41</sup>, la base misma del concepto de proceso equitativo, contribuyendo, al proteger al acusado de la coacción indebida por parte de las autoridades públicas, a evitar errores judiciales y a garantizar los objetivos de dicho proceso; 2) el derecho a guardar silencio, en una causa penal, resulta particularmente vulnerado cuando un sospechoso, bajo amenaza de ser sancionado si no confiesa, o bien confiesa, o bien es castigado por haberse negado a hacerlo; 3) el derecho a guardar silencio no puede limitarse razonablemente a la confesión de actos ilícitos o a las observaciones que inculpen directamente al interesado, sino que abarca también información sobre cuestiones de hecho que puedan utilizarse posteriormente en apoyo de la acusación y afectar así a la condena o sanción impuesta a dicha persona.

Expuesto lo anterior, Luxemburgo se preocupa no obstante por aclarar -compartiendo el mismo parecer que la CC italiana- que “el derecho a guardar silencio *no puede justificar cualquier falta de cooperación con las autoridades competentes*, como sucede en el caso de una negativa a presentarse a una audiencia prevista por estas o maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración”<sup>42</sup>.

En consecuencia, en lo que aquí es objeto de estudio, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión planteada que, entre las garantías que se derivan de los artículos 47, párrafo segundo, y 48 (CDFUE), y tienen la obligación de respetar tanto las instituciones de la UE como los Estados miembros cuando estos aplican el DUE, “figura, en particular, el derecho a guardar silencio de una persona física «acusada» en el sentido de la segunda de estas disposiciones. Este derecho se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la Directiva 2003/6 o al Reglamento n.º 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad

41 Hay que advertir que ni el CEDH ni la CDFUE contemplan, *expressis verbis*, el derecho a guardar silencio o a no autoinculparse. No sucede lo mismo, en cambio, con el PIDCP, cuyo artículo 14 reconoce a “toda persona acusada de un delito” la garantía “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” (apartado 3g).

42 STJ de 2 de febrero de 2021, *Consob*, asunto C-481/19 [ECLI:EU:C:2021:84], apartado 41. Sin resaltar en el original.

por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal<sup>43</sup>.

¿Qué ocurre entonces con la jurisprudencia comunitaria anterior señalada en su presentación por la CC italiana? ¿Cómo encaja esta interpretación respecto a las personas físicas propuesta en el presente asunto? En Luxemburgo dedican los tres últimos apartados de su sentencia en el asunto *Consob* (2021) a explicar por qué lo expuesto hasta el momento no entraría en contradicción con su jurisprudencia en materia de derecho de la competencia. De la misma, aclara el Tribunal de Justicia

[...] resulta, en esencia, que, en el marco de un procedimiento sancionador por una infracción de dichas normas, se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia<sup>44</sup>.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia se hizo eco de una segunda advertencia de la CC italiana en relación con la jurisprudencia de Luxemburgo recién mencionada, en el sentido de hacer notar que la misma se referiría solamente a “empresas y asociaciones de empresas”. Y tal jurisprudencia, señaló, “no puede aplicarse por analogía cuando se trata de determinar el alcance del derecho a guardar silencio de personas físicas que, como DB, son objeto de un procedimiento por una infracción de uso de información privilegiada”.<sup>45</sup>

Para el Tribunal de Justicia no existiría “contradicción” con su jurisprudencia anterior concerniente a las personas jurídicas, porque dicha jurisprudencia, que se mantendría intacta, no sería aplicable a las personas físicas, las cuales gozarían de un superior estándar de protección en los términos expuestos.

En la sentencia *nº 84/2021*, la CC italiana completa el circuito interpretativo multidireccional afirmando que la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia

[...] coincide, por tanto, con la reconstrucción que ofrece este Tribunal del alcance del derecho al silencio en el marco de las actuaciones administrativas que -como las que han resultado de interés para el recurrente- son funcionales para el esclarecimiento de las infracciones y la identificación de los

43 *Ídem*, apartado 45.

44 *Ídem*, apartado 46. El Tribunal de Justicia -al igual que la CC italiana- cita en su apoyo: STJ de 18 de octubre de 1989, *Orkem*, asunto C-374/87 [ECLI:EU:C:1989:387]; STJ de 29 de junio de 2006, *SGL Carbon*, asunto C-301/04 P [ECLI:EU:C:2006:432]; y STJ de 25 de enero de 2007, *Dalmine*, asunto C-407/04 [ECLI:EU:C:2007:53].

45 STJ de 2 de febrero de 2021, *Consob*, asunto C-481/19 [ECLI:EU:C:2021:84], apartado 48.

responsables, y que son susceptibles de dar lugar a sanciones administrativas de carácter punitivo<sup>46</sup>.

En Luxemburgo, según observamos, reconocen el fundamento internacional del derecho al silencio y ofrecen una interpretación del DUE compatible con la protección de este derecho según los estándares defendidos por el TEDH. Al seguir esta interpretación -explica Coduti- los jueces del Tribunal de Justicia garantizan la protección de los derechos reconocidos de forma convergente por el derecho internacional -cuyo respeto obliga también a la UE-, a la vez que evitan *inducir* a la CC italiana y a los jueces nacionales a recurrir a los contra límites, “evitando las dudas sobre la compatibilidad del DUE con los derechos inalienables de la persona humana”. En este sentido,

[...] se ofrece una interpretación compatible con el entramado articulado e interconectado conformado por las normas de los diferentes ordenamientos jurídicos (internacional, supranacional y nacional). Además, con su sentencia, el Tribunal de Justicia da valor a la elección de la CC italiana de recurrir a la cuestión prejudicial, favoreciendo el diálogo con esta última y evitando un endurecimiento de sus posturas que podría resultar contraproducente.

Para Coduti, actuando de esta manera los jueces de Luxemburgo animan a los TTCC a debatir, por un lado, porque puede llevarlos a decisiones que reconcilien las necesidades del ordenamiento jurídico europeo con las de los ordenamientos jurídicos nacionales, potenciando las tradiciones constitucionales comunes que representan la base del sistema de derechos de la UE. Por otra parte, porque -como consecuencia de este debate- los TTCC pueden adoptar decisiones potencialmente capaces de estandarizar los sistemas de derechos nacionales. En otras palabras, parece consolidarse la idea de que el diálogo directo entre la CC italiana y el Tribunal de Justicia -al menos en lo que se refiere a la cuestión de los derechos de las personas- debería permitir evitar la ocurrencia de otras “sagas” como la relativa al conocido caso Taricco (Coduti Daniele, 22/2021: 131-132).

<sup>46</sup> SCC italiana nº 84 de 30 de abril de 2021, considerandos en derecho punto 3.5.



## CAPÍTULO VII

# LA CONVERGENCIA ENTRE EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

*In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides.*

*By «equivalent» the Court means «comparable»; any requirement that the organisation's protection be «identical» could run counter to the interest of international cooperation pursued.*

*However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection.*

(STEDH [Gran Sala] de 30 de junio de 2005,  
*Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c.  
Irlanda*, apartado 155)

### 61. Dos procesos concebidos con fines diversos que convergen en un sistema de protección multinivel de derechos

Los redactores, tanto del CEDH como de los tratados fundacionales que dieron origen a las entonces Comunidades europeas, eran conscientes de que estaban creando las bases de dos ordenamientos distintos y diferenciados. Cada uno dedicado a un ámbito específico: la protección de ciertos derechos humanos hablando del CEDH por una parte, y el establecimiento, por otra, de un Mercado Común europeo del carbón y el acero (Tratado CECA). No parecía, en un primer momento, que se pudiera producir algún tipo de influencia o interrelación entre ambos, más allá de responder a un nuevo impulso de cooperación.

La evolución posterior de estos procesos –integración regional y derechos humanos– los llevaría a puntos de convergencia. Un primer aporte sustancial en este rumbo, fue el desarrollo de la jurisprudencia de la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos –disuelta a partir del 1 de noviembre de 1998 con la entrada en vigor del Protocolo nº 11 al CEDH– y del TEDH. Muchas han sido

las cuestiones planteadas en relación a la *interrelación* de ambos ordenamientos o, simplemente, al hecho de que ciertos Estados –en la actualidad 27 de los 47 que integran el Consejo de Europa- sean a la vez miembros de la UE y signatarios del CEDH y, por lo tanto, se encuentran en *simultáneo* obligados por ambos ordenamientos jurídicos.

Sanz Caballero, califica esta superposición de jurisdicciones como una “interferencia procesal” originada en el hecho de que “ambos sistemas no están realmente coordinados ni existe una subordinación de uno a otro”. La consecuencia negativa de la apuntada interferencia es, en palabras de la autora, la “deslegitimación” que sufre el DUE si el TEDH ejerce un “control externo” con base en el CEDH. Y por si ello no fuera poco, como resultas de ese control, el TEDH ha llegado a contradecir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales. En definitiva, argumenta Sanz Caballero, las eventuales consecuencias negativas afectan al grado de confianza que se deposita en la garantía de que los derechos fundamentales en la UE están suficientemente protegidos y en el cuestionamiento de la autonomía y primacía del derecho de la DUE (Sanz Caballero, 2004: 119-120).

En este contexto, sostiene López Guerra, la actuación del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales se va a ir produciendo en “forma paulatina” en un área sobre la que ya anteriormente el TEDH venía ejerciendo sus competencias. Como no podía ser de otra manera, el proceso de integración europeo y la actividad de sus órganos no dejaba de afectar en muchos casos a los derechos garantizados por el CEDH: con la particularidad de que la Comunidad Europea no era parte firmante del citado Convenio ni por lo tanto sujeta a las obligaciones allí fijadas. Sin embargo,

[...] sus actuaciones se producían dentro de la jurisdicción de países que sí eran firmantes del mismo, y daban lugar a demandas ante el Tribunal de Estrasburgo exigiendo el cumplimiento de aquellas obligaciones. Por lo que este Tribunal hubo de enfrentarse con este tipo de demandas, y señalar hasta dónde llegaban sus competencias en relación con materias en el ámbito de la Comunidad Europea (López Guerra, 2017: 167).

La convergencia entre el CEDH y el DUE -potenciada con la CDFUE- experimenta distintas etapas, conocerlas nos permite entender cómo se han desarrollado las relaciones interordinamentales entre dos terminales interpretativas centrales en el sistema de protección multinivel de los derechos en Europa.

## 62. Período inicial y la inadmisibilidad de las demandas *ratione personae* por el TEDH

Cuando se analiza la relación entre el TEDH y el proceso de integración europeo, se parte siempre de la jurisprudencia tradicional de Estrasburgo: ni la

Comunidad entonces ni la hoy UE han podido ser *directamente* demandadas ante el TEDH dado que, ni una ni otra, fue ni es todavía miembro del CEDH. No debió extrañar, por tanto, que en el asunto *C.F.D.T.* –cronológicamente el primer caso en la materia- la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos declare inadmisibile *ratione personae* el recurso presentado por un sindicato francés contra las Comunidades europeas. El argumento se muestra simple: no son parte del CEDH por lo que no pueden ser un “legitimado pasivo válido”<sup>1</sup>.

La doctrina desarrollada entonces puede ser resumida en tres puntos centrales. En primer lugar, los recursos contra la Comunidad son inadmisibles en razón de que no es parte del CEDH<sup>2</sup>. En segundo lugar, tampoco es posible hacer responsables a los Estados miembros por los posibles incumplimientos del CEDH en que pudieran incurrir las Comunidades. Los actos comunitarios provienen de una persona jurídica distinta de los Estados miembros. Aunque dichos Estados puedan tener alguna influencia en la aprobación de estos actos, no se les puede responsabilizar por ellos. Finalmente, en tercer lugar, se mantuvo que los Estados son libres de transferir poderes a organizaciones supranacionales. Si dicha “transferencia” estuviera limitada por el CEDH, habría afectado negativamente la cooperación internacional en general y la integración europea en particular. De este modo se entendió que, la citada Comisión, difícilmente podría obligar a los Estados miembros a supervisar todos los actos comunitarios si el derecho comunitario no permitía en su seno dicho control. Ahora bien, pese a la *deferencia* reconocida, lo dicho no implica celebrar algún tipo de “inmunidad absoluta” de jurisdicción de los actos comunitarios. Bajo ninguna circunstancia se podría admitir que las Comunidades adoptaran actos contrarios a los derechos humanos tal y como quedaban garantizados por el CEDH. En Estrasburgo, por lo tanto, no se renunciaba a operar el control de convencionalidad.

Los años 90 del siglo pasado marcarían una consolidación de esta doctrina al realizar una ampliación más rigurosa de los principios enunciados y, sobre todo, al intervenir directamente el TEDH asumiendo en gran parte la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

1 Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 10 de julio de 1978, *C.F.D.T. c. Comunidades europeas y subsidiariamente contra la colectividad de sus Estados miembros y sus Estados miembros de forma individual*, asunto n° 8030/77. Esta jurisprudencia sería ulteriormente confirmada en sucesivas decisiones de la nombrada Comisión (véase por caso *Associazione Spirituale per l'Unificazione del Mondo Cristiano c. Italia*, de 5 de octubre de 1985, asunto n° 11574/85, y *Dufay*, de 19 de enero de 1989, asunto n° 13539/88, entre otras).

2 Para eludir este obstáculo, en ocasiones los demandantes se han dirigido al TEDH alegando vulneraciones de sus derechos por actos de las Instituciones de la integración europea mediante la *vía indirecta* consistente en dirigir la demanda conjuntamente frente a todos los Estados miembros de la UE (que son todos ellos firmantes del CEDH) como corresponsables de los actos de ésta (véase al respecto el caso de la demanda presentada por la compañía *Senator Lines* contra los entonces quince Estados miembros de la UE admitida en un primer momento, fue finalmente declarada inadmisibile por el TEDH en su decisión de 10 de marzo de 2004).

En efecto, hasta noviembre de 1998, el TEDH no gozó de la oportunidad para establecer si un asunto en que fueran demandados los Estados miembros de la UE es admisible o no en relación al CEDH. Ello es así porque la nombrada Comisión funcionó hasta dicha fecha como “filtro” ya que era quien declaraba la admisibilidad o inadmisibilidad de un caso.

### 63. Inicio de una nueva etapa: procedencia del control de convencionalidad a cargo del TEDH sobre el DUE

¿Qué ocurre si se alega ante el TEDH que una autoridad de un Estado ha vulnerado un derecho reconocido por el CEDH aplicando un mandato de la UE? ¿Cómo puede el TEDH pronunciarse sobre este tipo de casos sin que ello suponga emitir un juicio, no sólo sobre la actuación del Estado, sino también sobre la actuación de la UE, como última causante de la vulneración alegada? Ello a pesar de que la UE como tal no es miembro del CEDH, ni por tanto esté sometida a la jurisdicción de Estrasburgo. En estas circunstancias, escribe López Guerra, “si nos encontramos con serias dificultades” (López Guerra, 2017: 168).

La sentencia en el caso *Cantoni c. Francia* (1996)<sup>3</sup>, marca el inicio de una nueva etapa en las relaciones entre el TEDH y el hoy DUE. Se trata del primer caso en que el TEDH se tuvo que enfrentar directamente a la espinosa cuestión de la conformidad de un acto comunitario con el CEDH. Los jueces de Estrasburgo rechazaron claramente la inmunidad del entonces derecho comunitario. Se discutía, en este caso, la definición legal de la noción de medicamento que el Estado denunciado había tomado de una directiva comunitaria. Esto es si dicha definición era, habida cuenta de su interpretación por los tribunales nacionales (en esta oportunidad por la Corte de Casación francesa), lo suficientemente precisa como para ajustarse a las exigencias del principio de legalidad contemplado en el artículo 7 (CEDH): “La circunstancia, recordada por el Gobierno [francés], de que el artículo L.511 del Código de Salud Pública se inspira casi palabra por palabra en la Directiva comunitaria 65/65 (...) *no lo exime* del imperio del artículo 7 [CEDH]”<sup>4</sup>.

El TEDH responde de este modo al argumento que había sugerido el gobierno francés y que consistía en introducir una especie de “excepción comunitaria” cuando la acción enjuiciada tuviera origen en una obligación impuesta por el derecho comunitario. Aun sin haber constatado una violación del CEDH, el TEDH se encontró en el caso que analizamos frente a una situación de potencial conflicto entre una norma de origen comunitario y una norma del CEDH.

3 STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia* [n° 17862/91]. En el mismo sentido STEDH de 28 de septiembre de 1995, *Procola c. Luxemburgo* [n° 14570/89], sobre las cuotas lecheras.

4 STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia* [n° 17862/91], apartado 30. Sin resaltar en el original.

Habría que esperar hasta el año 1999 para, en ejercicio del ejercicio del control de convencionalidad, el TEDH encuentre una violación al CEDH. Se trata del caso *Matthews* (1999)<sup>5</sup> donde dicho control tiene por objeto normas del derecho comunitario primario, esto es, de los Tratados fundacionales. Cabe destacar que, el propio TEDH, reconoce a estos tratados a partir de los cuales se crea la UE un carácter “constitucional”<sup>6</sup>.

La principal duda que se plantea en este contencioso -escribe Sanz Caballero-, consiste en “si tiene visos de prosperar una demanda contra un Estado miembro de la UE o sí más bien dicha responsabilidad se diluye en el seno de la organización en que el acto se ha adoptado” (Sanz Caballero, 2004: 145).

El TEDH deja en claro, en su razonamiento, que subordina la “transferencia” de competencias en beneficio de organizaciones internacionales a la circunstancia de que los derechos fundamentales, “continúen estando reconocidos”<sup>7</sup>. Por el hecho de haber “cedido soberanía” a la UE en determinadas materias, mantienen los jueces de Estrasburgo, un Estado miembro de la UE “no queda eximido” de toda responsabilidad en la adopción de actos tendentes a alcanzar algunos de los objetivos de la misma UE, como pueda ser el alcanzar y garantizar un sistema electoral uniforme y coherente en las elecciones a una de las Instituciones europeas. El Reino Unido, en esta inteligencia, es por tanto triplemente responsable. Primero por la adopción de una norma o decisión interna en la que se excluía a Gibraltar de las elecciones al Parlamento Europeo. Segundo, por participar junto a los otros Estados miembros de la UE en la aprobación de un acto del Consejo de la UE en el que se decidió, entre otros extremos, dicha exclusión. Tercer y último, por figurar como parte contratante en tratados internacionales que teóricamente habrían permitido o contribuido a la misma<sup>8</sup>.

El TEDH retoma y desarrolla la doctrina general enunciada por la Comisión Europea de Derechos Humanos según la cual: “El [CEDH] no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre que los derechos garantizados por el Convenio continúen estando «reconocidos». *Tal transferencia no elimina la responsabilidad de los Estados miembros*”<sup>9</sup>.

5 STEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido* [nº 24833/94].

El caso en cuestión se refería a una disposición de derecho originario de la UE como es el Acta relativa a la elección de los representantes al Parlamento Europeo por sufragio universal directo. La misma impedía a los habitantes de Gibraltar votar en dichas elecciones.

Entre los numerosos comentarios a esta sentencia pueden consultarse: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1999: 95-108.

6 Véase STEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido* [nº 24833/94], apartado 39.

7 STEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido* [nº 24833/94], apartado 32.

8 La recurrente fundó su demanda, ante el TEDH, en un conflicto entre el Acta relativa a la elección del Parlamento Europeo por sufragio universal directo y el artículo 3 del Protocolo nº 1 al CEDH que dice: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”.

9 STEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido* [nº 24833/94], apartado 32.

El proceso de integración europea, no escapa a la regla enunciada. Los jueces de Estrasburgo establecieron claramente su competencia para verificar el respeto de los derechos fundamentales en los textos de carácter constitucional como los tratados fundacionales de la UE. En razón de dicha competencia de control, el TEDH constata que los actos resultantes del proceso legislativo comunitario afectan a la población de Gibraltar de la misma manera que aquellos que emanan exclusivamente de la asamblea legislativa local. El TEDH estima, por consiguiente, que no hay ninguna razón para considerar que el Reino Unido no está obligado a reconocer los derechos consagrados por el artículo 3 del Protocolo nº 1, ya se trata de elecciones puramente internas o de elecciones europeas<sup>10</sup>.

El caso *Matthews* (1999) no quedó *cerrado* con la sentencia del TEDH. La comunidad de intérpretes que éste tribunal integra como terminal interpretativa del sistema de protección multinivel, en una materia común como los derechos humanos, junto al Tribunal de Justicia y los jueces nacionales hacía predecir una disputa por la última palabra. Más aún, en ocasión de quedar involucrado directamente al propio derecho originario de la UE al que se le reconoce una naturaleza constitucional. En este contexto, los jueces de Luxemburgo se pronunciaron años después en un contencioso donde España reclamaba al Reino Unido -ambos Estados mantienen una histórica disputa por la soberanía del peñón- sobre las medidas que reconocían el derecho al voto de los ciudadanos de Gibraltar<sup>11</sup>.

El Tribunal de Justicia responde prudentemente evitando confrontar con el TEDH, constatando que el Reino Unido estaba obligado a respetar la sentencia de los jueces de Estrasburgo en el caso *Matthews* (1999): las medidas adoptadas por el Reino Unido constituyeron adaptaciones necesarias para aplicar su legislación a Gibraltar y respetar la sentencia del TEDH<sup>12</sup>.

Esta actitud “escurridiza” del Tribunal de Justicia, en opinión de Gordillo Pérez, le permite “pasar de largo” sobre cuestiones jurídicas fundamentales. Una de ellas tiene que ver con la relación entre el derecho originario comunitario y el CEDH. A pesar de que la respuesta aparezca de forma implícita, afirma el citado autor, la solución final adoptada por el Tribunal de Justicia solo se puede explicar si éste admite la *primacía* del CEDH (y la interpretación que de éste hace el TEDH) sobre el derecho primario de la UE. Es decir, en el supuesto particular que se planteó en este caso, el Reino Unido se encontraba confrontado por “dos exigencias contradictorias”: respetar la sentencia en el caso *Matthews* (1999) del TEDH en tanto parte contratante del CEDH, y organizar elecciones al Parlamento Europeo solo en su territorio. La sentencia del Tribunal de Justicia,

[...] confirma el «significado particular» no sólo del CEDH, sino también de la jurisprudencia del [TEDH] que emerge como una suerte de «parámetro

10 *Ídem*, apartados 34-35.

11 STJ de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, asunto C-145/04 [ECLI:EU:C:2006:543].

12 *Ídem*, apartados 94 a 97.

de referencia superior». En todo caso, lo que ya queda claro en esta sentencia del [Tribunal de Justicia] es que es que su rechazo de condenar al Reino Unido está estrechamente ligado a la existencia de una sentencia del [TEDH] (Gordillo Pérez, 2012: 234-235).

La prueba definitiva, sobre el reconocimiento del TEDH de su propia competencia para enjuiciar mediante el control de convencionalidad al derecho de la DUE, no vendría hasta que no se le planteara el caso en relación con una norma –el Reglamento (cfr. art. 288, TFUE)<sup>13</sup>- de derecho derivado y efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario. De este modo, los jueces de Estrasburgo se encontrarían de frente a un caso en el que debían establecer su posición respecto de las relaciones interordinamentales entre el CEDH y el derecho comunitario derivado.

#### 64. Desarrollo de la presunción de “protección equivalente” por el TEDH como técnica de cohabitación con los jueces de Luxemburgo: casos *Bosphorus* (2005) y *Michaud* (2012)

En el caso *Bosphorus* (2005)<sup>14</sup>, al igual que en el caso *Matthews* (1999), participan del contencioso junto a los jueces nacionales, los jueces de Estrasburgo y de Luxemburgo<sup>15</sup>. Estos últimos intervienen en primer lugar ante el planteo de una cuestión prejudicial. En consonancia con el abogado general, sostienen

13 La norma citada dice: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. *El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.* La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”. Sin resaltar en el original. 14 STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret AS c. Irlanda* [nº 45036/98].

15 *Bosphorus Airways* era una sociedad turca cuya actividad principal era el transporte aéreo y la organización de viajes que firmó un contrato de leasing con la entonces aerolínea nacional yugoslava (JAT) mediante el cual arrendó dos aviones comerciales –que integraban toda la flota comercial de la empresa- durante un plazo de cuatro años. Después de haber sido objeto de operaciones de mantenimiento en el aeropuerto de Dublín, las autoridades irlandesas ordenaron el apresamiento de una de las aeronaves con arreglo al artículo 8 del reglamento CEE/990/93 que implementaba en el ámbito comunitario las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad (ONU) a las Repúblicas de Serbia y Montenegro sobre la base del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. *Bosphorus* contestó el embargo argumentado o bien que el citado artículo 8 no era aplicable a las circunstancias del caso, o bien que el apresamiento del avión era contrario a su derecho fundamental a la propiedad. Recurrió la decisión del Ministro de Transporte irlandés por la que se embargaba la aeronave ante los tribunales irlandeses, concretamente ante la High Court de Dublín. Esta anuló la decisión ministerial, y el Ministerio involucrado apeló ante el Tribunal Supremo Irlandés. Este, a su turno, presentó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para que aclarara el alcance del artículo 8 del reglamento CEE/990/93.

que ni los objetivos ni el texto de la resolución del Consejo de Seguridad (ONU) en cuestión aportaban razones para apartarse del sentido literal del artículo 8 del reglamento CEE/990/93. Además, el Tribunal de Justicia reconoció el hecho de que el respeto a los derechos fundamentales es una condición para la legalidad de los actos comunitarios, sin embargo, añadió: “Debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales invocados por Bosphorus Airways no constituyen prerrogativas absolutas y que su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad”<sup>16</sup>.

A continuación, los representantes de Bosphorus presentaron una denuncia contra Irlanda ante el TEDH. Se alegó que el Estado denunciado violó –con el embargo del avión- su derecho a la propiedad garantizado por el artículo 1 del Protocolo nº 1 al CEDH.

La actuación del gobierno irlandés, interpreta el TEDH, debe ser juzgada a la luz de las obligaciones que le imponía el derecho comunitario. Así se observa que, la interferencia en el derecho de propiedad que se impugnaba no era el resultado de un ejercicio de discrecionalidad de las autoridades irlandesas adoptado al amparo del propio derecho irlandés o del comunitario. Al contrario, se trataba de una actuación del Estado irlandés acometida en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del derecho comunitario y, particularmente, del artículo 8 del reglamento CEE/990/93. Este reglamento, norma comunitaria de alcance general –a diferencia de las directivas comunitarias-, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (cfr. art. 288, TFUE), sin que éstos puedan excepcionar sus disposiciones o escapar a las obligaciones que el reglamento les impone. Así, de acuerdo al razonamiento del TEDH, el interés general perseguido por la acción impugnada consistía en el cumplimiento por parte del Estado irlandés con sus obligaciones emanadas del derecho comunitario. Esto, concluyó el TEDH, constituía un “interés legítimo” de considerable importancia, dado el principio de derecho internacional de *pacta sunt servanda*, y la creciente importancia de la cooperación internacional<sup>17</sup>.

Ahora bien, continuando con su clásica jurisprudencia, los jueces de Estrasburgo reconocieron que absolver completamente a un Estado parte de sus responsabilidades derivadas del CEDH en materias que hubieran sido objeto de transferencias de poderes a organizaciones internacionales sería incompatible con el propósito y el objeto del CEDH. En todo caso añadió el TEDH: “A juicio del Tribunal, una medida del Estado adoptada en ejecución de tales obligaciones jurídicas *debe ser considerada justificada en tanto en cuanto se considere que la organización en cuestión asegure a los derechos fundamentales*

16 STJ de 30 de julio de 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications y otros*, asunto C-84/95 [ECLI:EU:C:1996:312], apartado 21.

17 STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret AS c. Irlanda* [nº 45036/98], apartados 140-150.

*una protección al menos equivalente a la que garantiza el [CEDH]*<sup>18</sup>. En otras palabras, el hoy DUE gaza de lo que Garlicki denomina una “presunción de convencionalidad” (Garlicki L., 2008: 509-530).

El TEDH proporciona un concepto sobre que debe entenderse por protección equivalente, desarrolla el contenido de la técnica de cohabitación basada en la *deferencia* que va a aplicar en su relación con el Tribunal de Justicia. Recordemos aquí que la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos ya había empleado la expresión distinguiendo, en la misma, un aspecto material y otro formal<sup>19</sup>. En este caso el TEDH dice: “Por «equivalente», el Tribunal entiende «comparable»: toda exigencia de protección «idéntica» por parte de la organización implicada podría ir en contra del interés de la cooperación perseguida”<sup>20</sup>.

El TEDH también deja en claro que, esa consideración de “protección equivalente”, no tendría por qué ser definitiva y podría ser susceptible de revisión a la luz de cualquier cambio fundamental en el sistema de protección de los derechos fundamentales: tal presunción puede ser destruida si “atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considere que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue *manifiestamente deficiente*”. En tal caso, el interés de la cooperación internacional cedería ante el papel del CEDH en tanto “instrumento internacional de orden público europeo” en el ámbito de los derechos humanos<sup>21</sup>. Por el contrario, los Estados serán plena y estrictamente responsables conforme al CEDH por todos aquellos de sus actos que no se deriven estrictamente de sus obligaciones jurídicas internacionales<sup>22</sup>.

En base a lo expuesto, el TEDH concluyó –a diferencia de sus conclusiones en el caso *Matthews* (1999) donde el Tribunal de Justicia estaba inhibido de controlar los tratados fundacionales-, que la protección de los derechos fundamentales es, y también lo fue en el momento de los hechos enjuiciados, “equivalente” a la que garantiza el sistema del CEDH, con lo que puede presumirse que Irlanda no se apartó de sus obligaciones derivadas del mismo Convenio. Dada la naturaleza de la interferencia, el interés general que representaba el régimen de sanciones y la sentencia del Tribunal de Justicia, el TEDH sentenció que no hubo ninguna disfunción del mecanismo de control del respeto de los derechos garantizado por el CEDH y que, por tanto, no se podía sostener que la protección de los derechos convencionales del recurrente fuera “manifiestamente deficiente”. Así pues, la presunción de respeto al CEDH por parte del Estado denunciado no fue destruida y los derechos que el propio Convenio garantizaba a Bosphorus no fueron violados<sup>23</sup>.

18 *Ídem*, apartado 155. Sin resaltar en el original.

19 Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión del 9 de enero de 1990, *M. & Co. c. Alemania*, asunto n° 13258/87, apartado 8.

20 STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret AS c. Irlanda* [n° 45036/98], apartado 155.

21 *Ídem*, apartado 156.

22 *Ídem*, apartado 157.

23 *Ídem*, apartados 165 a 167.

La presunción de protección equivalente, en tanto técnica de cohabitación, con que se beneficia al DUE es por tanto una presunción *iuris tantum* –no *iuris et de iure*–, esto es, admite prueba en contrario e impide, mientras mantenga su vigencia, que el TEDH se pronuncie, en forma indirecta, sobre actuaciones de la UE en cuanto entidad que no es parte del CEDH.

Esta presunción, afirma Córtes Martín, ofrece una solución que permite reducir las disparidades entre las obligaciones internacionales de los Estados parte cuando “los dos sistemas aplicables garantizan una protección análoga”, incluso si esta protección no es idéntica, sino solo comparable; y, de otra, el alto grado de flexibilidad que el TEDH ha aplicado a esta doctrina, lo cual le permite encontrar soluciones audaces a los supuestos de confrontación de obligaciones para los Estados miembros (Cortés Martín, 2016: 833)<sup>24</sup>.

Ventrone, por su parte, llama la atención sobre que esta suerte de “inmunidad condicional” está sujeta, sin embargo, a una doble fase de control por parte del TEDH. La primera, consiste en la valoración del *nivel general* de protección de los derechos humanos asegurado por la organización internacional en cuestión. Se trata de un control “general y abstracto”, donde el TEDH efectúa una valoración de máxima sobre el ordenamiento jurídico sin entrar en el detalle particular de las normas que lo componen. La segunda fase del control se refiere, en vez, a la valoración de las medidas adoptadas en el caso concreto. El objetivo del TEDH es, por lo tanto, establecer si la protección de los derechos humanos no es manifiestamente deficiente [*manifest deficiency*] en el caso bajo análisis. Resulta claro, concluye Ventrone, como los jueces de Estrasburgo, al atenuar el estándar de tutela requerido a la UE, han preferido adoptar una actitud de *selfrestraint* en obsequio a un criterio general de *negative comity* internacional y con el fin de evitar posibles conflictos sobre la última palabra con sus pares de Luxemburgo (Ventrone Mario, 2015/1).

Para entender el razonamiento expuesto hasta aquí por el TEDH debemos tener presente que, un elemento fundamental de la presunción de protección equivalente en tanto técnica de cohabitación, es la existencia de un *mecanismo de control* del respeto de los derechos fundamentales, precisamente, de carácter equivalente. Como afirma Cortés Martín, “un elemento fundamental de la doctrina de la presunción de equivalencia es la existencia de un derecho a un recurso jurisdiccional efectivo” (Cortés Martín, 2016: 950).

En la UE, este mecanismo, desde la perspectiva particular de su *naturaleza compleja*, está integrado por recursos directos ante el Tribunal de Justicia y por la cuestión prejudicial (cfr. art. 267, TFUE). La reducida legitimación de los particulares para controlar de forma directa ante el Tribunal de Justicia la

24 Del mismo autor, “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 17, Nr. 46, septiembre-diciembre 2013, pp. 935-971.

legalidad de los actos de alcance general *debe* poder compensarse con la posibilidad de *articular* un recurso a nivel nacional dando la oportunidad al juez interno a plantear una cuestión prejudicial.

Del buen funcionamiento de este equilibrio, depende en gran medida la equivalencia del mecanismo de protección propio de la UE. Por ello, el sistema de remisión prejudicial deba funcionar correctamente, lo cual no siempre ocurre debido a una interpretación abusiva de la doctrina del “acto claro”<sup>25</sup> por parte de las jurisdicciones internas de última instancia, dando como resultado la ausencia de planteamiento de esta cuestión al Tribunal de Justicia (ver *supra* 15).

El TEDH, ha ratificado su doctrina de la obligación de motivación de la negativa a plantear una cuestión prejudicial, en el caso *Michaud* (2012) –sentenciado con la CDFUE en plena vigencia-, donde rechazó aplicar la presunción de equivalencia por cuanto el Consejo de Estado francés no motivó esta negativa<sup>26</sup>.

Se debatía aquí la confrontación entre el deber de secreto en las relaciones entre abogado y cliente protegida en el artículo 8 (CEDH)<sup>27</sup> y la obligación de los abogados franceses de informar a las autoridades cuando sospechen sobre actividades de blanqueo de capitales. Esto último, a consecuencia de la incorporación en Francia de una serie de Directivas de la UE dirigidas a luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo<sup>28</sup>.

En ejecución de la norma francesa de incorporación de estas directivas, el Consejo francés de colegios de abogados adoptó en 2007 una reglamentación interna que preveía sanciones, norma que fue objeto de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado francés por violación de los artículos 7 y 8 (CEDH) debido a su falta de precisión y previsibilidad, así como a la infracción del deber de secreto que deben guardar los abogados.

En el marco de este asunto, el demandante solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de esta declaración de sospecha con los derechos fundamentales, la cual fue rechazada debido a que la reglamentación cumplía, en opinión del Consejo de Estado francés, con el estándar europeo de protección de los derechos fundamentales<sup>29</sup>. Ante esta negativa, el demandante en el litigio principal procedió a reproducir su recurso ante el TEDH.

Los jueces de Estrasburgo llegan a la conclusión en el caso *Michaud* (2012) de que no había existido una protección equivalente de los derechos fundamentales: en el caso *Bosphorus* (2005) –afirma el TEDH- el mecanismo de control

25 Véase STJ de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, asunto C 283/81 [ECLI:EU:C:1982:335].

26 STEDH [sección quinta] de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [n° 12323/11].

27 Un pormenorizado análisis del secreto profesional de los abogados en Europa puede verse en GONZÁLEZ PASCUAL María Isabel, 2014: 38-404.

28 Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, DOUE L 166/77, de 28 de junio de 1991, reformada en 2001 (2001/97/CE) y en 2005 (2005/60/CE).

29 Consejo de Estado francés, sentencia de 23 de julio de 2010 donde rechazó la mayoría de las alegaciones presentadas en la demanda.

previsto por el derecho de la UE “fue aplicado plenamente”. En el caso *Michaud* (2012), por el contrario, el Consejo de Estado francés “se negó a presentar una cuestión prejudicial, solicitada por el demandante”, ante el Tribunal de Justicia sobre si la obligación de los abogados de notificar sus sospechas era compatible con el artículo 8 (CEDH). Ello aunque el Tribunal de Justicia no había tenido la oportunidad de examinar la cuestión, ni en relación con otra cuestión prejudicial suscitada en el contexto de otro caso, ni con ocasión del ejercicio de alguna de las varias acciones abiertas a los Estados miembro e Instituciones de la UE<sup>30</sup>. El TEDH se encuentra, por lo tanto, en la obligación de señalar que,

[...] *debido a la decisión del Consejo de Estado de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia*, aunque este último Tribunal nunca hubiera examinado los derechos del [CEDH] en cuestión, el Consejo de Estado resolvió el litigio sin haber desplegado todo el potencial de la maquinaria internacional dispuesta para la supervisión del respeto de los derechos fundamentales en principio equivalente a la establecida por el [CEDH]. *A la luz de esa decisión y la importancia de las cuestiones que están en juego, la presunción de protección equivalente no puede aplicarse*<sup>31</sup>.

Como se puede observar, el caso *Michaud* (2012) se distingue del caso *Bosphorus* (2005) en base a dos motivos. En primer lugar, porque en este último se trataba de un reglamento comunitario, norma directamente aplicable en los Estados miembros en todos sus elementos (cfr. art. 288, TFUE). Como consecuencia de ello, Irlanda no disponía de ningún margen de maniobra en la ejecución de las obligaciones dimanantes de su pertenencia a la UE<sup>32</sup>. En el caso *Michaud* (2012), por el contrario, se trataba de directivas, que dejan libertad de forma y de medios a los Estados miembros. En segundo lugar, en el caso *Bosphorus* (2005) el mecanismo de control previsto por el DUE “se había desarrollado plenamente”. En efecto, la Supreme Court irlandesa planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia y este último tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección del derecho de propiedad en el marco del Reglamento controvertido<sup>33</sup>. En el caso *Michaud* (2012), como vimos, el Consejo de Estado francés *declinó* solicitar esta cuestión –invocando la doctrina del acto claro<sup>34</sup>– que hubiese permitido al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la protección del artículo 8 (CEDH), ni tampoco motivó esta negativa<sup>35</sup>.

30 STEDH [sección quinta] de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [n° 12323/11], apartado 114.

31 *Idem*, apartado 115. Sin resaltar en el original.

32 *Idem*, apartado 113.

33 STJ de 30 de julio de 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications y otros*, asunto C-84/95 [ECLI:EU:C:1996:312].

34 Para el Consejo de Estado francés la cuestión ya había sido aclarada por la STJ de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros c. Consejo*, asunto C-305/05 [ECLI:EU:C:2007:383].

35 STEDH [sección quinta] de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [n° 12323/11], apartado 114.

Lo curioso del asunto *Michaud* (2012) es que el TEDH no condena a Francia por violación del artículo 6 (CEDH). Se procede sí a analizar *in concreto* si la injerencia sobre el artículo 8 (CEDH) era necesaria<sup>36</sup>, alcanzando la conclusión de que *no constituía un ataque desproporcionado* al secreto profesional teniendo en cuenta el fin legítimo perseguido y su particular importancia en una sociedad democrática<sup>37</sup>.

En otros términos, según el TEDH, la ley francesa respeta los requisitos del CEDH porque *no cumple escrupulosamente* con los del DUE. No sólo lleva a cabo una interpretación del asesoramiento jurídico posiblemente más generosa que el Tribunal de Justicia, sino que otorga un papel a los Colegios de Abogados que contradice a la directiva. En sentido contrario, una norma nacional que transponga literalmente la directiva supone probablemente una violación del artículo 8 (CEDH).<sup>38</sup>

No cabe duda, concluye González Pascual, de que el TEDH, *indirectamente*, cuestiona la compatibilidad de la directiva con el CEDH “dando conscientemente un paso adelante en cuanto a su capacidad de control” del DUE. Es difícil creer que el TEDH era ajeno al proceso de adhesión de la UE al CEDH. De hecho, en el caso *Michaud* (2012), el TEDH posiblemente “no olvida los conocidos recelos” del Tribunal de Justicia ante la adhesión, y enfatiza la necesidad de elevar cuestión prejudicial, pero también anuncia cuál será su capacidad de actuación una vez se produzca dicha adhesión (González Pascual, 2014: 394).

La dura respuesta del Tribunal de Justicia rechazando el control de convencionalidad a cargo del TEDH –llamado control externo– se hará sentir en el dictamen n° 2/13 (2014) sobre la adhesión de la UE al CEDH que sepulta dicha iniciativa<sup>39</sup>.

## 65. Del dictamen n° 2/13 (2014) sobre la adhesión de la UE al CEDH al caso *Avotīņš* (2016) del TEDH: la continuidad de un diálogo entre “equilibristas”

Al mismo tiempo que le reconoce efecto vinculante a la CDFUE, el artículo 6 (TUE) habilita la adhesión de la UE al CEDH.<sup>40</sup> Esta adhesión –escribe Pas-

36 *Idem*, apartado 116.

37 *Idem*, apartado 131.

38 Así, en España, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de *prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*, transpone literalmente el artículo 23.2 de la Directiva 2005/60/CE pero no otorga papel alguno a los Colegios de Abogados. Dicha previsión es perfectamente compatible con la normativa de la UE pero, a la luz de la jurisprudencia del TEDH en el caso *Michaud c. Francia*, cabría afirmar que vulnera el artículo 8 CEDH.

39 TJ dictamen n° 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454].

La solicitud de dictamen fue presentada al Tribunal de Justicia por la Comisión de la UE. A raíz de una recomendación de la Comisión de 17 de marzo de 2010, el Consejo adoptó una decisión, el 4 de junio de 2010, por la que autorizaba la apertura de las negociaciones relativas al acuerdo de adhesión y designó a la Comisión como negociador.

40 Debemos recordar que el nombrado Tribunal, frente a un requerimiento de la Comisión sobre si la entonces Comunidad Europea tenía competencia para adherirse al CEDH, se manifestó

tor Palomar-, es conveniente para mejorar la protección de los derechos fundamentales a través de la “complementariedad de sistemas” (Pastor Palomar, 2008: 175). Y además de conveniente, se concluye, es necesaria, pues en los últimos años se han venido produciendo ciertas disfunciones: por ejemplo, demanda de particulares a los Estados miembro de la UE por actos de las instituciones comunitarias.

Para Daniele es claro la adhesión persigue una finalidad diversa y, por lo tanto, no susceptible de superponerse a la que reconoce a la CDFUE un valor jurídico igual que al de los tratados. En efecto, este último fin procura mejorar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno de la UE, amarrándolos a un texto escrito, preciso y articulado, que hasta el momento faltaba. Al atribuible expresamente a la UE la competencia para poder ser parte del CEDH, en cambio, se refuerza la protección de los derechos fundamentales, pero en el ámbito externo. Ello autoriza a la UE a someterse a un sistema internacional de control el cual, al menos hasta hoy, le resulta directamente ajeno (Daniele Luigi, 2009:640).

Pastor Ridruejo interpreta que, el significado, relevancia y alcance de dicha adhesión no pueden ser analizados sin tomar en consideración otro dato importante y es el ya apuntado reconocimiento de la CDFUE que se encuentra en el mismo artículo 6 (TUE). No es posible disociar ambos instrumentos, explica el autor citado, porque el día de la adhesión al CEDH la UE “se va a encontrar con dos instrumentos en materia de derechos humanos, y con dos jurisdicciones para velar por el respeto de esos instrumentos” (el Tribunal de Justicia y el TEDH). Así las cosas, se concluye, “resultará del todo ineludible ensamblar la operatividad de esos instrumentos, así como el funcionamiento de esas dos jurisdicciones” (Pastor Ridruejo, 2008: 152-153).

En la cuestión que tratamos, no debe desatenderse que el Protocolo nº 8 al Tratado de Lisboa (2009) sobre el apartado 2 del citado artículo 6 (TUE) afirma que la adhesión “estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión” (art. 1). El acuerdo –dice el art. 2- “garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones”. Este Protocolo, al precisar los términos de la adhesión, escribe Stoffel Vallotton, ha pretendido, sobre todo, preservar la autonomía del derecho comunitario no solamente en cuanto a la participación de la UE en el sistema del CEDH, sino en cuanto a los eventuales recursos que se planten por Estados miembros o particulares (Stoffel Vallotton, 2009: 191).

Los jueces de Luxemburgo no fueron ajenos a la expectativa que, en la era post Lisboa, generaba su opinión sobre la adhesión al CEDH. Empezaron

---

negativamente estimando que en el estado en que se encontraba la Comunidad carecía de competencia para dicha adhesión (cfr. TJ, dictamen nº 2/94 de 28 de marzo de 1996 sobre la *Adhesión de la Comunidad al CEDH* [ECLI:EU:C:1996:140]). La idea de la adhesión surge formalmente en 1979 con un memorándum de la Comisión con la idea de reforzar los derechos humanos en la Comunidad.

sus consideraciones resaltando, que a diferencia de intervenciones anteriores la adhesión de la UE al CEDH dispone, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), de una base jurídica específica en el artículo 6 (TUE).

Sin embargo, como ya tuvimos oportunidad de evaluar (ver *supra* 23), el Tribunal de Justicia encuentra que el enfoque adoptado en el marco del acuerdo previsto (consistente en asimilar la UE a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante), ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la UE –una naturaleza de tipo supranacional– y, en particular, no toma en consideración la circunstancia de que los Estados miembros, debido a su pertenencia a dicho proceso de integración, “han aceptado que sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión, se rijan por el [DUE], *con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho*”<sup>41</sup>.

En la medida en que el CEDH, al imponer que se considere a la UE y a sus Estados miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la UE, sino también en sus relaciones recíprocas, *incluso* cuando esas relaciones se rigen por el DUE, “exigiría” de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el DUE impone la *confianza mutua* entre esos Estados miembros, “la adhesión *puede poner en peligro* el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del [DUE]”<sup>42</sup>.

El dictamen *nº 2/13* (2014) deja en claro la opinión del Tribunal de Justicia respecto a eventuales competidores en materia de interpretación de derechos fundamentales: “procede declarar que la adhesión de la Unión al CEDH tal como está prevista en el Proyecto de acuerdo puede afectar a las características específicas del Derecho de la Unión y a su autonomía”<sup>43</sup>. Los jueces de Luxemburgo, vemos, encaran una firme defensa de la identidad constitucional comunitaria que fueron construyendo desde los orígenes de la integración europea para blindar los contenidos del DUE.

En esta línea argumental, se procede declarar que el acuerdo previsto *no es compatible* con el artículo 6.2 (TUE), ni con el Protocolo *nº 8* UE, por cuanto:

[...] puede afectar a las características específicas y a la autonomía del [DUE], en la medida en que *no garantiza la coordinación* entre el artículo 53 del CEDH y el artículo 53 de la Carta, *no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua* entre los Estados miembros en el [DUE] y *no contempla articulación alguna* entre el mecanismo instituido por el Protocolo *nº. 16* y el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 [TFUE]; puede afectar al artículo 344 TFUE, en la medida

41 TJ dictamen *nº 2/13* de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 193. Sin resaltar en el original.

42 *Ídem*, apartado 194. Sin resaltar en el original.

43 *Ídem*, apartado 200.

en que *no excluye* la posibilidad de que se planteen ante el TEDH litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del [DUE]; no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia que *permitan preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho*, y *no tiene en cuenta las características específicas* del [DUE] en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESC, en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión<sup>44</sup>.

La respuesta de los jueces de Luxemburgo, a la doctrina de Estrasburgo que permite ejercer el control de convencionalidad sobre el DUE, se haría escuchar de manera disruptiva en el dictamen *nº 2/13*. Sin embargo, el TEDH –en la primera ocasión que tuvo después de la intervención del Tribunal de Justicia– insistiría con sus argumentos en relación a la presunción de protección equivalente, confirmándola como técnica de cohabitación, en el caso *Avotiņš* (2016)<sup>45</sup>, esta vez relacionado con el ELJS<sup>46</sup>. En vez de profundizar el conflicto, el TEDH optó por un nuevo gesto de deferencia dejando a un lado la confrontación directa y manteniéndose en el camino del diálogo. Ello le permite, a la vez, avanzar con algunas precisiones respecto del caso *Michaud* (2012).

El TEDH reitera que la aplicación de la presunción de protección equivalente al DUE está sujeta a dos condiciones: a) ausencia de todo margen de maniobra por parte de las autoridades internas, y b) el pleno despliegue del potencial del mecanismo de control proporcionado por el DUE donde vimos es central el planteo de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Respecto

<sup>44</sup> *Ídem*, apartado 258. Sin resaltar en el original.

<sup>45</sup> STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [nº 17502/07].

Los hechos del caso refieren a que el Sr. Avotiņš, ciudadano letón, había recibido un préstamo el cual se regía por el derecho chipriota. Ante el impago, la empresa acreedora planteó un litigio contra el deudor. Dado que el Sr. Avotiņš no residía en Chipre, se le envió una citación para comparecer a través de las autoridades letonas, la cual el demandado niega haber recibido. Los tribunales chipriotas dictaron sentencia en la que le condenaban al pago y en la que se señalaba expresamente que el demandado no había comparecido pese a haber sido correctamente notificado. La empresa acreedora planteó ante los tribunales letones el reconocimiento y ejecución de esta sentencia. El demandante alega no haber tenido conocimiento de la sentencia chipriota hasta el momento en que impugnó el reconocimiento. El Tribunal Supremo letón aceptó finalmente la ejecución, afirmando que en el marco del Reglamento Bruselas I bajo ninguna circunstancia la sentencia de origen puede ser revisada en cuanto a su sustancia. El demandante alega ante el TEDH que el Tribunal Supremo letón había infringido el derecho a un proceso equitativo (art. 6, CEDH) al reconocer y ejecutar la sentencia chipriota porque en su opinión conculcaba sus derechos de defensa.

La Comisión Europea participó en el proceso ante la Gran Sala como tercero interviniente alegando la plena aplicabilidad de la doctrina de la presunción equivalente y la compatibilidad del Reglamento Bruselas I con el art. 6 (CEDH).

<sup>46</sup> Se discutía la convencionalidad del artículo 34, número 2 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido como Reglamento Bruselas I).

a la primera cuestión, al igual que en el caso *Bosphorus* (2005), por tratarse del cumplimiento de un reglamento comunitario, el Estado carecía de margen de apreciación en su aplicación<sup>47</sup>. Es en relación a la segunda condición donde se aprecia una mayor determinación del TEDH que implica, en la práctica, una mayor deferencia hacia el DUE.

En efecto, en el caso *Avotiņš* (2016) el Senado del Tribunal Supremo letón no había formulado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con referencia a la interpretación y aplicación del reglamento en cuestión. Sin embargo, el TEDH interpreta que, esta segunda condición,

[...] debería aplicarse *sin excesivo formalismo* y teniendo en cuenta los rasgos específicos del mecanismo de supervisión en cuestión. Entiende que *no sería de utilidad* someter la aplicación de la presunción *Bosphorus* al requisito de que los tribunales domésticos tuvieran que plantear una cuestión prejudicial al [Tribunal de Justicia] *en todos los casos sin excepción*, incluyendo aquellos donde no resultasen del [DUE] cuestiones delicadas para la protección de los derechos fundamentales, o aquellos en que el [Tribunal de Justicia] ya hubiera precisado cómo deben interpretarse las disposiciones aplicables del derecho de la UE de una manera compatible con los derechos fundamentales<sup>48</sup>.

Los jueces de Estrasburgo evitan consagrar una regla rígida y abstracta que permita establecer si se desplegó el pleno potencial del mecanismo de supervisión reconocido por el DUE y, más concretamente, si el hecho de que el tribunal nacional que conocía del caso no formulara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia es apto para descartar la aplicación de la presunción de protección equivalente. Esta cuestión, razona el TEDH, “debería ser evaluada a la luz de las circunstancias concretas de cada caso”<sup>49</sup>.

En virtud de la anterior, la misión del TEDH en el caso *Avotiņš* (2016) queda limitada a comprobar –en ejercicio del control de convencionalidad– si la protección de los derechos garantizados por el CEDH fue “manifestamente deficiente como para provocar la inaplicación de esta presunción”. Configurado este extremo, el interés de la cooperación internacional –incluida la UE– quedaría subordinado al respeto del CEDH como “instrumento constitucional del orden público europeo” en el ámbito de los derechos humanos<sup>50</sup>.

47 STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [n° 17502/07], párrafo 106. El TEDH aclara que el presente asunto se distingue así del caso *M.S.S.* En este último, al examinar la cuestión de la responsabilidad de Bélgica según el CEDH, se observó que, en virtud de los términos del reglamento aplicable (el Reglamento Dublín II), las autoridades de Bélgica conservaban el poder discrecional para decidir el uso o no de la “cláusula de soberanía” que les permitía examinar la solicitud de asilo y abstenerse de devolver al solicitante a Grecia si consideraban que las autoridades griegas probablemente no cumplirían sus obligaciones derivadas del CEDH (STEDH [Gran Sala] de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [n° 30696/09], apartados 339-340).

48 STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [n° 17502/07], apartado 109.

49 *Ídem*, apartado 111. Cabe tener presente que el demandante no había pedido, a diferencia de lo ocurrido en el caso *Michaud*, que se presentara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

50 *Ídem*, apartado 112.

El TEDH se encuentra entonces, por primera vez, de frente a la posibilidad de ejercer el control de convencionalidad sobre un principio central para el desarrollo de la cooperación en el ámbito del ELSJ al que se refiere el artículo 67 (TFUE): el *principio de confianza mutua*.<sup>51</sup> Se trata de un terreno donde el dictamen *nº 2/13* del Tribunal de Justicia –que le otorga a dicho principio rango constitucional-, plantea batalla promoviendo su “aplicación automática salvo en casos excepcionales”. La interpretación en el caso *Avotiņš* (2016) propuesta por el TEDH, va a generar un diálogo integrador con los jueces de Luxemburgo –y la flexibilización gradual de sus posturas- que se prolonga hasta la actualidad y consolida un neto punto de convergencia entre la integración regional y los derechos humanos que tiene su centro en la cooperación necesaria para el desarrollo de un ELJS.

Se trata de intervenir en una cuestión controvertida, sostiene Cortés Martín, porque la protección de los derechos fundamentales en los distintos Estados miembros de la UE “es equivalente, no idéntica, lo que inevitablemente crea una tensión entre confianza mutua y protección de estos derechos” que en los últimos tiempos viene manifestándose de forma recurrente (Cortés Martín, 2016: 827).

La importancia de los mecanismos de reconocimiento mutuo en la construcción del ELJS y de la confianza mutua que los mismos requieren, no resultaran ajenos al razonamiento del TEDH. Sin embargo, los métodos empleados para crear el ELJS “no deben vulnerar los derechos fundamentales de las personas afectadas por los mecanismos resultantes”. En la mira del TEDH está el citado dictamen *nº 2/13*:

[...] parece que el objetivo de efectividad perseguido por algunos de los métodos empleados conduce a acotar severamente, cuando no a limitar, el control del respeto de los derechos fundamentales. Por ello, el [Tribunal de Justicia] estableció recientemente en el dictamen *nº 2/13* que «cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado (...) verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado

51 La norma citada dice: “1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros. 2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países. 3. La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales. 4. La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.” Sin resaltar en el original.

efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión» (véase apartado 49). *Limitar a casos excepcionales el poder del Estado requerido a verificar el respeto de los derechos fundamentales por el Estado de origen de la resolución podría, en la práctica, ser contrario al requisito exigido por el [CEDH] en virtud del cual el tribunal del Estado requerido debe estar facultado, cuando menos, para proceder a un control adaptado a la gravedad de cualquier alegación seria de violación de los derechos fundamentales en el Estado de origen, en orden a asegurar que la protección de tales derechos no resulte manifiestamente deficiente*<sup>52</sup>.

La respuesta desde Estrasburgo es clara y contundente en favor de un control previo cuando se discuten *deficiencias sistémicas*. En otras palabras, exceptuar de la aplicación automática al principio de confianza mutua solo en casos excepcionales, presumiendo que la tutela de los derechos es efectiva para el resto de los casos no solo constituye una falacia que ignora realidades asimétricas en materia de derechos humanos entre los Estados de la UE, sino que puede constituir una violación directa al CEDH según es interpretado por el TEDH.

El TEDH debe comprobar de *oficio*, cuando se reúnan las condiciones para la aplicación de la presunción de protección equivalente, que los mecanismos de reconocimiento mutuo “no dan lugar a ninguna laguna o situación concreta que pudiera convertir la protección de los derechos humanos garantizados por el CEDH en manifiestamente deficiente”. Para hacerlo tiene en cuenta, con un espíritu de complementariedad, el modo en que estos mecanismos operan y en particular el objetivo de eficacia que persiguen. No obstante, “*debe verificar que el principio de reconocimiento mutuo no sea aplicado de manera automática y mecánica en perjuicio de los derechos fundamentales*”<sup>53</sup>.

La conclusión de la plena convencionalidad, salvo excepciones, del principio de reconocimiento mutuo en el marco del reglamento Bruselas I a la que llega el TEDH es probablemente el desarrollo más importante del caso *Avotiņš* (2016): “dotado de un alto grado de persuasión y deferencia, será recordado probablemente por su contribución a relajar esta tensión [con el Tribunal de Justicia], en particular cuando el TEDH destaca la importancia de los mecanismos de reconocimiento mutuo” (Cortés Martín, 2016: 826).

También para Resquejo Isidro, el caso *Avotiņš* (2016) debe observarse desde el punto de vista de las relaciones entre el TEDH y el Tribunal de Justicia. En este sentido cabe resaltar tres cosas: primera, la atención prestada por Estrasburgo a la jurisprudencia Luxemburgo; segunda, la confianza que el TEDH manifiesta hacia la UE en materia de protección de derechos humanos; tercera, el posicionamiento del TEDH respecto al dictamen *nº 2/13* (Resquejo Isidro, 2016: 187-201).

52 STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [nº 17502/07], apartado 114. Sin resaltar en el original.

53 STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [nº 17502/07], apartado 116.

En sentencias posteriores el TEDH volvió a ejercer su control de convencionalidad sobre el ELJS en particular en materia de ejecución de órdenes de detención europea sin encontrar razones para privar de la presunción de protección equivalente al DUE. En el caso *Pirozzi c. Bélgica* (2018)<sup>54</sup>, por ejemplo, el demandante había alegado que su arresto por parte de las autoridades belgas había sido ilegal y que éstas lo habían entregado a las autoridades italianas sin revisar la legalidad y corrección de la euroorden a pesar que la condena -14 años de prisión por tráfico de drogas - había sido impuesta en un juicio en ausencia. El TEDH rechazó las presuntas violaciones al CEDH y en particular expresó que la ejecución de la euroorden por parte de los tribunales belgas “no había sido manifiestamente deficiente” de modo que pudiera refutarse la presunción de protección equivalente. Por lo tanto, no podía considerarse que la entrega del demandante fuera el resultado de un juicio originado en una flagrante denegación de justicia. A continuación profundizamos sobre esta cuestión.

## 66. El control de convencionalidad del TEDH sobre la ejecución de la euroorden hacia la convergencia con el control de comunitariedad del Tribunal de Justicia: el caso *Romeo Castaño* (2019) y el caso *Bivolaru y Moldovan* (2021)

El ejercicio del control de convencionalidad a las políticas de cooperación en el marco del ELJS de la UE –incluido desde ya el amplio espectro normativo que crean-, se convertirá en un punto de convergencia central entre la integración regional y los derechos humanos. Específicamente, en el ámbito de la política de asilo común y la cooperación penal. Este último, articulado por la euroorden llamará la atención del TEDH por la amplia convergencia normativa que se produce entre los sistemas de derechos desarrollados por el CEDH y el DUE.

Apelando a las palabras del juez Spano –integrante del TEDH-, el CEDH

*[...] no subsiste aislado de su contexto de aplicación regional. Veintiocho [hoy 27] de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa están igualmente adheridos a la [UE]. Interesa, por tanto, compaginar las garantías mínimas de los derechos humanos enunciados en el [CEDH] con las exigencias de uniformidad y armonización de las normas en el marco del [DUE], que también deben ser conformes con la [CDFUE], cuya esencia debe tener en cuenta la evolución que se produzca en el seno del TEDH cuando los derechos contenidos en la Carta se correspondan con los garantizados por el Convenio [cfr. art. 52.3 CDFUE]. Este «propósito de simetría» se manifiesta particularmente en los mecanismos de reconocimiento mutuo de la UE basados en el principio de confianza mutua<sup>55</sup>.*

54 STEDH [sección segunda] de 17 de abril de 2018, *Pirozzi c. Bélgica* [nº 21055/11].

55 Voto particular concurrente del juez Spano, al que se adhiere el juez Pavli en la STEDH [sección segunda] de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño c. Bélgica* [demanda nro. 8351/17], apartado 1. Sin

El caso *Romeo Castaño* (2019), es una pieza central en el diálogo entre Es-trasburgo y Luxemburgo<sup>56</sup>. Esta sentencia del TEDH, en palabras de Sánchez Frías, resulta novedosa por tres razones principales. En primer lugar, porque se trata de la primera condena a un Estado por violación de la obligación de cooperar en materia penal contra los sospechosos de haber atentado contra el derecho a la vida tal y como se protege en el artículo 2 (CEDH). En segundo lugar, porque es la primera sentencia condenatoria del TEDH contra un Estado miembro de la UE por negarse a ejecutar una euroorden bajo la justificación de existencia de un riesgo de violación de los derechos fundamentales en el Estado emisor. Y, por último, porque adapta su razonamiento al cambio jurisprudencial que se ha producido en el Tribunal de Justicia –asuntos acumulados *Aranyosi-Căldăraru* (2016)- con respecto al principio de reconocimiento mutuo en materia penal (ver *supra* 36) (Sánchez Frías, 2020: 170).

El TEDH se enfrenta, en efecto, en el caso *Romeo Castaño* (2019), a la cuestión de si la negativa de los tribunales belgas a la ejecución de las euroórdenes españolas en el constituye o no una violación del artículo 2 (CEDH) al impedir dicha negativa la investigación efectiva de las autoridades españolas del asesinato del padre de los demandantes<sup>57</sup>.

En el análisis del fondo del asunto, el TEDH examina ante todo si la respuesta de las autoridades belgas fue adecuada a la solicitud de cooperación presentada por las autoridades españolas para luego establecer, si siendo la respuesta adecuada, los motivos que la respaldaron fueron legítimos.

En cuanto a si se trató de una respuesta adecuada, el TEDH valora positivamente el hecho de que la justicia belga –el Tribunal de Casación- justificase su decisión, en ambas denegaciones, en la “existencia de pruebas pormenorizadas que indiquen un *peligro claro* para los derechos fundamentales de la persona” cuya detención y entrega se solicita<sup>58</sup>. Se trata, pues, en este punto, de una confir-

resaltar en el original.

56 STEDH [sección segunda] de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño c. Bélgica* [nº 8351/17].

57 El 19 de enero de 1981 fue asesinado en Bilbao el teniente coronel Ramón Romeo por un comando que se declaró parte de la organización terrorista ETA. En mayo de 2007, todos los miembros del comando fueron condenados por tribunales españoles, a excepción de N.J.E., quien tras el atentado huyó a México y posteriormente a Bélgica. El primer procedimiento de solicitud de detención y entrega comenzó en los años 2004 y 2005, cuando la Audiencia Nacional española dictó dos Euroórdenes contra N.J.E. por delitos de terrorismo, asesinato, agresiones y participación en organización criminal. La justicia belga, en un proceso que involucró varias instancias procesales, terminó rechazando las Euroórdenes españolas. El segundo procedimiento de detención y entrega se inició con una Euroorden emitida el 8 de mayo de 2015 por la Audiencia Nacional española. La justicia belga volvió a denegar la ejecución de la Euroorden. El 16 de enero de 2017, los hijos del teniente coronel Ramón Romeo interpusieron recurso ante el TEDH contra Bélgica. El recurso se basaba en una violación por parte de las autoridades belgas de la vertiente procesal del art. 2 del CEDH, ya que, al negarse a ejecutar la Euroorden cursada por las autoridades españolas, habrían impedido el correcto desarrollo de un procedimiento penal contra la persona sospechosa del asesinato de su padre.

58 STEDH [sección segunda] de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño c. Bélgica* [demanda nro. 8351/17], apartado 83. Sin resaltar en el original.

mación de lo resuelto por el TEDH en el caso *Avotiņš* (2016) que como se recordará estableció, en términos generales, que los mecanismos de reconocimiento mutuo no deben aplicarse de forma automática en detrimento de los derechos fundamentales<sup>59</sup>.

Lo novedoso en el caso *Romeo Castaño* (2019) surge en lo relativo a la legitimidad de los motivos alegados. El TEDH recuerda que, el riesgo de tratos inhumanos y degradantes, es un motivo legítimo para denegar la ejecución de una euroorden, aunque, dada la presencia de derechos de terceros, debe determinarse conforme a “pruebas objetivas suficientes”<sup>60</sup>. Teniendo en cuenta las pruebas utilizadas por los tribunales belgas y los argumentos presentados por los demandantes, el TEDH considera que la denegación de la ejecución de la euroorden “no tuvo una base objetiva suficiente” y, por tanto, que Bélgica “ha incumplido su obligación de cooperar en el marco del aspecto procesal del art. 2 del Convenio, provocando una violación de dicha disposición”<sup>61</sup>.

Si bien es cierto que el TEDH cuenta con amplios precedentes en el análisis del “riesgo real” en materia de cooperación penal<sup>62</sup>, la exigencia del requisito de la “individualización” del riesgo según la información proporcionada por las autoridades del Estado de emisión de la euroorden, así como de “carencias estructurales”, encuentran un punto de convergencia con la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la materia.

La jurisprudencia de Luxemburgo fue inicialmente restringida con respecto a la no ejecución de los instrumentos de cooperación penal europeos basada en el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales. En el asunto *Advocaten voor de Wereld* (2007), el Tribunal de Justicia estableció que es a la autoridad del *Estado miembro emisor* de la euroorden a la que corresponde controlar el

59 STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [demanda nro. 17502/07], apartados 57 a 64. Véase también STEDH de 17 de abril de 2018, *Pirozzi c. Bélgica* [nº 21055/11], apartado 60, aplicado al contexto de la Euroorden.

60 STEDH [sección segunda] de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño c. Bélgica* [demanda nro. 8351/17], apartado 85.

Las pruebas valoradas por los tribunales belgas en 2013 consistieron, únicamente, en un informe de 2011 del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT). En 2015, los tribunales belgas valoraron nuevamente este informe, sin tener en cuenta ni la información presentada por las autoridades españolas en referencia a informes posteriores del CPT en los que ya no se mencionan los tratos inhumanos y degradantes, ni la concreta situación de los derechos procesales en el régimen de detención incomunicada en España. A lo que suma el informe del Comité de Derechos Humanos (ONU) sobre el régimen de incomunicación, pero en el que no se menciona la situación de 2016. Ninguno de estos instrumentos sirve por sí mismo, a juicio del TEDH, para identificar un “riesgo real e individualizable” contra N.J.E., o unas “carencias estructurales” en el sistema de detención en España (Ídem, apartado 86).

61 STEDH [sección segunda] de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño c. Bélgica* [demanda nro. 8351/17], apartado 91.

62 Véase, entre otras, STEDH de 12 de diciembre de 2017, *López Elorza c. España*, [nº 30614/15], apartado 102; STEDH 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*, [nº 140/10], apartado 116; STEDH 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, [nº 14038/88], apartado 88.

respeto de “los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 UE y, por ende, el principio de legalidad de los delitos y las penas”<sup>63</sup>. Esta posición se consolidó con sentencias posteriores<sup>64</sup>, incluso con la CDFUE ya vigente plenamente como derecho originario, el Tribunal de Justicia mantuvo su jurisprudencia restrictiva<sup>65</sup>.

Quizás el referente paradigmático de esta jurisprudencia sea el asunto *Melloni* (2013). En su sentencia, el Tribunal de Justicia confirma el rumbo restrictivo de su jurisprudencia, promoviendo la efectividad del principio de reconocimiento mutuo<sup>66</sup>. Esta tesis es defendida con firmeza de igual modo en el dictamen *nº 2/13* (2014)<sup>67</sup>. Ahora bien, según ya observamos esta defensa cerrada del principio de reconocimiento mutuo va ir virando hacia la flexibilización en los asuntos acumulados *Aranyosi-Căldăraru* (2016). Si comparamos el test desarrollado aquí por el Tribunal de Justicia con el test empleado por el TEDH en *Romeo Castaño* (2019), escribe Sánchez Frías, comprobaremos que “el nivel de coincidencia es casi absoluto”. La diferencia se reduce a la posición que ocupa la protección de los derechos en los procedimientos de detención y entrega. El TEDH considera que la negativa a ejecutar una euroorden con base en la protección de los derechos fundamentales es en sí misma una respuesta adecuada, y convierte esta simple comprobación en el primer paso de su razonamiento. El Tribunal de Justicia, por su parte, no considera que una respuesta

63 STJ de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW C. Leden van de Ministerraad*, asunto C-303/05 [ECLI:EU:C:2007:261], párrafo 53.

64 STJ de 17 de julio de 2008, *Procedimiento relativo a la ejecución de una orden de detención europea emitida contra Szymon Kozłowski*, asunto C-66/08 [ECLI:EU:C:2008:437]; STJ de 1 de diciembre de 2008, *Procedimiento penal entablado contra Artur Leymann y Aleksei Pustovarov*, asunto C-388/08 PPU [ECLI:EU:C:2008:669]; STJ de 16 de noviembre de 2010, *Gaetano Mantello*, asunto C-261/09 [ECLI:EU:C:2010:683].

65 STJ de 29 de enero de 2013, *Radu*, asunto C-396/11 [ECLI:EU:C:2013:39] párrafo 20, donde se pregunta directamente al Tribunal de Justicia si la autoridad del Estado miembro de ejecución puede denegar una Euroorden basándose en el riesgo de incumplimiento de los derechos fundamentales contenidos en el CEDH y la CDFUE.

66 STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107], apartado 63, donde se afirma: “Permitir que un Estado miembro invocara el art. 53 [CDFUE] para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión Marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución, conduciría, al poner en cuestión la *uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión Marco*, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que esta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión Marco”. Sin resaltar en el original.

67 T] dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 192 donde se dice: “Cuando aplican el [DUE], los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no solo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el [DUE], sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión”. Sin resaltar en el original.

negativa basada en la protección de los derechos fundamentales sea en sí misma una respuesta adecuada, sino que se trata de una violación del principio de reconocimiento mutuo solo justificable en circunstancias excepcionales. De este modo, el Tribunal de Justicia aplica el test en sentido inverso: primero examina la excepcionalidad de las circunstancias y, si esta se cumple, entonces se podrá considerar adecuada la respuesta negativa a la solicitud de ejecución de una euroorden (Sánchez Frías, 2020: 186).

Esta variación jurisprudencial, concluye Sánchez Frías, supone que las posiciones del Tribunal de Justicia y del TEDH “se encuentran más cerca que nunca en cuanto al respeto de los derechos fundamentales en los procedimientos de cooperación penal, algo casi impensable tras la defensa a ultranza de la efectividad del principio de reconocimiento mutuo en el dictamen *nº 2/13*”<sup>68</sup>.

En el caso *Bivolaru y Moldovan c. Francia* (2021) donde se discute la entrega a las autoridades rumanas de dos ciudadanos rumanos solicitada mediante una euroorden con el fin de que cumplan una condena de prisión de 6 años y 7 años y seis meses respectivamente, el TEDH considera refutada la presunción de protección equivalente en uno de los casos. El primero de los demandantes se opuso a la entrega alegando el estatuto de refugiado concedido por Suecia y las razones políticas y religiosas de su condena en Rumania. Además, al igual que el segundo demandante, invocaron que la ejecución de la entrega en cuestión violó el artículo 3 (CEDH) al no considerarse las condiciones de detención deberían enfrentar en Rumania. Los demandantes invocaron a su favor -en las sucesivas instancias francesas- la jurisprudencia derivada del asunto *Aranyosi y Căldăraru* (2016)<sup>69</sup> y distintas sentencias del TEDH condenando a Rumania por las condiciones indignas de detención<sup>70</sup>.

El marco normativo involucrado en este caso demuestra la complejidad del entramado de derechos en el sistema de protección multinivel europeo: el TEDH interpreta los artículos 4 y 18<sup>71</sup> (CDFUE), la DM 2002/584/JAI<sup>72</sup>, el ar-

68 *Ídem*, p. 184. Para este autor: “El análisis que hace en 2019 el TEDH en el asunto *Romeo Casañón* sobre el riesgo de violación en el Estado miembro emisor, la posibilidad de control de los derechos fundamentales por el Estado de ejecución y el deber de solicitar información a las autoridades del Estado de emisión sobre las condiciones de detención conforme a la normativa belga que transpone la Decisión Marco de la orden de detención europea constituye una remisión implícita a la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia] sentada en 2016 en el asunto *Aranyosi-Căldăraru*” (*Ídem*). 69 STJ de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [ECLI:EU:C:2016:198].

70 Véase STEDH [sección tercera] de 10 de junio de 2014, *Voicu v. Rumania* [nº 22015 /10]; STEDH [sección tercera] de 10 de junio de 2014, *Bujorean c. Rumania* [nº 13054/12]; STEDH [sección tercera] de 10 de junio de 2014, *Mihai Laurențiu Marin c. Rumania*, nº [79857/12]; y STEDH [sección tercera] de 10 de junio de 2014, *Constantin Aurelian Burlacu c. Rumania* [nº 51318/12].

71 La norma citada dice: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

72 Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (DO L 190 de 18.7.2002, p. 1/20). Modificada

títulos 78 (TFUE) y el Protocolo nº 24 sobre el derecho de asilo de los nacionales de los Estados miembros de la UE, y la directiva 2011/95/UE<sup>73</sup>. A ello habría que sumar la Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el derecho francés aplicable al caso (Código Procesal Penal). Además, en Estrasburgo, tienen en cuenta la jurisprudencia de Luxemburgo en diversas intervenciones como en el asunto *Melloni* (2013) y en los asuntos acumulados *Aranyosi y Căldăraru* (2016).

El TEDH recuerda su jurisprudencia en el sentido de que la aplicación de la presunción de protección equivalente al ordenamiento jurídico de la UE está sujeta a dos condiciones: la ausencia de un margen de acción por parte de las autoridades nacionales, y el despliegue de todo el potencial del mecanismo de control previsto por el DUE<sup>74</sup>.

En cuanto a la aplicación del primer requisito el TEDH reafirma su convergencia interpretativa con el Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados *Aranyosi y Căldăraru* (2016). Confirmando que las consideraciones absolutas en relación al principio de confianza mutua hechas en el dictamen nº 2/13 fueron archivadas en Luxemburgo, el TEDH señala que “en la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia” la autoridad judicial de ejecución “estaba autorizada a hacer excepciones, en circunstancias excepcionales, a los principios de confianza y reconocimiento mutuo entre los Estados miembros aplazando o, en su caso, denegando la ejecución” de la euroorden<sup>75</sup>.

El TEDH “constata la convergencia”, en cuanto a la caracterización de un riesgo individual real, entre los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia que atribuye la responsabilidad de la autoridad judicial *de ejecución* de ejercer un control que comprende dos etapas relativas sucesivamente a la existencia, en la emisión Estado, de deficiencias sistémicas o generalizadas. Ello luego de que, evaluadas de manera concreta y precisa, de motivos serios y probados para creer que la persona en cuestión correrá un riesgo real de ser expuesta, debido a las condiciones de su detención en el Estado de emisión, al trato contrario al artículo 4 (CDFUE). Y los que resultan de la jurisprudencia del TEDH que impone a las autoridades nacionales la obligación de comprobar si existe un riesgo real e individualizable, evaluado de manera concreta, que esta persona, debido a las mismas circunstancias, será objeto de un trato contrario al artículo 3 (CEDH). De lo dicho se deduce que, la sala de

por la Decisión Marco del Consejo 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009.

73 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida* (DO L 337 de 20.12.2011, pp. 9-26).

74 STEDH [sección quinta] de 25 de marzo de 2021, *Bivolaru y Moldovan c. Francia* [nº 40324/16 y 12623/17], apartados 98 y 99. Sin resaltar en el original.

75 *Ídem*, apartado 113.

instrucción, debería haber denegado la ejecución de la euroorden si, al final del control descrito anteriormente, hubiera considerado que había motivos serios y probados para creer que el demandante sufriría, en caso de entrega, un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos y degradantes debido a sus condiciones de detención.

No obstante -aclara el TEDH en una notoria deferencia hacia Luxemburgo-, esta facultad de apreciación de los hechos y circunstancias así como de las consecuencias jurídicas que de ellos deben derivarse a disposición de la autoridad judicial

[...] se ejerce en el marco estrictamente definido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y para asegurar la ejecución de una obligación jurídica en pleno respeto del DUE, a saber, el artículo 4 (CDFUE), *que prevé una protección equivalente* a la que resulta del artículo 3 (CEDH). En estas condiciones, no puede considerarse que la autoridad judicial de ejecución disponga, para garantizar o denegar la ejecución de la Orden Europea de Detención, de un margen de maniobra autónomo que implique la no aplicación de la presunción de protección equivalente<sup>76</sup>.

En cuanto a la necesidad del plantear la cuestión prejudicial, el TEDH constata la ausencia, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de cualquier dificultad grave en relación con la interpretación de la DM y con la cuestión de su compatibilidad con los derechos fundamentales lo que hubiese permitido considerar que habría sido necesaria una remisión prejudicial. Por tanto, debe considerarse satisfecho el segundo requisito para la aplicación de la presunción de protección equivalente.

El TEDH se limita a comprobar si la protección de los derechos garantizados por el CEDH adolece en el presente caso de una “insuficiencia manifiesta” capaz de revertir la presunción, en cuyo caso el cumplimiento del CEDH como “instrumento constitucional de orden público europeo” en el campo de los derechos humanos pesaría más que el interés de la cooperación internacional. En este caso los jueces de Estrasburgo concluyen en que la autoridad judicial de ejecución disponía de fundamentos fácticos suficientemente sólidos, derivados en particular de su propia jurisprudencia, para caracterizar la existencia de un riesgo real que el demandante estaría expuesto a un trato inhumano y degradante debido a sus condiciones de detención en Rumanía. De ello se infiere, en las circunstancias particulares del caso, la existencia de una insuficiencia manifiesta en la protección de los derechos fundamentales como para anular la presunción de protección equivalente. En consecuencia, encuentra una violación del artículo 3 (CEDH).

En el caso concreto del Sr. Bivolaru el TEDH considera refutada la presunción de protección equivalente en razón de que la Corte de Casación

<sup>76</sup> *Ídem*, apartado 113.

francesa al no presentar una cuestión prejudicial sentencio dejando de lado el correspondiente mecanismo internacional de control del cumplimiento de los derechos fundamentales, en principio equivalente al de la CEDH impidiendo a éste desplegar todo su potencial. En vista de esta decisión y de la importancia de las cuestiones involucradas, “la presunción de protección equivalente no se aplica sin que sea necesario decidir sobre la primera condición”<sup>77</sup>. En consecuencia, corresponde al TEDH pronunciarse sobre la cuestión, en lo que respecta a las consecuencias del estatuto de refugiado del solicitante, si su entrega a las autoridades rumanas en ejecución de la euroorden es o no contraria al artículo 3 del CEDH<sup>78</sup>.

En primer lugar, el TEDH no encuentra indicios de que, en caso de entrega, el denunciante corría aún el riesgo de ser perseguido por motivos religiosos en Rumania. En estas circunstancias particulares, e incluso si las autoridades suecas no tenían intención de levantar el estatuto de refugiado de la demandante, el TEDH considera que la autoridad judicial de ejecución, tras un examen exhaustivo y completo de la situación personal de la demandante, no tenía bases fácticas suficientemente sólidas para caracterizar la existencia de un riesgo real de violación del artículo 3 (CEDH) y denegar, por esta razón, la ejecución de la euroorden<sup>79</sup>. En segundo lugar, el TEDH tampoco encuentra una violación al artículo 3 (CEDH) ya que considera que la descripción dada por el demandante de las condiciones de detención en los establecimientos penitenciarios rumanos a la autoridad judicial de ejecución, en apoyo de su solicitud de no ejecutar la euroorden, “no era suficientemente detallada ni suficientemente fundamentada para constituir prueba prima facie de un riesgo real de trato contrario al artículo 3 en caso de entrega a las autoridades rumanas”. A lo que agrega, teniendo en cuenta la función del juez de casación francés la cual escapa a toda apreciación fáctica a fortiori a la luz de elementos de los que no disponen los jueces de instrucción, fue inútil invocar por primera vez ante el Tribunal de Primera Instancia Casación, la sentencia *Aranyosi y Căldăraru* en un intento de establecer la realidad de las fallas estructurales. Teniendo en cuenta todos estos elementos, el TEDH considera que, en las circunstancias del caso,

[...] no correspondía a la autoridad judicial de ejecución solicitar información adicional a las autoridades rumanas sobre el futuro lugar de detención del demandante y sobre las condiciones y régimen de detención que se le ha reservado a fin de identificar la existencia de un riesgo real de que sea sometido a tratos inhumanos y degradantes en razón de sus condiciones de detención.

<sup>77</sup> *Ídem*, apartado 131. Se cita en apoyo de lo argumentado la STEDH [Sala quinta] de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [n° 12323/11], apartado 115, y la STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [n° 17502/07], apartado 111.

<sup>78</sup> *Ídem*, apartado 132.

<sup>79</sup> *Ídem*, apartado 141.

En estas circunstancias, el TEDH concluye que, a la vista de los elementos de que disponía y que no requerían un examen más profundo por su parte como se ha expuesto anteriormente, la autoridad judicial de ejecución no contaba con fundamentos fácticos sólidos que le permitieran caracterizar la existencia de un riesgo real de violación del artículo 3 (CEDH) y denegar, por este motivo, la ejecución de la euroorden. De todo lo anterior se desprende que la ejecución de la euroorden impugnada no supuso una violación del artículo 3 (CEDH)<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> *Ídem*, apartados 142-146.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CALAHORRO Augusto, “La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 61, 2018, pp. 973-1011.
- AGUILAR CALAHORRO Augusto, “Riflessioni sul primo rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale costituzionale spagnolo”, *Osservatorio dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti - AIC*, enero 2014.
- AGUILAR CALAHORRO Augusto, “La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011, pp. 471 a 512.
- ALÁEZ CORRAL Benito, “Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho constitucional español”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 40, 2017, pp. 245-277.
- ALÁEZ CORRAL Benito, “Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, 2012, pp. 359-385.
- ALCOBERRO LLIVINA Carina, “La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 90, 2011, pp. 17-65.
- ALONSO GARCÍA Ricardo, “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, 2020, pp. 13-51
- ALONSO GARCÍA Ricardo, “Un otoño prejudicial francés para la historia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 68, 2018, pp. 9-17.
- ALONSO GARCÍA Ricardo, “La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de Avotins v. Letonia)”, *WP IDEIR* nº 32 (2017).
- ALONSO GARCÍA Ricardo, *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Civitas – Thompson Reuters, Madrid, 2014.

- ALONSO GARCÍA Ricardo, “Constitución española y Constitución europea: guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73, 2005, pp. 339-364.
- ALONSO GARCÍA Ricardo, “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)*, nº 13, 2001, pp. 11-44.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ Leonardo, “Soberanía y democracia en el discurso europeo del Tribunal Constitucional alemán. ¿Una nueva defensa *ad extra* de la democracia?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, pp. 259-281.
- ANAGNOSTARAS Georgios, “Solange III? Fundamental Rights Protection under National Identity Review”, *European Law Review*, nº 2, 2017, pp. 234-253.
- ANAGNOSTARAS Georgios “Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru”, *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, pp. 1675-1704.
- ANZON DEMMIG Adele, “La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”, ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l’onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri”, *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 2/2017 (15-5- 2017).
- APPANAH David, “A propos des arrêts Aklagaren C/ Hans Akerberg Fransson et Stefano Melloni C/ Ministerio Fiscal rendus par la Cour de justice le 23 février 2013”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 118, nº 2, 2014, pp. 333-356.
- ARROYO JIMÉNEZ Luis, “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”, *WP IDEIR*. nº 8 (2011).
- ARZOZ SANTISTEBAN Xabier, “Euroorden, condiciones de reclusión y derechos fundamentales: Karlsruhe emplaza a completar Aranyosi (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 19 de diciembre de 2017)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 66, 2018, pp. 113-145.
- ARZOZ SANTISTEBAN Xabier, “Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 58, 2016, pp. 109-141.
- ASTOLA MADARIAGA Jasone, “Reflexiones en torno al control de constitucionalidad del Derecho Comunitario”, *Revista de Derecho Político*, nº 53, 2002, pp. 271-301.
- AZPITARTE SÁNCHEZ Miguel, “Identidad nacional y legitimidad del tribunal de justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 413-448.

- AZPITARTE SÁNCHEZ Miguel, “Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional.”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 55, 2016, pp. 941-975.
- BACHMAIER WINTER Lorena, “Diálogo entre Tribunales cinco años después de Melloni: reacciones a nivel nacional”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 45, 2018, pp. 209-231.
- BACHMAIER WINTER Lorena, “Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios *in absentia* en el Derecho Europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 56, 2015, pp. 153-180.
- BADINTER Robert, “Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 100, 2014/4, pp. 777-782.
- BALAGUER CALLEJÓN Francisco, “Constitucionalismo multinivel y Derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, vol. 2, 2008, pp. 133-158.
- BARBERA Augusto, “La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia”, *Quaderni costituzionali*, 2018-1, pp. 149-171.
- BASSET Antoine, “Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d’interprétation”, *Droit et société*, nº 82, 2012, pp. 713-732.
- BERNARDI Alessandro, “L’Ordinanza Taricco della corte costituzionale alla prova della pareidolia”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 60, nº 1, 2017, pp. 48-85.
- BERNARDI, Alessandro (coord.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene Editore, Napoli, 2017.
- BESSELINK Leonard F. M., “The parameters of Constitutional conflict after Melloni”, *European law review*, nº 4, 2014, pp. 531-552.
- BIGNAMI Marco, “I controlimiti nelle mani dei giudici comuni”, *forumcostituzionale.it* (16-10-2012).
- BIN Roberto, “È scoppiata la terza «guerra tra le Corti»? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione”, *federalismi.it*, nº 32/2020 (18-11-2020).
- BIN Roberto, “Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni”, *Rivista AIC*, 4/2018.
- BOGDANDY Armin von, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales”, *AA.VV. Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012, pp. 21-40.
- BON Pierre, “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 100, 2014, pp. 167-188.

- BON Pierre, “La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia ¿solución o problema?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 23, 2009, pp. 313-325.
- BRUCE Eva, “Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité?”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 63, 2005/3, pp. 539-560.
- BUENO ARMIJO Antonio María, “La protección de los derechos fundamentales por el juez nacional y el cumplimiento del derecho de la Unión: la inquietante jurisprudencia Melloni”, *Repensando la integración y las integraciones*, 2013, pp. 261-300.
- BURGORGUE-LARSEN Laurence, “Sobre un acercamiento dialógico al derecho constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 25, 2016.
- BUSTOS GISBERT Rafael, “La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 333-359.
- BUSTOS GISBERT Rafael, “¿Un insuficiente paso en la dirección correcta?: Comentario a la sentencia del TJUE (gran sala), de 5 de abril de 2016, en los casos acumulados Pal Aranyosi (C-404/15) y Robert Caldararu (C-659/15 PPU)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 40, 2016, pp. 138-155.
- BUSTOS GISBERT Rafael, “Elementos constitucionales en la red global”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 60, nº 2, 2012, pp. 21-43.
- BUSTOS GISBERT Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Editorial Porrúa, México, 2012.
- BUSTOS GISBERT Rafael, “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los Derechos”, AA.VV *Integración europea a través de Derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, 2009, pp. 147-168.
- CANO MONTEJANO José Carlos, *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- CANTARO Antonio, “Democracia e identidad constitucional después de la «Lissabon Urteil». La integración «protegida»”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 13, 2010.
- CARAVITA Beniamino, CONDINANZI Massimo, MORRONE Andrea, POGGI Anna María, “Da Karlsruhe una decisione poco meditata che avrebbe meditato maggiore ponderazione”, *federalismi.it*, nº 14/2020 (13.5.2020).
- CARMONA CONTRERAS Ana María, “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, 2016, pp. 13-40.

- CARRILLO Marc, “Procedimiento constitucional y convergencia jurisdiccional en la protección de derechos”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, n° 20, 2017, pp. 47-77.
- CARRILLO Marc, “La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos en la reforma de la Constitución francesa, según la ley constitucional de 23 de julio de 2008”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 2, 2010, pp. 587-600.
- CARTABIA Marta, “Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, *Rivista AIC/Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 3/2017 (16/07/2017).
- CASCAJO CASTRO José Luis, “Integración europea y constituciones nacionales”, en *Revista d’estudis autonòmics i federals*, n° 13, 2005, pp. 61-77.
- CATALÀ I BAS Alexandre H., “Diálogo entre tribunales y creación de un sistema de protección de Derechos Humanos abierto en red”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 28, 2016, pp. 13-47.
- CATALANO Stefano, “Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale”, *federalismi.it*, n° 10/2019 (22/05/2019).
- CHARPY Chloé, “Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État (Contribution à l’étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire)”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 79, 2009/3, pp. 621-647.
- CHESSA Omar, “Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020”, *DPCE online*, 2020/1.
- CIANCIO Adriana, “The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht’s Decision on the ECB’s public sector purchase program: an attempt to “break the toy” or a new starting point for the Eurozone?”, *federalismi.it*, n° 16/2020 (27.5.2020), pp. 36-47.
- CIRCOLO Andrea, “*Ultra vires e Rule of Law*: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici”, *I Post di AISDUE*, III (2021), aisdue.eu (15-7-2021).
- CIVELLO CONIGLIARO Silvio y LO FORTE Silvia, “Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell’Unione Europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia”, *Diritto Penale Contemporaneo* (3-06-2013).
- CODUTI Daniele, “Il diritto al silenzio nell’intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB”, *federalismi.it*, n° 22/2021 (22-09-2021).
- COLI Martina, “Sfida al primato del diritto dell’unione europea o alla giurisprudenza della corte di giustizia sulla rule of law? Riflessioni a margine della

- sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021”, *osservatoriosullefonti.it*, n° 3/2021.
- COLI Martina, “The judgment of the Strasbourg Court in Xero Flor v. Poland: The capture of the Polish Constitutional Court condemned by a European court, at last!”, *Diritti comparati* (21-7-2021).
- COMAZZETTO Giovanni, “Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017”, *federalismi.it*, n° 24/2018.
- CONTI Roberto Giovanni, “Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?”, *giustiziasinsieme.it* (4 marzo 2019).
- CORRADO Caruso, “La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017”, *forumcostituzionale.it* (18-12-2017).
- CORTÉS MARTÍN José Manuel, “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 17, Nr. 46, septiembre-diciembre 2013, pp. 935-971.
- CORTÉS MARTÍN José Manuel, “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 55, 2016, pp. 819-858.
- CORTI VARELA Justo, PORRAS BELARRA Javier, y ROMÁN VACA Carmen, “El control ultra vires del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, Honeywell)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 40, 2011, pp. 827-852.
- CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS Pablo, “Doble prejudicialidad: dos aproximaciones diversas ante una misma encrucijada”, *Revista de Estudios Europeos*, n° 75, 2020, pp. 27-40.
- CRUZ VILLALÓN Pedro y REQUEJO PAGÉS Juan Luis, “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 50, 2015, pp. 173-194.
- CRUZ VILLALÓN Pedro, “Legitimidad «activa» y legitimidad «pasiva» de los Tribunales Constitucionales en el espacio constitucional europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 33, 2014, pp. 141-149.
- CRUZ VILLALÓN Pedro, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- CURTI GIALDINO Carlo, “In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021”, *federalismi.it*, n° 24/2021 (20/10/2021).

- DANIELE Luigi, “Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte”, *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 54, n° 4, 2009, pp. 3551-3563.
- DANIELE Luigi, “La protezione dei diritti fondamentale nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d’insieme”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, n° 3, 2009.
- DE AMICIS Gaetano, “All’incrocio tra diritti fondamentali, mandato d’arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il «caso Melloni»”, *forumcostituzionale.it* (5-5-2013)
- DE BOER Nik, “Addressing rights divergences under the Charter: Melloni - Case C-399/11, Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2013”, *Common Market Law Review*, vol. 50, n° 4, 2013, pp. 1083-1103.
- DE LA TORRE MONMANY José María, “Comentario de la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de junio de 2010, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, procedimientos seguidos contra Aziz Melki y Sélim Abdeli”, *Cuadernos europeos de Deusto*, n° 44, 2011, pp. 181-197.
- DI FRANCESCO MAESA Costanza, “Effectiveness and primacy of EU law v. higher national protection of fundamental rights and national identity: a look through the lens of the Taricco II Judgment”, *Eucriim: the European Criminal Law Associations’ forum*, n° 1, 2018, pp. 50-56.
- DÍAZ CREGO María, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009.
- DÍAZ GONZÁLEZ Gustavo Manuel, “La “inconstitucionalidad” de la ley interna por vulneración del derecho de la Unión Europea”, *Revista de Administración Pública*, n° 202, 2017, pp. 91-130.
- DICOSOLA Maria, “La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?”, *Associazione Italiana dei Costituzionalisti-Osservatorio Costituzionale*, n° 1/2016 (18-04-2016).
- DONAIRE VILLA Francisco Javier, “Supremacía de la constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el tribunal constitucional y el tribunal de justicia de la UE en el asunto Melloni”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 39, 2017, pp. 637-654.
- DONAIRE VILLA Francisco Javier, “El diálogo del Tribunal Constitucional español con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Euroorden y los derechos fundamentales: el asunto Melloni”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n° 174, 2015, pp. 63-78.
- DONATI Filippo, “La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSCP: quale impatto sul processo di integrazione europea?”, *rivista.eu-rojus.it*, n° 3/2020, pp. 170-181.

- DUBOUT Edouard, “Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel - Réflexions autour de l’arrêt Melloni”, *Cahiers de Droit Européen*, vol. 49, n° 2, 2013, pp. 293-317.
- DUBOUT Edouard, “«Les règles ou principes inhérents à l’identité constitutionnelle de la France»: une supra-constitutionnalité ?”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 83, 2010/3, pp. 451-470.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, “La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 46 (3), 2010, pp. 577-587.
- ESPOSITO Mario, “L’Unione Europea: dal miraggio della federazione a fini perequativi al consolidamento dell’egemonia dei «più uguali»”, *DPCE online*, 2020/2.
- FAGGIANI Valentina, “El impacto del asunto Melloni en la construcción de un nuevo marco de protección de los derechos fundamentales en la UE”, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, 2018, pp. 415-432.
- FAGGIANI Valentina, “La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?”, *forumcostituzionale.it* (20-3-2015)
- FAGGIANI Valentina, “La sentenza Melloni: il Tribunale Costituzionale si arrende al primato del diritto dell’UE”, *Quaderni costituzionali*, n° 2, 2015, pp. 445-447.
- FAGGIANI Valentina, “Verso la definizione di uno «standard comune» di protezione del diritto ad un processo equo. (Gli effetti della «sentenza Melloni» nello spazio europeo di giustizia penale)”, *federalismi.it*, n° 19/2014 (15-10-2014)
- FARAGUNA Pietro, “Germania: il Mangold-Urteil del BverfG. Controllo ultra vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich”, *forumcostituzionale.it*
- FARAGUNA Pietro, “Rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale (nota a Corte di giustizia UE, C-112/13)”, *forumcostituzionale.it* (18-09-2014).
- FENUCCI Tullio, “A proposito della corte di giustizia UE e dei C.D. «controlimiti»: I casi Melloni e Taricco a confronto”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n° 1, 2018, pp. 95-110.
- FERRARI ZUMBINI Angela, “La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sulla BCE: una decisione contraddittoria”, *DPCE online*, 2020/2.
- FERRARO Luigi, “La Corte di Karlsruhe e il programma di acquisto dei titoli pubblici da parte della BCE (PSPP): principio democratico versus solidarietà?”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti - AIC*, n° 3/2021 (22/07/2021).

- FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- FIGUERUELO BURRIEZA Ángela, “El “diálogo aparente” entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)”, *Derechos y libertades en la sociedad actual*, 2014, pp. 1-20.
- GAÏA Patrick, “Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l’Europe ?”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 100, 2014/4, pp. 921-941.
- GALETTA Diana-Urania, “Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze”, *federalismi.it*, n° 14/2020 (7.5.2020), pp. 166-178.
- GALLO Daniele, “Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018”, *Rivista AIC*, n° 1, 2019 (4-03-2019).
- GAMBINO Silvio, “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 18, 2012, pp. 55-94.
- GAMBINO Silvio, “Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo”, *federalismi.it*, n° 13/14.
- GARCÍA COUSO Susana, “¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 39, 2017, pp. 529-548.
- GARCÍA ORTIZ Adrián, “Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea: Novedades con ocasión de la saga Taricco”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 30, 2018.
- GARCÍA ROCA Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 30, 2012, págs. 183-224.
- GARCÍA ROCA Javier, “Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n° 119, 2003, pp. 165-190.
- GARCÍA ROCA Javier, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CIVITAS - Thomson Reuters, 2019.
- GARCÍA SÁNCHEZ Beatriz, “Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE - Sentencia de 26.02.2013, Melloni, C-399/11 - “Cooperación policial y judicial en materia penal - Orden de detención europea - Procedimientos de entrega entre Estados miembros - Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido - Ejecución de una

- pena impuesta en rebeldía - Posibilidad de revisión de la sentencia”. ¿Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la eurorden europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, 2013, pp. 1137-1156.
- GARDOS-OROSZ Fruzsina, “Two Influential Concepts: Socialist Legality and Constitutional Identity and Their Impact on the Independence of the Judiciary”, *German Law Journal*, vol. 22, nº 4, 2021, pp. 1327-1343.
- GARLICKI L., “Cooperation of Courts: the Role of Supranational Jurisdictions in Europe”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, p. 509-530.
- GONZÁLEZ HERRERA Daniel, “Dinamarca contraataca: el caso Ajos, un nuevo desafío para el diálogo judicial”, *European Papers*, vol. 2, nº 1, 2017, pp. 329-338.
- GONZÁLEZ PASCUAL María Isabel, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán ante la compatibilidad con los Derechos Fundamentales de la normativa nacional de origen europeo de prevención de delitos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 34, 2009, pp. 945-966.
- GONZÁLEZ PASCUAL María Isabel, “Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH. Comentario a la Sentencia del TEDH Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 101, 2014, pp. 38-404.
- GORDILLO PÉREZ Luis Ignacio y TAPIA TRUEBA Ariane, “Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 22, 2014, pp. 245-270.
- GORDILLO PÉREZ Luis, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012.
- GREWE Constance, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité: à la recherche d’une frontière introuvable”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 100, 2014/4, pp. 961-970.
- GREWE, C., “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : à la recherche d’une frontière introuvable”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº100, 2014/4, pp. 961-970.
- GUALCO, “Clash of Titans 2.0. From Conflicting EU General Principles to Conflicting Jurisdictional Authorities: The Court of Justice and the Danish Supreme Court in the Dansk Industri Case”, *European Papers – European Forum* (26-03-2017).
- GUZZAROTTI Andrea, “Neutralità va cercando, ch’è sì cara! Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicità dei programmi di quantitative easing della BCE”, *DPCE online*, 2020/2.
- GUILLAUME Marc, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme”, *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 32, 2011, pp. 67-95.

- GUILLAUME Marc, “Question prioritaire de constitutionnalité: textes applicables et premières décisions”, *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 29, 2010, pp. 21-61.
- HÄBERLE Peter, “¿Tiene España y Europa una Constitución?”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 12, 2009, pp. 353-393.
- HÄBERLE Peter, “La regresiva «Sentencia Lisboa» como «Maastricht-II» anquilosada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 12, 2009, pp. 397-429.
- HÄBERLE Peter, “Aspectos de una teoría constitucional para Europa”, *Revista de Derecho Político*, nº 64, 2005, pp. 15-24.
- HAGUENAU-MOIZARD Catherine, “Identité constitutionnelle et mandat d’arrêt européen: l’exploitation de la jurisprudence «Melloni» par la Cour constitutionnelle allemande”, *Europe: actualité du droit communautaire*, vol. 26, nº 3, 2016, pp. 37-42.
- HALMAI Gábor, “National(ist) constitutional identity? Hungary’s road to abuse constitutional pluralism”, *EUI Working Paper*, LAW 2017/08.
- HALPÉRIN Jean Louis, “La question prioritaire de constitutionnalité: une révolution dans l’histoire du droit français?”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 28, 2010, pp. 31-34.
- HILPOLD Peter y PIVA Paolo, “Da «Solange» a «PSPP»: alla ricerca delle radici di un «diálogo tra Corti» naufragato in un incomprensibile soliloquio”, *federalismi.it*, nº 1/2021, pp. 57-84.
- HONG M., “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi”, *European Constitutional Law Review*, vol. 12, 2016, pp. 549-563.
- HOYOS SANCHO Montserrat de, “El juez español y la compleja cuestión de la determinación del ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea: en particular, en materia de garantías procesales de investigados y acusados”, *Revista de Estudios Europeos*, nº Extra 1, 2019, pp. 41-65.
- IACOMETTI Miryam, “Il caso Melloni e l’interpretazione dell’art. 53 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea tra Corte di Giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo”, *Osservatorio dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti - AIC*, octubre 2013.
- IGLESIAS SÁNCHEZ Sara, “Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE - Sentencia de 26.2.2013 (Gran Sala) - Aklagaren y Hans Akerberg Fransson, asunto C-617/10, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Ámbito de aplicación - Artículo 51 - Aplicación del derecho de la Unión - Artículo 50 - Principio non bis in idem”. La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, 2013, pp. 1157-1175.

- IGLESIAS SEVILLANO Héctor, “La construcción de un concepto de justicia europeo: La visión desde el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, 2018, pp. 123-137.
- 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, Asunto Melloni, C-399/11”, *La Ley Unión Europea*, nº 4, 2013, pp. 3-10.
- JACQUÉ Jean-Paul, “« Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies ». L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 69, 2007/1, pp. 3-37.
- JIMENA QUESADA Luis, “La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 271-306.
- JIMÉNEZ-BLANCO Antonio, “La compra de deuda pública por el Banco Central Europeo: notas sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020”, *Revista de Administración Pública*, nº 212, 2020, pp. 147-180.
- KORENICA F. y DOLI D., “No more unconditional «mutual trust» between the Member States: an analysis of the landmark decision of the CJEU in Aranyosi and Caldáru, *European Human Rights Law Review*, nº 5, 2016, pp. 542-555.
- KRUNKE Helle y KLINGE Sune, “Dinamarca y el «Caso Ajos» lo que se perdió en Maastricht y Lisboa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 41, 2018, pp. 381-406.
- LACOMETTI Miryam, “Il caso Melloni e l’interpretazione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo”, *Osservatorio dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti - AIC*, nº 1/2013.
- LATTANZI Giorgio, “Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco”, *Cassazione penale*, vol. 57, nº 6, 2017, pp. 2131-2135.
- LAVRANOS Nikolaos, “The Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals”, *Loyola Marymount University and Loyola Law School*, vol. 30, 2008, pp. 275-334.
- LEMAIRE Félicien, “Propos sur la notion de «souveraineté partagée» ou sur l’apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 92, 2012/4, pp. 821-850.
- LENAERTS Koen, “The autonomy of European Union Law”, *Post AISDUE*, I (2019).

- LIEBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien, y DAUMAS Vincent, “La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d’État”, *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 29, 2010, pp. 101-120.
- LIPARI Marco, “Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo”, *federalismi.it*, nº 3/2019 (06/02/2019).
- LLOPIS NADAL Patricia, “La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 23(1), 2019, pp. 111-141.
- LO CALZO Antonello, “Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo”, *federalismi.it*, nº 1/2021 (13-01-2021), pp. 85-121.
- LÓPEZ AGUILAR Juan Fernando, “De nuevo (y todavía) Polonia: “Rule of law” y art.7 TUE en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 44, 2019, pp. 137-176.
- LÓPEZ CASTILLO Antonio, “Del tránsito presidencial en la Sala 2.a del TCFA y de su reflejo en la superación de su disparatada sentencia Weiss, de 5 de mayo de 2020”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, pp. 333-366.
- LÓPEZ CASTILLO Antonio y POLAKIEWICZ Jörg, “De la cuestión prejudicial de convencionalidad en marcha”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 44, 2019, pp. 485-500.
- LÓPEZ CASTILLO Antonio, “¡Alto ahí a la «identidad constitucional»! un ejemplo (ya no tan) reciente de discontinuidad continuista en la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 387-412.
- LÓPEZ CASTILLO Antonio, “EUROPAEI, AUDI, QUID CONVENIT STATUITQUE DOMINA VERBUM! Una muestra (aún) reciente de la actual jurisprudencia ius europea del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 111, 2017, pp. 341-378.
- LOPÉZ CASTILLO Antonio, “Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del Tribunal Constitucional Federal alemán en perspectiva”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 165, 2014, pp. 117-139.
- LOPÉZ CASTILLO Antonio, “Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia Lisboa de 30 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional alemán”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 87, 2009, pp. 355-354.
- LÓPEZ CASTILLO Antonio, “Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 113, 2001, pp. 43-73.

- LÓPEZ GUERRA Luis María, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 163-188.
- LÓPEZ GUERRA Luis María, “Los protocolos de reforma no 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 49, 2014, pp. 11-29.
- LUPU Ernesto, “La *primauté* del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco”, *Diritto Penale Contemporaneo*, nº 1/2016 (29-01-2016).
- LUPU Nicola, “Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema «a rete» di tutela dei diritti in Europa”, *federalismi.it*, nº 13/2019.
- MACCORMICK Neil, “Risking Constitutional Collision in Europe?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18-3, 1998, p. 517-532.
- MACÍAS CASTAÑO José María, *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2014.
- MAGNON Xavier, “La QPC face au droit de l’Union : la brute, les bons et le truand”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 84, 2010/4, pp. 761-791.
- MANES Vittorio, “La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti”, *Diritto Penale Contemporaneo* (6-05-2016).
- MANZINI Pietro, “Verso un recesso de facto della Polonia dall’Unione europea?”, *rivista.curojus.it*, nº 4/2021.
- MARTÍN DELGADO Isaac, “Entre interpretación uniforme y garantía de correcta ejecución del derecho de la Unión. La obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en el contexto del recurso por incumplimiento. (Comentario a la Sentencia de 4 de octubre de 2018, Asunto C-416/17)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 69, 2019, pp. 119-158.
- MARTÍN RODRÍGUEZ Pablo 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”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 30, 2013.
- MARTÍN RODRÍGUEZ Pablo J., “La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Cldraru”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 55, 2016, pp. 859-900.
- MARTÍN RODRÍGUEZ Pablo J., “Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el Recurso de Amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, 2014, pp. 603-622.
- MARTÍN RODRÍGUEZ Pablo J., “Tribunal Constitucional - Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido

- por Don Stefano Melloni”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, 2014, pp. 603-622.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES José, “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *Revista d’estudis autonòmics i federals*, nº 13, 2011, pp. 97-145.
- MARTÍN Y PERÉZ DE NANCLAREZ José, “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, 2014, pp. 379-399.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ Mónica, “A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial”, *Revista de Derecho Político*, nº 105, 2019, pp. 315-358.
- MARTUFI Adriano, “La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all’ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale”, *Diritto Penale Contemporaneo* (11-05-2017).
- MASSA PINTO Ilenia, “Il conflitto sulle regole d’ingaggio tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: spunti di riflessione alla ricerca di un soggetto che «chiuda» il sistema”, *federalismi.it*, nº 19/2020 (17/06/2020).
- MASSA PINTO Ilenia, “Il giudizio d’incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d’ingaggio”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, nº 3/2019.
- MASTROIANNI Roberto, “La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo?”, *federalismi.it*, n. 7/2017 (5-04-2017).
- MATHIEU Bertrand, “La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité para la Cour de Luxembourg”, *Semaine juridique*, nº 17, 2010, pp. 866-867.
- MATHIEU Bertrand, “La guerre des juges n’aura pas lieu. À propos de la décision nº 2010-605 DC du Conseil constitutionnel”, *Semaine juridique*, nº 21, 2010, pp. 1077-1080.
- MATHIEU Bertrand, “Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l’homme: Coexistence-Autorité-Conflicts-Régulation”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 32, 2011, pp. 45-66.
- MATIA PORTILLA Francisco Javier, “De la doble a la triple prejudicialidad. ¿Es posible ordenar lo complejo?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 121, 2021, pp. 13-44.
- MATIA PORTILLA Francisco Javier, “Dos Constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74, 2005, pp. 341-360.

- MATIA PORTILLA Francisco Javier, “Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 106, 2016, pp. 479-522.
- MAUGÛE Christine, “Le Conseil et le droit supranational”, *Pouvoirs*, nº 105, 2003, pp. 53-70.
- MAYER Franz, “The European Constitution and the Courts Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *Jean Monnet Working Paper 9/03*, pp. 49-50.
- MENÉNDEZ Agustín José, “La Unión Europea en el espejo de Lisboa”, AA.VV *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 59-202.
- METAXAS Antonis, “Opinion 1/17: Autonomy of EU Legal Order and the Conflicting Context of International Investment Arbitration”, *European Papers*, vol. 6, 2021, nº 1, pp. 631-644.
- MITSILEGAS Valsamis, “Judicial concepts of trust in europe’s multi-level security governance: from Melloni to Schrems via opinion 2/13”, *Eucriim: the European Criminal Law Associations’ fórum*, nº 3, 2015, pp. 90-95.
- MOLINA DEL POZO Carlos Francisco, *Tratado de Derecho de la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, 2015.
- MOLITERNO James E. y ČUROŠ Peter, “Recent Attacks on Judicial Independence: The Vulgar, the Systemic, and the Insidious”, *German Law Journal*, vol. 22, nº 7, 2021, pp.1159-1191.
- MORI Paola, “Riflessioni sulla possibilità e sull’opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul PSPP”, *rivista.eurojus.it*, nº 3, 2020, pp. 112-122.
- MOSCHIERA Luigi, “Il controllo di costituzionalità «à la française»: rilievi critici e comparatistici”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, nº 20, 2017, pp. 47-77.
- MUÑOZ MACHADO Santiago, “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 50, 2015, pp. 195-230.
- OLAYA GODOY VÁZQUEZ, M., “Influencia del diálogo jurisdiccional en los sistemas europeos de protección de los Derechos Fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, nº 9, 2016, pp. 23-48.
- OLIVER LEÓN Baldomero, “La Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº119, 2003, pp. 221-259.
- PACE Lorenzo F., “Il BVerG e la sentenza sul programma PSPP: «c’è della logica in questa follia»? Il prevedibile «rientro» della «crisi istituzionale»

- annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020”, *federalismi.it*, n° 16/2020, pp. 299-309.
- PAONESSA Caterina y ZILLETTI Lorenzo (coor.), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’UE: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pacini editore, Pisa, 2016.
- PARODI Monica, “Diritti umani Vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell’UE sull’adesione dell’UE alla Cedu”, *federalismi.it*, n° 3/2016 (10/02/2016).
- PATRONI GRIFFI Filippo, “La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte Costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti”, *federalismi.it*, n° 20/2011 (19-10-2011).
- PEDRINI Federico, “Il cortocircuito dell’interpretazione ultra vires”, *DPCE online*, 2020/2.
- PELLEGRINI Daniele, “L’adesione dell’Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE”, *federalismi.it*, n° 17/2016 (07/11/2016).
- PÉREZ MANZANO Mercedes, “El mercado único de los derechos fundamentales y la protección de los principios y garantías penales”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 28, 2017.
- PÉREZ TREMP S Pablo, “Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al derecho comunitario, (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170/1984, de 8 de junio)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 13, 1985, pp. 157-182.
- PERNICE Ingolf y MAYER Franz, “De la constitution composée de l’Europe”, *WHI-Paper 1/01*.
- PERNICE Ingolf, “Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and «Multi-level Constitutionalism»”, *German Reports. XV International Congress on Comparative Law*, 1998.
- PERNICE Ingolf, “Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam”, *WHI-Paper 4/99*.
- PERNICE Ingolf, MAYER Franz y WERNICKE S., “Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism”, *WHI-Paper 11/01*.
- PHILIPPE Xavier, “La question prioritaire de constitutionnalité : à l’aube d’une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français...Réflexions après l’adoption de la loi organique”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 82, 2010/2, pp. 273-287.
- PISTORIO Giovanna, “L’operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all’ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale”, *Nomos*, n° 1/2021.

- PIZZOLO Calogero, “La obligatoriedad de doble instancia en los procedimientos administrativos sancionatorios en la jurisprudencia del TEDH”, *Temas de Derecho Administrativo*, abril 2021, pp. 199-214.
- PIZZOLO Calogero, *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*, ASTREA, Buenos Aires, 2017.
- PIZZOLO Calogero, *Derecho e Integración Regional*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- PLIAKOS Astéris y ANAGNOSTARAS Georgios, “Fundamental Rights and the New Battle over Legal and Judicial Supremacy: Lessons from Melloni”, *Yearbook of European Law*, vol. 34, nº 1, 2015, pp. 97-126.
- POIARES MADURO Miguel, “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 119, 2003, pp. 11-55.
- POLI Maria Daniela, “Mir gehört die letztentscheidungskompetenz! l’ennesimo dialogo-scontro tra bundesverfassungsgericht e corte di giustizia dell’Unione europea”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti - AIC*, nº 3/2016 (28/09/2016).
- PUNSET BLANCO Ramón, “Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 189-212.
- QUERALT JIMENEZ, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, AA.VV *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 229-255.
- RAFARACI Tommaso, “Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE”, *Processo penale e giustizia*, nº 3, 2014, págs. 1-5.
- RANDAZZO Alberto, “I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?”, *forumcostituzionale.it*
- RASK MADSEN M., PALMER OLSEN H., y SADL, U. “Competing Supremacies and Clash- ing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court’s Decision in the Ajos Case and the Nation- al Limits of Judicial Cooperation”, *University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, nº 32, 2017, pp. 1-17.
- RATTO TRABUCCO Fabio, “Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria, dopo la riforma francese del 2009 (nota a CGE, Grande Camera, 22 giugno 2010, C-188/10 e C189/10, Melki e Abdeli)”, *forumcostituzionale.it*
- REBOLLO Luis Martín, “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016, pp. 173-192.

- REESTMAN, J.H. y BESSELINK, L., “After Åkerberg Fransson and Melloni”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, 2013, pp 169-175
- REPETTO Giorgio, “Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla «doppia pregiudizialità» in materia di diritti fondamentali”, *Rivista AIC*, n° 4, 2019 (25-10-2019).
- REPETTO Giorgio, “La Cassazione sul caso *Taricco*, tra disapplicazione con effetti retroattivi in *malam partem* e mancata attivazione dei controlli”, *Rivista AIC- Associazione Italiana Costituzionalisti*, n° 2/2016 (15/05/2016).
- REPETTO Giorgio, “Una ragionevole apologia della *supremacy*. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale sul caso *Taricco*” *diritticomparati.it* (20-02-17).
- REQUEJO ISIDRO Marta, “Avotiņš c. Letonia, STEDH de 23 de mayo de 2016, As. 17502/07”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 40, 2016, pp. 187-201.
- REQUENA CASANOVA Millán, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 62, 2019, pp. 41-79.
- REVENGA SÁNCHEZ Miguel, “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n°41, 2012, pp. 139 a 150.
- REY MARTINEZ Fernando, “El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 5, 2000, pp. 289-355.
- RICCARDI Giuseppe, “«Patti chiari, amicizia lunga». La Corte Costituzionale tenta il «diálogo» nel caso *Taricco*, esibendo l’arma dei controlimiti”, *Diritto Penale Contemporaneo* (27-03-2017).
- RIDEAU Joël, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité: les orphelins de la pyramide”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, n° 3, 2009, pp. 602-630.
- RITLENG Dominique, “De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union. Les enseignements des arrêts *Akerberg Fransson* et *Melloni*”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 49, n° 2, 2013, pp. 267-292.
- RIZZA Laura, “il caso Melloni: la Corte di Giustizia risponde con il primato dell’Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese. a seguito di procedimenti in absentia”, *Online Working Paper* 2013/n° 53.
- ROCA TRÍAS Encarnación y GARCÍA COUSO Susana, “¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por

- vulneración de derechos y libertades fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 529-548.
- ROCA, María J., “La botella, ¿está medio llena o medio vacía?”, *DPCE online*, 2020/2.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO José María, “Sobre democracia, metodología y dinero. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 5 de mayo de 2020, sobre el PSPP”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, pp. 295-331.
- RODRIGUEZ IGLESIAS Gil Carlos y BAQUERO Julio, “Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, nº 4, 2006, pp. 291-346.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS Gil Carlos y VALLE GÁLVEZ Alejandro, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 2, 1997, pp. 239-376.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO SERRANO Miryam, “Diálogo entre jurisdicciones, «ultra vires» y rabetas: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional checo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013, pp. 371-398. «»
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO SERRANO Miryam, “La posición de las sentencias del tribunal de justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, pp. 483-514.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO SERRANO Miryam, “Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, 2016, pp. 117-150.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS Manuel A., “Derechos Fundamentales en la Unión Europea e interpretación constitucional”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 28, 2016, pp. 73-90.
- ROMBOLI Roberto, “Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po’). In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della «doppia pregiudizialità»”, *Consulta online*, nº 3/2019 (26/11/2019).
- ROMBOLI Roberto, “Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo”, *Rivista AIC*, nº 3, 2014.
- ROMBOLI Roberto, “Dalla “diffusione” all’ “accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale”, *Il Foro Italiano*, nº 1, 2018.
- ROMBOLI Roberto, “Il sistema di costituzionalità tra «momenti di accentramento» e «di diffusione»”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, nº 2/2020.

- ROMBOLI Silvia, “Los contra-límites en serio y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 28, 2017.
- ROMOLI Federico, “Le sentenze Radu e Melloni: due pronunce “conservatrici”, *Archivio penale*, n° 2, 2013.
- ROSAS, A., “The National Judge as EU Judge; Some Constitutional Observations”, *SMU Law Review*, vol. 67, n° 4, 2014, pp. 717-727.
- RUBIO LLORENTE Francisco, “«Divide et obtempera? ». Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 67, 2003, pp. 49-68.
- RUBIO LLORENTE Francisco, “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 48, 1996, pp. 9-33.
- RUBIO LLORENTE Francisco, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 64, 2002, pp. 13-52.
- RUGGERI Antonio, “Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell’Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)”, *Rivista di Diritti Comparati*, n° 1/2018, pp. 267-279.
- RUGGERI Antonio, “Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” (così mi distraigo un po’ anch’io...)”, *Consulta online*, n° 3/2019 (9/12/2019).
- RUGGERI Antonio, “Colpi di fioretto della Corte dell’Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)”, *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3, 2018, pp. 99-109.
- RUGGERI Antonio, “Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile”, *Consulta online*, n° 3/2018 (24-10-2018).
- RUGGERI Antonio, “I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo”, *Consulta online*, n° 1/2019 (25-3-2019).
- RUGGERI Antonio, “La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n° 20 del 2019)”, *Consulta online*, n° 1/2019 (25-2-2019).
- RUGGERI Antonio, “La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare «sistema»”, *diritticomparati.it* (2-04-2013).

- RUGGERI Antonio, “Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)”, *Consulta online*, nº 1 (22-04-2015).
- RUGGERI Antonio, “Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)”, *Diritto Penale Contemporaneo* (2-10-2017).
- RUGGERI Antonio, “Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il «dialogo» tra Corti europee e Corti nazionali”, *federalismi.it*, nº 18/2014 (1/10/2014).
- RUGGERI Antonio, “Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, nº 2/2001.
- RUGGERI Antonio, “Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)”, *Rivista di Diritti Comparati*, nº 3, 2017, pp. 234-247.
- RUGGERI Antonio, “Taricco, amaro finale di partita”, *Consulta on line*, nº 3/2018 (3-9-2018).
- RUGGERI Antonio, “Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)”, *forumcostituzionale.it*, ponencia presentata en el Convegno del Gruppo di Pisa su Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Capri 3-4 junio 2005.
- RUGGERI Antonio, “Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti” (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017) (27-01-2017), *Consulta on line*, nº 1/2017.
- RUIZ RUIZ Juan José, “El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, pp. 453-482.
- SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO Antonio, “La política monetaria del BCE ante el TCFA: la sentencia de 21 de junio de 2016 en el caso «OMT»”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 55, 2016, pp. 1067-99.
- SAÍZ ARNAIZ Alejandro, “De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada; la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, AA.VV *Constitución española y constitución europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 51-75.

- SAIZ ARNAIZ Alejandro, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?”, en *Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)*, nº 13, 2001, pp. 153-170
- SALINAS ALCEGA Sergio, “Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013 -Stefano Melloni y Ministerio Fiscal- (As. C-399/11)”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 2, 2014, pp. 49-52.
- SÁNCHEZ FRÍAS Alejandro, “Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 65, 2020, pp. 167-187.
- SANTOLINI Thierry, “La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 93, 2013/1, pp. 83-105.
- SANZ CABALLERO Susana, “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo vs. Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17, 2004, pp. 117-160.
- SARMIENTO Daniel, “Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 37, 2011, pp. 97-110.
- SARMIENTO Daniel, “La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen: L’arrêt Melki: esquisse d’un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 46, nº 3, 2010, pp. 588-598.
- SARMIENTO Daniel, “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 50, nº 5, 2013, pp. 1267-1304.
- SARMIENTO E., J. P., “La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 nº 2, 2016, pp. 463 - 486.
- SARRIÓN ESTEVE Joaquín, “Perspectivas de la tutela de los derechos fundamentales como límite a la primacía del Derecho de la Unión Europea”, *Memorial Certamen Premio de Investigación PDH-Derechos Humanos*, Cabillo Insular de Tenerife, 2014, pp.97-101.
- SARRIÓN ESTEVE Joaquín, “Sobre la necesidad de buscar el estándar o nivel más alto de protección de los Derechos fundamentales en el sistema de tutela multinivel en la Unión Europea”, *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*, nº 162, 2014, pp. 155-184.

- SARRIÓN ESTEVE Joaquín, “Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni”, *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. 1, 2016 (Tomo I), pp. 201-220.
- SARRIÓN ESTEVE Joaquín, *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dickinson S.L., Madrid, 2013.
- SAUER Heiko, “Substantive EU law review beyond the veil of democracy: the German Federal Constitutional Court ultimately acts as Supreme Court of the EU”, *EU LAW Live*, nº 16 (9-05-2020).
- SCACCIA Gino, “Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020-2, pp. 317-328.
- SCACCIA Gino, “Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017”, *Osservatorio AIC*, nº 2/2018 (7-05-2018).
- SCACCIA Gino, “L’inversione della «doppia pregiudiziale» nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi”, *forumcostituzionale.it* (25-01-2018).
- SCACCIA Gino, “Nazionalismo giudiziario e diritto dell’Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE”, *DPCE online*, 2020/2.
- SCHOLTES Julian, “Abusing Constitutional Identity”, *German Law Journal*, vol. 22, nº 4, 2021, pp. 534-556.
- SEGURA SERRANO Antonio, “La primacía y el control de constitucionalidad del derecho comunitario en Francia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 20, 2005, pp. 93-132.
- SHANY Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003.
- SHAW Jo, “Postnational constitutionalism in the European Union”, *Journal of European Public Policy*, vol. 6, nº 4, 1999, pp. 579-597.
- SIMON Denys y RIGAUX Anne, “La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité: harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés”, *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 29, 2010, pp. 63-88.
- SIMON Denys y RIGAUX Anne, “La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité: harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés”, *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 29, 2010, pp. 63-88.
- SIRAGUSA Mario y RIZZA Cesare, “L’“insostenibile leggerezza” del sindacato giurisdizionale sulle decisioni di politica monetaria della BCE”, *rivista.eu-rojus.it*, nº 3, 2020, pp. 208-214.

- SOCA TORRES, Issac, “Negativa a plantear cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional obligado a ello e inexistencia de vulneración del derecho a un juicio justo. Comentario de la sentencia del TEDH de 24 de abril de 2018, «Baydar»”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 61, 2018, pp. 1123-1139.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA Juan José, “Constitución y orden constitucional en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 119, 2003, pp. 57-79.
- SOMMA Alessandro, “Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell’ortodossia neoliberale”, *DPCE online*, 2020/2.
- SORRENTI Giusi, “Un’altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L’introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU”, *Forum di Quaderni Costituzionali* (08-09-2014).
- STEIN Torsten, “La jurisprudencia de los tribunales alemanes en relación con el derecho comunitario europeo”, *Revista de las Instituciones Europeas*, vol. 9, nº 3, 1982, pp. 785-811.
- STERN Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- TEGA Diletta, “Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione”, *questionegiustizia.it* (13-03-2018).
- TEGA Diletta, “La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei”, *forumcostituzionale.it* (24-01-2018).
- TENORIO SÁNCHEZ Pedro J., “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 31, 2013.
- TODA CASTÁN D. “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre las «OMT»: una respuesta y muchas preguntas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 24, 2017, pp. 1-38.
- TORRES MUR, Ignacio, “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*, nº 97, 2013, pp. 343-370.
- TORRES MURO Ignacio, “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*, nº 97, 2013, p. 343-370.
- TORRES PÉREZ Aida, “Melloni in three acts: From dialogue to monologue”, *European Constitutional Law Review*, vol. 10, nº. 2, 2014, pp. 308-331.

- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA Juan Ignacio y RIPOL CARULLA Santiago, “Continuismo y novedad? en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea”, *WP IDEIR* nº 12 (2012).
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA Juan Ignacio y RIPOLL CARULLA, “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)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 50, 2014, pp. 105-149.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA Juan Ignacio y RIPOLL CARULLA, Santiago, “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 Española de Derecho Europeo*, nº 46, 2013, pp. 151-197.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA Juan Ignacio y RIPOLL CARULLA, Santiago, “El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales: un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones”, *Instituto Vasco de Administración Pública-Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea*, 2017.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA Juan Ignacio, “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*, nº 32, 2013, pp. 391-428.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA Juan Ignacio, “Turbulencias sobre la primacía del Derecho de la UE: últimos desafíos, respuestas y aportaciones”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 78-79, 2021, pp. 13-52.
- VALLE GÁLVEZ Alejandro, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los TTCC”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 2, 1997, pp. 329 a 376.
- VAN RIJCKEVORSEL E., “Droits fondamentaux (arrêt «Akerberg Fransson»; arrêt «Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal»)”, *Revue du droit de l'Union Européenne*, nº 1, 2013, pp. 175-187.
- VECCHIO Fausto, “Más allá de «Lissabon urteil»: la saga de las «jubilaciones eslovacas» y la aplicación del «ultra vires review» según el juez constitucional checo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 18, 2012, pp. 395-400.
- VENTRONE Mario, “La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo”, *Associazione Italiana dei Costituzionalisti - Osservatorio Costituzionale*, nº 1/2015.

- VERNUCCIO, Salvatore, “La sentenza 269/2017: la Corte costituzionale di fronte alla questione dell’efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. ord. 3831/2018)”, *Osservatorio AIC*, n° 2/2018 (29-05-2018).
- VIGANÒ Francesco, “Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco”, *Diritto Penale Contemporaneo* (27-03-2017).
- VON BOGDANDY A. y SCHILL S., “Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty”, *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1417-1454.
- VOßKUHL Andreas, “La integración europea a través del derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal (alemán)”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 39, 2017, pp. 103-121.
- VOßKUHLE Andreas, “La integración europea a través del derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal (alemán)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 39, 2017, pp. 103-121.
- WEBER Albrecht, “El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 45, 1995, pp. 31-51.
- WEBER Albrecht, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 64, 2002, pp. 79-97.
- WEILER Joseph H. H., “The European Union Belongs to Its Citizens: Three Immodest Proposals”, *ELR* 22, 1997.
- WENDEL Mattias, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán entre protección jurídica y exceso competencial: Sobre la eficacia de los controles constitucionales nacionales en tiempos de crisis europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 39, 2017, pp. 123-162.
- WENDEL Mattias, “Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives”, *European Constitutional Law Review*, vol. 7, 2011, pp. 96 – 137.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El diálogo entre Tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 33, 2020.
- YANNAKOPOULOS Constantin, “L’influence du droit de l’Union européenne sur le système de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois: les paradigmes français et grec”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 91, 2012/3, pp. 537-561.
- ZAGREBELSKY Gustavo, “Intervento”, *I costituzionalisti e l’Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d’integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 531-539.
- ZAGREBELSKY Vladimiro, “L’UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia”, *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 1/2015, pp. 125-134.

- ZAMPETTI Giovanni, “Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico”, *federalismi.it*, nº 3/2020 (05/02/2020).
- ZANGHÌ Claudio, “La mancata adesione dell’Unione Europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia UE”, *Ordine internazionale e diritti umani* (03/15/2015).
- ZILLER Jacques, “L’insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemande. A propos de l’arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne”, *rivista.eurojus.it*, nº 3/2020, pp. 151-159.
- ZÜRN M., “The State in the Post-National Constellation”, *ARENA Working Papers WP 99/35*, 1999.

# ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

## Tribunal de Justicia (UE)

### Sentencias

- STJ de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración fiscal holandesa*, asunto C-26-62 [ECLI:EU:C:1963:1].
- STJ de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, asunto C-6/64 [ECLI:EU:C:1964:66].
- STJ de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70 [ECLI:EU:C:1970:114].
- STJ de 14 de mayo de 1974, *Nold*, asunto 4/73 [ECLI:EU:C:1975:114].
- STJ de 16 de enero de 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, asunto C-166/73 [ECLI:EU:C:1974:3].
- STJ de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, asunto 106/77 [ECLI:EU:C:1978:49].
- STJ de 6 de mayo de 1980, *Comisión c. Bélgica*, asunto 102/79 [ECLI:EU:C:1980:120].
- STJ de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, asunto C-283/81 [ECLI:EU:C:1982:335].
- STJ de 23 de abril de 1986, *Los verdes*, asunto 294/83 [ECLI:EU:C:1986:166].
- STJ de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, asunto C-314/85 [ECLI:EU:C:1987:452].
- STJ de 18 de octubre de 1989, *Orkem*, asunto C-374/87 [ECLI:EU:C:1989:387].
- STJ de 27 de junio de 1991, *Mecanarte*, C 348/89 [ECLI:EU:C:1991:278].
- STJ de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90 [ECLI:EU:C:1991:428].
- STJ de 28 de enero de 1995, *Kleinwort Benson*, asunto C346/93 [ECLI:EU:C:1995:85].
- STJ de 20 de marzo de 2003, *KutzBauer*, asunto C187/00 [ECLI:EU:C:2003:168].

- STJ de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, asunto C-224/01 [ECLI:EU:C:2003:513].
- STJ de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, asuntos acumulados C387/02, C391/02 y C403/02 [ECLI:EU:C:2005:270].
- STJ 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04 [ECLI:EU:C:2005:709].
- STJ de 6 de diciembre de 2005, *Gaston Schul Douane-expediteur*, asunto C-461/03 [ECLI:EU:C:2005:742].
- STJ de 10 de enero de 2006, *IATA y ELFAA*, C344/04 [ECLI:EU:C:2006:10].
- STJ de 29 de junio de 2006, *SGL Carbon*, asunto C-301/04 P [ECLI:EU:C:2006:432]
- STJ de 25 de enero de 2007, *Dalmine*, asunto C-407/04 [ECLI:EU:C:2007:53]
- STJ de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, C119/05 [ECLI:EU:C:2007:434].
- STJ de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P [ECLI:EU:C:2008:461].
- STJ de 10 de enero de 2008, *Comisión c. Portugal*, C70/06 [ECLI:EU:C:2008:3].
- STJ de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C 210/06 [ECLI:EU:C:2008:723].
- STJ de 24 de septiembre de 2009, *Erste Group Bank AG*, asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P [ECLI:EU:C:2009:576].
- STJ de 19 de noviembre de 2009, *Filipiak*, asunto C314/08 [ECLI:EU:C:2009:719].
- STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363].
- STJ de 22 de diciembre de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-279/09 [ECLI:EU:C:2010:811].
- STJ de 22 de junio de 2011, *Landtová*, asunto C-399/09 [ECLI:EU:C:2011:415].
- STJ de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, asunto C-619/10 [ECLI:EU:C:2012:531].
- STJ de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c. Hungría*, asunto C-286/12 [ECLI:EU:C:2012:687].
- STJ de 15 de enero de 2013, *Križan y otros*, asunto C 416/10 [ECLI:EU:C:2013:8]
- STJ de 26 de febrero de 2013, *Akerberg*, asunto C-617/10 [ECLI:EU:C:2013:105].

- STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107].
- STJ de 8 de abril de 2014, *Comisión c. Hungría*, C 288/12 [ECLI:EU:C:2014:237].
- STJ de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd y otros*, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 [ECLI:EU:C:2014:238].
- STJ de 11 de septiembre de 2014, asunto *A y otros*, C-112/13 [ECLI:EU:C:2015:354].
- STJ de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, asunto C- 5/14 [ECLI:EU:C:2015:354].
- STJ de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, asunto C62/14 [ECLI:EU:C:2015:400].
- STJ de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros*, asunto C-105/14, [ECLI:EU:C:2015:555].
- STJ de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva e Brito y otros*, asunto C-160/14, [ECLI:EU:C:2015:565].
- STJ de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [ECLI:EU:C:2016:198].
- STJ de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, asunto C-441/14 [ECLI:EU:C:2016:278].
- STJ de 28 de julio de 2016, *Tomášová*, asunto C-168/15 [ECLI:EU:C:2016:602].
- STJ de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría c. Consejo de la Unión Europea*, a asuntos acumulados C 643/15 y C 647/15 [ECLI:EU:C:2017:631].
- STJ de 20 de diciembre de 2017, *Global Starnet Ltd*, asunto C322/16 [ECLI:EU:C:2017:985]
- STJ de 4 de octubre de 2018, *Comisión c. Francia*, asunto C-416/17 [ECLI:EU:C:2018:811].
- STJ de 24 de octubre de 2018, *XC, YB, ZA*, asunto C234/17 [ECLI:EU:C:2018:853].
- STJ de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría c. Consejo de la Unión Europea*, a asuntos acumulados C 643/15 y C 647/15 [ECLI:EU:C:2017:631]
- STJ de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, asunto C-42/17, [ECLI:EU: C: 2017: 936].
- STJ de 21 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16 [ECLI:EU:C:2018:117].
- STJ de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16 [ECLI:EU:C:2018:158].
- STJ de 20 de marzo de 2018, *Di Puma*, asunto C-596/16 [ECLI:EU:C:2018:192]
- STJ de 20 de marzo de 2018, *Consob*, asunto C-597/16 [ECLI:EU:C:2018:192]

- STJ de 17 de abril de 2018, *Comisión c. Polonia*, asunto C-441/17 [ECLI:EU:C:2018:255].
- STJ de 24 de octubre de 2018, *X. C. y otros*, asunto C-234/17 [ECLI:EU:C:2018:853].
- STJ de 10 de diciembre de 2018, *Andy Wightman y otros*, asunto C-621/18 [ECLI:EU:C:2018:999].
- STJ de 25 de julio de 2018, *L.M.*, asunto C-216/18 PPU [ECLI:EU:C:2018:586].
- STJ de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, asunto C-493/17 [ECLI:EU:C:2018:1000].
- STJ de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia*, asunto C-619/18 [ECLI:EU:C:2019:531].
- STJ de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia*, asunto C-192/18 [ECLI:EU:C:2019:924].
- STJ de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros* (Independencia de la Sala Disciplinaria del TS), -asuntos C-585/18, C-624/18 y C-625/18 [ECLI:EU:C:2019:982].
- STJ de 12 de diciembre de 2019, *TB c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, asunto C-519/18 [ECLI:EU:C:2019:1070].
- STJ de 19 de marzo de 2020, *PG c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, asunto C-406/18 [ECLI:EU:C:2020:216].
- STJ de 19 de marzo de 2020, *LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, asunto C-564/18 [ECLI:EU:C:2020:218].
- STJ de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y Prokurator Generalny*, asuntos C 558/18 y C 563/18, [ECLI:EU:C:2020:234].
- STJ de 14 de mayo de 2020, *FMS y otros c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság y Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, asuntos acumulados C-924/19 PPU y C-925/19 [ECLI:EU:C:2020:367].
- STJ de 18 de junio de 2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C 78/18 [ECLI:EU:C:2020:476].
- STJ de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net y otros c. Premier ministre y otros*, acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18 [ECLI:EU:C:2020:791].
- STJ de 17 de diciembre de 2020, *Comisión c. Hungría*, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C:2020:1029].
- STJ de 2 de febrero de 2021, *Consob*, asunto C-481/19 [ECLI:EU:C:2021:84].
- STJ de 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros*, asunto C-824/18 [ECLI:EU:C:2021:153].
- STJ de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, asunto C-896/19 [ECLI:EU:C:2021:311].

- STJ de 18 de mayo de 2021, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros*, asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19 [ECLI:EU:C:2021:393].
- STJ de 3 de junio de 2021, *Comisión c. Hungría*, asunto C-650/18 [ECLI:EU:C:2021:426].
- STJ de 22 de junio de 2021, *B*, asunto C439/19 [ECLI:EU:C:2021:504].
- STJ de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C791/19 R [ECLI:EU:C:2021:596].
- STJ de 6 de octubre de 2021, *W. Ż.*, asunto C-487/19 [ECLI:EU:C:2021:798].
- STJ de 16 de noviembre de 2021, *W.B.*, asunto C-748/19 [ECLI:EU:C:2021:931].
- STJ de 16 de noviembre de 2021, *Comisión c. Hungría*, asunto C-821/19 [ECLI:EU:C:2021:930].
- STJ de 23 de noviembre de 2021, *IS*, asunto C 564/19 [ECLI:EU:C:2021:949]

### Conclusiones del Abogado General

- TJ, conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015 en el asunto C 62/14 [ECLI:EU:C:2015:7].
- TJ, conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 18 de julio de 2017 en el asunto C-42/17 [ECLI:EU:C:2017:564].
- TJ, conclusiones del Abogado General Evgeni Tanchev de 27 de febrero de 2020 en el asunto C-897/19 PPU [ECLI:EU:C:2020:128].

### Dictámenes

- TJ dictamen nº 1/76 de 26 de abril de 1977 sobre el *Proyecto de Acuerdo relativo a la creación de un Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior* [ECLI:EU:C:1977:63].
- TJ dictamen nº 1/91 de 14 de diciembre de 1991 sobre la creación de un *Espacio Económico Europeo* [ECLI:EU:C:1991:490].
- TJ, dictamen nº 2/94 de 28 de marzo de 1996 sobre la *Adhesión de la Comunidad al CEDH* [ECLI:EU:C:1996:140].
- TJ dictamen nº 1/00 de 10 de abril de 2002 sobre la creación del *Espacio Europeo Aéreo Común entre la Comunidad Europea y países terceros* [ECLI:EU:C:2002:231].
- TJ dictamen nº 1/09 de 8 de marzo de 2011 sobre el *Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes* [ECLI:EU:C:2011:123].
- TJ dictamen nº 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454].

-TJ dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019, sobre el *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus Estados miembros (CETA)* [ECLI:EU:C:2019:341].

## Autos

ATJ de 1 de marzo de 2011, *Chartry*, asunto C 457/09 [EU:C:2011:101].

ATJ de 17 de diciembre de 2018, *Comisión c. Polonia*, asunto C-619/18 [EU:C:2018:1021].

ATJ de 27 de julio de 2017 [EU:C:2017:622], de 11 de octubre de 2017 [EU:C:2017:794], y de 20 de noviembre de 2017 [EU:C:2017:877], *Comisión c. Polonia*, asunto C441/17 R (Bosque de Białowieża).

ATJ de 8 de abril de 2020, *Comisión c. Polonia*, asunto C-791/19 R [EU:C:2020:277].

ATJ de 14 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C-204/21 R [EU:C:2021:593].

ATJ de 6 de octubre de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C-204/21 R [EU:C:2021:834].

ATJ de 27 de octubre de 2021, *Comisión c. Polonia*, asunto C-204/21 R [EU:C:2021:878].

## Comunicado de prensa

TJ, comunicado de prensa nº 58/20 de 8 de mayo de 2020.

## Tribunal Europeo de Derechos Humanos

-Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 10 de julio de 1978, *C.F.D.T. c. Comunidades europeas y subsidiariamente contra la colectividad de sus Estados miembros y sus Estados miembros de forma individual*, asunto nº 8030/77.

-Comisión Europea de Derechos Humanos, *Associazione Spirituale per 'L'unificazione del Mondo Cristiano c. Italia*, decisión de 5 de octubre de 1985, asunto nº 11574/85.

-Comisión Europea de Derechos Humanos decisión de 19 de enero de 1989, *Dufay*, asunto nº 13539/88.

-Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 12 de mayo de 1993, *Société Divagsa c. España*, asunto n.º 20631/92.

-STEDH 8 de junio de 1976, *Engel y otros y Países Bajos* [nº 5100/71]

-Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión del 9 de enero de 1990, *M. & Co. c. Alemania*, asunto nº 13258/87.

- STEDH 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, [n° 14038/88]
- STEDH de 23 de junio de 1993, *Ruiz-Mateos c. España* [n° 12952/87].
- STEDH de 23 de noviembre de 1993, *Poitrimol c. Francia* [n° 14032/88]
- STEDH de 22 de septiembre de 1994, *Pelladoab c. Países Bajos* [n° 16737/90]
- STEDH de 22 de septiembre de 1994, *Lala c. Países Bajos* [n° 14861/89]
- STEDH de 23 de marzo de 1995 (excepciones preliminares), *Loizidou c. Turquía* [n° 15318/89].
- STEDH de 28 de septiembre de 1995, *Procola c. Luxemburgo* [n° 14570/89].
- STEDH de 16 de septiembre de 1996, *Süßmann c. Alemania* [n° 20024/92]
- STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia* [n° 17862/91].
- STEDH de 21 de enero de 1999, *Van Geyseghem c. Bélgica* [n° 26103/95]
- STEDH [Gran Sala] de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido* [n° 24833/94].
- STEDH [sección segunda] de 3 mayo de 2001, *J.B. c. Suiza* [n° 31827/96].
- STEDH [sección tercera] de 8 de enero de 2004, *Voggenreiter c. Alemania* [n° 47169/99].
- STEDH [Gran Sala] de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [n° 45036/98].
- STEDH [Gran Sala] de 1 de marzo de 2006, *Sejdovic c. Italia*, [n° 56581/00]
- STEDH de 7 de septiembre de 2006, *Grifhorst c. Francia* [n° 28336/02].
- STEDH [Gran Sala] de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [n° 30696/09].
- STEDH [sección quinta] de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [n° 12323/11].
- STEDH [sección segunda] de 8 de abril de 2014, *Dhabbi c. Italia* [17120/09].
- STEDH [sección tercera] de 10 de junio de 2014, *Voicu v. Rumania* [n° 22015 /10].
- STEDH [sección tercera] de 10 de junio de 2014, *Bujorean c. Rumania* [n° 13054/12].
- STEDH [sección tercera] de 10 de junio de 2014, *Mihai Laurențiu Marin c. Rumania*, n° [79857/12].
- STEDH [sección tercera] de 10 de junio de 2014, *Constantin Aurelian Burlacu c. Rumania* [n° 51318/12].
- STEDH 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*, [n° 140/10]
- STEDH [sección cuarta] de 12 de enero de 2016, *Szabó y Vissy c. Hungría* [n° 37138/14].
- STEDH [Gran Sala] de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia* [n° 17502/07].
- STEDH [Gran Sala] de 21 de junio de 2016, *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza* [n° 5809/08].

- STEDH [Gran Sala] de 23 de junio de 2016, *Baka c. Hungría* [nº 20261/12]
- STEDH de 12 de diciembre de 2017, *López Elorza c. España*, [nº 30614/15]
- STEDH [sección segunda] de 17 de abril de 2018, *Pirozzi c. Bélgica* [nº 21055/11].
- STEDH [Gran Sala] de 28 de junio de 2018, *G.I.E.M. s.r.l. y otros c. Italia* [nº 1828/06]
- STEDH [sección segunda] de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño c. Bélgica* [nº 8351/17].
- STEDH [Gran Sala] de 21 de noviembre de 2019, *Ilias y Ahmed c. Hungría* [nº 47287/15]
- STEDH [Gran Sala] de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España* [nº 8675/15 y 8697/15].
- STEDH [sección cuarta] de 5 de mayo de 2020, *Kövesi c. Rumanía* [nº 3594/19]
- STEDH [sección quinta] de 25 de marzo de 2021, *Bivolaru y Moldovan c. Francia* [nº 40324/16 y 12623/17]
- STEDH [sección primera] de 7 de mayo de 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* [nº 4907/18]
- STEDH [sección primera] de 29 de junio de 2021, *Broda y Bojara c. Polonia* [nº 26691/18 y 27367/18]
- STEDH [sección primera] de 22 de julio de 2021, *Reczkowicz c. Polonia* [nº 43447/19]

### *Corte Constitucional italiana*

- SCC italiana nº 13 de 16 de marzo de 1960
- SCC italiana nº 170 de 5 de junio de 1984.
- SCC italiana nº 102 de 13 de febrero de 2008.
- SCC italiana nº 56 de 10 de marzo de 2015.
- SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017.
- SCC italiana nº 20 de 23 de enero de 2019.
- SCC italiana nº 63 de 21 de febrero de 2019
- SCC italiana nº 112 de 6 de marzo de 2019.
- SCC italiana nº 11 de 9 de enero de 2020.
- SCC italiana nº 44 de 28 de enero de 2020.
- SCC italiana nº 84 de 30 de abril de 2021
- CC italiana ordenanza nº 103 de 13 de febrero de 2008.
- CC italiana ordenanza nº 207 de 18 de julio de 2013.
- CC italiana ordenanza nº 24 de 26 de enero de 2017.
- CC italiana, ordenanza nº 117/2019 de 10 de mayo

## TCFA

- STCFA de 18 de octubre de 1967, *European Community regulations* [BVerfGE 22, 293].
- STCFA de 9 de junio de 1971, *Milchpulver* [BVerfGE 31, 145].
- STCFA de 29 de mayo de 1974, *Solange I* [BVerfGE 37, 271].
- STCFA de 23 de junio de 1981, *Eurocontrol I* [BVerfGE 58, 1].
- STCFA de 22 de octubre de 1986, *Solange II* [BVerfGE 73, 339].
- STCFA de 8 de abril de 1987, *Kloppenburg* [BVerfGE 75, 223].
- STCFA de 12 de octubre de 1993, *Maastricht* [BVerfGE 89, 155].
- STCFA de 7 de junio de 2000, *Plátanos* [BVerfGE 102, 147].
- STCFA de 30 de junio de 2009, *Lisboa*, [BVerfGE 123, 267; asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09]
- STCFA de 6 de julio de 2010, *Honeywell* [2 BVR 2661/06].
- STCFA de 24 de abril de 2013, *Base de datos para combatir el terrorismo* [1 BvR 1215/07].
- STCFA de 15 de diciembre de 2015, *Euroorden*, [2 BVR 2735/14].
- STFA de 21 de junio de 2016 (Sala Segunda), *OMT* [2BvR 2728/13, 2BvR 2729/13, 2BvR 2730/13, 2BvR 2731/13, 2BvE 13/13].
- STCFA de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP* [2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15].

## TC portugués

- STC portugués nº 403 de 27 de agosto de 2015.
- STC portugués nº 773 de 27 de agosto de 2015.
- STC portugués nº 242 de 8 de mayo de 2018.
- STC portugués nº 422 de 15 de julio de 2020.

## TC español

- STC español nº 28 de 14 de febrero de 1991
- STC español nº 64 de 22 de marzo de 1991
- STC español nº 58 de 19 de abril de 2004
- DTC nº 1 de 13 de diciembre de 2004
- ATC español nº 86 de 9 de junio de 2011
- STC español nº 26 de 20 de febrero de 2014
- STC español nº 35 de 3 de marzo de 2016
- STC español nº 140 de 20 de diciembre de 2018
- ATC español nº 116 de 22 de septiembre de 2020

### *TC checo*

- STC checo n° 405/02 de 3 de junio de 2003, *Seguro de pensión* [Pl. ÚS 405/02].
- STC checo n° 50/04 de 8 de marzo de 2006, *Cuotas de azúcar III* [Pl. ÚS 50/04].
- STC checo n° 19/08 de 26 de noviembre de 2008, *Tratado de Lisboa I* [Pl. ÚS 19/08].
- STC checo n° 29/09 de 3 de noviembre de 2009, *Tratado de Lisboa II* [Pl. ÚS 29/09].
- STC checo n° 5/12 de 31 de enero de 2012, *Pensiones eslovacas* [Pl. ÚS 5/12].

### *TC polaco*

- STC polaco de 31 de mayo de 2004, *Elecciones al Parlamento Europeo* [K 15-04].
- STC polaco de 11 de mayo de 2005, *Tratado de Adhesión* [K 18-04].
- STC polaco de 25 de abril de 2005 [P 1/05].
- STC polaco de 5 de octubre de 2010 [SK 26/08].
- STC polaco de 24 de noviembre de 2010 [K 32/09].
- STC polaco de 3 de diciembre de 2015 [K 34/15].
- STC polaco de 9 de diciembre de 2015 [K 35/15].
- STC polaco de 20 de abril de 2020 [U 2/20].
- STC polaco de 15 de junio de 2021 [P 7-20].
- STC polaco de 14 de julio de 2021 [P 7/20].
- STC polaco de 7 de octubre de 2021 [K 3/21].
- STC polaco de 24 de noviembre de 2021 [K 6/21].

### *TC húngaro*

- STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 [22/2016].

### *TC rumano*

- STC rumano n° 683 de 27 de junio de 2012,
- STC rumano n° 64 de 24 de febrero de 2015,
- STC rumano n° 104 de 6 de marzo 2018.
- STC rumano n° 446 de 29 de mayo de 2018.
- STC rumano n° 390 de 8 de junio de 2021.

### *TS danés*

- STS danés 6 de abril de 1998, *Maastricht* [UfR 1998.800].

- STS danés de 20 de febrero de 2013, *Lisboa*, caso 199/2012, [UfR2013.1451H].
- STS danés de 6 de diciembre de 2016, caso 15/2014.

### *Consejo Constitucional francés*

- Consejo Constitucional francés, decisión nº 71-44 DC, de 16 de julio de 1971.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 74-54 DC de 15 de enero de 1975.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 93-323 DC de 5 de agosto de 1993.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 97-394 DC de 31 de diciembre de 1997.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 2004-496 DC de 10 de junio de 2004.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 2004-505 DC de 19 de noviembre de 2004.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 2006-540 DC de 27 de julio de 2006.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 2007-560 DC de 20 de diciembre de 2007.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 2009-595 DC de 3 de diciembre de 2009.
- Consejo Constitucional francés, decisión nº 2010-605 DC de 12 de mayo de 2010.

### *Consejo de Estado francés*

- Consejo de Estado francés, sentencia de 20 de octubre 1989 (*Nicolo*).
- Consejo de Estado francés, resolución nº 312305 de 14 de mayo de 2010.

### *Corte de Casación francesa*

- Corte de Casación francesa, sentencia de 24 de mayo de 1975 (*Société des cafés Jacques Vabre*).
- Corte de Casación francesa, sentencia de 10 de abril de 2020.

