

ESTUDIOS

---



# DE LA DOBLE A LA TRIPLE PREJUDICIALIDAD. ¿ES POSIBLE ORDENAR LO COMPLEJO?<sup>1</sup>

From double to triple preliminary ruling: can we arrange the complex?

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Universidad de Valladolid

javierfacultad@gmail.com

## *Cómo citar/Citation*

Matia Portilla, F. J. (2021).

De la doble a la triple prejudicialidad. ¿Es posible ordenar lo complejo?

*Revista Española de Derecho Constitucional*, 121, 13-44.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.121.01>

## **Resumen**

El debate existente sobre la doble prejudicialidad se ve transformado y enriquecido con el nuevo procedimiento de opinión consultiva que puede plantearse en relación con el Tribunal de Estrasburgo si el Reino de España firma el protocolo correspondiente. En el presente estudio se muestran las posibles ordenaciones de estos procesos asumidas por algunos Estados de nuestro entorno (Francia e Italia) y defendidas por la doctrina y se propone un modelo coherente que permita ordenar las vías incidentales europeas (cuestión prejudicial, opinión consultiva) con la cuestión de inconstitucionalidad.

---

<sup>1</sup> Esta investigación se inscribe en el Proyecto estatal de investigación DER2016-75993-P, «España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos» (30-12-2016-29-12-2020), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación. El original se ha concluido el 1-3-2020.

***Palabras clave***

Constitución; Tribunal Constitucional; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; cuestión de inconstitucionalidad; cuestión prejudicial; opinión consultiva; derechos fundamentales; derechos humanos; primacía.

***Abstract***

The existing debate on double prejudice is transformed and enriched with the new advisory opinion procedure that can be raised in relation to the Strasbourg Court if the Kingdom of Spain signs the corresponding protocol. In this text we show the different options ordering the proceedings dealing with the topic in some nearby States (France and Italy) and the ones studied by the expertise. We propose a coherent model that allows the coexistence of those ones within the Spanish model (constitutionality action).

***Keywords***

Constitution; Constitutional Court; European Court of the European Union; European Court of Human Rights; constitutionality action; preliminary rulings advisory opinions; fundamental rights; human rights; primacy.

## SUMARIO

---

I. INTENCIONES. II. LA POSICIÓN DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES FRANCESA, ITALIANA Y ESPAÑOLA SOBRE EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD Y LA UTILIZACIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO MECANISMO PROCESAL: 1. La visión inicial. 2. La evolución de la jurisprudencia constitucional. III. LA OPINIÓN CONSULTIVA COMO NUEVO CAUCE PROCESAL. IV. UNA PROPUESTA DE ORDENACIÓN DE LA PREJUDICIALIDAD. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. INTENCIONES

No resulta novedoso afirmar que el proceso europeo de integración ha liberado en buena medida a los órganos judiciales de la clásica sumisión a la ley (o, en términos más correctos, que ha matizado dicho principio). Hoy los tribunales pueden, a la hora de seleccionar la norma aplicable, inaplicar una norma con fuerza de ley si tal medida es precisa para hacer valer una norma recogida en un tratado internacional (STC 140/2018/6<sup>2</sup>). Este consolidado entendimiento de la cuestión contrasta con la idea de que el órgano judicial está sometido a la norma con fuerza de ley en todo caso y que solamente puede objetar su aplicación a través del previo trámite de cuestionar su validez ante el Tribunal Constitucional a través de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. Lo cierto es que hoy los órganos judiciales poseen un mayor margen de actuación que en el pasado<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> El Tribunal Constitucional señala que «la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario». Esta sentencia ha generado un profundo debate doctrinal. Véanse, por todos, Jimena (2019) y Fondevila (2019).

<sup>3</sup> En efecto, es así porque son también aplicadores de principios constitucionales que permiten modular la interpretación de preceptos legales y reglamentarios, y porque

Sin embargo, el poder de los órganos judiciales es, por supuesto, limitado. Están vinculados, como todos los poderes públicos y los particulares (art. 9.1 CE), a la Constitución (y, por consiguiente, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, art. 5.1 LOPJ). Sin embargo, el parámetro constitucional convive hoy con otros sistemas jurídicos que son también autónomos, como son los diseñados por los Tratados de la Unión y el CEDH. Y esta diversidad de parámetros remite al clásico debate monismo/dualismo, que se ha visto modificado por a) el reconocimiento de que existen unos principios generales de derecho internacional que tienen relevancia jurídica<sup>4</sup>, b) la revolucionaria jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre la autonomía, efecto útil y primacía del derecho comunitario<sup>5</sup>, y c) la propia incorporación de las normas internacionales en los sistemas estatales de fuentes a través de la Constitución<sup>6</sup>.

El presente trabajo no pretende ofrecer una nueva visión de esta clásica polémica, sino centrarse en una de sus concretas proyecciones actuales. Hacemos referencia a la posibilidad que los tribunales tienen de poder servirse de vías incidentales en el marco de su tarea judicial (cuestión de inconstitucionalidad, cuestión prejudicial y la reciente opinión consultiva —estas dos últimas también pueden ser actividades por el Tribunal Constitucional—). Los tribunales ordinarios pueden cuestionar la jurisprudencia de tribunales superiores valiéndose de estos mecanismos. En efecto,

[...] el Derecho de la Unión se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, al que corresponde resolver un asunto que le ha sido remitido por un órgano jurisdiccional superior ante el que se interpuso un recurso de casación, se encuentre vinculado, con arreglo al Derecho procesal nacional, por valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, si, habida

---

pueden desplazar la aplicación de normas españolas infraconstitucionales anteponiendo las normas internacionales y de la UE.

<sup>4</sup> El art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia consagra los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas como fuente de derecho que se suma a las convenciones y a la costumbre internacionales. Véanse, en el plano doctrinal, por todos, Orench (2004) y, especialmente, Godio (2016).

<sup>5</sup> Especial interés presenta en este trabajo el de primacía, que ha sido tratado por multitud de autores. Destacan las aportaciones de Berranger (1995), Gordillo (2012) y López Castillo (1996).

<sup>6</sup> Un repaso a las normas relativas a los tratados internacionales y a las normas generales de derecho internacional en las constituciones de los Estados miembros de la Unión se recoge en Matia (2018: 120-123).

cuenta de la interpretación que ha solicitado al Tribunal de Justicia, estima que dichas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión<sup>7</sup>.

Y no es tampoco improbable que los tribunales se sirvan de los procesos incidentales europeos para liberarse del corsé de la jurisprudencia constitucional.

El hecho de que limitemos la presente investigación a la ordenación de estos mecanismos procesales por parte de la jurisdicción ordinaria se justifica en que, a nuestro modesto entender, los tribunales constitucionales deberían hacer un uso excepcional de la cuestión prejudicial, opinión que ha sido ampliamente motivada en un estudio anterior (Matia, 2019), al que nos remitimos sin más dilación.

Delimitado el objeto del presente estudio, examinaremos, en primer lugar, la evolución de la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales de nuestro entorno sobre su visión de la cuestión prejudicial comunitaria y de su adecuada activación por parte de los órganos judiciales, así como la visión del Tribunal de Justicia en la materia. A continuación se realizará una sucinta presentación de la nueva vía incidental que es la opinión consultiva. A la vista de toda esta información estaremos en condiciones de ofrecer una construcción sobre la adecuada ordenación de estas vías procesales.

## II. LA POSICIÓN DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES FRANCESA, ITALIANA Y ESPAÑOLA SOBRE EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD Y LA UTILIZACIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO MECANISMO PROCESAL

### 1. LA VISIÓN INICIAL

Casi todas las jurisdicciones constitucionales de nuestro entorno han entendido, en un primer momento, que la cuestión prejudicial debía ser, en su caso, planteada por el órgano judicial antes de que pudiera acudir, en caso de que fuera posible, ante la jurisdicción constitucional.

Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional francés había señalado en su Decisión 74-54/7 DC (15-12-1975) que «no corresponde al Consejo Constitucional, cuando es requerido en aplicación del artículo 61 de la Constitución, examinar la conformidad de una ley a las estipulaciones

<sup>7</sup> STJUE 5-10-2010/32, C-173/09, *Elchinov*.

de un tratado o de un acuerdo nacional»<sup>8</sup>. Esta jurisprudencia presenta dos consecuencias lógicas y complementarias. Mientras que la jurisdicción ordinaria podrá servirse de la cuestión prejudicial para aclarar la interpretación y/o validez de un precepto de la Unión, y garantizar, así, su aplicación preferente sobre la ley francesa, no tiene sentido que el Consejo Constitucional se sirva de este mecanismo procesal, puesto que su único parámetro de actuación es la Constitución.

También ha señalado el Consejo Constitucional francés que carece de competencia para «controlar la conformidad con la Constitución de disposiciones legislativas que se limitan a extraer las consecuencias necesarias de disposiciones incondicionales y precisas de una directiva UE», salvo que comprometan una regla o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia. Y, por otra parte, solamente corresponde al Tribunal de la UE, requerido en su caso a título prejudicial, controlar el respeto por esta directiva de los derechos fundamentales garantizados por el art. 6 del TUE<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Además de los muchos comentarios doctrinales que la decisión ocasionó (recogidos en <https://bit.ly/3rmrVW>), nos interesan las contribuciones de Carcassonne (1999) y Genevois (1999). Esta jurisprudencia ha sido confirmada en diversas decisiones posteriores, como son las 77-83 DC, 20-7; 77-92 DC, 18-1-78; 86-216 DC, 3-9; 89-268 DC, 29-12; 98-399 DC, 5-5; 98-405 DC, 31-12; 2006-540 DC, 27-7; 2006-543 DC, 30-11; 2010-612 DC, 5-8; 2011-217/3 QPC, 3-2-12; 2012-654 DC, 9-8; 2014-709 DC, 15-1-2015, y también en la Decisión 2011-2017 QPC, 3-2-12, en relación con la cuestión prioritaria de inconstitucionalidad.

Sin embargo, debemos recordar que un precepto legal que desconoce manifiestamente un tratado en vigor vulnera el principio *pacta sunt servanda* que forma parte del párrafo 14 del preámbulo de la Constitución de 1946 (Decisión 93-321/V DC, 20-7). Y también que una ley que desconoce los objetivos fijados en una directiva UE vulnera el art. 88-1 de la Constitución (Decisiones 2006-535 DC, 30-3; 2006-540 DC, 27-7; 2006-543 DC, 30-11, y 2008-564 DC, 19-6). En la Decisión 2006-540 DC se impone un doble límite a esta doctrina: a) que la transposición al derecho de una directiva no puede ir en contra de una regla o de un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, y que b) el Consejo Constitucional no puede servirse de la cuestión prejudicial cuando actúa con el plazo fijado en el art. 61 CF. Otras muchas decisiones aluden a la identidad nacional, como son las 2010-605/18 DC, 12-5; 2011-631/45 DC, 9-6; 2014-373/6 QPC, 4-4; 2014-694/4 DC, 28-5; 2015-726/5 DC, 29-12; 2015-727/5 DC, 21-1-16; 2017-749/14 DC, 31-7; 2018-765/3 DC, 12-6, y 2018-768/3 DC, 26-7.

<sup>9</sup> Idea recogida en las decisiones 2010-79/3 QPC, 17-12, y 2015-727/I.b.1 DC, 21-1-16, y retomada en las decisiones 2014-690/7 DC, 13-3, y 2019-810/7 QPC, 25-10, entre otras.

Lo mismo ocurre con la Corte Constitucional italiana. En el ACC 206/1976<sup>10</sup> se indica que carece de competencia para juzgar la compatibilidad de la ley interna con un reglamento comunitario, ya que esta competencia está reservada al Tribunal de Luxemburgo. Especial relevancia presenta, en esta materia, el ACC 536/1995<sup>11</sup>, en el que se afirma que el Tribunal Constitucional no es una «jurisdicción nacional» en el marco del art. (hoy derogado) 177 TCEE, ni puede incluirse entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales, por asumir funciones diferentes.

Partiendo de esta premisa, resulta lógico que sean los tribunales ordinarios los que, en su caso, deban servirse de la cuestión prejudicial antes de acudir, por vía incidental, ante la Corte Constitucional. El ACC 536/1995, 15-12, contiene algunas consideraciones muy relevantes en esta materia, ya que en el mismo se recuerda a) que los conflictos entre el ordenamiento infraconstitucional italiano y el derecho de la Unión deben ser resueltos por los órganos judiciales<sup>12</sup>, b) que él mismo no es una jurisdicción nacional de las previstas en el Tratado en relación con la cuestión prejudicial, y c) que es el órgano judicial que alega una norma comunitaria como presupuesto de la censura de constitucionalidad el que debe servirse, en ausencia de precedentes previos del Tribunal de Justicia, de la cuestión prejudicial<sup>13</sup>. Y es que «la cuestión de compatibilidad comunitaria [hoy con el derecho de la UE] constituye un *prius* lógico y jurídico con respecto a la cuestión de legitimidad constitucional en vía incidental, ya que afecta a la misma aplicabilidad de la norma impugnada en el procedimiento principal y, por lo tanto, en la relevancia de esta pregunta»<sup>14</sup>. No resulta de extrañar, a la vista de esta jurisprudencia, que

<sup>10</sup> 15-07. Tesis reiterada en los AACC 144/1990, 7-3, y 244/1994, 16-6. Es conveniente recordar que, anteriormente, el Tribunal Constitucional había defendido la aplicación del criterio cronológico a la relación entre el Tratado y la ley italiana (SSCC 14/1964, 17-2 —comentada por Catalano [1964] y Monaco [1964]—, y 98/1965/1, 14-10). Posteriormente defendería la tesis de que el derecho comunitario y el estatal son distintos, pero coordinados, y admitiría la existencia de una primacía de aquel sobre este no exenta de algunos límites (SSCC 170/1984, 113/1985, 47/1985, 48/1985, 232/1989, 389/1989 y 64/1990, y el ACC 81/1985).

<sup>11</sup> 29-12, en contra de lo afirmado previamente en la SCC 168/1991/6, 8-4, y con apoyo en la relevante SCC 13/1960/1, 13-3, que subraya la peculiar naturaleza de la Corte Constitucional y es comentada por Carnelutti (1960).

<sup>12</sup> Excepto en un supuesto de clara evidencia (SCC 168/1991).

<sup>13</sup> Se remite al ACC 206/1976, 15-7.

<sup>14</sup> ACC 48/2017, 7-2, con remisión a la SCC 75/2012, 21-3, y AACC 100/2009, 1-4; 241/2010, 14-7, y 298/2011, 7-11, entre otras. Véase, en el plano doctrinal, Salvato (2018).

el Tribunal Constitucional italiano inadmita una cuestión de inconstitucionalidad si se ha presentado, al tiempo, una cuestión prejudicial<sup>15</sup>.

El Tribunal Constitucional español también ha defendido, en un primer momento, que son los órganos judiciales los que «están facultados (u obligados, según los casos)» a plantear cuestiones prejudiciales<sup>16</sup>. Es lógico que así ocurra en el marco del control de constitucionalidad, porque se trata de determinar la validez de una norma con fuerza de ley respecto de normas constitucionales.

Pero también ha mantenido el mismo criterio si se discute el respeto de un concreto derecho fundamental<sup>17</sup>. Y es que, «la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio, lo que además no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante este Tribunal ya que éstas disponen, a tal fin, del recurso de amparo (STC 180/1993/2)»<sup>18</sup>.

Es lógico que así ocurra puesto que la cuestión prejudicial «se pronuncia sobre una duda suscitada en un plano jurídico diferente, cual es el del Derecho Comunitario Europeo»<sup>19</sup>, y que en plano interno corresponde con la legalidad ordinaria<sup>20</sup>. No altera esta afirmación el que el Tribunal Constitucional haya dedicado una creciente atención a si un comportamiento judicial relacionado

---

<sup>15</sup> En el ACC 85/2002, 1-3, la Corte Constitucional italiana evidencia la manifiesta contradicción en la que incurre el órgano judicial, que «plantea al mismo tiempo una “cuestión prejudicial” interpretativa de los principios del TCE ante el Tribunal de Justicia, para determinar si la norma impugnada es compatible con el ordenamiento comunitario y, entonces, aplicable en el ordenamiento italiano, y cuestión de legitimidad ante esta Corte Constitucional, asumiendo que la norma, de la que él mismo ha solicitado interpretación ante el Tribunal de Justicia, es aplicable». Véase Sorrentino (2002: 781 y ss.).

<sup>16</sup> STC 28/1991/6, 14-2. «Y debe añadirse que en esa labor de los órganos judiciales ordinarios, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia, ninguna intervención puede tener este Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad que en su caso intentaran promover aquéllos, pues, tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de éste exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho». Véanse, en el plano doctrinal, por todos, Mangas (1991) y Sánchez (1991).

<sup>17</sup> STC 372/1993/7, 13-12. Esta idea se reitera en otras resoluciones posteriores, como son las SSTC 265/1994/2, 3-10, y 143/1994/8, 9-5.

<sup>18</sup> STC 201/1996/2, 9-12.

<sup>19</sup> SSTC 65-67/1990/4, 5-4.

<sup>20</sup> Véase STC 162/1990/5, 22-10.

con una cuestión prejudicial puede comprometer derechos fundamentales. No resulta preciso adentrarse en esta problemática<sup>21</sup>, tangencial en el marco del presente estudio, y basta con recordar que el Tribunal Constitucional velará «por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia»<sup>22</sup>.

El órgano judicial que plantee una cuestión prejudicial puede presentar, con posterioridad, una cuestión de inconstitucionalidad sobre «el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991/4-6, 14-02)»<sup>23</sup>.

Podría suscitarse también si el órgano judicial podría plantear, simultáneamente, una cuestión prejudicial y otra de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional declara inadmisibles estas últimas por considerar incumplido «el requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea *aplicable al caso*» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). «[S]olo cuando este haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad»<sup>24</sup>. Y también inadmite la cuestión cuando se afirma en el auto de planteamiento que la norma podría ser también contraria al derecho UE, aplicando el mismo criterio aunque la situación no sea idéntica<sup>25</sup>.

En esta primera fase jurisprudencial, los tribunales constitucionales defienden que su específica función y naturaleza constitucional les impiden identificarse con el «órgano jurisdiccional» previsto en el art. 267 TFUE. Y también, dado que los tribunales ordinarios son los encargados de a) asegurar la aplicación del derecho de la Unión, y, en su caso, b) determinar qué norma es la aplicable y de cuya constitucionalidad pueden dudar, deben servirse, si lo consideran preciso, de la cuestión prejudicial antes de presentar una cuestión

<sup>21</sup> Un buen resumen se recoge en la STC 37/2019/4, 26-3, que contiene un interesante VP del magistrado Ollero Tassara, y que ha sido retomada en otras posteriores. El órgano judicial debe plantear la cuestión prejudicial si pretende inaplicar normas con fuerza de ley, salvo si se trata de una cuestión similar a otra ya resuelta o el acto es claro (STC 194/2006/5, 19-6, con apoyo en las SSTC 58/2004/9, 19-4; 78/2010/2b, 20-10, y 37/2019/4, 26-3).

<sup>22</sup> SSTC 145/2012/6, 2-7; 232/2015/4, 5-11, y 37/2019/4, 26-3.

<sup>23</sup> STC 35/2016/6, 3-3, aunque, si versa sobre una cuestión íntimamente vinculada con la Unión (libertad de empresa), «esta jurisdicción constitucional deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas por este último».

<sup>24</sup> ATC 168/2016/4, 4-10. Doctrina reiterada en los AATC 183 y 185/2016/2, 15-11.

<sup>25</sup> AATC 202-205/2016/3, 13-12.

de inconstitucionalidad. De ahí que se inadmita una cuestión de inconstitucionalidad si se ha interpuesto al mismo tiempo una cuestión prejudicial, porque solamente tras la resolución de esta podrá el órgano judicial determinar qué norma es aplicable, lo que es un presupuesto para poder acudir ante el Tribunal Constitucional. De esta forma se asegura también que el Tribunal Constitucional tenga la última palabra y garantice, en todo caso, la correcta aplicación de la Constitución.

## 2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Sin embargo, todas estas jurisdicciones han modificado su jurisprudencia y se han decidido a plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo.

Así, el Consejo Constitucional francés ha planteado su primera cuestión prejudicial a través de la Decisión 2013-314P QPC<sup>26</sup>. Además, y de forma contradictoria<sup>27</sup>, los arts. 23.2 y 23.5 de la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional<sup>28</sup> disponen que, «en cualquier caso, el tribunal debe, cuando se encuentra con medios para impugnar la conformidad de una disposición legislativa, por un lado, con los derechos y libertades garantizados por la Constitución y, por otro lado, con los compromisos internacionales de Francia, pronunciarse prioritariamente por la transmisión de la cuestión de

<sup>26</sup> 4-4-2013. Cuestión resuelta a través de la STJUE 30-5-2013, C-168/13PPU, *Jeremy F.* A la vista de esta decisión, el Consejo Constitucional, ejerciendo su control, ha resuelto que el art. 695-46 del Código de Enjuiciamiento Criminal vulnera el derecho al recurso en la Decisión 2013-314 QPC, 14-6. Véanse, en el plano doctrinal, entre otros muchos autores, Droin (2014), Simon (2013) y Coutron y Gahdoun (2013). Estos últimos autores concluyen su trabajo con la afirmación de que «el Consejo se encuentra en una situación un poco curiosa: solicita una interpretación al Tribunal de Justicia, como lo haría cualquier juez para ejercer un control de convencionalidad, pero para hacer en realidad... un control de constitucionalidad» (*ibid.*: 1228). Sin embargo, no cabe servirse de este cauce procesal en el marco del control preventivo porque debe resolver antes de la promulgación de la Ley (Decisión 2018-768/3 DC, 26-7, que contiene un buen resumen de esta jurisprudencia).

<sup>27</sup> Sin determinar si la norma contradice o no el derecho internacional o de la UE, no se puede asegurar que «la disposición en disputa es aplicable a la disputa o al procedimiento, o constituye la base del procedimiento», que es el requisito para poder activar la cuestión prioritaria de constitucionalidad.

<sup>28</sup> Ordenanza 58-1067, 7-11, modificada en este punto por la Ley Orgánica 2009-1523, 10-12.

constitucionalidad al Consejo de Estado o al Tribunal de Casación», y que, en este caso, estas jurisdicciones deben acudir en primer lugar al Consejo Constitucional. El Consejo Constitucional francés ha aceptado esta regulación, reafirmando<sup>29</sup> que la autoridad de las decisiones del Consejo Constitucional «no limita la competencia de las jurisdicciones administrativas y judiciales para hacer prevalecer estos compromisos [internacionales] sobre una disposición legislativa incompatible con ellos, incluso cuando esta última ha sido declarada conforme con la Constitución», y que no le corresponde a él ejercer el control ni de convencionalidad ni de la adecuación de las leyes con el derecho de la Unión.

Y el Tribunal de Luxemburgo, en la difundida Sentencia *Melki y Abdeli*<sup>30</sup>, ha avalado esta interpretación, advirtiendo de que:

[...] la eficacia del Derecho de la Unión se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho de la Unión, ejerza la facultad [...] de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho.

Y concluye que la exigencia de un previo control de constitucionalidad no vulnera el art. 267 TFUE, siempre que «los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados» para a) plantear al Tribunal de Luxemburgo toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad; b) adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y c) dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al derecho de la Unión (apdo.

<sup>29</sup> Decisión 2010-605/13 y 16 DC, 12-5. El Consejo había confirmado la constitucionalidad de los dos preceptos citados en la previa Decisión 2009-595/14 y 22, 3-12. Justifica tal opción en garantizar el respeto de la Constitución y su posición suprema.

<sup>30</sup> STJUE 22-6-2010/45, C-188/10 y C-189/10, *Melki y Abdeli*, con remisión a la STJUE *Mecanarte*. Véanse, entre otros, Sarmiento (2010a; 2010b), Gundel (2012) y Mehdi (2011). La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo tiene su origen en la cuestión prejudicial interpuesta el 16-4, y el Tribunal de Casación acordó finalmente no plantear la cuestión prioritaria de constitucionalidad mediante Sentencia del 29-6, 10-40002, disponible en <https://bit.ly/2LoiWuc>.

57). La doctrina Melki se ha visto reforzada con la STJUE 20-12-2017/26<sup>31</sup>, en relación con una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano, en la que se afirma que la obligación del órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior judicial subiste aunque su Tribunal Constitucional «haya apreciado la constitucionalidad de las normas nacionales a la luz de normas de referencia de contenido análogo a las del Derecho de la Unión».

También debemos aludir a la STJUE 11-09-2014/41<sup>32</sup>, aunque se refiera a Austria y no a Italia, en la que se declara:

[...] el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de una ley nacional cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión no puede vulnerar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para declarar la invalidez de un acto de la Unión, y en particular de una directiva, competencia cuyo objeto es garantizar la seguridad jurídica preservando la aplicación uniforme del Derecho de la Unión<sup>33</sup>.

Esta jurisprudencia ha sido adelantada por el Consejo de Estado francés, que ha declarado:

[...] el juez administrativo, juez de derecho común de la aplicación del Derecho de la UE, asegura su eficacia, sea en la ausencia de cuestión prioritaria de constitucionalidad, sea al término del procedimiento de examen tal cuestión, sea en cualquier momento de este procedimiento, cuando la urgencia lo exija, para hacer cesar inmediatamente todo eventual efecto de la Ley contraria al Derecho

<sup>31</sup> C-322/16, *Global Starnet Ltd.*

<sup>32</sup> C-112/13, *A. y B. y otros*. El Tribunal Supremo explica que el problema parte de la relevante STC Austriaco 14-3-2012, U 466/11-18 y U 1836/11-23, disponible en <https://bit.ly/36J4Gnf>, en la que el alto tribunal se declara competente para enjuiciar, en el marco del control de constitucionalidad, las normas que vulneren los derechos enunciados por la CDFUE y por el CEDH. Véase, en el plano doctrinal, por todos, Guazzarotti (2014).

<sup>33</sup> El Tribunal recuerda que los tribunales de última instancia están obligados, en principio, a plantear cuestión prejudicial (apdo. 42, sin que la misma pueda relativizarse en virtud del principio de equivalencia, apdo. 45), y que, «cuando se trata de una ley nacional para la adaptación del Derecho interno que tenga ese contenido, la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto a la obligación de adaptación a ésta» (apdo. 43), recordando, finalmente, las amplias facultades del órgano judicial en la materia (apdo. 46).

de la Unión; que, de otra parte, el juez administrativo dispone de la posibilidad de plantear en todo instante, desde que hay lugar para proceder a tal reenvío, en aplicación del artículo 267 TFUE, una cuestión prejudicial al Tribunal [de Luxemburgo]<sup>34</sup>.

En lo que atañe a la Corte Constitucional italiana, es preciso hacer referencias a la SCC 102/2008/8.2.8.3, 13-2, y al ACC 207/2013, 3-7, resoluciones en las que se declara competente para plantear cuestiones prejudiciales en los procesos directos e incidentales, respectivamente<sup>35</sup>. Especial relevancia y difusión ha conocido la actuación del Tribunal Constitucional en el planteamiento de la cuestión prejudicial en el asunto *Taricco*<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Decisión 312305, 14-5-2010, disponible en <https://bit.ly/39KiYG4>.

<sup>35</sup> Y es que en este tipo de proceso no existe intervención judicial previa, por lo que la cuestión debe ser planteada por el propio Tribunal Constitucional, para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario. La primera cuestión prejudicial se plantea en el ACC 103/2008, 13-2. Sobre estas decisiones son de interés, entre otros muchos, los trabajos de Cartabia (2008) y Cossiri (2008). Retomará esta cuestión en la SCC 216/2010, 9-6. En procesos incidentales, la cuestión prejudicial debe ser planteada, en su caso, por los órganos judiciales, «antes de que se plantee la cuestión de la legitimidad constitucional, bajo pena de la irrelevancia de la cuestión misma» (SCC 75/2012/3.1, de 4-4). Altera esta posición con el citado ACC 207/2013, 3-7, en el que justifica que pueda servirse de la cuestión prejudicial porque la norma comunitaria puede ser parámetro constitucionalidad. Véanse, en el plano doctrinal, por todos, Cerri (2013) y Adinolfi (2013). En todo caso, el Tribunal Constitucional será libre para servirse o no de esta vía procesal aunque haya sido solicitado (véanse SSCC 99/2018/5.6, 23-5, y 239/2018/4, 25-10).

<sup>36</sup> La STJUE 8-9-2015/49, C-105/14, *Taricco*, permite al órgano judicial inaplicar disposiciones penales sobre el principio de legalidad penal, lo que preocupa a diversas jurisdicciones italianas (Ferrante, 2018). El Tribunal de Casación suscita entonces, ante el Tribunal Constitucional, dudas sobre la constitucionalidad del precepto que autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, de la que se ha derivado la vulneración de derechos fundamentales. Mediante ACC 24/2017, 23-11-2016, la Corte Constitucional presenta una contundente cuestión prejudicial recordando la existencia de contralímites (con remisión a las difundidas SSCC 170/1984, 5-6, y 232/1989, 13-4; véanse, también, la SCC 238/2014/3.2, 22-10, y, en el plano doctrinal, por todos, Branca, 2014, Ruggeri, 2014, y Sandulli, 2015) y la importancia de la identidad nacional y de las tradiciones constitucionales comunes, subrayando la relevancia constitucional del principio de legalidad penal y los efectos perversos de la STJUE *Taricco* en el sistema constitucional italiano, llegando a afirmar que existe «un impedimento de orden constitucional a su aplicación [del art. 325 TFUE] por parte del juez». La Sentencia 5-12-2017 (C-42/17, *Taricco y otros [III]*) matiza lo afirmado

Máximo interés plantea, en este trabajo sobre la triple prejudicialidad, la SCC 269/2017/5.2, 7-11<sup>37</sup>, en la que dispone que si el conflicto normativo entre una norma nacional y otra europea con eficacia directa el juez podrá servirse de la vía interpretativa o de la cuestión prejudicial para aplicar directamente la disposición europea. Pero si la norma de la Unión carece de efecto directo, el órgano judicial deberá «elevar una cuestión de legitimidad constitucional, reservada a la exclusiva competencia de este Tribunal, sin debatir previamente los perfiles de incompatibilidad con el Derecho europeo» (apdo. 5.1). Idéntico comportamiento deberá producirse si una ley cuestiona derechos constitucionales y fundamentales de la Unión, aunque posteriormente pueda el órgano judicial inaplicar, tras el juicio incidental de legitimidad constitucional, la disposición legislativa nacional en cuestión que haya superado el juicio de constitucionalidad, si, por otros motivos, la considera contraria al derecho de la Unión (apdo. 5.2).

Parece que esta resolución asume la misma visión del Consejo Constitucional francés, de que es más prudente que el órgano judicial resuelva primeramente las dudas de constitucionalidad de la norma con fuerza de ley acudiendo ante la jurisdicción constitucional, y después las que tengan que ver con el derecho de la Unión, a través, en su caso, de la cuestión prejudicial. La SCC italiana 269/2017 ha generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial. El Tribunal de Casación estima<sup>38</sup> que esta nueva doctrina contradice el art. 267 TFU y que la eventual inaplicación del derecho nacional «por otras razones» resulta contraria a la STJUE *Global Starnet*

---

previamente, señalando ahora que el juez nacional puede incumplir sus obligaciones europeas si considera que vulnera el principio de legalidad penal (por falta de previsión o aplicación retroactiva) y que es el legislador estatal el que debe resolver la eventual antinomia. Véanse, en el plano doctrinal, por todos, Gustaferró (2018), Federico (2018), Burchardt (2018) y Guset (2018). Finalmente, la SCC italiana 115/2018/14, 10-4, declara inaplicable en todo caso la regla Taricco, aunque el Tribunal de Luxemburgo limitaba esta posibilidad a los hechos anteriores al 8-9-2015. Véanse, entre otros muchos, los análisis de Celotto (2018) y Ruggeri (2018a).

<sup>37</sup> Resolución que reafirma el poder del Tribunal Constitucional para resolver en supuestos de doble prejudicialidad «a la luz de los parámetros internos y eventualmente de los europeos», para ofrecer una «máxima protección de los derechos a nivel sistémico», garantizando la supremacía normativa de la Constitución y las ventajas de una declaración con efectos *erga omnes*. Véanse, en el plano doctrinal, Anzon (2018), en esta materia, y Ruggeri (2019a), Repetto (2019) y Catalano (2019a), entre otros muchos. Esta jurisprudencia se proyecta en otras ulteriores (Lupo, 2019).

<sup>38</sup> En la Sentencia 3831/2018/11.3.6.7, 16-2, disponible en <https://bit.ly/3rlD0MV>. Véase, por todos, Ruggeri (2018b).

*Ltd.*, anteriormente examinada. Pero estos temores han sido descartados en la posterior SCC 20/2019/2.1, 23-1, en la que se aclara que la cuestión prejudicial puede ser por las mismas razones alegadas previamente ante el Tribunal Constitucional<sup>39</sup>.

Una nueva cuestión prejudicial es planteada por el Tribunal Constitucional italiano en el ACC 117/2019, 6-3<sup>40</sup>. Para ello realiza un nuevo resumen de la jurisprudencia constitucional originada a partir de la SCC 269/2017, y que ha sido aclarada y completada por las SSCC 20 y 63/2019. Ambas han servido para matizar el alcance de la intervención del Tribunal Constitucional, haciéndolo compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, que le permite utilizar como parámetro eventual de validez la CDFUE y el CEDH<sup>41</sup>.

El único cambio jurisprudencial relevante que hemos de citar en relación con el Tribunal Constitucional español es su decisión de plantear, en el marco de un recurso de amparo, su primera cuestión prejudicial. Aludimos al muy difundido asunto *Melloni*. Este Tribunal Constitucional reúne los requisitos exigidos por el art. 267 TFUE, en la medida en que es un «órgano jurisdiccional» en el sentido de dicho precepto. Asimismo, las resoluciones de nuestra jurisdicción no son susceptibles de ulterior recurso<sup>42</sup>. Estas son las exiguas razones dadas por el Tribunal Constitucional para justificar su legitimación y alterar una consolidada jurisprudencia anterior<sup>43</sup>.

En lo que no hay novedades, a diferencia de lo acaecido en Francia e Italia, es en una ordenación en los casos de doble prejudicialidad que imponga acudir antes ante el Tribunal Constitucional. Y es probable que estos tribunales deban reflexionar sobre qué ocurre con la nueva opinión consultiva que,

<sup>39</sup> Véanse, en el plano doctrinal, por todos, Repetto (2019) y Ruggeri (2019b), y, con carácter general, Ruggeri (2019c) y Tega (2019). Idea reiterada en la SCC 63/2019/4.3, 20-2, comentada por Vitale (2019). El Consejo de Estado ha planteado ante el Tribunal de Luxemburgo si una normativa nacional, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, es compatible con el derecho de la Unión (C-686/18, pendiente de sentencia). Otros tribunales optan por interesar una intervención urgente del Tribunal de Luxemburgo, al tiempo que se reservan la posibilidad de acudir, después, al Tribunal Constitucional (C-658/18, pendiente de sentencia).

<sup>40</sup> 6-3. Véanse, en el plano doctrinal, por todos, Catalano (2019b) y Ruggeri (2019d). Cuestión pendiente de resolución (C-481/19).

<sup>41</sup> Véase, a título de ejemplo, la SCC 112/2019, 6-3.

<sup>42</sup> ATC 86/2011/4.e, 11-6, que daría lugar a la STJUE 26-2-2013 (C-399/11, *Melloni*). El Tribunal resolvería el recurso de amparo a través de la STC 26/2014, 13-2.

<sup>43</sup> Sobre *Melloni*, ver Matia (2016) y las muchas referencias doctrinales recogidas en su nota 2.

en algunos países, ya se encuentra disponible para algunos tribunales. Opinión consultiva que examinamos a continuación.

### III. LA OPINIÓN CONSULTIVA COMO NUEVO CAUCE PROCESAL

El protocolo 16 incorpora al CEDH un mecanismo de opinión consultiva que permite a las jurisdicciones supremas de los Estados someter cuestiones al Tribunal de Estrasburgo<sup>44</sup>. Aunque el Reino de España ni siquiera lo ha firmado, es posible imaginar qué ocurrirá cuando este instrumento entre en vigor.

Esta nueva norma permite que «[l]as más altas jurisdicciones de una Alta Parte Contratante, designadas de conformidad con lo previsto en el artículo 10, pued[a]n dirigir al Tribunal demandas de opinión consultiva sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus protocolos» (art. 1). Aunque los promotores de este mecanismo lo sitúan a disposición de los tribunales constitucionales y Supremo<sup>45</sup>, y esta ha sido la práctica habitual<sup>46</sup>, algunos Estados firmantes han optado por extender el listado de jurisdicciones nacionales que podrán acudir a través de este mecanismo ante Tribunal de Estrasburgo<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Véase, en el plano doctrinal, Pastor (2019).

<sup>45</sup> Véase el apdo. 135 del Informe del Grupo de Expertos para el Comité de Ministros (CM[2006]203, 15-11-2006).

<sup>46</sup> Esta ha sido la opción seguida por Albania, Armenia, Georgia, la República Eslovaca (si bien aquí se indica que el Tribunal Supremo solamente dispondrá de esta facultad cuando actúe en casación o en apelación sobre cuestiones de derecho) y Eslovenia. En el caso de Andorra, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior de Justicia, y en el caso de Estonia y Ucrania, el Tribunal Supremo.

<sup>47</sup> Esto ocurre, lógicamente, en los países de jurisdicción administrativa retenida, que añaden al Consejo de Estado (Francia, los Países Bajos) o el Tribunal Administrativo Supremo (Lituania). Por otra parte, Finlandia extiende esta posibilidad al Tribunal Supremo, al Tribunal Administrativo Supremo, al Consejo de Hombres Prudentes y al Tribunal de Seguros. Grecia dota de este mecanismo procesal al Tribunal Supremo especial, al Tribunal Supremo civil y penal, al Consejo de Estado y al Tribunal de Cuentas. Los Países Bajos también al Consejo Central de Recurso Administrativo y a los Tribunales Administrativo Superior para el comercio y la industria y Común de Justicia de Aruba, Curazao y San Matín, de Bonaire, San Eustaquio y Saba (cuando actúan exclusivamente como última instancia). Rumanía, por su parte, permite que quince tribunales de apelación puedan plantear opiniones consultivas. San Marino lo limita al Tribunal de la República (en <https://bit.ly/2O6LhGk>, consultado el 9-3-2020).

La primera opinión consultiva ya resuelta ha sido planteada por el Tribunal Supremo francés en relación con la inscripción de la madre de intención en un supuesto de gestación subrogada<sup>48</sup>.

Si el Reino de España decidiera firmar el protocolo 16 del Convenio, sería conveniente que reflexionara detenidamente sobre qué tribunales españoles deberían tener acceso al planteamiento de opiniones consultivas ante la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo<sup>49</sup>. A nuestro entender sería oportuno residenciar esta facultad exclusivamente en el Tribunal Supremo.

Somos conscientes de que esta opción exige alguna justificación. Y deberíamos aquí traer a colación la argumentación esgrimida, en esta misma dirección, para desaconsejar el recurso por parte de los tribunales constitucionales a la utilización del mecanismo procesal de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia<sup>50</sup>. Las razones son las mismas en uno y otro caso. El limitado parámetro normativo del Tribunal Constitucional se limita a la Constitución y su interpretación es ajena a los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Se podría afirmar, en este caso, sin embargo, que el art. 10.2 CE conecta la interpretación de los derechos constitucionales con la de los derechos humanos (recogidos, por ejemplo, en el CEDH). Pero esta vinculación debe ser establecida, en su caso, por el Tribunal Constitucional, que tiene la última palabra para establecer si existe o no, y en qué términos. Dicho con otras palabras, el Tribunal Constitucional no está jurídicamente vinculado por lo resuelto por el Tribunal de Estrasburgo a la hora de determinar el alcance constitucional de los derechos fundamentales. Por esta razón no se entiende muy bien qué utilidad presenta este reenvío procesal para el Tribunal Constitucional.

Es cierto, sin embargo, que dado que las opiniones consultivas no son vinculantes (art. 5 del protocolo 16), podría darse el supuesto en el que pudiera ser útil al Tribunal Constitucional conocer la opinión del Tribunal de Estrasburgo sobre un derecho humano relacionado con un derecho constitucional. Pero no se deben ocultar las eventuales repercusiones que se derivarían del hecho de que un tribunal constitucional que, habiendo solicitado una opinión

<sup>48</sup> Opinión consultiva relativa al reconocimiento en derecho interno de un vínculo de filiación entre un niño nacido de una gestación subrogada practicada en el extranjero y la madre de intención (P16-2018-001, 10-4-2019).

<sup>49</sup> De hecho, tenemos noticia cuando este trabajo está a la espera de ser publicado de una segunda opinión consultiva del Tribunal de Estrasburgo planteada por el Tribunal Constitucional de Armenia, que ha sido resuelta el 29-5-2020 (P16-2019-001). Y, corrigiendo pruebas, damos noticia de una tercera, primera en ser rechazada (P16-2020-001, 14-12-2020).

<sup>50</sup> Vertida en Matia (2019: 151 y ss.).

al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se separese abiertamente de ella. En primer lugar, y con carácter general, por el daño que podría sufrir la imagen del Tribunal, aunque su comportamiento fuera atendible en términos jurídicos. Y, en segundo lugar, porque no resulta imposible que si el Tribunal Constitucional actúa en el marco de un recurso de amparo, su decisión sea posteriormente sometida al mejor parecer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estas razones confirman la hipótesis de que el Tribunal Constitucional no debería servirse de esta vía más que en casos excepcionales.

En todo caso, lo que sí resulta previsible es que, si existen discrepancias profundas entre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo pueda servirse de la opinión consultiva, cuestionando así la jurisprudencia constitucional. No es que no pueda hacerlo ya, aplicando directamente el derecho humano que nuestro Tribunal Constitucional no ha integrado en los fundamentales, sino que puede servirse de la opinión consultiva para evidenciar la discordancia interpretativa existente entre nuestra jurisdicción constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es una posibilidad improbable, pero no imposible, y que habría que asumir con cierta naturalidad, porque la jurisdicción ordinaria se debe a un canon en materia de derechos humanos que no vincula a nuestro Tribunal Constitucional. Por tal cuestión, se deberá examinar si, en la práctica, los tribunales optan por sentirse concernidos por las opiniones consultivas del Tribunal de Estrasburgo que han solicitado, como patrocina el sentido común al tratarse de materias siempre sensibles.

El único supuesto problemático que cabe plantear es que la consideración de que, siguiendo la jurisprudencia —previa o derivada de la cuestión prejudicial—, se ha vulnerado un derecho humano pueda cuestionar, al tiempo, otro derecho constitucional. Nos limitamos a dejar constancia de tal eventual conflicto, para proponer ahora un modo de ordenación de las vías incidentales europeas (cuestión prejudicial, opinión consultiva) y nacional (cuestión de inconstitucionalidad).

#### IV. UNA PROPUESTA DE ORDENACIÓN DE LA PREJUDICIALIDAD

En páginas anteriores se ha examinado cómo los tribunales constitucionales han alterado su visión acerca del derecho de la UE, al menos en parte. De entender que su aplicación preferente debe ser asegurada estrictamente por los tribunales ordinarios, asumen ahora que también ellos lo aplican (configurándose, entonces, como «órganos jurisdiccionales» a efectos del art. 267 TFUE), y pueden, por lo tanto, plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, y que los tribunales ordinarios deben acudir prioritariamente ante

ellos de forma incidental, sin que ello les impida servirse, posteriormente, del cauce procesal previsto en el citado precepto. También se ha señalado que ha aparecido un nuevo incidente procesal, que permite a las altas jurisdicciones nacionales solicitar opiniones consultivas ante el Tribunal de Estrasburgo.

No vamos a posicionarnos sobre la inconveniencia de que los tribunales constitucionales planteen cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo. Hemos dedicado un extenso trabajo a esta materia ya citado en el que concluíamos que tal posibilidad debería ser muy excepcional, en supuestos como el de *Taricco*, pese a que, a nuestro modesto entender, el Tribunal Constitucional no debería ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del art. 267 TFUE. Sí que nos interesa cuestionarnos cuál debe ser la ordenación de los recursos (prejudicial, opinión consultiva, inconstitucionalidad) planteados por el Tribunal Supremo.

Hasta el momento el debate se ha limitado a la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad. Es el clásico problema de la doble prejudicialidad. Y la combinación de los dos elementos da lugar a tres posibilidades que han sido defendidas en el plano jurisprudencial y doctrinal. Hemos visto que los tribunales constitucionales francés e italiano han defendido con anterioridad que el recurso prejudicial debía realizarse antes del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. A partir de un momento, deciden invertir este orden, anteponiendo la cuestión de inconstitucionalidad a la cuestión prejudicial. Una tercera posibilidad teórica es que ambas vías puedan utilizarse al tiempo, tesis que ha sido defendida en el plano doctrinal en un célebre trabajo doctrinal de Cruz Villalón y Requejo Pagés (2015: 173 y ss.) y que actúa con normalidad en algún otro ordenamiento constitucional<sup>51</sup>.

Para posicionarse en este debate resulta preciso realizar algunas cuestiones previas sobre el objeto de los procesos constitucionales vinculados con el control de constitucionalidad y asegurar el respeto de algunos derechos constitucionales. Partiremos, para ello, del caso español, aunque muchas de nuestras conclusiones serían trasladables a otros países de nuestro entorno.

Pues bien, conviene recordar que los tribunales constitucionales son órganos constitucionales que no siempre forman parte del Poder Judicial (como ocurre, por ejemplo, en nuestro país), y que, en principio, tienen una muy limitada tarea, que es proteger la Constitución (control de constitucionalidad), y, en su caso, garantizar la vigencia efectiva de determinados derechos constitucionales (recurso de amparo).

En efecto, el control de constitucionalidad remite, necesariamente, a un eventual conflicto normativo entre una norma con fuerza de ley y un precepto

<sup>51</sup> Como es el belga (véase, por ejemplo, C-402/19, LM).

constitucional. Esto supone que el Tribunal Constitucional no aplica el derecho de la UE, y por ello resulta lógico que no pueda ser considerado, en puridad, como órgano legitimado para plantear una cuestión prejudicial, estando únicamente sometido a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Y sería dogmáticamente discutible considerar que el derecho de la Unión forma parte del bloque de la constitucionalidad, habiendo señalado reiteradamente que los conflictos entre el derecho de la Unión y las normas nacionales deben ser resueltos por los tribunales ordinarios en su función de seleccionar la norma aplicable al caso<sup>52</sup>.

En relación con la cuestión de inconstitucionalidad, es sabido que nuestro Tribunal Constitucional es muy exigente en lo que atañe a su admisión a trámite. Tal grado de exigencia contrasta, y mucho, con el mostrado por el Tribunal de Luxemburgo en relación con la cuestión prejudicial<sup>53</sup>. Y es oportuno recordar también las dilaciones que suelen producirse en su resolución tras la admisión a trámite.

También nos interesa hacer una referencia a la protección de los derechos constitucionales, porque es en este campo de los derechos en el que se ha planteado el problema de la doble prejudicialidad. Pues bien, nos interesa subrayar que, como acertadamente ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, su función se limita a la protección de los derechos constitucionales *stricto sensu* y de las concretas normas constitucionales que los reconocen. Dicho de otra forma, nos parece desafortunado que un tribunal constitucional se vuelva garante de los derechos humanos, recogidos, por ejemplo, en la CDFUE y el CEDH.

Somos conscientes de que esta perspectiva integradora ha sido asumida por algunas jurisdicciones constitucionales<sup>54</sup>, pero parte de unas premisas inconsistentes. En principio, olvida que los tratados internacionales, en general, y los referidos a los derechos humanos (Convenio y Carta, entre otros) no tienen carácter constitucional<sup>55</sup>. Por esa razón dispone nuestro

---

<sup>52</sup> Entre otras razones porque, como resulta evidente, «sólo el Tribunal de Justicia es competente para declarar la invalidez de un acto de la Unión» (STJUE 14-6-2012/40, C-533/10, *CIVAD*).

<sup>53</sup> Ver, por ejemplo, STJUE 30-4-2014/26, C-390/12, *Robert Pfleger y otros*. El Tribunal Constitucional italiano también es exigente en la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad (Comazzetto, 2018: 15 *in fine*).

<sup>54</sup> Como ocurre con la citada STC austriaco de 14-3-2012, U 466/11-18 y U 1836/11-23.

<sup>55</sup> Aunque resulta evidente que el proceso europeo de integración y el CEDH persiguen fines distintos y más limitados en el segundo caso, no se entiende muy bien por qué sus preceptos tienen un alcance diverso. Se discrepa de la posición mantenida en la SCC italiana 348/2007/3.3, 22-X, posteriormente matizada en la SCC 49/2015/7, de

Tribunal Constitucional que su aplicación corresponde a los operadores jurídicos (especialmente, a los órganos judiciales), incluso cuando suponga inaplicar una norma con fuerza de ley<sup>56</sup>. Y además respeta que el canon de los derechos sea determinado por los específicos tribunales creados para protegerlos. Resulta tan atrevido que un tribunal constitucional ofrezca una interpretación auténtica de un derecho recogido en el Convenio o en la Carta<sup>57</sup> como que el Tribunal de Luxemburgo indique cómo debe ser aplicado un derecho constitucional. Dicho con otras palabras, estamos en presencia de tres catálogos de derechos (constitucional, Convenio, Carta), que presentan autonomía entre sí. Esta tesis ha sido asumida, de forma clara, tanto por el Tribunal de Luxemburgo<sup>58</sup> como por nuestro Tribunal Constitucional<sup>59</sup>, y nos parece adecuado preservarla. Esta construcción impide, además, que el contenido y alcance de un mismo derecho fundamental sea diferente según se aplique en el marco de competencias de la Unión o nacional<sup>60</sup>. Y esta conclusión no se ve alterada por la existencia del art. 10.2

---

14-1. Véanse, en el plano doctrinal, Donatti (2018: 15), que defiende la vinculación general de los órganos judiciales al Convenio, y, especialmente, Salazar y Spadaro (2009). Con carácter general, Randazzo (2017).

<sup>56</sup> Como se defiende en la difundida STC 140/2018, 20-12, a la que ya se ha hecho referencia, y habíamos defendido previamente (Matia, 2018: 126 y ss.).

<sup>57</sup> Por este motivo nos separamos de la SCC 269/2017/5.2, 7-11, en la que el Tribunal Constitucional italiano vincula la Carta con los principios y derechos constitucionales. A nuestro juicio, los derechos recogidos en la Carta y el Convenio son directamente aplicables, pero no tienen carácter constitucional. Por este motivo también es cuestionable que dicho Tribunal tenga «la intención de participar en la elaboración jurisprudencial de los derechos entrando primero en el campo, colocando en la alfombra la tradición legal italiana y la identidad constitucional» (Scaccia, 2018: 7).

<sup>58</sup> El «Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional» (STJUE 26-2-2013/44, C-617/10, *Åkerberg Fransson*).

<sup>59</sup> En efecto, en ocasiones el Tribunal Constitucional se ha negado a integrar facetas de derechos humanos protegidas por el Tribunal de Estrasburgo en el contenido constitucionalmente declarado de derechos constitucionales. Un buen resumen de toda esta doctrina se recoge en el muy relevante ATC 40/2017, 28-2, del que se deduce que nuestro Tribunal Constitucional es el máximo intérprete del alcance de las normas constitucionales (también de las que recogen derechos fundamentales).

<sup>60</sup> Hipótesis defendida, en nuestro país, en el VP del magistrado Ollero Tassara a la STC 26/2014, 13-2-2014.

CE, porque esta disposición, rectamente entendida (Matia, 2012), permite al Tribunal Constitucional tomar en consideración catálogos internacionales de derechos humanos a la hora de interpretar el contenido y alcance de los derechos constitucionales, pero no le obliga a ello.

Otra cuestión, no menor, relacionada también con los derechos constitucionales es determinar si estos forman parte de la identidad nacional (art. 4.2 TUE) que la Unión Europea debe respetar o de esos elementos que los tribunales constitucionales han señalado clásicamente como prioritarios frente al derecho de la Unión. Se ha constatado cómo el Tribunal Constitucional italiano incluye los derechos fundamentales en la identidad nacional en el difundido asunto *Taricco*. Este enfoque contrasta con el de otros órganos constitucionales<sup>61</sup>. A nuestro entender, es más acertada la visión del Tribunal Constitucional italiano. Una cosa es aceptar con naturalidad que nuestra integración en la Unión Europea afecte a nuestro modelo constitucional, y otra, bien distinta, que se puedan comprometer los derechos constitucionales que justifican la finalidad del propio Estado y ocupan una destacada posición dentro de la Constitución<sup>62</sup>.

Partiendo de estas premisas se entiende bien que la intervención del Tribunal Constitucional deba reservarse como *ultima ratio*, puesto que pretende que se preserve la Constitución (en su caso, desde una perspectiva de la Unión Europea, la identidad nacional), que sigue siendo la máxima norma del ordenamiento estatal. Además, en segundo lugar, y como acertadamente afirma nuestro Tribunal Constitucional, la posibilidad de que el órgano judicial haga uso de la cuestión prejudicial (y, con idénticas razones, de la opinión

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional francés se ha declarado incompetente para controlar la conformidad de disposiciones legislativas con derechos fundamentales que trasponen normas claras, precisas e incondicionales prevista en directivas europeas (Decisión 2010-79/4 QPC, 17-12; véase, en el plano doctrinal, por todos, Mouron [2011]; doctrina reiterada las decisiones 2014-690/31 DC, 13-3; 2014-373/6 QPC, 4-4; 2018-750/751 QPC, 7-12; 2019-810 QPC/7, 25-10, y 2019-818 QPC/7, 6-12).

<sup>62</sup> Discrepamos de la opinión de que la definición de la identidad nacional corresponde, exclusivamente, al Tribunal de Justicia de la Unión, como defiende un amplio sector de la doctrina (véase, por todos, Federico, 2019: 18). Oponer ahora la identidad nacional (como noción europea) e identidad constitucional (que englobaría los antiguos contralímites) (*ibid.*: 6-7) nos llevaría al escenario previo a la introducción del art. 4.2 en el TUE. Véanse las SSTJUE de 5-6-2018, C-673/16, *Coman y otros*, y de 2-6-2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, entre otras, y, especialmente, las conclusiones generales del abogado Yves Bot, 2-10-2012/140, *Melloni*.

consultiva) sirve para determinar cuál es la norma aplicable<sup>63</sup>. Y la cuestión de inconstitucionalidad, que debe plantearse cuando el asunto esté pendiente de dictar sentencia, precisa que el órgano judicial cuestione el precepto que considera aplicable al supuesto que tiene que resolver. Resulta no solamente lógico que si hay dudas sobre su compatibilidad con el derecho de la Unión se resuelva previamente, sino que de esta forma se acredita el respeto que merece el proceso de integración europeo y, en nuestro país, el legislador democrático cuya norma será probablemente inaplicada. Y es que, y este es el tercer argumento, esta facultad del órgano judicial se engloba en una tarea esencialmente judicial, como es la de seleccionar el derecho aplicable al asunto que enjuicia. No tiene sentido lógico alguno que se difiera esta tarea y se plantee una cuestión de inconstitucionalidad sobre una norma que, aunque plenamente legítima desde un prisma constitucional, no sea aplicable.

Tiene razón el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando afirma que la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley por parte de un tribunal constitucional estatal puede dificultar que el órgano judicial pueda plantear posteriormente una cuestión prejudicial, puesto que el precepto ha sido ya anulado. Esto también aconseja dar el máximo protagonismo al derecho de la Unión (también, como no, a los derechos humanos recogidos en el CEDH) en la selección y aplicación del derecho y dejar en último lugar el control de constitucionalidad<sup>64</sup>. En primer lugar, porque de esta manera se podrá soslayar la normativa nacional que no respete la primacía del derecho de la Unión, inaplicándola. Y, en segundo lugar, porque, en la práctica, y como no puede ser de otra manera, los tribunales constitucionales tomarán en consideración, siempre que sea posible, los criterios fijados previamente por el Tribunal de Luxemburgo.

Una puntualización adicional debe realizarse en relación con la opinión consultiva ante el Tribunal de Estrasburgo. Si España decide integrar esta cuestión y contempla como jurisdicción suprema exclusivamente al Tribunal Supremo, por las razones aducidas anteriormente, se podrá garantizar una aplicación uniforme de los derechos recogidos en el Convenio, y se evitarán (o minimizarán) los supuestos en los que el Tribunal Constitucional se vea incapaz de tutelar derechos

<sup>63</sup> Ni siquiera los autores que proponen otras soluciones discuten que, mientras que la cuestión de inconstitucionalidad suscita la validez de una norma con fuerza de ley, lo que se ventila en la cuestión prejudicial es un problema de aplicación del derecho. Véase, por ejemplo, Cruz y Requejo Pagés (2015: 179).

<sup>64</sup> En sentido cercano, Antonio Ruggeri señala que la estrategia seguida por el Tribunal Constitucional italiano «perjudica, después de todo, precisamente a los derechos» de la Carta (2019a: 168).

subjetivos porque, a su juicio, no se integran en los derechos constitucionales, y también, por consiguiente, eventuales condenas al Reino de España.

La única excepción a este principio de respeto previo a las decisiones del Tribunal de Luxemburgo es cuando los tribunales constitucionales consideran que estos criterios menoscaban de forma grave los derechos fundamentales (*Melloni* y, más claramente, *Taricco*). En estos casos, y en otros cercanos, estamos ya en aplicación de los principios constitucionales básicos, denominense estos principios fundamentales de la Constitución y los derechos inalienables de las personas (Italia) o el respeto de los derechos fundamentales y el principio democrático (Alemania). Son los contralímites constitucionales que operan sobre el derecho de la Unión, que figuran, de una u otra forma, en la jurisprudencia constitucional de diversos países europeos, y que hoy se pueden integrar en la identidad nacional que la Unión Europea debe respetar (art. 4.2 TUE). En lo que interesa en la presente investigación se aprecia una diferencia de tratamiento en lo que atañe a los derechos constitucionales. Mientras que en el caso francés no se integra claramente en esos contralímites constitucionales el respeto de los derechos constitucionales, este sí es evidente en las jurisprudencias italiana y española<sup>65</sup>. Ya hemos indicado con anterioridad en este mismo trabajo que compartimos este enfoque, dada la posición nuclear que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional.

Por todas estas razones no comprendemos muy bien el empeño mostrado por algunas jurisdicciones constitucionales, como son la francesa e italiana (afortunadamente, no la española), en anticipar su intervención en el proceso. Si la finalidad es preservar el modelo de jurisdicción constitucional concentrada<sup>66</sup>, es posible defender que la estrategia empleada para ello no es la más eficiente, porque se inhibe, en principio, del control sobre los efectos de la jurisprudencia que el Tribunal de Luxemburgo puede tener sobre la identidad nacional. En efecto, la intervención, previa o *a posteriori*, del Tribunal Constitucional no puede servir, en principio, para cuestionar el cumplimiento de las normas internacionales y de la Unión Europea. Pero, por otra parte, no

---

<sup>65</sup> La italiana ha sido exhaustivamente examinada en líneas anteriores. En relación con la española nos remitimos, sin más trámite, y por todas, a la STC 58/2004/11, 19-4.

<sup>66</sup> Cruz y Requejo (2015: 186). G. Scaccia considera que la decisión del Consejo Constitucional trae causa del descenso de cuestiones prioritarias de constitucionalidad planteadas, que convive con un mayor margen de decisión de los órganos judiciales, a través de los mecanismos de interpretación conforme y aplicación directa de normas internacionales y de la UE (2018: 4-5). Guazzarotti considera que la cuestión de inconstitucionalidad se muestra como una pesada carga procesal e ineficiente para la protección de los derechos (2014: 9).

parece descabellado que, si se acepta la relevancia constitucional que los derechos fundamentales tienen, quepa pronunciarse en último lugar sobre la legitimidad de un acto que los pueda vulnerar, con independencia de que tenga su origen en el derecho de la Unión o en el nacional<sup>67</sup>. Los casos *Taricco* y *Melloni* confirman esta hipótesis. Por estas razones resulta cuestionable que las jurisdicciones constitucionales francesa e italiana prioricen su intervención sobre la del Tribunal de Luxemburgo, también desde esta perspectiva. Y más aún si se recuerda que ambos carecen del recurso de amparo, que impide también un control *a posteriori* en esta materia tan sensible.

Por todas estas razones nos parece más acertada la posición de nuestro Tribunal Constitucional, que sigue exigiendo que los tribunales ordinarios despejen sus dudas relacionadas con el derecho de la Unión antes de que, en su caso, planteen la cuestión de inconstitucionalidad.

Somos conscientes de que este posicionamiento se separa de la posición del Tribunal de Justicia, que considera que los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter [en cualquier fase del procedimiento] cuestiones prejudiciales<sup>68</sup>. Este Tribunal se ha pronunciado, en particular, sobre la ordenación temporal de la cuestión prejudicial en relación con la cuestión de inconstitucionalidad, y su doctrina se puede resumir en tres afirmaciones.

La primera es que la imposición por el derecho nacional de que deba presentarse de forma prioritaria una cuestión de inconstitucionalidad sobre la cuestión prejudicial no coarta la libertad de actuación del órgano judicial para dirigirse al Tribunal de Luxemburgo cuando considere oportuno<sup>69</sup>.

La segunda afirmación es que

[...] el órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial está obligado, en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión aun cuando, en el marco del mismo procedimiento nacional, el tribunal constitucional del Estado miembro de que se trate haya apreciado la constitucionalidad de las normas

<sup>67</sup> Véase la STC 64/1991/2, 22-3.

<sup>68</sup> ATJUE 12-2-2019/38-39, C-8/19 PPU, *RH*, que se remite a la STJUE 5-7-2016/17, C-614/14, *Ognyanov*. También puede el órgano judicial adoptar medidas, cautelares o definitivas, que aseguren la plena eficacia del derecho de la Unión, como la inaplicación de normas nacionales (STJUE 9-12-2017/50, C-283/16, *M. S.*).

<sup>69</sup> SSTJUE *Melki y Abdeli y A. y B. y otros*, analizadas *supra*.

nacionales a la luz de normas de referencia de contenido análogo a las del Derecho de la Unión<sup>70</sup>.

Esto supone que el control de constitucionalidad no impide el ulterior planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial.

E incluso, y esta es la tercera afirmación reseñable, el Tribunal de Justicia acepta con naturalidad que un órgano judicial pueda o deba plantear una cuestión prejudicial relacionada con una disposición nacional aunque «esté pendiente un procedimiento incidental de control de la constitucionalidad de esa misma normativa ante el órgano jurisdiccional nacional encargado de ejercer ese control»<sup>71</sup>.

Esto supone que, en la práctica, el Tribunal Constitucional no pueda oponerse eficazmente a que un tribunal que le ha sometido previamente una cuestión de inconstitucionalidad opte, con posterioridad, a plantear una cuestión prejudicial. O que decida, pese a todo, acudir antes al Tribunal de Justicia que al Tribunal Constitucional. Y abre una tercera hipótesis a las dos examinadas en líneas anteriores (que partían de una precedencia temporal de una remisión incidental sobre la otra, ya fuera acudiendo primero al Tribunal Constitucional o, como nos parece más acertado, ante el Tribunal de Luxemburgo). Se trata ahora de preguntarse si sería admisible la utilización de ambas vías en paralelo, a la que podría sumarse también la relativa a la opinión consultiva.

Así lo defienden Cruz y Requejo justificando esta posición porque asumiéndola se evitaría incurrir en dilaciones indebidas y se protegería el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables (2015: 192-193). Asumen los propios autores que esta solución sacrifica la naturaleza incidental de la cuestión prejudicial y la exigencia de que la norma con fuerza de ley sometida a control constitucional sea aplicable al caso. Aunque las razones ofrecidas son de indudable peso, nos parece que la desnaturalización de los citados procesos incidentales y los problemas prácticos que se pueden producir (especialmente, si se añade la opinión consultiva como opción al alcance del Tribunal Supremo) no son menores. Si el Tribunal Constitucional estableciera, por ejemplo, que una norma que traspone una directiva vulnera un derecho fundamental y la declarase inconstitucional, y posteriormente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretara que esa misma norma nacional traspone correctamente la directiva, ¿qué debería hacer el órgano judicial?

<sup>70</sup> STJUE 20-12-2017/26, C-322/16, *Global Starnet Ltd.*

<sup>71</sup> STJUE 4-6-2015/39, C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems.*

Siendo relevantes los derechos fundamentales invocados, debe atenderse también al principio de seguridad jurídica. No parece que este se viera asegurado en el supuesto de que un órgano judicial se dirigiera, simultáneamente, a los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, porque está determinando la norma aplicable al caso, pero la cuestión de inconstitucionalidad debería, en su caso, plantearse justo antes de dictar la resolución. Y, por otra parte, es posible respetar los derechos de las partes (en particular, los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas) con medidas menos drásticas, como es que los tribunales sean más ágiles en la tramitación de estas causas (Scaccia, 2018: 12).

Resulta claro, a nuestro modesto entender, que la cuestión de inconstitucionalidad (o la cuestión prioritaria de constitucionalidad) debe promoverse, en su caso, cuando el órgano judicial ya ha resuelto todas las dudas que pueda albergar con respecto al derecho de la Unión o del CEDH. Entendemos, pues, que, en este caso, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, confirmada en el ATC 116/2020, de 22 de septiembre, es más acertada que las soluciones dadas a este mismo problema en Francia (a través de una ley orgánica) y en Italia (a través de una variación jurisprudencial).

En el caso de que se diera un supuesto de triple prejudicialidad, puede todavía plantearse a qué tribunal europeo debería acudir en primer lugar. Dado que el Convenio obliga al Estado español cuando actúa sobre cualquier justiciable, siendo irrelevante que el acto u omisión tenga su origen en una norma española o de la Unión, es razonable que se acuda, en primer lugar, al Tribunal de Estrasburgo. Otros argumentos adicionales refuerzan esta tesis. El primero es que, como es sabido, mientras que la Carta de los Derechos de la Unión Europea opera exclusivamente en el marco de su competencia, el régimen del derecho humano recogido en el CEDH es siempre el mismo. Y el segundo es que el Tribunal de Luxemburgo no se caracteriza, por lo general, por ejercer un control intenso desde la perspectiva de los derechos fundamentales sobre la actuación de la Unión Europea, siendo más incisivo cuando supervisa la actuación de los Estados miembros.

Por estas razones se sugiere que, si hay dudas que afectan a los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, y al Tribunal Constitucional, se siga este mismo orden. Si el Tribunal de Estrasburgo detectara que una norma o práctica judicial resulta incompatible con un derecho humano, cuyo alcance ha sido objeto de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el órgano judicial estará obligado a tutelarlos directamente. Si no fuera así, pero el órgano judicial entiende que el derecho nacional no es compatible con el derecho de la Unión, podrá plantear una cuestión de interpretación o validez sobre este último. Y, en todo caso, cuando dude de que el precepto que va a

aplicar es incompatible con la Constitución, podrá acudir ante el Tribunal Constitucional.

Dos consideraciones suplementarias deben realizarse antes de concluir este trabajo.

La primera es para reiterar que, siendo esta nuestra posición, es claro que un órgano judicial español podría plantear una cuestión prejudicial después de acudir ante el Tribunal Constitucional. En la medida en que el Tribunal de Luxemburgo contempla esta posibilidad, no es descartable que se produzca. Tampoco es deseable que esto ocurra, por las razones esgrimidas con anterioridad. Por esta última razón procede apelar a la lealtad institucional de nuestros tribunales con el Tribunal Constitucional y a que tengan a bien tomar en consideración su razonable doctrina en este punto.

La segunda reflexión, adicional pero relevante en la práctica, es que sería conveniente que el Tribunal Constitucional fuera más flexible en la admisión de cuestiones de inconstitucionalidad, y más diligente en su tramitación. El rigor con el que actúa nuestro Tribunal, que contrasta con las facilidades brindadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, le ha impedido intervenir en muchos asuntos con gran relevancia para nuestro país y para la Unión Europea. Y ha podido fomentar que nuestros tribunales opten por dirigirse a Luxemburgo antes que a Domenico Scarlatti. El análisis de esta intuición, realizada a vuelapluma, precisaría de un estudio que supera la finalidad perseguida con el presente trabajo, por lo que nos limitamos a apuntarla.

## BIBLIOGRAFÍA

- Adinolfi, A. (2013). Una ‘rivoluzione silenziosa’: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale. *Rivista di Diritto Internazionale*, 96 (4), 1249-1253.
- Anzon, A. (2018). La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei ‘controlimiti’. *Forum di Quaderni Costituzionali. Rassegna*.
- Berranger, T. (1995). *Constitutions nationales et construction communautaire: essai d’approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l’integration européenne*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Branca, M. (2014). Il punto sui controlimiti. *Giurisprudenza costituzionale*, 3899.
- Burchardt, D. (2018). Kehrtwende in der Grundrechts- und Vorrangrechtsprechung des EuGH? *Europarecht*, 53 (2), 248-263. Disponible en: <https://doi.org/10.5771/0531-2485-2018-2-248>.
- Carcassonne, G. (1999). Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975? *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 7, 93-100.

- Carnelutti, F. (1960). La Corte Costituzionale sopra lo Stato? *Rivista di Diritto Processuale*.
- Cartabia, M. (2008). La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1312.
- Catalano, N. (1964). Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità Europee. *Il Foro Italiano*.
- Catalano, S. (2019a). Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale. *Federalismi.it*, 10.
- (2019b). Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale. *Osservatorio costituzionale*, 4.
- Celotto, A. (2018). Ritorno al passato sui controlimiti. *Giurisprudenza Costituzionale*, 3.
- Cerri, A. (2013). La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte. *Giurisprudenza Costituzionale*.
- Comazzetto, G. (2018). Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017. *Federalismi.it*, 24.
- Cossiri, A. (2008). La prima volta della Corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti, costituzionale e di giustizia, ma nei soli giudizi in via principale. *Forum di Quaderni Costituzionali. Rassegna*.
- Coutron, L. y Gahdoun, P. (2013). Premier renvoi préjudiciel du Conseil Constitutionnel à la Cour de Justice de l'Union Européenne: une innovation aux implications incertaines. *Revue du Droit Public*, 5, 1207-1228.
- Cruz Villalón, P. y Requejo Pagés, J. L. (2015). La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19 (50), 173-194.
- Donatti, F. (2018). Il rilievo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento interno: problema e possibili soluzioni. *Osservatorio sulle fonti*, 11 (1).
- Droin, A. (2014). Primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional francés al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 29, 71-83.
- Federico, G. (2018). La saga Taricco: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa). *Federalismi italiano*, 11.
- (2019). Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della regola Taricco nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE. *Federalismi.it*, 4.
- Ferrante, M. L. (2018). La vicenda Taricco e la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. *Diritti fondamentali*, 1.
- Fondevila Marón, M. (2019). El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23 (2), 439-458. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.13>.
- Genevois, B. (1999). Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975? *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 7, 93-100.
- Godio, L. (2016). Los principios generales de Derecho como fuente del Derecho internacional público. *Revista de Derecho*, 15(30), 47-68.

- Gordillo Pérez, L. I. (2012). *Constitución y ordenamientos supranacionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guazzarotti, A. (2014). Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri. *Diritti Comparati*. Disponible en: <https://bit.ly/2YJGyFW>.
- Gundel, J. (2012). Die 'question prioritaire de constitutionnalité' vor dem EuGH: Unionsrechtliche Vorgaben für die Koordination nationaler Vorlagepflichten mit Art. 267 AEUV und dem Vorranganspruch des EU-Rechts. *Europarecht*, 47 (2), 213-229. Disponible en: <https://doi.org/10.5771/0531-2485-2012-2-213>.
- Guset, V. (2018). Les apories de l'arrêt Taricco II. *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3, 183-197.
- Gustaferró, B. (2018). Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco. *Quaderni Costituzionali*, 38 (2), 441-464.
- Jimena Quesada, L. (2019). La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, 15.
- López Castillo, A. (1996). *Constitución e integración: el fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la RFA*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lupo, N. (2019). Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema a rete di tutela dei diritti in Europa. *Federalismi.it*, 13.
- Mangas, A. (1991). La Constitución y la Ley ante el derecho comunitario. *Revista de Instituciones Europeas*, 18 (2), 587-624.
- Matia Portilla, F. J. (2012). ¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 355-377.
- (2016). Primacía del Derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 479-522. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.106.13>.
- (2018). *Los Tratados internacionales y el principio democrático*. Madrid: Marcial Pons.
- (2019). Las relaciones entre los TTCC y el TJUE: lo que los tribunales constitucionales deben y no deben, en principio, hacer. En J. I. Ugartemendia Eceizabarrena y A. Saiz Arnaiz (dirs.) *El futuro jurisdiccional de Europa* (pp. 151-175). Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Mehdi, R. (2011). French supreme courts and European Union law: Between historical compromise and accepted loyalty. *Common Market Law Review*, 48 (2), 439-473.
- Monaco, R. (1964). Diritto comunitario e Diritto interno avanti la Corte Costituzionale. *Giurisprudenza Italiana*, 1, 1312-1318.
- Mouron, P. (2011). Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, toujours dans l'impasse. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 87, 588-595.
- Orench y del Moral, M. A. (2004). *El Derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo: los principios generales del Derecho internacional*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

- Pastor Palomar, N. (2019). La entrada en vigor del protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Europeo*, 47, 8.
- Randazzo, A. (2017). *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Repetto, G. (2019). Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE. *Giurisprudenza Costituzionale*, 64 (1), 226-265.
- Ruggeri, A. (2014). La Corte aziona l'arma dei controlimiti e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria. *Diritti comparati*.
- (2018a). Taricco, amaro finale di partita. *Consulta Online*, 3.
- (2018b). Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/ 2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi v. Consob). *Consulta Online*.
- (2019a). I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo. *Consulta online*, 1.
- (2019b). La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro. *Consulta Online*, 1.
- (2019c). Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale. *Ordine internazionale e diritti umani*, 3.
- (2019d). Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del dialogo con le Corti europee e i giudici nazionali. *Consulta Online*, 2, 242.
- Salazar, C. y Spadaro, A. (eds.) (2009). *Riflessioni sulle Sentenze 348-349/2007 della Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Salvato, L. (2018). I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità 'sostanziale' della questione di legittimità. *Forum di Quaderni Costituzionali. Rassegna*, 5.
- Sánchez Legido, Á. (1991). Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 33, 175-207.
- Sandulli, A. (2015). All'estremo limite dei controlimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale. *Il Foro Italiano*, 140 (4), 1166-1253.
- Sarmiento, D. (2010a). Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Europeo*, 37, 97-110.
- (2010b). La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen: L'arrêt Melki: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française. *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, 46 (3), 588-598.
- Scaccia, G. (2018). L'inversione della 'doppia pregiudiziale' nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi. *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Simon, D. (2013). Il y a toujours une première fois... A propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013. *Europe*, 23 (5), 6-10.
- Sorrentino, F. (2002). E' veramente inammissibile il doppio rinvio? *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 781.

- Tega, D. (2019). Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso. *Quaderni Costituzionali*, 39 (3), 615-644.
- Vitale, G. (2019). I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale. *Federalismi.it*, 10.

REVISTA ESPAÑOLA DE

# Derecho Constitucional



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

**FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA**

De la doble a la triple prejudicialidad. ¿Es posible ordenar lo complejo?

**LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ**

La inconsistencia del fundamento constitucional para eliminar la posibilidad de restricción del ejercicio del sufragio por razón de incapacidad electoral

**JOSÉ DOMINGUES Y VITAL MOREIRA**

Genealogy of the notion of Constitution in Portugal: the “fundamental laws” and the “civil constitution”

# 121

Año 41

enero/abril

## 2021

ESTUDIOS



NOTAS



JURISPRUDENCIA



CRÍTICA DE LIBROS

*Revista Española  
de Derecho Constitucional*  
ISSN-L 0211-5743  
Núm. 121, enero/abril 2021