

## Centenario del Colegio Mayor San Juan de Ribera

### Mesa Redonda La Justicia en España.

Centro Cultural La Nau, Universitat de València, calle Nave, 2, Valencia. Miércoles 30 de septiembre de 2015, 19 horas.

#### **-Algunos retos de la Justicia Constitucional (Tribunal Constitucional) en la España del siglo XXI.<sup>1</sup>**

Joaquín Sarrión Esteve

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal  
Facultad de Derecho, Universidad de Valencia  
46022 Valencia/ España  
E-mail: [joaquin.sarrion@uv.es](mailto:joaquin.sarrion@uv.es)

#### **Introducción**

La Justicia Constitucional está indisolublemente unida a la Constitución, entendida ésta en un sentido racional-normativo, liberal y democrático, y de forma particular como norma suprema del ordenamiento jurídico.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecería ya el contenido mínimo de toda norma que pueda preciarse del nombre de "constitución", al declarar que *"Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la división de poderes carece de Constitución"*, si bien hoy exigimos que el régimen político definido en la Constitución - el régimen político constitucional- sea necesariamente la democracia (democracia constitucional).

La Constitución de 1978, como es de todos sabido, consagra España como un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE), y de forma expresa su propia

---

<sup>1</sup> Working Paper de la Presentación.

normatividad al establecer la sujeción a la misma de los ciudadanos y los poderes públicos en el art. 9.1 CE.

Ahora bien, para que la Constitución pueda ser normativa, norma suprema, es necesaria la Justicia Constitucional. Ya en 1803 el juez Marshall estableció claramente en *Marbury contra Madison*<sup>2</sup> que o bien la Constitución es la ley suprema que no puede ser variada por una ley ordinaria, o es una ley más, no cabría solución intermedia.

Si la Constitución es norma suprema, entonces una ley ordinaria no la puede modificar, y el juez al aplicar la ley debe controlar su constitucionalidad, que determinaría su aplicabilidad.

La introducción del control constitucional de la ley es de una relevancia extrema, sin duda.<sup>3</sup> Aunque en EEUU se desarrolló un sistema de control desconcentrado o difuso donde todo juez tiene ese control, y por tanto está capacitado para inaplicar una ley a un caso concreto (que no derogarla, que es competencia del legislativo), aunque el Tribunal Supremo determina en última instancia a través del precedente una jurisprudencia vinculante para todos.

En Europa, Kelsen construye teóricamente un modelo de control constitucional diferente, el concentrado, en el que un único órgano debe estar revestido de dicho poder, y sí asumirá un rol de legislador negativo cuando declara la inconstitucionalidad de una ley, expulsándola del ordenamiento jurídico.

Actualmente, en Europa no podemos hablar de un modelo puro, sino de una cierta "convergencia" de ambos<sup>4</sup>, con un órgano especializado así como la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad, junto con la asunción de nuevas funciones como la tutela de los derechos fundamentales en algunos países, siguiendo la estela del Tribunal

---

<sup>2</sup> *Marbury contra Madison* (5 U.S. 137 1803). Se puede acceder a un estudio exhaustivo de la sentencia en Clemente Valdés S. (2005). "Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 4; y en Carbonell, M. (2006). "Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 5.

<sup>3</sup> El desarrollo del control constitucional y el enorme poder que ejerce la revisión judicial ya fue objeto de críticas en su momento. Para una crítica actual, véase la obra de Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves*, Oxford University Press.

<sup>4</sup> Torres del Moral, A. (2011). *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, 4ª Edición, Universitas, 2012, pág. 234.

Supremo de EEUU, es decir, que la Justicia Constitucional ha dejado de ser el control constitucional de la ley.

En ese sentido, como dice Antonio Torres del Moral, por sus funciones *"Nada sorprende, pues, que en la Justicia Constitucional se concentren, como en una última síntesis, todos los problemas de la juridificación de la política, o, dicho en un singular todavía más comprehensivo, todo el problema del Estado de Derecho"*.<sup>5</sup>

En España, la Justicia Constitucional está protagonizada por el Tribunal Constitucional que es un órgano constitucional –valga la redundancia- que encuentra su regulación en el Título IX de nuestra Carta Magna, como por todos es sabido. Ahora bien, es complejo reflejar de una forma precisa en términos jurídicos su naturaleza, en la medida en que si bien no forma parte del Poder Judicial, ejerce funciones jurisdiccionales.

Respecto a las competencias del Tribunal Constitucional las podemos reducir a tres grandes bloques o grupos en base a la función que ejerce:

**Juez de constitucionalidad de la ley:**

- Recurso de inconstitucionalidad, arts. 161.1 a) CE y 2.1a) LOTC;
- Cuestión de inconstitucionalidad, arts. 163 CE y 2.1.a) LOTC
- Declaración de constitucionalidad de los Tratados internacionales, art. 2.1. e) LOTC.

**Juez de conflictos constitucionales:**

- Conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí, arts. 161.1c) CE y 2.1. c) LOTC;
- Conflictos entre los órganos constitucionales del Estado, art. 2.1. d) LOTC;
- Conflictos en defensa de la autonomía local, art. 2.1.d) bis LOTC.

**Juez de los derechos fundamentales:**

- Recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales, arts. 161.1 b) CE) y 2.1. b) LOTC.

---

<sup>5</sup> Torres del Moral, A. (2011). *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, 4ª Edición, cit., pág. 227

Sin embargo, debemos aclarar que si bien el TC es protagonista de la Justicia Constitucional, no es su titular exclusivo, en la medida en que los jueces ordinarios pueden controlar la constitucionalidad las leyes previas a la Constitución (control constitucional de la ley), así como tutelar derechos fundamentales tanto en el procedimiento ordinario (de forma particular en el incidente de nulidad de actuaciones) como en el procedimiento preferente y sumario, todas ellas funciones de Justicia Constitucional.

Por otro lado, como ocurre con otros Tribunales Constitucionales, controla en el ejercicio de sus funciones a los tres poderes clásicos (legislativo, ejecutivo y judicial); y en aquí intervienen en su designación el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, y el Órgano de Gobierno del Poder Judicial.<sup>6</sup>

En efecto, la composición del TC viene determinada ex artículo 159 de la CE cuyo apartado primero dispone que *"se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo del Poder Judicial"*.

La Constitución consagra de forma clara la separación del TC del Poder Judicial, y por tanto se queda como un órgano constitucional que ejerce un control sobre todos los poderes para garantizar la supremacía de la Constitución en nuestro sistema jurídico-político. Desde este punto de vista parece evidente que es un auténtico guardián y contrapeso de los poderes, quizá "el defensor de la Constitución"<sup>7</sup>.

Pues bien, los retos a los que se enfrenta actualmente la JC y en particular el TC, sin duda, pueden ser muchos, y su enumeración y explicación excedería tanto mi capacidad como el tiempo del que dispongo, por ello quiero apuntar algunos por su especial trascendencia actual.

---

<sup>6</sup> Algunos autores afirman que llama la atención que los llamados a controlar a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial sean elegidos por los controlados, vid. Guarneri, C. y Pederzoli, P. (1999). *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Taurus, Madrid, pág. 116.

<sup>7</sup> El concepto de "el defensor de la Constitución" aparece en la gran obra de Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de R.J. Brie, Tecnos, Madrid.

## 1.-) Ejercer de contrapoder democrático (de la mayoría) en la sociedad del Siglo XXI.

Ya en los albores de la Justicia Constitucional se discutió muchísimo sobre quién detentaba el poder de definir la interpretación constitucional válida, si la Constitución era una decisión del pueblo, y por tanto era el pueblo (Republicanos) o bien era una norma jurídica y por tanto debían hacerlo los jueces (Federalistas).

En *Marbury vs. Madison*, se consolidó la concepción normativa de la Constitución, como norma de normas (*norma normarum*), con la supremacía constitucional, pero las críticas que entonces se hicieron, fundamentalmente la acusación de hurtar la Constitución a su creador, el pueblo, siguen vivas hoy en día.<sup>8</sup>

Además, el hecho de que los tribunales constitucionales hayan asumido además del clásico control constitucional de la ley también una función de tutela de derechos fundamentales les ha llevado a la ponderación de principios y derechos, un horizonte abierto para la protección de las minorías y la introducción de nuevos derechos vía interpretación.

No obstante, hay que tener en consideración que la Justicia Constitucional del TC es en principio una Justicia rogada, se tiene que acudir al Tribunal para que controle la constitucionalidad de una ley vía recurso directo o cuestión, un conflicto constitucional, o conozca de un amparo, en éste último caso, además se requiere la subsidiariedad y la trascendencia constitucional.

Esta misma reforma amplió el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ)<sup>9</sup> para potenciar su utilización por la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales, y reforzó la posición institucional del TC (arts. 4, 10.1 h) y 92.2 LOTC) de una forma radical.<sup>10</sup> Detengámonos ahí un momento.

---

<sup>8</sup> Kramer, L. D. (2004), *The People Themselves*", cit.

<sup>9</sup> La Disposición final primera de la L.O. 6/2007 modifica el art. 241 LOPJ quedando con la siguiente redacción: «1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido de serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no hay podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.»

<sup>10</sup>Sobre la reforma de la L.O.T.C para reforzar la posición institucional del TC, véase Sarrión Esteve, J. (2011). "La búsqueda de la supremacía institucional del Tribunal Constitucional a través de la reforma de

El refuerzo de esta posición derivaba de la necesidad de solventar las tensiones y conflictos que se habían manifestado entre el TC y algunas Salas del Tribunal Supremo, cuyo culmen fue la condena por responsabilidad civil a once magistrados del TC por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo en STS de 23 de enero de 2004,<sup>11</sup> optando el legislador por reformular el Art. 4 de la LOTC<sup>12</sup> de tal forma que se introduce la potestad del TC de delimitar el ámbito de su jurisdicción, pudiendo adoptar cuantas medidas sean necesarias para salvaguardarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que menoscaben su jurisdicción (art. 4.1 LOTC), e imposibilitando la revisión de sus decisiones por otros órganos jurisdiccionales (art. 4.2 LOTC), con la sanción de nulidad en ambos supuestos (art. 4.3 LOTC); y atribuyéndole competencia genérica en la letra h del art. 10.1 para conocer "De las anulaciones en defensa de la jurisdicción del Tribunal. Interpretando en conexión el art. 4 y el art. 10.1 h podemos entender que esta potestad no es de Justicia rogada, y puede ser ejercida de oficio, pues el 4.3 sólo la condiciona a que lo motive previa audiencia al MF y al órgano autor del acto o resolución.

Por si no quedaba claro, se introduce en el art. 92 LOTC complementariamente también la facultad en el ámbito de ejecución de sus sentencias (ya se establecía que el TC podía disponer en la sentencia o resolución o en actos posteriores quién ha de ejecutarlos y en su caso resolver las incidencias de la ejecución) la competencia para "*también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que las contravengan las dictadas en el*

---

su Ley Orgánica", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 9, págs. 153-165; y Sarrión Esteve, J. (2011). "Sobre el "conflicto" entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: la opción del legislador por la consagración de la supremacía del Tribunal Constitucional en la reforma de su ley orgánica", *CEFLegal: revista práctica de derecho*, n. 99, págs. 31-66.

<sup>11</sup> STS 51/2004, de 23 de enero, Sala Primera. Sobre esta sentencia, víd. Fernández Segado, F. (2005), "La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero de 2004, una flagrante quiebra de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, n. 129, págs. 193-216. Posteriormente amparados por un TC renovado, véase STC 133/2013, de 5 de junio.

<sup>12</sup> Art.4.LOTC:

**"1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscabasen; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.**

**2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.**

**3. Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores lo ha de hacer motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución.**

Letra sombreada por el autor correspondiente a la reforma llevada a cabo por L.O. 6/2007.

*ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de estas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.*"<sup>13</sup>

Aun así, estamos a las puertas de un nuevo reforzamiento del TC a través de la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la L.O.TC, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, planteada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso<sup>14</sup>, y que introduce una concretización de sus potestades a la hora de hacer efectivas sus decisiones, sin duda discutida<sup>15</sup>, y considerada por unos como adecuada<sup>16</sup>, y por otros como innecesaria<sup>17</sup>.

Sin pretender entrar en este debate, queríamos plantear la cuestión de fondo ¿Es la interpretación emitida por un tribunal con función constitucional una interpretación privilegiada tal que pueda afirmarse que es final?

No tengo una respuesta, pero hay una famosa frase del Juez Jackson en el caso *Brown v. Allen*, de 1953, "*No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra*".

La otra gran aportación de la reforma de la L.O.T.C. llevada a cabo por la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, dotó al TC de un control discrecional de la admisibilidad del recurso, a través del requisito de la trascendencia constitucional, pero motiva que puedan existir

---

<sup>13</sup> Art. 92 LOTC:

*"El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución.*

***Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.***"

Letra sombreada por el autor correspondiente a la reforma llevada a cabo por L.O. 6/2007.

<sup>14</sup> Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho (122/00213). Presentada el 01/09/2015, accesible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?\\_piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000213\\*.NDOC.%29](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000213*.NDOC.%29)

<sup>15</sup>"La reforma constitucional, necesaria o munición independentista", 01.09.2015, en Entrenemientobit.com, <https://entrenemientobit.com/fotografia/la-reforma-del-constitucional-necesaria-o-municipion-independentista/>

<sup>16</sup> Gimbernat, E. (2015), "La reforma del Tribunal Constitucional", El Mundo, 19.09.2015, <http://www.elmundo.es/opinion/2015/09/19/55fc53c1ca4741a1388b45a8.html>

<sup>17</sup>Cámara, G. y Montilla, J.A. (2015). "Insólita reforma" El País, 09.09.2015, [http://elpais.com/elpais/2015/09/08/opinion/1441725494\\_451106.html](http://elpais.com/elpais/2015/09/08/opinion/1441725494_451106.html), y en Iustel, [http://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1144704](http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1144704)

supuestos de vulneración de derechos fundamentales en los que por falta de trascendencia constitucional el TC no va a entrar.<sup>18</sup>

Esto me da pie, por otro lado, a conectar con la segunda cuestión que quería tratar.

## **2.-) Ejercer de garante de los derechos fundamentales en un sistema multinivel por la integración de España en la UE.**

Vamos a ocuparnos ahora de la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales en la Justicia Constitucional y cómo se ha visto influido por el Derecho de la UE (primacía).

Las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea (UE) y el Derecho Nacional se suelen describir -desde una perspectiva jurídica-<sup>19</sup> con el llamado paradigma del sistema multinivel, con teorías que buscan una aproximación a las mismas como son el pluralismo constitucional (*constitutional pluralism*)<sup>20</sup> o el constitucionalismo multinivel (*multilevel constitutionalism*)<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup>Sobre la trascendencia constitucional, son esenciales las SSTC,

Ello ha motivado que algunos autores consideren este requisito inconstitucional.

<sup>19</sup> Ciertamente, y dado que los estudios sobre la Unión Europea tienen un estatus interdisciplinar, caben otras aproximaciones desde otras disciplinas como la Ciencia Política, la Economía o la Sociología Vid. Milczarek, D. (2012). "Theoretical Aspects of European Studies", en D. Milczarek, A. Admczyk, and K. Zajackowski (Ed.). *Introduction to European Studies: A New Approach to Uniting Europe, Centre for Europe*, University of Warsaw, págs.13-32. Todo ello sin desconocer elementos deudores de estas construcciones más jurídicas del concepto de Gobernanza Multinivel (*multilevel governance*), véase Mayer, F., (2003). "The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System", *Jean Monnet Working Paper*, 9/03, pág. 50, accesible en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf> [Acceso 04/09/2015]

<sup>20</sup> Véase por ejemplo, MaccorMick, N. (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford University Press, Oxford; Walker, N. (2002). "The Idea of Constitutional Pluralism", *The Modern Law Review*, v. 65, n.3; Poiares Maduro, M. (2003). "Las formas del poder constitucional en la Unión Europea", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 119;

<sup>21</sup> En este sentido, véase: Pernice, I. (1999). "Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36, y (2002) "Multilevel constitutionalism in the European Union", *European Law Review*, n. 27; Balaguer Callejon, F. (2008). "Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea" en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, v. 2; Freixes San Juan, T. (2011). "Constitucionalismo multinivel e integración europea" en *Constitucionalismo Multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, Parlamentos nacionales, Parlamentos regionales con competencias legislativas*, CEPC, Madrid; Gómez Sánchez, Y. (2014). *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 2ª edición, Sanz y Torres, Madrid.

En este sentido, estaríamos asistiendo a la consolidación de un sistema multinivel de protección de derechos fundamentales; y necesitamos poder explicar la relación los diferentes niveles -autónomos y a la vez interdependientes- o sistemas (subsistemas) que se integran en el sistema multinivel los integra<sup>22</sup>; con diferentes centros de poder y legitimación nacional y trasnacional coexisten e interactúan

Los Estados miembros de la UE son a su vez miembros parte en el Consejo de Europa, con lo que efectivamente podemos hablar principalmente de tres niveles de garantía en el territorio de la UE (aunque la propia Unión en sí misma no se haya adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>23</sup>, y aunque sea verdad que el convencional formaría parte del nivel más amplio formado por el Derecho Internacional): nacional, UE y convencional<sup>24</sup>.

En cada uno de estos tres niveles, podemos identificar un garante de los derechos fundamentales y máximo intérprete de su aplicación en su nivel respectivo. En el nivel nacional será el tribunal constitucional o supremo con competencia para ello; en el nivel UE, el Tribunal de Justicia;<sup>25</sup> y en el nivel convencional del Consejo de Europa, tenemos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que garantiza los derechos y libertades reconocidos en el Convenio.

---

<sup>22</sup> Por lo que se puede afirmar que "el *multilevel* puede configurarse como un paradigma autónomo en el arco del proceso de integración europea, dirigido a explicar esta complejidad jurídica, aplicable a los sistemas integrados por subsistemas que, en el constitucionalismo, pueden enlazarse con el federalismo y con la interpretación sistemática", véase Freixes Sanjuan, T. "Constitucionalismo multinivel e integración europea", op. cit., pág. 41.

<sup>23</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH).

<sup>24</sup> Decimos principalmente porque existen también garantías en otros niveles internacionales o internos. A nivel internacional, por ejemplo las garantías derivadas de los sistemas de Naciones Unidas; y a nivel interno las garantías regionales dentro de algunos ordenamientos estatales complejos.

<sup>25</sup> Sobre el TJUE como garante de los derechos fundamentales hemos escrito en extenso antes, planteando la necesidad de aproximarse en profundidad en particular a dos líneas jurisprudenciales: 1) la resolución de los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales; y 2) la tutela de los derechos fundamentales frente a las obligaciones internacionales y el Derecho internacional. Sobre la primera, véase Sarrión Esteve, J. (2013). *Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson, págs 73-92, y (2011) "Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de Derecho Político*, n. 81, págs. 379-412; y ; sobre la segunda véase Sarrión Esteve, J. (2012). "La tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea como límite a las obligaciones internacionales y el Derecho Internacional" en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Homenaje a Antonio Torres del Moral*, CEPC, Universitat, v. 3, págs. 3365-3382.

Dejando a un lado el tema del TEDH, me ceñiré a la cuestión de la relación entre el DUE y el Derecho Nacional desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales por parte de la Justicia Constitucional.

Como es bien sabido, antes del Tratado de Lisboa el Tribunal de Justicia se ocupó de configurar la protección de los derechos fundamentales a través de su jurisprudencia, tras una previa constitucionalización del entonces Derecho comunitario (autonomía, efecto directo y primacía)<sup>26</sup>; a partir de *Stauder* (1965)<sup>27</sup> cuando el Tribunal de Justicia reconoce que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario, e *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)<sup>28</sup> en la que proclama que la protección de los mismos, inspirada en las tradiciones constituciones comunes, debe garantizarse en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad.

Por tanto, podemos ver como se introduce una configuración autónoma y diferencial de la protección de los derechos fundamentales en el seno comunitario vinculada a los propios objetivos y estructuras de la Comunidad frente a los sistemas constitucionales nacionales, para lo que es básico la utilización de ese "comodín" de los principios generales<sup>29</sup>.

**De hecho, el Tribunal de Justicia no se ha limitado a configurar un sistema jurídico autónomo, sino que también está desarrollando un sistema de protección de derechos fundamentales autónomo y diferenciado.**

Ciertamente, el Tratado de Lisboa introduce una nueva configuración de la protección de los derechos fundamentales en el art. 6 TUE a través de tres ejes o vías:<sup>30</sup> Las dos

---

<sup>26</sup> En efecto, el Tribunal de Justicia llevó a cabo un proceso de constitucionalización del Derecho comunitario a través de la proclamación de los principios de autonomía, efecto directo y primacía (SSTJ de 5 de febrero, *Van Gend & Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1, y 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa v. ENEL*, C-6/64, EU:C:1964:66). Sobre esta cuestión me remito a Sarrión Esteve, J. "La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y su sistema de fuentes", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 4, 2007, págs. 631-646, así como a Sarrión Esteve, J., *Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 19-30. Sobre esta cuestión puede verse también el exhaustivo y reciente trabajo de Gordillo, L., y Martinico, G. (2015). *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionaliza del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid.

<sup>27</sup> STJ de 12 de noviembre de 1969, *Erich Stauder v. Ville d'Ulm*, C-29/69, EU:C:1969:57

<sup>28</sup> STJ de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114.

<sup>29</sup> Gordillo, L., Martinico, G., *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionaliza del Tribunal de Justicia*, op. cit., pág. 90.

<sup>30</sup> Castillo Daudí, M. (2010) "La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea" en *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 209-213.

más relevantes serían: 1) el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la CDFUE (art. 6.1 TUE); 2) afirmar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE). Y se completarían con la 3) el mandato de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.2 TUE).

Además, también se reconocen en el mismo artículo tres fuentes de la protección de los derechos fundamentales: 1) La CDFUE (art. 6.1 párrafo primero), 2) el CEDH (art. 6.3) y 3) las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6.3); si bien hay una diferenciación puesto que los derechos garantizado en el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes se protegen como principios generales del Derecho de la Unión<sup>31</sup>.

Si bien se ha sugerido que a pesar de esta confusión, podría verse como un sello de distinción del Derecho de la UE, que podría proporcionar riqueza normativa, al no existir un único instrumento de legitimación de los derechos fundamentales sino una pluralidad de los mismos llamados a interactuar generando "an open-ended process";<sup>32</sup> lo que sin duda potenciaría la perspectiva pluralista.

Sin embargo, el refuerzo de la autoridad del Derecho de la UE a través de la reiterativa reafirmación de su autonomía- incluyendo al sistema de protección de derechos fundamentales del mismo- que podemos observar en las recientes decisiones del Tribunal de Justicia tanto en relación a los sistemas nacionales - *Melloni* y *Åkerberg*

---

<sup>31</sup> Algunos autores consideran que las tres fuentes son: 1) La CDFUE (6.1 TUE), 2) CEDH (basado en el art. 6.2 TUE, y no en el 6.3), y los principios generales de derecho como están garantizados en el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6.3). Véase Chalmers, D., Davies, G., Monti, G. (2014). *European Union Law: Text and Materials*, 3ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, pág 249. Sin embargo, en realidad el CEDH en la previsión de adhesión del art. 6.2 TUE no constituye per se una fuente de protección de los derechos fundamentales, lo es como fuente inspiradora de los principios generales (art. 6.3 TUE) o como fuente inspiradora de la CDFUE que constituye una fuente vía 6.1 TUE en relación con el art. 53 CDFUE. Quizá con la adhesión sí podamos afirmar que el CEDH en sí mismo constituye una fuente.

<sup>32</sup> Chalmers, D., Davies, G., Monti, G., *European Union Law: Text and Materials*, 3ª edición, op. cit. pág. 250.

*Fransson*<sup>33</sup> como al sistema convencional- Dictamen 2/13 de 28 de diciembre de 2014 sobre el proyecto de adhesión<sup>34</sup> nos hacen dudar de sus posibilidades de éxito.<sup>35</sup>

En *Melloni y Åkerberg Fransson* el TJUE deja claro que en en el ámbito de aplicación del DUE, en caso de existencia de legislación armonizada solo se aplicará el estándar de derechos fundamentales del DUE, y solo en caso de que hubiera margen nacional entonces los tribunales nacionales podrían aplicar su estándar nacional, siempre que fuera superior, y no afectaría a la autonomía, eficacia del DUE.

Fabbrini ha realizado un análisis muy interesante de esta dicotomía, es decir, de cuando se puede o no aplicar el estándar nacional, considerando que estos conflictos de estándares entre el estándar nacional y el estándar del Derecho de la Unión puede implicar dos tipos de retos desde un punto de vista sincrónico (porque diacronicamente los estándares tienden siempre a converger): de ineficiencia (*challenge of ineffectiveness*) cuando el Derecho UE actúa como un techo que impide que el estándar nacional superior se aplique; y de inconsistencia (*challenge of inconsistency*) cuando el estándar del Derecho UE establece un suelo que los estándares nacionales pueden superar; aplicándose perfectamente a los casos *Melloni* y *Åkerberg Fransson* respectivamente<sup>36</sup>.

## ¿Cuál es la perspectiva de nuestro TC?

### Posición tradicional del TC.

El Tribunal Constitucional español ha venido considerado tradicionalmente que el Derecho de la Unión carece de rango constitucional, correspondiendo a los jueces ordinarios la aplicación del mismo (STC 21/1991, de 31 de enero), y que un conflicto con las normas internas no adquiere relevancia constitucional (SSTC 252/1988, de 20

---

<sup>33</sup> STJ (Gran Sala) 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107; STJ de 26 de febrero, *Åklagaren v. Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU: C: 2013:105

<sup>34</sup> Dictamen 2/13 de 28 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454.

<sup>35</sup> Sarrión Esteve, J. (2015). "Actual Trends and Challenges of the Constitutional Fundamental Rights and Principles in the ECJ Case Law from the Perspective of Multilevel Constitutionalism", Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2656394>, págs. 9-10.

<sup>36</sup> Todo ello, además, desde una perspectiva sincrónica, porque argumenta Fabbrini que desde una perspectiva diacrónica el sistema estaría sujeto al cambio y readaptación. véase Fabbrini, F. (2015). *Fundamental Rights in Europe*, Oxford University Press, págs. 45-46.

de diciembre, y también en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 197/1996, de 28 de noviembre).

Sin embargo, podemos identificar una posición de mayor apertura al Derecho UE, a partir de 2004, cuando comienza con:

### **1) El control del planteamiento de la cuestión prejudicial:**

El TC está controlando la falta de planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Aunque de momento **solo ha otorgado amparo frente a una falta de planteamiento de una cuestión prejudicial cuando implicaba la inaplicación de una ley interna sea autonómica o estatal [¿para proteger la ley?]** (SSTC 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio) y no lo ha otorgado tanto si la falta de aplicación conllevaba la aplicación de la ley interna (27/2013, de 11 de febrero, Pleno 212/2014, de 18 de diciembre); como su inaplicación (Pleno STC 78/2010).

**-Amparo en caso de que ello constituya una vulneración de la tutela judicial efectiva y de un proceso con todas las garantías** (SSTC 58/2004, de 19 de abril (Sala Segunda), por inaplicación de una ley autonómica vigente, que establece un recargo tributario, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, ni cuestión prejudicial; 194/2006, de 19 de junio (Sala Segunda), por inaplicación de una ley estatal vigente tributaria sin plantear cuestión prejudicial.

**-No lo otorga cuando no concurren los presupuestos fijados por el propio DUE, STC 78/2010, de 20 de octubre (Pleno)**, no era aplicable al caso el Derecho comunitario “*ni ratione loci ni ratione materiae*”, por lo que no podía entenderse procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial. Aunque lo que permite es la inaplicación de una disposición interna (exención del impuesto general indirecto canario) por oposición al DUE en aplicación de la doctrina TJUE 1998 que condenaba a España por la sexta Directiva sobre armonización fiscal por la exención del IVA). FJ 4 y 5.

Esta última sentencia es muy relevante en la medida en que establece de forma clara la distinción entre el régimen de la cuestión constitucional y el régimen de la cuestión prejudicial, en el FJ 2:

*“b) Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, pues la obligación de plantearla desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria.”*

Consideramos que el TC asume de una forma clara la **doctrina acto claro y del acto aclarado del TJUE**.

Como sabemos, el art. 267 TUE establece el régimen jurídico de la cuestión prejudicial<sup>37</sup>, que en cuanto a la obligación de su planteamiento por parte del órgano de

---

<sup>37</sup> Art. 267 TUE: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a. sobre la **interpretación de los Tratados**;

b. sobre la **validez e interpretación de los actos** adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, **dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.**

Cuando se plantee una cuestión de este tipo **en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.**

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

última instancia interno (en el caso de otros es potestativo) ha sido aclarado por el TJUE, matizando dicha obligación precisamente a través de las doctrinas del acto aclarado y del acto claro.

**Doctrina del "acto aclarado"**, no siendo necesario tal planteamiento cuando el Tribunal de Justicia ya haya tenido ocasión de pronunciarse al respecto (*Da Costa*, 1963; y *Francovich y Bonifaci*, 1991)<sup>38</sup>.

**Doctrina del "acto claro"**, cuando la correcta aplicación del Derecho de la Unión puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión, entonces el juez nacional puede resolverla sin planteársela al TJUE; pero *"antes de llegar a esta conclusión, el órgano jurisdiccional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad"* (*Cilfit*, 1982).<sup>39</sup>

Por otro lado, en este tema es importante reseñar la reciente reforma de la LOPJ (L.O. 7/2015, de 21 de julio, en vigor a partir de 1/10/2015)

«Artículo 4 bis.

1. *Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*
2. *Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.»*

## **2) La aceptación del principio de primacía (≠supremacía).**

Declaración 1/2004 , de 13 de diciembre. La primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una exigencia existencial de ese Derecho.

---

<sup>38</sup> STJCE de 27 de marzo de 1963, *Da Costa en Schaake NV y otros c. Administratie der Berlastingen*, C-28-30/62, EU:C:1963; STJCE de 18 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros c. Republica Italiana*, C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428.

<sup>39</sup> STJCE de 6 de octubre de 1982, *Cilfit c. Ministero della Sanità*, C-283/81, EU:C:1982:335

### **3) Posibilidad de plantear una cuestión prejudicial** (el mismo TC) ante el TJUE (ATC 867/2011, de 9 de junio).

El TC tenía una doctrina consolidada sobre la violación indirecta de las exigencias del derecho a un proceso con toda las garantías que se produciría en caso de extradición a países que en caso de delito grave dieran validez a condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pudiera impugnarla para la salvaguardia de sus derechos de defensa (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, 134/2000, de 16 de mayo, entre otras hasta la 199/2009, de 28 de septiembre).

La resolución de la cuestión prejudicial en el caso *Melloni*, motivo una sentencia del TC en la que aceptaba la decisión de Luxemburgo, posibilitando una regresión en la protección del derecho a un proceso con todas las garantías en la STC (Pleno) 26/2014.<sup>40</sup>

### **Bibliografía.**

- Balaguer Callejon, F. (2008). "Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea" en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, v. 2
- Cámara, G. y Montilla, J.A. (2015). "Insólita reforma" *El País*, 09.09.2015, [http://elpais.com/elpais/2015/09/08/opinion/1441725494\\_451106.html](http://elpais.com/elpais/2015/09/08/opinion/1441725494_451106.html), y en *Iustel*, [http://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1144704](http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1144704)
- Carbonell, M. (2006). "Marbury versus Mádison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 5.
- Castillo Daudí, M. (2010) "La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión

---

<sup>40</sup> Pleno. STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

- Europea” en *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Chalmers, D., Davies, G., Monti, G. (2014). *European Union Law: Text and Materials*, 3ª edición, Cambridge University Press, Cambridge
- Clemente Valdés S. (2005). "Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 4.
- Fabbrini, F. (2015). *Fundamental Rights in Europe*, Oxford University Press,
- Fernández Segado, F. (2005), "La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero de 2004, una flagrante quiebra de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, n. 129.
- Freixes San Juan, T. (2011). "Constitucionalismo multinivel e integración europea" en *Constitucionalismo Multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, Parlamentos nacionales, Parlamentos regionales con competencias legislativas*, CEPC, Madrid
- Gimbernat, E. (2015), "La reforma del Tribunal Constitucional", *El Mundo*, 19.09.2015, <http://www.elmundo.es/opinion/2015/09/19/55fc53c1ca4741a1388b45a8.html>
- Gómez Sánchez, Y. (2014). *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 2ª edición, Sanz y Torres, Madrid.
- Guarneri, C. y Pederzoli, P. (1999). *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Taurus, Madrid.
- Gordillo, L., y Martinico, G. (2015). *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionaliza del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de R.J. Brie, Tecnos, Madrid
- Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves*", Oxford University Press, Oxford.
- MaccorMick, N. (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford University Press, Oxford

- Mayer, F., (2003). "The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System", *Jean Monnet Working Paper*, 9/03
- Milczarek, D. (2012). "Theoretical Aspects of European Studies", en D. Milczarek, A. Admczyk, and K. Zajaczkowski (Ed.). *Introduction to European Studies: A New Approach to Uniting Europe*, Centre for Europe, University of Warsaw.
- Pernice, I. (1999). "Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?", *Common Market Law Review*, n. 36.
- Pernice, I. (2002). "Multilevel constitutionalism in the European Union", *European Law Review*, n. 27.
- Poiaras Maduro, M. (2003). "Las formas del poder constitucional en la Unión Europea", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 119.
- Sarrión Esteve, J. "La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y su sistema de fuentes", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 4, 2007
- Sarrión Esteve, J. (2011). "La búsqueda de la supremacía institucional del Tribunal Constitucional a través de la reforma de su Ley Orgánica", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 9.
- Sarrión Esteve, J. (2011). "Sobre el "conflicto" entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: la opción del legislador por la consagración de la supremacía del Tribunal Constitucional en la reforma de su ley orgánica", *CEFLegal: revista práctica de derecho*, n. 99
- Sarrión Esteve, J. (2011) "Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de Derecho Político*, n. 81, págs. 379-41
- Sarrión Esteve, J. (2012). "La tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea como límite a las obligaciones internacionales y el Derecho Internacional" en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Homenaje a Antonio Torres del Moral*, CEPC, Universitas, v. 3
- Sarrión Esteve, J. (2013). *Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson.

Sarrión Esteve, J. (2015). "Actual Trends and Challenges of the Constitutional Fundamental Rights and Principles in the ECJ Case Law from the Perspective of Multilevel Constitutionalism", Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2656394>,

Torres del Moral, A. (2011). *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, 4ª Edición, Universitas, 2012.

Walker, N. (2002). "The Idea of Constitutional Pluralism", *The Modern Law Review*, v. 65, n.3