

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO ANTES Y DESPUÉS DEL CASO MELLONI

RAMÓN PUNSET BLANCO

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo*

SUMARIO

I. Jurisdicción constitucional y Derecho europeo. II. Supremacía constitucional y primacía del Derecho europeo. III. Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo: el caso Melloni. IV. Certidumbres y perplejidades.

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO EUROPEO

¿Cuál es la relevancia que en los procesos constitucionales se otorga usualmente al Derecho europeo y a su aplicación por nuestros poderes públicos? Siguiendo una larga línea doctrinal que separa el ámbito de la jurisdicción constitucional —y el canon de enjuiciamiento que en ella se emplea— de la nomoflaxis del Derecho europeo, el Tribunal Constitucional (TC), en su Sentencia 134/2011¹, señala de nuevo que, si bien es de apreciar la conexión entre las dos leyes recurridas y la normativa europea, reiteradamente ha venido diciendo que «aunque se trate de disposiciones que articulan o aplican otras del Derecho derivado europeo [...] las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991 y 236/1991), la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los

1 Desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de noviembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la LO 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la misma (cfr. Fundamentos Jurídicos [FJ] 6, 7 y 8).

criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias, pues *la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental» (STC 79/1992, FJ 1). Ello no resulta óbice para reconocer que prestar atención a cómo se ha configurado una institución por la normativa comunitaria «puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial» (STC 13/1998, FJ 3)². Además de esto, es de advertir que «la integración de España en la Comunidad Económica Europea no significa que por mor del art. 93 [de la CE] se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E.» (SSTC 28/1991, FJ 4, y 64/1991, FJ 4). Así, en suma, *el Derecho comunitario no se erige en parámetro de constitucionalidad en nuestro orden interno*³, ya que «no corresponde a este Tribunal [...] pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y el sistema normativo de la Unión Europea» (SSTC 28/1991, FJ 5, 64/1991 y 147/1996)⁴.

2 En la STC 141/2016 (FJ 3) se reitera esta doctrina y se añaden nuevas precisiones. Así, se recuerda que «en el ámbito de resolución de disputas competenciales, bien sea en conflictos de competencias o en procesos de inconstitucionalidad, el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario»; si bien «tampoco cabe ignorar <la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el art. 93 CE>... , función que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar». Además, «las exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales... En la incorporación de las directivas al ordenamiento interno como, en general, en la ejecución del Derecho de la Unión por los poderes públicos españoles se deben conciliar, en la mayor medida posible, el orden interno de distribución de poderes, por un lado, y el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión, por otro». Y concluye en este punto la STC 141/2016 con una afirmación que evidencia el carácter de referencia hermenéutica que el Tribunal atribuye al Derecho europeo en las controversias propias del Estado autonómico: «Sin perjuicio de que el orden de distribución de competencias obedezca exclusivamente a las pautas del Derecho interno, hemos de tomar en consideración el Derecho de la Unión Europea como elemento interpretativo necesario para el análisis de las disposiciones objeto de este proceso». La aplicación de tal premisa podría, pues, obligar al TC a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

3 Véase igualmente, entre las resoluciones más recientes, la STC 128/2016, FFJJ 2 y 3.

4 Lo propio sucede, naturalmente, con el Derecho internacional. Así, por ejemplo, quien impugnó el RD-ley 9/2013, de 12 de julio, por entender que algunos de sus preceptos contravenían lo dispuesto en el Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994, recibió esta contestación de la STC 270/2015 (FJ 6): el Tribunal ha declarado reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetros valorativos de la posible inconstitucionalidad de las leyes, pues «la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico

Casi inmediatamente después de la STC 134/2011, la STC 136/2011⁵, ante la impugnación de un precepto legal a causa de su pretendida contradicción con el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), reitera que el Tribunal es juez de la constitucionalidad de las normas, no de su «comunitariedad»; que no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho europeo, pues ese control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria y, en su caso, al TJUE; y que la verificación de la contradicción entre una norma estatal y una norma europea es una tarea «que este Tribunal ha excluido, en principio, de los procesos constitucionales..., habida cuenta de que ni el Derecho comunitario originario ni el derivado <poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley>». Añade, con abundancia de citas jurisprudenciales, que ello no impide que tanto las disposiciones de los tratados internacionales cuanto las del Derecho comunitario derivado puedan, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, constituir valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, cuyo concreto contenido precisará el TC «a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas», según señalaba la Declaración del TC 1/2004.

En materia de tutela de los derechos fundamentales, las fronteras entre el campo de la constitucionalidad y el de la conformidad de las disposiciones nacionales con el Derecho europeo —y por tanto el ámbito natural de actuación del TC— se precisan nuevamente en la STC 58/2004 (FJ 11), que confirma la línea jurisprudencial seguida hasta entonces. No cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones europeas, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos (STC 64/1991, FJ 4 a)], al no pertenecer al ámbito de competencia del Tribunal «la salvaguardia del respeto de las normas de Derecho comunitario, existiendo en dicho ordenamiento órganos y procedimientos adecuados a este fin» (STC 143/1994, FJ 8). Añade, no obstante, a renglón seguido que semejante consideración no inhabilita al TC para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho europeo y el Derecho interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno de los derechos susceptibles de protección en vía de amparo. Ello porque «en la medida en que se impugne en amparo

14 *in fine*), sino que como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan» (SSTC 28/1991... y 207/2013...). En suma, «no corresponde a este Tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni éstos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad» (STC 142/1993, FJ 3).

5 Dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 89 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra numerosas disposiciones de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (cfr. FJ 12 d)).

un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución» (STC 64/1991, *loc. cit.*).

Estaba claro, sin embargo, que tarde o temprano —y, al menos, en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental a una resolución judicial adoptada de conformidad con el sistema de fuentes establecido— se produciría una conexión entre el ordenamiento constitucional y la eficacia del Derecho europeo. Tal es precisamente el supuesto que contempla la STC 145/2012, donde el Tribunal, en vía de recurso de amparo, trata de determinar si el deliberado apartamiento de un órgano judicial (que estaba revisando una sanción administrativa) respecto de lo resuelto en una sentencia por el TJUE infringía no ya el Derecho europeo, sino la Constitución misma. Ello requería determinar, de acuerdo con el sistema constitucional de fuentes, si dicho juzgador tenía la ineludible obligación jurídica de aplicar la declaración contenida en la sentencia del TJUE, «so pena de incurrir en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección irracional de la norma jurídica aplicable», o si podía entender que esa sentencia sólo poseía efectos *ex nunc*, de modo que la decisión del órgano judicial pertenecía al ámbito de la selección normativa correspondiente a la jurisdicción ordinaria, sobre la que el TC no podía pronunciarse⁶. Pues bien: tras recordar la doctrina jurisprudencial más relevante sobre el principio de primacía del Derecho de la UE y su efecto directo para los ciudadanos de los Estados miembros, así como sobre la fuerza ejecutiva de las sentencias del TJUE y su eficacia *ex tunc*, concluye el TC que el órgano judicial debió inaplicar la norma legal en cuya infracción se había basado la sanción impuesta, dada su oposición al Derecho europeo, según la explícita declaración del Tribunal de Justicia. Además, tal oposición convertía la sanción en lesiva del derecho fundamental a la legalidad punitiva (art. 25.1 CE), al ser atípica la conducta sancionada por resultar la disposición legislativa de cobertura contraria al Derecho de la Unión. Así, pues, la declaración por el TJUE de la ilicitud de la norma sancionadora «impone a los órganos jurisdiccionales españoles (incluido, desde luego, este Tribunal) la obligación de inaplicarla, extrayendo de esta operación jurídica las consecuencias oportunas»⁷.

También la STC 232/2015 examina si la inaplicación del Derecho europeo por la Administración y los órganos judiciales infringe la Constitución. Se trata de resolver un recurso de amparo interpuesto contra la decisión de no reconocer al recurrente, funcionario interino, el derecho a percibir los complementos específicos de formación popularmente conocidos como «sexenios», que le hubieran

6 STC 145/2012, FJ. 4.

7 STC 145/2012, FFJJ 5 y ss.

correspondido de ser funcionario de carrera. El Tribunal Constitucional había acordado la admisión a trámite del recurso porque, entre otras razones, «sus circunstancias podían permitir desarrollar nuestra doctrina sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea»⁸. No hay en esta sentencia, sin embargo, tal desarrollo, sino reiteración de la doctrina constitucional anterior⁹, según la cual: 1) Dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano judicial que esa ley es contraria al Derecho de la UE, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el TJUE, resulta contrario al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una «duda objetiva, clara y terminante»¹⁰ sobre esa supuesta contradicción. 2) En cambio, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional que uno de los litigantes considera contraria al Derecho de la Unión, no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria. 3) Ahora bien, *si corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación del mismo efectuada por el TJUE*. En tales casos el desconocimiento y preterición de ese Derecho puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Y eso es lo que sucede en el supuesto analizado por la STC 232/2015, al inaplicarse una Directiva interpretada por el TJUE en el sentido de excluir la diferencia de trato entre unos funcionarios y otros.

8 STC 232/2015, FJ 2.

9 STC 232/2015, FJ 5.

10 En la STC 58/2004 se aclara el alcance de estos términos. Señala en ella el Tribunal Constitucional que «el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador del Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías», dado el carácter de la ley en un sistema democrático como expresión de la voluntad popular. *No corresponde al TC, sin embargo, resolver si existe o no una contradicción entre la normativa interna y el Derecho europeo que justifique la inaplicación de aquella*, debiendo ceñirse, única y exclusivamente, a verificar si el órgano judicial español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías (art. 24.2 CE), o si, por el contrario, estaba obligado previamente a plantear la cuestión prejudicial interpretativa (FJ 11). En el caso enjuiciado ese órgano jurisdiccional, obrando de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, había apreciado la existencia de tal contradicción, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho europeo donde antes no existía, de manera que, conforme a la propia jurisprudencia del TJUE, tendría que haber planteado la cuestión prejudicial. «Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda... no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva), sino como inexistencia objetiva, clara y terminante de duda alguna en su aplicación» (FJ 13).

Por lo tanto, cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho europeo y se dan las circunstancias para dicho planteamiento, «debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario». Los órganos judiciales, en suma, «sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido» (FJ 14).

¿Puede albergarse por un órgano judicial, en relación con un precepto de Derecho interno, una duda tanto de constitucionalidad como de oposición al Derecho europeo? Así sucede en el supuesto enjuiciado por la STC 35/2016¹¹. ¿Qué hacer en tal circunstancia? El TC considera que la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el TJCE no impide el planteamiento (posterior, se entiende) de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo precepto legal, «pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni [dicha resolución del TJCE, cabe suponer] condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad»¹². Veamos estos dos aspectos por separado.

En primer lugar¹³, resulta obvio que si la decisión sobre la cuestión prejudicial fuese estimatoria, la ley nacional dejaría de ser aplicable al caso por el juez *a quo* y en consecuencia devendría insusceptible de cuestionarse ante el TC, habida cuenta del tenor literal del art. 163 CE («...norma con rango de ley, *aplicable al caso...*») y del consiguiente carácter exclusivamente concreto de esa clase de control de constitucionalidad. Semejante conclusión implica, a mi juicio, la inadmisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad no sólo en el supuesto anterior, sino también cuando se hallare pendiente una cuestión prejudicial. Sería, en efecto, improcedente que el TC se pronunciase sobre la constitucionalidad de una norma quizás inaplicable por contravenir el Derecho europeo¹⁴. Desde luego, la pendencia de una cuestión de inconstitucionalidad en nada impide la admisibilidad de una cuestión prejudicial¹⁵, aunque ésta ha de plantearse por un órgano judicial distinto de aquel que promovió la intervención del TC, toda vez que las actuaciones judiciales de dicho promotor se encuentran suspendidas *ex lege* (art. 35.3 LOTC). Eso sí, la declaración por el TC de la

11 El caso era el siguiente: la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el RD 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles. La actora cuestionaba la compatibilidad de la obligación inversora —que hallaba amparo legal en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 89/552/CEE sobre coordinación de actividades de radiodifusión televisiva de los Estados miembros— con el Derecho comunitario y con los arts. 14, 20, 31.3 y 33 CE. El órgano judicial (la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del TS) planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) varias cuestiones prejudiciales, desestimadas mediante Sentencia de 5 de marzo de 2009 (asunto C-222/07). Con posterioridad, y en el seno del mismo proceso ordinario, se formuló cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 25/1994, en la versión modificada por las Leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio, por entender infringida la libertad de empresa (art. 38 CE).

12 STC 35/2016, FJ 6.

13 Véase P. CRUZ VILLALÓN y J.L. REQUEJO PAGÉS, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, 2015, pp. 173-194, artículo que contiene interesantes reflexiones acerca de los problemas que plantea la concurrencia de diversos procedimientos incidentales que se rigen por parámetros de licitud diferentes, uno de validez y otro de aplicabilidad.

14 Cfr. el ATC 168/2016, que se pronuncia de manera concluyente al respecto (FJ 4). Véanse en igual sentido los AATC 183, 185 y 202 a 205/2016.

15 Cfr. P. CRUZ VILLALÓN y J.L. REQUEJO PAGÉS, *ob. cit.*, p. 193.

invalidez y nulidad de una norma inconstitucional debería conllevar la crisis procesal de la cuestión prejudicial suscitada sobre el mismo precepto¹⁶.

En segundo lugar, la afirmación de que la sentencia del TJCE no condiciona el pronunciamiento posterior del Tribunal Constitucional es totalmente errónea, y curiosamente la propia STC 35/2016 se encarga de desmentirla. Para resolver la cuestión de inconstitucionalidad formulada, el Tribunal debe determinar únicamente, desde luego, si la ley cuestionada infringe o no la libertad de empresa proclamada por el art. 38 CE. Del mismo modo, al pronunciarse sobre la cuestión prejudicial, el TJCE sólo podía tener en cuenta el ordenamiento comunitario. Ahora bien, siendo ello formalmente así sin duda alguna, en este caso —en el que la ley impugnada incorpora a nuestro Derecho una Directiva comunitaria— el TC hace que la Constitución española y el Derecho europeo confluyan en la integración del canon de enjuiciamiento de la disposición legal objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. Dice, en efecto, el Tribunal que, «tratándose de limitaciones a la libertad de empresa, la pertenencia de España a un espacio de libre circulación de personas, servicios y capitales, como es la Unión Europea, y la conformidad de la medida cuestionada [el precepto legislativo español] con esas libertades y principios apreciada por el Tribunal de Luxemburgo, hace que esta jurisdicción constitucional deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas por este último en ese proceso anterior sobre la misma medida ahora sometida a nuestro control, al haber sido esa medida contrastada en ese proceso anterior con normas que en última instancia persiguen preservar el mismo interés jurídicamente protegido en el art. 38 CE»¹⁷.

Dicho todo esto, no resulta menos cierto que en cualquier procedimiento en que, por parte del TC, tenga lugar, dentro de la *ratio decidendi* de su resolución, un juicio de confrontación o un examen de compatibilidad del Derecho europeo con la Constitución ha de intervenir previamente, de modo indefectible, el TJUE a través de la cuestión prejudicial. En efecto, si el TC es el «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC), el TJUE tiene encomendada la garantía del «respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» y ostenta indudablemente la supremacía hermenéutica respecto del Derecho de la Unión, así como el monopolio del enjuiciamiento de la validez de los actos adoptados por las instituciones europeas (arts. 19 del Tratado de la Unión Europea [TUE] y 267 TFUE). De este modo, aunque es verdad que, según proclama reiteradamente el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán, los Estados miembros de la UE son, de

16 Como observan CRUZ y REQUEJO, la ley declarada inconstitucional es inaplicable a todos los efectos, y por lo tanto también en el supuesto de que sea compatible con el Derecho europeo. Esto puede ocasionar problemas al Estado miembro en algunas circunstancias, como cabe imaginar (cfr. ob. cit., p. 180).

17 STC 35/2016, FJ 6 (la sintaxis resulta deplorable). Tras extractar varias frases de la sentencia del TJCE, el TC determina sin más: «Por todo ello, es obligado concluir que la disposición cuestionada cumple las condiciones a que deben someterse las regulaciones que afectan al ejercicio de la actividad empresarial. Y ello conduce directamente a la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad» (ibídem, FJ 7).

manera permanente, «los señores de los tratados», toda vez que de ellos deriva «la autorización para ejercer competencias supranacionales»¹⁸, el TJUE es su máximo intérprete por voluntad de esos mismos Estados. De lo que se desprende que la determinación última del contenido del Derecho europeo por obra del TJUE condiciona decisivamente el juicio de compatibilidad internormativa que, en el plano de la constitucionalidad, están llamados a realizar los Tribunales Constitucionales. Igualmente, debiendo la Unión Europea respetar la identidad constitucional de los Estados miembros, el perfil exacto de la misma es el determinado por esos Tribunales y no por el TJUE, 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 de los Estados miembros, y por consiguiente bajo la tutela de los órganos judiciales y de los Tribunales Constitucionales nacionales, pero también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que vincula a dichos Estados, bajo la nomofilaxis última del TJUE, «cuando apliquen el Derecho de la Unión» (art. 51.1 de dicha Carta). La CDFUE, que, según el artículo 6.1 TUE, posee el mismo valor jurídico que los Tratados, pero que en absoluto altera el régimen competencial instituido por ellos, plantea arduos problemas en el plano de las fuentes de interpretación, la cual ha de moverse en una triple dimensión: la de los derechos equivalentes a los reconocidos 1) en las Constituciones de los Estados miembros, 2) en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y 3) en «el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros». Aquí lo importante es destacar que, en la medida en que la Carta «reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones», y que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros (arts. 51.4 y 53 CDFUE).

En orden a clarificar las relaciones entre el TJUE y nuestro TC sobre derechos fundamentales, deben tenerse presentes, sin embargo, dos consideraciones doctrinales del Alto Tribunal español. En la Sentencia 64/1991 se deja bien sentado que la «interpretación» a que alude el artículo 10.2 CE 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

18 Así, v.g., en la Sentencia de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa (§ 231). Semejante apreciación no debe, empero, pasar por alto que ese señorío se ejerce colectivamente.

acuerdos internacionales del artículo 10.2 «una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional»¹⁹. Como se ve, *la correcta comprensión del artículo 10.2 requiere distinguir entre la fuente normativa —únicamente la Constitución misma— y la fuente hermenéutica de los derechos*. Cuando éstos se contienen también en el ordenamiento originario europeo, como ocurre con la CDFUE, ha de operarse, según anticipaba ya la DTC 1/2004²⁰, de acuerdo con la experiencia relativa a los problemas de articulación suscitados por la integración del CEDH en el sistema nomofiláctico de nuestra justicia constitucional, esto es, «en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas... para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española», teniendo presente además que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se erige «en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo» por la UE y los Estados miembros. Finalmente, según el Tribunal Constitucional, 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»²¹.

Por lo tanto, según mi opinión, 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 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 CE 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, como reitera la STC 136/2001²². Ello debe considerarse así incluso en el ámbito de la denominada «interpretación evolutiva» de la Constitución, que en absoluto ha de tomarse como un poder constituyente permanente

19 STC 64/1991, FJ 4 a).

20 DTC 1/2004, FJ 6.

21 DTC 1/2004, *ibidem*. Para una sinopsis de los problemas de articulación que, en materia de protección de derechos fundamentales, se producen entre la Corte Constitucional italiana, los jueces ordinarios, el TEDH y el TJUE, véase F. PATRONI GRIFFI, «La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte Costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti», *Federalismi.it*, n.º 20/2011, de 19 de octubre.

22 Por otra parte, la función de estricto canon hermenéutico de la CDFUE se halla reconocida por el propio legislador español. El artículo 2 de LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa preceptúa, en efecto, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE y en el apartado 8 del artículo 1 de dicho Tratado, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce «se interpretarán también» de conformidad con lo dispuesto en la Carta.

de carácter hermenéutico²³, ni, claro está, mucho menos normativo. Volveremos sobre esta tesis al examinar los pronunciamientos del TC y del TJUE efectuados con ocasión del caso Melloni, que parecen ponerla en cuestión.

II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO

Por lo que respecta al encaje de la primacía del Derecho europeo en un ordenamiento presidido por una Constitución normativa, a la que se hallan sometidos todos los poderes públicos nacionales, el TC intentó, mucho antes del caso Melloni, clarificar sus perfiles. Con ocasión del examen del artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa²⁴, proclamó el Tribunal la inexistencia de contradicción de ese precepto con la supremacía de la Constitución española. Primacía y supremacía, explica el Tribunal, «son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados... Toda supremacía implica, en principio, primacía (...), *salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación*. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93... En suma, la Constitución ha aceptado, ella

23 En la polémica (y a ratos hilarante) STC 198/2012, afirma el Tribunal que los tratados a que se refiere el texto constitucional en orden a la exégesis de los derechos fundamentales enunciados en el mismo «se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva...» (FJ 9).

24 Según el cual «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Por razones políticas —una concesión al populismo chovinista y euroescéptico—, el precepto, tras el fracaso sufrido en la aprobación del Tratado constitucional, figura ahora escondido en la Declaración n.º 17 relativa a la primacía, aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa, y se halla formulado en estilo indirecto. En efecto, la Conferencia «recuerda», dice la Declaración, que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del TJUE, «los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia». Además, «la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía», de 22 de junio de 2007. Dictamen, en fin, según el cual resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del mismo, como inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En la primera sentencia al respecto (*Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964), inicio de una jurisprudencia constante, señala el Tribunal que «al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad». No contenía entonces el Tratado mención alguna a la primacía, continúa el Dictamen, y todavía hoy sigue sin contenerla. «El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado» (DTC 1/2004)²⁵. La frase destacada en cursiva no tiene, ciertamente, una redacción feliz, pues *aquello que la Constitución española autoriza no es su propia inaplicación por el Derecho europeo, sino únicamente la del Derecho interno de rango infra-constitucional*. De todos modos se trata de una inexactitud puntual, pues el conjunto de la DTC 1/2004 no deja lugar a dudas acerca del estricto ámbito tanto material como formal que se atribuye a la primacía del Derecho de la UE. Si la jurisprudencia del TJCE relativa al alcance de semejante primacía pudo causar la alarma y provocar las reservas y cautelas de algunos Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, la proclamación en el Tratado constitucional y en el Tratado de Lisboa del respeto por la Unión de la identidad constitucional de esos Estados debería corregir forzosamente las afirmaciones más tajantes de dicha jurisprudencia²⁶, afirmaciones que están en el origen de los Votos Particulares discrepantes con la apreciación de la DTC 1/2004 de que la primacía preceptuada no se oponía a la supremacía constitucional y también, seguramente, en la raíz de la opinión del Consejo de Estado, que no comparto en absoluto, de que todas las normas integrantes del acervo comunitario, de acuerdo con el artículo I-6 del Tratado constitucional, «han de anteponerse a todas las normas jurídicas españolas, incluidas las constitucionales», lo que viene a ser una «mutación constitucional (*sic*), derivada directamente del Derecho comunitario jurisprudencial»²⁷.

Así, pues, la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho de los Estados miembros no puede afectar a la soberanía de éstos ni, por tanto, a su identidad

25 DTC 1/2004, FJ 4.

26 Entiende nuestro TC que la cesión del ejercicio de competencias a la UE y la integración consiguiente de su Derecho en el Derecho 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». Ahora bien, prosigue diciendo el Tribunal, diversos preceptos del Tratado constitucional [luego recogidos igualmente en el Tratado de Lisboa: cfr. arts. 2 y 4.2 TUE] y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión «vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales... , garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros». Aparte de esto, la primacía establecida en el artículo I-6 del Tratado «se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución...». Resulta, pues, que «las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea 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» (DTC 1/2004, FJ 3).

27 Informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006 sobre modificaciones de la Constitución, pp. 74-75.

constitucional. Desde luego, nuestra Constitución no ha previsto, en ámbito alguno, su propio desplazamiento o inaplicación, sino únicamente los del Derecho interno de rango infraconstitucional. Como afirma solemnemente el TC, la cesión que el artículo 93 CE hace posible tiene límites materiales implícitos que «se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)...»²⁸.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO: EL CASO MELLONI

No es el TC, en tanto que titular de una jurisdicción especial, la jurisdicción constitucional, un órgano de protección del Derecho europeo, como lo son, en cambio, los órganos judiciales. Pero cualquier determinación del contenido intelectual de las normas europeas (allí donde esto resulte controvertido u objetivamente dudoso) o de la validez de las mismas (si pareciera problemática) que sea indispensable para la resolución de un proceso constitucional, exige el planteamiento por el Alto Tribunal de la cuestión prejudicial ante el TJUE. Únicamente en tal sentido cabe afirmar que el TC actúa como juez funcionalmente comunitario.

El TC hizo uso por vez primera del instrumento de la cuestión prejudicial mediante su Auto 86/2011, dictado en el recurso de amparo interpuesto por Stefano Melloni contra la decisión de la Audiencia Nacional que autorizaba su entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena penal impuesta *in absentia*. Este asunto resulta crucial para perfilar la relación entre ambos Tribunales en lo concerniente a la tutela de los derechos fundamentales proclamados por nuestra Constitución. Veamos, pues, en primer lugar, cómo han considerado ambos esa relación con ocasión de este importante caso, para luego emitir una opinión crítica al respecto.

1. Según el Tribunal en la resolución indicada²⁹, el «canon de control» aplicable en orden a «enjuiciar la constitucionalidad» de la decisión judicial impugnada había de integrarse «a partir, entre otras, de las normas del Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega, de donde deriva claramente la trascendencia constitucional que haya de darse a esas disposiciones del Derecho de la Unión...». En efecto, lo que tenía que dirimirse en el proceso

28 DTC 1/2004, FJ 2.

29 ATC 86/2011, FJ 4.º.

de amparo era si la autorización judicial vulneraba o no «indirectamente» el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De ahí que el Derecho europeo integrara, a criterio del TC, «el canon de constitucionalidad relevante» para enjuiciar aquella autorización. En consecuencia, la primera cuestión planteada era la de si el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción dada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, debía interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades jurídicas 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 impuesta pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado. En el supuesto de una respuesta afirmativa, la segunda cuestión suscitaba el interrogante acerca de la compatibilidad del precepto mencionado con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo (art. 47) y a la defensa (art. 48.2), proclamados en la CDFUE. De establecerse tal compatibilidad, se formulaba finalmente una tercera cuestión: ¿permite el artículo 53 CDFUE, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta, que un Estado miembro condicione «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?».

En su Sentencia del 26 de febrero de 2013³⁰, el Tribunal de Justicia contesta afirmativamente a la primera cuestión, y respecto de la segunda declara que el precepto europeo cuestionado no vulnera la Carta de los Derechos. En cuanto a la tercera cuestión, entiende que no cabe interpretar el artículo 53 CDFUE de la manera expuesta por el Tribunal Constitucional, puesto que se menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión si se permitiera que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos de la misma plenamente conformes con la Carta en el caso de que no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado. Reitera el TJUE que, según consolidada jurisprudencia, en virtud de ese principio de primacía, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico europeo, «la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado»³¹.

30 STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, pronunciada en el asunto C-399/11. Cfr. en lo que sigue los párrafos 56-64.

31 «Es oportuno recordar además, añade, que la adopción de la Decisión marco 2009/299... trata de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas sin la comparecencia en el juicio de la persona afectada, derivadas de la existencia en los Estados miembros de diferencias en la protección de los derechos fundamentales. A ese efecto, dicha Decisión marco lleva a cabo una

Al resolver el recurso de amparo mediante la Sentencia 26/2014, el TC afirma que la respuesta del TJUE le «será de gran utilidad a la hora de determinar aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que despliega eficacia *ad extra*»³². El «canon de control» en orden a enjuiciar la constitucionalidad de la decisión judicial impugnada está integrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la CDFUE (junto con la interpretación de los mismos llevada a cabo por sus Tribunales de garantía), que devienen «elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el artículo 24.2 CE. Contenido cuyo desconocimiento determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles»³³.

Pues bien, prosigue el TC, tanto la interpretación dada por el TEDH del derecho a un proceso equitativo, recogido en el artículo 6 del Convenio, como la realizada por el TJUE de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y a la defensa, proclamados en los artículos 47 y 48.2 CDFUE, «operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos que nos permiten delimitar la parte de lo que hemos denominado contenido absoluto del derecho a

armonización de las condiciones de ejecución de una orden europea de detención en caso de condena en rebeldía, que refleja el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión, a los derechos procesales de los que disfrutaban las personas condenadas...

En consecuencia, permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de 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» (§ 62-63).

En otra Sentencia de la misma fecha (Akerberg Fransson, C-617/10, § 29), declara el TJUE que «en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (remitiéndose aquí a la Sentencia Melloni, § 60).

32 STC 26/2014, FJ 2. Según el Tribunal en la Sentencia 91/2000 (el *leading case* en esta materia), del tenor literal del artículo 53.1 CE «se extrae inmediatamente que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales en tanto en cuanto esté en juego el <contenido esencial> de los mismos. Queda por determinar en qué consista el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra*, esto es, el que, en virtud de su validez universal, pudiéramos denominar <contenido absoluto>» (FJ 7). Pues bien: «sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal... No son, pues, todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE..., sino sólo sus principios básicos o, dicho de otro modo, la esencia misma del proceso justo» (FJ 8). Dicho lo cual, «lo que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo... es la condena *in absentia* sin la... posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia [del acusado] haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves». Esto es contrario a la dignidad personal (FJ 14).

33 STC 26/2014, FJ 4.

un proceso con todas las garantías, que es la que despliega eficacia *ad extra*; esto es, la que permite delimitar aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que se acuerde la entrega [del recurrente] por los poderes públicos españoles. Así, debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida desde la STC 91/2000, que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado»³⁴.

2. Así como la Sentencia del TJUE resulta muy clara en todos los aspectos, las resoluciones del TC que acabamos de extractar me parecen conceptualmente imprecisas. Conviene por ello dejar bien sentado que el canon normativo del juicio de amparo constitucional es exclusivamente la Constitución misma, sin que haya aquí ningún parámetro reflejo o bloque de la constitucionalidad, como, en cambio, sucede en otros procesos constitucionales. Por eso establece el artículo 43.3 de la LOTC, aplicable en esto a todas las modalidades de la vía de amparo, que el recurso sólo puede fundarse en la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo. Por consiguiente, ningún otro precepto (nacional, internacional o supranacional), salvo la Constitución, integra el estándar de validez que ha de emplear el TC en este cauce procesal. Tampoco, desde luego, el Derecho europeo, ya que el recurso de amparo no se ha instituido para su nomofilaxis, sino exclusivamente para la tutela de los derechos fundamentales que proclama nuestra Norma Suprema, coincidan o no con los reconocidos en la CDFUE.

Así, lo que el TC, en las resoluciones dictadas con ocasión del asunto Melloni, denomina «canon de control» y «canon de constitucionalidad relevante» —dentro del cual se comprenden, según afirma, tanto normas de Derecho europeo, originario y derivado, como el CEDH— sólo puede considerarse, en su caso, como

³⁴ STC 26/2014, *ibídem*. Pocos meses después de pronunciarse esta Sentencia se publicó la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. No se menciona en su Preámbulo el «diálogo» entre el TC y el TJUE, pero en el artículo 33 (y concordantemente con él en el art. 49) se recoge la regulación contenida en la Decisión Marco 2009/299/JAI. Hay que anotar igualmente que en el artículo 3 se preceptúa que la Ley «se aplicará respetando los derechos y libertades fundamentales y los principios recogidos en la Constitución Española, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950». Y, en fin, debe consignarse también que, según el artículo 4.3, «la interpretación de las normas contenidas en esta Ley se realizará de conformidad con las normas de la Unión Europea reguladoras de cada uno de los instrumentos de reconocimiento mutuo».

canon hermenéutico del contenido de los derechos fundamentales invocados por el demandante. Tal precisión resulta capital y debe permitirnos valorar correctamente la argumentación del Tribunal en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales y en la decisión de otorgar el amparo impetrado.

El mandato de interpretación conforme del artículo 10.2 CE, por otra parte, si bien incluye con toda naturalidad el CEDH y la CDFUE, en absoluto comprende el Derecho derivado europeo, la efectividad del cual en nuestro ordenamiento (efectividad normativa, no meramente hermenéutica) se deriva de los Tratados cuya celebración ha de autorizarse del modo previsto en el artículo 93 de la Constitución. Consiguientemente, y de forma contraria a lo sostenido en el ATC 86/2011, la Decisión Marco 2009/299 nada tiene que ver con el canon interpretativo de constitucionalidad que debía presidir la resolución del recurso de amparo promovido por el Sr. Melloni. La regulación de la orden europea de detención y entrega, a la que se atuvo la Audiencia Nacional, de ser compatible con la Constitución, debía aplicarse imperativamente por el órgano judicial. Y si esa compatibilidad, necesariamente examinada por el TC en la vía de amparo, resultara imposible, debiera estimarse el recurso.

Siendo ello así, cabe preguntarse por el sentido de las cuestiones prejudiciales planteadas. Pues bien, la primera, sobre el significado preciso del artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco, resultaba totalmente indispensable en orden a establecer la compatibilidad del precepto europeo con la Ley Fundamental española. La tercera, acerca de la posibilidad de que un Estado miembro, de acuerdo con el artículo 53 CDFUE, condicionase la entrega de una persona condenada en ausencia a fin de evitar la lesión de un derecho fundamental proclamado en su Constitución, era, al mismo fin que la primera, igualmente pertinente. Podría parecer, en cambio, irrelevante la segunda cuestión, formulada respecto de la conformidad de la norma de la Decisión Marco con determinados derechos fundamentales contenidos en la Carta. Sin embargo, es claro que si el TJUE hubiera concluido en la existencia de esa contradicción, la disposición europea tendría que reputarse inválida e inaplicable, cosa que también hubiera afectado, desde luego, a la suerte del recurso de amparo (entonces seguramente estimado). Además, si la CDFUE debía operar como canon hermenéutico de nuestra Constitución en el proceso de amparo, según lo mandado en el artículo 10.2 CE, la respuesta del Tribunal de Justicia forzosamente sería de «gran utilidad», como un tanto obviamente aseguraba la STC 26/2014.

No obstante, ¿de cuánta «utilidad» se trata? Como hemos consignado, para el Tribunal Constitucional el CEDH y la CDFUE, así como la interpretación jurisprudencial de los mismos, son, en el supuesto enjuiciado, «elementos esenciales» a la hora de interpretar el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Esencialidad que, por lo visto, impone un esfuerzo argumental mínimo, ya que el TC se circunscribe a sintetizar la doctrina del TEDH y del TJUE y a declarar sin más que revisa la propia doctrina en la materia, sentada a partir de la STC 91/2000. Lo cual forzosamente tiene que

dejarnos perplejos. ¿Ha aplicado realmente el TC el mandato del artículo 10.2 CE o, tras la declaración por el TJUE de la conformidad de la Decisión Marco con la Carta, ha concluido, tan sinuosa como tácitamente, que la entrega del recurrente no vulneraba el derecho fundamental mencionado? ¿Y cómo ha podido alcanzar semejante conclusión sin argumentación alguna que desmontase convincentemente su propia doctrina anterior acerca del juicio *in absentia* como contradictoria con la esencia del proceso justo, sentada entre continuas apelaciones a la dignidad humana³⁵? ¿No será que, una vez determinada la licitud de la Decisión Marco por el TJUE (sólo, naturalmente, con arreglo a parámetros jurídicos europeos), el TC ha hecho aplicación, lisa y llanamente, del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso sobre la Constitución española?

Una perplejidad que igualmente produce el voto particular concurrente formulado a la STC 26/2014 por la Magistrada Asúa Batarrita, según la cual la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional podría servir para integrar por medio del artículo 10.2 CE el canon sobre el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, pero únicamente en los supuestos no relacionados con el ámbito de aplicación del Derecho europeo. En el proceso de amparo instado por Stefano Melloni, sin embargo, dicha respuesta, que entra de lleno en ese ámbito, no puede ser un mero criterio hermenéutico que quepa manejar con cierta libertad en la concreción de tal derecho. «Por el contrario, proporciona el canon que debemos aplicar *ex art. 93 CE* en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea: estando plenamente armonizada la regulación de la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, lo que hay que aplicar son únicamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados... por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013». Derechos que deben aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la primacía del Derecho de la Unión ya reconocida en la DTC 1/2004 y que, por lo demás, no plantean problema alguno de divergencia con el nivel de protección que se despliega *ad extra* del art. 24.2 CE. En suma, la idea de que la jurisdicción constitucional «no aplica derechos

35 Así, en la STC 91/2000 se reitera que «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» (FJ 7). Y más adelante se sostiene tajantemente que «imponer, sin audiencia y defensa personal previa ni posterior, penas que afectan profundamente a los derechos más estrechamente ligados a la personalidad, sobre la base de imputaciones que comportan una reprobación de tal gravedad que se proyecta sobre la condición de la persona misma parece ya, *prima facie*, incompatible con su dignidad... Todo ello permite, además, afirmar que, al menos, en los procesos penales por delito muy grave, aquellos en los que está en juego una imputación que afecta a su dignidad personal y que comporta una seria privación de su libertad, la presencia en el acto del juicio oral no es sólo un derecho fundamental del acusado, sino también una de las que hemos denominado <reglas esenciales del desarrollo del proceso> (...), sin cuya concurrencia la idea de juicio justo es una simple quimera» (FJ 14).

de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española, si bien convenientemente interpretados de manera que coincidan indefectiblemente con el nivel de protección reconocido en la Unión, no deja de ser una ficción poco convincente».

No comparto estos razonamientos de la Magistrada Asúa. En primer lugar, si la respuesta del Tribunal de Justicia no sirviera para la integración hermenéutica de la Constitución, *ex* artículo 10.2 de la misma, en un supuesto de cumplimiento del Derecho europeo, resultarían improcedentes las cuestiones prejudiciales planteadas por parte del Tribunal Constitucional, que, sin embargo, se hallaban totalmente conectadas con la resolución de un recurso de amparo. En segundo lugar, la finalidad del proceso constitucional de amparo no es la de proteger, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 CE, los derechos proclamados en la CDFUE, sino la de dispensar tutela a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución, según establece el artículo 53.2 de la misma. Si el Tribunal Constitucional posee jurisdicción en el asunto Melloni, ello obedece a que se trata de una demanda de amparo en sentido estricto, o sea, interpuesta contra un acto de Derecho Público interno (concretamente un Auto de la Audiencia Nacional) por pretendida vulneración de un derecho fundamental contenido en el texto de la Constitución. Consiguientemente, la respuesta que cabe esperar del TC no ha de traducirse en una Sentencia de estricto cumplimiento del Derecho europeo —la citada Decisión Marco—, aspecto ajeno a la función del Tribunal, sino, exclusivamente, en un pronunciamiento acerca de la pretensión deducida por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Ciertamente resulta que la Decisión Marco es, para los órganos judiciales españoles, auténtico *ius cogens*³⁶. Sin embargo, su compatibilidad con la Norma Suprema constituye un inexcusable *príus* de aplicabilidad para todos esos órganos³⁷. Una vez verificada esa compatibilidad, cumple actuar de conformidad con ella. Y tal verificación tiene así mismo lugar en la vía procesal de amparo. De ahí la pertinencia de las cuestiones prejudiciales suscitadas respecto de la Decisión Marco, sobre la validez y el significado de la cual desde la perspectiva del Derecho europeo necesariamente tenía que pronunciarse el TJUE, nunca el TC, a quien únicamente competía examinar su conciliación con la Constitución.

Ahora bien, en el asunto Melloni, dada la amplitud de la formulación en el texto constitucional del derecho fundamental afectado (el derecho a un proceso «con todas las garantías»: art. 24.2 CE), lo que ha ocurrido con la rectificación del TC no es una contravención de la Constitución forzada por la primacía del Derecho europeo, sino un recorte (muy razonable, por cierto) de la interpretación (bastante exagerada) del alcance que a tal derecho le venía otorgando el Alto

36 Mediante la LO 7/2015, de 21 de julio, se introdujo en la LO del Poder Judicial (LOPJ) un precepto que proclama esa imperatividad: «Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (art. 4 bis.1).

37 Así lo exige, según resulta bien sabido, el artículo 5.1 de la LOPJ.

Tribunal español en los juicios *in absentia*³⁸. Esa interpretación no puede confundirse de ninguna manera con el tenor literal del precepto constitucional, sino que se trata de una inteligencia del mismo más nomotética que nomofiláctica.

La verdad es que en este caso confluyen dos posiciones extremadas. Una, representada por el exceso garantista del TC; otra, la reivindicación que hace el TJUE de la primacía del Derecho europeo incluso sobre las Constituciones de los Estados miembros. Esta reiterada declaración del Tribunal de Justicia no sólo carece de cobertura en los Tratados (es de mera creación jurisprudencial), sino que la Unión Europea se halla obligada por el TUE a respetar la «identidad nacional» de tales Estados, «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos...»(art. 4.2)³⁹. Para que esa primacía tuviera semejante alcance en nuestro Derecho⁴⁰ debería consignarse expresamente en los Tratados, no bastando entonces, en orden a su ratificación por España, la vía del artículo 93 CE, sino que se haría precisa la previa reforma constitucional a través del procedimiento agravado del artículo 168, al afectar a la validez autorreferencial —a la soberanía, en suma— del ordenamiento jurídico estatal.

38 Véanse al respecto los votos particulares discrepantes de los Magistrados P. Cruz Villalón y M. Jiménez de Parga a la STC 91/2000.

39 Una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015 reitera la delimitación de su papel en la defensa de dicho respeto por parte del Derecho europeo, y lo hace precisamente ante un supuesto de cumplimiento de una orden europea de detención (véase el minucioso comentario que le dedica X. ARZOZ, «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional», *REDE*, n.º 58, pp. 109-141, a quien sigo en lo que se reseña a continuación). Según el Tribunal de Karlsruhe, los Estados miembros, en tanto que señores de los Tratados, deciden, dentro del ámbito de sus respectivos ordenamientos nacionales, si y en qué medida el Derecho de la UE puede gozar de validez y de primacía en el correspondiente territorio estatal. Otros Tribunales Constitucionales o Tribunales Supremos de Estados miembros de la Unión (la Sentencia cita a 9, entre ellos España, con mención de la DTC 1/2004) comparten la concepción alemana de que la primacía aplicativa del Derecho europeo no rige de manera ilimitada, sino que se halla sometida a los límites impuestos por cada Derecho constitucional nacional. Ello porque tal primacía no proviene del carácter autónomo del ordenamiento jurídico europeo, como sostiene el TJUE, sino del precepto constitucional que autoriza al poder público alemán a transferir competencias a una organización supranacional, así como de las leyes que ratifican los Tratados constitutivos. Ese fundamento estrictamente constitucional implica a su vez la existencia de límites constitucionales al contenido y alcance de las medidas que puedan adoptar los órganos de la UE. Ahora bien, ARZOZ censura con razón al TCF alemán que, en lugar de promover, como su homólogo español, la cuestión prejudicial ante el TJUE, realice él mismo la exégesis del Derecho de la Unión y pretenda imponer su inteligencia de las normas europeas sin pasar por su supremo intérprete (cfr. *ibidem*, pp. 136-137).

40 Y una prueba de que ello no es así la ofrece el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, según el cual «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, *salvo las normas de rango constitucional*». Otro tanto atestiguan las vías de control de constitucionalidad de los tratados instituidas por la LOTC, que expresamente la considera «susceptibles de declaración de inconstitucionalidad» (art. 27.2 c)]. A la LOTC se remite en tal sentido el artículo 32 de la Ley 25/2014. Naturalmente, esto mismo se ha de predicar de las normas del Derecho europeo, originario y derivado. Cuestión distinta es que, al no ser disposiciones de Derecho Público interno, el TC carezca de jurisdicción para emitir, acerca de los tratados internacionales y las normas del Derecho europeo, el pronunciamiento de nulidad que, de acuerdo con el artículo 39.1 LOTC, debe acompañar a una declaración de inconstitucionalidad.

IV. CERTIDUMBRES Y PERPLEJIDADES

1. De acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional, y al igual que sucede con los tratados internacionales, es claro que el Derecho europeo, originario y derivado, no pertenece al bloque de la constitucionalidad, lo cual significa, en primer lugar, que su infracción por un poder público interno no conlleva en sí misma la vulneración de la Constitución.

Sin embargo, no sólo en el recurso de amparo, sino en otros procesos constitucionales, el Derecho europeo, aunque carece de valor paramétrico, incluso reflejo, de validez constitucional, opera como elemento interpretativo de las disposiciones españolas objeto de control de constitucionalidad. Si así fuese, ello podría obligar al TC a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

No cabe, pues, interponer un recurso de inconstitucionalidad o formular una cuestión de inconstitucionalidad por violación del Derecho europeo, cuyas normas no integran el canon de constitucionalidad de las leyes, pero si el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad contienen una controversia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas —y lo propio sucedería, desde luego, en los distintos procesos conflictuales—, resulta perfectamente posible que la clarificación por el TJUE de la normativa europea facilite la tarea del TC de ubicar la materia dentro del orden de competencias establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y de realizar en consecuencia el control de validez de la disposición legal impugnada. Por lo tanto, debe reputarse de indiscutible que, a diferencia de cuanto ocurre con el TCF alemán, el TC español en modo alguno se considera autorizado para determinar el alcance hermenéutico del Derecho europeo, lo cual compete en exclusiva al TJUE. Y esto es completamente lógico: el ordenamiento europeo vincula con idéntico grado de intensidad a todos los Estados de la Unión, de manera que ninguno de ellos puede fijar, aunque sólo sea para su exclusivo ámbito territorial, el sentido y alcance de las normas europeas.

2. No resulta procedente interponer recurso de amparo contra normas o actos de las instituciones europeas, respecto de los cuales el TC carece de jurisdicción. Pero sí es factible utilizar este cauce procesal para impugnar tanto un acto interno de ejecución del Derecho europeo que se pretenda lesivo de un derecho fundamental español cuanto un acto interno contrario al Derecho europeo que, al no inaplicar la ley nacional opuesta a él, contravenga un derecho fundamental proclamado en la Constitución.

Por otra parte, habida cuenta del carácter de la ley en un Estado democrático como expresión de la voluntad popular, cuando un órgano judicial inaplique una ley nacional por considerarla contraria al Derecho europeo sin haber planteado antes cuestión prejudicial ante el TJUE, incurrirá en vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una «duda objetiva, clara y terminante» acerca de esa supuesta contradicción. Dado que no corresponde al TC resolver en un sentido o en otro la concurrencia de

dicha antinomia, debe limitarse a verificar que la duda no obedece exclusivamente a la convicción subjetiva del juzgador.

En cambio, aplicar en un proceso una ley nacional que uno de los litigantes considera contraria al Derecho de la Unión sin haber suscitado previamente la cuestión prejudicial, no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

Ahora bien, sí compete al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación del mismo efectuada por el TJUE. En tales casos el desconocimiento y preterición de ese Derecho cabe que suponga una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

3. No es imposible que un órgano judicial albergue, en relación con un precepto de Derecho interno, una duda tanto de constitucionalidad como de oposición al Derecho europeo. ¿Qué hacer en tal circunstancia? El TC considera muy razonablemente que la desestimación de una cuestión prejudicial no impide el planteamiento posterior de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo precepto legal. Sin embargo, a ello hay que añadir que si la decisión del TJUE fuese estimatoria, la ley nacional dejaría de ser aplicable al caso por el juez *a quo* y en consecuencia devendría insusceptible de cuestionarse ante el TC. Semillante conclusión implica, a mi juicio, la inadmisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad no sólo en el supuesto anterior, sino también cuando se hallare pendiente una cuestión prejudicial. Desde luego, la pendencia de una cuestión de inconstitucionalidad en nada impide la admisibilidad de una cuestión prejudicial. Eso sí, la declaración por el TC de la invalidez y nulidad de una norma inconstitucional debería conllevar la crisis procesal de la cuestión prejudicial suscitada sobre el mismo precepto.

4. En cualquier proceso constitucional en que, por parte del TC, tenga lugar, dentro de la *ratio decidendi* de su resolución, un examen de la compatibilidad del Derecho europeo con la Constitución ha de intervenir previamente, de modo indefectible, el TJUE a través de la cuestión prejudicial. De lo que se desprende que la determinación última del contenido del Derecho europeo por obra del TJUE condiciona decisivamente el juicio de compatibilidad internormativa que, en el plano de la constitucionalidad, están llamados a realizar los Tribunales Constitucionales. Igualmente, debiendo la Unión Europea respetar la identidad constitucional de los Estados miembros, el perfil exacto de la misma tiene que ser el determinado por esos Tribunales y no por el TJUE, 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 de los Estados miembros, y por consiguiente bajo la tutela de los órganos judiciales y de

los Tribunales Constitucionales nacionales, pero también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que vincula a dichos Estados, bajo la nomofilaxis última del TJUE, «cuando apliquen el Derecho de la Unión» (art. 51.1 de dicha Carta). El problema se plantea si el Derecho europeo —sin vulnerar la Carta, a criterio del TJUE, máximo intérprete de la misma— contraviene un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución en los términos y con el alcance fijados en la doctrina del TC. Es obvio en tal caso que ni el artículo 93 CE dispensa a los poderes públicos españoles llamados a ejecutar el Derecho europeo de su sometimiento a la Constitución (art. 9.1), ni la vía hermenéutica del artículo 10.2 CE permite retorcer el significado lingüístico de los preceptos constitucionales ni eliminar la supremacía exegética sobre ellos por parte del TC.

Sin embargo, en su Sentencia del caso Melloni, el TJUE prescinde por completo de la Constitución española, a la que no otorga la menor relevancia. Según afirma, se menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión si se permitiera que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos de la misma plenamente conformes con la Carta en el caso de que no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado. Y reitera que, en virtud de ese principio de primacía, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico europeo, «la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado». ¿No es ésta una singular, y pertinaz, declaración pretoriana de soberanía carente de apoyo en los Tratados? ¿Y no supone además una contradicción, verdaderamente insalvable, con el mandato de respeto establecido en el artículo 4.2 TUE? Como reitera la STC 26/2014, con cita de la relevante DTC 1/2004, el «presupuesto» para la aplicación de la primacía del Derecho europeo «no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales, entre las que se encuentran los derechos fundamentales»⁴¹. Y si ese respeto no se da, y ello no fuere objeto de remedio mediante los cauces propios del Derecho europeo, «en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban... a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»⁴².

Que esto se proclame enfáticamente de nuevo en la STC 26/2014 no ha tenido, empero, consecuencia alguna en el caso enjuiciado, aceptando el TC, sin mayor esfuerzo argumental, la rectificación de la doctrina constitucional impuesta por el TJUE y efectuando, en consecuencia, un pronunciamiento desestimatorio del recurso de amparo constitucional interpuesto por Stefano Melloni. Ahora

41 STC 26/2014, FJ 3.

42 *Ibíd.*, loc. cit.

bien, si admitimos la configuración de la primacía del Derecho europeo 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 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»⁴³.

Finalmente, ¿es esa primacía devenida supremacía la expresión de una ley histórica tan ineluctable como las leyes de la naturaleza? Así parece desprenderse de unas recientes reflexiones de Requejo Pagés, quien, preguntándose por el papel de los Tribunales Constitucionales en el contexto de la integración europea, les encomienda la defensa de la identidad constitucional estatal ante la Unión como «un cometido razonable». Sin embargo, «al asumirlo, los Tribunales Constitucionales habrán perdido en el proceso la esencia de su propia identidad, vinculada a la defensa de una Constitución que, en la lógica de la integración, habrá dejado de serlo», pues, de acuerdo con la inapelable razón hobbesiana, «no puede haber dos soberanos ni, en consecuencia, dos normas que pretendan ser simultáneamente (y de manera pacífica) la expresión positiva de una voluntad soberana». Bien, pero, si, como afirma acertadamente Requejo, no cabe más que una Constitución, ¿dónde está, al presente, esa Constitución de la UE que excluye, subordinándolas, a las Constituciones nacionales, del mismo modo que el TJUE hace lo propio con los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros⁴⁴?

TITLE: *Fundamental Rights in Spain and Primacy of European Union Law before and after “Melloni”*

ABSTRACT: *This article describes the complex relationship between the Spanish Constitutional Court and the European Union Law. Such complexity is rooted in the opposition of two contradictory principles: the supremacy of the Member State’s Constitution and the primacy of European Law. The last word has not been said in this controversy. But the Spanish Constitution can not give up its supremacy, nor even when the Member State’s governmental institutions implement European Law, without previously amending it by means of the most rigid amendment procedure.*

43 F. RUBIO LLORENTE, «El referéndum superfluo y el necesario», *El País*, 11 de julio de 2003.

44 Cfr. J.L. REQUEJO PAGÉS, «El final de un privilegio. Apuntes sobre un modelo europeo de justicia constitucional», en F. RUBIO LLORENTE y otros (coords.), *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 355-356.

RESUMEN: *Este artículo describe las complejas relaciones entre la jurisdicción constitucional española y el Derecho europeo. Una complejidad que se explica por la oposición de dos principios finalmente contradictorios: el de supremacía constitucional y el de primacía del Derecho de la Unión Europea. En esta contienda aún no está dicha la última palabra, pero la Constitución española no puede renunciar a la supremacía sobre las normas y actos de los poderes públicos internos incluso cuando ejecutan el Derecho europeo sin que medie una reforma constitucional por el método más agravado.*

KEY WORDS: *European Law primacy, sovereignty, constitutional supremacy, fundamental rights.*

PALABRAS CLAVE: *Primacía del Derecho europeo, soberanía, supremacía constitucional, derechos fundamentales.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 31.12.2016

FECHA DE ACEPTACIÓN: 01.02.2017