

LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Sus relaciones con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con el Tribunal
Supremo

Francisco Javier Matia Portilla

Trabajo de investigación presentado por el Doctor Don Francisco Javier MATIA PORTILLA al Concurso de acceso a una plaza de Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación de la Universidad de Valladolid (Resolución de 23 de mayo de 2016, BOE núm. 135, de 4 de junio, p. 36922 y ss.).

Valladolid, septiembre de 2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	. 06
CAPÍTULO 1: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	. 08
1. El complejo encaje del principio de primacía del Derecho de la Unión con la consideración de la Constitución como norma suprema	. 08
1.1. <u>El problema tiene su origen en la interrelación entre los Tratados Internacionales y las Constituciones estatales</u>	. 08
1.2. <u>El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales comparten una misión esencial: preservar el lugar de la norma fundante</u>	. 10
1.3. <u>Las contradicciones entre los Tratados y las Constituciones se resolverán aplicando lógicas diferentes por parte de los Tribunales</u>	. 11
1.3.1. Tribunales Internacionales. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	. 12
1.3.2. Tribunales Constitucionales	. 13

2. Una aplicación concreta: El caso Melloni	. 20
2.1. <u>Complejizando lo sencillo: algunas consideraciones sobre la eventual lesión de derechos fundamentales por la condena impuesta a la persona que opta por no asistir a la causa pero que cuenta con asistencia letrada de su elección en el juicio.</u>	25
2.1.1. La posición del Tribunal Constitucional en esta materia...	. 25
2.1.2. ... sometida a crítica...	. 30
2.1.2.1. ...tanto desde la perspectiva del derecho fundamental al proceso debido y de defensa...	. 31
2.1.2.2. como desde la perspectiva del art. 10.2 CE	. 33
2.2. <u>La primacía del Derecho de la Unión en la Sentencia del Tribunal de Justicia</u>	. 35
2.2.1. Un pronunciamiento esperado (introducción)	. 35
2.2.2. La Decisión Marco de 2009 impone la detención y entrega en un caso como el examinado	. 35
2.2.3. Sobre el art. 53 de la Carta	. 36
2.2.3.1. La génesis y el sentido del 53 de la Carta	. 36
2.2.3.2. Sobre la interpretación del art. 53 por el Tribunal Constitucional español, por el Abogado General y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	. 37
2.2.4. Una valoración crítica de las afirmaciones contenidas en las Conclusiones y en la Sentencia	. 40

2.3. <u>La primacía del Derecho de la Unión en la Sentencia del Tribunal Constitucional español</u>	. 44
2.3.1. Un pronunciamiento comprometido (introducción).	44
2.3.2. El cambio de interpretación constitucional del derecho de defensa recogido en el artículo 24.2 CE	. 47
2.3.3. El problema de fondo: ¿Cabe la primacía en la interpretación de los derechos fundamentales?	. 50
2.3.4. En particular, el entendimiento del artículo 10.2 CE. En defensa de la competencia del Tribunal Constitucional.	56
3. Algunas ideas conclusivas sobre las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales (tesis)	. 60

CAPÍTULO 2: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO

. 63

1. Algunas consideraciones previas sobre la jurisprudencia constitucional y su crítica

. 63

2. Los comportamientos discutibles

. 66

2.1.- Los Tribunales deben expresarse a través de resoluciones.

66

2.2.- Los Tribunales deben respetar la doctrina constitucional.

68

2.3.- Un Tribunal no puede controlar la actuación jurisdiccional de los Magistrados del Tribunal Constitucional

. 73

3. Algunas consideraciones conclusivas

. 86

CONCLUSIONES

. 92

BIBLIOGRAFÍA CITADA

. 94

INTRODUCCIÓN

“La segunda prueba [del concurso] consistirá en la exposición oral [...] de un trabajo original de investigación realizado por el aspirante”, según se indica en la Base 6.3.1. de la Resolución de 23 de mayo de 2016, de la Universidad de Valladolid, por la que se convoca el concurso de acceso a esta plaza.

He optado por recoger aquí tres estudios (uno de ellos recientemente publicado, los otros dos en imprenta), todos ellos originales, que tienen un nexo en común, y es subrayar la posición institucional del Tribunal Constitucional español en relación con otras jurisdicciones.

No resulta novedoso subrayar la capital función que un Tribunal de estas características asume en un Estado constitucional que cuenta con una Constitución normativa. Resulta preciso preservar su esencia (esto es, el control de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales), pero esta tarea presenta problemas de encaje con el principio de primacía del Derecho de la Unión. A esta cuestión se dedica la primera parte de la investigación, cuyo contenido se nutre de dos trabajos. El primero de ellos, inédito, es “Primacía, derechos y tribunales”, en el que se proyecta la Ponencia pronunciada en el último Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, y que será publicada en los próximos meses. El segundo es el estudio que lleva por título “Primacía del Derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional”, que ha sido publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional. Como estos dos trabajos se encuentran manifiestamente interrelacionados, he optado por ofrecer ahora una nueva estructura en el que se recogen algunos de los contenidos del primer estudio y el segundo en su integridad.

El Tribunal Constitucional ocupa, también, una privilegiada posición dentro de nuestra organización del poder. La inclusión de un Tribunal Constitucional altera significativamente la posición del poder judicial y, especialmente, del Tribunal Supremo, que, eso sí, sigue siendo el máximo intérprete de la legalidad ordinaria. Siendo muy relevante esta misión, resulta evidente que sus resoluciones pueden ser, inevitablemente, controladas por el Tribunal Constitucional si comprometen las garantías constitucionales, por utilizar la expresión recogida en el artículo 123.1 CE. Esta supervisión no ha sido siempre aceptada de buen grado por algunos Magistrados del Tribunal Supremo, lo que ha provocado algunos conflictos que serán examinados en el capítulo segundo de esta investigación. En ella se tratará de deslindar los comportamientos legítimos del Tribunal Supremo de aquellos otros que no tienen encaje en nuestro modelo constitucional.

Antes de entrar en materia, resulta conveniente subrayar que existen algunos datos que avalan la calidad de los estudios que ahora se retoman. El estudio sobre la Primacía tiene su origen, como ya se ha indicado, en el encargo recibido de la Asociación de Constitucionalistas de España. El análisis del estudio Melloni ha sido publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*. Finalmente, el examen de las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional tiene su origen en unas Jornadas Internacionales organizadas en el ámbito del Derecho Procesal, pero verá la luz en la *Revista de Derecho Político*. En este último caso, debo agradecer a los responsables de la publicación, los profesores Torres del Moral y Vidal Prado, que me hayan permitido posponer la aparición de este estudio al último número del año 2016, por lo que puede considerarse en este momento, además de original, inédito.

CAPÍTULO PRIMERO: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL DE JUSTIICA DE LA UNIÓN EUROPEA.

1.- EL COMPLEJO ENCAJE DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN CON LA CONSIDERACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA.

1.1.- El problema tiene su origen en la interrelación entre los Tratados Internacionales y los Constituciones estatales.

Hay problemas jurídico-constitucionales que son difíciles de atajar, o que acaso no puedan resolverse jamás. Uno de ellos, clásico en la doctrina, es cómo articular la primacía del Derecho comunitario, defendida como absoluta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y la supralegalidad constitucional que se debe ver asegurada en todo caso por los tribunales constitucionales estatales. Son algunas de estas instituciones (en concreto, el italiano, el español y, muy especialmente, el alemán), los que han establecido que algunas normas constitucionales (muy en particular, las que recogen los derechos fundamentales) no pueden verse desplazadas por el Derecho de la Unión.

Cuando desentonan las afirmaciones realizadas por un Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo hacen por situar cada uno de ellos a la principal norma que debe proteger (la Constitución o los Tratados comunitarios) en el más alto lugar del ordenamiento jurídico de que se trate. Y esto remite a una muy clásica¹ y vigente² cuestión en el Derecho internacional, cuál es la opción entre el dualismo y el monismo, defendidos por Triepel y Kelsen respectivamente.

Entender que los ordenamientos nacional e internacional son diferentes entre sí obliga a aceptar que ambos tienen mecanismos de validez diferentes y autónomos y que será preciso que cuando la norma de uno se integre en el otro deba ser transpuesta (esto es, adoptada por los órganos que tienen competencia, en este segundo ordenamiento, para hacerlo).

¹ Sobre la polémica entre Triepel y Kelsen en esta materia, reflejado en multitud de estudios sobre la materia. Ver, por todos, Rigaux, François: "Hans Kelsen on international law". *European Journal of International Law* 9 (1998), pp. 325 ss.; Iglesias Buhigues, José Luis: "Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno". *Anuario español de derecho internacional* 1974/1, pp. 361 ss. y Dubout, Edouard y Touze, Sébastien: "La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques". En Dubout, Edouard y Touze, Sébastien (dirs.): *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systemes juridiques*. A. Pedona. París, 2009, pp. 11 ss.

² Cfr., el monográfico, *Revue Européenne de Droit Public* 2012/2.

Optar por imbricar ambas esferas normativas en un único ordenamiento jurídico remite a la cuestión de determinar cuál es la máxima norma de dicho ordenamiento. En este sentido conviene recordar que la categoría de Tratado internacional, ha experimentado una profunda evolución a lo largo del tiempo, ya que ha pasado de ser considerado un instrumento político a una norma jurídica.

En todo caso la dialéctica entre monismo y dualismo ha pretendido ser superada a través de diversas teorías. Especial recorrido ha tenido la pretensión de separar las organizaciones internacionales de cooperación de otras que buscan la integración y en las que los acuerdos abandonan la regla de la unanimidad para optar por la mayoría³. También la de concebir un nuevo tipo de organizaciones internacionales, las supranacionales, en las que se prevé la creación de autoridades independientes o la adopción de acuerdos por mayoría, lo que puede suponer que un Estado se vea obligado a asumir una decisión de la que discrepa⁴. O la defensa de una nueva concepción multinivel del constitucionalismo⁵, que permite orillar el problema de la jerarquía y entender que las relaciones entre el Derecho europeo y nacional operan con un criterio funcional.

La idea de conferir una posición diferente a la internacional al Derecho de la Unión⁶ supone un empeño en cierta medida inútil, porque las máximas normas

³ Díez de Velasco, Manuel: *Las organizaciones internacionales*. 8ª ed. Tecnos. Madrid, 1994, p. 48. Más adelante se indica que las organizaciones supranacionales se sitúan entre las organizaciones internacionales clásicas y las estructuras federales (ibídem, p. 49).

⁴ Rosenstiel, Francis: *El principio de supranacionalidad. Ensayo sobre las relaciones de la política y el Derecho*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967, esp. p. 24.

⁵ Cfr. Pernice, Ingolf: "Multilevel constitutionalism in the European Union". *European Law Review* 2002, que puede ser consultado *on line* en inglés (<http://whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>) y en castellano (http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm) y, entre nosotros, por todos, Freixes Sanjuán, Teresa, en "Constitucionalismo multinivel e integración europea" [En Freixes Sanjuán, Teresa; Gómez Sánchez, Yolanda y Rovira Viñas, Antonio (dirs.): *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2013, p. 37 ss., esp. p. 43.] y en "Multilevel constitutionalism y principios fundacionales de los ordenamientos supranacionales: el caso de España", En Bilancia, P. (ed.): *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur a confronto*. Giuffrè. Milán, 2006, pp. 27 ss. Y, en relación con estas tesis, hay quienes defienden la naturaleza federal de la Unión Europea (Olmí, Giancarlo: "Prólogo". En VV.AA: *Treinta años de Derecho comunitario*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1984, p. 1).

⁶ Cuestión distinta es que el Derecho de la Unión presenta hoy una importancia cualificada, lo que, lógicamente, se ha trasladado a diversos textos constitucionales (los de Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Malta, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia). Y también que algunas disposiciones constitucionales y resoluciones puntuales han conferido al Derecho de la Unión una posición superior a la del Derecho nacional. Por ejemplo, el artículo 29.4.10º de la Constitución de Irlanda consagra una especial rigidez de las normas vinculadas con la Unión Europea, que no pueden ser derogadas por la Constitución. También ha tenido una especial difusión la Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco VfGH VfSlg. 15427/1999, en la que se consideraba prevalente una norma contenida en una directiva comunitaria sobre una disposición constitucional (citada por Sabrina Ragone en "Las relaciones de los Tribunales

de cada ordenamiento jurídico tratarán de conservar su privilegiada posición, confiando para ello en unos agravados procedimientos de reforma y, y esto es lo que aquí interesa, residenciando los ataques que contra ellas provoquen otros preceptos jurídicos en unos tribunales específicamente encargados de su defensa.

En todo caso, como veremos más adelante, nuestra Constitución determina con bastante nitidez cuál es el lugar que ocupan los Tratados internacionales en el Derecho español.

1.2.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales comparten una misión esencial: preservar el lugar de la norma fundante.

En el caso del Tribunal de Justicia, este rol fundamental se proyecta sobre diversas normas de los propios Tratados. Así, por ejemplo, el Tribunal puede determinar que un acuerdo previsto entre la Unión y terceras partes no resulta compatible con los Tratados constitutivos, lo que supone que aquél “no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados” (artículo 218 TFUE). Y lo mismo cabe del control de legalidad de los actos legislativos (sic) (artículo 263 TFUE), que asegura el debido respeto a los procedimientos (vicios formales) y las normas (vicios materiales) regulados en los Tratados. No resulta de extrañar que el Tribunal de Justicia pueda controlar las actuaciones u omisiones de las Instituciones y órganos de la Unión y de los Estados que comprometan el Derecho de la Unión, en general, y los Tratados que lo fundan, en particular.

Y, claro, lo mismo puede afirmarse de los Tribunales Constitucionales. Aunque la Constitución es interpretada también por los operadores jurídicos, es sabido que

Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 16, 2011, pp. 60-61). Pero, con independencia de que esta resolución no asume plenamente la primacía del Derecho de la Unión sobre el ordenamiento nacional (ver, ahora, Elías Méndez, Cristina: “El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 14, 2010, p. 150), conviene aclarar que la primacía reconocida por las Constituciones es, siempre, sobre la Ley, como acredita la lectura de los artículos 7.2, 28.1, 65.1 y 148.2 de las Constituciones de Eslovaquia, Grecia, Malta y Rumanía. En el caso de Francia, el Consejo Constitucional ha declarado que, si bien el artículo 88.2 de la Constitución, contempla la regulación mediante Ley la orden de detención europea, es competente para controlar su constitucionalidad en lo que atañe al margen de apreciación que corresponde al Estado en su transposición (Decisión 2013-314P QPC, de 4 de abril, considerando 5. Ver también el artículo 57.4 de la Constitución de Hungría). Especial interés presenta el artículo 5 de la Constitución del capítulo 10 del Instrumento de Gobierno de Suecia que condiciona el derecho de tomar decisiones a las Comunidades Europeas a que estas proporcionen “protección para los derechos y libertades correspondientes a la protección prevista según este Instrumento de Gobierno y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”.

prevalecerá la lectura que realice el Tribunal Constitucional de una determinada prescripción constitucional, que será vinculante para todos ellos⁷.

Es lógico que así sea con carácter general, ya que los Tribunales creados para proteger normas jurídicas se entregarán con fruición a cumplir esta primordial función⁸. Por ello resulta inaceptable que el Tribunal de Justicia censure, en el difundido Dictamen 2/2013, que el Tribunal de Estrasburgo tenga la última palabra en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque resulta ontológicamente imposible que renuncie a esta trascendental función⁹.

1.3.- Las contradicciones entre los Tratados y las Constituciones se resolverán aplicando lógicas diferentes por parte de los Tribunales.

A partir de estas premisas, resulta comprensible que los Tribunales internacionales y los Tribunales Constitucionales apliquen diferentes ópticas cuando se encuentren en una discrepancia entre los contenidos de un Tratado (o una norma derivada de ellos) y una norma Constitucional.

Antes de abordar este aspecto desde la doble perspectiva del Tribunal de Luxemburgo y de algunos determinados Constitucionales, merece la pena señalar que lo que a continuación se dirá en relación con los Tratados comunitarios debe aplicarse, también, para el Derecho comunitario derivado. Es verdad que en este caso estamos, formalmente, en presencia de un Derecho que no forma parte de ningún Estado (y que, por tanto, no podría ser anulado por un Tribunal nacional,

⁷ Ver Balaguer Callejón, María Luisa: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos. Madrid, 1997; Canosa Usera, Raúl: "Supremo intérprete de la Constitución y dinámica democrática". VV.AA: *Constitución y democracia ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Universitas. Madrid, 2012. Vol. 1, pp. 349 ss. y Asís Roig, Rafael F: "La interpretación en la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete". en Ramiro Avilés, Miguel Ángel y Peces-Barba, Gregorio: *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Marcial Pons. Madrid, 2004, pp. 285 ss.

⁸ Compartimos, pues, el parecer expresado por L. Dubouis en "Le juge français entre norme constitutionnelle et norme européenne". En VV.AA: *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*. Dalloz. París, 1992, p. 214. Tomamos la cita de Dubout, Edouard: "De la primauté 'imposée' à la primauté 'consentie'", p. 2, nota 12 (disponible en <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>).

⁹ Pienso en las discutibles apreciaciones realizadas en la parte del Dictamen 2/2013 en las que se concluye que la adhesión de la UE al CEDH compromete la autonomía del CEDH, que se fundamenta en una cuestionable mezcla de dos instrumentos jurídicos (la Carta de la Unión y el Convenio) que tiene un distinto origen (UE y CE) y cuya máxima interpretación depende, lógicamente, de distintos Tribunales (Luxemburgo y Estrasburgo). Sobre estas cuestiones, Fernández Rozas, José Carlos: "La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia". En *La Ley Unión Europea 23* (2014), pp. 40 ss. Una primera impresión sobre el citado dictamen fue expresada por el autor de estas líneas en "La adhesión de la UE al CEDH: una valoración de los trabajos realizados hasta el momento". En Gordillo Pérez, Luis Ignacio (dir.): *Constitutionalism of European Supranational Courts*. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2015, pp. 240-241.

como cabe hacer con una norma incluida en un Tratado internacional, ex Artículo 27.2.c LOTC), pero eso no ha impedido a las jurisdicciones constitucionales buscar vías que permitan neutralizar una norma de la Unión que comprometa su Constitución.

1.3.1.- Tribunales Internacionales. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Un Tribunal internacional partirá de que el Estado X se comprometió a respetar el acuerdo internacional, y que por eso “no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado” (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Tampoco podrá alegar un vicio en el consentimiento existente en el momento de obligarse por el Tratado, salvo que dicha violación “sea manifiesta y” afecte “a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno” (artículo 46.1). Esta violación será manifiesta “si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

En el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha mantenido desde hace muchos años que el Derecho de la Unión Europea se rige por los principios de autonomía, efecto directo y primacía. No voy a profundizar mínimamente en estas categorías, pero me interesa retener ahora, únicamente, que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Derecho de la Unión prima sobre el Derecho de los Estados miembros, lo que supone que si un aplicador se encuentra con dos normas (una de la Unión y otra nacional) que son contradictorias, debe aplicar la primera¹⁰. No es difícil de justificar este principio en la necesidad de que las normas de la Unión tengan una aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros¹¹ y, desde otra visión más

¹⁰ Como es sabido, este principio aparece en la muy relevante STJUE Flaminio Costa c. ENEL (Asunto 6/64, de 15 de julio de 1964), y en otras posteriores (destacadamente, las SSTJUE Internationale Handelsgesellschaft (asunto 11/70, de 17 de diciembre de 1970) y Simmenthal (asunto 106/77, de 9 de marzo de 1978). Un resumen del origen jurisprudencial del principio de primacía se recoge en el estudio previo del autor de estas líneas “Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio”. *Revista General de Derecho* 573 (junio 1992), p. 5169, nota 18. Aunque este principio de primacía trató de ser introducido en el articulado del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (y el Tribunal Constitucional lo consideró compatible con nuestra norma fundamental en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre), acabo apareciendo únicamente en la Declaración 17 aneja al Tratado de Lisboa, aunque ello no merme su posición jurídica. Las resoluciones citadas pueden consultarse en castellano en Alonso García, Ricardo: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. 2ª ed. BOE-CEPyC. Madrid, 2003. Sobre la abundante bibliografía relacionada con el principio de primacía del Derecho de la Unión resulta recomendable la lectura de los estudios de Thibaut de Berranger (*Constitutions nationales et construction communautaire*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1995) y, entre nosotros, Luis Gordillo (*Constitución y ordenamientos supranacionales. Las Constituciones de entonces ya no son las mismas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2012).

¹¹ Aunque su jurisprudencia sobre el efecto directo de las directivas traicione, en cierta medida, esta máxima. Ver, por ejemplo, la STJUE (Gran Sala) Association de médiation sociale (asunto C-176/12, Sentencia de 15 de enero de 2014), que ha sido comentada por Lucía Millán Moro [en *Revista de Derecho*

cercana a los derechos fundamentales, menos invocada pero también defendible, en la idea de que todos los justiciables aspiran a una misma aplicación, en la medida en que sea posible, de las normas de la Unión.

1.3.2.- Tribunales Constitucionales.

Más allá de la idea, de principio, de que los Tribunales Constitucionales se crean para proteger la Constitución frente al legítimo poder del Parlamento, la determinación de su eventual actuación en relación con los Tratados internacionales dependerá, lógicamente, de lo que disponga aquélla en relación con estos.

Como es bien sabido, la apertura del Derecho internacional en los textos constitucionales no es en todos los casos idéntica.

Antes de ofrecer una rápida mirada sobre los países de nuestro entorno conviene señalar algo que hoy se olvida, pero que sigue teniendo su importancia, cuál es recordar que durante muchísimo tiempo y con carácter general no se concebían los tratados internacionales como normas jurídicas. En las lecciones de Derecho Internacional Público de Rafael Conde y Luque de 1893 puede leerse que los Tratados “son análogos a los contratos, y sabido es que éstos no son otra cosa que la coincidencia de dos voluntades acerca de un punto cualquiera”¹². Nadie afirmaba cosa distinta, hasta mediados del Siglo XX. Y de ahí que tradicionalmente se entendiera que para que los acuerdos internacionales pudieran vincular a las personas que habitan en un Estado precisaban ser traducidos (transpuestos, acogidos, etc.) a través de normas internas.

Este entendimiento de los compromisos internacionales comienza a cambiar en Europa en el siglo XX. Y para ello ha sido esencial la doctrina del efecto directo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo absolutamente revolucionario de la jurisprudencia Vand Gend Loos (asunto 26/62, Sentencia de 5 de febrero de 1963) es que confiere carácter normativo a los Tratados internacionales, que, desde ese momento, pueden ser invocados directamente por los justiciables. Esa mayor normatividad que se confiere a los Tratados se ha reflejado en el asentamiento y expansión de los Tribunales internacionales, que sirven para asegurar el mantenimiento de los compromisos adquiridos.

Sin embargo, como ya se ha adelantado, son las Constituciones estatales las que diseñan el ordenamiento jurídico, estableciendo una tipología de normas jurídicas y atribuyéndolas un lugar en el mismo. En relación con los Tratados internacionales, que es lo que ahora nos interesa, se recogen distintas

Comunitario Europeo 49 (2014) pp. 1029 ss.] y, del autor de estas líneas, “De la aplicabilidad vertical de la directiva a su simple eficacia”. *Revista de Estudios Europeos* 16 (1997), pp. 65 ss.

¹² Conde y Luque, Rafael: *Derecho Internacional Público*. Athenaica. Sevilla, 2015.

aproximaciones en diferentes países. En todo caso, sin que resulte necesario entrar en un examen comparado detenido, resulta habitual que en todos ellos se termine por atribuirles una situación subordinada a la Constitución y supralegal. Esto es lo que se evidencia de la jurisprudencia emanada de distintos Tribunales Constitucionales. Y, con toda seguridad, de nuestra norma Constitucional.

Resulta evidente que estamos en presencia de normas jurídicas que forman “parte del ordenamiento interno”¹³ y que se sitúan por debajo de la Constitución, ya que ésta regula las formalidades que deberán respetarse para su celebración. No resulta sorprendente, por tanto, que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contemple, entre las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, los Tratados internacionales (artículo 27.2b) ni inadecuado que se prevea un control previo a su entrada en vigor que pretende conjurar la responsabilidad internacional por separarse de un compromiso internacional que podría tener su origen en una Sentencia del Tribunal Constitucional (regulado en el artículo 78 LOTC).

La Constitución no aclara, sin embargo, cuál es la relación entre los Tratados internacionales y las normas infraconstitucionales, especialmente con las normas con fuerza de Ley, aunque sepamos que se sitúan en ese mismo escalón normativo en lo que atañe al control de constitucionalidad. Sin embargo, es posible defender que, con carácter general, deben situarse por encima de la Ley, por las siguientes razones:

- (a) Especial rigidez. La naturaleza paccionada de los Tratados Internacionales (también, en este sentido, de los Estatutos de Autonomía) se concretan en una especial rigidez, que se vincula con sus propias previsiones. Dicha rigidez no supone acaso jerarquía sobre las restantes normas con fuerza de Ley, pero sí, cuando menos, su aplicación preferente.
- (b) La actuación previa del Parlamento en su tramitación. El Parlamento español ha intervenido en la gestación de una buena parte de los Tratados internacionales, por lo que resulta lógico pensar que la atribución de una competencia a una instancia internacional conlleva la aceptación de que su actuación futura se vea, lógicamente, condicionada.

Nuestros tribunales no han dudado en confirmar la privilegiada posición que tiene el Derecho comunitario en relación con las normas nacionales en general, y con las normas con fuerza de Ley en particular. Dicha primacía supone que los aplicadores que se encuentren con la existencia de una antinomia entre una norma comunitaria y otra española deberán aplicar la primera. Este principio

¹³ Artículo 96.1 CE. Sigue así, pues, la estela fijada por el artículo 1.5 CC: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*”.

relativiza el principio de sumisión de los jueces a la Ley, contenido en el artículo 117 CE, ya que les permite inaplicarlas¹⁴. Algunos autores¹⁵ cuestionan la STS (Sala Tercera. Sección Segunda) 5216/2006, de 12 de abril de 2012, en la que se afirma que solamente procederá inaplicar una disposición legal cuando el recurrente aporte “no meros indicios, más o menos sólidos, de la vulneración de la Directiva 97/13/CE, sino, prácticamente, certezas”. Aunque esta aseveración resulta, efectivamente, cuestionable, lo cierto es que la Sala toma en consideración un buen número de resoluciones emanadas del Tribunal de Luxemburgo, lo que también debería ser ponderado.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha ido más lejos en esta interpretación, entendiendo que “la constatación de que una disposición reglamentaria española es contraria al derecho de la Unión Europea es fundamento suficiente -con arreglo al ordenamiento español- para declarar la nulidad de aquélla con efectos erga omnes”¹⁶.

Los Tribunales no son únicamente garantes del principio de primacía del Derecho de la Unión, sino que también pueden ser controlados en el caso de que lo menoscaben. En efecto, “cabe declarar, en principio, la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente” y, además, “si bien no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo, la situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste”¹⁷.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ejerce un limitado control sobre el respeto judicial del principio de primacía del Derecho de la Unión. En efecto, “corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista

¹⁴ Ver la STS (Sala Quinta. Sección Tercera) de 7 de febrero de 2012, en la que se inaplican dos disposiciones contenidas en el Real Decreto-Ley 6/2009, por contravenir una directiva de la Unión Europea.

¹⁵ En el trabajo de Daniel Sarmiento [“La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis” *WP IDEIR* 13 (2012), disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20aplicacion%20del%20derecho%20de%20la%20uni%C3%B3n.pdf>] y en el Voto Particular suscrito por el Magistrado Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

¹⁶ STS (Sala Tercera. Sección Cuarta) de 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014\230428), que se apoya en la STS de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2003\3005) y en otras anteriores, y en la que se termina por plantear una cuestión prejudicial.

¹⁷ STJUE Comisión c. España (asunto C-154/08, Sentencia de 12 de noviembre de 2009), párrafos 125 y 126, respectivamente.

una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, 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 (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)”¹⁸.

La aceptación del principio de primacía, aunque pacífica en nuestra doctrina¹⁹, no resuelve todos los problemas que se pueden plantear en el plano teórico. Por ejemplo, ¿podría incluirse en un Tratado internacional alguna norma cuya regulación está reservada a una determinada Ley en la Constitución? Aunque responder a esta cuestión exigiría un estudio autónomo, el propio planteamiento del problema sirve para poner de manifiesto el escaso interés dedicado, en nuestro país, al examen del Tratado internacional como fuente del Derecho²⁰.

En todo caso, lo relevante en el marco del presente estudio es que llegamos a una construcción similar a la contenida expresamente en la Constitución francesa, en la que se confiere a los Tratados internacionales una “autoridad superior a las leyes”. Y esta afirmación es, por supuesto, aplicable también a los Tratados de la Unión, puesto que su naturaleza jurídica no depende de su contenido o importancia práctica, sino de la forma por la que se origina²¹.

Es verdad que esta solución no es la única posible, y que otros Estados han optado por privilegiar la posición de las normas internacionales sobre las internas. Esto ocurre, por ejemplo, en Holanda y Luxemburgo²² y, en determinadas ocasiones, en Bélgica. Pero también conviene recordar que en estos casos, el poder

¹⁸ STC 232/2015/5.c, de 5 de noviembre.

¹⁹ Resulta recomendable la lectura de los trabajos de Daniel Sarmiento (“La aplicación...”, *cit.*) y Joaquín Huelin Martínez de Velasco (“Los tribunales nacionales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una visión nacional”, disponible en <http://cee.ie.edu/sites/default/files/Los%20tribunales%20nacionales.pdf>).

²⁰ Más allá de las clásicas monografías de Jorge Rodríguez-Zapata (*Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976) y Antonio Remiro Brotons (*Derecho internacional Público 2: Derecho de los tratados*. Tecnos. Madrid, 1987) se han publicado escasas monografías posteriormente (ver Gómez Fernández, Itziar: *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004). Mucho más recientemente ver, fuera de nuestro país, Mannuoli, Valerio de Oliverira: *Direito dos Tratados*. 2ª ed. Editora Forense. Río de Janeiro, 2014.

²¹ Estas cuestiones han sido examinadas con mayor detalle en “¿Hay una Constitución europea?”. En VV.AA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. Vol. II, pp. 1361 ss.

²² Ver el artículo 94 de la Constitución de Holanda y el artículo 49.bis de la Constitución y la Decisión de 28 de julio de 1971 del Consejo de Estado de Luxemburgo y, en el plano doctrinal, Massa Gallerano, Greta: “Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 15 (2011).

constituyente puede modificar libremente la Constitución cuando lo considere oportuno.

En todo caso, son bien conocidas las reservas expresadas por las jurisdicciones constitucionales italiana y alemana a la primacía del Derecho de la Unión. Es interesante detenernos brevemente en ellas porque, además de determinar la sumisión del Derecho de la Unión a la Constitución estatal, abren caminos para el eventual control de las normas surgidas en el ámbito de la Unión Europea (el derecho comunitario derivado).

Hay un rasgo común en ambas jurisprudencias. Y es determinar que determinados contenidos constitucionales deben prevalecer sobre el Derecho de la Unión, lo que implica extender su control sobre normas que ya no forman parte del Derecho interno. Y eso también supone que deban articular mecanismos que, sin poder anular dichas disposiciones, las desactiven²³.

En cuanto a esos contenidos constitucionales que no pueden ser sacrificados en virtud del Derecho de la Unión, destacan en Italia los principios fundamentales de la Constitución y los derechos inalienables de las personas²⁴. Para el Tribunal Constitucional Federal alemán, merecen una protección constitucional reforzada el respeto de los derechos fundamentales por parte de las Comunidades Europeas²⁵ y considera también prioritario el respeto del principio democrático en la Unión²⁶.

²³ Estas ideas ya fueron adelantadas por el autor de estas líneas en “Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”. En VV.AA: *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*. Septem. Oviedo, 2001, pp. 43 ss.

²⁴ SSTCI 129/2006 y 284/2007, entre las más recientes, que se suman a las clásicas SSTCI Frontini (183/1973, de 18 de diciembre) y Granital, de 5 de junio de 1984. Un buen resumen de la jurisprudencia constitucional sobre “Le limitazioni della sovranità statale in favore dell’Unione europea nella giurisprudenza costituzionale. Il sistema delle fonti” ha sido realizado por Riccardo Nevola y publicado en http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_262.pdf.

²⁵ ATCFA Solange I (BVerfGE 37, 271), de 29 de mayo de 1974 y STCFA Solange II (BVerfGE 73, 339), de 22 de octubre de 1986, Ordenación de Plátanos (BVerfGE 102, 147), de 2000, y Maastricht (BVerfGE 89, 155), de 1993. Las dos últimas se pueden consultar en castellano gracias a la labor de Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez (*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008).

²⁶ SSTCFA Maastricht (BVerfGE 89, 155), de 1993 y Lisboa (BVerfGE. 123, 267). La última, que ha generado un profundo debate doctrinal, se encuentra traducida en López Castillo, Antonio y Menéndez, Agustín José: *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, y en la web de la institución (<http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>). Además de los citados estudios destacan también, entre otros muchos, los de Leonardo Álvarez Álvarez [“Soberanía y democracia en el discurso europeo del Tribunal Constitucional alemán. ¿Una nueva defensa ad extra de la democracia?”. *Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013), pp. 259 ss.], José Martín y Pérez de Nanclares [“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* 13 (2011), pp. 97 ss.], Peter Häberle [“La regresiva ‘sentencia Lisboa’ como Maastricht II anquilosada”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 12 [2009], pp. 397 ss.] y Daniel

En cuanto a la forma de fiscalizar los excesos cometidos por el Derecho comunitario derivado, también la perspectiva es distinta. El Tribunal Constitucional italiano ha defendido que, si bien no puede controlar la regularidad formal de un reglamento de la Unión, sí puede supervisar la constitucionalidad de la norma italiana en virtud de la cuál dicha norma despliega efectos jurídicos en Italia, que es la Ley (italiana) de ratificación. Esto es, si un reglamento comunitario lesiona esos principios fundamentales de la Constitución de Italia, el Tribunal ejercerá su control sobre los Tratados de la Unión²⁷. Resulta claro que esta amenaza, que puede definirse de órdago, es difícil de llevar a la práctica.

Más creíble resulta, a todas luces, la reserva de jurisdicción expresada en distintas ocasiones por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Ésta no se vincula con la validez de una norma de la Unión, decisión ajena a su jurisdicción, sino con su aplicabilidad en suelo alemán. Y es que, como resulta evidente para un constitucionalista, los agentes públicos nacionales no pueden, en su actuación, desconocer los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados²⁸. Esta idea ha sido también expresada, de forma contundente, por nuestro Tribunal Constitucional, que afirma “que, en la medida en que se impugne en amparo 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 artículo 10.2 CE”²⁹.

Con esta última referencia jurisprudencial nos adentramos en el examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, una jurisprudencia que, aunque vacilante en algunas ocasiones, sigue, en lo esencial, la estela fijada por el Tribunal Constitucional Federal alemán. No es sorprendente que sea así si se defiende el carácter normativo supremo del texto constitucional (que explica su

Thym (“In the name of Sovereign Statehood: A critical introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court”. *Common Market Law Review* 2009/6, pp. 1795 ss.).

²⁷ En el caso de que se hiciera un uso aberrante de la disposición del Tratado que regula los reglamentos de la Unión, “se aseguraría siempre la garantía del control jurisdiccional de este Tribunal sobre la compatibilidad actual de los Tratados con los citados principios fundamentales” (Sentencia 183/1973 Frontini, FJ 9).

²⁸ Y es que “el órgano jurisdiccional nacional considera inaplicable la disposición relevante para la decisión en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas porque y en la medida en que entra en colisión con uno de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental” (Auto Solange I, BVerfGE 37, 271, párrafo 285).

²⁹ STC 64/1991/2, de 22 de marzo.

rigidez y el control de constitucionalidad) y el limitado margen de actuación del que disponen los poderes constituidos y los justiciables (artículo 9.1 CE).

No se trata, además, de un pronunciamiento aislado, sino anclado en una jurisprudencia en la que, admitiendo la vigencia del principio de primacía del Derecho de la Unión³⁰, fija, también, sus límites³¹, ya que “la primacía del Derecho comunitario no hace perder a la Constitución española su carácter de norma suprema”³². Es verdad que algunas resoluciones (especialmente, la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre³³) presentan una construcción muy discutible de este principio, afirmando, por ejemplo, un imposible ontológico (como es considerar que la norma superior puede prever su desplazamiento –sin dejar de serlo-) o indicando que el artículo 93 CE contempla la primacía del Derecho de la Unión - ¿desde cuándo pueden los poderes constituidos disponer de la Constitución?-). No resulta preciso volver a valorar esta resolución con todo detalle³⁴, puesto que incluso en ella, que es la más favorable al principio de primacía defendido por el Tribunal de Luxemburgo, se termina afirmando que “En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución Europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, 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”³⁵.

³⁰ “En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978, y en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra Enel, de 15 de julio de 1964, ya citada” (STC 145/2012/5, de 2 de julio).

³¹ Especialmente clara es la STC 58/2004/11, de 19, en la que el Tribunal Constitucional afirma que puede revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno “de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los artículos 14 a 30 CE”.

³² ATC 228/2005/5, de 1 de junio.

³³ Se ha subrayado, igualmente, que la STCFA Honey-well de 6 de julio de 2010 (BVerfGE 126, 286) dulcifica el tenor empleado en la anterior resolución sobre el Tratado de Lisboa (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)”. En *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 40 (2011), p. 847), pero estos mismos autores explican que la reserva de jurisdicción sigue estando presente.

³⁴ Tarea ya realizada por el autor de estas líneas en “Dos constituciones y un solo control: El lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 74 (mayo/agosto 2005), pp. 341 ss.

³⁵ FJ 4.

Puede concluirse, pues, que la posición del Tribunal Constitucional español de mantener una reserva de jurisdicción se inscribe en la misma senda ya transitada por otros Tribunales de su entorno (especialmente, por el de Karlsruhe). Es de justicia añadir que el reciente asunto Melloni ha permitido al Tribunal Constitucional reflexionar sobre su relación con el Derecho de la Unión. De un lado, porque se ha decidido por plantear, por primera vez, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y de otro porque se ha debido plantear quién debe delimitar el alcance de los derechos fundamentales y la eventual vigencia de estos en campos de actuación del Derecho de la Unión³⁶. De ahí que sea posible extraer unas cuantas lecciones de este auténtico banco de pruebas.

2.- UNA APLICACIÓN CONCRETA: EL CASO MELLONI.

Como es sabido, Stefano Melloni fue condenado *in absentia* por Sentencia de 21 de junio de 2000 del Tribunal de Ferrara como autor responsable de un delito de quiebra fraudulenta, decisión que fue confirmada en las Sentencias de 14 de marzo de 2003 del Tribunal de Apelación de Bolonia y de 7 de junio de 2004 de la Quinta Sección Penal del Tribunal Supremo de Casación. Lo relevante del caso es que el acusado fue notificado del lugar, día y hora en los que sería juzgado y que optó por no personarse, si bien contó con asistencia letrada de su confianza en las tres instancias. Pues bien, cuando se cursa una orden europea de detención europea y es detenido en España, el condenado interpone un recurso de amparo alegando que su entrega incondicionada (que impone en este caso la Decisión Marco aplicable en la materia³⁷) vulneraría sus derechos al proceso debido y de defensa por haber sido condenado en rebeldía, lo que justificaría que se supeditara su traslado a Italia a la apertura del fallo condenatorio a un recurso.

A raíz del amparo interpuesto por Stefano Melloni, el Tribunal Constitucional optó por plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través del ATC 86/2011, de 9 de junio³⁸. Dicha cuestión fue evacuada

³⁶ La coexistencia de derechos fundamentales y derechos de la unión ha sido examinada recientemente en Freixes Sanjuán, Teresa: “El drets fonamentals en perspectiva multinivel. Reflexions entorn dels seus efectes”. *Revista Catalana de Dret Públic* 50 (2015), pp. 32 ss.

³⁷ 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 (*DOUE* L 81, de 27 de marzo de 2009, pp. 24 ss.).

³⁸ El primer planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional español ha generado un alto interés doctrinal, como acreditan, entre otros, los trabajos de Miguel Revenga Sánchez [“Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)”. En *Revista Española de Derecho Europeo* 41 (2012), pp. 19 ss.); Ignacio Torres Muro [“La condena

a través de la STJUE de 26 de febrero de 2013³⁹. Y posteriormente el Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido denegar el amparo interesado en su día por el Sr. Melloni a través de la STC 26/2014, de 13 de febrero.

Nuestra pretensión es analizar en el presente epígrafe si estas resoluciones judiciales encierran nuevos elementos que aclaren los perfiles del principio de primacía, lo que podría justificar la actuación del Tribunal Constitucional (ya sea planteando la cuestión, ya sea denegando el amparo) y/o del Tribunal de Luxemburgo, o si, bien al contrario, estas resoluciones dificultan la aceptación

en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (STJUE de 26 de febrero de 2013". En *Revista Española de Derecho Constitucional* 97 (2013), pp. 343 ss.]; Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Santiago Ripol Carulla ["Continuismo y ¿novedad? en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea". En *Working Papers on European Law and Regional Integration* 12 (2012)]; Aida Torres Pérez ("Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door". En *European Constitutional Law Review* 2012\1, pp. 105 ss.); Luis Arroyo Jiménez ("Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias". En García de Enterría, Eduardo y Alonso García, Ricardo: *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Civitas. Cizur Menor, 2012, p. 51 ss.); Luis F. Maeso Seco ["Sobre el régimen jurídico de la cuestión prejudicial tras el Tratado de Lisboa y el ATC 86/2011, de 9 de junio". en *Justicia Administrativa* 55 (2012), pp. 7 ss.); Eric Gippini-Fournier ("¿Fin de la «autarquía jurídica» o preludio de un conflicto anunciado? El primer reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional". En *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 23 (2011), pp. 5 y ss.), y José Manuel Arias Rodríguez (en "Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea". En *Diario La Ley* 7726, de 31 Oct. 2011). Especial interés reviste el análisis realizado por Mercedes Pérez Manzano, "El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa", publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* 95 (2012), pp. 330 ss. Con posterioridad a la remisión de este trabajo a la *Revista Española de Derecho Constitucional* han aparecido otros relevantes estudios, como son los debidos a Luis Gordillo y Araene Tapia ["Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 22 (2014)], Ángela Figueruelo ["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)". En León, M. (dir.): *Derechos y libertades en la sociedad actual*. Comares. Granada, 2014, pp. 1 ss.], Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio y Ripol Carulla, Santiago: "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)". En *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo* 50 (2014), pp. 105 ss.], 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". En *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 48 (2014), pp. 603 ss.], Bachmaier, Lorena ["Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios in absentia en el Derecho Europeo". En *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo* 56 (2015), pp. 153 ss.] y Donaire, 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". En *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos* 174 (2015) pp. 63 ss.], entre otros.

³⁹ STJUE que evacúa el asunto C-399/11, ya evaluada brillantemente por Pablo J. Martín Rodríguez ["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". En *Revista General de Derecho Europeo* 30 (2013), pp. 1 ss.] y Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Santiago Ripol Carulla [en "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)". En *Revista Española de Derecho Europeo* 46 (2013), pp. 151 ss.].

incondicionada de la primacía del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos nacionales y su eventual afectación a los derechos constitucionales.

Como se recordará, el alto Tribunal español hacía tres preguntas muy concretas al Tribunal de Luxemburgo:

a) La primera, de interpretación, era si “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?”.

Esta cuestión se plantea ante el Tribunal de Justicia porque, hasta el momento, el Constitucional había condicionado la entrega de una persona afectada por una orden europea de detención y de entrega que hubiera sido juzgada en ausencia a la posibilidad de que pudiera celebrarse un nuevo juicio. Parece que el mantenimiento de esta reserva puede verse afectada por la Decisión Marco de 2009, por lo que parece tener sentido conocer la posición de la jurisdicción europea en esta materia.

b) El segundo interrogante se plantea de forma subordinada, y para el caso de que la respuesta del primero sea afirmativa. Se pregunta ahora, en el plano de la validez, si 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.

Este dato resulta relevante porque, aun cuando el Tribunal Constitucional español asumiera el respeto de las normas comunitarias y la primacía normativa que poseen, podría ocurrir que la entrega condicionada de la persona afectada pudiera entroncarse, directamente, con los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta.

c) Finalmente, el Tribunal Constitucional pregunta al Tribunal de Justicia sobre el alcance efectivo del art. 53 de la Carta, precepto que dispone, en lo que ahora interesa, que “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 las constituciones de los Estados miembros”. Esta cuestión, de carácter interpretativo, y que se realiza también de forma subordinada a la segunda (en el caso de que se responda aquélla de forma

afirmativa) es si 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 miembro⁴⁰.

Estas son las cuestiones que el Tribunal de Justicia ha respondido en su Sentencia de 26 de febrero de 2013, y lo ha hecho en un sentido y con una argumentación que en modo alguno resulta sorprendente, y que ya había sido anticipada en las Conclusiones presentadas por el Abogado General Yves Bot el 2 de octubre de 2012. El Tribunal ha recordado que la normativa comunitaria “debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.” Ha afirmado, además, que el Derecho de la Unión es, en este punto, “compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Ha considerado, finalmente, que el art. 53 de la Carta “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 evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución”.

Si esta Sentencia presenta interés no es, obviamente, por su (prácticamente nula) novedad, sino que se anuda a su origen (una cuestión prejudicial interpuesta por nuestro Tribunal Constitucional), a su objeto (los derechos fundamentales, que, recordémoslo una vez más, deben ser interpretados de conformidad con los

⁴⁰ Este enfoque separa nítidamente el problema planteado por el asunto Melloni del resuelto en Akerberg (Sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10), puesto que en ésta la primacía se invoca para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales de la Unión (“el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión [que consagran los derechos garantizados por la Carta] está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional”, párrafo 45), mientras que en Melloni se discute la primacía de una disposición comunitaria restrictiva de derechos en relación con las disposiciones constitucionales que los protegen. Un examen de esta resolución y de la recaída en el asunto Melloni en Appanah, D. [“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* 2014, pp. 333 ss.] y en Rijckevorsel, E. van [“Droits fondamentaux (arrêt "Akerberg Fransson"; arrêt "Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal". En *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2013\1, pp. 175 ss.).

Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, ex art. 10.2 CE) y al eterno dilema de la eventual primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales (que, una vez más, y acaso no sea casual, se plantea en el campo de los derechos fundamentales).

No menor interés suscita la STC 26/2014, de 13 de febrero, que desestima el amparo interpuesto por el Sr. Melloni. Este interés trae causa, en primer lugar, no tanto por el asunto de fondo que en ella se ventila, como por haberse posibilitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 53 CDFUE. Pero es que además, y en segundo lugar, la Sentencia se acompaña de tres votos particulares concurrentes⁴¹, lo que también plantea algunas divergencias en el seno del Tribunal que invitan a una reflexión crítica, como es la que aquí se pretende ofrecer.

Nuestra pretensión es realizar algunas consideraciones, en clave constitucional, sobre estas materias. Este enfoque aconseja delimitar con más precisión el objeto del presente estudio, acotando aquéllas materias que centraran nuestra atención.

La primera cuestión que nos planteáremos, desde la perspectiva de los derechos fundamentales (léase ahora, constitucionales), es si la condena impuesta en ausencia vulnera los derechos al proceso debido y de defensa del afectado (art. 24, apartados primero y segundo, CE) en el supuesto de que haya sido encausado y haya optado por no acudir personalmente y ser defendido durante el proceso por un Letrado de su elección.

La segunda parte de este estudio se centrará en los problemas prácticos que suscita la existencia de un doble catálogo de derechos fundamentales, cuya interpretación auténtica depende de dos tribunales distintos y cuya engarce práctico vendría fijado, en principio, por el art. 53 CDFUE. Esta cuestión es, a diferencia de la anterior, mucho más compleja en su formulación, pero no menos interesante.

Una buena evidencia de dicha complejidad resulta del examen comparado de la Sentencia del Tribunal de Justicia en la que da respuesta a la triple cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional, y la Sentencia en la que éste opta por denegar el amparo solicitado por el Sr. Melloni, analizadas, en ambos casos, en relación con la primacía y la (efectiva) protección de los derechos

⁴¹ Votos Particulares suscritos por las Magistradas Adela Asua Batarrita y Encarnación Roca Trías, y el Magistrado don Andrés Ollero Tassara.

constitucionales⁴². Se dedicarán sendos apartados a examinar una y otra resolución.

2.1. Complejizando lo sencillo: algunas consideraciones sobre la eventual lesión de derechos fundamentales por la condena impuesta a la persona que opta por no asistir a la causa pero que cuenta con asistencia letrada de su elección en el juicio.

2.1.1. La posición del Tribunal Constitucional en esta materia...

El supuesto examinado en el epígrafe se ha planteado en diversas ocasiones ante el Tribunal Constitucional, en el marco de condenas impuestas en ausencia en países distintos al de su residencia. Primero, en el marco de la extradición de personas y, más recientemente, en el marco de la orden europea de detención y entrega. Aunque existen muy importantes avances en la euroorden en relación con el viejo modelo de la extradición⁴³, siempre ha existido polémica dentro del Tribunal sobre si la condena impuesta en ausencia cuando el afectado ha declinado asistir a su propia causa y ha confiado su defensa a letrados de su confianza vulnera, y en qué medida, sus derechos fundamentales.

Debe destacarse que, en esta materia, siempre ha habido opiniones discrepantes dentro del Tribunal Constitucional, aunque la mayoría de los Magistrados ha entendido que la entrega incondicionada del condenado en ausencia, en las circunstancias descritas⁴⁴, lesiona indirectamente su derecho de defensa.

⁴² No dedicaremos un epígrafe propio al examen de si la normativa comunitaria contradice, o no, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, porque en este caso no cabe ninguna duda de que el Tribunal de Justicia actúa como intérprete auténtico de una disposición europea y en el marco de sus atribuciones y es una cuestión accesoria al objeto del presente estudio, aunque dicho análisis pueda sernos útil en el marco de este trabajo, como veremos. Tampoco nos detendremos en las objeciones que se plantearon ante el Tribunal de Justicia en relación con la admisibilidad de la cuestión prejudicial, aunque estas tampoco carecen de interés.

⁴³ Mientras que la extradición se concibe como un procedimiento mixto (en parte judicial y en parte gubernativo, en el que el Estado dispone de margen de decisión política sobre la conveniencia de acceder o de rechazar a la misma), la euroorden se presenta fundamentalmente como un mecanismo de cooperación judicial, basado en los principios de confianza recíproca y reconocimiento mutuo.

⁴⁴ Desde un punto de vista general el Tribunal Constitucional considera que “la condena *in absentia* en juicios penales sólo es constitucionalmente admisible si se garantiza suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio, dándole, mediante la citación que produzca un conocimiento efectivo, oportunidad de comparecer en él con anterioridad para que pueda conocer los hechos que se le imputan y garantizándole, en cualquier caso, la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal *in absentia*, sin que tal posibilidad haya de extenderse necesariamente a los pronunciamientos civiles de la Sentencia” (SSTC 135/1997/7, de 21 de julio y 91/2000/12, de 30 de marzo).

Así, en relación con el procedimiento de extradición podemos recordar la doctrina vertida en la STC 91/2000, de 30 de marzo⁴⁵. La mayoría del Pleno entiende que “el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial” (FJ 13, y las Sentencias anteriores en la misma dirección), vinculado con la autodefensa y con el derecho a la última palabra⁴⁶.

Discrepan de este parecer algunos Magistrados. Así, el Magistrado Cruz Villalón expone en un muy interesante Voto Particular que el parámetro internacional en esta materia es, fundamentalmente, el Convenio Europeo de Extradición, de 1957. Pues bien, el Magistrado recuerda que el art. 3.1 del Segundo Protocolo adicional a dicho Tratado permite denegar la entrega de la persona “si, en su opinión, el proceso que dio lugar a dicha Sentencia no respetó los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito”⁴⁷. La cuestión, nuclear, es que el recurrente, en este caso, no ha alegado lesión de tales derechos, sino que se ha quejado, únicamente, de su no presencia en el plenario. Por tal motivo, concluye, el Pleno debería haber desestimado el recurso de amparo interpuesto.

También resulta de interés el Voto Particular suscrito por Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhieren los Magistrados Rafael Mendizábal Allende y Vicente Conde Martín de Hijas, que interesan igualmente la desestimación del amparo por considerar, en lo que aquí interesa, que el acusado ha podido optar por defenderse por sí mismo o a través de un abogado, como así ha hecho, y que Italia goza de garantías procesales que son equiparables a las españolas.

Esta polémica en el seno del Tribunal se ha mantenido en el tiempo, siendo igualmente aplicable a la 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 (2002/584/JAI). Antes de examinar la posición del Tribunal Constitucional en esta materia, conviene señalar ya que dicha Decisión ha sido modificada por la muy relevante Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI,

⁴⁵ Doctrina reiterada en las SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 156/2002, de 23 de julio; y 183/2004, de 2 noviembre.

⁴⁶ Apoya esta afirmación en diversos textos internacionales (arts. 10 y 11 DUDH, 14, apartados 1 y 3, PIDCyP y 6.3.c) CEDH). Por tal motivo, “la autorización judicial de entrega incondicionada a Italia del reclamado para cumplir una pena que le fue impuesta tras un juicio celebrado en rebeldía vulneró su derecho de defensa” y supuso también una vulneración indirecta de las exigencias del derecho al proceso debido (FJ 14). Los efectos de esta doctrina no consisten en la denegación de la entrega, sino en la entrega condicionada del afectado, que debe tener una posibilidad efectiva de impugnar dicho pronunciamiento (vid. SSTC 156/2002/7, de 23 de julio y, ya en relación con la orden europea de detención y entrega, 199/2009/3, de 28 de septiembre).

⁴⁷ Protocolo publicado en el *BOE* de 11 de junio de 1985.

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 imputado⁴⁸.

¿Qué dicen estas normas? Pues bien, sintéticamente resumidas, la normativa de 2002 permitía que el Estado supeditase la ejecución de una euroorden cuando esta trajera causa de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad impuesta en rebeldía (art. 5.1), garantizándose la posibilidad de que el afectado pueda tener un nuevo juicio. ¿Era esto suficiente para condicionar su entrega? No está claro, dado que dicho precepto sigue indicando “y si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía”.

Estas dudas desaparecen con la Decisión Marco de 2009, que delimita con mucha mayor precisión el régimen de las órdenes europeas de detención y entrega que tienen su origen en resoluciones impuestas en rebeldía. En lo que ahora interesa, introduce en la Decisión un nuevo artículo (el 4 bis), en el que se excluye la inejecución de una orden europea de detención y entrega cuando el interesado, en lo que ahora nos interesa, “teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio”.

Dicho con otras palabras, y aunque este precepto pueda ser preocupante desde la perspectiva del respeto de los derechos fundamentales por otras razones⁴⁹, establece con claridad que la orden europea de detención y entrega debe ser ejecutada cuando el encausado o afectado ha designado a un letrado para su defensa.

Sin embargo, estas decisiones marcos no han provocado un replanteamiento de las posiciones mantenidas por el Tribunal Constitucional, como acredita la STC (Sala Primera) 199/2009, de 28 de septiembre, y en la que se toma como

⁴⁸ En nuestro país han sido desarrolladas a través de las Leyes 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, lugar evidentemente inapropiado para ello.

⁴⁹ En efecto, es preocupante, aunque lógica, la referencia a la defensa mediante letrado de oficio, porque no acredita la implicación del afectado en la causa (aunque esta cuestión entroncaría con el apartado a del mismo artículo IV bis). También resulta de interés destacar que en este caso se incluye una exigencia que puede (*rectius*, debe) ser ponderada por el Tribunal que ejecuta la orden, y es determinar si el afectado fue “efectivamente defendido” por dicho Letrado.

referencia la Decisión Marco de 2002⁵⁰, que exige la entrega condicionada del afectado que traiga causa de una resolución dictada en ausencia.

Algunos Magistrados han seguido oponiéndose a esta visión, pero lo hacen haciendo notar que la situación ha cambiado radicalmente, por versar estas decisiones sobre euroórdenes y no sobre extradiciones⁵¹. En palabras del Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez, la actuación judicial impugnada ha sido realizada al amparo tanto de la Decisión Marco (de 2002) como de la Ley española, en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho europeo⁵². En una dirección similar, el Magistrado Pérez Tremps entiende que si el Tribunal Constitucional discrepa de la entrega de una persona juzgada en rebeldía en ejecución de una orden europea debe plantar la oportuna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. Si no sigue esta vía, el Tribunal Constitucional debería cuestionarse si la Ley española no vulnera la Constitución al no contemplar el supuesto de la entrega condicionada del afectado. Si tampoco actúa en este sentido, debería denegar el amparo solicitado, porque el parámetro europeo en esta materia (integrado por la Decisión Marco de 2009 y por la STEDH Gran Sala Sejdovic c. Italia, de 1 de marzo de 2006, § 82 y ss.) permite diferenciar razonablemente los supuestos de una condena impuesta en ausencia del caso actual, en el que el encausado fue emplazado y decidió, libremente, no acudir al plenario y confiar su defensa en un letrado de su elección⁵³.

⁵⁰ Recuerda el Tribunal que su jurisprudencia sobre extradición es igualmente aplicable a la orden europea de detención y entrega (como atestigua la STC 177/2006/7b, de 27 de junio). Por otra parte, entiende que aunque ni la Decisión Marco de 2002 ni la Ley española 3/2003 prevé la entrega condicionada del afectado que ha sido juzgado en rebeldía, estamos en presencia de una garantía “inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución” (STC 199/2009/3) y que además esta posibilidad viene acreditada por el citado art. 5.1 de la citada Decisión Marco, que permite que la ejecución de la euroorden tome en consideración el Derecho del Estado miembro de ejecución. Dado que dicha exigencia de un nuevo juicio es un reflejo de un derecho fundamental, su inobservancia por parte de la Audiencia Nacional vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (STC 199/2009/3, con cita en las SSTC 91/2000, de 30 de marzo; 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000 y 163/2000, de 12 de junio, y 183/2004, de 2 de noviembre).

⁵¹ El Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez no puede aceptar “una posición regresiva que pretenda extender los efectos de la resolución de una extradición, institución propia del siglo XX, a la orden europea de detención y entrega, mecanismo propio de la Unión Europea del siglo XXI”, opinión formulada en el VP emitido en la STC 120/2008, de 13 de octubre, al amparo de la propia STC 293/2006/4, de 10 de octubre.

⁵² El Magistrado se remite a la doctrina vertida por el TJUE en la Sentencia de 16 de junio de 2005, caso María Pupino, C-105/2003, § 43 o 34 y a la autonomía de los conceptos de rebeldía y ausencia (STJUE STJUE de 17 de julio de 2008, caso Szymon Kozłowski, § 43).

⁵³ Esta fundamentación remite a la que se contenía en el Auto 49/1998/4 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de julio de 1998, que fue anulado parcialmente por la citada STC 91/2000, de 30 de marzo, y en el que se indicaba que “el acusado fue regularmente citado a la vista oral, se permitió la intervención en todo el proceso, también en la vista, del Letrado de su elección y que recurrió la sentencia con éxito parcial”, concluyéndose que “todo ello sería exponente de *un ejercicio activo y eficaz de su derecho a la defensa*”. Comparte esta visión José Manuel Arías Rodríguez [en “Sobre las cuestiones...”, *cit.*, apartado III.3).

Resulta evidente que ninguna de las críticas vertidas en el seno del Tribunal Constitucional ha sido suficiente para variar la posición de la mayoría. En el ATC 86/2011, de 11 de junio, se hace un magnífico resumen de la jurisprudencia vertida hasta el momento en esta materia. La única voz discrepante se debe, una vez más, al Magistrado Pérez Tremps.

El punto de partida de este Magistrado es que “los Estados miembros de la Unión Europea comparten una cultura de los derechos fundamentales” (ap. 3, que remite al art. 6.2 TUE y, a través de la Carta, al CEDH), que se concreta “en la aceptación de la suficiencia de “las garantías sustanciales ofrecidas y [de] los mecanismos previstos para su control” (STEDH *Bosphorus c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, § 155)” (ap. 3). Esto supone que un Estado no puede imponer su estándar de protección a otro Estado y que los excesos de éste serán enjuiciados, en su caso, por el Tribunal de Estrasburgo. Este principio de “confianza legítima horizontal, recíproca, en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de otro Estado cobra especial significado” en el mecanismo de la orden europea de detención y entrega, que parte del “principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal” (ap. 3). Aunque resulta evidente que este principio admite excepciones (como acredita la posibilidad de entrega condicionada o de denegación de ejecución de las órdenes europeas, previstas en las Decisiones Marco de 2002 y de 2009, respectivamente) (ap. 4), para que las mismas tengan lugar debe producirse una “auténtica condena “en rebeldía” generadora de indefensión lesiva de las garantías procesales establecidas en los ya citados instrumentos constitucionales nacionales, internacionales y supranacionales” (ap. 5).

No comparte el Magistrado Pérez Tremps que una condena impuesta en rebeldía (posibilidad, por cierto, que nuestro propio ordenamiento permite) vulnere, por sí sola, el contenido absoluto o esencial del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE. Y menos si se pretende atender al criterio hermenéutico previsto en el art. 10.2 CE. Resulta evidente que el parámetro de la Unión Europea fijado en la citada Decisión Marco de 2009 contempla que, en determinadas circunstancias, se proceda a la entrega del condenado en ausencia. También resulta claro para el Magistrado discrepante que, en contra de lo señalado por la mayoría, no puede deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia que “cualquier condena en ausencia sea, *per se*, contraria al art. 6 CEDH y con ello al art. 24 CE” (ap. 5, que cita la SSTEDH - Gran Sala- *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006, §§ 82 y ss., y de las Sentencias allí citadas, y de las que la siguen). Ni la condena ni el rechazo de la entrega condicionada resultan desproporcionados cuando, en particular, el “acusado, debidamente emplazado, constando dicho emplazamiento, decida libremente renunciar a su presencia, constando la posibilidad de asistencia del Abogado para

la defensa de sus intereses” (ap. 5, citando la STEDH Medenica c. Suiza, de 14 de junio de 2001, § 59). A la luz de esta doble perspectiva europea, concluye que no estima vulnerado el derecho de defensa del recurrente.

2.1.2. ... sometida a crítica...

Nuestra pretensión, en este punto, es extremadamente modesta, aportando una visión personal sobre si se ha visto vulnerado, o no, el derecho de defensa del recurrente, señor Melloni.

Antes de dar una opinión sobre esta materia, debemos recordar los concretos hechos que se enjuician en el amparo 6922-2008, ya que en este tipo de proceso el Tribunal no pretende realizar construcciones genéricas, sino determinar si, en el caso en especie, se han vulnerado, o no, y en qué medida, los derechos del recurrente.

La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición del Sr. Melloni a Italia, en virtud de dos órdenes europeas de detención y entrega, acordándose posteriormente su libertad bajo fianza y optando el afectado por darse a la fuga. El Tribunal de Ferrara lo declara en rebeldía y acuerda efectuar las subsiguientes notificaciones en lo sucesivo a abogados de su confianza. El proceso penal concluye en la condena del recurrente, confirmada en apelación y en casación, por un delito de quiebra fraudulenta.

Se expide una nueva orden de detención europea para el cumplimiento de la condena, que es ejecutada, en nuestro país, por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El afectado se opone a la entrega, alegando, en lo que ahora interesa, que la ley procesal italiana no contempla la posibilidad de recurrir las Sentencias dictadas en rebeldía, por lo que en todo caso debería condicionarse su eventual entrega. El Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008 acuerda la entrega del afectado por entender que su derecho de defensa no se ha visto comprometido, dado que (a) era conocedor de la celebración del juicio, (b) se había situado voluntariamente en rebeldía y (c) había sido representado en las tres instancias por dos abogados para su defensa.

¿Se han vulnerado los derechos al proceso debido y de defensa del recurrente? A mi juicio, el enfoque del Tribunal parte de algunas premisas que no es posible compartir, y su rigor garantista contrasta con el formalismo utilizado en otras ocasiones en relación con las garantías procesales.

Existen poderosos argumentos, tanto genéricos como específicamente anudados al art. 10.2 CE, que permiten desestimar la queja del recurrente sin mayores esfuerzos.

2.2.2.1. ...TANTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO DEBIDO Y DE DEFENSA...

La doctrina general forjada por el Tribunal Constitucional sobre los derechos procesales parte de algunas premisas generales que deberían haber servido para delimitar el problema planteado y desestimar la queja del recurrente.

Es sabido, en efecto, que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que “para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado” (SSTC 185/2003/4, de 27 de octubre; 164/2005/2, de 20 de junio; 25/2011/7, de 14 de marzo y 2/2013/9, de 14 de enero).

Resulta muy discutible que en el caso que nos ocupa estemos en presencia de una indefensión material, que merezca ser reparada, puesto que el acusado ha sido efectivamente defendido en el plenario por letrados de su estricta confianza. El propio Tribunal Constitucional discrepa de esta idea afirmando, por el contrario, que “sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro Ordenamiento, hemos reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa”⁵⁴.

La exigencia impuesta por el Tribunal puede ser considerada excesivamente garantista, y podría considerarse desafortunado desde una perspectiva constitucional presentar tal eventual sobreprotección como defecto. Es oportuno hacer recordar, como hace el Magistrado Pérez Tremps, que la consecuencia de esta construcción sería entender que cualquier proceso penal celebrado en ausencia del acusado sería lesivo de derechos fundamentales, lo que permitiría dudar de la constitucionalidad de las normas que permiten tal tipo de

⁵⁴ SSTC 91/2000/13, de 30 de marzo y 199/2009/4, de 28 de septiembre y ATC 86/2011/5, de 9 de junio. Y es que “la viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio”, ex STC 181/1994/3, de 20 de junio

enjuiciamiento en nuestro país (art. 786 LECrim), cosa que no se ha hecho. Y es que esta previsión legislativa también sirve para asegurar otros fines de evidente relevancia constitucional, como son los derechos (fundamentales) de las víctimas y el principio de seguridad jurídica y de asegurar el Estado de Derecho.

Menos dudas plantea, sin embargo, que, en un caso como el que nos ocupa, en el que el acusado era conocedor del juicio, y opta -libremente- por no presentarse al plenario y confía su defensa en Letrados de su elección, se impute un comportamiento irregular a las autoridades judiciales italianas. Y es que, con independencia de que exista o no un derecho fundamental absoluto del acusado a estar presente en su juicio, resulta evidente que su decisión de no acudir al plenario no ha sido provocada por ningún poder público italiano, sino que trae causa de su libre voluntad.

Podría cuestionarse, de forma muy razonable además, que la ausencia del acusado al proceso vulnere su derecho de defensa cuando se encuentra bajo la custodia de autoridades públicas, porque éstas debieron garantizar su presencia en aquél. Pero en este caso, la eventual indefensión que se hubiera producido debería imputarse, como resulta obvio, al propio recurrente.

Partiendo de esta evidencia, debería recordarse, como el Tribunal Constitucional ha señalado de forma muy reiterada, que “corresponde a las partes intervinientes en el proceso actuar con la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible” (SSTC 33/2004/2, de 8 de marzo y 208/2009/4, de 26 de noviembre, entre otras muchas). Resulta sorprendente, en efecto, que el Tribunal acepte con naturalidad que el recurrente, que ha decidido no acudir al plenario, pueda quejarse después de que dicha ausencia ha provocado una indefensión, y que se impute la misma, además, a un órgano judicial que se ha limitado a aplicar la legislación procesal criminal (cercana, además, en este punto, a la española).

El Tribunal rechaza taxativamente este enfoque en la STC 91/2000/15, de 30 de marzo, dado que, “al hallarse el acusado sometido a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia” (Apoya esta afirmación en las SSTEDH de 27 de febrero de 1980, caso Deweer c. Bélgica, núm. 54 y de 29 de julio de 1998, caso Guerin contra Francia, núm. 43).

Creo que existen argumentos suficientes para cuestionar esta afirmación, y que parten de la propia construcción jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha hecho de los derechos procesales. En primer lugar, no se ha precisado qué lesión

material ha provocado la ausencia del condenado. En segundo lugar, la misma no trae causa de ningún comportamiento de un poder público italiano que merezca reproche constitucional. En tercer lugar, la eventual indefensión que se dice producida traería causa de la propia decisión del recurrente.

La única duda que podría plantearse es si estamos ante un derecho al que el recurrente pueda renunciar en todo caso. Pero es que no me parece que tampoco sea preciso tal enfoque. Podría entenderse, en términos razonables, que la eventual prisión provisional a la que el recurrente podría verse sometido en tanto se le juzga opera como una carga (razonable además en este caso, en el que se había dado anteriormente a la fuga) y que debe asumirla si desea ejercer en plenitud su derecho de autodefensa. Siendo muy interesante este dilema, no influiría en la desestimación de la queja, examinada desde la exclusiva perspectiva del art. 24 CE.

2.2.2.2. ...COMO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ART. 10.2 CE.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional debe tomar en consideración, a la hora de delimitar el contenido de los derechos fundamentales, los Tratados internacionales suscritos en materia de derechos humanos⁵⁵.

Desde esta perspectiva, puede ser útil conocer la posición expresada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, especialmente en este caso, por versar sobre el alcance de previsiones normativas de la Unión Europea, por el Tribunal de Luxemburgo.

El Tribunal de Estrasburgo ha señalado que “ni la letra ni el espíritu del art. 6 de la Convención impiden a alguien renunciar por propia voluntad, de manera expresa o tácita, a las garantías del proceso debido. Sin embargo, para poder ser juzgado conforme a los fines del Convenio, la renuncia del derecho a tomar parte en el proceso debe encontrarse establecida de manera inequívoca y rodearse de un mínimo de garantías acordes con su gravedad. Además, no debe afectar ningún interés público importante” (STEDH *Idalov c. Rusia*, de 22 de mayo de 2012, § 172). O como se dijera anteriormente, en esta misma dirección: “para que un proceso en ausencia sea justificado, resulta decisivo que los hechos del caso acrediten inequívocamente que el afectado fue suficientemente advertido de la oportunidad de ejercer sus derechos en el contexto del específico proceso dirigido contra él y que pueda ser considerado que renunció a su derecho de comparecer ante el Tribunal. En ausencia de cualquier notificación este derecho

⁵⁵ Sin embargo, el Tribunal Constitucional dispone, como no puede ser de otra manera, de la última palabra a la hora de determinar la interpretación de los preceptos constitucionales (también de los que consagran los derechos fundamentales), sin que esta tarea sea, en sí misma, fiscalizable en sede judicial.

no puede ser considerado claramente objeto de renuncia ni ejercido de forma efectiva” (STEDH Stoyanov c. Bulgaria, de 31 de enero de 2012, § 32).

Aunque podría ampliarse este recordatorio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resultan suficientes estas pinceladas para concluir que la interpretación defendida en líneas anteriores del alcance de los derechos al proceso debido y de defensa no es incompatible con la doctrina vertida por el Tribunal de Estrasburgo.

La propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2012, acredita que tampoco resulta incompatible la idea de que la negativa del acusado a comparecer en su proceso con los derechos fundamentales comunitarios.

Recuerda, en efecto, el Tribunal de Luxemburgo 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” (párrafo 49, que cita la STJUE de 6 de septiembre de 2012, Trade Agency, C-619/10, párrafos 52 y 55). Esto ocurre, en particular, cuando el acusado “haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto” (párrafo 49).

Esta doctrina tiene especial peso, además, cuando se aplica a una institución de cooperación procesal, la orden europea de detención y de entrega, que parte del reconocimiento mutuo del principio de reciprocidad.

Podríamos concluir, entonces, que, para los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo, el juicio en ausencia no vulnera derecho procesal alguno, si se respetan determinadas garantías formales y materiales, relacionadas con la acreditación de que el afectado ha sido convenientemente informado de la celebración del juicio y de los eventuales efectos que se derivan del mismo, así como del respeto del principio contradictorio asegurando su eventual defensa por parte de un Letrado de su confianza.

En líneas anteriores hemos tratado de demostrar cómo, a nuestro juicio, no se han vulnerado las garantías procesales del recurrente en el caso que nos ocupa, y lo hemos hecho valiéndonos tanto de la doctrina constitucional habitualmente utilizada cuando se alegan los derechos al proceso con todas las garantías y de defensa como de la jurisprudencia emanada, en esta misma materia, de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

Es oportuno hacer notar que nuestro análisis se limita al caso enjuiciado, como no puede ser de otra forma cuando se habla del respeto de los derechos fundamentales, sin que ello impida señalar que pueden darse circunstancias

específicas en otros supuestos que permitan llegar a soluciones distintas. Podría pensarse, por ejemplo, si se hubiera producido una indefensión constitucionalmente relevante en el supuesto de que quedara acreditado que la defensa del condenado *in absentia* fue manifiestamente ineficiente⁵⁶.

En todo caso, si el Tribunal Constitucional hubiera decidido modificar su doctrina, nos habríamos evitado el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y los problemas que se derivan de esta decisión, y que serán examinados en las siguientes líneas.

2.2. La primacía del Derecho de la Unión en la Sentencia del Tribunal de Justicia.

2.2.1. Un pronunciamiento esperado (introducción).

De los tres interrogantes que se contienen en la cuestión prejudicial, dos remiten al clásico problema de la primacía. En la primera se cuestiona si la autoridad de ejecución de una orden europea puede proceder a realizar una entrega condicionada, y en la tercera, si tal actuación podría justificarse en el art. 53 de la Carta, en la medida en que supondría establecer una protección suplementaria vinculada con un derecho constitucional.

No resultan inesperadas las respuestas del Tribunal de Luxemburgo a las preguntas planteadas por el Tribunal Constitucional español, y que en síntesis se pueden resumir en que la aplicación uniforme del mecanismo de la orden europea de detención no permite que un órgano judicial condicione la entrega a un eventual recurso si tal posibilidad no está prevista en la Decisión Marco (de 2009), y en que el principio de primacía impide que un tribunal se apoye en una norma constitucional que reconoce un derecho fundamental para no ejecutar una euroorden, pese a que, es bueno recordarlo ya, la Unión Europea carece de competencias en esta materia⁵⁷. Resulta conveniente, en todo caso, examinar separadamente una y otra cuestión.

2.2.2. La Decisión Marco de 2009 impone la detención y entrega en un caso como el examinado.

El Tribunal de Justicia sigue en esta parte de su argumentación muy de cerca las observaciones presentadas por el Abogado General Yves Bot. El supuesto previsto en el art. 4.bis.1.b de la Decisión Marco de 2009 “no menciona en absoluto la

⁵⁶ Es conveniente recordar que la propia Decisión Marco de 2009 establece, en su art. 4.b, establece que el acusado debe ser “*efectivamente* defendido por dicho letrado en el juicio”. El adverbio subrayado remite, o eso parece, a que pueda verificarse si la actuación del Letrado presentó una mínima calidad, lo que permitiría calibrar en qué medida ha quedado acreditada o no.

⁵⁷ Arts. 6.1 TUE Y 51.1, 51.2 y 52.5 CDFUE. Idea subrayada por diversos autores (ver, a título de ejemplo, Martín Rodríguez, Pablo J: “Crónica de una muerte...”, *cit.*, p. 44-45).

exigencia de que el interesado tenga derecho” “a un nuevo juicio en el Estado miembro emisor” (Conclusiones, párrafo 59), por lo que, no siendo contraria al derecho de defensa, resulta “incompatible con el mantenimiento de una facultad de la autoridad judicial de ejecución para someter esa ejecución a la condición de que la condena de que se trata pueda ser revisada con objeto de garantizar el derecho de defensa del interesado” (Sentencia, párrafo 44). Tal conclusión también se alcanza tomando en consideración la finalidad de la nueva Decisión Marco, que no es otra que “facilitar la cooperación judicial en materia penal, mejorando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros por medio de una armonización de los motivos de no reconocimiento de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado” (Sentencia, párrafo 43. Ver Observaciones, párrafos 61 ss.).

2.2.3. Sobre el art. 53 de la Carta.

2.2.3.1. LA GÉNESIS Y EL SENTIDO DEL 53 DE LA CARTA.

Como es sabido, el art. 53 de la Carta señala que “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”.

Con este precepto se busca, según las Explicaciones, “mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional”⁵⁸.

El origen de esta previsión no es, en absoluto, reciente. En la difundida Sentencia Nold, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya había afirmado que no podría “admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones” (STJUE de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73), aunque es probable que el autor intelectual de esta afirmación sea el jurista más influyente en la jurisprudencia comunitaria relacionada con la protección de los derechos fundamentales, Pierre Pescatore. Éste había señalado, en un artículo

⁵⁸ *DOUE* C 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 35. Es habitual que los tratados internacionales en materia de derechos humanos contengan tal tipo de cláusulas, como acredita la simple lectura de los arts. 53 CEDH, 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

publicado dos años antes, que “resulta difícil ver cómo el Derecho comunitario puede mantener su autoridad si fracasa en el logro de alcanzar un nivel de protección que sea considerado esencial en algún concreto Estado miembro”⁵⁹.

Resulta así que estamos en presencia de una cláusula de estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales, que garantiza que la Carta no repercutirá negativamente en el nivel de protección existente ni en el plano europeo (especialmente, en el CEDH) ni en el plano constitucional⁶⁰. La Carta establecería un nuevo canon en materia de derechos humanos, que únicamente sería vinculante en lo que atañe a la creación del Derecho de la Unión y a su aplicación (que, desde esta perspectiva, seguiría siendo uniforme en todo el territorio de la Unión).

2.3.3.2. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 53 POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, POR EL ABOGADO GENERAL Y POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Antes de analizar la argumentación contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia, es conveniente recordar algunas de las consideraciones contenidas en el Auto del Tribunal Constitucional que plantea la cuestión prejudicial, y que condicionan el posterior debate procesal.

El Pleno del Tribunal Constitucional español entiende que hay tres formas de interpretar el art. 53. Se puede concebir éste en la línea de lo previsto por el citado art. 53 CEDH, como una norma que permite que un Estado excepcione una obligación comunitaria con el fin de “de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por su Constitución” (ATC 86/2011/7), como una norma que sirve para delimitar el ámbito de aplicación de la Carta y, en su caso de los derechos constitucionales (lo que contribuye a la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión pero

⁵⁹ En “The protection of human rights in the European Communities”. *Common Market Law Review* 1972, p. 73.

⁶⁰ Dicho en palabras vertidas por ilustres comunitaristas, el art. 53 consagra el principio de no regresión (Braibant), impidiendo una reformatio *in peius* en materia de derechos fundamentales (Mangas). Extraído de Martín y Pérez de Nanclares, José: “Artículo 53”, en Mangas Martín, Araceli (dir.) y González Alonso, Luis N. (coord.): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA. Bilbao, 2008, p. 856. Señalará más adelante el propio autor que el citado precepto garantiza “el mantenimiento del statu quo en la protección de los derechos” (ibídem, p. 864). En esta misma dirección se expresa Teresa Freixes Sanjuán [en “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 4 (2005, p. 62), aunque posteriormente se ocupe de la repercusión negativa que la Unión Europea puede tener en los derechos prestaciones, vinculada a la regla de oro presupuestaria (en “El drets...”, *cit.*, pp. 39 ss.). Esta interpretación resulta plenamente compatible con la afirmación, realizada por el propio Tribunal de Justicia en su Sentencia de 26 de febrero de 2013 en el asunto Akerberg (C-617/10), de que “el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros” (párrafo 44).

vacía de contenido propio el precepto examinado, que sería redundante en relación con el art. 51 del mismo cuerpo normativo), y, finalmente, como una norma flexible, que podría consentir que en algunos casos el derecho constitucional desplazara la norma comunitaria y en otros ocurriera lo contrario, dependiendo de los intereses en juego (derechos fundamentales, principios generales, etc.). En este último supuesto, la interpretación del art. 53 se circunscribiría al concreto problema planteado.

Debe hacerse notar que dos de las tres soluciones apuntadas contemplan el eventual desplazamiento de las normas constitucionales que recogen los derechos fundamentales (la segunda, de forma incondicionada; la tercera, ocasionalmente), que ceden su lugar a normas de la Unión. Y este entendimiento de la cuestión podría encontrar cobijo en una de las afirmaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004/4, cuando señaló que el art. 93 CE permitía que “su propio desplazamiento o inaplicación” en virtud del principio de primacía.

El Abogado General Yves Bot opina que debe rechazarse la primera de las interpretaciones realizadas, porque “lesionaría el principio de primacía del Derecho de la Unión”, y podría dar lugar a que, en algunos casos, se reconociera “la preeminencia de las Constituciones nacionales sobre el Derecho de la Unión” (párrafo 97). También comprometería la aplicación uniforme y eficaz del Derecho de la Unión (párrafo 101) y, en el caso en especie, daría lugar a un sistema de geometría variable que incitaría a los delincuentes a refugiarse en los Estados más garantistas (párrafo 103). Tal entendimiento también afectaría al principio de seguridad jurídica (párrafo 104), y se opondría, además, a la necesidad de reconocer los derechos fundamentales en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión Europea (párrafo 107).

Desde esta perspectiva adquiere especial relieve “la necesaria uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y de los imperativos ligados a la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia”, intereses estos que permiten “graduar el nivel de protección de los derechos fundamentales en función de los diferentes intereses en juego” (párrafo 112). En definitiva, “una interpretación del artículo 53 de la Carta que permitiera que una autoridad judicial de ejecución, en aplicación de una norma constitucional nacional, someta de forma general la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía a la condición de que la persona condenada por ésta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión rompería el equilibrio así alcanzado por el artículo 4 bis de la Decisión marco y, por ello, no es aceptable” (párrafo 122).

El Abogado General examina la cuestión desde otro enfoque, cual es determinar si los Estados disponen de un margen de apreciación para establecer un nivel de protección en la aplicación del Derecho de la Unión (párrafo 124 ss.). Entiende que cuando la Unión Europea ha fijado un nivel propio de garantía (lo que expresamente se hace en la Decisión Marco de 2009), el “consenso entre los Estados miembros no deja espacio para la aplicación de estándares de protección nacionales divergentes” (párrafo 126). Sin embargo, cuando tal consenso europeo no existe, los Estados “disponen de un margen de actuación más amplio [sic, margen de apreciación, puesto que en caso anterior no existe] para aplicar, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el nivel de protección de los derechos fundamentales que quieren garantizar en el ordenamiento jurídico nacional, y ello siempre que ese nivel de protección sea conciliable con la debida aplicación del Derecho de la Unión y no lesione otros derechos fundamentales protegidos en virtud del Derecho de la Unión” (párrafo 127).

¿Qué función cumple, pues el art. 53 dentro de la Carta? El Abogado General Yves Bot estima que no se debe “subestimar el valor político y simbólico de ese artículo”, y que debe ser interpretado en conjunción con los arts. 51 y 52 (párrafo 129). En concreto, “este artículo trata de confirmar que la Carta sólo impone un nivel de protección de los derechos fundamentales dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión” (párrafo 133), sin que pueda comprometer una rebaja del alcance de los derechos constitucionales “en los supuestos situados fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión. El artículo 53 de la Carta también expresa la idea de que la adopción de ésta no debe servir como pretexto para que un Estado miembro disminuya la protección de los derechos fundamentales en el campo de aplicación del Derecho nacional” (párrafo 134).

Finalmente, el Abogado General hace un llamamiento a la “necesidad de tener en cuenta la identidad nacional de los Estados miembros, de la que forma parte con certeza la identidad constitucional” (párrafo 137), aunque entiende que las dudas planteadas sobre el alcance de los derechos fundamentales no afecta, en este caso, a la identidad nacional del Reino de España (párrafo 140).

Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión sigue de cerca, en su argumentación, la línea trazada por el Abogado General, evita sus aspectos más discutibles. Se limita a afirmar que la primera lectura interpretativa del art. 53 de la Carta planteada por el Tribunal Constitucional español, que permitiría oponer un derecho constitucional a la aplicación del Derecho de la Unión, contraviene el principio de primacía (párrafo 58).

“Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares

nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión” (párrafo 60). Sin embargo, los Estados no están facultados para denegar la ejecución de una orden europea de detención y entrega (párrafo 61), dado que dicha materia ha sido armonizada a través de la Decisión Marco de 2009 (párrafo 62). Sostener lo contrario llevaría a “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” (párrafo 63).

2.2.4. Una valoración crítica de las afirmaciones contenidas en las Conclusiones y en la Sentencia del Tribunal de Justicia.

La argumentación realizada por el Tribunal de Luxemburgo sobre la idea de que la Decisión Marco de 2009 impone la entrega incondicionada del afectado por una orden europea de detención y de entrega en un caso como el descrito punto puede ser asumida sin mayores reproches.

La única discrepancia es que hubiera sido conveniente que el Tribunal hubiera comenzado su argumentación dando respuesta, previamente, a la cuestión prejudicial de validez de la Decisión Marco de 2009 en relación con la Carta, resultando llamativo que señale en el párrafo 44 que no vulnera el derecho de defensa, cuando esta cuestión es analizada en profundidad en los párrafos 47 ss. Es una objeción menor porque esta cuestión queda despejada, en todo caso, en la misma Sentencia.

Salvada esta leve objeción, debe subrayarse que la respuesta dada por el Tribunal se sustenta en un principio bien conocido, como es el referido a la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, que además se vincula, en este caso particular, a un nuevo mecanismo procesal basado en el mutuo reconocimiento de las órdenes de detención y entrega⁶¹.

Más problemas suscita, sin ningún género de dudas, la lectura que tanto el Abogado General como el Tribunal realizan del art. 53 de la Carta, que les lleva a realizar algunas afirmaciones que son, cuando menos, discutibles en el plano jurídico-constitucional.

El Abogado General Yves Bot sostiene, en primer lugar, que resulta imposible que un Tribunal excepcione una obligación comunitaria a fin de respetar los derechos

⁶¹ Pablo J. Martín Rodríguez crítica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirme “que los motivos de denegación de una euroorden son meras reglas de procedimiento o normas procesales *tout court*” (en “Crónica de una muerte...”, *cit.*, p. 26).

constitucionales porque eso compromete el principio de primacía del Derecho de la Unión, reconociendo en tal caso la preeminencia de la Constitución estatal, así como la uniformidad y eficacia de las normas de la Unión, lo que su a vez lesiona el principio de seguridad jurídica que aconseja establecer un derecho fundamental autónomo en la Unión Europea que sea acorde con su estructura y los objetivos.

Es cierto que los derechos fundamentales de la Unión Europea participan, como cualquier otra norma de la Unión, de autonomía. En este caso resulta aún más evidente, dado que, como bien dijera el Tribunal de las Comunidades Europeas, la salvaguarda de estos derechos “debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad” (asunto 11/70, Internationale Handersgesellschaft mbH, Rec. 1970, p. 1125 ss.). Resulta por tanto evidente que es probable que el régimen jurídico de un determinado derecho fundamental de la Unión Europea tenga que ser adaptado a una organización internacional que presenta una naturaleza muy especial y que no resulta equiparable a los derechos fundamentales protegidos en el plano estatal.

Dicho esto, no resulta tan pacífico aceptar que los derechos constitucionales no podrán ser invocados (ni respetados) cuando la aplicación de una norma comunitaria solamente puede lograrse obligando a poderes públicos estatales a desconocerlos.

De hecho, diversos Tribunales Constitucionales, incluido el español, han manifestado su reserva de jurisdicción si tal hipótesis se produjera. No resulta preciso, acaso, recordar la doctrina fijada por los Tribunales Constitucionales italiano y alemán en esta materia, que ha sido examinada en profundidad por el autor de estas líneas en otros estudios previos. Puede ser más interesante recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha mantenido también esta jurisprudencia en el pasado y que la ha reiterado expresamente en relación con la Carta de los derechos fundamentales.

En efecto, como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional español ha seguido la estela del Tribunal de Karlsruhe en la STC 64/1991/4, de 22 de marzo⁶². Podría pensarse que este planteamiento ha variado con la aprobación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Pero no es éste, desde luego, el parecer del Tribunal Constitucional, que declaró en la DTC 1/2004/6, que el artículo II-113 del Tratado (hoy art. 53 de la Carta) “establece que ninguna de las disposiciones de la 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

⁶² Ver, *infra*, nota 42.

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", con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta 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"⁶³.

No deja de ser llamativo que esta argumentación sirviera para justificar la compatibilidad de la incorporación de la Carta de la Unión con respecto a nuestra Constitución. Resulta, pues, que lo que el Tribunal de Justicia da por hecho no lo es tanto, si se analiza desde la perspectiva constitucional. No debe sorprendernos esta discrepancia, porque se inscribe en las citadas reservas de jurisdicción establecidas por los Tribunales Constitucionales y que se han realizado siempre para proteger, en lo que ahora interesa, los derechos inalienables de la persona humana, en expresión del Tribunal Constitucional italiano, o los derechos fundamentales, a juicio de los Tribunales Constitucionales alemán y español.

De hecho, en este mismo estudio se ha evidenciado que puede haber casos (aquéllos, por ejemplo, en que el juzgado *in absentia* no haya sido efectivamente representado en el plenario) en el que podría resultar razonable que la entrega del sometido a una orden europea de detención y entrega sea condicionada.

El Abogado General afirma, en segundo lugar, que la existencia de un consenso entre los Estados europeos sobre el contenido de un derecho fundamental "no deja espacio para la aplicación de estándares de protección nacionales divergentes". Podría aceptarse esta idea si se planteara en el plano de los principios. Se podría entender que allí donde exista dicho acuerdo, y aceptando que éste sea, cuando menos razonable, el Tribunal Constitucional español podría valerse de este criterio a la hora de determinar el propio alcance del derecho fundamental español, al amparo del art. 10.2 CE. Se pretendería así evitar, en la medida de lo imposible, las inevitables tensiones que traen causa de la existencia de diversos estándares de protección de derechos humanos.

⁶³ En este punto, resulta brillante la tesis expuesta por Luis Arroyo Jiménez en "Sobre la primera...", *cit.*, p. 71, cuando entiende que las afirmaciones del Tribunal Constitucional sobre el art. 53 CDFUE se realizan en el marco del art. 10.2 CE y no cuando las autoridades nacionales aplican Derecho de la Unión (art. 51 CDFUE). Aunque esta tesis es audaz, no creo que pueda admitirse la lesión de derechos fundamentales (léase, constitucionales) en ninguna actuación de los poderes públicos españoles, y con independencia del origen del acto, estatal -en sentido amplio-, de la Unión Europea o internacional, de que se trate (*cfr.* STC 64/1991/4, de 22 de marzo).

Si optamos por negarle carácter taxativo a la afirmación realizada por el Abogado General es porque resultaría paradójico defender el control sobre la actuación del legislador democrático estatal para respetar los derechos fundamentales y asumir, acriticamente, cualquier decisión adoptada en materias afines por los gobiernos europeos reunidos en el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

En tercer lugar, el Abogado General Yves Bot subraya el “valor político y simbólico” del art. 53 de la Carta y lo interpreta en un doble sentido. De un lado, no permite que la Carta imponga un estándar inferior de los derechos fundamentales en los supuestos ajenos a la aplicación del Derecho de la Unión. De otro, no sirve la Carta como excusa para que los Estados rebajen la protección de los derechos constitucionales.

Esta interpretación resulta muy poco consistente. Resulta sorprendente que se pretenda difuminar la naturaleza jurídica del art. 53, o que se le dote de un nulo contenido. Lo es, desde luego, establecer reglas sobre la relación de la Carta y los ordenamientos estatales ajenos a la aplicación del Derecho de la Unión, porque aquélla no resulta aplicable en virtud de lo previsto en el art. 51 CDFUE. No es menos llamativo que la Carta pueda prohibir o disuadir al poder constituyente estatal, para evitar que éste decida revisar su catálogo de los derechos fundamentales.

Aunque sea polémico determinar el alcance del art. 53 CDFUE, no parece que la argumentación del Abogado General ofrezca una respuesta solvente en este punto. Y, lógicamente, tampoco puede serlo la ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que evita algunas afirmaciones polémicas realizadas por el Abogado General (como son las referidas a su carácter político y simbólico), pero sigue su misma estela. Y menos en una Decisión Marco en la que se indica expresamente, en su Considerando duodécimo, que ésta “no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo”. Contrasta esta afirmación con lo que se indica en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo.

En efecto, si bien el Tribunal reconoce que las autoridades y tribunales nacionales pueden adoptar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales cuando aplican el Derecho de la Unión, no pueden afectar ni (a) al nivel de protección previsto por la Carta, ni (b) a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. Ocurre, sin embargo, que asumir incondicionadamente esta afirmación también minimiza el margen de apreciación del que pudieran disponer las autoridades nacionales con el fin de

respetar los derechos constitucionales⁶⁴. Derechos que son indisponibles para cualquier órgano constitucional y que impiden la ejecución de normas de la Unión o internacionales que los cuestionen. Por este motivo, nos remitimos a la inevitable laxitud con la que deba aceptarse este principio general, y que dependerá de la concreta situación en que un derecho constitucional se vea efectivamente comprometido.

Finalmente, debemos separarnos de una malévola e inadecuada forma de presentar lo acaecido y que podría consistir en afirmar que la Carta de los derechos fundamentales ha servido para limitar el alcance de los derechos fundamentales, paradójica forma de profundizar en la protección de los derechos fundamentales. Este enfoque resultaría errado porque el problema de fondo es que nuestro Tribunal había conferido un alcance exagerado a una garantía procesal, como hemos tratado de argumentar con anterioridad, sin haber mostrado, en este caso, reflejos suficientes para resolver un problema que siempre estuvo radicado en Domenico Scarlatti y que acaso nunca debió salir de esas paredes.

2.3. La primacía del Derecho de la Unión en la Sentencia del Tribunal constitucional español.

2.3.1. Un pronunciamiento comprometido (introducción).

Antes de comenzar a examinar y valorar críticamente la STC 26/2014, conviene reflexionar, previamente, sobre su propia existencia. ¿Resulta conveniente que el Tribunal Constitucional plantee, en un asunto como el que nos ocupa, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo?

Esta decisión de plantear una cuestión prejudicial puede ser sometida también a crítica. Desde una perspectiva general porque si se trata de determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental, esta tarea debe ser asumida exclusivamente por el Tribunal Constitucional.

Con carácter general, debemos separarnos de aquéllos que vienen patrocinando la conveniencia de que el Tribunal Constitucional hiciera uso del mecanismo de la cuestión prejudicial y que, lógicamente, han expresado su alegría por que tal posibilidad se concretara en el ATC 86/2011⁶⁵. Nos sigue pareciendo, en este

⁶⁴ En otro orden de cosas, tiene razón Pablo J. Martín Rodríguez cuando cuestiona que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifique la Decisión Marco como norma delimitadora de derechos fundamentales, cuando los derechos fundamentales de la Unión se recogen en la Carta (en "Crónica de una muerte...", *cit.*, p. 43).

⁶⁵ En efecto, autorizadas voces defienden que los Tribunales Constitucionales hagan uso del mecanismo prejudicial previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Alonso García, Ricardo: *El juez*

punto, más sólida la posición expresada por el propio Tribunal Constitucional en su STC 28/1991/7, de 14 de febrero, cuando el Pleno afirmaba “que la *ratio decidendi* de nuestro pronunciamiento desestimatorio no guarda relación alguna con la norma comunitaria europea que el órgano parlamentario recurrente ha invocado para que enjuiciemos la validez constitucional del precepto legal impugnado”, y concluía que “ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria citada cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el art. 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo”⁶⁶.

Desde una perspectiva general, no compartimos el entusiasmo doctrinal por la interrelación de tribunales ni creemos que pueda hablarse, en puridad, de diálogo entre tribunales cuando hablamos de los desencuentros habidos entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales⁶⁷. Nos distanciamos así de muchos (en ocasiones, admirados) colegas que han desarrollado interesantes teorías en esta dirección, porque nos parecen que reposan en algunos presupuestos débiles y olvidan que, por lo general, estos tribunales actúan en el marco de sus atribuciones, resolviendo los concretos asuntos que se someten a su jurisdicción y tomando en consideración, como no puede ser de otra forma, la normativa superior de su ordenamiento jurídico que les vincula y que deben proteger.

español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003, y el Magistrado Pérez Tremps, en el Voto Particular que acompaña al ATC 86/2011).

⁶⁶ Ver también, en idéntica dirección, las SSTC 143/1994/8, de 9 de mayo y 265/1994/2, de 3 de octubre, en la que se “excluye, por otra parte, que este Tribunal Constitucional plantee ante aquel órgano una cuestión prejudicial basada en el artículo 177 del Tratado de Roma, pues dicho precepto ‘únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una aplicación uniforme del mismo’ [STC 372/1993/7, de 13 de diciembre]”. También interesa recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que “la duda interpretativa que pretendía suscitar el recurrente es una cuestión de legalidad ordinaria, ajena al ámbito de este proceso constitucional [de amparo] y, por tanto, por definición, innecesaria para poder emitir el fallo, lo cual es condición primera de aplicación del artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea” (STC 127/2013/7, de 3 de junio). Ver, también, la STC 143/1994/8, de 9 de mayo.

⁶⁷ Sin embargo, otros autores entienden que el ATC 86/2011 es una muestra de diálogo [Torres Muro, Ignacio: “La condena...”, *cit.*, pp. 345 ss. y Torres Pérez, Aida: “Constitutional Dialogue...”, *cit.*, p. 121 ss. o.] o cooperación judicial (Arroyo Jiménez, Luis: “Sobre la primera...”, *cit.*, p. 73). El último autor citado llega a afirmar que la interpretación de los derechos de la UE y de los derechos constitucionales es una tarea compartida (*ídem*). Obviamente, asumir este argumento, exigiría aceptar también que, en la medida en que otros Tribunales Constitucionales europeos influirían en la conformación de los derechos de la Unión Europea, delimitarían también, de forma indirecta, los derechos constitucionales reconocidos en nuestra Constitución, tesis que no podemos asumir de forma acrítica. De un lado, porque en la STJUE no se aprecia, como ya se ha indicado, diálogo alguno, y de otra porque nuestro Tribunal Constitucional es el único intérprete auténtico de nuestra Constitución. Sobre esta cuestión son muy sugerentes las reflexiones realizadas por Pablo J. Martín Rodríguez en “Crónica de una muerte...”, *cit.*, pp. 34 ss.

Sólo utilizando las palabras en un sentido muy metafórico se puede sostener, por ejemplo, que el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional alemán han dialogado sobre el proceso europeo de integración y sus límites. Más bien pareciera a un jurista (¿acaso persa?) que uno y otro han defendido la plena vigencia de sus respectivas normas supremas en relación con el otro ordenamiento jurídico, ya sean éstas los Tratados constitutivos o la Constitución estatal. Buena prueba de esta afirmación es que las posiciones no han cambiado, sustancialmente, a lo largo de los años.

Además, los Tribunales Constitucionales tienen un único parámetro jurídico, la Constitución, y nos cuesta ver en qué medida puede ser el Tribunal de Luxemburgo útil para interpretar dicha norma. Esta opinión es igualmente aplicable en lo que atañe a la interpretación de los derechos fundamentales, dado que, como acertadamente explicó el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, la aparición de la Carta implica una nueva fuente internacional derechos que puede ser útil para delimitar su alcance, al amparo del art. 10.2 CE, pero que no se impone necesariamente a otras⁶⁸. Y es que el artículo 93 CE no ha “dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales”⁶⁹.

Será el Tribunal Constitucional el que deba delimitar, en cada caso, el alcance de los derechos fundamentales. Es recomendable que lo haga juiciosamente, evitando en lo posible los conflictos que puedan surgir con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es precisamente, desde esta perspectiva de la prudencia, desde la que no se entiende muy bien que haya optado, en el caso que nos ocupa, por plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁰, porque era muy posible que, como así ha ocurrido, las respuestas del Tribunal de Justicia no le dejaran en muy buen lugar⁷¹, ni en lo que atañe al diseño teórico de las

⁶⁸ Debe recordarse que el proceso de amparo se circunscribe a la eventual lesión de los derechos constitucionales. Cuestión distinta, y en la que se comparte el parecer expresado por Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Santiago Ripol Carulla (en “Continuismo y ¿novedad?...”, *cit.*, p. 31), es que los derechos fundamentales de la Unión Europea son derechos subjetivos que los particulares pueden hacer valer ante los tribunales ordinarios cuando estos aplican Derecho de la Unión. Lo que ocurre es que, mientras que los derechos recogidos en la Carta de la Unión poseen una eficacia puramente interpretativa al servicio de los derechos constitucionales en relación con el Tribunal Constitucional, operan como reglas jurídicas que deben ser respetadas por las autoridades nacionales cuando aplican Derecho comunitario, estando, pues en presencia de fuentes del Derecho y de derechos subjetivos [ver Matia Portilla, Francisco Javier: “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”. En *Revista Española de Derecho Europeo* 39 (2011), p. 15].

⁶⁹ STC 215/2014/3, de 18 de diciembre, y las allí citadas.

⁷⁰ Ver, en el mismo sentido, Pérez Manzano, Mercedes: “El Tribunal Constitucional...”, *cit.*, pp. 330 ss.

⁷¹ Discrepamos de aquellas opiniones que defienden que el planteamiento de una cuestión prejudicial refuerza la legitimidad institucional del Tribunal Constitucional (ver, a modo de ejemplo, Arroyo Jiménez, Luis: “Sobre la primera...”, *cit.*, p. 74). Esta línea de razonamiento suele justificarse en concepciones del

relaciones entre ambos tribunales ni en lo que se refiere al derecho afectado en el caso particular.

En efecto, si, como era de esperar, el Tribunal de Luxemburgo entendía que procedía acordar, sin más dilación, la entrega incondicionada de Melloni, el Tribunal Constitucional podía hacer dos cosas, ninguna de ellas exenta de problemas. La primera sería mantener su jurisprudencia anterior sobre la entrega condicionada del afectado por una orden europea de detención y entrega cuando haya sido juzgado en ausencia, lo que sería desafortunado. Lo sería porque dicha doctrina es bastante discutible en su formulación, y resulta además incompatible con una normativa europea que presenta, en esta materia y en este supuesto concreto, un equilibrio razonable. No parece que esta solución fuera, pues, la más deseable.

La segunda opción que tenía el Tribunal Constitucional era revisar su jurisprudencia anterior y entender que, en el caso sometido a su jurisdicción de amparo, no se habría producido lesión alguna ni en el derecho al proceso debido ni en el derecho de defensa. Ahora bien, y aunque esta resolución sea razonable, se podría entender que habría cedido su lugar al Tribunal de Luxemburgo, y que habría hecho dejación en su protección de los derechos fundamentales. No parece que fuera ésta la mejor forma de reforzar su imagen.

Y, sin embargo, y siempre a nuestro juicio, resulta de justicia hacer notar que el Tribunal Constitucional ha jugado de forma muy inteligente sus cartas, como a continuación veremos.

2.3.2. El cambio de interpretación constitucional del derecho de defensa recogido en el artículo 24.2 CE.

Uno de los puntos nucleares de la Sentencia que comentamos es la perspectiva que adopta en relación con la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Lejos de limitarse a aceptar, de forma acrítica, su contenido y autoridad, señala que la respuesta de la Gran Sala les “será de gran utilidad a la hora de determinar aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) que despliega eficacia *ad extra*” (FJ 2 *in fine*). Con esta sencilla fórmula el Tribunal recuerda lo obvio: es él el encargado de concretar el alcance de los derechos constitucionales⁷². O, dicho de forma expresiva, que así como el Derecho

Derecho Constitucional que se apoyan en visiones pluralistas y que, acaso sin pretenderlo, sirven para mitigar el alcance jurídico de las normas constitucionales. Estas tesis, que acaso puedan ser defendidas en el mundo anglosajón, son difícilmente trasladables a los países continentales europeos, que han optado por normas escritas y detalladas, que mitigan el alcance creador de la jurisprudencia.

⁷² Si se piensa bien, con esta aseveración se reitera una idea que está en la base de la jurisdicción constitucional, cuál es que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución: Artículo 1 LOTC y SSTC 17/2014/7, de 30 de enero; 6/2014/5, de 27 de enero; 133/2013/6, de 5 de junio; 28/2013/2, de 11 de febrero; 221/2012/2, de 26 de noviembre; 217/2012/3, de 26 de noviembre;

comunitario es un ordenamiento autónomo respecto de los nacionales, también ocurre lo contrario.

Entrando ya en materia, recuerda que las vulneraciones indirectas de los derechos (esto es, las provocadas por una autoridad extranjera) hacen que el contenido vinculante de estos sea, por esencia, más reducido, dado que incorpora únicamente “sus exigencias más básicas y elementales”, que son las que la jurisdicción española debe respetar en sus funciones de auxilio judicial (FJ 4).

En lo que atañe al fondo del asunto, el Pleno recuerda que vulnera el derecho al proceso debido que los jueces españoles accedan, ya sea en el marco de una extradición (STC 91/2000/14, de 30 de marzo) o de una orden europea de detención (SSTC 177/2006, de 5 de junio, o 199/2009, de 28 de septiembre), a la entrega incondicionada de una persona condenada en ausencia (FJ 4).

Ésta es la concreta doctrina que decide revisar con esta Sentencia, con el fin de “precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta de aquel por parte de los poderes públicos españoles” (FJ 4). A tal fin, se sirve el Tribunal, al amparo del artículo 10.2 CE, de la jurisprudencia dictada en esta materia por los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

Como ya hemos adelantado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no presume lesionado el derecho al proceso debido (artículo 6 CEDH) cuando el justiciable renuncia voluntariamente a comparecer en la causa, y siempre que cuente con asistencia letrada en ella⁷³. Igualmente descarta esta lesión el Tribunal de Justicia en la Sentencia Melloni. El Tribunal de Luxemburgo entiende, en concreto, que la Decisión Marco 2009/299/JAI realiza una correcta ponderación del derecho al proceso debido, y estima que no existe lesión del derecho cuando el justiciable “haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto”⁷⁴.

186/2012/2, de 29 de octubre; 179/2012/2, de 15 de octubre; 174/2012/2, de 15 de octubre; 167/2012/2, de 1 de octubre; 165/2012/2, de 1 de octubre; 174/2011/2, de 7 de noviembre; 128/2002/2, de 3 de junio; 71/2000/3, de 13 de marzo; 211/1999/2, de 29 de noviembre; 85/1999/5, de 10 de mayo, entre otras muchas.

⁷³ En la resolución que valoramos se citan las Sentencias recaídas en los casos *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006, §§ 82 ss.; *Pelladoah c. Países Bajos*, de 22 de septiembre de 1994, § 40; *Poitrimol c. Francia*, de 23 de noviembre de 1993, § 35; *Lala c. Países Bajos*, de 22 de septiembre de 1994, § 33 y *Van Geyseghem c. Bélgica*, de 21 de enero de 1999, § 34.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto Melloni, apartado 49 (el subrayado es nuestro).

La mayoría del Pleno entiende que en este caso se cumplen dos condiciones que descartan la lesión del derecho fundamental al proceso debido: (a) la ausencia del justiciable en el proceso fue fruto de una decisión del propio recurrente y (b) éste fue efectivamente defendido por un Letrado por él designado (FJ 4).

Hasta aquí lo que se recoge, expresamente, en la Sentencia que comentamos. Pero también merece comentario aludir al problema que no se aclara, pero sobre el que sí hay un –al menos, aparente- pronunciamiento. La Sentencia, en una literalidad claramente calculada, expone la doctrina vertida por los Tribunales de Estrasburgo (sintomáticamente, por cierto, en primer lugar) y de Luxemburgo, y concluye que no hay lesión. Sin embargo, no se detiene en subrayar que tal doctrina no es homogénea o similar.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que no se vulnera el derecho al proceso debido en un juicio en ausencia si y sólo si el justiciable ha contado con la asistencia de un Letrado para la defensa de sus intereses. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha entendido que el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo respeta el derecho fundamental al proceso debido. Y esta norma contempla dos posibles escenarios para que se proceda a la entrega incondicionada del justiciable condenado en ausencia: (a) que haya tenido conocimiento de la fecha y lugar del juicio y voluntariamente no compareció o (b) que habiendo tenido conocimiento de la celebración prevista del juicio haya sido defendido por un abogado designado por él mismo o por el Estado.

La descripción de este doble canon evidencia que hay supuestos que podrían justificar la entrega incondicionada del justiciable desde la perspectiva empleada por el Tribunal de Justicia pero que no podrían realizarse si se quiere respetar la jurisprudencia dictada en esta materia por el Tribunal de Estrasburgo. Así, por ejemplo, es evidente que podría decretarse una lesión del derecho recogido en el artículo 6 CEDH si una persona huye por un delito que acaba de cometer en su país (con lo que puede prever que habrá un juicio) y, sin tener noticia ni de la fecha ni del lugar del mismo, es defendido por un abogado facilitado por el Estado que haga manifiesta dejación de su deber de defensa. En este supuesto no se respetaría el canon del Tribunal de Estrasburgo, pero posiblemente sí el fijado por el Tribunal de Luxemburgo.

En todo caso, parece que el Pleno acoge la doctrina establecida por el Tribunal de Luxemburgo. Decimos parece porque es también posible entender que el Pleno se limita a describir el supuesto sometido a su consideración en este particular amparo. Con independencia de cuál sea la posición del Tribunal Constitucional en este caso, debe valorarse muy positivamente que esté dispuesto a valorar en el futuro, por sí mismo, y con independencia de la ponderación que realice el

Tribunal de Justicia, si se ha producido, o no, una lesión del derecho fundamental invocado en las concretas circunstancias que rodeen el asunto que se someta a su consideración.

El Magistrado Andrés Ollero Tassara considera que, aunque en este caso el parámetro del derecho fundamental debe ser el determinado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no el que hasta el momento sostenía el propio Tribunal Constitucional, “haya de hacerse extensivo a la inmensa mayoría de países ajenos a la Unión Europea. Tal diversidad de trato no es muy distinta de la generada, mediando reforma constitucional, del art. 13 CE, en lo relativo al derecho fundamental a sufragio pasivo, y no meramente activo, en las elecciones locales” (VP/2). Aunque es discutible la comparación con el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, porque, como se reconoce en el mismo Voto Particular, hubo allí una expresa modificación constitucional, que no cabe, como veremos, a través del artículo 93 CE, podría cuestionarse si el alcance del derecho fundamental podría depender del contexto (comunitario o no) en el que se produzca la presunta lesión. Esta reflexión general presenta evidente interés si bien, y como también se ha adelantado al comienzo de este trabajo, es posible defender con argumentos sólidos que en el presente caso no se había producido indefensión material alguna que debiera ser amparada, y ello con independencia del Estado en el que el recurrente hubiera sido juzgado en ausencia.

2.3.3. El problema de fondo: ¿Cabe la primacía en la interpretación de los derechos fundamentales?

Observada esta construcción desde el principio de autonomía, en una vertiente puramente ordinamental, la STC 26/2014/3 recuerda que “la cesión constitucional que el artículo 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión”⁷⁵, entre los que se encuentran los derechos fundamentales. La mayoría señala que “es el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados, 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”⁷⁶. Pero, en el caso en el que la Unión

⁷⁵ DTC 1/2004/2, de 13 de diciembre. Estos límites materiales “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” (ibídem).

⁷⁶ FJ 3, que cita la DTC 1/2004/3. Debe hacerse notar, sin embargo, que esta afirmación, que se comparte plenamente, no está tan claramente formulada en dicha Declaración, en la que se alude al carácter limitado de la primacía del Derecho de la Unión, dado que la Unión debe respetar las estructuras constitucionales (artículo I-5.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) y se vincula exclusivamente con las competencias transferidas. Y en esta materia debemos recordar que aunque la Carta no aumenta las competencias de la Unión, ésta dispone ya amplios poderes que inciden

(especialmente, el Tribunal de Justicia como intérprete supremo de los Tratados) no protegiera debidamente nuestra estructura constitucional, el Tribunal Constitucional ejercería la reserva de jurisdicción ya expresada en la citada Declaración 1/2004/4⁷⁷.

Es curioso, a la par que acertado, que el Tribunal haya elegido estos extractos de la DTC 1/2004, inspirados claramente en la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional alemán Solange II⁷⁸, y no otros. Parece así relativizar, con buen

en estos [Biglino Campos, Paloma: “Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 14 (2003), pp. 60). También que la primacía del Derecho de la Unión ha conferido poderes adicionales a las autoridades centrales sobre las competencias del Estado [ver, por todos, Álvarez García, Vicente: “La primacía del Derecho comunitario sobre la jurisprudencia constitucional español y su efecto recentralizador: el caso de los controles técnicos sobre los vehículos de motor”. En Baño León, José María (coord.): *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016, pp. 253 ss.].

⁷⁷ “En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitara”. Aunque podría considerarse que esta afirmación no es aplicable al caso que nos ocupa, por referirse a un Tratado que finalmente no entró en vigor, pensamos que es plenamente válida si se formula en relación con el actual Tratado de Lisboa.

⁷⁸ No separamos, en este punto, de la posición expresada por la Magistrada Encarnación Roca Trías, cuando sostiene que los Tribunales Constitucionales han afrontado de dos maneras “el hipotético enfrentamiento entre la prioridad del Derecho europeo y la protección constitucional interna de los Derechos fundamentales reconocidos en las distintas constituciones” (VP/3): “El primero se utiliza a partir de la resolución alemana Solange 2, y consiste en la doctrina de la “protección equivalente”, en el sentido de que cuando existan derechos reconocidos a nivel europeo (aunque no en el Convenio europeo de derechos humanos), los tribunales nacionales no deberán enjuiciar una hipotética confrontación. [...] El segundo consiste en el denominado “estándar mínimo de protección”. Este es el aceptado de alguna forma en la Declaración de este Tribunal 1/2004, de 13 de diciembre, en donde se señala que “claramente se advierte que la Carta 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” (VP/3). A nuestro juicio, esta clasificación es discutible. Lo que el Tribunal Constitucional hace en la DTC 1/2004 es realizar una lectura literal del artículo 53 CDFUE, que luego somete a la consideración del Tribunal de Justicia a través del ATC 86/2011. Es posible entender que nuestra DTC 1/2004 se alinea claramente con la Sentencia Solange II, en la que se afirmó que “En tanto que las Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Bundesverfassungsgericht no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental” [Apartado II.1.f de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Solange II, de 22 de octubre de 1986 (2 BvR 197/83), que citamos valiéndonos de la traducción publicada en la *Revista de Instituciones Europeas* 14 (septiembre-diciembre 1987), p. 898]. Y conviene recordar que esta jurisdicción no ha dudado en tutelar recientemente a una persona que debía ser

criterio, la distinción que entonces formulara entre supremacía y primacía, asumiendo que los instrumentos internacionales que negocian y ratifican poderes constituidos no pueden contravenir la Constitución que los prevé y delimita sus (por esencia, limitadas) funciones⁷⁹.

Es también habitual que todos los Tribunales Constitucionales que han expresado, de una u otra forma, y con una u otra literalidad, una reserva de jurisdicción, hayan incluido en ese núcleo duro de la Constitución los derechos fundamentales⁸⁰. No debe sorprendernos esta construcción si se recuerda que el fin último del Estado constitucional no es otro que proteger nuestra libertad.

Desde una perspectiva general, la Magistrada Adela Asua Batarrita se duele de que no se reflejen en la Sentencia “las importantes transformaciones que la pertenencia a la Unión Europea ocasiona a nuestra función jurisdiccional y a los procesos constitucionales por medio de los cuales se realiza la preeminencia de la Constitución” (VP/1). Mostrando cierta contradicción interna, considera innecesario el FJ 3 de la Sentencia, que acaba de ser resumido, al que achaca además, y en particular, no aportar “una explicación precisa de su finalidad o utilidad en el marco del presente amparo” y que “se interprete como una implícita resistencia a asumir la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, en concreto a la respuesta dada a nuestra tercera pregunta” (VP/2), y al entendimiento de que el Tribunal Constitucional “está facultado para aplicar el nivel de protección eventualmente mayor que puede derivar de la Constitución española en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión” (VP/2). La Magistrada discrepante concluye afirmando que “este Tribunal no reconoce la primacía del Derecho de la Unión”.

Es probable realizar un enfoque diferente del planteado en el Voto Particular, que permite entender la pertinencia del FJ 3 y el sentido de la reserva de jurisdicción expresada, manifiestamente, por el Tribunal Constitucional. El papel de este Tribunal no es modular el alcance de un derecho fundamental, sino, previamente, interpretar todos y cada uno de los preceptos que se integran en la Constitución

entregada en virtud de una orden europea de detención y entrega a las autoridades italianas por haberse cuestionado su dignidad (Sentencia de 15 de diciembre de 2015, BvR 2735/14). Ver, *supra*, nota 40.

⁷⁹ Estas cuestiones han sido abordadas con mayor detalle por el autor de estas líneas en “Dos constituciones...”, *cit.*, pp. 341 ss.

⁸⁰ Como se hace ya en las clásicas Sentencias del Tribunal Constitucional italiano Frontini (183/1974, de 18 de diciembre) y Granital, de 5 de junio de 1984, y en las dictadas por su homónimo alemán en los asuntos Solange I (BVerfGE 73, 387) y Solange II (BVerfGE 73, 339). La jurisprudencia posterior del Bundesverfassungsgericht, aunque sigue pivotando sobre la identidad constitucional, guarda una mayor relación con la preservación del principio democrático, exigencia sostenida en las Sentencias Maastricht (BVerfGE 89, 155) y Lisboa (BVerfGE 123, 267). Sobre estas materias presenta especial interés el estudio de Benito Aláez Corral sobre “Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán”. En *Teoría y Realidad Constitucional* 30 (2012), pp. 359 ss., cuyas tesis compartimos plenamente.

(también, en ocasiones, fuera de ella). Si asume su papel de intérprete supremo de la Constitución, no puede aceptar vinculación alguna de ningún otro Tribunal en esta tarea. Es cierto, sin embargo, que lo que se ventila en el presente proceso constitucional, es la eventual lesión del derecho fundamental de una determinada persona, pero viene bien recordar que en materia de derechos fundamentales el precepto que rige en nuestra Constitución es el artículo 10.2 CE, por lo que la única eficacia de las Sentencias del Tribunal de Justicia es interpretativa, y en la medida en que lo considere adecuado el Tribunal Constitucional.

Obviamente, esa vinculación sí existe en relación con los órganos que integran el poder judicial, puesto que están obligados a tutelar el respeto de los derechos fundamentales de la Carta cuando se impugnan actuaciones realizadas en el marco del Derecho de la Unión.

Esta perspectiva permite establecer un paralelismo entre el FJ 3 de la Sentencia que comentamos y las consideraciones vertidas por el Tribunal de Luxemburgo en relación con el artículo 53 de la Carta. No es que no se ocupe de estas materias, es que lo debe hacer, inevitablemente, partiendo del nuestro ordenamiento constitucional, que impone la supralegalidad absoluta de la Constitución. Y desde esta perspectiva, la reserva de jurisdicción expresada por nuestro alto Tribunal, también criticada en el citado Voto Particular (VP/2) por concebirse como una amenaza, debe ser entendida, más bien, como un leal recordatorio que permita evitar, precisamente, futuros conflictos que puedan producirse. No es que la mayoría cuestione el principio de primacía del Derecho de la Unión, sino que recuerda que su alcance es, como el propio Tribunal Constitucional estableciera en la DTC 1/2004/4, de 13 de diciembre, limitado⁸¹.

⁸¹ Límites confirmados, nuevamente, en la STC 61/2013/5, de 14 de marzo: “Nuestra jurisprudencia ‘ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las ‘competencias derivadas de la Constitución’, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento ... en el art. 93 CE’ (por todas, Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; o STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5). Ahora bien, también hemos declarado que el Derecho de la Unión Europea ‘no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE ... pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate ... incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea’ (STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 2; o SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4). En relación con este último aspecto, y según ha señalado asimismo este Tribunal (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12), tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir ‘valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce’, valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE, a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos, ‘las normas relativas

Más sutil es el Voto Particular suscrito por la Magistrada Encarnación Roca Trías, que considera que, si bien el Tribunal Constitucional no ha perdido competencias en la protección de los derechos fundamentales al integrarse España en la Unión Europea, sí debe examinar su competencia cuando se trata de aplicar derechos fundamentales que han sido incorporados al ordenamiento jurídico europeo a través de la Carta⁸². Dicho con otras palabras, “una vez constatado que la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ejercía en el ámbito de su competencia y que la interpretación de las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que se establece en la STJ de 26 de febrero de 2013, no afectaba a los límites materiales de la Constitución, este Tribunal debió haber aplicado abiertamente el estándar común marcado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (VP/4) y es que “no nos encontramos ante Tratado Internacional a los efectos dispuestos en el artículo 10.2 CE, sino ante un sistema incluido como consecuencia de la cesión de competencias llevada a cabo a través del artículo 93 CE” (VP/4). Por consiguiente, el Tribunal debería haber dictado una Sentencia de ejecución y no una Sentencia dictada en amparo con cambio de doctrina (VP/6d).

No compartimos este análisis recogido en el Voto Particular porque (a) compromete el principio de autonomía conceptual que permite la nítida separación teórica entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales de la Unión Europea, (b) desconoce el papel del art. 10.2 CE en relación con la Carta y (c) olvida el limitado alcance del artículo 93 CE, cuestiones todas estas que serán abordadas en el siguiente subepígrafe del presente estudio.

A estas reflexiones que luego se realizarán merece la pena añadir ahora dos consideraciones suplementarias. De un lado, subrayando que para determinar si la interpretación conferida por el Tribunal de Justicia sobre un derecho fundamental de la Unión es compatible con el contenido constitucionalmente declarado de un derecho constitucional resultará preciso (cuando menos, conveniente) que el Tribunal Constitucional la contraste con su doctrina previa y,

a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales’ (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, relativa, como se ha dicho, a los mismos elementos normativos que son objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa”. En sentido similar, y contundente, el párrafo 36 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal dictada el pasado 15 de diciembre de 2015 (BvR 2735/14), a la que se hará referencia más adelante.

⁸² VP/4. La Magistrada recuerda que el Tribunal Constitucional ya ha admitido con anterioridad algunas decisiones del Tribunal de Luxemburgo relacionadas con el principio de igualdad en las SSTC 41/2013, de 14 de febrero, y 61/2013, de 14 de marzo.

en su caso, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, salvo en casos donde sea evidente que no está en juego lesión alguna que merezca ser reparada.

De otro, las consecuencias que la Magistrada atribuye a su tesis (el Derecho de la Unión no es internacional, el contenido de los derechos fundamentales queda fijado por sus normas y por la interpretación que de ellas y de los derechos de la Carta haga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y este canon, parámetro o estándar supranacional no puede ser eludido, salvo en aquellos casos en que se traspasen los límites ya referidos⁸³), produce una paradoja difícil de aceptar. Mientras que el Tribunal Constitucional es competente para controlar si el legislador democrático vulnera los derechos fundamentales, nada puede hacer frente a una decisión intergubernamental (en materias que, por cierto, en nuestro país, están reservadas a la Ley, en virtud del artículo 53.1 CE) que haya sido avalada ya por el Tribunal de Justicia.

Juega en favor de la tesis de la Magistrada que el propio Tribunal Constitucional se haya reconocido a sí mismo como órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 267 TFUE⁸⁴, lo que no deja de ser problemático si se defiende, como se hace en este trabajo, la naturaleza exclusivamente constitucional de su función.

No pretendemos recordar ahora nuevamente las reservas que delimitaban el reconocimiento de la primacía del Derecho de la Unión, que la Magistrada Encarnación Roca Trías comparte⁸⁵. Queremos subrayar únicamente que “la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado artículo I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias

⁸³ VP/6, apartados a y b.

⁸⁴ VP/6c. Es de justicia hacer notar que cada vez son más los Tribunales Constitucionales que someten cuestiones prejudiciales al conocimiento del Tribunal de Luxemburgo. Pueden recordarse, así, las resoluciones dictadas por el Consejo Constitucional francés (Decisión 2013-314 P QPC, de 4 de abril de 2013, ver Magnon, Xavier: “La révolution continue: le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne?”. En *Revue Française de Droit Constitutionnel* 96, 2013), el Tribunal Constitucional italiano (Autos 103/2008, de 13 de febrero y 207/2013, de 18 de julio. Ver, en el plano doctrinal, Cartabia, Marta: “La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia: atto primo”. En *Giurisprudenza Costituzionale* 2008, pp. 1312 ss. y Guastaferrò, Barbara: “La Corte Costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013”, disponible en <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/256/46/>), y el Tribunal Constitucional Federal alemán (Auto de 14 de enero de 2014, ver López Castillo, Antonio: “Prejudicializando... Comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA”. En *Osservatorio Sulle Fonti* 1/2014, disponible en <http://www.osservatoriosullefonti.it/>).

⁸⁵ Creo “que puede entenderse, como así consideró en su día este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2, que “implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto” y 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 (artículo 10.1 CE)” (VP/4).

atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión”, y que en el Derecho comunitario originario se afirma reiteradamente señalado que la Carta “no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión” (artículos 51.2 *ab initio* CDFUE y 6.1 TUE).

Podría entenderse, claro está, que la competencia es la referida a la orden europea de detención y entrega, pero habría que recordar, entonces, que la vigencia de los derechos fundamentales se produce en un Estado constitucional que merezca tal nombre sobre cualquier acto de un poder público, sin que pudiera relativizarse su alcance en virtud del titular de la competencia en cuyo marco se adopte. Si tal matización es posible en el caso que nos ocupa, es porque nos encontramos en presencia, precisamente, de una eventual lesión indirecta de un derecho fundamental, que tendría su origen en un acto adoptado por un Tribunal extranjero.

2.3.4. En particular, el entendimiento del artículo 10.2 CE. En defensa de la competencia del Tribunal Constitucional.

Debe recordarse, sin embargo, que la Constitución incluye una cláusula interpretativa en relación con los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, y es que estos serán delimitados de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales suscritos por el Estado español en esta materia. A través del artículo 10.2 CE se entiende que sea constante en la interpretación constitucional a los derechos fundamentales las referencias a distintos Tratados (especialmente, al Convenio Europeo de Derechos Humanos) y a los órganos que interpretan dichos textos.

Resulta innegable, sin embargo, que el Tribunal Constitucional dispone de un margen de apreciación propio a la hora de delimitar el concreto alcance de un derecho fundamental español. Esto explica que, mientras que en ocasiones haya optado por asumir plenamente la doctrina establecida por el Tribunal de Estrasburgo, en relación con otros derechos fundamentales haya realizado una construcción más amplia o diferente.

Se recuerda esto porque el Tribunal Constitucional podría haber entendido que el hecho de que el Tribunal de Justicia hiciera una concreta interpretación de una norma de la Unión, y de su compatibilidad con la Carta, e incluso, como aquí ocurre, de un derecho fundamental recogido en la Carta, le vincula, restringiendo su libertad interpretativa y su muy especial vinculación con la Constitución.

Esta es, precisamente, la tesis recogida en algunos de los Votos Particulares concurrentes que acompañan a la Sentencia que comentamos. La Magistrada Adela Asua Batarrita sostiene que, a partir de la STJUE Melloni, el criterio

hermenéutico recogido en el artículo 10.2 CE debe modularse en relación con los asuntos que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en virtud del artículo 93 CE por nuestra pertenencia a la Unión, debiéndose aplicar “única y exclusivamente los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013”⁸⁶.

Esta hipótesis resulta cuestionable por varias razones. La primera, y principal, es que, como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional no está dispensando amparo alguno en relación con derechos recogidos en la Carta de la Unión, sino de un derecho fundamental recogido la Constitución española, de la que es su supremo intérprete, y siendo también el máximo responsable de que se haya tutelado dicho derecho fundamental en el caso concreto que enjuicia. Y es que el Tribunal, en puridad, está únicamente sometido a la Constitución y a la Ley Orgánica que regula su funcionamiento (artículos 123.1 CE y 1 LOTC).

La segunda objeción que cabe oponer a la tesis recogida en el citado Voto Particular es que, como el propio Tribunal Constitucional ha establecido, no puede admitirse que el artículo 93 CE sea un cauce propio de reforma constitucional⁸⁷, y menos cuando afecta a materias reservadas al proceso de revisión previsto en el artículo 168 CE. Asumir, en definitiva, el vaciamiento del precepto constitucional recogido en el artículo 24 CE y permitir que la determinación de su contenido y alcance sea exclusivamente diseñado por el Tribunal de Justicia de la Unión resulta incompatible con la suprallegalidad constitucional que el Tribunal Constitucional garantiza.

Tiene razón la Magistrada Adela Asua Batarrita cuando afirma que “el fundamento jurídico de la aplicación a las personas afectadas por una orden europea de detención y entrega del nivel de protección que deriva del Derecho de la Unión” son “los derechos fundamentales reconocidos en la Unión, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia” (VP/3). Pero no es el único fundamento ni el único canon. Como resulta evidente, “en la medida en que se

⁸⁶ VP/3. En sentido cercano dirá la Magistrada Encarnación Roca Trías que “no nos encontramos ante [un] Tratado Internacional a los efectos dispuestos en el artículo 10.2 CE, sino ante un sistema incluido como consecuencia de la cesión de competencias llevada a cabo a través del artículo 93 CE” (VP/4 in fine). Por su parte, y como ya se ha indicado, el Magistrado Andrés Ollero Tassara cuestiona que se cambie con carácter general la jurisprudencia anterior del Tribunal cuando el asunto a dilucidar viene condicionado por el artículo 93 CE (VP/2).

⁸⁷ Y es que el artículo 93 CE no “se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales” (DTC 1/1992/4, de 1 de julio).

impugne en amparo 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 artículo 10.2 C.E.”⁸⁸. Dicho con palabras más simples: todos los poderes públicos españoles están obligados a respetar en su actuación los derechos fundamentales, y tal obligación es independiente y primaria sobre cualquier otra que pueda derivarse de otra norma, interna o de la Unión.

Pero es que, además, y en tercer lugar, la propia Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, establece, en lo que ahora interesa, que “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 los Derechos Fundamentales”⁸⁹. Aunque este precepto resulta manifiestamente criticable, si se entiende que el legislador no está habilitado para condicionar el mandato interpretativo del artículo 10.2 CE⁹⁰, debe subrayarse que en él se expresa que el canon de la Carta es útil, pero no parece que se privilegie sobre otros, como demuestra el uso del adverbio *también*.

Estas mismas razones, resumidas en los anteriores tres argumentos expuestos, nos son útiles para discrepar también de las principales afirmaciones contenidas en el Voto Particular suscrito por la Magistrada Encarnación Roca Trías. Ésta entiende que la mayoría debió alterar su jurisprudencia anterior a la luz, exclusivamente, aportada por la STJUE de 26 de febrero de 2013⁹¹, dado que así se habrían respetado los principios de “primacía, unidad y efectividad del derecho europeo”.

Hemos visto, sin embargo, y valorado muy favorablemente, que el Tribunal Constitucional no se haya limitado a asumir acríticamente el canon fijado por el Tribunal de Justicia (por cierto, en sí mismo, discutible), sino que haya tomado también en consideración el aportado por el Tribunal de Estrasburgo⁹² que es,

⁸⁸ STC 64/1991/4a, de 22 de marzo.

⁸⁹ Esta disposición retoma lo indicado por el Tribunal Constitucional en la DTC 1/2004, y que ha sido reflejado supra, en el apartado 2.3.4 del presente estudio.

⁹⁰ *Cfr.*, del autor de estas líneas, “Los derechos...”, *cit.*, p. 14.

⁹¹ VP/2. Tal proceder, a su juicio, “si bien cumple con el estándar europeo, deja abiertas a la ambigüedad cuestiones verdaderamente importantes que no favorecen la lógica de la Unión que, no olvidemos, encuentra su sustento en los principios de la lealtad y cooperación leal, primacía y subsidiariedad del derecho de la Unión en el ámbito de sus competencias y respeto por la identidad constitucional recíproca” (*ídem*).

⁹² FJ 4.

además, el que finalmente adopta. Con tal proceder, el Tribunal no hace sino defender su propia competencia y su función última de hacer prevalecer la Constitución (y los derechos fundamentales que en ella se recogen) sobre la actuación de los poderes constituidos.

Antes de poner punto y final a este trabajo quisiéramos completar este análisis con algunas consideraciones suplementarias que complementan lo señalado hasta el momento.

Comencemos señalado que es una pena que el Tribunal no haya logrado transmitir una situación de unidad en un asunto como el que nos ocupa porque se vislumbra cierta sensación de división en la defensa del papel que la Constitución le atribuye. Aunque algunas de las tesis recogidas en los Votos Particulares presentan interés y son mucho más matizadas de lo que podría pensarse a primera vista, como ocurre con el sugerente VP de la Magistrada Encarnación Roca Trías, acaso no era el momento estratégico de realizar ambiciosas construcciones generales sobre los límites constitucionales del proceso europeo de integración, sino de resolver el amparo atendiendo al Derecho constitucional español que es lo que hace la mayoría.

Estamos plenamente de acuerdo con la idea, recogida en el Voto Particular que acabamos de citar, de que la mayoría “guarda silencio sobre una cuestión fundamental: la ausencia de dudas de constitucionalidad, de lo que cabe concluir, aunque sea por omisión, que el Pleno ha entendido que la STJUE no traspasa, como así yo también lo creo, los límites que, en su día, y ante la ratificación de la Constitución europea, fueron impuestos por este Tribunal” (VP/5), siempre y cuando se vincule esta afirmación con el concreto caso Melloni, en el que el justiciable renunció voluntariamente a asistir al juicio y estuvo representado por Letrados por él designados.

Queremos insistir en la idea de que es muy discutible extrapolar automáticamente la legítima decisión del Tribunal de Luxemburgo de que una norma es compatible con la Carta (la validez del supuesto que origina la orden de detención y entrega) con la eventual lesión de un derecho fundamental, porque ésta puede traer causa, y de hecho es lo más frecuente, de concretas circunstancias que se han producido en el caso concreto. Si, por ejemplo, hubiera quedado acreditado que la asistencia letrada fue manifiestamente indolente, o que se separó manifiestamente del mandato dado por el procesado, podría concluirse que se habría producido una lesión de los derechos al proceso debido y de defensa pese a que se cumpliera el presupuesto legal que impondría, en principio, la entrega incondicionada del justiciable. O Supongamos que el recurrente sufre un infarto o un derrame cerebral un día antes de la salida del avión que le llevaría a personarse al juicio. La decisión de si se ha producido una

lesión en estos derechos deberá ser asegurada, en el marco de sus normas de referencia, por los Tribunales de Luxemburgo, Estrasburgo y Constitucionales.

El Tribunal de Luxemburgo podría considerar que estos supuestos, previstos en el artículo 4 bis.1.b de la citada Decisión, respetan los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 CDFUE, y tiene la competencia para hacerlo, pero esta afirmación no sería incompatible con que, en un caso como el descrito, el Tribunal Constitucional pudiera entender, con buen criterio, que en tales hipótesis se habría producido una lesión del derecho constitucional de defensa, y que su reparación impondría una entrega condicionada del justiciable para posibilitar su defensa efectiva.

3.- ALGUNAS IDEAS CONCLUSIVAS SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (TESIS).

Hemos visto como en el asunto Melloni, aunque también antes, se han producido serias discrepancias entre el Tribunal de Luxemburgo y los Tribunales Constitucionales. Es acaso algo inevitable, puesto que ningún Tribunal dejará de proteger la norma que justifica, entre otras muchas cosas, su propia existencia.

Sin embargo, podría aliviarse esa tensión si unos y otros Tribunales fueran más medrados en su actuación. El empeño del Tribunal de Justicia de imponer una vinculación ciega a lo previsto en la Decisión Marco es inútil porque si su aplicación pretende realizarse en un supuesto en el que los tribunales nacionales constaten que se ha producido una efectiva situación de indefensión que no pueda imputarse al justiciable, optaran por ampararle, si es que siguen confiriendo a los derechos fundamentales el lugar que merecen. Por otra parte, y aunque con carácter general resulte discutible que el Tribunal Constitucional deba plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, parece aún más desafortunado que lo haga cuando se discute el reconocimiento de un amparo manifiestamente injusto, como es el caso.

Resulta en todo caso preciso mantener viva la llama de los derechos fundamentales. Algunas resoluciones del Tribunal de Justicia pueden comprometer, indebidamente, derechos constitucionales, como ya ha sucedido en el pasado y puede volver a ocurrir en el futuro. Es clásica la referencia a la STJUE Dow Chemical Ibérica (asuntos 97/87, 98/87 Y 99/87, Sentencia de 17 de octubre de 1989), en la que se negaba a las empresas el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que les había sido expresamente reconocido cuatro

años antes en nuestro país, en la STC 137/1985, de 17 de octubre⁹³. Aunque es cierta que dicha discrepancia era menor, porque, en todo caso, se adecuaban las inspecciones a las prácticas nacionales, lo que superaba el problema, evidencia que el canon de derechos similares no tiene por qué ser idénticos ni entre la Unión Europea y los Estados miembros ni entre estos. Un particular campo en el que se pueden plantear problemas es el mantenimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores y su vigencia en un ordenamiento, como es el de la Unión, forjado a partir de las clásicas libertades comunitarias, como acreditan las SSTJUE Viking y Laval⁹⁴.

Javier Díez-Hochleitner se inclina porque, en el supuesto de que existan distintas tradiciones constitucionales sobre el alcance de un mismo derecho fundamental, se reconozca un margen de apreciación al Tribunal de Luxemburgo, porque “son los propios objetivos de la Unión los que están en juego”. El problema se produce cuando dicho margen de apreciación sirve para restringir los derechos fundamentales. En tal circunstancia, no deberían magnificarse los objetivos de la Unión, ni entender que el mero incumplimiento de una concreta norma comunitaria (como es la citada Decisión Marco 2/2009) los compromete seriamente si su vigencia puede conllevar la vulneración de derechos fundamentales.

Por otra parte, no parece que la cuestión se vea alterada en profundidad si se traslada a la garantía del respeto de la identidad nacional (reconocida en el artículo 4.2 TUE). Aunque es cierto que el planteamiento de esta cuestión abre cuestiones aparentemente novedosas, sigue remitiendo a un asunto ya tratado: ¿qué Tribunal define la identidad nacional? Si es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no se nos ofrece nada nuevo bajo el sol. Si son los Tribunales nacionales (especialmente, los constitucionales⁹⁵), estamos en presencia de las mismas reservas de jurisdicción ya conocidas. De hecho, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha dictado una relevante Sentencia el 15 de diciembre de 2015,

⁹³ Precisamente sobre esta contradictoria jurisprudencia versaba mi primera investigación universitaria sobre “Derecho comunitario...”, *cit.* Se afirmaba en el apartado 14 de la citada Sentencia que, “en tanto que el reconocimiento de ese derecho [a la inviolabilidad del domicilio] respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común al Derecho de los distintos Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas”.

⁹⁴ Asuntos C-438/05 y 341/05 y Sentencias de 11 y 18 de diciembre de 2007, respectivamente. Ambas se citan en el mismo sentido por Javier Díez-Hochleitner (en “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. *WP IDEIR* 17 (2013), disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-el%20derecho%20a%20la%20C3%BA%20ultima%20palabra.pdf>, pp. 25-26 y han sido examinadas por Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena y Joxerramon Bengoetxea Caballero en “Breves apuntes sobre las Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Teoría y Realidad Constitucional* 33 (2014), pp. 474 ss.

⁹⁵ Como se deduce de la Sentencia Lisboa, del Tribunal Constitucional Federal alemán.

en el que se ampara a una persona que debía ser entregada a Italia al amparo de una orden europea de detención y entrega⁹⁶.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán recuerda en esta resolución lo obvio: la lesión de un derecho fundamental (sobre todo en temas procesales) suele traer causa de una inadecuada aplicación de una norma (que puede ser perfectamente compatible con los derechos fundamentales). De ahí que sea preciso examinar siempre las circunstancias que rodean a la aplicación del acto impugnado (apartado 64).

Siempre puede apelarse, una vez más, a la convergencia o al diálogo, si así se quiere⁹⁷, pero conviene recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en su DTC 1/2004 que el artículo 93 CE impone límites materiales a la cesión de competencias que “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 (artículo 10.1 CE)”. A mi juicio, que someto a vuestra mejor consideración, estos son, precisamente, los contenidos que forman parte de nuestra identidad constitucional y que son, por tanto, irrenunciables⁹⁸.

⁹⁶ BvR 2735/14. El Tribunal apela a la idea de la identidad estatal como título que le permite actuar (apartado 47), que vincula directamente con la dignidad (artículo 1 CA) y con los derechos fundamentales (apartado 49), y en cuya virtud se permite a las autoridades no ejecutar una orden europea de detención y entrega (apartado 83).

⁹⁷ Quadra-Salcedo Janini, Tomás de la: “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* 52 (2015), p. 58.

⁹⁸ Desde esta perspectiva, puede relativizarse la novedad del Auto de 19 de julio de 2011 (1 BvL 1916/09), disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/07/rs20110719_1bvr191609.html, el que se indica que si los Estados carecen de margen de maniobra en la transposición del Derecho de la Unión, el órgano judicial debe servirse del mecanismo procesal previsto en el artículo 267 TFUE, puesto que ya en Solange II se anunciaba que el Tribunal Constitucional solamente actuaría ante la inacción del Tribunal de Luxemburgo (*ibidem*, p. 49). Aunque el profesor de la Quadra afirma que no puede descartarse que, en el futuro, “el Tribunal Constitucional español, en línea con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán, renuncie a confrontar con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución aquellos actos de los poderes públicos españoles dictados en aplicación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación, por considerar que se da una equivalencia en la protección dispensada por el Tribunal de Justicia” (*ibidem*, pp. 54-55), sigue reconociendo que podrá conocer del asunto cuando el Tribunal de Luxemburgo no haya evitado la lesión y ésta evidencie que, con carácter general, no se ofrece un nivel de protección similar a los derechos en la Unión Europea.

CAPÍTULO SEGUNDO: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO.

1.- ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU CRÍTICA.

Resulta indiscutible que el Tribunal Constitucional tiene un gran poder, ya que es el encargado de controlar la actuación normativa de los parlamentos que encauzan, a diario, el principio democrático. Y además sus decisiones no pueden ser revisadas por ningún otro Tribunal ni nacional ni extranjero. No resulta extraño, entonces, que deba administrar su esencial cometido para el mantenimiento del Estado constitucional con especial cuidado y prudencia. Esta prudencia debe canalizarse a través de una cuidada y detallada fundamentación que permita comprender sus decisiones.

De esta forma, resulta preciso señalar de entrada lo obvio: las resoluciones del Tribunal Constitucional gozan de una autoridad que debe ser respetada por todos: por todos los órganos del poder público pero también por los ciudadanos (que están vinculados por la Constitución ex artículo 9.1 CE y, consiguientemente, por la interpretación que de la misma hace el Tribunal Constitucional).

Pero, al igual que el respeto que merece el árbitro de un partido de fútbol no excluye que quepa la discrepancia sobre sus decisiones, nadie puede esperar que el Tribunal Constitucional deba ser inmune a las críticas⁹⁹. Más bien, todo lo contrario. Es precisamente el inmenso poder que atesora este alto Tribunal el que aconseja que sus decisiones sean sometidas a un profundo escrutinio social, doctrinal y, cuando proceda, procesal.

Es cierto que el control social, canalizado fundamentalmente a través de la prensa, debe ser visto con cierta desconfianza, puesto que, desde hace ya mucho tiempo, los medios editoriales han dejado de ser instrumentos que transmiten informaciones para convertirse en privilegiados creadores de información, de intereses y de opinión¹⁰⁰. Y la opinión pública es primaria en sus juicios (sometiendo, por lo general, los problemas técnicos a criterios ideológicos o partidistas) y, consiguientemente, fácilmente manipulable. Estos factores explican, por ejemplo, la inusitada reacción mostrada por la opinión pública ante

⁹⁹ El profesor Aguado Renedo recuerda la afirmación del Juez Jackson de que el carácter definitivo de la solución en los casos de que conozca el Tribunal Constitucional devendrá no de que intrínsecamente sea mejor, sino de que por encima de ella no puede haber otra que la modifique ("Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema". *Revista General de Derecho Constitucional* 1, 2006, p. 10).

¹⁰⁰ Ver, por todos, Entman, Robert: *Democracy without citizens: media and the decay of American politics*. Oxford University Press. Oxford, 1989.

la STEDH recaída en el asunto Inés del Río y las viscerales e injustas críticas vertidas contra el Juez español, el profesor López Guerra.

Distinto alcance presenta el control doctrinal, que se presume vertido por expertos en la materia y que se expresa a través de contribuciones científicas. A diferencia del anterior, se fundamenta en argumentos lógicos y se encuentra sometido, a su vez, al escrutinio de otros especialistas en las mismas materias.

Resulta tarea fácil concluir que las resoluciones del Tribunal Constitucional están sometidas al primario control social y al reposado control doctrinal. ¿Procesal también? ¿No se había indicado que sus resoluciones son infiscalizables por parte de otros Tribunales? La realidad es más compleja a nuestro juicio, y con esto vamos entrando en materia, porque, de un lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede separarse de decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que en los procesos abiertos ante el Consejo de Europa no se cuestiona su concreta actuación, sino la del Estado español, hay ocasiones en las que estamos en presencia de un profundo cuestionamiento de su labor. Pero es que además, es posible establecer un debate dentro del seno del Tribunal Constitucional que se encauza a través de los votos particulares, concordantes o discrepantes, que sus Magistrados puedan emitir.

¿Y con otros tribunales? ¿Puede un tribunal ordinario –y el Tribunal Supremo lo es, pese a su enorme importancia–, expresar una discrepancia con el enfoque utilizado por el alto Tribunal?¹⁰¹ Para dirimir adecuadamente esta cuestión podría deslindarse lo que las resoluciones del Tribunal Constitucional tienen de *auctoritas* y de *potestas*. Comenzando por esto último, resulta evidente que cualquier Tribunal está vinculado por la interpretación y las decisiones que se adoptan en Domenico Scarlatti. Ahora bien, ¿es posible asumir dichas posiciones de forma crítica, evidenciando las debilidades en la fundamentación de la resolución emitida por el Tribunal Constitucional que le han llevado a tomar esa decisión?

A mi juicio no solamente es posible, sino que, cuando se hace guardando el obligado respeto institucional, es conveniente. Me permitirán que les ponga un ejemplo concreto, porque creo que es mucho más revelador que mis torpes palabras. En la (por cierto, discutible) STC 237/2005/8, de 26 de septiembre se afirma que una lectura restrictiva del artículo 23.4 LOPJ lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, anulando la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003. No nos interesa ahora ahondar ni en la justicia universal ni en la

¹⁰¹ Dejamos de lado la reciente reforma del recurso de revisión en los distintos órdenes jurisdiccionales, que servirá para extraer consecuencias de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hayan condenado al Reino de España.

evolución posterior¹⁰² de este instituto, sino detenernos en la forma en que el Tribunal Supremo expresará su discrepancia ante esta decisión del Tribunal Constitucional.

Pues bien, en el FD 2 de la Sentencia 645/2006, de 20 de junio (recurso 1395/2005), el Tribunal Supremo acoge, como no puede ser de otra forma, la generosa visión de la justicia universal contenida en la STC 237/2005, afirmando que “el art. 23.4 LOPJ debe ser interpretado sin tomar en consideración ninguna articulación posible de este principio con otros del ordenamiento jurídico”. Sin embargo, añade la Sala, “Esta decisión no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica”. Y a partir de este momento se abre una extensa y motivada argumentación que trata de evidenciar la debilidad de la construcción realizada por el Alto Tribunal.

Nos parece que esta forma de actuar resulta modélica, porque cohonesta, como no puede ser de otra forma, el respeto institucional que merecen las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional con la constructiva crítica de su contenido. Y que esa crítica provenga del Tribunal Supremo presenta también evidente interés porque estamos en presencia, no lo olvidemos, del “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (artículo 123.1 CE).

Dicho con otras palabras, también el Tribunal Supremo merece ser oído a través de sus resoluciones cuando considere que una interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional es errónea o discutible. No es que estemos, a mi juicio, en presencia de un diálogo de tribunales, por más que esta expresión se haya puesto de moda, sino ante la defensa de las competencias propias en primer término, y del orden constitucional también¹⁰³.

Ahora bien, es de justicia reseñar que no siempre se ha respetado esa labor del Tribunal Constitucional por parte del Tribunal Supremo. En efecto, se han producido algunos comportamientos que merecen ser descritos y criticados, y

¹⁰² Instituto procesal que se ha visto modificado en 2009 (LO 1/2009) y 2014 (LO 1/2014). Ambas reformas han pretendido restringir el alcance de la justicia universal (imponiendo la existencia de puntos de conexión con España) y restringiendo la legitimación (puesto que se precisa la previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal).

¹⁰³ Coincido plenamente con las reservas expresadas por Giuseppe Vergottini hacia este tópico tan extendido como discutible, en un trabajo (*Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Thomson. Madrid, 2011) del que tengo noticias gracias a Rosario Serra Cristóbal [“Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿De las desavenencias a una relación dialogada?”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 18 (2014), p. 376, nota 10], y de las que se separa la autora citada (*ibídem*, p. 377).

que han provocado unas tensas relaciones entre ambos¹⁰⁴. Pero antes de entrar en esta tipología de comportamientos desafortunados por parte del Tribunal Supremo, conviene aclarar que las críticas vertidas sobre los excesos del Tribunal Constitucional pueden tener pleno sentido¹⁰⁵. No se cuestiona, pues, la discrepancia, sino la forma de mostrarla.

2.- LOS COMPORTAMIENTOS DISCUTIBLES¹⁰⁶.

2.1.- Los Tribunales deben expresarse a través de resoluciones.

Como ya se ha indicado, el respeto institucional que el Tribunal Constitucional merece como órgano constitucional no es incompatible con la necesaria crítica que puedan merecer sus resoluciones. Sin embargo, dichas discrepancias suelen

¹⁰⁴ El profesor Aguado Renedo hace notar acertadamente que, en realidad, las malas relaciones no han sido bidireccionales, sino que, en el ámbito civil, han sido fundamentalmente protagonizadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en "Del intento...", *cit.*, p. 8). La primera monografía dedicada a esta cuestión en nuestro país es la de Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo* (Tecnos. Madrid, 1999). Ver, también, Hansen, Cornelia: *Guerra de Cortes – Der Konflikt zwischen dem Spanischen Verfassungsgericht und dem Spanischen Obersten Gericht*. Verlag Dr. Kovac. Hamburgo, 2008 y Mendizábal Allende, Rafael: *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*. Dykinson. Madrid, 2012.

¹⁰⁵ Que tendrían su origen, al decir de Giuseppe Campanelli, en aquellos supuestos en los que el Tribunal Constitucional controla y reforma la legalidad ordinaria sin que exista en todos los casos un nexo claro entre este tipo de intervención y el contenido de un derecho fundamental invocado (en "I rapporti tra Tribunal Constitucional e Tribunal Supremo nell'ordinamento spagnolo". *Rivista de Diritto Costituzionale* 2002, p. 265).

¹⁰⁶ Seguiremos un recorrido histórico, pero porque coincide con nuestro interés, que es graduar de menos a más graves las reacciones del Tribunal Supremo frente a resoluciones, inevitablemente discutibles, del Tribunal Constitucional. No aludiremos aquí a la primera discrepancia profunda, sobre los requisitos de admisión del recurso de casación. Ver, sobre esta materia, Rubio Llorente, Francisco: "El guardián de la Constitución. *Claves de la Razón Práctica* 142 (2004), p. 18 y, con más detalle, Xiol Ríos, Juan Antonio: "La posición constitucional del Tribunal Supremo". En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Tribunal Supremo. Madrid, 2004, pp. 89 ss. Por cierto, dichos problemas no se han planteado únicamente en el ámbito civil, como acredita la lectura de Desdentado Bonete, Aurelio: "Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de la doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social: Una reflexión crítica y una propuesta". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* 78 (1996), pp. 687 ss. (ibídem, p. 89). Por su parte, Vicente Gimeno Sendra recuerda otras resoluciones del Tribunal Constitucional que fueron cuestionadas por el Supremo. Son las SSTC 31/1981, de 28 de julio (prohibición de condena con base en el interrogatorio policial), 166/1986 (RUMASA, por el intento de procesar a los Magistrados por su filtración a la prensa), (en "De nuevo...", *cit.*, pp. 106-107), que el autor vincula con una finalidad ideológica. Y Rafael Mendizábal añade a este listado la STC 132/1993 de 20 de julio (sobre la excarcelación de la Mesa de Herri Batasuna) [en "La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs Tribunal Constitucional". *Revista de Derecho Procesal* 1 (2005), p. 514]. También aluden varios autores [ver por todos, Muñoz Campos, Juan: "Recurso de amparo frente a resoluciones judiciales: ¿ante el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal Supremo?". *La Ley* 1 (1983), pp. 1238 ss.] al cambio de criterio operado por la STC (Sala Primera) 59/1982, de 28 de julio, respecto de las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1979, 13 de enero y 30 de marzo de 1981 sobre la aplicación del principio de igualdad en el ámbito laboral.

mostrarse, con naturalidad y de forma constructiva, en la actuación ordinaria de los Tribunales.

Esto no ha ocurrido siempre. Se recordará que cuando el Tribunal Constitucional dictó la STC 7/1994, de 17 de enero¹⁰⁷, sobre la negativa del demandado civil a realizar una prueba de paternidad, la Sala Primera del Tribunal Supremo decidió presentar una queja formal ante el Rey, pidiéndole, junto a Magistrados de otras Salas¹⁰⁸, que ejerciera su poder moderador. Los Magistrados denunciaban “su malestar e inquietud por la actuación del Tribunal Constitucional, al que responsabilizan de invadir la función jurisdiccional que, con arreglo a la Constitución, corresponde a los jueces y tribunales”¹⁰⁹. Aunque esta medida puede ser calificada de insólita, debe recordarse que fue la menos incisiva de las propuestas por los Magistrados de dicha Sala¹¹⁰.

¹⁰⁷ El Tribunal determina que “afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y -legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa- fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial” (FJ 7). Esta Sentencia generó multitud de comentarios doctrinales: Arias Rodríguez, José Manuel y Corrochano Jerez, Susana: “Reflexiones en torno a la STC 7/1994, de 7 de enero”. *Actualidad y Derecho* 6 (1995), pp. 1 ss.; Rivero Hernández, Francisco: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”. *Revista de Derecho Procesal* 33 (1994), pp. 349 ss.; Lledó Yague, Francisco: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1 (1994), pp. 203 ss.; O’Callaghan Muñoz, Xavier: “Negativa a la prueba biológica de la acción de investigación de la paternidad”. *Actualidad y Derecho* 17 (1994), pp. 1 ss. y Bustos Pueche, Enrique: “Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional”. *Diario La Ley* 3601 (1994), pp. 1 ss.

¹⁰⁸ Delgado del Rincón, Luis E: “Los conflictos entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: génesis, evolución y algunas propuestas de solución”. *Revista General de Derecho Constitucional* 4 (2007), p. 3.

¹⁰⁹ Utilizamos la expresión vertida por Bonifacio de la Cuadra en la noticia “El Tribunal Supremo apela al poder moderador del Rey contra un fallo del Constitucional”, publicada en *El País* de 4 de febrero de 1994, y disponible en http://elpais.com/diario/1994/02/04/espana/760316428_850215.html. Luis E. Delgado recuerda que el Presidente del Tribunal Supremo abortó la pretensión de someter este escrito al Rey y que propuso, en el Discurso leído con ocasión de la apertura del año judicial, excluir del amparo constitucional los derechos recogidos en el artículo 24 CE [En “Inviolabilidad frente a responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 72 (2004), p. 269]. El texto de este escrito se puede consultar en Álvarez Conde, Enrique: “Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional: A propósito del pretendido conflicto entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”. En VV.AA: *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Vol. II. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1335-1336.

¹¹⁰ Un Magistrado propuso incumplir la Sentencia del Alto Tribunal, confiriendo la posibilidad al demandado, declarado padre por Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección Décima) de Madrid, de 26 febrero 1990, de que se sometiera a la prueba de paternidad (con apoyo en la tesis contenida en el VP suscrito por el Magistrado Cruz Villalón), y otros cuatro denunciar al Constitucional ante el Ministerio Fiscal por invasión de jurisdicción, pretensión que, a su juicio, debería ser sustanciada ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Ambas ideas resultan desafortunadas porque resultan, en la práctica, inviables, al no existir una vía procesal para que se lleven a efecto.

Esta decisión de la Sala Primera del Tribunal Supremo fue criticada en sede doctrinal¹¹¹, y con razón, porque involucraba a nuestro Monarca en un problema de naturaleza eminentemente jurídica (esto es, técnico), un problema que, además, está resuelto expresamente en la Constitución, que dota al Tribunal Constitucional de competencia para anular resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo. De ahí que la apelación al Rey solamente podía entenderse como un toque de atención dirigido al Tribunal Constitucional, encargado de delimitar el alcance de su propia jurisdicción.

2.2.- Los Tribunales deben respetar la doctrina constitucional.

Me veo obligado a volver a pedir excusas por aludir, durante a unos minutos, a la actuación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, pero algunas resoluciones han convertido una legítima discrepancia con determinadas motivaciones del Tribunal Constitucional con una inaceptable desobediencia a su doctrina.

Estamos ante un evidente salto cualitativo en relación con la simple queja que se quiso formular al Rey, porque en este caso ya se trata de subvertir el orden constitucional, que establece la vinculación de todos los poderes constituidos y de los ciudadanos a la Constitución (artículo 9.1), que es interpretada, en última instancia, por el Tribunal Constitucional. No resulta extraño, por ello, que el propio constituyente establezca que aquellas de sus resoluciones “que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos” (artículo 164.1 CE).

Pues bien, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha cuestionado la vinculación de Sentencias recaídas en recurso de amparo constitucional (aunque, como enseguida veremos, estas no se limitaban “a la estimación subjetiva de un derecho”).

Esto trató de hacerse en materia de justicia universal, en una Sentencia a la que ya hemos aludido con anterioridad. Pues bien, conviene recordar que en dicha Sentencia se incluye un Voto Particular suscrito por los Magistrados Saavedra Ruiz, García Pérez, Granados Pérez, Martínez Arrieta y Sánchez Melgar, en el que

¹¹¹ Especial difusión alcanzó el artículo del profesor Rubio Llorente publicado en El País el 9 de febrero de 1994, titulado “Supremo no hay y más que uno, pero no es el verdadero”, disponible hoy en http://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409_850215.html, y en el que afirmaba que “no existe, naturalmente, más Tribunal Supremo que aquel. que puede resolver los litigios desde la perspectiva de la norma más alta y de forma ya definitiva”. Ver, también, Szmolka Vida, Inmaculada: *El conflicto de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: la apelación al Rey como árbitro y moderador de las instituciones (febrero de 1994)*. Universidad de Granada. Granada, 1996. ISBN 84-89671-05-2

se cuestiona abiertamente que la interpretación contenida en la STC 237/2005, que anula la STS 327/2003, deba vincular al Tribunal Supremo. Se realiza, así, una peculiar interpretación del artículo 5.1 LOPJ¹¹² (peculiar porque en él se alude a las resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas en todo tipo de procesos), que lo vacía de contenido confiriendo, incomprensiblemente, un mayor protagonismo a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Entienden los Magistrados algunos preceptos de esta Ley (artículos 38, apartados 1º y 3º, 40 y 55) permiten separar los efectos de las resoluciones recaídas en procesos de control de control de constitucionalidad de las dictadas en amparo. En efecto, mientras que las Sentencias “dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales”, las recaídas en recursos de amparo “sólo vinculan al órgano jurisdiccional que conoce de la causa respecto a la que se suscitó este recurso, sin perjuicio de su indudable valor doctrinal y jurisprudencial”. Estos Magistrados aceptan que el artículo 5.1 LOPJ amplía esta vinculación en un triple sentido (aludiendo a resoluciones y no únicamente a Sentencias; a todo tipo de procesos y no solamente los relacionadas con la constitucionalidad de las normas con fuerza de Ley y a los fundamentos de dichas resoluciones y no únicamente a su parte dispositiva), pero entienden que dicha extensión no es compatible con el artículo 117.1 CE (que somete a los órganos judiciales al imperio de la Ley, cuyo máximo intérprete es el Tribunal Supremo ex artículo 123.1 CE) ni amparable en lo previsto en el artículo 164.1 CE.

Resulta evidente que esta argumentación es manifiestamente inconsistente desde una perspectiva general, y estéril desde una dimensión práctica. Es inconsistente porque la referencia hecha a la Ley en el artículo 117 no debe

¹¹² Precepto que dispone “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

No vamos a profundizar en el análisis del artículo 5.1 LOPJ, precepto normativo que ha sido considerado como “inocuo e inútil” por Ignacio Díez-Picazo Giménez (en “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”. En VV.AA: *La Sentencia de amparo constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1996, p. 72). Nos parece más acertado afirmar, con Manuel Aragón Reyes, que los Tribunales ordinarios no podrán aplicar una interpretación de la Ley que ha sido considerada contraria a la Constitución por el Tribunal Constitucional o cuando considere que solamente hay una interpretación constitucionalmente admisible de la misma [en “Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 76 (2006), p. 177].

En todo caso, el debate debe entenderse superado con la nueva regulación contenida en el artículo 40.2 LOTC, incorporado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que ahora dispone que, “en todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales”. Ver, en el plano doctrinal, Aragón Reyes, Manuel: “Problemas de la justicia constitucional en España”. En Arnaldo Alcubilla, Arnaldo y González-Trevijano, Pedro (dirs.): *En pro de la regeneración política en España*. Aranzadi. Madrid, 2015, p. 604.

vincularse a la Ley como concreto tipo normativo, sino a las normas que gozan, al menos, con fuerza de Ley. Resulta evidente que una Sentencia que determina la interpretación constitucional que debe darse al artículo 23.4 LOPJ vincula a todos los órganos judiciales, siendo indiferente la vía procesal a través de la que el alto Tribunal se exprese. Decíamos que además de inconsistente es estéril, porque el Tribunal Constitucional siempre podrá anular las resoluciones que dicte el Tribunal Supremo si considera que su interpretación de la legalidad ordinaria provoca una lesión en los derechos fundamentales de las partes procesales.

No puede, pues, compartirse la rebelión pretendida por los Magistrados que suscriben el Voto Particular contra la doctrina del Tribunal Supremo. Entenderse, acaso sí. Se indica esto porque la Sala Penal ya se ha rebelado, pública y repetidamente, frente a otra doctrina establecida por el Tribunal Constitucional. Aludimos al clásico cómputo de la prescripción penal, que tanta polémica ha generado.

Como es bien sabido, el Tribunal Supremo entiende que la prescripción del delito se interrumpe cuando en una querrela, denuncia o investigación se dirige contra una persona, identifica o identificable. Frente a este consolidado (y muy razonable¹¹³) criterio, el Tribunal Constitucional ha sostenido en su STC 63/2005 que hacía falta algo más para considerar dicha prescripción, y es que haya un acto judicial de admisión de la citada denuncia o querrela¹¹⁴. Que esta Sentencia iba a ser polémica era evidente, dado que en ella se recuerda que el propio Tribunal se ha negado a revisar resoluciones similares (FJ 2) y se acompaña de sendos votos particulares que afirman que estamos ante una cuestión de estricta legalidad ordinaria¹¹⁵, aunque no excluyan todo control por parte del alto Tribunal.

Lo que nadie podía imaginar es que se iba a producir una clara negativa por parte del Tribunal Supremo a acoger esta nueva visión del Tribunal Constitucional, negativa que se iba a plasmar en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005 que se divide en dos puntos.

¹¹³ De hecho, me parece más acertada la lectura de la prescripción realizada por el Tribunal Supremo que la ofrecida por el Tribunal Constitucional, porque, como expresa atinadamente, José Manuel Chozas Alonso, provoca un “claro desarme de los sujetos individuales frente al Estado” [en “¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? (Un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo)”. *Foro 2* (2005), p. 248]. Es de justicia reconocer que la situación ha mejorado con la reforma legal operada en esta materia, aunque sigue planteando algunos interrogantes de interés.

¹¹⁴ Siendo cierto que esta interpretación es más fiel al tenor literal empleado, en ese momento, en el artículo 132.2 del Código Penal en vigor (y, antes, en el 114 del Código Penal de 1973), resulta muy cuestionable que sea la más acertada, en la medida en que debilita el derecho *pro actione* de la acción penal. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha reiterado esta doctrina en la Sentencia 29/2008, de 20 febrero.

¹¹⁵ Muy claro en este sentido el emitido por el Magistrado Rodríguez Arriba, más matizado el debido al Magistrado Conde Martín de Hijas.

En el primero se afirma que “El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts. 117.1, 161.1b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE”. Y en el segundo, aún más contundente, se acuerda “Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”¹¹⁶. Más allá del nulo valor jurídico que pueda conferirse a este tipo de Acuerdos¹¹⁷, estamos en presencia de una manifiesta falta de respeto institucional hacia el Alto Tribunal, y ante una situación que genera, cuando menos, una desigualdad de trato jurídico en una materia especialmente sensible. Es verdad, que la posición del Tribunal Supremo, que ha sido confirmada en diversas resoluciones judiciales posteriores¹¹⁸, se sustenta en razones de seguridad jurídica y justicia material, que son razonablemente atendibles. Resulta sin embargo inaceptable que se opte por desconocer una jurisprudencia constitucional, por más que sea esta, cuando menos, discutible.

El choque de trenes se volvió a producir tras la STC 29/2008, de 20 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional podría haber dado un paso atrás, pero optó por reafirmar su cuestionable visión sobre la prescripción¹¹⁹. Y dicha actuación fue respondida con otro contundente (aún más, si cabe) Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2008, en el que se afirma que

“La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional

¹¹⁶ Dicho acuerdo puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es>. Con posterioridad adoptó otro Acuerdo el 12 de mayo de 2005 en el que se afirmaba que “La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales” (acuerdo este incluido en la compilación disponible en <http://www.poderjudicial.es>).

¹¹⁷ Nos parecen muy razonables las consideraciones vertidas por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda en “¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo?”, publicado en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10 (2008), pp. 02-1 y ss. Se trataría de meras recomendaciones que no provienen, en puridad, de un órgano judicial (sino de los jueces reunidos, lo que es parecido pero no es, en modo alguno, igual), y que no podrían desconocer ni la Constitución ni la Ley Orgánica ni afectar, restringiéndola, a la imparcialidad judicial. Y esta situación no puede verse alterada, obviamente, por el Acuerdo de 18 de julio de 2006 en el que se afirma que “Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”, puesto que los acuerdos, “al no tener fuerza para obligar, no pueden obligar a obligar” (*ibidem*, p. 18).

¹¹⁸ SSTs de 19 de mayo de 2005, 25 de abril de 2006, y 21 de junio de 2006, citadas en García Sánchez-Cervera, Eduardo y Peleteiro, Almudena: “Prescripción de los delitos. Divergencia de criterios entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”. En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 20 (2008), p. 73.

¹¹⁹ La Sentencia se acompaña de un Voto Particular emitido por el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas, que sigue la estela del anteriormente aludido.

el pasado 20/02/08, que declara la nulidad de la nuestra de 14/03/03 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12/05/05 y 25/04/06, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE.

Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo”.

Afortunadamente, tras nuevos incidentes¹²⁰, el legislador ha superado esta declaración de guerra institucional (en todo caso, desafortunada) regulando con mucho más detalle la institución material de la prescripción penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio¹²¹. Esta nueva normativa no ha impedido que el Tribunal Constitucional se haya visto obligado a otorgar amparo a personas que se han visto perjudicadas por una actuación dudosamente conforme a Derecho de determinados órganos judiciales.

Especial interés presenta la STC 32/2013, de 11 de febrero, en la que se enjuicia el hecho de que “la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Asturias, tras exponer la discrepante doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional respecto de esta materia, considera, en su Sentencia, prevalente la doctrina del Tribunal Supremo (remitiéndose al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006) y, en consecuencia, entiende que no se ha producido la prescripción toda vez que toma en consideración la fecha de presentación de la querrela (26 de enero de 2006) como momento de interrupción de dicha prescripción, rechazando de forma expresa la doctrina constitucional sentada en las citadas SSTC 63/2005 y 29/2008, en las que

¹²⁰ El Tribunal Constitucional se ha visto obligado a anular la STS (Sala de lo Penal) 843/2006, de 24 de julio, en la que se ha negado expresamente a acoger su visión de la prescripción penal en la STC 195/2009. Debe recordarse que acompañan tres interesantes Votos Particulares a la Sentencia del Supremo (uno defendiendo el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la falta de certeza del precepto penal que regula la prescripción –Bacigalupo Zapater-, y otros dos en los que los Magistrados expresan su acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, si bien uno de ellos –Maza Martín- cuestionan el principio general de vinculación entre ambas jurisdicciones) y uno a la del Constitucional (firmado por el Magistrado Rodríguez Arribas, por entender que el alto Tribunal no debe inmiscuirse en cuestiones de estricta legalidad).

¹²¹ Paradójicamente, la nueva regulación, que trata de aunar las lecturas realizadas por los dos tribunales, es menos garantista que la defendida por el Tribunal Supremo, en la que medida en que deja un margen de actuación en el órgano judicial.

el Tribunal Constitucional sostiene, como ya se ha reproducido, que la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, no puede interrumpir el plazo de prescripción, pues ello implicaría una falta de respeto a las exigencias de tutela reforzada (FJ 4).

Como resulta evidente, y hace notar el Ministerio Fiscal, “las resoluciones impugnadas incurren en manifiesto desconocimiento del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone una quiebra patente del mandato recogido en el aludido art. 5.1 LOPJ, de la que deriva la consiguiente lesión del derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE (SSTC 29/2008, FJ 10; 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 6, 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3, y 133/2011, FJ 4, entre otras)” (Ídem).

El interés de esta resolución radica en que se pueden plantear algunas preguntas interesantes: ¿pueden los afectados reclamar al Ministerio de Justicia una reparación por los gastos ocasionados por un recurso que tiene su origen en un “desconocimiento del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”? ¿Incurren los Magistrados en alguna responsabilidad derivada de su actuación? No me atrevo a responder ninguna de estas preguntas. De un lado, porque carezco de unos mínimos conocimientos sobre estas materias que me permitieran avanzar una posición inicial. De otro porque se alejan del objeto del presente estudio. Sí me atrevo a afirmar mi extrañeza de que actuaciones como la descrita¹²² no generen ningún tipo de responsabilidad en un Estado de Derecho. Aunque podría parecer que lo descrito es lo más grave de lo sucedido, lo cierto es que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dado un paso más. Un paso que, aquí sí que estoy seguro, debería haber generado una responsabilidad en la actuación de los Magistrados.

2.3.- Un Tribunal no puede controlar la actuación jurisdiccional de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

El *affaire* más grave del que daremos noticia en estas páginas se vincula con una muy desafortunada actuación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, paradójicamente, tiene su origen en un asunto, en principio, menor. En efecto, lo

¹²² Algo parecido ha ocurrido en relación con la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en lo que atañe al recurso de casación. La STC (Sala Primera) 212/1994, de 13 de julio causó un gran malestar el Tribunal Supremo que, en el ATS (Sala Primera), al imponer un trámite de audiencia antes de la inadmisión del recurso de casación. Pues bien, la Sala de lo Civil adoptó un Acuerdo el 22 de septiembre de 1994 en el acordó no considerarse vinculado por la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, y al que se alude en el ATS (Sala de lo Civil) de 10 enero 1995 (RJ 1995\9990, FD 3). Como recuerda César Aguado, el Tribunal Constitucional varió su jurisprudencia en la materia con la STC (Pleno) 37/1995, de 7 de febrero (en “Del intento...”, *cit.*, p. 27, nota 45). Ver también Mendizábal Allende, Rafael: “La guerra...”, *cit.*, p. 503.

que se cuestiona en sede judicial es si un reportaje de una Revista del corazón que tiene su origen en las declaraciones realizada por una ex-empleada del hogar de Isabel Preysler afecta, o no, a su intimidad personal. La posición del Tribunal Supremo es que “las frases aparecidas en el reportaje de la revista en cuestión como eran «...los granos que le salen en la cara, con frecuencia...», «...llevar una determinada agenda de piel de cocodrilo...», así como detalles de los hábitos de lectura, de la ropa que posee en los armarios, el horario familiar y los menús, todos ellos referidos a la señora P. A., datos, todos ellos proporcionados por una antigua doméstica; no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la intimidad, por ser afrentosos, molestos, o simplemente desmerecedores desde un punto de vista de homologación social. Simplemente constituyen una propagación de chismes de escasa entidad, que en algún caso pudieran servir como base para resolver un contrato laboral de empleo del hogar, pero nunca para estimarlos como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona”¹²³.

No comparte este criterio el Tribunal Constitucional, por considerar que “de la lectura del reportaje publicado en la revista «Lecturas» se desprende con claridad que las declaraciones que se contienen en el mismo han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen”¹²⁴. Además de alcanzar esta conclusión a la vista de los datos suministrados¹²⁵, se hace especial hincapié en el deber de reserva de la ex empleada de la recurrente, pues la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, veda la intromisión de aquéllas personas que revele datos de una familia conocidos a través de una actividad profesional (art. 7.4) (FJ 6). A nuestro juicio, este último criterio debería haberse presentado como la *ratio decidendi* en el presente caso, puesto que, como es bien sabido, existe un especial deber de reserva en aquéllas personas que trabajan en los espacios destinados a la vida íntima personal y familiar. En tales supuestos, el rigor en la aplicación del precepto legal citado se impone con especial contundencia, porque los datos revelados solamente se han podido obtener en virtud de una profesión que lleva lógicamente aparejada un deber de reserva y en un contexto donde los titulares de los derechos afectados actúan con plena libertad por hacerlo en espacios protegidos constitucionalmente (a través de la inviolabilidad del domicilio).

¹²³ STS (Sala Primera) 1157/1996 de 31 diciembre (RJ 1996\9226), FD 1.

¹²⁴ STC 115/2000/5, de 10 de mayo.

¹²⁵ Son íntimos, por ejemplo, los datos sobre defectos, reales o supuestos en el cuerpo, los cuidados que estos requieren, la divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre su belleza, la amplia descripción de su vida diaria y de sus hábitos en el hogar, y los referidos a sus relaciones con sus exmaridos y sus hijos (*ídem*).

En todo caso, estaremos de acuerdo en que estamos ante una divergencia de criterio menor. El Tribunal Constitucional opta por amparar a Isabel Preysler y anular la Sentencia del Tribunal Supremo para que éste dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental invocado. Dicho respeto supone, en la práctica, dos cosas. Una, reconocer la lesión del derecho fundamental a la intimidad ya decretada por el Tribunal Constitucional. Otra, acordar una indemnización. Sobre ésta conviene recordar que la recurrente había solicitado, en principio, cincuenta millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia 32 de Barcelona dio la razón a la recurrente por Sentencia de 23 de mayo de 1991, acordando una indemnización de cinco millones de pesetas. Dicha indemnización fue duplicada en apelación, por Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 1993¹²⁶.

Pues bien, cuando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo debe reconsiderar su decisión adoptada, no lo hace ni de forma respetuosa ni de forma acertada. En efecto, la STS 776/2000, de 20 julio¹²⁷ acepta (no le queda otro remedio) que el reportaje cuestionado “supone un ataque a la intimidad” de la recurrente (FD 1). Ahora bien, “La valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella” (FD 2). Pues bien, “las frases «granos que le salen en la cara..., determinada agenda de piel de cocodrilo..., ropa que posee...» se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada -hecho notorio-, por lo cual la valoración del daño moral producido puede ser medido en 25.000 pesetas. La difusión de la noticia y las ventajas reportadas, no han podido ser cuantificadas económicamente” (FD 2).

No resulta complejo establecer la manifiesta debilidad de esta argumentación. En primer lugar, porque una lesión de un derecho fundamental nunca puede ser calificada de insignificante. En segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional descarta expresamente (STC 115/2000/10, de 10 de mayo) que la relevancia pública de la recurrente y su previa divulgación de datos íntimos legitime la agresión sufrida. Y en tercer y último lugar, porque el hecho de que no haya una pericial sobre el beneficio obtenido por la Revista Lecturas por la difusión de esta noticia no impide que cualquier persona sepa que es muy muy superior a la cifra acordada de 25.000 pesetas. Cantidad que supone, conviene recordarlo, un 0,5 % de la indemnización conferida en la instancia y un 0,25 de la otorgada en apelación.

¹²⁶ Datos extraídos del Antecedente 2 de la STC 115/2000/5, de 10 de mayo.

¹²⁷ RJ 2000\6184.

No resulta extraño que la recurrente volviera a interponer una demanda de amparo, por indebida ejecución de la STC 115/2000 y por la presunta lesión de los derechos a la intimidad personal y a la tutela judicial efectiva, por determinar el *quantum* indemnizatorio con una argumentación irrazonable y separada de la acordada, motivadamente, en las resoluciones de instancia y apelación. Se interesa que se declare ajustada a indemnización la otorgada por la Audiencia Provincial de Barcelona¹²⁸.

Aunque la nueva Sentencia del Tribunal Constitucional (186/2001, de 17 de septiembre) merecería un comentario autónomo por diversas razones¹²⁹, nos centraremos en lo que nos interesa en el marco de esta investigación. Pues bien, con una discutible argumentación, el alto Tribunal entiende que la nueva Sentencia del Tribunal Supremo no ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, pero sí el derecho a la intimidad personal.

La primera afirmación, muy endeble en la Sentencia, se justifica en que el Tribunal Supremo puede variar, y ha variado en muchas ocasiones, el *quantum* indemnizatorio fijado en otras instancias (FJ 4). Es cierto, sin embargo, que el Tribunal Supremo ha fijado la indemnización sin tener en cuenta “los criterios o parámetros básicos legalmente exigidos” (FJ 5). Por ejemplo, si bien resulta cierto que los beneficios económicos no quedaron acreditados, existían “datos relevantes respecto de la difusión de la revista en la que dicho reportaje se incluyó”¹³⁰, concluyendo que el Tribunal redujo muy significativamente la indemnización “sin valorar las circunstancias del caso y sin utilizar para determinar la gravedad de la lesión el criterio de la difusión, probada en el proceso, de la revista en la que se publicó el reportaje considerado” (FJ 5 in fine). A la vista de estos criterios, “el razonamiento del Tribunal Supremo no constituye una motivación adecuada o satisfactoria de la decisión adoptada (por todas, STC 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4), y por ello, en la medida en que puedan considerarse lesión autónoma respecto del derecho a la intimidad, podría suponer una vulneración del derecho de la recurrente a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho” (FJ 6). Debemos subrayar ahora el “podría suponer una vulneración...”, porque no se encontrará

¹²⁸ Información extraída del Antecedente Tercero de la STC 186/2001, de 17 de septiembre.

¹²⁹ Dos cuestiones generan un evidente interés. ¿Puede vulnerarse un derecho fundamental aunque se haya reconocido su lesión en la resolución judicial que se impugna en amparo? Y, ¿la indemnización que genera la lesión de un derecho fundamental forma parte del mismo derecho fundamental? Ver, en el plano doctrinal, Gimeno Sendra, Vicente: “De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”. *La Ley* 7 (2001), pp. 1363 ss. y *Persona y Derecho* 44 (2001), pp. 103 ss.

¹³⁰ FJ 5. Son datos tales como que la Revista tuvo una difusión de entre 331.934 y 435.716 ejemplares, o que se difundieron dichas informaciones en doce entregas semanales consecutivas, o que la recurrente ocupó un lugar preferente en la portada de la publicación...

en el fallo de la Sentencia que resumimos la estimación del amparo en lo que atañe al derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional estima, en relación con el segundo derecho invocado, que “una indemnización de 25.000 pesetas resulta insuficiente para reparar el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente” (FJ 7), por lo que considera vulnerado este derecho fundamental. Pero también incide en esta lesión el apartamiento en la resolución judicial impugnada de los criterios fijados por la STC 115/2000 en orden a delimitar el alcance del derecho fundamental y fijar la indemnización (FJ 7 *in fine*). En efecto, se omite en la nueva Sentencia del Tribunal Supremo el hecho “de que la divulgación de los datos había sido realizada quebrantando el deber de secreto impuesto a las personas que conviven en el hogar de una persona por razones laborales”, la relevancia constitucional del derecho fundamental vulnerado y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (FJ 8). En conclusión, la Sentencia del Tribunal Supremo no solamente no repara el derecho fundamental, sino que vuelve a vulnerarlo.

Aunque lo procedente habría sido, en principio, devolver nuevamente la causa a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para que este fijara una nueva indemnización ajustada a Derecho, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acuerda decretar la nulidad de la Sentencia impugnada y otorgar firmeza a la dictada, en su día, por la Audiencia Provincial de Barcelona. Se pretende, así, “excluir dicha devolución con el objeto de que la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles al resultar remitida a un proceso que puede prolongarse indefinidamente y que, en consecuencia, por su misma duración, podría hacer ilusoria la obligada reparación del derecho fundamental lesionado” (FJ 9).

De esta última decisión discrepan los Magistrados Conde Martín de Hijas y Jiménez Sánchez a través del oportuno Voto Particular. Estiman, de un lado, que se debió estimar lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva y, de otro, que el asunto debió volver al conocimiento del Tribunal Supremo una vez anulada la Sentencia impugnada. La ausencia o carencia de motivación de la resolución judicial impugnada debería haber sido constatada por el Tribunal Constitucional, anulándola y devolviendo las actuaciones al Supremo para que dictara una nueva Sentencia que se ajustara a las exigencias derivadas del citado derecho fundamental. Confiriendo firmeza a la Sentencia recaída en apelación, el Tribunal Constitucional se ha implicado en “ámbitos propios del ejercicio de la jurisdicción”.

A mi juicio, esquizofrénico como enseguida se verá, tienen razón los Magistrados en el primer punto pero no en el segundo. Resulta patente la vulneración del

derecho de la recurrente a recibir una resolución motivada por parte del Tribunal Supremo. Evidente no sólo para los Magistrados discrepantes, intuyo, sino para todos los miembros de la Sala. El hecho de que la mayoría haya optado por reconocer una lesión de un derecho material y no de un derecho procesal podría ser, precisamente, la de evitar la devolución de la causa al Tribunal Supremo¹³¹. Lo más correcto hubiera sido reconocer esa lesión procesal, pero entiendo que, en este caso, en el que ya la Sala de lo Civil había dado expresas muestras de no acatar la previa resolución recaída en amparo, procedía, en aras a que éste fuera efectivo en un plazo razonable, conferir firmeza a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Asumo, pues, la crítica inicial de los Magistrados discrepantes, pero me separo de su (lógica) consecuencia.

Resulta lógico pensar que la STC 186/2001 no causara una gran alegría entre los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, aunque diera una respuesta razonable a la efectividad de los derechos fundamentales invocados por la recurrente¹³². Lo que nadie podía sospechar es que su actuación iba a ser tan desafortunada y desmedida.

Vayamos por partes. La Sentencia de la Sala de lo Civil 1064/2001 de 5 de noviembre (RJ 2006\677), referida a un asunto distinto pero cercano, que tendría un posterior ocurrir muy parecido al acaecido con el asunto Preslyer¹³³,

¹³¹ En efecto, cuando el Tribunal Constitucional anula una resolución judicial por ausencia o carencia de motivación, o por no satisfacer las exigencias constitucionales, se suele anular y retrotraer las actuaciones para que el mismo Tribunal apruebe una nueva resolución respetuosa con el citado derecho fundamental.

¹³² Es oportuno recordar que la demanda interpuesta por Bou Gisbert y El Hogar y la Moda, S.A. contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue inadmitida por Decisión de la Sección Cuarta de 13 de mayo de 2003 (TEDH\2003\52). Sobre esta resolución puede consultarse Salvador Coderch, Pablo y otros: "Preysler V: el final de la partida". *Working Paper* 170, disponible en <http://www.Indret.com>.

¹³³ Alberto de Alcocer Torra interpone juicio de protección de los derechos fundamentales por la publicación de algunas fotos en la Revista *Diez Minutos* por considerar que lesionan sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. El Juzgado de Primera Instancia 6 de Madrid (Sentencia de 9 de septiembre de 1991) estima su demanda y establece una indemnización de veinte millones de pesetas. Aunque esta resolución fue confirmada en apelación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 1993), el Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de diciembre de 1996) entendió que no se había producido lesión alguna en sus derechos fundamentales, al tratarse el demandante de persona pública, darse un interés general de la información y haberse tomado la imagen en un lugar público (una playa). La STC 83/2002, de 22 de abril, discrepa de esta construcción, porque el órgano judicial no ha tenido "en cuenta, en su juicio de ponderación, la naturaleza privada y el carácter personal y familiar de las fotografías ni su forma de obtención, mediante una operación ajena a la voluntad del actor y sin su consentimiento, razones por las cuales no es adecuado, pues no ha ponderado el derecho a la propia imagen del recurrente y el derecho a comunicar información, respetando la definición constitucional de cada derecho y sus límites" (FJ 4). Como dicha imagen reveló además sus relaciones afectivas se estima igualmente vulnerado su derecho a la intimidad personal. Es en este momento cuando el Tribunal Supremo dicta la resolución examinada en el texto, que, acordando una indemnización de doscientos euros, será nuevamente impugnada ante el Tribunal Constitucional, lo que originará la STC 300/2006, de 23 de octubre, que estimara que se ha producido una nueva lesión de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, anulando la Sentencia del Tribunal Supremo y confiriendo firmeza a la dictada en apelación. El Magistrado Pérez Tremps considera, en su Voto Particular, que hubiera sido más acertado

contiene una respuesta directa a la STC¹³⁴. Es sorprendente que así sea porque el supuesto enjuiciado es cercano, si bien distinto. Esto explica que el Magistrado Marín Castán se separe de esta parte de la Sentencia, “por no guardar relación con los motivos del recurso ni ser consecuencia de la estimación de ninguno de ellos, ya que todos son desestimados”.

Pues bien, para “evitar suspicacias y salir, ahora, al paso de cualquier tacha de empecinamiento, que se expresen las razones de disconformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de amparo número 5002/2000 (Sala Segunda) –por cierto, dictada con una rapidez inusitada en relación a otras peticiones de amparo, lo que sin duda tendrá alguna explicación–, y que invalidó la indemnización acordada en favor de Isabel P.; todo ello por entender que la misma invadió las funciones de la jurisdicción ordinaria de manera contraria, incluso, a las propias normas orgánicas que rigen dicho Tribunal Constitucional” (FD 2). Y es que la Sala considera “cabalmente acertado el criterio seguido en su resolución anterior”, que pretende argumentar de forma detenida, afirmando que:

- a) Las sentencias del Tribunal Constitucional que han otorgado doblemente amparo a Isabel P., frente a las dos sentencias de esta Sala, incurren en palmaria contradicción, por considerar la primera irrelevante que los datos aportados sean o no desmerecedores y afirmar su gravedad en la segunda.
- b) La STC contiene razonamientos inaceptables, desconoce el concepto de instancia procesal e incurre en el error mayúsculo, inexcusable por su índole, de hacer valer una sentencia inexistente (puesto que fue revocada) por encima de la decisión del Tribunal Supremo, cuyos hechos debían ser respetados por el alto Tribunal. Después de estas amables consideraciones críticas, la Sala defiende que se limitó a valorar libremente la prueba y que la indemnización fijada no era simbólica. Tras poner un buen número de

sustanciar la pretensión como incidente de ejecución de la Sentencia dictada cuatro años antes, y que no se ha vulnerado el derecho fundamental invocado, puesto que el Tribunal Supremo razonó el *quantum* indemnizatorio.

¹³⁴ Una tercera saga similar (Alberto Cortina), que nos limitamos a rememorar, viene marcada por las actuaciones de Alberto Cortina de Alcocer contra la publicación de imágenes tomadas durante un viaje que había realizado a Kenya con una mujer. Son las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia 8 de Madrid de 22 de enero de 1992 (estimatoria), de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 1993 (confirmatoria, indemnización de ocho millones de pesetas) (AC 1993\1554), casada por Sentencia del Tribunal Supremo 905/1997, de 21 de octubre (RJ 1997\176). Esta Sentencia fue anulada por la STC (Sala Primera) 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001\139), que ha sido objeto de diversos comentarios, como son los debidos a Asunción de la Iglesia Chamarro [“El derecho a la propia imagen de los personajes públicos”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 23 (2003), pp. 285 ss.] y M^a Ángeles Fernández González-Regueral [“Protección civil y constitucional del derecho a la imagen”. *Actualidad Civil* 20 (2002), pp. 689 ss.]. Es conveniente recordar, en último lugar, que en esta Sentencia del Tribunal Supremo se estima la lesión de la intimidad “por imperativo legal”, para dejar clara la discrepancia de la Sala con el Tribunal Constitucional (FD 1).

ejemplos, se recuerda asimismo listado de cantidades recogido en la Ley 30/1995 con el mismo fin.

- c) También se reprocha a la Sentencia que se alteren los hechos probados, hurtando las funciones del Tribunal Supremo, lo que vulnera el artículo 54 LOTC. Y todo “porque los hechos que quería el Tribunal Constitucional que diéramos por probados, a su gusto, no aparecen declarados así”.
- d) Finalmente se critica que se convierta un vicio procesal en un vicio *in iudicando* y que se exprese una “inaceptable sospecha o desconfianza respecto de la conducta” del Tribunal Supremo cuando se acuerda no devolver las actuaciones para su posterior pronunciamiento.

Todas estas ideas, contenidas en el FD 2, se expresan “con la esperanza de que el Tribunal Constitucional medite sobre la importancia de las mismas sin llevar a sus últimas consecuencias lo que entendemos como conducta negligente que, con su repetición, sugeriría la concurrencia al menos de «culpa con representación» o dolo eventual”.

La diatriba intolerable¹³⁵ sigue¹³⁶, pero es suficiente quedarnos ahora con esta, primera, amenaza. Amenaza que ejercería con ocasión de que se juntaran el pan con las ganas de comer. Con esta imagen hacemos referencia al abogado José Luis Mazón, que también ha mostrado una especial fijación con el Tribunal Constitucional. Sin entrar ahora en su exégesis¹³⁷ ni detenernos tampoco en sus secuelas, conviene recordar que este letrado interpuso una demanda de responsabilidad civil contra los Magistrados del Tribunal Constitucional ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Aunque esta demanda tenía su origen en una muy desafortunada demanda de amparo, en la que se interesaba un absurdo lógico¹³⁸, la Sala de lo Civil del

¹³⁵ Comparto la expresión vertida por Luis E. Delgado del Rincón en “Inviolabilidad...”, *cit.*, p. 270.

¹³⁶ En el FD 3 se cuestiona cuál debe ser el correcto entendimiento de la exigencia de motivación y en denunciar la, a su juicio, descalificación que se hace de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Voto Particular suscrito por los Magistrados Conde Martín de Hijas y Jiménez Sánchez.

¹³⁷ Esa fijación tiene su origen en la práctica del Tribunal Constitucional de optar por el reclutamiento de Letrados de adscripción temporal en vez de recurrir a la convocatoria de concursos-oposiciones. A juicio del citado Letrado, este comportamiento obstaculiza el derecho potencial de todo licenciado en Derecho a concurrir a dichas pruebas. La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha desestimado esta pretensión en las Sentencias de 21 de enero y de 24 de junio de 2002 (RJ 2002\7058), aunque dos Magistrados (Trillo Torres y Maurandi Guillén) consideran que la figura del Letrado de adscripción temporal carece de cobertura legal. Ver, en el plano doctrinal, Rodríguez Patrón, Patricia: “Sobre la legalidad de los Letrados de adscripción temporal del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 67 (2003), pp. 317 ss.

¹³⁸ El recurrente interesaba, en el recurso de amparo formulado contra la STS (Sala Tercera) de 24 de junio de 2002: (a) la abstención de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional; (b) la presentación de un Proyecto de Ley por parte del Presidente del Gobierno que garantizara un examen imparcial de la demanda de amparo; (c) la estimación del presente amparo por la formación que prevea esa medida legislativa. Dado que la demanda tenía como destinatario a un órgano inexistente, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó el archivo de las actuaciones. Contra el mismo el recurrente interpuso un

Tribunal Supremo no perdió la ocasión de llevar su amenaza a término¹³⁹. Tras determinar que a los Magistrados del Tribunal Constitucional no se les puede aplicar el artículo 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴⁰, entiende que sí están sometidos a la responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 1902 del Código Civil¹⁴¹. Para su concurrencia resulta preciso el cumplimiento de tres requisitos: una conducta activa o pasiva que, en el ejercicio de su función, sea antijurídica y culpable, la causación de un daño y la existencia de relación o nexo causal entre dicha conducta u omisión y dicho daño.

A juicio, manifiestamente desafortunado, del Tribunal Supremo se cumplieron los tres requisitos. En primer lugar, porque “los Magistrados en cuestión se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un *non liquet* totalmente inadmisibles”. Afirmación torticera, porque la providencia era perfectamente congruente con la demanda interpuesta, falsa la de que “no se ha dado respuesta a la pretensión de amparo”¹⁴², y especialmente grave la de que “los Magistrados demandados han actuado con una negligencia profesional grave, que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable, ya que la ilicitud o antijuridicidad tiene como base la violación de unas normas absolutamente imperativas”¹⁴³. De ahí que exista una culpa grave en la actuación de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

Pero, ¿cuál es el daño que tan irresponsable actuación –entiéndase la ironía- ha provocado? Pues ahí es nada: “hacer que se tambaleen sus creencias [, las del recurrente] como ciudadano de un Estado social y democrático, que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior, y España es un Estado que reúne dichas características según el artículo 1-1 de la Constitución” (FD 5). A juicio del

(improcedente) recurso de súplica que, pese a todo, fue atendido mediante acuerdo de 17 de septiembre de 2002, en el que se insiste en que el propio recurrente ha optado por dirigir su demanda ante un Tribunal diferente, y que, además, no era ni clara ni precisa en su contenido, lo que determina el archivo de las actuaciones.

¹³⁹ STS (Sala de lo Civil) 51/2004, de 23 enero (RJ\2004\1). Ver, en el plano doctrinal, Delgado del Rincón, Luis E: “Inviolabilidad...”, *cit.*; Aguado Renedo, César: “Del intento...”, *cit.*, y Cortés Domínguez, Valentín: “Aproximación crítica a la situación jurídico-procesal creada por la Sentencia 51/2004 del Tribunal Supremo (Sala Primera)”. *Teoría y Realidad Constitucional* 14 (2004).

¹⁴⁰ Precepto derogado por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta Ley suprime la responsabilidad civil y regula ahora la cuestión en el artículo 296 LOPJ.

¹⁴¹ A juicio de Luis E. Delgado no es aplicable este precepto, por ser incompatible con el artículo 22 LOTC que consagra la inviolabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional. En “La inviolabilidad...”, *cit.*, pp. 291-293.

¹⁴² Como indica Luis E. Delgado, la respuesta dada al recurso de amparo fue razonada, proporcionada y congruente con la pretensión atípica (*ibidem*, pp. 297-298). Ver también Aguado Renedo, César: “Del intento...”, *cit.*, p. 11 ss.

¹⁴³ FD 4. De haber sido así, que no lo era, resultaría de aplicación el artículo 23.1 LOTC por parte del Pleno del Tribunal Constitucional (Delgado del Rincón, Luis E: “Inviolabilidad...”, *cit.*, p. 303).

autor de estas líneas, si el recurrente confiaba en la admisión de su escrito (habría que estudiar qué calificativo merece), es que tenía más moral que el alcoyano¹⁴⁴.

No sorprenderá al amable lector de estas líneas que tras una visión tan deformada de la actuación de los Magistrados del Tribunal Constitucional y de la angelical confianza del recurrente en el Estado y la Justicia se establezca una clara vinculación (clara e incuestionable, ex FD 6) entre aquélla y el daño causado. Se impone a cada Magistrado del Tribunal Constitucional el pago de una indemnización de quinientos euros que deberán revertirse al original recurrente que un día acudió a un Tribunal inexistente.

Que la resolución dictada por el Tribunal Supremo era disparatada resulta indudable¹⁴⁵. Y no se puede alegar desconocimiento, puesto que la misma se acompañaba de un Voto Particular, suscrito por el Magistrado Marín Castán¹⁴⁶. Éste recuerda que la demanda del Letrado Mazón debe ser depurada “de su carga retórica en lo que constituye toda una descalificación del Tribunal Constitucional en términos tan peyorativos y vejatorios que resultan inconciliables con el equilibrio y la medida”¹⁴⁷, afirmación ésta poco conciliable con su inusitada fe en la justicia. El Magistrado también señala que la demanda de amparo interpuesta era “radicalmente inadmisibles”, puesto que se espera algo imposible (una suerte de preiniciativa legislativa) de nadie (puesto que se pide, previamente, la abstención de los Magistrados), y que dicha inadmisión dejaba además expedita la vía ante el Tribunal de Estrasburgo (FD 5). Frente a la singular motivación realizada por la mayoría, estamos ahora en presencia de una fundamentación razonable.

Como ustedes pueden imaginar, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo produjo estupor y un profundo malestar en el seno del Tribunal

¹⁴⁴ Expresión que alude, al parecer, al espíritu de un equipo de fútbol (Ver <http://www.abc.es/20121031/deportes-futbol/abci-leyenda-moral-alcoyano-201210301643.html>).

Además, las injustificables invectivas del recurrente contra el Tribunal Constitucional permiten constatar “la falta de creencia del demandante en un Estado social y Democrático de Derecho, en uno de sus valores, la justicia y en una de sus instituciones clave, el Tribunal Constitucional” (Delgado del Rincón, Luis E: “Inviolabilidad...”, *cit.*, p. 304). Y, además, y por si fuera poco, dado que “las pretensiones del recurrentes resultaban insostenibles”, resulta imposible que la resolución del Tribunal Constitucional, con independencia de su contenido, haya podido provocar daño alguno [ver Díez-Picazo, Luis M^a: “¿Qué daño ha causado el Tribunal Constitucional?”. *Derecho y Jueces* 15 (2004); Rubio Llorente, Francisco: “El guardián...”, *cit.*, p. 14 y Aguado Renedo, César: “Del intento...”, *cit.*, p. 15].

¹⁴⁵ Luis E. Delgado recuerda que ha sido considerada de inane contenido (Belloch), estrambótica (Rubio), desproporcionada, desmesurada e incongruente (Rodríguez-Arana), esperpéntica (Gómez de Liaño), opiniones que contrastan con la expresada por Manuel Gómez del Castillo (en “Inviolabilidad...”, *cit.*, p. 272). Ver, en sentido cercano, Aguado Renedo, César: “Del intento...”, *cit.*, p. 11.

¹⁴⁶ Que comparte Valentín Cortés Domínguez (en “Aproximación...”, *cit.*, p. 95).

¹⁴⁷ Resulta muy conveniente la lectura de las invectivas, resumidas en el apartado segundo del Voto Particular, que no reproducimos por no superar una extensión razonable en páginas en el presente estudio.

Constitucional. El autor de estas líneas, que en aquél momento prestaba allí sus servicios, en calidad de Letrado de adscripción temporal, la entendió como un ataque institucional. No porque tuviera una visión corporativa de la institución, cuyas resoluciones ha criticado en muchas ocasiones, sino porque era evidente que la condena estaba desprovista de cualquier mínima justificación e implicaba, en cierto modo, un golpe de estado judicial¹⁴⁸. Soy consciente de que esta calificación resulta grave, y que podría haber optado por otras más dulcoradas¹⁴⁹, pero debemos ser conscientes de que la asunción de la resolución que acaba de resumirse liquida la posición que ocupa el Tribunal Constitucional como órgano constitucional. En efecto, “el Tribunal Constitucional queda seriamente incapacitado para desempeñar su jurisdicción de amparo tal como le viene confiada por la Constitución y su Ley Orgánica”¹⁵⁰. No resulta extraño que el legislador haya modificado el artículo 4 LOTC a través de la LO 6/2007, de 24 de mayo, incorporando un nuevo apartado segundo en el que se afirma que “las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado”.

En todo caso, los Magistrados solamente podían cuestionar la Sentencia condenatoria a través de la interposición de un recurso de amparo¹⁵¹. Y aquí cabían dos posibilidades. Una resolución inmediata, realizada por los mismos Magistrados que habían sido condenados, o una suspensión de la causa hasta que pudiera ser atendida, en el futuro, por Magistrados no contaminados. Esta última fue la estrategia seguida. Esta desconexión entre los Magistrados condenados y aquéllos otros que, en el futuro, resolverían la demanda de amparo, permitió a los primeros aprobar un Acuerdo el 3 de febrero de 2004¹⁵² en el que advierte de “que la Sala de lo Civil, al enjuiciar la fundamentación dada por el Pleno a una Resolución de inadmisión, pone en serio peligro la función jurisdiccional de

¹⁴⁸ Comparto y asumo la expresión vertida por Francisco Rubio Llorente, en “El guardián...”, *cit.*, p. 14. También se habla en este mismo lugar de que si se consolida la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo estaríamos ante una “ruptura pacífica del orden instaurado por la Constitución”.

¹⁴⁹ Tres ex – Presidentes del Tribunal Constitucional (Cruz Villalón, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Rodríguez Bereijo) prefieren aludir a “Una crisis constitucional” en el artículo publicado en *El País* el 26 de febrero de 2004, disponible en http://elpais.com/diario/2004/02/26/opinion/1077750007_850215.html.

¹⁵⁰ *Ídem*.

¹⁵¹ Es cierto que esta iniciativa podría haber sido adoptada por otras instituciones (especialmente, el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal). Sobre esta cuestión, vid. Aguado Renedo, César. “Del intento...”, *cit.*, pp. 31-32. Y también que su iniciativa serviría para proteger sus derechos, pero también la Institución que había sido injustamente maltratada por el Tribunal Supremo (*ibídem*, pp. 34-35).

Por cierto, conviene recordar, de la mano de Rafael Mendizábal, que el 17 de febrero de 2004 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ordena el archivo de la denuncia promovida por la Asociación contra la Injusticia y la Corrupción quince antes en la que imputa un delito de prevaricación a los Magistrados ya condenados, por entenderla inviable (en “La guerra...”, *cit.*, p. 529).

¹⁵² JUR 2004\20811. Tiene razón Valentín Cortés Domínguez cuando señala que este Acuerdo es discutible por su tenor sobre la falta de responsabilidad (en “Aproximación...”, *cit.*, p. 95), que luego matiza, como debe ser, la STC 133/2013.

amparo invadiendo competencias que sólo al Tribunal Constitucional corresponden” (Punto 1). De ahí que se haya producido una “invasión de las funciones jurisdiccionales constitucionalmente atribuidas a este Tribunal Constitucional” (punto 2). Se ha producido, así, una “clara extralimitación competencial, y correlativa invasión de nuestras exclusivas competencias y atribuciones constitucionales” (punto 3). A la vista de estas consideraciones se acuerda declarar “que las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que sólo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución y a su Ley Orgánica, resolver tales recursos” y “que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida a este Tribunal Constitucional por la Constitución”.

Y el amparo, justo sin ningún género de dudas, llegó. La STC (Pleno) 133/2013 de 5 junio¹⁵³, considera que se ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva de los Magistrados del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que los recurrentes también invocaban el derecho a acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), en su dimensión de derecho al ejercicio de dichos puestos sin perturbaciones

¹⁵³ RTC 2013\133. Ver, en el plano doctrinal, Delgado del Rincón, Luis E: “La responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional en tela de juicio”. *Teoría y Realidad Constitucional* 34 (2014), pp. 561 ss. y un apresurado resumen de Francesca Lusi [“Disputa entre la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre la cuestión de la responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal constitucional por adoptar una arbitraria inadmisión del recurso de amparo”. *Civitas Europa* 32 (2014), pp. 273-275]. No examinaremos con detalle esta resolución, aunque sería interesante recordar las originales razones que el Letrado Mazón, que comparece en el proceso como parte personada, plantea y que son rechazadas (Delgado del Rincón, Luis E: “La responsabilidad...”, *cit.*, pp. 574-5755).

Puede parecer sorprendente que la Sentencia de amparo se dicte nueve años después de la condena impuesta por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero debe entenderse que, en un momento inicial, todos los Magistrados estaban contaminados por la causa. De ahí que el Presidente del Tribunal acordara, el 29 de marzo de 2004, suspender toda tramitación procesal del recurso de amparo hasta que pudiera formarse una Sección cuyos miembros no fueran, simultáneamente, recurrentes de amparo. La siguiente Presidenta del Tribunal acuerda, el 4 de abril de 2005, designar sustitutos que permitan formar una Sección Cuarta que pueda pronunciarse sobre las abstenciones formuladas y la admisión del amparo. El ATC 290/2005, de 4 de julio, acepta diversas abstenciones formuladas. El Letrado Mazón decide entonces recusar a todos los Magistrados del Tribunal Constitucional, siendo inadmitido su escrito por no tenerse aún por comparecido (providencia de 4 de julio de 2005), decisión confirmada en súplica (Auto 352/2005). Idénticas pretensiones de doña María del Ángel Sanz Amaro fueron rechazadas (providencias de 4 de julio de 2005 y de 19 de octubre de 2005, confirmada en súplica mediante ATC 428/2005, de 13 de diciembre). Tras la admisión a trámite de la demanda de amparo, mediante providencia de 27 de abril de 2007, se persona José Luis Mazón Costa. Este impugna la admisión a trámite y solicita la tramitación de los anteriores escritos de recusación. Se inadmite el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de admisión del recurso de amparo por ser esta irrecurrible (ATC 159/2008, de 19 de junio). También se produjeron problemas para la composición de la Sala Segunda (ver la providencia de 22 de diciembre de 2008, en la que se dejan pendientes las solicitudes de recusación por ser notoria la falta de *quorum* en el Pleno para un pronunciamiento sobre el particular). Finalmente, el Pleno inadmite las recusaciones interesadas por el letrado en su ATC 40/2011, de 12 de abril, al tiempo que admite las abstenciones formuladas por los Magistrados Gay Montalvo y Delgado Barrio.

ilegítimas, resulta preciso hacer una adaptación de este derecho cuando se trata, como es aquí el caso, de cargos electivos no representativos (FJ 4). Dado que lo que cuestiona es si existían sendos óbices procesales que impedían la admisión de la causa por parte del Tribunal Supremo (el imposible control y revisión de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y la inviolabilidad de los Magistrados por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus cargos), el Pleno prefiere examinar la cuestión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (FJ 4).

Asumida esta perspectiva, resulta preciso examinar la motivación en lo que atañe a la posibilidad de exigir responsabilidad civil a los Magistrados del Tribunal Constitucional y de hacerlo a través del control de sus resoluciones jurisdiccionales. Ninguna duda cabe de que puede exigirse responsabilidad civil de los Magistrados (prevista en el artículo 23.1.7 LOTC). Pero la decisión del Tribunal Supremo es irrazonable porque desconoce una “prohibición constitucional y legal de revisar y controlar el contenido de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional por ningún otro órgano del Estado”¹⁵⁴.

También considera el Pleno que la Sentencia recurrida carece de una motivación constitucionalmente exigible cuando imputa a los Magistrados del Tribunal Constitucional una actuación antijurídica e irrazonable. De un lado, porque parte de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo (incurriendo en error patente al olvidar que el Pleno entendió que la demanda adolecía de falta de precisión y claridad). De otro porque resulta irrazonable cuando olvida que, dirigida la demanda de amparo a un órgano indeterminado, el Tribunal Constitucional es el encargado de apreciar, de oficio o a instancia de parte, su falta de jurisdicción o competencia (artículo 4.1 LOTC) (FJ 8). Se ha vulnerado, así, también, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

Si bien es posible compartir el sentido general del amparo, estamos en presencia de una resolución que debiera haber sido mucho más sencilla en la delimitación de las quejas y breve en su resolución. Es un texto a veces atormentado y que precisa de varias lecturas para comprender cabalmente su compleja estructura y contenido. En todo caso, bien está lo que bien (aunque tarde) acaba.

Aunque parezca surrealista, el Letrado Mazón ha decidido, rizando el rizo, volver a exigir la responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional por la Sentencia que ha amparado a los ex Magistrados del alto Tribunal. Una vez que la Sala de lo Civil dicta Auto el 22 de octubre de 2013 (JUR 2013\361358), para

¹⁵⁴ FJ 6. Se parte de la irrecurribilidad de las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional fuera de los supuestos expresamente previstos en la Ley que regula su funcionamiento. La nulidad no debe suponer retroacción de las actuaciones en este supuesto, dado que la interpretación atañe a preceptos contenidos en la referida Ley, sin que quepa otra distinta por parte del juez ordinario (FJ 6).

devolver a los Magistrados el dinero en su día pagado y al Letrado Mazón su consiguiente devolución, éste... lo recurre, solicitando su suspensión por haber interpuesto dos querellas ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (una ya inadmitida en ese momento¹⁵⁵), pretensión desestimada mediante Auto de 25 de abril de 2014 (JUR 2014\158205). Entonces, el incansable Letrado ha presentado una nueva demanda de responsabilidad civil ante la Sala Primera del Tribunal Supremo por considerar que los Magistrados han amparado a las personas que formaron parte de su mismo Tribunal¹⁵⁶, que ha sido inadmitida de plano, porque, “Si bien este Tribunal goza de competencia para conocer de la demanda de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo por el presidente y los magistrados del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 56.2 LOPJ, en este caso debemos rechazar de plano la demanda porque persigue única y exclusivamente la revisión de una resolución del Tribunal Constitucional, que en la actualidad está vedado por el artículo 4.2 LOTC” (FD 10). La Sala considera, además, “jurídicamente abusiva la demanda” (FD 11).

3.- ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

Si se comparten las afirmaciones realizadas en líneas anteriores, podría concluirse que los Tribunales ordinarios pueden, cómo no, mostrar su discrepancia intelectual con algunas de las razones expresadas por otros Tribunales a los que se encuentran vinculados. Esta vale tanto para que un Tribunal ordinario discrepe de un criterio jurisprudencial expresado por el Tribunal Supremo como para que éste ponga de manifiesto las debilidades que, con mayor o menor acierto, advierta en la jurisprudencia constitucional.

Lo que un Tribunal ordinario no puede hacer, y el Tribunal Supremo se incluye en esta categoría, es actuar al margen de su función jurisdiccional (porque no tienen competencia para ello), negarse a acatar una doctrina constitucional (por más

¹⁵⁵ Solamente hemos sido capaces de localizar el ATS (Sala de lo Penal) de 25 de junio de 2014, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/-533084242>. La Sala determina que no hay delito de prevaricación por parte de los Magistrados que han evacuado el recurso de amparo porque en él se da una respuesta motivada (concretamente, en el FJ 3) al alegato de la innecesidad de promover un incidente de nulidad de actuaciones para agotar correctamente la vía judicial. Y, gracias a Luis E. Delgado, sabemos del ATS (Sala de lo Penal) de 10 de febrero de 2014, en el que se inadmite una querrella por prevaricación, que se fundamenta en la “concesión arbitraria de un inexistente régimen de impunidad jurisdiccional a los magistrados del Tribunal Constitucional” invocada por el Letrado Mazón, entendiendo la Sala de lo Penal que no se vislumbra ningún ilícito penal en la STC 133/2013 (en “La responsabilidad...”, *cit.*, p. 584).

¹⁵⁶ El demandante entiende que estamos en presencia de un autoamparo, en el que se han dispensado a los recurrentes de una serie de cargas procesales (haber alegado la lesión del 23.2 CE desde el primer momento, haber interpuesto el oportuno incidente de nulidad de actuaciones, pronunciarse sobre cuestiones de legalidad ordinaria, no respetar los hechos de la sentencia impugnada), y por encontrarse contaminado el Tribunal.

desafortunada que ésta pueda ser) o enjuiciar a los Magistrados del alto Tribunal por las resoluciones que emanen de éste.

Podría pensarse que esta forma de enfocar las cosas confiere un gran poder al Tribunal Constitucional, pero resulta evidente que también pesa sobre esta institución una alta dosis de responsabilidad. Una responsabilidad que no siempre ha manejado de forma juiciosa, lo que se ha traducido en serias críticas a su labor y en algunas condenas impuestas al Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La pregunta que podría formularse ahora es si se pueden evitar los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo¹⁵⁷. Y nuestra idea es realizar algunas consideraciones sobre esta cuestión, adelantando ya que las discrepancias jurídicas entre ambas jurisdicciones son, en cierta medida, inevitables. No se trata, tanto, de negar su existencia como de delimitar sus razonables cauces de expresión.

Es verdad que un caso como el vivido resulta hoy imposible, a la vista del tenor expreso del vigente artículo 4.2 LOTC, que impide cualquier control jurisdiccional sobre las resoluciones del Tribunal Constitucional, y con la desaparición de la exigencia de responsabilidad civil en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵⁸.

Pues bien, nos parece imposible, de entrada, tratar de delimitar formalmente las materias sobre las que pueden pronunciarse el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional¹⁵⁹. No existen, en puridad, materias reguladas por la legalidad

¹⁵⁷ Es, obviamente, una pregunta retórica, si pensamos en la inevitable diversidad de criterios jurisdiccionales. No vamos a examinar la jurisprudencia posterior en detalle, como sí hace Rosario Serra Cristóbal (en “Nuevos...”, *cit.*, pp. 387 ss.), pero sí queremos recordar, de dicho relato, que el Tribunal Constitucional ha seguido controlando aquéllas inadmisiones en casación que ha considerado lesivas de los derechos fundamentales de los recurrentes (ver, por ejemplo, las SSTC 161/2008, 100/2009 y 35/2011, recogidas en la p. 389). Tampoco nos detendremos en el análisis de la STS (Sala Tercera) de 26 de noviembre de 2009, en la que se establece la eventual responsabilidad del Tribunal Constitucional por incurrir en dilaciones indebidas en la resolución de una recusación presentada en un recurso de amparo, aunque sea discutible la asimilación del Tribunal Constitucional a una Administración Pública a estos efectos (vid el Voto Particular del Magistrado Díez-Picazo Giménez). Este asunto presenta una naturaleza bien distinta a los tratados en este trabajo, y ha perdido su inicial interés con el vigente artículo 139.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque pueda profundizarse en el mismo gracias a César Aguado Renedo [en “La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”. *Revista española de Derecho Constitucional* 90 (2010), pp. 335 ss.] y a Ángel L. Sanz Pérez [“¿Enjuicia el Tribunal Supremo al Constitucional? *Revista Aranzadi Doctrinal* 1 (2010)], que asumen un enfoque crítico con la citada resolución judicial.

¹⁵⁸ Estas reformas traen causa de las LLOO 6/2007, de 24 de mayo y 7/2015, de 21 de julio. Rosario Serra Cristóbal considera que las principales novedades incluidas en la primera (la nueva configuración del incidente de nulidad de actuaciones y el nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional) pueden servir para mejorar las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (en “Nuevos...”, *cit.*, pp. 382 ss.).

¹⁵⁹ Como ha afirmado Cándido Conde-Pumpido Tourón “es imposible trazar una frontera entre constitucionalidad y legalidad ordinaria”, ya que “el ordenamiento jurídico es un sistema y no una mera

ordinaria que no puedan ser interpretadas por el Tribunal Constitucional si entiende que las mismas se ven afectadas, influenciadas o delimitadas por normas constitucionales, ya que “ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada”¹⁶⁰. Aunque son muchas las voces que defienden la necesidad de deslindar la actuación de ambos Tribunales¹⁶¹, su empeño es más quimérico que real porque, “aunque el Tribunal Supremo sea el tribunal superior de la interpretación «legal» de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la interpretación «constitucional» de la ley”¹⁶².

Tampoco resuelve el problema, con toda seguridad, que se pretenda reformar el amparo (ya sea objetivándolo, como finalmente se ha hecho en la citada LO 7/2015, de 21 de julio¹⁶³, ya sea reduciendo¹⁶⁴ su alcance o, simplemente,

yuxtaposición de normas” (en “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”. En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, cit., p. 218). Ver también Tajadura Tejada, Javier.: “La posición constitucional del Tribunal Supremo”. *Boletín de la Facultad de Derecho* 25 (2004), p. 80 y Aragón Reyes, Manuel: “Problemas...”, cit., pp. 604-605.

¹⁶⁰ STC (Sala Segunda) 50/1984/3, de 5 de abril, citado por Rosario Serra Cristóbal en “Nuevos...”, cit., p. 395.

¹⁶¹ Nos remitimos, en este punto, a la extensa nota a pie de página 78 del estudio de Delgado del Rincón, Luis E: “Inviolabilidad...”, cit., p. 310.

¹⁶² Aragón Reyes, Manuel: “Relaciones...”, cit., p. 177.

¹⁶³ Cfr. Aguado Renedo, César: “Del intento...”, cit., p. 38; Conde-Pumpido Tourón, Cándido: “El Tribunal...”, cit., p. 221 y Carrillo, Marc: “Notas sobre la articulación entre la jurisdicción ordinaria y el recurso de amparo”. En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, cit., p. 253 (sobre la mayor exigencia en la admisión del amparo).

¹⁶⁴ Delgado del Rincón, Luis E: “Inviolabilidad...”, cit., pp. 311-312. Vicente Gimeno Sendra recuerda la propuesta de Pascual Sala de que el Tribunal Constitucional no pudiera pronunciarse sobre el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, dejando esta cuestión al Tribunal Supremo (en “De nuevo...”, cit., p. 111). O que todas las demandas de amparo vinculadas con el derecho a la tutela judicial efectiva sean residenciadas, previamente, en una Sala del Tribunal Superior de Justicia o en el Pleno de la Sala del Tribunal Supremo (idea incluida en la “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales”, incluida en *Del modo de arreglar la justicia*. Tribunal Supremo. Madrid, 2002 y respaldada por Cándido Conde-Pumpido Tourón en “El Tribunal...”, cit., p. 221, y que es rechazada por el profesor Aragón Reyes porque, entre otras razones, “es justamente la vía que puede garantizar la vinculación de los jueces y tribunales a la doctrina constitucional”, en “Problemas...”, cit., p. 605). O que, con carácter general, no quepa recurso de amparo frente a resoluciones del Tribunal Supremo (Conde-Pumpido Tourón, Cándido: “El Tribunal...”, cit., p. 221 y Muñoz Campos, Juan: “Recurso...”, cit., p. 1242). En el mismo sentido se pronuncia Enrique Bustos Pueche, si bien excepciona de lo anterior las relacionadas con el derecho de acceso a la justicia o al recurso (en “Planteamiento...”, cit., p. 5). En estas tesis se parte de una premisa que ha verbalizado Giuseppe Campanelli, y es que mientras que la cuestión de inconstitucionalidad presupone la cooperación de los jueces ordinarios con el Tribunal Constitucional, el recurso de amparo es un mecanismo de control sobre las resoluciones judiciales (en “I rapporti...”, cit., p. 285), especialmente en la vía prevista en el art. 44 LOTC (*ibidem*, pp. 266 ss.), debiendo recordar además que el Tribunal Constitucional se ha permitido en ocasiones revisar los hechos (STC 7/1993/5, de 18 de enero), contradiciendo el tenor literal empleado en el artículo 44.1.b LOTC, cosa que no puede hacer el Tribunal Supremo en casación (*ibidem*, p. 275). Ver, también, Mendizábal Allende, Rafael: “La guerra...”,

suprimiéndolo¹⁶⁵), puesto que, como es bien sabido, un altísimo porcentaje del control de amparo siguen teniendo vinculación con los derechos recogidos en los apartados primero y segundo del artículo 24 de la Constitución¹⁶⁶ y porque casi todos los derechos precisan una mayor o menor configuración legal¹⁶⁷.

Buena prueba de esta consideración es que la reforma del amparo constitucional no ha impedido la existencia de nuevos supuestos donde se ha mostrado una discrepancia entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo. En páginas anteriores (apartado 2.2 *in fine*) se ha hecho referencia a la STC 32/2013, de 11 de febrero, y en la nota 58 se ha aludido a las SSTC 161/2008, 100/2009 y 35/2011.

Sí que resultaría preciso, a mi juicio, apelar a la constante prudencia del Tribunal Constitucional¹⁶⁸. Prudencia que no debe coartar su facultad de defender e interpretar la Constitución, así como los derechos fundamentales que justifican todo nuestro modelo de convivencia, pero sí servir para no alterar construcciones jurisprudenciales mantenidas durante décadas sin que nadie antes se hubiera

cit., p. 535 y los deseos expresados por Juan José González Rivas en “El recurso de amparo y su inserción en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 3 (2000), pp. 317-319 y Álvarez Conde, Enrique: “Algunas...”, *cit.*, pp. 1347 ss., que incorpora propuestas de reforma del incidente de nulidad de actuaciones (que se ha aprobado muchos años más tarde, y que es vista positivamente por Manuel Aragón Reyes -“Problemas...”, *cit.*, pp. 605-606-) y de procedimientos de unificación de doctrina.

¹⁶⁵ Alessandro Pizzorusso considera que la misma existencia del recurso de amparo “determina desajustes en el ordenamiento constitucional español, uno de los cuales sin duda es la anómala relación que se establece entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo” [en “La posición constitucional del Tribunal Supremo”. En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, *cit.*, p. 39]. Esta peculiaridad diferencia el caso español del italiano (descrito en la p. 40). Javier Aparicio Gallego ha propuesto la eliminación del amparo constitucional (en “Reflexiones sobre la posición constitucional del Tribunal Supremo”, *ibidem*, p. 137), y en contra se han mostrado Enrique Álvarez Conde (en “Algunas...”, *cit.*, p. 1344) y Francisco Marín Castán [en “El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional”. En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, *cit.*, p. 229 ss.].

¹⁶⁶ En <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2014.aspx> (cuadro 13) se pueden consultar los revelados datos referidos al año 2014.

¹⁶⁷ Ver Gimeno Sendra, Vicente: “De nuevo...”, *cit.*, p. 105, que alude a los derechos fundamentales de configuración legal. Ver, con carácter general, Jiménez Campo, Javier: *Derechos fundamentales: concepto y garantía*. Trotta. Madrid, 1999, que explica el relevante papel de la Ley en la definición, concreción y desarrollo de los derechos fundamentales.

¹⁶⁸ Discrepa de esta solución Conde-Pumpido Tourón, Cándido: “El Tribunal...”, *cit.*, p. 218, con apoyo del citado discurso del Presidente del Supremo, Sr. Sala, en la apertura del año judicial de 1994. Rafael Mendizábal opina, por otra parte, que el activismo del Tribunal Constitucional de los primeros años deja paso al *self-restraint* a partir de 1992, aunque dicha tendencia sufra altibajos (en “La guerra...”, *cit.*, p. 511). Y Enrique Álvarez Conde también aconseja esta elemental prudencia (en “Algunas...”, *cit.*, p. 1351). Manuel Aragón la extiende a la jurisdicción ordinaria, que deberá plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando dude de la constitucionalidad de un precepto normativo con fuerza de Ley (en “Problemas...”, *cit.*, p. 606).

percatado de su naturaleza manifiestamente inconstitucional¹⁶⁹. Expresado en acertadas palabras de Rafael Mendizábal: “Pues bien, dada su posición constitucional prevalente, al Tribunal Constitucional le corresponde, precisamente por ello, tomar conciencia no sólo de su poder sino de sus limitaciones. Sólo una exigente actitud de autocontención evitará intromisiones y, con ello, conflictos. En caso contrario no sería atendible su queja porque entraran en juego los "frenos y contrapesos" propios del sistema democrático, alguno de los cuales -responsabilidad civil e incluso penal- están en manos del Tribunal Supremo. El blindaje frente a ellos no sería sano para la consolidación y perfeccionamiento del Estado de Derecho, sino al contrario”¹⁷⁰.

También resulta conveniente que el Tribunal Constitucional disponga de la última palabra, cuando estima que se ha producido una vulneración de un derecho procesal (en sentido amplio) por parte de los Tribunales ordinarios¹⁷¹. Esta actuación servirá para evidenciar la existencia de un principio de lealtad institucional. Es cierto que hay motivos que pueden explicar que, en ocasiones, se haya optado por anular la resolución judicial impugnada en amparo y confirmar la firmeza de otra (dictada en instancia o apelación). Uno, bastante evidente, es no alargar más una causa en la que, no lo olvidemos, hay un recurrente que lleva casi siempre años esperando obtener el amparo solicitado. Otro, presente en algunos de los casos examinados en este trabajo, que es evitar que el Tribunal autor de la resolución judicial cuestionada puede obstaculizar la concesión del amparo.

Resulta claro que esta última justificación debería ser desterrada. Y ello no solamente porque de esta forma se consagraría un anormal funcionamiento del poder judicial en nuestro país, sino también, y sobre todo, porque de esta forma el Tribunal Constitucional podría recibir un *feedback* de su labor. Una

¹⁶⁹ Manuel Aragón Reyes va más lejos, apostando por la aplicación del principio in dubio, que debería conducir a que el Tribunal Constitucional únicamente anule la interpretación de la Ley realizada por el Tribunal Supremo cuando ésta sea manifiestamente inconstitucional (en “Problemas...”, *cit.*, p. 605).

¹⁷⁰ En “La guerra...”, *cit.*, p. 534. Debe matizarse que hoy ya no es exigible la responsabilidad civil ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, aunque siga vigente la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 CC.

¹⁷¹ Juan Antonio Xiol Ríos denomina, gráficamente, a estas situaciones como de cortocircuito procesal en “La posición...”, *cit.*, pp. 98 ss. Ver, también, Campanelli, Giuseppe: “I rapporti...”, *cit.*, pp. 275 ss. Y debe de indicarse que, aunque no sólo se ha visto afectada por ellas el Tribunal Supremo (vid la STC 170/1994), resulta grave aceptar que la Sentencia anulada presenta un problema relacionado con la tutela judicial efectiva y negarle la posibilidad de repararlo por sí mismo. Aunque esto es lo ocurrido con algunas de las Sentencias contempladas en estas líneas, es forzoso admitir que en algunas circunstancias (como son las concurrente en el caso Isabel Preysler II o en el amparo de los ex - Magistrados del Tribunal Constitucional) era la solución más razonable si se quería solventar, de una vez por todas, la rebelión protagonizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Dicho con otras palabras, aunque tal comportamiento sea discutible en el plano dogmático e institucional, devolver la causa al Tribunal ordinario hubiera supuesto un alargamiento de la vía judicial (con perjuicio de los recurrentes) y del conflicto procesal (con perjuicio para la propia pervivencia del modelo constitucional que nos hemos dado).

retroalimentación en la que ya no se cuestionaría su autoridad, sino sus argumentos. Es probable que esta sana crítica, como la proveniente del ámbito doctrinal, pudiera contribuir a mejorar la calidad de las resoluciones del Alto Tribunal, contribuyendo, así, a mejorar nuestro actual Estado constitucional.

CONCLUSIONES

1.- Nuestro texto constitucional no puede ser vulnerado por los Tratados internacionales, dado que estos forman parte del Derecho español y están sometidos al control de constitucionalidad.

2.- Aunque la validez de las normas jurídicas de la Unión Europea no puede ser fiscalizada por ningún tribunal español, las autoridades públicas que las aplican en nuestro país están sometidas, en su actuación, al respeto de la Constitución y, especialmente, al respeto de los derechos fundamentales. Es misión del Tribunal Constitución asegurar esta vinculación.

3.- Dado que la actuación del Tribunal Constitucional guarda relación con la defensa de la Constitución como norma (procesos de constitucionalidad) o con la tutela de los derechos fundamentales (recurso de amparo), carece de sentido que esta jurisdicción plantee cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

4.- Resulta conveniente diferenciar los derechos fundamentales constitucionales y los derechos fundamentales de la Unión.

a) La interpretación de unos y otros recae en Tribunales diferentes. Y cada uno de ellos es el encargado de delimitar su contenido y alcance.

b) Mientras que los derechos fundamentales de la Unión deben ser tutelados por el poder judicial español (operando como reglas), únicamente suministran fuentes posibles de interpretación para el Tribunal Constitucional (criterio hermenéutico) que pueden ser útiles, junto con otras, para la determinación del contenido y alcance de un derecho fundamental español.

5.- La existencia de una Sentencia que declare la validez de una norma de Derecho comunitario derivado en relación con derechos fundamentales recogidos en la Carta de la Unión Europea no excluye la eventual lesión de un derecho constitucional, ya sea porque nuestro Tribunal Constitucional le confiera mayor alcance que el otorgado por el Tribunal de Luxemburgo, ya sea porque la lesión traiga causa de la incorrecta aplicación de la norma y no de su legítimo contenido.

6.- En definitiva, el Tribunal Constitucional español cuenta con una reserva de jurisdicción que deberá activar en el supuesto, improbable pero no imposible, de que una norma o acto de la Unión comprometa un derecho fundamental, como lo acredita la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015.

7.- Precisamente porque el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, y porque sus resoluciones no pueden ser cuestionadas ante ningún otro tribunal, resulta lógico exigir que sus resoluciones sean motivadas, den expresa respuesta a los alegatos de las partes, y puedan ser abiertamente criticadas por la doctrina y la sociedad.

8.- Mientras que el control doctrinal se caracteriza por su profundidad y por someterse los mismos autores al escrutinio de la academia, el control social se encuentra hoy en manos de una opinión pública orientada por la prensa que sirve más para crear información que para transmitirla.

9.- La crítica a las resoluciones del Tribunal Constitucional y de los órganos del poder judicial puede ser también realizada por los tribunales inferiores siempre que se haga partiendo de la autoridad de las tesis mantenidas por el Alto Tribunal y manteniendo el debido respeto institucional.

10.- Los Tribunales no pueden, sin embargo, expresar dicha discrepancia a través de actos no jurisdiccionales. Desde esta perspectiva, resulta cuestionable la eventual presentación de quejas ante el Rey o la aprobación de Acuerdos no jurisdiccionales.

11.- En ningún caso los Tribunales ordinarios pueden negarse a acatar la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de un precepto constitucional o legal. Cuando este comportamiento es asumido conscientemente por el órgano judicial y en contra del justiciable, podría plantearse si deberían depurarse responsabilidades por su actuación.

No altera esta conclusión que el propio Tribunal Supremo avale tal desconocimiento de la doctrina constitucional a través de la emisión de Acuerdos no jurisdiccionales (de dudosa naturaleza jurídica, por otra parte).

12.- Los Tribunales no pueden asumir formalmente la doctrina del Tribunal Constitucional para minimizar, a renglón seguido, sus efectos.

13.- Los tribunales ordinarios no pueden controlar la actuación jurisdiccional de los Magistrados del Tribunal Constitucional por discrepar de la fundamentación de sus resoluciones.

14.- Dado que las posibles discrepancias interpretativas son inevitables entre los tres Tribunales a los que se ha dedicado este estudio, resulta conveniente apelar a la prudencia de todos ellos en su actuación diaria y al imprescindible respeto institucional que debe presidir sus relaciones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguado Renedo, César: "Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema". *Revista General de Derecho Constitucional* 1 (2006).

Aguado Renedo, César: "La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo". *Revista española de Derecho Constitucional* 90 (2010).

Aláez Corral, Benito y Álvarez Álvarez, Leonardo: *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

Alonso García, Ricardo: *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003.

Alonso García, Ricardo: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. 2ª ed. BOE-CEPyC. Madrid, 2003.

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* 32 (2013).

Álvarez Conde, Enrique: "Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional: A propósito del pretendido conflicto entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional". En VV.AA: *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Vol. II. Tecnos, Madrid, 1997.

Aparicio Gallego, Javier: "Reflexiones sobre la posición constitucional del Tribunal Supremo". . En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, cit.

Álvarez García, Vicente: "La primacía del Derecho comunitario sobre la jurisprudencia constitucional español y su efecto recentralizador: el caso de los controles técnicos sobre los vehículos de motor". En Baño León, José María (coord.): *Memorial para la reforma del Estado*. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado. Tomo I. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016.

Appanah, D: "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* 2014.

Aragón Reyes, Manuel: "Problemas de la justicia constitucional en España". En Arnaldo Alcubilla, Arnaldo y González-Trevijano, Pedro (dirs.): *En pro de la regeneración política en España*. Aranzadi. Madrid, 2015.

Aragón Reyes, Manuel: "Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo". *Revista Española de Derecho Constitucional* 76 (2006).

Arias Rodríguez, José Manuel y Corrochano Jerez, Susana: "Reflexiones en torno a la STC 7/1994, de 7 de enero". *Actualidad y Derecho* 6 (1995).

Arías Rodríguez, José Manuel: "Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea". *Diario La Ley* 7726, de 31 Oct. 2011.

Arroyo Jiménez, Luis: "Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias". En García de Enterría, Eduardo y Alonso García, Ricardo: *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Civitas. Cizur Menor, 2012.

Asis Roig, Rafael F: "La interpretación en la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete". en Ramiro Avilés, Miguel Ángel y Peces-Barba, Gregorio: *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Marcial Pons. Madrid, 2004.

Bachmaier, Lorena: "Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios in absentia en el Derecho Europeo". *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo* 56 (2015).

Balaguer Callejón, María Luisa: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos. Madrid, 1997.

Benito Aláez Corral sobre "Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán". *Teoría y Realidad Constitucional* 30 (2012).

Berranger, Thibaut de: *Constitutions nationales et construction communautaire*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1995.

Biglino Campos, Paloma: "Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton". *Revista Española de Derecho Constitucional* 14 (2003).

Bustos Pueche, Enrique: "Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional". *Diario La Ley* 3601 (1994).

Campanelli, Giuseppe: "I rapporti tra Tribunal Constitucional e Tribunal Supremo nell'ordinamento spagnolo". *Rivista de Diritto Costituzionale* 2002.

Canosa Usera, Raúl: "Supremo intérprete de la Constitución y dinámica democrática". VV.AA: *Constitución y democracia ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Universitas. Madrid, 2012. Vol. 1.

Carrillo, Marc: "Notas sobre la articulación entre la jurisdicción ordinaria y el recurso de amparo". En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, cit.

Cartabia, Marta: "La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia: atto primo". En *Giurisprudenza Costituzionale* 2008.

Chozas Alonso, José Manuel: "¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? (Un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo)". *Foro* 2 (2005).

Conde y Luque, Rafael: *Derecho Internacional Público*. Athenaica. Sevilla, 2015.

Conde-Pumpido Tourón, Cándido: "El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales". En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, cit.

Cortés Domínguez, Valentín: “Aproximación crítica a la situación jurídico-procesal creada por la Sentencia 51/2004 del Tribunal Supremo (Sala Primera)”. *Teoría y Realidad Constitucional* 14 (2004).

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* 40 (2011).

Delgado del Rincón, Luis E: “Inviolabilidad frente a responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 72 (2004).

Delgado del Rincón, Luis E: “La responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional en tela de juicio”. *Teoría y Realidad Constitucional* 34 (2014).

Delgado del Rincón, Luis E: “Los conflictos entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: génesis, evolución y algunas propuestas de solución”. *Revista General de Derecho Constitucional* 4 (2007).

Desdentado Bonete, Aurelio: “Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de la doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social: Una reflexión crítica y una propuesta”. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* 78 (1996).

Díez de Velasco, Manuel: *Las organizaciones internacionales*. 8ª ed. Tecnos. Madrid, 1994.

Díez-Hochleitner, Javier: “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. *WP IDEIR* 17 (2013) (<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-el%20derecho%20a%20la%20C3%BA%20ultima%20palabra.pdf>).

Díez-Picazo Giménez, Ignacio: “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”. En VV.AA: *La Sentencia de amparo constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1996.

Díez-Picazo, Luis Mª: “¿Qué daño ha causado el Tribunal Constitucional?”. *Derecho y Jueces* 15 (2004).

Donaire, 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”. En *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos* 174 (2015).

Dubout, Edouard y Touze, Sébastien: “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques”. En Dubout, Edouard y Touze, Sébastien (dirs.): *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systemes juridiques*. A. Pedona. París, 2009.

Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’”, disponible en <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>.

Elías Méndez, Cristina: “El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 14 (2010).

Entman, Robert: *Democracy without citizens: media and the decay of American politics*. Oxford University Press. Oxford, 1989.

Fernández González-Regueral, María Ángeles: “Protección civil y constitucional del derecho a la imagen”. *Actualidad Civil* 20 (2002).

Fernández Rozas, José Carlos: “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”. En *La Ley Unión Europea* 23 (2014).

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)”. En León, M. (dir.): *Derechos y libertades en la sociedad actual*. Comares. Granada, 2014.

Freixes Sanjuán, Teresa: “Constitucionalismo multinivel e integración europea”. En Freixes Sanjuán, Teresa; Gómez Sánchez, Yolanda y Rovira Viñas, Antonio (dirs.): *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2013

Freixes Sanjuán, Teresa: “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 4 (2005).

Freixes Sanjuán, Teresa: “El drets fonamentals en perspectiva multinivel. Reflexions entorn dels seus efectes”. *Revista Catalana de Dret Públic* 50 (2015).

Freixes Sanjuán, Teresa: “Multilevel constitutionalism y principios fundacionales de los ordenamientos supranacionales: el caso de España”, En Bilancia, P. (ed.): *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur a confronto*. Giuffrè. Milán, 2006.

García Sánchez-Cervera, Eduardo y Peleteiro, Almudena: “Prescripción de los delitos. Divergencia de criterios entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”. En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 20 (2008).

Gimeno Sendra, Vicente: “De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”. *La Ley* 7 (2001), pp. 1363 ss. y *Persona y Derecho* 44 (2001).

Gippini-Fournier, Eric: “¿Fin de la «autarquía jurídica» o preludio de un conflicto anunciado? El primer reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 23 (2011).

Gómez Fernández, Itziar: *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

González Rivas, Juan José: “El recurso de amparo y su inserción en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 3 (2000).

Gordillo Pérez, Luis Ignacio y Tapia, Araene: “Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 22 (2014).

Gordillo Pérez, Luis Ignacio: *Constitución y ordenamientos supranacionales. Las Constituciones de entonces ya no son las mismas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2012.

Guastafarro, Barbara: “La Corte Costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013”. <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/256/46/>.

Häberle, Peter: “La regresiva ‘sentencia Lisboa’ como Maastricht II anquilosada”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 12 (2009).

Hansen, Cornelia: *Guerra de Cortes – Der Konflikt zwischen dem Spanischen Verfassungsgericht und dem Spanischen Obersten Gericht*. Verlag Dr. Kovac. Hamburgo, 2008.

Huelin Martínez de Velasco, Joaquín: "Los tribunales nacionales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una visión nacional". <http://cee.ie.edu/sites/default/files/Los%20tribunales%20nacionales.pdf>.

Iglesia Chamarro, Asunción de la: "El derecho a la propia imagen de los personajes públicos". *Revista Española de Derecho Constitucional* 23 (2003).

Iglesias Buhigues, José Luis: "Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno". *Anuario español de derecho internacional* 1974/1.

Lusi, Francesca: "Disputa entre la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre la cuestión de la responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal constitucional por adoptar una arbitraria inadmisión del recurso de amparo". *Civitas Europa* 32 (2014).

Jiménez Campo, Javier: *Derechos fundamentales: concepto y garantía*. Trotta. Madrid, 1999.

L. Dubouis en "Le juge français entre norme constitutionnelle et norme européenne". En VV.AA: *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*. Dalloz. París, 1992.

Lledó Yague, Francisco: "La paternidad forzada: a propósito de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994". *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1 (1994).

López Castillo, Antonio y Menéndez, Agustín José: *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011.

López Castillo, Antonio: "Prejudicializando... Comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA". En *Osservatorio Sulle Fonti* 1/2014 (<http://www.osservatoriosullefonti.it/>).

Maeso Seco, Luis F: "Sobre el régimen jurídico de la cuestión prejudicial tras el Tratado de Lisboa y el ATC 86/2011, de 9 de junio". *Justicia Administrativa* 55 (2012).

Magnon, Xavier: "La révolution continue: le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne?". *Revue Française de Droit Constitutionnel* 96 (2013).

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli: "¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo?". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10 (2008).

Mannuoli, Valerio de Oliverira: *Direito dos Tratados*. 2ª ed. Editora Forense. Río de Janeiro, 2014.

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". En *Revista General de Derecho Europeo* 30 (2013).

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* 48 (2014).

Martín y Pérez de Nanclares, José: "Artículo 53", en Mangas Martín, Araceli (dir.) y González Alonso, Luis N. (coord.): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA. Bilbao, 2008.

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 Autònoms i Federals* 13 (2011).

Massa Gallerano, Greta: "Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 15 (2011).

Matia Portilla, Francisco Javier: "¿Hay una Constitución europea?". En VV.AA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

Matia Portilla, Francisco Javier: "De la aplicabilidad vertical de la directiva a su simple eficacia". *Revista de Estudios Europeos* 16 (1997).

Matia Portilla, Francisco Javier: "Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio". *Revista General de Derecho* 573 (junio 1992).

Matia Portilla, Francisco Javier: "Dos constituciones y un solo control: El lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea". *Revista Española de Derecho Constitucional* 74 (2005).

Matia Portilla, Francisco Javier: "La adhesión de la UE al CEDH: una valoración de los trabajos realizados hasta el momento". En Gordillo Pérez, Luis Ignacio (dir.): *Constitutionalism of European Supranational Courts*. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

Matia Portilla, Francisco Javier: "Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas". En *Revista Española de Derecho Europeo* 39 (2011).

Matia Portilla, Francisco Javier: "Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea". En VV.AA: *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*. Septem. Oviedo, 2001.

Mendizábal Allende, Rafael: "La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs Tribunal Constitucional". *Revista de Derecho Procesal* 1 (2005).

Mendizábal Allende, Rafael: *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*. Dykinson. Madrid, 2012.

Millán Moro, Lucía: "Tribunal de Justicia de la Unión Europea -- TJUE - Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala)". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 49 (2014).

Muñoz Campos, Juan: "Recurso de amparo frente a resoluciones judiciales: ¿ante el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal Supremo?". *La Ley* 1 (1983).

Nevola, Riccardo: "Le limitazioni della sovranità statale in favore dell'Unione europea nella giurisprudenza costituzionale. Il sistema delle fonti". http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_262.pdf.

O'Callaghan Muñoz, Xavier: "Negativa a la prueba biológica de la acción de investigación de la paternidad". *Actualidad y Derecho* 17 (1994).

Olmi, Giancarlo: "Prólogo". En VV.AA: *Treinta años de Derecho comunitario*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1984.

Pérez Manzano, Mercedes: "El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa". *Revista Española de Derecho Constitucional* 95 (2012).

Pernice, Ingolf: "Multilevel constitutionalism in the European Union". *European Law Review* 2002.

Pescatore, Pierre: "The protection of human rights in the European Communities". *Common Market Law Review* 1972.

- Pizzorusso, Alessandro: "La posición constitucional del Tribunal Supremo". En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, cit.
- Quadra-Salcedo Janini, Tomás de la: "El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales". *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* 52 (2015).
- Ragone, Sabrina: "Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 16 (2011).
- Remiro Brotons, Antonio: *Derecho internacional Público 2: Derecho de los tratados*. Tecnos. Madrid, 1987.
- Revinga Sánchez, Manuel: "Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)". En *Revista Española de Derecho Europeo* 41 (2012).
- Rigaux, François: "Hans Kelsen on international law". *European Journal of International Law* 9 (1998).
- Rijckevorsel, E. van: "Droits fondamentaux (arrêt "Akerberg Fransson"; arrêt "Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal)". En *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2013\1.
- Rivero Hernández, Francisco: "Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación". *Revista de Derecho Procesal* 33 (1994).
- Rodríguez Patrón, Patricia: "Sobre la legalidad de los Letrados de adscripción temporal del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* 67 (2003).
- Rodríguez-Zapata, Jorge: *Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976.
- Rosenstiel, Francis: *El principio de supranacionalidad. Ensayo sobre las relaciones de la política y el Derecho*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967.
- Rubio Llorente, Francisco: "El guardián de la Constitución. *Claves de la Razón Práctica* 142 (2004).
- Salvador Coderch, Pablo y otros: "Preysler V: el final de la partida". *Working Paper* 170 (<http://www.lndret.com>).
- Sanz Pérez, Ángel L: "¿Enjuicia el Tribunal Supremo al Constitucional? *Revista Aranzadi Doctrinal* 1 (2010).
- Sarmiento, Daniel: "La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis" *WP IDEIR* 13 (2012), disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20aplicacion%20del%20derecho%20de%20la%20uni%C3%B3n.pdf>.
- Serra Cristóbal, Rosario: "Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿De las desavenencias a una relación dialogada?". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 18 (2014).
- Serra Cristóbal, Rosario: *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Tecnos. Madrid, 1999.
- Szmolka Vida, Inmaculada: *El conflicto de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: la apelación al Rey como árbitro y moderador de las instituciones (febrero de 1994)*. Universidad de Granada. Granada, 1996.

Tajadura Tejada, Javier.: “La posición constitucional del Tribunal Supremo”. *Boletín de la Facultad de Derecho* 25 (2004).

Thym, Daniel: “In the name of Sovereign Statehood: A critical introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court”. *Common Market Law Review* 2009/6.

Torres Muro, Ignacio: “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (STJUE de 26 de febrero de 2013)”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 97 (2013).

Torres Pérez, Aida: “Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg’s Door”. *European Constitutional Law Review* 2012\1.

Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Tribunal Supremo. Madrid, 2004.

Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio y Ripol Carulla, Santiago: “Continuismo y ¿novedad? en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea”. En *Working Papers on European Law and Regional Integration* 12 (2012).

Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio y Bengoetxea Caballero, Joxerramon: “Breves apuntes sobre las Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Teoría y Realidad Constitucional* 33 (2014).

Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio y Ripol Carulla, Santiago: “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)”. En *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo* 50 (2014).

Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio y Ripol 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)”. En *Revista Española de Derecho Europeo* 46 (2013).

Vergottini, Giuseppe: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Thomson. Madrid, 2011.

VV.AA: *Revue Européenne de Droit Public* 2012/2.

Xiol Ríos, Juan Antonio: “La posición constitucional del Tribunal Supremo”. En Trillo Torres, Ramón; Bacigalupo, Enrique y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (coords): *El Tribunal...*, cit.