

LA CONFLUENCIA ENTRE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES, TEDH Y TJUE

Antonio LÓPEZ CASTILLO *

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto abordar los problemas que está generando la confluencia entre los Tribunales Constitucionales, el Tribunal de Justicia de Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de las experiencias española, alemana e italiana. Pero, antes de entrar en el detalle de esa triple confluencia, se apunta el contexto de constitucionalismo abierto y se trata de ajustar, en lo posible, el sentido de la recurrente expresión «diálogo entre Tribunales». Y se hace un somero repaso de la trayectoria de informal intercambio entre el TEDH y el TJUE.

Finalmente, desde la perspectiva propia del TC español y de los otros dos Tribunales Constitucionales, asimismo, considerados, se esboza la respectiva trayectoria en su confluencia con el TEDH y el TJUE.

Palabras clave

Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunales Constitucionales; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; constitucionalismo abierto, diálogo entre tribunales; comunicado de doctrina.

Abstract

The purpose of this paper is to address the problems that the confluence between the Constitutional Courts, the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights is generating from the Spanish, German and Italian experiences. However, before going into the detail of this triple confluence, we point to the context of open constitutionalism and try to adjust, as far as possible, the meaning of the recurrent expression «dialogue between Courts». And a brief made of the review is informal Exchange trajectory between the ECtHR and the ECJ.

Finally, from the perspective of the Spanish Constitutional Court and the other two Constitutional Courts, the respective trajectory in their confluence with the ECtHR and the ECJ is outlined.

(1) Profesor Titular (a. C.) de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

Key words

Court of Justice of the European Union; Constitutional Courts; European Court of Human Rights; open Constitutionalism; Dialogue between Courts; doctrine statement.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. 1. Constitucionalismo abierto, como contexto. 2. Diálogo entre Tribunales: aproximación conceptual. A. Lo que no se entiende aquí por «diálogo» judicial. B. Lo que aquí se entiende por «diálogo» judicial. II. De la confluencia de tribunales desde la perspectiva de los Tribunales supraestatales. Una referencia a la cooperativa relación (informal) entre TEDH y TJUE. 1. Consideraciones preliminares. 2. Hasta la reforma del Tratado de Lisboa. 3. Desde la reforma del Tratado de Lisboa. III. De la confluencia de tribunales desde la perspectiva de los Tribunales Constitucionales. 1. El discreto (si no elusivo) proceder del Tribunal Constitucional. A. Consideraciones preliminares. B. Lo que se dice y lo que se hace en la jurisprudencia ius europea del TC. C. Lo que ni se dice ni se hace en la jurisprudencia ius europea del TC. 2. El aparato (si no incontinente) discurso del *Bundesverfassungsgericht*. A. Consideraciones preliminares. B. De la Sentencia de la Sala Segunda del TCFA, de 15 de diciembre de 2015. C. De la Sentencia de la Sala segunda del TCFA, de 21 de junio de 2016 (y de su secuela, el Auto prejudicial PSPP, de 18 de julio de 2017). D. A propósito del desempeño del TCFA como suprema instancia nacional de garantía de cumplimiento por parte de los «órganos jurisdiccionales» ordinarios de su función como aplicadores del DUE. 3. El afanoso empeño de reafirmación por parte de la *Corte Costituzionale*. A. La Corte Costituzionale como «órgano judicial» a los efectos del artículo 267 TfUE. B. Un apunte acerca de la confluencia de Corte Costituzionale y TEDH. IV. Consideraciones finales, a modo de conclusión. Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

ES preciso advertir, de una parte, que para poder pensar en abordar el tema indicado se hace preciso un esfuerzo de acotación de los referentes a considerar (pues, en lo que sigue, previa consideración de la práctica de cooperación informal entre TEDH y TJUE (II), solo puede tratarse, y de modo sintético (III), de la relación cooperativa que con esos tribunales mantienen el TC español (III.1) y otros dos Tribunales Constitucionales de referencia, la Corte Constitucional italiana (III.3) y el Tribunal Constitucional federal alemán, III.2); y, de otra parte, que ello no es aconsejable sin una mínima clarificación previa a propósito del contexto, el del constitucionalismo abierto (I.1), en el que esa destacable manifestación de confluencia judicial que, mediante la simplificación que es característica de los tópicos, es común denominar «diálogo» judicial, se hace practicable (I.2).

1. CONSTITUCIONALISMO ABIERTO, COMO CONTEXTO

Y, dicho esto, de inmediato, se impone ya un esfuerzo de precisión terminológica. Pues, para hablar en rigor de la confluencia entre tribunales nacionales aquí desde la perspectiva de los Tribunales constitucionales e instancias jurisdiccionales externas –aquí en atención al TEDH y al TJUE– se precisa de un marco constitucional

flexible (1). Pues, no hay discurso sostenible que formular acerca de la confluencia de los tribunales, si no es en un contexto de constitucionalismo abierto.

Que la referencia al constitucionalismo abierto es dogmáticamente equívoca, no puede negarse, pero preciso es reconocer que resulta bien expresiva de la contextualización de los órdenes constitucionales europeos, en atención a su compromiso convencional y al estado actual de su integración. Con esa cautela, de lo que aquí se trata es de una realidad constitucional que bien puede situarse, en uno u otro lugar, a mitad de camino, entre las manifestaciones de constitucionalismo cerrado [así, en particular, el decurso constitucional estadounidense, tanto más si se considera la deriva / derrota, no solo comercial, del rumbo que marca su actual presidencia (2)], y los supuestos de desbordamiento político del sistema estatal y pérdida de densidad normativa de las Constituciones cuando no se asegura su soporte de legitimación democrática ni se dispone un encuadramiento funcional en comprensivas estructuras institucionales (a propósito, se impone una reflexión constitucional, más allá de una mirada sectorial, en perspectiva mercantilista o iusprivatista, del desarrollo exponencial, así como de estandarizaciones técnicas, de ese convencionalismo iusinternacional de segundo grado, del que resultan particular exponente los tratados comerciales de comprensivo alcance, tales como –el interrumpido *TTIP* o– el *CETA* (3).

Pues, no cabría hablar de constitucionalismo abierto, sino de Constituciones desbordadas, en espacios políticos demediados, al hilo de una dislocación de regulación y mercados, cuando de lo que se trate sea de una globalización sin reglas y con deficiente gobernanza, de normas de conducta y excluyentes arbitrajes, mediante una de(con)stitutiva merma de controles jurídicos y políticos (nacionales) efectivos, sin correspondencia cierta en esos niveles de decisión impuesta. Ahí ni siquiera se estaría ya en un marco de pluralismo posconstitucional, sino en situaciones cercanas más propias de lo pre, que de lo proto, constitucional (con un ejercicio de potestades más agavilladas que integradas, mediante regulaciones por acomodación, a resultados de negociaciones técnicas o de agregación diplomática de intereses, articuladas mediante decisiones adoptadas en comités y foros, en un tracto sucesivo, desatado de soportes democráticos y, en caso de discrepancia insoluble, sujetas a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, no integrados en un sistema judicial superpuesto, sino servidos por técnicos y árbitros supra partes).

Hablar en tales supuestos de apertura o de Estado constitucional abierto, como suele hacerse de ordinario al hilo del proceso de integración europea, sería confundir apertura con desbordamiento y Estado constitucional abierto con Estado (constitu-

(1) Cf., por tantos otros, FERRER MCGREGOR, E. / HERRERA GARCÍA, A. (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2013.

(2) A propósito del declinante presidencialismo estadounidense, cf. GENOVESE, M. A. *Presidential Leadership in an Age of Change*, Ed. Routledge, 2016.

Y acerca de los riesgos que su tinte personalista, sobre un terreno ya abonado, podría ocasionar en la propia trama institucional y en el complejo balance de un sistema constitucional necesitado de reformas, cf., por otros, ACKERMAN, B. *Antes de que nos ataquen de nuevo*, trad., Ed. Península, Barcelona, 2007; *Idem*, *The Rise of World Constitutionalism*, YLS, FSS, 1997).

(3) A propósito de la compleja incidencia constitucional del Tratado CETA, cf. NETTESHEIM, M. / LÓPEZ CASTILLO, A. *Tratados comerciales de segunda generación y Constituciones abiertas. Una complementaria reflexión germano-española a propósito del Tratado CETA (en preparación)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019).

cionalmente demediado, abierto sí, pero en canal) desbordado o exangüe. En el constitucionalismo abierto, las decisiones se siguen legitimando mediante flujo y reflujo, mediante intercomunicación, si no intercambiabilidad, en un complejo espacio (de superpuesto) constitucionalismo *se movente* en el que no sin discrepancias, pero siempre con argumentos, se pugna por una lectura integral de lo remanente y de lo emergente (tal y como, desde la respectiva perspectiva constitucional, supranacional o nacional, se viene haciendo en el confluyente espacio constitucional europeo).

Pues bien, es en estos contextos de apertura constitucional, en los que la confluencia judicial se torna dialógica correspondencia, con cierta naturalidad. Tanto más si se dispone al efecto de cauces procesales, pero también de manera informal, cuando ello parece indicado al efecto de dar con una u otra solución integral.

Que resulte ello menos dificultoso mediante reglas hermenéuticas de alcance estructural, cual es el caso del artículo 10.2 CE, como explícito cauce al efecto de integrar el sentido y alcance del estándar constitucional, no significa que, a falta de una previsión semejante, no acaezca otro tanto en ordenamientos abiertos. Pues, así como, *ex* artículo 10. 2 CE –y, por más que resulte ello cuestionable, en atención a la (inespecífica) cláusula constitucional de integración, *ex* artículo 93 CE– procede sistemáticamente el TC español a la asunción de estándares convencionales –*iuscomunitarios*–, así también proceden sus correspondientes de Alemania e Italia, ya no mediante una cláusula como el artículo 10. 2 CE, que esos ordenamientos no han previsto, sino en vía pretoriana, por reconducción a las cláusulas hermenéuticas, de deferente cordialidad *iusinternacional*, genérica o específica europea, a la alemana, o de contenida concordancia paramétrica, a la italiana.

2. DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES: CONCEPTO APROXIMADO

Dicho esto, aún restaría dar sentido al vocablo «diálogo» para avanzar con alguna certeza en la consideración de la confluencia entre tribunales. Pues, qué sea una confluencia dialógica, qué cosa sea o no «diálogo entre tribunales», es algo que, lejos de presuponerse, requiere de una aproximación de cauteloso rigor.

A. Lo que no se entiende aquí por diálogo judicial

Pues bien, «diálogo» no vale aquí, en lo que sigue, por «conversación». Pues, hablar de conversación constitucional es aludir al espacio de la política constitucional. Por conversar, se entiende aquí tanto como exponer y contraponer discursos políticos, en democrática competencia, al efecto de integrar el respectivo marco constitucional (4). Y cuando un supremo intérprete constitucional considera uno u otro discurso político, con ocasión del desempeño de su función, de lo que se trata es de interpretar el marco constitucional en el que ese normativizado discurso se pretende insertar.

(4) En esa comprensión cf. el ajustado FJ 7.º de la excelente STC 11/1981 (ponencia: Díez Picazo).

Por lo demás, *ad exemplum*, cf. BESSELINK, L. / e. a., *National Constitutional Avenues for further EU Integration*, en file:///C:/Users/Usuario/Desktop/IPOL-JURI_ET(2014)493046_EN.pdf).

En la medida en que en el desempeño de su función de interpretación y control de la constitucionalidad de la ley, los Tribunales integran el significado y alcance de la Constitución, conversan con el legislador (que, en caso de abierta discrepancia con lo que se le dice, ocasionalmente, se rebela, ya sea mediante la reiteración de su hipertrofia discursiva; ya sea procurando desactivar esa instancia de control, mediante la modificación de su función o de su alcance, o de sus condiciones de ejercicio (5), e incluso mediante su bizarra supresión en vía de reforma constitucional).

En suma, decir «diálogo» no es decir «inconstitucionalidad» (v. gr., decisión autorizada de última palabra, al efecto de marcar el perímetro constitucional). Como tampoco lo es decir «casación» (v. gr., decisión autorizada de última palabra, al efecto de sentar la doctrina legal en un espacio de articulación jerarquizada de los tribunales).

Como bien puede colegirse de lo dicho hasta aquí, decir «diálogo» no es hablar de «referentes hermenéuticos» o de «guías y liderazgos argumentativos». Con la referencia al «diálogo judicial» no se alude, pues, a la eventual influencia recíproca, mediante voluntaria cooperación y discrecional recepción de tópicos o estándares de unos a otros ordenamientos desligados; se trate de intercambios entre Tribunales Constitucionales –presumida la *zagrebelskyana* «comunidad de los jueces constitucionales»– (6) o de préstamos entre Tribunales internacionales –así, en particular, por su recurrente correspondencia, entre TEDH y CIDH (7)–.

B. Lo que aquí se entiende por «diálogo» judicial

En lo que sigue, se habla de «diálogo judicial» como manifestación aguda de la confluencia judicial que da título a esta intervención. Se trata de aludir, en suma, a aquello que gira en torno de la «interpretación de conformidad», no de lo incompatible o contradictorio, con base en explícitas cláusulas o mediante inferencia hermenéutica, mediante muestra de «cordialidad» o práctica de «deferencia» con respecto a interpretaciones de otros órganos judiciales concurrentes. Mediante el

(5) Recuérdense, al efecto, que, como consecuencia de sucesivas reformas en los dos últimos años, mediante la adopción de trece leyes consecutivas, en Polonia estaría resultando seriamente afectada «toda la estructura del sistema judicial polaco, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los tribunales ordinarios, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio de Justicia público y la Escuela Nacional de la Judicatura». Como es notorio, ese vasto programa de reforma legislativa no persigue otra cosa que permitir «que el poder ejecutivo o legislativo interfiera significativamente en la composición, los poderes, la gestión y el funcionamiento de estos organismos» (extracto del documento: «El estado de derecho en Polonia amenazado: la Comisión de la UE desencadena procedimientos del artículo 7», cf. Comisión Europea, comunicado de prensa, Bruselas, 2 de julio de 2018).

(6) Vide ZAGREBELSKY, G. «Jueces constitucionales», en *BMDC*, 117, 2006, pp. 1135-1151.

(7) A propósito, es de recordar que entre CIDH y TEDH no faltan los préstamos interpretativos en un doble sentido, de este a oeste y de oeste a este (pueden mencionarse aquí la recepción, al otro lado del Atlántico, de la doctrina sentada por el TEDH a propósito de las dilaciones indebidas; y, en sentido inverso, la recepción y desarrollo –elementos que integran la tortura– por el TEDH de la doctrina de la CIDH sobre desaparición forzada de personas) (cf., *ad exemplum*, CATALÀ I BAS, A. «Diálogo entre Tribunales y creación de un sistema de protección de derechos humanos abierto en red», en *REDF* 2015 (file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Dialnet-DialogoEntreTribunalesYCreacionDeUnSistemaDeProtec-5866715.pdf). Y, con carácter general, cf. VV. AA. *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas/Thomson, Madrid, 2012.

consciente uso de técnicas y cauces instrumentales al efecto de confluir, mediante interpretaciones comprensivas e integrales. No inflexibles y unilaterales, sino flexibles y abarcadoras. Observando siempre la divisoria competencial que resulta de la inserción orgánica y diferenciada especialización funcional de los órganos jurisdiccionales confluentes.

Ahora bien, para que un «intercambio dialógico» resulte fructífero, no solo se requiere de una predisposición judicial al efecto de poner en juego el instrumental procesal disponible, sino también de una mínima correspondencia sustantiva.

Correspondencia que requiere de una cierta homogeneidad (entre la semejanza y la congruencia) constitucional, en un complementario sentido. En tanto que presupuesto (y condición de posibilidad) y como directiva finalista, mediante una convergencia de estándares (y parámetros) de referencia y control, algo sin lo cual apenas se podría asegurar una (presupuesta y condicionante) equivalencia, sin perjuicio de los límites inexcusables en todo espacio de pretendida articulación constitucional.

Así, en el espacio europeo en proceso de integración, de la cumulativa previsión en los artículos 2, 4 y 6 –y 7–, TUE, resultaría una concatenación de principios, valores y derechos fundamentales que, sin perjuicio de unas soberanías estatales (enumeradas y limitadas), pone de relieve un sustrato común sin el que no se explicaría la superación de la tradicional exigencia *pacta sunt servanda*, mediante efectiva exigencia de ejecución de la cosa juzgada y en virtud de una extensiva irradiación, bien que mediata e indirecta, de la objetivada eficacia de la cosa interpretada, y tanto menos la exigencia de estándares constitucionales, como presupuesto condicionante del acceso (en su caso, suspensiva sanción (8), –y potencial salida–) y permanencia de la UE.

Pero a la confluente generación y afianzamiento de estándares de referencia, así como en el específico marco institucional que resulta del proceso de integración, se contribuye también en espacios de compromiso convencional (así, sin perjuicio de la doctrina del margen de apreciación nacional, en el ámbito de la jurisdicción del TEDH –o, *servata distantia*, de la doctrina del seguimiento nacional, característica del ámbito propio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–) en el plano normativo europeo, mediante la previsión de una singular cláusula convencional de interpretativa prejudicialidad convencional [prevista mediante el protocolo adicional núm. 16, al efecto de integrar *ex ante* estándares comunes en ordenamientos constitucionales sujetos a disciplina convencional, sin perjuicio de la dinámica que resulta de su incesante comunicación y convergencia, en un sentido no unidireccional (9)].

Las tensiones, cuando aparecen, no resultan tanto de esa complementaria función integrativa de los estándares constitucionales a la luz de, y de conformidad con, los estándares convencionales, por más que ocasionalmente se pueda discrepar abiertamente a propósito de algunas interpretaciones convencionales, como de

(8) A propósito del sentido y alcance de la anunciada puesta en marcha del procedimiento sancionador establecido en el artículo 7 TUE (cf. nota 5), cf. NETTESHEIM, M. «Gegründet auf Werten...»: Auf der Suche nach dem Selbstverständnis der EU unter Art. 7 EUV (*en prensa*).

(9) Así, *ad exemplum*, en el marco del CIDH, se ha destacado la positiva dinámica de complementariedad de los estándares constitucionales, propios y acomodados, y el estándar convencional, a propósito, entre otros, de los casos de Colombia y Perú.

la arrogación por parte del TEDH de una extensiva función jurisdiccional de control de convencionalidad que, sobre la solución del caso concreto, como cosa interpretada, apunta a un proceso de objetivación solapado al subjetivismo propio de la casuística. Mediante técnicas de jurisprudencia *quasi*-legislativa [así, por ejemplo, al hilo de los llamados controles estructurales que tienen su expresión convencional más típica en las llamadas sentencias-piloto del TEDH (10)] o mediante ejercicios de concordancia práctica en los que la ponderación de derechos y libertades integra elementos principales, y aun expectativas sociales o/y de porte idiosincrático, en la medida en que el legislador nacional, democráticamente, hubiese acordado llevarlas al texto de la ley (11).

Por su parte, la vertiente procesal de ese «diálogo» tendría también una doble exigencia. Como condicionamiento metodológico –en el bien entendido de que no podría tratarse ni de una transacción, sobre la base de un mandato con líneas rojas, ni de una oferta cerrada con absoluta incondicionalidad, por contraste con lo que es sólito en el terreno de la política o de las relaciones comerciales. Y al efecto de su aseguramiento, no en virtud de una libérrima voluntad orgánica, sino en aplicación de mecanismos y cauces normativos, mediante reglas y procedimientos previstos al efecto o, en su caso, al hilo del respectivo desempeño de funciones jurisdiccionales.

Por lo demás, en vía directa, ese «diálogo judicial» puede practicarse tanto de un modo informal, como formalmente, según se conduzcan o no los partícipes conforme a las previsiones normativas al efecto (incluso, de rango constitucional), ya sea a resultados de una previa práctica informal (12), ya sea porque se trate precisamente de su promoción.

Pues bien, si de eso último se trata, es obligada la referencia, como su expresión típica en el espacio europeo de integración, de la llamada cuestión prejudicial que, por su sentido y alcance, apenas puede compararse, con otros instrumentos pretendidamente semejantes (por lo que al espacio convencional europeo se refiere, la restricta y limitada cuestión prejudicial prevista por el protocolo n.º 16; y si del espacio interamericano se trata, no sin matices, la técnica del control de convencionalidad o la exigencia de interpretación de compatibilidad reforzada).

La cuestión prejudicial, *ex* artículo 267, *TfUE*, integra un complejo cauce de cooperación judicial al efecto de determinar el sentido y alcance del DUE (acotan-

(10) A propósito de la tutela de derechos como ocasión para la práctica de controles estructurales, cf. GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. M. *El amparo estructural de los derechos*, CEPC, 2018.

(11) Sobre la impregnación ética, ideológica o religiosa, del legislador democrático, en general, cf. el estudio de Nettesheim, M. *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, Ed. Schöningh, 2017.

Como si ante la acrecida demanda de márgenes constitucionales de apreciación para el enjuiciamiento de la objetivada agregación de expectativas y exigencias, derechos y principios por parte del legislador democrático (a la italiana), se quisiera abonar la confluencia judicial mediante una cierta modulación del subjetivismo ínsito en la prestación convencional de tutela de un modo que pareciera brindar nuevas posibilidades a la cláusula de abuso de derecho, potenciando una dimensión objetiva de la tutela frente a una concepción más subjetivista por la que esa plaza común que es la ley (Cf. ZAMBRANO, M. *El hombre y lo divino*, FCE, México, 1955, ed. def., 1973, pág.), ha podido quedar con frecuencia excepcionalmente mediante invocación de una dimensión o vertiente negativa de los derechos y libertades fundamentales en ámbitos y supuestos en los que no era en modo alguno evidente la afirmación de un estándar más allá del mínimo común respetuoso de la remanencia de regímenes singulares y especificidades nacionales (*ad exemplum*, *SAS / Francia y Osmanoglou y Kacabas / Suiza* –cf. nota 76–).

(12) Cf. en ese sentido, por otros, BUSTOS GISBERT, R. «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en *REDC*, 95, 2012, pp. 13-63.

do, de soslayo, el ámbito remanente del derecho nacional, de modo imprevisto y formalmente no establecido) mediante autorizada interpretación por el TJUE, que, mediante juicio de contraste con el Derecho primario, eventualmente declara, de forma segura para el conjunto de los operadores jurídicos, la invalidez del derecho derivado (13).

En su intenso y extenso desarrollo, ha podido generar problemas de diversa índole, en relación con la salvaguarda de las respectivas funciones jurisdiccionales o, dicho de otro modo, con la observancia de la presupuesta divisoria entre DUE y TJUE, de una parte, y Derecho constitucional y Tribunales Constitucionales, de otra parte.

Se tratase del momento de su planteamiento o del posible objeto y parámetro de control (en atención, en su caso, al eventual solapamiento con cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad, etc.), o de la tensión interpretativa en torno a conceptos basilares para la activación de ese formalizado cauce de cooperación judicial, cual es el caso, en particular, con la interpretación (literalista o finalista) de la expresión «órganos judiciales» (14) y de su posible extensión a otros órganos u organismos semejantes, no integrados orgánicamente en el poder judicial, mediante una aproximación no formalista que pronto propiciaría su extensiva proyección a organismos –no formal, ni orgánicamente, pero sí– funcionalmente asimilables a los órganos judiciales (15).

Y así, andando el tiempo, los Tribunales constitucionales exponentes del sistema europeo de control concentrado, órganos constitucionales, funcional y orgánicamente diferenciados del poder judicial, inicialmente renuentes (así, sin duda, en el caso de los Tribunales constitucionales de España, Italia o Alemania, de cuya

(13) Cf., *a. ex.*, MARINAS SUÁREZ, D. *El control iusfundamental de los actos legislativos de la Unión Europea. Una aproximación desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Cizur Menor, 2015.

(14) En relación con un asunto de actualidad, cf. REQUEJO PAGÉS, J. L. «La competencia para preguntar: de nuevo sobre el concepto de órgano judicial en el sentido del artículo 267 TfUE. El caso de la discrepancia entre el pleno y las salas de un órgano jurisdiccional», *Actualidad administrativa*, 6, 2016.

(15) Por la concurrencia de una serie de factores, tales como origen legal, carácter permanente, jurisdicción obligatoria, procedimiento contradictorio, aplicación de normas jurídicas y, como elemento recientemente enfatizado, independencia (cf. sentencia TJUE, Gran Sala, de 27 de febrero de 2018, as. C-46/16, con otras referencias, que subraya la exigencia de independencia en un sentido amplio (*vide* párrafos 44 y 45: «La noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia... protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o... influir en sus decisiones (véanse... sentencias de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, EU: C:2006:587, apartado 51, y de 16 de febrero de 2017, *Margarit Panicello*, C-503/15, EU: C:2017:126, apartado 37 y jurisprudencia citada)» pues «al igual que la inamovilidad... un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial»), como exigencia operativa en la UE y los Estados miembros, *ex* artículo 19.1, segundo párrafo, TUE, como explícita exigencia de la cláusula de tutela judicial efectiva, *ex* artículo 47 Carta de DDFF de la UE, y, como garantía inherente a la función de juzgar, esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial prevista en el mecanismo de remisión prejudicial, *ex* artículo 267 TfUE (*vide* párrafos 38, 42 y 43).

Cf., con carácter general, CIENFUEGOS MATEO, M. «La cuestión prejudicial de la Unión Europea», en LÓPEZ CASTILLO (dir.), *Derecho de la Unión Europea*, vol. II, de Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 352-60.

jurisprudencia iuseuropea se trata, en lo que sigue), pasados los años irían asumiendo esa condición. Planteando, en consecuencia, cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En su desempeño como supremos intérpretes y valedores de su Constitución al hilo de la incidencia del DUE en el orden constitucional, en la jurisprudencia iuseuropea (no solo) de estos Tribunales constitucionales se trazan límites (presupuestos y condiciones) a la primacía de aplicación del DUE, con ocasión de la (entre tanto) actualizada práctica de controles normativos, previos o *a posteriori*, en vía de recurso directo o en el marco de cuestiones de inconstitucionalidad, así como en relación con otros procedimientos [desde los conflictos de competencias o/y atribuciones a los procedimientos de control-tutela de derechos fundamentales, cual es el caso de la *Verfassungsbeschwerde* alemana o del recurso de amparo constitucional español (16)].

II. DE LA CONFLUENCIA DE TRIBUNALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS TRIBUNALES SUPRAESTATALES. UNA REFERENCIA A LA COOPERATIVA RELACIÓN (INFORMAL) ENTRE TEDH Y TJUE

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Que no haya cauce formal previsto al efecto, no significa que entre TEDH y TJUE no se haya dado una fructífera confluencia e intercambio de «pareceres». Tal cosa ha existido, existe y seguirá existiendo, como alternativa practicable, antes y después del fallido ensayo de formal adhesión de la UE al CEDH. Pues, no obstante haberse cerrado un Acuerdo conforme al mandato del artículo 6.2 TUE, la pretendida «adhesión» no llegaría a hacerse efectiva como consecuencia de un pronunciamiento negativo, en vía de control previo (17), por parte del TJUE (18).

(16) A propósito, ARAGÓN REYES, M. «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional», en *REDC* 85, 2009, pp. 11-43; MARSCH, N. «Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *AÖR*, 137, 4/2012, pp. 592-624.

Cf., pese a su imprevisión italiana, ROMBOLI, R. «La reforma del recurso de amparo ante el TC en España y la introducción de un recurso individual y directo en Italia», *ReDCE* 19, 2013.

(17) *Vide* artículo 218 TfUE, párrafos 6, segundo párrafo, inciso ii) y 8 (relativos al procedimiento de conclusión) y párrafo 11, en el que regula el procedimiento de control previo de «convencionalidad» del Acuerdo internacional de «adhesión» de la UE al CEDH, de 5 de abril de 2013, conforme a cuyo tenor la UE se habría de adherir, así como al CEDH, a sus protocolos adicionales, núms. 1 y 6 (o, lo que es lo mismo, solo a aquellos compromisos ya suscritos por el conjunto de sus Estados miembros).

(18) Mediante Dictamen (DTJ) 2/93, de 18 de marzo de 2014 (ponencia: *Tizzano*); cf. Conclusiones de la AG J. *Kokott* (cf., como ejemplo crítico, MARTÍN PÉREZ, J. «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», en *RDCE* 52, 2015, pp. 825-869).

Por lo demás, en atención a la centralidad (bien que desenfocada, en el caso) de lo específico y distintivo del DUE en la jurisprudencia del TJUE que esa resolución invoca, se remite, en síntesis, LÓPEZ CASTILLO, A. *Aplicación (judicial) del DUE*, en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *IDUE*, vol. II, pp. 239-49.

Las razones declaradas por el TJUE (posible afectación de la especificidad y autonomía del Derecho de la Unión, por no garantizar la coordinación entre los artículos 53 del CEDH y de la Carta, ni prevenir el riesgo de vulneración del principio *iuseuropeo* de confianza mutua entre los Estados miembros, ni articular el mecanismo instituido por el Protocolo n.º 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 del *TfUE*, ni prever, al efecto, modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia; posible afectación del artículo 344 *TfUE*, al no excluirse el posible planteamiento ante el TEDH de litigios entre Estados miembros o con la Unión, relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión; y, por la desatención de la especificidad del DUE que resultaría de encomendarse, en exclusiva, a un órgano externo a la UE, el control jurisdiccional de algunos actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de *PESC*) resultan insuficientes, si no inconsistentes, para sustentar declaración tan enfática, no ya de disconformidad (reductible mediante un ajustado ejercicio de interpretación de conformidad), sino de incompatibilidad, del Acuerdo con el TUE (19).

En consecuencia, en tanto que esta situación formalmente perdure, la relación entre TJUE y TEDH se ha de entender en los términos que resultan de una larga y pragmática andadura, de la inicial desatención, *ratione personae*, a la paulatina toma en consideración en un marco de correspondencia, *ratione materiae*, y de flexibilización del inicial rigorismo, *ratione personae*.

2. HASTA LA REFORMA DEL TRATADO DE LISBOA

Desde un principio, se puso de manifiesto que la observancia del compromiso convencional no podría dejarse a la discrecionalidad de los Estados parte que, en lo sucesivo, al concluir compromisos internacionales, habrían de atenerse a su previo compromiso convencional, expresivo del «orden público de Europa» (20).

Así las cosas, la fase elusiva de exigencia de sus responsabilidades a los Estados miembros de las Comunidades Europeas, en tanto que aplicadores y ejecutores del derecho comunitario, no podía eternizarse, sin entrar en abierta contradicción con esa temprana caracterización del CEDH. Que no siendo las Comunidades Europeas parte del CEDH, formalmente, no cabía exigirles responsabilidades, era tan evidente como insuficiente para evitar la desatención estatal de su responsabilidad convencional, al hilo de su participación en la gestación y aplicación del derecho comunitario.

(19) En el último párrafo de sus razonamientos (258.), declararía el TJUE que «(a) la luz del conjunto de las consideraciones anteriores, procede declarar que el acuerdo previsto no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo n.º 8 UE». Y, en consecuencia, el Tribunal de Justicia (Pleno) dictamina: «El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (n.º 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

(20) A propósito de toda esta «jurisprudencia» convencional se remite a la sintética presentación de LÓPEZ GUERRA, L. «El Tribunal europeo de derechos humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»», en *TRC* 39, 2017, pp. 163-188.

Ese estado de cosas no se superaría de inmediato. Pues, a la inicial declaración de inadmisibilidad de pretensiones dirigidas contra las Comunidades Europeas, *ratione personae* (cf. Comisión CEDH, Decisión 10 julio 1978), sucedería la conjugación de esa prudente práctica de inadmisión con la advertencia de que, por la vía de transferir sus competencias, no podrían pretender los Estados desentenderse de su compromiso convencional (cf. Decisión Comisión CEDH, de 9 de diciembre de 1987).

De esa insatisfactoria situación procedimental, comenzaría a tomar distancia la Comisión poniendo el acento en la confluencia material de los diversos ordenamientos, de modo que lo determinante pasaría a ser ya la casuística constatación de la existencia de una «protección equivalente» (cf. Decisión Comisión CEDH, de 9 de enero de 1980).

Y con ello, si bien pragmáticamente se apuntaba al compromiso, formalmente se salvaguardaba la función de estandarización del común constitucional que, como autorizado intérprete del CEDH, le correspondía al TEDH. En consecuencia, de no poder articularse una solución de compromiso, se impondría el estándar convencional.

Y de no desatarse antes el nudo comunitario, bien podría haberse llegado a ello en el asunto *Senator Lines*. Pues, la demanda dirigida contra los (entonces) quince Estados miembros de aquella (nominal) UE, mediante invocación del artículo 6.1 CEDH por desatención de la tutela cautelar (suspensión de multa) solicitada al Tribunal (entonces) de primera instancia UE. Admitida la demanda y señalada ya fecha para la vista oral, el procedimiento quedaría finalmente sin objeto, tras la anulación de la multa por el Tribunal de justicia de la UE, al no concurrir ya la condición de «víctima» en la demandante (cf. Decisión de inadmisibilidad, de 10 de marzo de 2004).

La vía prudencial de pragmática apreciación de la equivalencia de tutela, que tendría su manifestación más conspicua –y controvertida, al interno del TEDH, como bien ponen de manifiesto los votos particulares– en la sentencia *Bosphorus*, de 30 de junio de 2005 (en donde tanto por razones de fondo como de tipo procesal, concluyera el TEDH presumiendo –*iuris tantum*– que en la UE se prestaba una «garantía equivalente» de los DDFF), es desde entonces el referente en la jurisprudencia del TEDH. Formalmente se retiene la competencia de estandarización, sin perjuicio de una operativa presunción de convencionalidad de los estándares propios del DUE.

Al conocer de asuntos que guardan relación con la ejecución estatal del DUE, el TEDH no trata de controlar el DUE sino las actuaciones estatales que traen causa del mismo. Por ello, la deferente renuncia al ejercicio de su jurisdicción convencional, cesaría en aquellos supuestos en los que dispusieran los Estados de un cierto margen de apreciación (*Cantoni*/Francia, 1996; *Protocola*/Luxemburgo, 1995), sin descuidar por ello la exigencia de una mínima diligencia procesal a las partes [*Avotins*/Letonia, 23 de mayo de 2016 (21)], y, en todo caso, en aquellos

(21) Que la falta de planteamiento por parte del Tribunal Supremo de Letonia de una cuestión prejudicial ante el TJUE no comportase en el caso *Avotins / Letonia* vulneración alguna de la garantía convencional invocada habría sido consecuencia de la manifiesta falta de diligencia de la demandante.

supuestos en los que se advirtiese una insuficiencia manifiesta de tutela [cf. *Michaud*/Francia, 6 de diciembre de 2012 (22)].

Que la exigencia paramétrica no es unidireccional se aprecia bien con ocasión de la integración del estándar convencional mediante elementos de obligado cumplimiento en el derecho de la UE, bien porque se atienda a la jurisprudencia del TJUE, bien porque se opere un casuístico control de la práctica de planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los órganos judiciales de los Estados miembros de la UE, mediante integración de la garantía convencional con la doctrina sentada por el TJUE al efecto, antes de considerar agotada o no la vía judicial previa [así en caso de planteamiento ulterior o pendencia de cuestión prejudicial, se declara la inadmisibilidad de la demanda por «falta de agotamiento de las vías internas» (23)] o de apreciar o no la vulneración de la garantía convencional de efectiva prestación de tutela judicial, considerando la conducta procesal enjuiciada a la luz de las obligaciones resultantes del derecho de la UE, de modo que, tanto si no se hubiese respondido nada, como si no se hubiese llegado a plantear cuando de la jurisprudencia del TJUE resultara ello obligado, el TEDH considerará vulnerada la garantía convencional de tutela judicial efectiva (24).

Ello resultaría tanto más consecuente, en la medida en que, en el proceso de integración de sus respectivos estándares, los supremos intérpretes en confluencia tomasen en consideración, mediante formalizado diálogo o alguna otra modalidad de mediata e indirecta consideración o asunción, los otros estándares (jurisprudenciales).

El TJUE, por su parte, así como trata de acomodar su jurisprudencia a la estandarización establecida por el TEDH en aplicación del CEDH, se esfuerza también por observar los respectivos espacios jurisdiccionales en confluencia.

Así, a propósito de lo primero, puede mencionarse el intercambio de planteamientos entre TJUE y TEDH por lo que al extensivo reconocimiento de la titularidad de la garantía iusfundamental de inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas se refiere [desde la contenida formulación inicial de sujeción de las actuaciones administrativas a control jurisdiccional, como mínimo común denominador, sin perjuicio del expreso reconocimiento de esa titularidad en algunos ordenamientos nacionales, en el conocido asunto *Hoechst*, 1989, a la asunción de la garantía convencional de reconocimiento de esa controvertida titularidad, previa reconsideración de su propia jurisprudencia, desde el conocido asunto *Roquette Frères*, 2002 (25)].

(22) Cf., entre otros, ALONSO GARCÍA, R. *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, 2014.

(23) Cf. Decisión de 8 de septiembre de 2015, as. *Laurus Invest Hungary/Hungría*.

(24) El TEDH se muestra ciertamente activo en el examen de la regularidad o irregularidad iuseuropea de la práctica estatal relativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales, ya se trate de constatar la existencia de vulneración del CEDH (cf. *Dhabi/Italia*, de 8 de abril de 2014, *Schipani/Italia*, de 21 de julio de 2015, en donde se consideraría vulnerado el artículo 6.1 CEDH como consecuencia de la negativa judicial a plantear cuestión prejudicial sin respuesta adecuada alguna a la pretensión formulada en el proceso), ya se trate de lo contrario (cf. *Ullens de Schooten / Bélgica*, de 20 de septiembre de 2011, por otras decisiones de inadmisión, mediante aplicación de un test de arbitrariedad conocido ya en la práctica de algunos Tribunales –supremos y– constitucionales de los Estados miembros).

(25) Sentencia del TJUE, de 22 de octubre de 2002, as. C-94/00, *Roquette Frères*. A propósito de este y otros asuntos cf., por otros, MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. «El TJUE como actor de la

Y así también, a propósito de la confluencia de jurisdicciones, en un caso relativo a la aplicación del CEDH por parte de jueces nacionales en su propio ordenamiento, el TJUE clarifica que «(...) si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3–, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión (y que, en consecuencia, 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 deba deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que el Convenio garantiza y una norma de Derecho nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, C-571/10, apartado 62)».

Presupuesto que, la determinación por su parte del estándar iuseuropeo de aplicación en el ámbito de actuación de la UE (de un modo integral o modulado, según que el derecho nacional venga predeterminado –*Melloni*– o no –*Akerberg*– por el DUE) no podría alcanzar a cualesquiera supuestos de «conexión indirecta», sin desconocer la presupuesta divisoria orgánica y funcional en la que descansa el proceso de integración.

3. DESDE LA REFORMA DEL TRATADO DE LISBOA

Por lo demás, con la reforma de Lisboa, esa confluencia se intensifica. Pues, sobre la explícita remanencia de la cláusula de integración de principios generales del derecho a la luz de las tradiciones constitucionales comunes (cf. art. 6.3, TUE), mediante cláusula de remisión al correspondiente Protocolo, *ex* artículo 6.1 TUE, se reconoce la Carta de derechos fundamentales de la UE como parte integrante del derecho primario. Al margen, pues, de la divisoria derechos / principios, formalmente, la Carta integra el parámetro iuseuropeo de control en el ámbito de aplicación del DUE.

Supone ello que, sin perjuicio de la interrumpida iniciativa de adhesión al CEDH (que deja en la anomía la prescriptiva disposición del art. 6.2 TUE), con la Carta de derechos fundamentales de la UE se refuerza el sustrato sustantivo de una confluencia de tribunales que, sobre los principios generales del derecho comunes a los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros y del CEDH (*ex* art. 6.3, TUE), cuenta ya con esa expresa y sistematizada relación que, sin alcanzar a fungir como prístina fuente de refundación, tampoco se queda en simple refundación (26).

En el desempeño de su función de tutela, el TJUE y los confluente supremos intérpretes, han de considerar, pues, junto con los referentes constitucionales y convencionales, los estándares diferenciados (o asimilados) de la Carta.

constitucionalidad en el espacio europeo: la importancia del diálogo judicial con los tribunales constitucionales y con el TEDH», en *TRC*, 39, 2017, pp. 235-69.

(26) Contra la expresa encomienda convencional (cf. LÓPEZ CASTILLO, A. «Algunas consideraciones en torno a la Carta de derechos fundamentales de la UE», en *REP* 113, 2001, pp. 43-73).

Y así como el Tribunal Constitucional español ha podido integrar el sentido iusfundamental de una equívoca (y desfasada) previsión constitucional a partir de la toma en consideración de estándares (convencionales e) *iuseuropeos* (cf. STC 290/2000), también el TEDH habría procedido a integrar su parámetro convencional de control tomando en consideración, no ya los estándares establecidos en ese otro ordenamiento de referencia, que también, sino mediante una interpretación extensiva –v. gr., integral– de las imprevisiones del Derecho primario, a la vista del estado de la integración, ajustando así la interpretación posible del DUE a un estándar convencional inexcusable. Y así procedería, en efecto, el TEDH, en un caso de integración de la cláusula convencional relativa al reconocimiento del derecho a participar en la elección democrática de asambleas representativas, reconocido en el artículo 3 del Protocolo adicional al CEDH, partiendo de la consideración del derecho de sufragio, como parte del reconocido estatuto de ciudadanía de la Unión, a la vista de la acrecida cualidad democrática, dado el efectivo avance competencial y funcional del PE como una auténtica cámara representativa, al efecto de sancionar la imprevisión de regulación estatal –v. gr. de la UE– de la participación en su elección por parte de los recurrentes (27).

El caso presenta un relieve constitucional inequívoco, en la medida en que, en virtud de una interpretación del Derecho primario de la UE, de porte finalista y atendiendo al estado normativo de la cuestión, colma una (desfasada) imprevisión normativa, proyectando al Derecho primario de la UE, un estándar inexcusable de participación democrática, al margen de la singularidad del régimen concertado (y tolerado) entre los Estados responsables de la situación de Gibraltar (28).

III. DE LA CONFLUENCIA DE TRIBUNALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. EL DISCRETO (SI NO ELUSIVO) PROCEDER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. Consideraciones preliminares

Con el transcurso de los años el TC español ha pasado de negar su competencia de control sobre la aplicación judicial del DUE (cf. SSTC 28/1991, 143/1994, etc.) a la práctica de un cierto control de la omisión de planteamiento de cuestión prejudicial por parte de los órganos judiciales (cf. SSTC 58/2004, 78/2010, 27/2013), antes de plantearse acudir, por esa misma vía, ante el TJUE mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales (cf. STC 26/2014, de 13 de febrero).

El sustrato doctrinal de esa evolutiva consideración de su papel a propósito de la aplicación del DUE tiene su manifestación más aguda en la DTC 1/2004, de 13

(27) Cf. sentencia del TEDH, de 18 de febrero de 1999, as. *Matthews / Reino Unido*. A propósito de la controversia hispano-británica sobre la concreta articulación de la exigencia convencional de participación de los llanitos en la elección al PE, véase sentencia TJUE, as. C-145/04, de 12 de septiembre de 2006 (cf. comentario de GONZÁLEZ GARCÍA, I. en *RDCE* 29, 2008, pp. 213-32).

(28) Cf., por otros, VALLE GÁLVEZ / GONZÁLEZ GARCÍA (eds.): Gibraltar, 300 años, SPUC, 2004.

de diciembre, dictada en control previo del no nato *TcUE*. Se declararía allí, de un modo equívoco, manifiestamente perfectible (29), que la formulación mediante explícita cláusula de la primacía de aplicación del DUE (en aquel texto fallido) no suponía alteración alguna de (los presupuestos, condicionantes y límites de) la asunción constitucional de una integración, conocida y consentida, en consecuencia, desde el momento mismo de entrada en vigor del tratado de adhesión.

Con todo, la enojosa respuesta prejudicial que, en su formación de Gran Sala, le brindara el TJUE en el conocido asunto *Melloni*, pareciera haber sembrado la duda en el seno del TC. Pues, en la salida arbitrada *ad casum*, previa invocación de la implícita reserva constitucional apuntada en aquella Declaración, se sirve el Pleno de una argumentación forzada, y abiertamente contradictoria con las exigencias del principio de primacía de aplicación que, en el marco de una cuestión prejudicial, formalmente alcanza a la cuestión interpretada. Ello hace pensar que el TC pueda tomarse un tiempo antes de volver a acudir ante el TJUE.

Exponente del manifiesto descontento que ese malhadado episodio prejudicial ha provocado en el seno del Tribunal Constitucional español (y, por simpatía, en otros Tribunales Constitucionales), es la caricaturizada caracterización del episodio por parte de uno de sus jueces: «El diálogo –se dice enfáticamente– acabó en ajuste, sin grandes dotes de diplomacia por parte del Tribunal de Luxemburgo (STJUE, 26 de febrero de 2013), a la hora de descartar las tres cuestiones planteadas al respecto por el Tribunal español (... lo que condujo a) una paradójica sentencia del TC español (STC 26/2014, FJ 2) (... convencido de que) las previsiones de la Carta... no habían sido respetadas por su intérprete oficial, que se erigía así en TC de una UE sin Constitución» (30).

Ha quedado un poso de desconfianza que hace improbable una reactivación inmediata de la confluencia entre ambas jurisdicciones o, mejor dicho, que puede propiciar una práctica de comunicación indirecta, mediante predeterminaciones del sentido y alcance del DUE, dejando de lado el cauce procesal previsto al efecto.

De esa desviada práctica de comunicación informal mediante anuncio (abierto de modo contundente por el TCFA, cual secuela de la doctrina *Melloni*, según se ha de ver) puede considerarse exponente la reciente determinación del sentido que habría de darse a una disposición del DUE de la que traía causa la norma nacional enjuiciada, mediante STC 1/2018, de 11 de enero. Sin acudir al TJUE, al efecto de recabar la interpretación autorizada de la Directiva de cuya transposición se trataba, se determinaría su sentido y alcance, antes de considerar evidente que en el caso no se trataría de otra cosa que del control de constitucionalidad de una disposición adoptada por el legislador nacional, en el ejercicio de su remanente ámbito de discrecionalidad [STC 1/2018, FJ 5 (31)]; que tal interpretación resultaba dudo-

(29) *Vide*, por todos, LÓPEZ CASTILLO, A. («La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre»), en *Idem/SÁIZ ARNÁIZ/FERRERES COMELLA*, en *Constitución española y constitución europea*, 2005, pp. 13-49.

(30) Así se expresa OLLERO TASSARA, A. («El diálogo de los Tribunales Constitucionales con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El caso español», 13 pp.), en la reunión, a cuatro, de los Tribunales constitucionales de España, Portugal, Italia y Francia, en Sevilla, 26-27 de octubre de 2017.

(31) *Cf.*, a propósito de la distancia que el TC no acaba de salvar, la controvertida interpretación del DUE del que traía causa la norma nacional enjuiciada, sin previo planteamiento de cuestión prejudicial (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 5: «La conclusión anterior no queda enervada por lo argumentado por el Abogado del Estado, que reputa correctamente traspuestas las directivas de las que el

sa se aprecia, en este caso, de modo reflejo, en la medida en que mediante VP se da cuenta del debate procesal al interno del Pleno (32).

Pero, veamos, en su detalle más reciente, lo que se dice y lo que se hace, antes de apuntar a lo que ni se dice, ni se hace, en la jurisprudencia iuseuropea del TC.

B. Lo que se dice y lo que se hace en la jurisprudencia iuseuropea del TC

a) Se recordará que, a propósito de la controvertida cuestión del planteamiento solapado o no de cuestión prejudicial y cuestiones de inconstitucionalidad, el TJUE insiste en que el juez nacional no queda exento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial de validez o/e interpretación del DUE, por el mero hecho de que una cuestión de inconstitucionalidad pueda estar pendiente de resolución ante un Tribunal constitucional (a propósito de semejante concurrencia procesal en un caso relativo a Alemania, cf. STJUE 4 junio 2015, as. C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*).

Se recordará, además, que el TJUE ya había excluido con antelación la necesidad de establecer una preferencia o prioridad formal, siempre que no se tratase de una cuestión prejudicial de validez, pues en tal caso, lo primero sería acudir ante el TJUE. Siempre que –se vendría a precisar– el órgano judicial nacional tuviese asegurada la posibilidad de plantear cuestión prejudicial, en cualquier momento, incluso después de haberse dictado sentencia por parte del Tribunal Constitucional, así como la de prestar una efectiva tutela judicial cautelar, inaplicando, en su caso, una ley ya declarada conforme a la Constitución (STJUE 22 junio 2010, as. C-188/10 y C-189/10, *Melki y Abdeli*; cf. STJUE de 11 de septiembre de 2014, as. C-112/13, *A y B y otros*).

precepto cuestionado trae causa, descartando, por tanto, que se vulnere el artículo 24.1 CE. A este Tribunal no le corresponde establecer cuál sea la interpretación correcta del Derecho de la Unión. Pero sí debe constatar que, tanto en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE, como en su precedente, el artículo 6 de la Directiva 1987/344/CEE se afirma que se preverá un «procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad». Tal como puede constatarse, no se prevé que, optando por uno u otro, dicho procedimiento excluya el acceso a la jurisdicción ordinaria. Y también se establece que la instauración de dicho procedimiento se hace «sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional», sin precisar cuál deba ser y cómo deba funcionar. Resulta entonces que, aunque «[l]as exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales» [STC 20/2014, de 10 de febrero, FJ 3 a)], la norma nacional no ha apurado el margen de apreciación que le otorgaba la europea a fin de permitir una transposición que concilie, en la mayor medida posible, el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión con las exigencias constitucionales del artículo 24 CE en relación con el arbitraje (en un sentido similar, STC 141/2016, de 21 de julio, respecto al orden interno de distribución de competencias, o 1/2012, de 13 de enero, en cuanto a la distribución horizontal de poderes que deriva de la Constitución). En consecuencia, el artículo 76 e) LCS es inconstitucional y nulo».

(32) Cf. VP (STC 1/2018) de Xiol Rios, punto 3. La falta de legitimación del Tribunal para interpretar el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE («...resulta evidente que una interpretación de tal naturaleza está reservada al Tribunal de Justicia de la Unión. El Tribunal... hubiera debido limitarse a explicar por qué en este caso estamos legitimados para entrar a conocer de la constitucionalidad de una norma interna, el artículo 76 e) LCS, aun cuando sea el resultado de la transposición de una directiva comunitaria; o, alternativamente, plantear una cuestión prejudicial si consideraba necesario pronunciarse sobre el alcance de la directiva en un punto que dista mucho de ser claro.»).

Pues bien, a propósito de esto, la doctrina sentada por el TC, de la que el Auto (ATC) 168/2016, de 4 de octubre, bien puede considerarse exponente, es que en el supuesto de eventual planteamiento simultáneo de cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial, se ha de dar preferencia al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE ya que, sin una previa clarificación del estado de aplicación del DUE, no podría determinarse nada cierto acerca de la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la cual no estuviese claro que la norma cuestionada fuese realmente de aplicación al caso. Pues «la incompatibilidad de la ley nacional con el DUE sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones procesales para la admisibilidad de la CI».

Así pues, se habría de aclarar «que la ley cuestionada (no) sea incompatible con el DUE y, en consecuencia, inaplicable» (FJ 4), antes de plantearse acudir ante el TC mediante una cuestión de inconstitucionalidad.

Y en esa línea de precedencia formal de la cuestión prejudicial, habría clarificado el TC que, en caso de duda acerca de la conformidad del derecho nacional al DUE, con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, antes que llamar la atención del TC sobre la existencia de esas dudas, los órganos judiciales deberían haberse dirigido al TJUE en vía prejudicial, si es que no estaban convencidos de la inaplicación de la ley nacional. Pues, hasta que no se hayan aclarado unas dudas, que, según reiterada jurisprudencia acerca de la falta de rango constitucional del DUE, no competiría aclarar al TC (33), no podrían admitirse a trámite esas pretendidas cuestiones de inconstitucionalidad (34).

La claridad de esa regla de preferencia no debiera velar la evidencia de que, en el intento de conjugar esos procedimientos de consonancia normativa, la posición institucional de los Tribunales Constitucionales y su fungibilidad como supremos garantes de la respectiva Constitución nacional, se ve seriamente comprometida.

Pero, sobre cómo enfrentar la pérdida de lustre institucional y la merma de competencia jurisdiccional es algo acerca de lo que no acaban de ponerse de acuerdo los órganos constitucionales concernidos.

En este punto, conviene recordar que, a fin de asegurar un ámbito jurisdiccional propio, sin perjuicio de los condicionamientos derivados del DUE, el Tribunal austriaco ha procedido a integrar su parámetro de constitucionalidad apelando a la Carta de derechos fundamentales de la Unión (lo que, en el marco singular de su ordenamiento constitucional, no deja de ser una interpretación comprensiva del bloque constitucional), mediante sentencia de 14 de marzo de 2012 (35). Se evi-

(33) En esa línea recurrente, que va de la primera a la última de sus resoluciones, pueden mencionarse aquí, entre las más recientes, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3.a); STC 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 5, *in fine*; STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 2, *in fine*; o, en fin, la propia STC 1/2018, de 11 de enero, FFJJ 3 y 5, *in fine* («el proceso versa sobre la recta aplicación del DUE por los poderes públicos nacionales... cuestión que en principio procesalmente no tiene rango constitucional (por todas, STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10)» por más que «las exigencias derivadas del DUE no puedan ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales (STC 20/2014, de 10 de febrero, FJ 3.a)»).

(34) Cf. Autos (AATC) 202-205/2016, todos de 13 de diciembre, que plantearon con esas dudas cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley 15/2012, y, asimismo, Autos (AATC) 183/2016 y 185/2016, de 15 de noviembre, a propósito de la autonomía financiera de las CCAA.

(35) A propósito de esa decisión y de sus consecuencias en el ordenamiento austriaco, cf. CRUZ VILLALÓN, P «El valor de posición de la Carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea», en *TRC* 39, 2017, pp. 85-101.

dencia así, *ad exemplum*, que de la enfática constatación de que un previo pronunciamiento prejudicial del TJUE no impide un ulterior pronunciamiento constitucional, en la vía del control de constitucionalidad de normas (o en cualquiera otra practicable, cabría decir, a la vista de la praxis de su correspondiente alemán), nada definitivo se dice acerca del grado de condicionamiento paramétrico del enjuiciamiento de constitucionalidad (36).

b) El TC ha asumido, de ordinario (episodios controvertidos al margen), una complementaria función de garante del principio de primacía del DUE (1.º) que, en su jurisprudencia, precede a la propia aceptación de su carácter de «órgano judicial» como aplicador *sui generis* del DUE a los efectos del artículo 267 *TfUE* (2.º).

1.º A propósito del TC como garante del principio de primacía del DUE

En ese sentido, en una línea similar a la adoptada por otros Tribunales (supremos y) constitucionales, el TC habría procedido a considerar vulnerados derechos y garantías iusfundamentales, en diversos supuestos de infracción por parte de los órganos judiciales de su función jurisdiccional en tanto que aplicadores del DUE, generalmente, *ex* artículo 24 CE, en exclusiva o en relación con otras garantías y derechos fundamentales sustantivos, y mediante integración relacional, *ex* artículo 14 CE.

De esto último es buena muestra, la STC 162/2016, de 3 de octubre, mediante la que se otorga el amparo por vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo, por vulneración del artículo 14 CE (37), integrado mediante invocación de directiva relativa al principio de igualdad de trato, transpuesta al derecho español e interpretada por el TJUE, debida a la denegación de derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento de magistrado de una persona que, por estar de licencia por riesgo de embarazo, no habría llegado a tomar posesión de la plaza.

En relación con un caso de *habeas corpus*, mediante invocación de las garantías iusfundamentales de libertad personal (art. 17.3 CE) y asistencia letrada (art. 24.2 CE), se otorgaría el amparo mediante STC 13/2017, de 30 de enero, por la negativa del instructor a proporcionar al letrado copia del atestado policial de la detención, contrariando lo previsto en una Directiva no transpuesta en plazo, en atención a su incondicionalidad y suficiente precisión.

Se recordará, por lo demás, que mediante STC 145/2012, de 2 de julio, se habría otorgado el amparo por vulneración de los derechos a la tutela judicial efec-

(36) A propósito de esto, en la STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 6, pareciera confundirse la existencia de un ámbito jurisdiccional propio, el relativo al control de constitucionalidad de la ley (cf. STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4-6) con la inexistencia de condicionamiento de su pronunciamiento (en consecuencia, podría decirse, con su salida por la tangente en el caso *Melloni*). Precisamente al efecto, de asegurar su propio ámbito jurisdiccional, sin perjuicio de condicionamientos derivados del DUE, es por lo que el Tribunal austriaco habría procedido, por lo demás, conforme a su singular ordenamiento constitucional, a integrar la Carta en el parámetro de constitucionalidad.

(37) A propósito de la integración iuscomunitaria de la cláusula constitucional de no discriminación, a propósito de actuaciones nacionales predeterminantes de las medidas comunitarias lesivas o de su quebranto al hilo de la aplicación de normas directamente aplicables, cf. SSTC 64/1991 y STC 130/1995, respectivamente.

tiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad sancionadora [art. 25.1 CE (38)], como consecuencia de la indebida aplicación jurisdiccional de norma que el TJUE ya había declarado expresamente contraria al DUE. Y, asimismo, que mediante STC 50/2014, de 7 de abril, se otorgaría el amparo demandado por una falta de motivación judicial de la desatención a la interpretación del DUE sentada por el TJUE (Sentencia *Lopes da Silva*), haciendo caso omiso de las concretas circunstancias de residencia y arraigo laboral y familiar alegadas por el demandante, antes de acordar la entrega a su país de origen para el cumplimiento pendiente de una pena privativa de libertad, por entenderse vulnerado el artículo 24.1 CE, en relación con los artículos 17.1 y 19 CE, relativos al derecho a la libertad personal y a la libertad de residencia, respectivamente.

Por otra parte, como manifestaciones de efectiva prestación de tutela, con exclusiva base en la vulneración del artículo 24.1 CE, pueden mencionarse, una serie de casos en los que el TC, como garante de la primacía de aplicación del DUE, ha sancionado la desatención de la existencia de jurisprudencia sentada por el TJUE o, de otro modo, abstracción hecha de que se trataba de supuestos de cuestión aclarada, sin motivar la falta de planteamiento de cuestión prejudicial.

(38) Cf., a propósito de la integración (mediante reglamento comunitario) de una norma penal en blanco, STC 120/1998, FJ 4, a): «(...) se plantea ahora una cuestión distinta, la de determinar si una norma comunitaria puede cumplir la función de complementar la ley penal incompleta cuando ésta exige el rango de ley para la norma remitida. Ciertamente, en anteriores ocasiones se ha sometido a nuestro enjuiciamiento la constitucionalidad de preceptos en blanco, cuyo complemento podía estar afectado por una norma comunitaria (SSTC 111/1993, 372/1993, 265/1994, 137/1995 y 24/1996). Y al respecto ha de tenerse presente que ya en la STC 28/1991, fundamento jurídico 4.º, hemos declarado que el Reino de España «se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual –por decirlos con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas– constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales». Con lo que se ha puesto de relieve la primacía del Derecho comunitario en el orden interno [en el mismo sentido, STC 64/1991, fundamento jurídico 4.º a)], al igual que se ha declarado por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo desde su Sentencia de 15 de junio de 1964 en el asunto 6/64, Costa, reiterándose en decisiones posteriores (Sentencia de 13 de julio de 1972, en el asunto Comisión/Italia y Sentencia de 9 de marzo de 1978, en el asunto *Simenthal*, entre otras.). Siendo de señalar, en particular, que el mencionado Tribunal, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en relación con delitos monetarios, ha declarado en su Sentencia de 23 de febrero de 1995 (asunto *Bordessa y otros*) que las disposiciones comunitarias «pueden invocarse ante el órgano jurisdiccional nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones». En atención a esta doctrina obviamente, la conclusión es que una norma del Derecho comunitario, originaria o derivada, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal, como ocurre en el presente caso. Y al respecto cabe señalar, además, que no es infrecuente que una norma estatal se remita a una disposición comunitaria, incluso en materia penal, como ocurre por ejemplo y de manera expresa, con el artículo 2.1 f) de la nueva Ley Orgánica.

«Por lo demás el Reglamento comunitario (CEE) núm. 3626/82 del Consejo cumple las restantes exigencias requeridas por la Ley de Contrabando. El artículo 6 de esta normativa prohíbe expresamente «exponer con fines comerciales, vender, almacenar para la venta, ofrecer a la venta o transportar para la venta» determinadas especies. En el Anexo I de la Convención de Washington, que se adjunta al referido Reglamento, figuran como especies protegidas las *cheloniidae* o tortugas de mar. No aparecen en esta disposición límites temporales respecto a las conductas prohibidas, por lo que hay que afirmar que este Reglamento comunitario observa las condiciones necesarias para integrar la figura delictiva aplicada por la Audiencia».

Así, mediante STC 232/2015, de 5 de septiembre, se otorgaría el amparo por inaplicación de Directiva, en relación con un caso idéntico a otro ya resuelto por el TJUE en un supuesto sobre sexenios de funcionarios interinos (39). Y así, también, mediante la más reciente STC 75/2017, de 19 de junio, en donde la vulneración de la tutela judicial efectiva, *ex* artículo 24.1 CE, resulta de una irrazonable y arbitraria desatención por una «propia, autónoma y exclusiva decisión» judicial (cf. STC 232/2015, FJ 6) en un procedimiento de ejecución hipotecaria, abstracción hecha de la doctrina sentada por el TJUE a propósito del concepto de consumidor [cf. artículo 2 b) de la directiva 93/13/CEE], poniendo así en cuestión la primacía de aplicación del DUE.

2.º A propósito del TC como «órgano judicial» a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial, *ex* artículo 267 TfUE.

Tras años de elusión de su condición de «órgano judicial» a esos efectos, sin perjuicio del reconocimiento de su incompetencia para acordar la nulidad de las disposiciones del DUE (cf., *a. e.*, ATC 228/2005, FJ4) y de la relevancia de sus exigencias para determinar el ámbito de discrecionalidad remanente de los órganos constitucionales (cf., *a. e.*, STC 1/2018, FJ 5), el TC finalmente procedería a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE, mediante Auto 86/2011, de 9 de junio (*Melloni*).

La esperada respuesta del TJUE, mediante sentencia de su Gran Sala, de 26 de febrero de 2013 (C-399/11), resultaría inconveniente e insatisfactoria para el TC (generándose así una peculiar modalidad de respuesta comunicativa, por remisión y alusiones, que tiene sin duda en la sentencia del TCFA, de 15 de diciembre de 2015, su expresión más aguda).

Se recordará que la sentencia *Melloni* se dictó el mismo día que la sentencia *Akerberg Fransson* (en ese caso, en relación con un asunto no predeterminado por completo por el DUE) y que, de su lectura conjunta resulta una contundente exigencia de primacía y salvaguarda de la unidad y efectividad del DUE (cf. párrafos 29, *Akerberg*, y 60, *Melloni*).

Sin perjuicio de su planteamiento instrumental de una cuestión prejudicial concebida como una oportunidad para acometer un cambio de su doctrina previa, a propósito de la exigencia *ad extra* de un contenido absoluto de tutela en supuestos de extradición que, en su proyección al específico régimen de la euroorden, ya venía siendo cuestionada al interno del TC, se quiso brindar al TJUE la ocasión de establecer un estándar comunitario de tutela, mediante su autorizada interpretación prejudicial, en relación con disposiciones centrales de la Carta de Derechos fundamentales.

Pero, el TJUE, lejos de asumir el reto, incurriría en un simplificador automatismo, desatento con el rango de su interlocutor y con la dimensión constitucional de las cuestiones planteadas, limitándose a prescribir un raquíptico estándar de tutela, alejado no ya de la puntillosa exigencia previa que el TC tenía decidido superar,

(39) Cf. STC 148/2016, de 19 de septiembre, que otorgaría el amparo en un caso de archivo de las actuaciones sustentado en una interpretación no razonable de la legislación procesal, contrariando la doctrina del TJUE; cf. STC 4/2017, de 16 de enero, en esa misma línea sancionatoria del desconocimiento de la doctrina aclarada por el TJUE.

sino incluso del propio estándar (mínimo común) convencional. Y, como es comprensible, a la vista de la raquílica prescripción disyuntiva (o comunicación procesal o efectiva defensa) recetada, el TC, mostrando una desconsideración semejante, no obstante tratarse de un pronunciamiento formalmente vinculante, procedería –según tenía previsto– a revisar la intensidad de su previa exigencia de garantías procesales, no sin el previo recordatorio de su doctrina acerca de los límites implícitos eventualmente oponibles a la exigencia de primacía del DUE, mediante extracto del correspondiente pasaje (del FJ 3) de su DTC 1/2004, desoyendo así, de soslayo, al TJUE.

El TC procedería, en efecto, a la modulación del estándar constitucional aplicable al caso, pero no mediante invocación del artículo 93 CE, sino *ex* artículo 10.2 CE (40), a partir de los estándares convencionales sentados por el TEDH, dejando la respuesta prejudicial en un simple referente a considerar, entre otros iusinternacionales de referencia, al efecto de dar con una solución intermedia, expresiva de su compromiso entre Constitución e Integración.

Lo que se había pensado como una ocasión para avanzar, dialogando, a propósito de la conjunción de los estándares de tutela, confluentes, en el proceso de aplicación del DUE, acabaría con una despedida a la francesa, sin decirse ni adiós. Y con ello, antes que la apertura de una vía procesal de comunicación directa, se habría propiciado un repliegue táctico mediante comunicado.

Se abriría así, sin haberlo pretendido, una alternativa vía de comunicación indirecta, antes que un procedimiento dialógico que, en el caso, hubiese requerido de una reformulación de las cuestiones, con argumentación adicional, a la vista de la respuesta prejudicial, de un modo que no tiene precedentes.

Ese sonado desencuentro prejudicial no ha pasado inadvertido. Y así –como se ha de ver aun en detalle–, sin perjuicio de la inversión del objeto del proceso constitucional de amparo en el singular marco del conceptismo que caracteriza su jurisprudencia iuseuropea, el TCFA ha tenido presente esa larga cambiada del TC, en su doble vertiente, de fondo y forma.

En cuanto al fondo, así como por su construcción del estándar inexcusable de efectividad de la tutela judicial, mediante anclaje en la cláusula constitucional de dignidad de la persona, por su caracterización como contenido absoluto e indisponible. Y a propósito de la forma, porque, haciendo abstracción del cauce procesal establecido al efecto, previa inversión del objeto de su pronunciamiento (al hilo de una interpretación constitucional de conformidad de la ley nacional de aplicación del régimen de la orden de detención y entrega establecido por el DUE), se procede a determinar la interpretación que se considera aceptable (en lo que, a la luz del referente *Melloni*, parece más un pronunciamiento elusivo, a la española, que el juicio de predeterminación del estándar que formalmente es y que, a modo de ilustración, se pone en circulación (para general conocimiento y) por si el TJUE quisiera asumirlo.

(40) Cf. VVPP de Asúa y Roca, críticos con la invocación de la doctrina de los límites implícitos y con el desconocimiento en el caso de la vinculatoriedad, *ex* artículo 93 CE, de la cuestión aclarada, y VP de Ollero Tassara, que critica, por su parte, la desproporción que habría comportado abandonar su rigurosa exigencia anterior, cuando bien podía salvarse para los supuestos ajenos al DUE.

C. Lo que ni se dice ni se hace en la jurisprudencia iuseuropea del TC

Dicho lo anterior, al TC se le habría de alcanzar, y si no, se le ha de plantear, con claridad, la pertinencia, si no acuciante necesidad, de que, en su condición de supremo intérprete de una Constitución abierta, en proceso de integración, ha de ponerse en la posición de asumir con decisión su papel en lo que a la decantación de los estándares constitucionales se refiere.

Al efecto de contribuir, de modo activo, y no solo, como expectante receptor de interpretaciones, asumidas a regañadientes o eludidas, en su caso, mediante tempestiva intervención, en consonancia o no con sus correspondientes, en su caso, mediante esa cooperativa vía de comunicación con el TJUE que es la cuestión prejudicial.

Ello es viable en cualesquiera procedimientos constitucionales, en la medida, no insólita, en que puedan plantearse dudas acerca de la aplicación del DUE. Pero tiene en el recurso de amparo un espacio particularmente indicado al efecto.

De un modo conciliador, pero decidido, no pasivamente, sin seguidismos, ni desentendimientos, ni de modo activista. Tanto más, si sus correspondientes en otros ordenamientos de referencia ya recorren un camino por el que, a su modo, asimismo transita el TEDH. Sin perjuicio de que el TJUE no parezca tampoco del todo consciente de la incuestionable dimensión que, como supremo Tribunal (constitucional) de la UE, en materia de tutela iuseuropea de DDFP, institucionalmente le corresponde (41).

Al efecto, se impone un replanteamiento de la consideración de asuntos relativos al DUE, seguramente mediante una revisión de los criterios de apreciación de la concurrencia de especial trascendencia constitucional (42). Pues, de lo contrario, los efectos derivados de una interpretación desatenta con esa auténtica exigencia estructural al sistema superpuesto de tutela de los DDFP aún podrían intensificarse, como consecuencia de la objetivación (desde la admisión) de los recursos de amparo.

Los efectos de la objetivación del amparo, ciertamente en un marco de restringida operatividad de los derechos fundamentales, en consonancia con su específico régimen constitucional de tutela, *ex* artículo 53.2 CE, se estarían poniendo ya de manifiesto en la jurisprudencia del TEDH. Primero, de un modo silente [cf. *del Río Prada* (43)], o por refleja consecuencia (cf. García Mateos (44)), y de manera ya

(41) En ese sentido, tanto en el ejercicio de su función de AG, como en su faceta universitaria, por lo que a la doctrina española se refiere, destacan, por su recurrencia, las demandas de CRUZ VILLALÓN, P. (cf., *a. e.*, sus Conclusiones en relación con los asuntos *AMS* y *Alo y Oso*, de una parte, y su contribución, «El valor de posición de la Carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea», en *TRC* 39, 2017, pp. 85-101).

(42) La consideración de la densa confluencia judicial que a propósito de la aplicación del DUE se produce, no permite otra conclusión (en este mismo sentido, con referencias adicionales, cf. GARCÍA COUSO, S. «La participación del Tribunal Constitucional en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales: adaptarse o quedar desplazado», en *RGDC*, 25, 2017).

(43) Cf. *Del Río Prada / España* (sentencia TEDH, de 21 de octubre de 2013).

(44) C. *García Mateos*, STEDH de 19 de febrero de 2013, en donde se constata la ineficacia de la tutela formalmente otorgada en amparo por el TC, primero, mediante resolución declarativa (STC 3/2007, de 15 de enero, y, seguidamente, mediante resolución de un segundo recurso de amparo tramitado como incidente de ejecución (ATC 1/2009, de 12 de enero; cf. VP del magistrado PÉREZ

explícita e inequívoca, desde la resolución inadmisoria dictada en el caso *Arribas Antón* (párr. 51: Que el TC interprete a su modo la ETC «no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda que se le plantee...») (45).

Y, desde entonces, el TEDH ha seguido conociendo de sucesivas quejas contra resoluciones de inadmisión de recursos de amparo, por falta de especial trascendencia constitucional (*Gómez Almeda/España*, de 29 de marzo de 2016, *Flores Quirós/España*, de 16 de julio de 2016) o por su falta de justificación (*Rodríguez Revelo/España*, de 12 de enero de 2016, *Pérez Martínez/España*, de 23 de febrero de 2016) (46).

Si se afianzase esta tendencia a la desconsideración del recurso de amparo constitucional, como cauce accesible y efectivo de prestación de tutela, podría llegar a considerarse como un trámite preciso solo por excepción al efecto de agotar la vía judicial previa al acceso ante el TEDH (47).

En consecuencia, insistir en exceso en el carácter objetivado del amparo constitucional, potenciando así esa creciente excepcionalidad, podría hacer del TC un interlocutor episódico del TEDH. La función de interlocución que, en tanto que garante último de los DDFP, por definición, corresponde al Tribunal Constitucional, debiera llevar a reconsiderar la cuestión en su integridad.

Si a ello, se suma, la pendiente articulación (Protocolo n.º 16 cit.) de un cauce de comunicación prejudicial de la suprema jurisdicción ordinaria con el TEDH y el establecimiento de vías de revisión de sentencia firme (a partir de lo dispuesto en el artículo 5 bis LOPJ) en los diversos órdenes jurisdiccionales (arts. 510 *LEC*, 954 *LECrim*, 102 *LJCA*, 328 *LPM*), como consecuencia de la declaración de vulneración del CEDH mediante sentencia del TEDH, siempre que, por su naturaleza y gravedad, persistiesen efectos que no pudiesen cesar de otro modo, entonces, se entenderá aún mejor el grado de excentricidad en que puede llegar a situarse el TC, por lo que a la configuración del espacio europeo de los derechos fundamentales se refiere. Limitándose, en buena medida, a seguir la doctrina del TEDH a medida que le llegue en amparos que justifiquen su especial trascendencia constitucional.

TREMPS, partidario de la indemnización, como único remedio efectivo ante la fallida circularidad de la tutela formalmente acordada y confirmada).

(45) *Arribas Antón* (TEDH, resolución de inadmisibilidad, de 20 de enero de 2015); cf. a. e., GONZÁLEZ ALONSO, A. y RUIZ-RISUEÑO, F., «El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del CEDH», en *REDE* 54, 2015.

(46) Referencias (hasta los primeros meses de 2016) que tomo prestadas de Susana García Couso, «La participación del Tribunal Constitucional en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales: adaptarse o quedar desplazado», en *RGDC* 25, 2017.

(47) Recuérdese que, en atención a la restringida operatividad del recurso de amparo, *ex* artículo 53.2 CE, el contenido mínimo (convencionalmente) de una parte significativa de los derechos fundamentales constitucionalizados se determina sin la intervención del TC, sea porque no llegase a conocer del asunto, sea porque, dada su exclusión del recurso constitucional de amparo, solo pudiese pronunciarse de soslayo, desde la consideración de cláusulas transversales, de sólito, mediante invocación de los artículos 14 y 24 CE (cf., a propósito de la enrevesada e inoperante secuencia procesal seguida para forzar el conocimiento del asunto por parte del TC en amparo, en manifiesto contraste con la flexibilidad de la interpretación de los requisitos procesales de acceso a la demanda de tutela convencional por parte del TEDH, sentencia de 20 de diciembre de 2016, *Sociedad del Ucieza c. España*).

Esa práctica dejatoria del TC contrasta, por no decir que está en las antípodas del decisionismo configurador de otras ocasiones (cf., en particular, el reconocimiento *ex* artículo 10.2 CE del anclaje de una imprevista garantía de *habeas data*, como contenido ínsito, en el artículo 18.4 CE, no obstante que su textura formal era la típica expresión de mandato al legislador, pensando en la salvaguarda de bienes constitucionales concernidos por la regulación de los usos de la informática, tomando como referente, así como la jurisprudencia convencional, el tenor del artículo 8 de la –entonces jurídicamente no vinculante– Carta de derechos fundamentales de la UE) (48).

Ese desfallecer, esa atonía, resultan tanto más llamativos si se atiende a la práctica orientada a la recuperación de su comprometido espacio como supremos garantes en materia (no solo) de los derechos fundamentales, en la que se andan esforzando Tribunales Constitucionales de referencia, tales como la *Corte Costituzionale* italiana (3) o el *Bundesverfassungsgericht* alemán (2) de los cuales se trata aquí, en lo que sigue.

2. EL APARATOSO (SI NO INCONTINENTE) DISCURSO DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

A. Consideraciones preliminares

En este punto inicial es preciso aclarar que, en esta ocasión, las referencias a la relación TCFA y TEDH se limitan a lo estrictamente indispensable; a propósito, como exponente del actual estado de la cuestión, algo se dirá acerca de su (ya no tan) reciente declaración de inconstitucionalidad de un obsoleto tratado bilateral (sobre la doble imposición) con Turquía mediante (otra) sentencia («*treaty override*»), de 15 de diciembre de 2015.

En la jurisprudencia del TCFA es tradicional la presunción de rango legal (conferido por las leyes que autorizan la conclusión) de las disposiciones iusinternacionales convencionales, lo que se hace asimismo extensivo a las obligaciones del CEDH, al margen de su conexidad o equivalencia con otras disposiciones del derecho internacional general, que, *ex* artículo 25 LF, acreditan un rango supra legal (49).

Por lo que al CEDH se refiere, esa regla se modularía, en aplicación de la directriz hermenéutica de cordialidad iusinternacional, mediante una expectativa de interpretación del ordenamiento nacional, en su conjunto (es decir, incluidos los

(48) Cf. VP JIMÉNEZ DE PARGA, al que se adhiere MENDIZÁBAL ALLENDE, a la STC 290/2000, de 30 de noviembre, partiendo de la imprevisión de una cláusula abierta en materia de derechos fundamentales (diríase, a la americana, pero, en realidad, mediante inferencia a partir de cláusulas genéricas, también en el marco de la LF alemana o de la Constitución italiana, se ha podido avanzar en esa línea mediante una jurisprudencia configuradora) antes de poner de manifiesto el sesgo configurador de la resolución y la conexidad de la libertad informática a la dignidad de la persona.

(49) A propósito, *vide* Sentencia de 15 de diciembre de 2015, «*Treaty Override*», marginal núm. 42, con referencias adicionales, de modo no del todo consecuente como bien se ha podido apuntar, a propósito de las «cláusulas absolutas» (interdicción de la esclavitud, por ej.) del CEDH (cf. WOLLENSCHLÄGER, in: Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 3.^a ed., 2015, artículo 25, marginal núm. 18).

derechos fundamentales), conforme al CEDH, bien que no contra tenor. De modo semejante a lo que, *ex artículo 10. 2 CE*, es el caso en España, también en Alemania los estándares convencionales fungen como criterios auxiliares para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y de los principios relativos al Estado de Derecho de la LF, para los jueces y demás poderes públicos, incluido el legislador (excepción hecha de la hipótesis de su consciente desatención) (50).

La declaración de inconstitucionalidad puede alcanzar, en principio, también a la estandarizada interpretación del CEDH por parte del TEDH, sin perjuicio de la posible incursión en responsabilidad internacional como consecuencia de la desatención; si esa discrecionalidad responsable alcanza a cualesquiera supuestos, incluidos los casos de condena a Alemania, y hasta dónde alcanza, en tales casos, la vinculación del legislador, es una cuestión no del todo clarificada por el TCFA (51).

Por lo demás, en su ya larga trayectoria, la jurisprudencia iuseuropea del TCFA no está falta de episodios de intercambio, agreste o dulcificado, de modulaciones y advertencias o mensajes cifrados. Pero de todo eso, nada se dice aquí (52).

En lo que sigue se trata, en apurada síntesis, de dos relevantes manifestaciones de la reciente jurisprudencia iuseuropea del TCFA en las que, de un doble modo, en apariencia contradictorio, se acomete una práctica de comunicación con el TJUE que bien podría caracterizarse como la expresión de un «conflictivo diálogo» o como singular manifestación de «dialogado monólogo». Por no hablar –destempladamente, pero, quizás, de modo más atinado– de una compleja modalidad, por sus variantes, de «comunicados de doctrina»–.

Se trata de una técnica de comunicación indirecta. En un doble sentido (53). Pues, de una parte, se entra en debate con la jurisprudencia vinculante del TJUE de la que, sin previo planteamiento de cuestión prejudicial, manifiestamente se ha pasado a discrepar (2015). Y, de otra parte, se sigue también esa vía institucionalizada de comunicación directa, pero de un modo torcido, mediante propuesta cerrada (sin alternativa compatible con las exigencias del DUE) de interpretación del DUE de conformidad con la Constitución nacional (2016), en lo que parece ser una práctica de interpelación de la que el TCFA pudiera asimismo servirse [tal y

(50) En ese sentido destaca, en particular, la conocida sentencia *Görgülü*, as. 2 BvR 1481/04, de 14 de octubre de 2004, en BVerfGE 111, 307, 317, 324; cf., asimismo, sentencia *Sicherungsverwahrung II*, as. 2 BvR 1048/11, de 20 de junio de 2012, en BVerfGE 131, 286, 295.

(51) Que literalmente solo habla de la «posibilidad» de que el legislador modifique las disposiciones legales incompatibles con el CEDH (doctrina *Görgülü*, en BVerfGE 111, 325; cf. ROBERT FRAU, *Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag*, 2015, pp. 59-60).

En general, a propósito de la confluencia entre TCFA y TEDH y de la incidencia que la fallida adhesión de la UE al CEDH pueda llegar a tener en la misma, por su focalización temática, bien puede remitirse aquí a NATO TSOMAIA, *Der Konflikt zwischen BVerfG und EGMR im Spannungsfeld zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Ed. Lit, Berlín, 2016.

(52) Cf., a propósito de la confluencia entre TCFA y TEDH y de la incidencia que la fallida adhesión de la UE al CEDH pueda llegar a tener en la misma, por su focalización temática, bien puede remitirse aquí a NATO TSOMAIA, *Der Konflikt zwischen BVerfG und EGMR im Spannungsfeld zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Ed. Lit, Berlín, 2016.

(53) *Vide*, por otros, LÓPEZ CASTILLO, A. «¡Alto ahí a la identidad constitucional! un ejemplo (ya no tan) reciente de discontinuidad continuista en la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA», en *TRC* 39, pp. 387-412 y «Europa*e*, audi, quid veni*t* statut*u*que Domina verbum. Una muestra (aún) reciente de la actual jurisprudencia iuseuropea del TCFA», en *REDC* 111, 2017, pp. 341-78.

como fuera el caso, ya durante el verano de 2017, mediante apertura de una segunda ronda prejudicial (54)].

Y ello se produce, en relación con la tutela de DDFF (2015 y 2016 y 2017) y con la disputa competencial (2016 y 2017), típicos ámbitos de «conflicto constitucional» (55).

B. De la sentencia de la Sala segunda del TCFA, de 15 de diciembre de 2015

El asunto resuelto mediante esta sentencia de la Sala Segunda del TCFA descansa en la afirmación enfática de la dignidad personal como núcleo comprensivo de un derecho fundamental a la revisión en juicio de una condena dictada en ausencia (contexto propio, incondicional/absoluto), prescindiendo del planteamiento de cuestión prejudicial ante TJUE que, si bien, en general, no se excluye, en el caso, no se considera necesario. Pues lo que la Sala Segunda se propone es una densa tarea de interpretación de conformidad, en dos planos. De conformidad de la legislación nacional con la LF, en un primer paso, y de conformidad del DUE con esa lectura constitucionalmente conforme de la legislación nacional (y, a mayor abundamiento, sustancialmente congruente con los estándares sentados, en el marco del CEDH, por la jurisprudencia del TEDH), en un segundo paso.

Así, concluida la tarea de integración hermenéutica, solo le resta ya advertir al TJUE de que sus interpretaciones previas, es decir, la doctrina que resulta de cuestiones ya aclaradas, acerca del sentido y alcance de las garantías del procedimiento penal y la de la consecuente prestación de efectiva tutela judicial, no satisfarían el estándar constitucional, que se considera incondicional y que, como absoluta exigencia, se vendría a oponer frente a cualesquiera manifestaciones de poder público que se proyectasen al espacio constitucional alemán.

Dicho de otro modo, a la vista de la deficiencia del estándar de tutela reconocido, en respuesta al TC español, en su sentencia prejudicial *Melloni*, el TCFA, lejos de volver a plantear una cuestión prejudicial a propósito de un asunto semejante, se propone resolver el caso conforme a su incuestionable interpretación de la LF (en el ejercicio de su excluyente competencia de control de la constitucionalidad de las actuaciones de los poderes públicos en el ámbito de su jurisdicción excluyente) y, al hilo de esa reafirmación funcional, de soslayo, comunica abiertamente (a quien quiera que lo pueda entender, lo que incluye) al TJUE, una interpretación que, en su opinión (pues, en consecuencia con la divisoria competencial presupuesta, por tratarse formalmente de un juicio de constitucionalidad no se pretende que formalmente vincule al TJUE), es perfectamente trasladable a la propia interpretación de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

Si se advierte de que, en su respuesta prejudicial al TC español, esa no es la interpretación sostenida por el TJUE, se entenderá en su integridad el calado de este «comunicado de doctrina» por parte del TCFA. Con tan rotunda declaración, se viene a decir algo así como que la aclarada doctrina al interpretar la Carta no satisface el estándar incondicional y absoluto de efectividad de tutela judicial

(54) A propósito, *vide* LÓPEZ CASTILLO, A. («Planteamiento de cuestión prejudicial en segunda ronda. Comentario del Auto prejudicial PSPP»), en *RGDC*, 25, 2017.

(55) Cf., a propósito, el enjundioso estudio de BUSTOS GISBERT, R., «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en *REDC* 95, 2012.

garantizado, como un aspecto integrante de la identidad constitucional, en el ámbito propio de su jurisdicción.

Así, al margen de que esa tajante interpretación de la LF, formalmente no le vincule, se le deja claro al TJUE lo que de su jurisdicción se espera. Aunque, si se atiende al esforzado empeño de referencia comparatista, más allá de su referente *melloniano*, finalmente se comprende que el TJUE es solo uno de los destinatarios de una decisión que también (por no decir, sobre todo) apela a la «liga de los Tribunales (supremos y) constitucionales».

Entre tanto, si tomamos cada uno de los vértices del triángulo de confluencia judicial, el TJUE (C) parece querer reaccionar (ante esa especie de lectura de la cartilla del TCFA, como cosa propia (A), por lo demás, refleja en B, es decir, en la jurisprudencia del TEDH), mediante ensayo de ajuste fino (56) respecto de esa grosera doctrina de la que (como antes el TC, a su elusivo modo) ahora, abiertamente, se habría desviado el TCFA.

C. De la sentencia de la Sala segunda del TCFA, de 21 de junio de 2016 (y de su secuela, el Auto prejudicial PSPP, de 18 de julio de 2017)

En esta ocasión, la Sala segunda del TCFA, sin perjuicio de reiterar y (en algún sentido) precisar su doctrina relativa a la identidad constitucional, ha proyectado su estándar de tutela efectiva al aparatoso derecho a la democracia o autodeterminación democrática o, en pormenorizada prosa, a que las atribuciones ejercidas por la UE descansen en una previa autorización parlamentaria sin la que carecerían de legitimidad, salvo que, por no tratarse de intangibles esenciales, la atribución se realizase mediante los procedimientos establecidos al efecto en la propia constitución, *ex* artículo 23.1 LF, y en su regulación complementaria.

En alambicada síntesis, presumiendo el TCFA que unas controvertidas actuaciones del BCE incurren en *ultra vires*, se recuerda que de constatarse la inobservancia, por parte de los órganos constitucionales concernidos (Parlamento y Gobierno federal), de su respectiva responsabilidad por la integración, se habría de declarar la vulneración del proteico derecho invocado por los (querulantes soberanistas y demás) recurrentes y, en consecuencia, se habrían de aplicar en Alemania esas actuaciones de la UE (en el caso, del BCE) incursas en *ultra vires*.

Sin perjuicio de seguir en su (desvelada) línea predeterminante de la interpretación constitucionalmente conforme (del DUE), la Sala Segunda acuerda dirigirse formalmente al TJUE, mediante cuestión prejudicial. Y así, de soslayo, se evidencia que lo determinante no es tanto acudir o dejar de acudir ante el TJUE por esa vía de formalizada comunicación procesal, sino la predeterminación de su criterio mediante interpretaciones de conformidad constitucional, incondicionales, es decir, de un entendimiento del sentido y alcance de su cláusula de apertura acerca del cual no se muestra ya el TCFA dispuesto a transigir.

Se trata, pues, de una singular comunicación, en vía prejudicial, consistente en la emisión de un mensaje de advertencia. A la espera de que sea asumido y, en consecuencia, de que la controversia se diluya, o bien de lo contrario. Y en tal caso,

(56) Cf. BUSTOS GISBERT, R. «¿Un insuficiente paso en la dirección correcta? Comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 5 de abril de 2016, en los casos acumulados *Pal Aranyosi* (C-404/15) y *Robert Caldararu* (C-659/15 PPU)», en *RGDC* 40, 2016, pp. 138-155.

o bien habría de acordar un repliegue táctico mediante flexibilización de su previa interpretación, mediante distorsión o manipulación de su sentido y alcance, o bien se tendría que desatender la pretendida corrección del TJUE y pasar a la anunciada inaplicación (cegando la expectativa de efectividad y primacía del DUE). Claro que en ese pretendido marco de alternativa interrelación entre el DUE y el Derecho constitucional y la tradicional exigencia de primacía (de pretensión) excluyente del TJUE queda espacio suficiente para la composición y reconducción del conflicto.

Hasta donde pueda eso ser cierto es algo de lo que pronto habrá noticias (a la espera como estamos de la resolución de la segunda cuestión prejudicial planteada por la Sala segunda, esta vez, a propósito de la proyección de sus cautelas constitucionales y complementarias exigencias de responsabilidad *in vigilando*, a los programas de compra de títulos, mediante puesta en cuestión del que, atendiendo a las cifras supone su parte mollar, el programa PSPP).

Y, más allá de esa cuestión, que, en buena medida reconduce ya el BCE con la reducción de los montantes programados, saber si, en lo sucesivo, esa técnica de expectante o desahogado comunicado de doctrina (constitucional) arrinconará o no la práctica de formalizada comunicación procesal, en vía prejudicial, esa algo que, en no escasa medida, depende de que el TJUE tome definitivamente noticia de la singularidad orgánica y funcional de los Tribunales Constitucionales.

Al efecto, la compleja andadura procesal al interno del TCFA del controvertido proceso de ratificación del Tratado CETA, seguramente le mueva, en los próximos meses, a dirigirse nuevamente ante el TJUE. Y ello bien podría coadyuvar (si entre tanto también el TJUE se mueve) al reacomodo comunicativo entre ambas jurisdicciones.

D. A propósito del desempeño del TCFA como suprema instancia nacional de garantía del cumplimiento por parte de los «órganos jurisdiccionales» ordinarios de su función como aplicadores del DUE

Como exponente reciente de su acendrada doctrina acerca del TJUE como «juez legal», en el sentido del artículo 101.1, segunda frase, LF, puede mencionarse el Auto de la segunda Sección de la Sala Segunda del TCFA, de 6 de octubre de 2017 (57).

En su función de control de la observancia de la garantía iusfundamental de acceso al juez legal, en supuestos de no planteamiento de cuestión prejudicial, el TCFA no se considera una suprema instancia de control de cuestiones prejudiciales, descartando así fungir como órgano de control de simples errores procesales. Su función constitucional se construye al efecto de controlar solo los incumplimientos considerados incomprensibles e insostenibles. Y tal sería, en su opinión, el caso siempre que se trate de un flagrante desconocimiento de la exigencia iuscomunitaria de planteamiento de la cuestión prejudicial (ya sea por despreocupación a propósito del DUE, ya sea por desatención de la jurisprudencia del TJUE), de una consciente y deliberada desviación de su obligación de planteamiento o de una

(57) Más reciente es la decisión de 14 de diciembre de 2017, as. 2 BvR 1872/17, en un caso de pretendida vulneración de efectiva tutela judicial cautelar (cf. nota de prensa n.º 4/2018, de 12 de enero).

dejación de planteamiento cuando no exista o, aun existiendo, resulte insuficiente, la jurisprudencia del TJUE (así, por ejemplo, cuando se afirme de manera arbitraria la existencia de acto claro o aclarado).

En ese caso, la vulneración de la garantía iusfundamental estribaba en que el órgano judicial omitente de cuestión prejudicial ni se habría planteado la posible existencia de jurisprudencia del TJUE en relación con la cuestión a resolver, limitándose, a falta de recurso interno, a invocar la jurisprudencia superior sin evocar siquiera la pertinencia de una interpretación del TJUE, tratándose de un caso de interpretación y aplicación del DUE.

El TCFA –sintetizando– recuerda que la cuestión prejudicial no procede si la cuestión no fuese relevante para el caso, si la misma hubiese sido ya interpretada por el TJUE o fuera tan evidente que no dejase lugar a dudas. Pero, asimismo, aclara que la vulneración del artículo 101.1, segunda frase, LF no resulta solo del desconocimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial (fuera de los casos de improcedencia), sino también de su planteamiento en aquellos otros supuestos en los que el TJUE fuese incompetente o en los casos que, aun siendo competente, se le planteasen cuestiones concernientes a la aplicación del DUE en el caso concreto, más allá de las relativas a su interpretación en abstracto.

3. EL AFANOSO EMPEÑO DE REAFIRMACIÓN POR PARTE DE LA CORTE COSTITUZIONALE

La *Corte Costituzionale* italiana se mueve en el empeño de salvaguardar la jurisdicción de control de la constitucionalidad, en un ambiente que pareciera favorecer la potenciación de una jurisdicción ordinaria que, en la confluente invocación de disposiciones normativas y estándares superpuestos por parte de los justiciables, se afana en el desempeño de sus responsabilidades aplicando de sólito estándares europeos, en consecuencia con la jurisprudencia del TJUE o en congruencia con la jurisprudencia convencional del TEDH (58).

La efectiva cotidianidad de esa confluencia en los más diversos procedimientos judiciales tiende a traducirse, a falta de una cláusula establecida al efecto, cual sería el caso de España, *ex* artículo 10.2 CE, mediante invocación de una genérica cláusula constitucional de apertura hermenéutica (cf. art. 2, Constitución italiana), en interpretaciones de conformidad y soluciones tendentes al acomodo (59).

Esa incesante fungibilidad de los órganos judiciales como aplicadores en un contexto de confluencia, comporta un riesgo de maleabilidad de los estándares constitucionales que genera tensiones al interno del orden constitucional sin que su clarificación y salvaguarda quede necesariamente asegurada por la *Corte Costituzionale*. Al efecto de contrarrestar esos riesgos, en Italia se estaría, mayoritariamente, en la línea de considerar la garantía de la suprema normatividad de la Constitución, mediante el desempeño de su función de control por parte de la jurisdicción

(58) Cf. Sentenza CC n.º 63, de 23 de febrero de 2016 o Sentenza CC n.º 80, de 7 de marzo de 2011, respectivamente.

(59) En ese sentido, se pronuncia BARBERA en su contribución (*La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*), en la reunión a cuatro, Sevilla, sept. 2017, p. 5).

constitucional, concentrada en la CC, como «un aspecto de la identidad constitucional» (60).

Barbera ha puesto voz a esa inquietud explicando que, si bien el juez ordinario puede decidir la aplicación de una u otra regla, cuando se trate de principios o cláusulas generales del derecho europeo, por la compleja y densa labor de ponderación que ello comporta, convendría dejar de lado a la jurisdicción ordinaria, para dar entrada a la *Corte Costituzionale*. A propósito, pues, del control de la legislación en contraste con los principios iuseuropeos y constitucionales, bien podría pensarse –se ha dicho (61)– en un régimen de concentración del control análogo al que, *ex artículo 117 CI*, se sujeta a las leyes regionales.

A. *La Corte Costituzionale* como «órgano judicial» a los efectos del artículo 267 *TfUE*

Al tratar de esta cuestión en relación con la *Corte Costituzionale*, en Italia se advierte una particular incomodidad con una doctrina *Simmenthal-II* que, en el actual estado del proceso de integración, seguramente requiera de otra lectura más flexible y componedora, alejada de la desconfianza en los otros órganos judiciales confluentes en el espacio iuseuropeo.

Pues, la extensiva intensidad regulatoria del DUE y la paulatina normalización de la comunicación con el TJUE por parte de los Tribunales Constitucionales (entre los cuales se cuentan los casos de España, Alemania e Italia, de que aquí se trata) (62), distan ya mucho de la situación en que se sentara aquella doctrina (63).

En relación con la recta aplicación del DUE, lo que a todos concierne, se habría de avanzar en el compromiso responsable de todos los concernidos, mediante el ejercicio de una simultánea y compartida tarea de salvaguarda de la imperiosa necesidad de certeza y seguridad sobre el derecho aplicable, sin perjuicio de la especificidad funcional de los supremos intérpretes confluentes.

Desde el TJUE, del que se espera, en todo caso, una mayor responsabilidad y compromiso al determinar la directa eficacia de las normas o principios, en correspondencia con su fungibilidad como instancia paramétrica de última palabra (cf. *Taricco*, C-105/14). Pasando por los jueces ordinarios, de quienes se espera, por su parte, que en el desenvolvimiento de su función jurisdiccional observen el régimen de controles, sin inaplicar derecho nacional de modo indiscriminado, acudiendo bien solo al TJUE, bien al TJUE y a la CC, cuando se advierta la necesidad de acometer una ponderación de principios, objetivos de la que, conforme al plan de la Constitución, se habría de seguir encargando la CC.

En consecuencia, del Tribunal Constitucional se esperaría también la responsable asunción de su específica tarea de integración del parámetro constitucional sin

(60) En ese sentido apunta, mediante una referencia comprensiva, BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, p. 7.

(61) *Ibidem*, pp. 7-8.

(62) BARBERA ha recordado, a propósito, que, en algunos casos, como el del TC Bélgica (que habría formulado 90 preguntas, en el marco de 26 procedimientos), ello habría devenido una práctica corriente (*La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*).

(63) Cf., a propósito de esto, las Conclusiones del AG CRUZ VILLALÓN relativas al asunto C-173/09, *Elchinov*, de 10 de junio de 2010.

perder de vista la respectiva función de los jueces ordinarios y del TJUE, al que, como «órgano judicial», se habría de remitir, asimismo, cuando la interpretación del DUE resulte determinante al efecto de resolver las dudas de constitucionalidad planteadas, en vía incidental o directa.

Y en ese sentido, tras una primera fase de incomunicación (en un marco de manifiesto y bizarro contraste entre un dualismo de porte *anzilottiano* y el antídoto monista –*Costa/ENELiano* y– *Simmenthaliano* puesto en juego por el TJUE) y previa formulación de su doctrina de los contra límites (cf. *Granital*, 170/1984; cf., asimismo, a propósito de normas constitucionales, sentencias 168/1991, 126/1996), se asumiría la inaplicación del derecho nacional por la aplicación del DUE, directamente aplicable (sentencia 285/1990) o no (cf. sentencias 64/1990 y 168/1991, a propósito de la aplicación de directivas; sentencias 113/1985 y 389/1989, a propósito de interpretaciones del TJUE, en vía prejudicial y en materia contenciosa, respectivamente; cf., asimismo, sentencia 389/198 CC, a propósito de la doctrina *Costanzo*) (64).

Por lo demás, como es notorio, en caso de conflicto de una norma regional con el DUE, el parámetro de control de constitucionalidad se integra *ex constitutione* con esas normas interpuestas (sentencias CC, 384/1994 y 94/1995) (65).

Finalmente, la *Corte costituzionale* habría procedido también a formalizar el diálogo con el TJUE, mediante planteamiento de cuestiones prejudiciales, en vía principal (sentencia 102/2008 y auto 103/2008) e incidental (auto 207/2013).

Dicho sea sin perjuicio, tal y como en el respectivo marco doctrinal habrían hecho también otros Tribunales constitucionales –así, por ejemplo, el TC de España y el TCFA de Alemania–, la *Corte Costituzionale* mantiene y reafirma su doctrina de los *contro-limite*, como expresión de un núcleo identitario, en todo caso, oponible [así, como incluso a derecho consuetudinario internacional en materia de responsabilidad por crímenes de guerra, cf. sentencia 238/2014 (66)], al DUE.

Por lo que a su proyección al DUE se refiere, destaca la reciente reacción ante la doctrina *Taricco* del TJUE (C-185/14) (67). La *Corte Costituzionale* advierte ahí la emergencia de un conflicto como consecuencia de una consideración preferente de los intereses financieros de la UE en materia de evasión del IVA, en detrimento de principios estructurales del Estado de Derecho, tales como el principio de taxatividad y certeza en materia penal y el de sujeción del juez a la ley, *ex art.* 101

(64) Y aun en casos de *ius superveniens* (sentencias CC, 235/1999 y 62/2003), como muy bien puntualiza BARBERA, de donde tomo las referencias (*La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, pág. 19).

(65) Al respecto, *vide* el temprano comentario de SÁIZ ARNÁIZ, A. «El derecho comunitario ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia n.º 384, de 1994, de la Corte constitucional de Italia)», en *Revista de Instituciones Europeas*, 22, 1995, pp. 571-592.

(66) Controvertida, tanto al externo, como al interno del ordenamiento italiano (cf. CATALDI, «La Corte costituzionale e il ricorso ai «contro-limite» nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant», en *DUDI*, 1, 2015, pp. 41-50; *in extenso*, VERONESI, P. *Colpe di Stato. I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, Franco Angeli s.r.l., Milano, 2017), según BARBERA (*La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, pág. 20)–, de esa bizarra interpretación de la CC participa también el Consejo de Estado.

(67) Cf. Sentencia TJUE (Gran Sala), de 8 de septiembre de 2015 (cf. Conclusiones AG *Kokott*, de 30 de abril de 2015).

Constitución italiana) y, en consonancia con ello, se invocan análogos principios de la Carta de derechos fundamentales de la UE (cf. Resolución CC, 42/2017).

Pues bien, mediante sentencia de su Gran Sala, de 5 de diciembre de 2017, el TJUE declara:

«El artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al impuesto sobre el valor añadido, disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea o que establecen en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate, a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción.»

Y de ese modo, en manifiesto contraste con otras muestras de desatención a la salvaguarda de garantías iusfundamentales, como la de acceso al recurso en demanda de tutela judicial efectiva (cf. sentencia –Gran Sala–, de 20 de septiembre de 2016, as. C-264-12 P, que desestima recursos de casación, mediante un cuestionable ejercicio de rigorismo formalista que le lleva a sostener que, no pudiéndose considerar el Eurogrupo como una formación del Consejo de la UE, habría de negarse su condición de órgano u organismo, a los efectos del artículo 263 *TfUE*), mediante su mesurada y equilibrada respuesta prejudicial a la *Corte Costituzionale*, contribuye el TJUE a una efectiva práctica del diálogo en una densa confluencia judicial que, como presupuesto de la divisoria competencial sin perjuicio de la enjundiosa tarea de integración confluyente de los respectivos parámetros de control, en todo caso, requiere de una exquisita auto contención y precisa observancia de los respectivos ámbitos jurisdiccionales (68).

B. Un apunte acerca de la confluencia de *Corte Costituzionale* y TEDH

En cuanto al CEDH y su «*diritto vivente*» (69) en la jurisprudencia del TEDH, antes de la reforma constitucional mediante la que, *ex* artículo 117 CI, se prescribiría al legislador la observancia de las obligaciones derivadas del DUE y de las obli-

(68) Cf., a propósito, la ajustada respuesta del TJUE (Sala sexta), a propósito de las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal portugués en asuntos (C-264/12 y C-665/13) relativos al *sindicato nacional dos proffrisionais de seguros e afins*, declarando su manifiesta incompetencia, mediante sendos Autos de 26 de junio y de 21 de octubre de 2014.

(69) A propósito del sentido del sintagma en el ordenamiento italiano, se remite, a título ilustrativo («*Diritto vivente*» *costituisce un sintagma utilizzato in diversi contesti ed in differenti accezioni, per indicare –in estrema sintesi e con l’inesattezza che questa rende ineludibile– la communis opinio maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato normativo da attribuire ad una determinata disposizione*), a SALVATO, L. *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, disponible en www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf, 48 pp.

gaciones internacionales del Estado, ya en vía jurisprudencial (cf. sentencia 10/1993) se le había reconocido un estatuto diferenciado respecto de otras obligaciones internacionales en virtud de su resistencia a la ley o, dicho de modo clásico, mediante excepción de esa regla dualista (*lex posterior derogat priori*) que, treinta años antes (as. *Costa/ENEL*), ya se hubo de reconocer a propósito del DUE.

Pero la lógica de esa reforma constitucional no tardaría en ponerse de manifiesto. Y así, desde las llamadas sentencias gemelas (348 y 349 de 2007) los estándares convencionales se consideran parte integrante, como norma sub constitucional interpuesta, del parámetro constitucional de control con el que opera la *Corte costituzionale*.

Este adicional reconocimiento de *status* (sub constitucional) al derecho convencional europeo (cf. sentencias 311 y 317 de 2009; 39/2008) puede conducir, en su caso, a la declaración de inconstitucionalidad de una ley (cf. Sentencia 113/2011, que declara inconstitucional el artículo 360 del código de procedimiento penal por la imprevisión del supuesto de revisión, mediante «la reapertura del proceso, cuando sea ello necesario, en el sentido del artículo 6.1 del CEDH, para conformarse a una sentencia definitiva del TEDH»). Pero no faltan los supuestos en que la CC modula la eficacia de los fallos del TEDH en atención a otros bienes y derechos fundamentales (70).

Así pues, sobre la posible interpretación judicial de la normativa nacional de conformidad con el CEDH (cf. sentencia CC, 80/2011) (71), la *Corte costituzionale* deja bien a las claras que ni los jueces italianos pueden darse a la inaplicación de la ley nacional, por estimarla contradictoria con los estándares convencionales (al pretendido amparo del artículo 117 CI), a diferencia de lo que puede o debe ser el caso con respecto al DUE, ni la propia *Corte costituzionale*, al conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas a propósito, quedaría impedida para declarar la inconstitucionalidad de una controvertida interpretación del TEDH si la misma colidiese con otras normas constitucionales, en todo caso (atendiendo a su estatuto de estándar subconstitucional), más acá de los *contro-limite* oponibles (así como al propio derecho internacional consuetudinario) al DUE (cf. sentencia CC, 49/2015).

En esa línea diferenciadora del estatuto de los estándares convencionales, por relación al DUE, mediante sentencia 80/2011 negaría la *Corte costituzionale* la pretendida «comunitarización» del CEDH, adelantando así un criterio que, atendido el actual estado de la integración, coincide en lo sustancial con el planteamiento del asunto en la jurisprudencia del TJUE (cf. sentencias del TJUE –Gran Sala–, de 24 de abril de 2012, as. C-571/10, *Kamberaj*, de 13 de febrero de 2013, as., *Akerberg Fransson*) (72).

Como certeramente sostiene la *Corte costituzionale*, el mejor estándar de tutela, no resulta tanto de la garantía hipertrofiada, fuera de contexto y al margen del sistema constitucional en su conjunto, de una u otra cláusula del CEDH, como de

(70) Cf. sentencia CC, 123/2017, que, atendiendo a la posición de los terceros que no habrían sido partícipes del proceso ante el TEDH, deniega la pretendida revocación de sentencia en el orden de lo contencioso-administrativo.

(71) A propósito, cabría mencionar la resolución 150/2012 (cf., asimismo, sentencias 239/2009, 93/2010, 113/2011); a propósito, BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*.

(72) Cf. Conclusiones del AG Cruz Villalón, de 12 de junio de 2012.

un ajustado balance o ponderación de los estándares convencionales con los intereses relativos a otros principios y derechos fundamentales. Y esa no es una tarea que compete al TEDH, sino, por este orden, primero, al legislador democrático y, en segundo lugar, mediante el desempeño de su función de control de constitucionalidad, a la *Corte Costituzionale*.

Y no otra conclusión resulta de la invocación de la cláusula presupuesta del margen de apreciación nacional. Pues, de lo contrario, la tutela prestada, antes que una manifestación congruente con la estructural exigencia de sistematicidad, resultaría la expresión contingente de una más o menos acertada yuxtaposición de los principios, derechos y libertades fundamentales en confluencia.

En esta firme línea de contención de la irradiación de la jurisprudencia convencional mediante reafirmación de su dominio en materia de control de la constitucionalidad, pueden destacarse, por otros, su pronunciamiento relativo al asunto de las pensiones suizas [sentencia de la corte constitucional 264/2012 (73)] o su negativa a seguir la doctrina *Grande Stevens* contra el parecer de la Corte de casación, en asunto relativo a *ne bis in idem*, mediante sentencia 102/2016 (74).

Que la centralidad de la doctrina constitucional y, en un plano subsidiario, de la doctrina legal, no resulta compatible con un ejercicio disperso de la jurisdicción ordinaria, aplicando o inaplicando la ley, aun si media el planteamiento de cuestiones prejudiciales, así como al interno del ordenamiento italiano lleva (como en el caso alemán, bien que de otro modo) a reafirmar la centralidad de la Corte Constitucional, en el marco del sistema convencional europeo, ha podido impulsar la previsión de una modalidad de prejudicialidad interpretativa articulada (mediante el protocolo n.º 16, pendiente de su entrada en vigor) como un cauce de restringido diálogo entre Cortes supremas, al efecto de clarificar *ex ante* el sentido y alcance de las cláusulas del CEDH. De modo que, más allá de su clave instrumental, al efecto de descargar al TEDH, esa singular cuestión de prejudicialidad interpretativa (por no decir consultiva) posibilitará, mediante irradiación de estándares de constitucionalidad y legalidad, una acomodación preventiva del conjunto de los órganos judiciales a los estándares convencionales.

Ello tendrá un efecto de reafirmación de la centralidad de esas jurisdicciones supremas o/y constitucionales con un alcance colateral; pues, el precio de recentralizar en la *Corte Costituzionale* (y en la *Corte de casazione*) la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, a la luz del CEDH ya interpretado, al tiempo que coadyuva a la generación de certeza y seguridad jurídicas, contribuye a impregnar del «*diritto vivente*» del CEDH, el parámetro constitucional.

(73) O asunto *Maggio*; cf. en esa línea ya la sentencia CC 317/2009 (cf. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, pág. 23).

(74) Mediante resolución, de 16 de mayo de 2016, se declara la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, previa consideración de los principios de efectividad, proporcionalidad y disuasión de sanciones, *ex* artículo 50 Carta, frente a la invocación de la doctrina *Grande Stevens* del TEDH por parte de la *Corte de casazione* (cf. auto de 10 de octubre de 2016, de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE; y, a propósito de la compatibilidad con el artículo 50 de la Carta de imposición de sanción penal a una sociedad previamente sancionada en vía tributaria, cf. STJUE, Sala cuarta, de 5 de abril de 2017).

Como caso de flagrante vulneración y contundente condena a Italia, cf. sentencia del TEDH, 23 de febrero de 2016, as. Naser Gahli / Italia, que considera vulnerados los artículos 3, 5, 8 y 13 CEDH (que semejante pronunciamiento deja un cierto poso de desagrado es cosa que confirma la apreciación de BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*).

IV. CONSIDERACIONES FINALES, A MODO DE CONCLUSIÓN

Dejando de lado la reflexión a propósito de una posible distinción, bajo la etiqueta de constitucionalismo cerrado, entre sistemas introvertidos de pulsión dominante, de tradición democrática o autoritaria, y sistemas de sedicente constitucionalismo abierto, de inconsecuente pulsión unilateralista, de veste iusinternacional (mediante formulaciones de renovado dualismo) o confederal (mediante reservas de control y posible inaplicación *ad casum*), en lo que sigue, se trata, en la complementaria perspectiva de los Tribunales constitucionales y supraestatales tomados en consideración, de la salvaguarda de la aplicación de los estándares constitucionales en su confluencia con el derecho europeo, convencional y de la UE.

De la jurisprudencia iuseuropea del TC de España se desprende una cierta incomodidad, entre la presunción de su incompetencia y la efectiva práctica de su jurisdicción de un modo relativamente inseguro que solo se puede pensar en superar mediante la serena determinación colegial de salir de su defectivo papel como interlocutor de los supremos intérpretes europeos, convencional y del derecho de la UE, y como referente en concurso con sus correspondientes en otros ordenamientos nacionales de referencia.

La mera prelación formal de su jurisdicción de pretendida última palabra, ni se compadece con el estado actual de la confluencia judicial en el espacio constitucional europeo, ni le permite tampoco desempeñar un papel más contributivo en la determinación de los estándares europeos, para no quedarse en instancia subsidiaria, de mera recepción (en su caso) crítica de estándares.

De la jurisprudencia iuseuropea de la CC de Italia sobresale su firmeza en la reafirmación de un espacio propio en el centro de la confluencia para la Corte que, mediante señalización de la divisoria funcional con los órganos judiciales. Pues, ni los jueces italianos podrían inaplicar la ley nacional, por contradecir estándares convencionales (al pretendido amparo del artículo 117 CI), como si se tratase de DUE, ni la *Corte Costituzionale* estaría impedida de contrarrestar jurisprudencia del TEDH si la misma colidiese con otras normas constitucionales, no necesariamente integrantes de los *contro-limite* oponibles (así como a derecho internacional consuetudinario) al DUE.

Del TCFA –según es notorio– destaca la firmeza de su designio de reasunción o/y reafirmación de la última (previa clarificación de la primera) palabra, en una perspectiva de complejidad aplicativa, que no de pluralismo constitucional, reconducible a sistema, en virtud de una ampulosa jurisprudencia conceptista, en una línea de inequívoca internacionalización del tratamiento de los referentes iuseuropeos, con base en una extensiva integración de la cláusula de representación democrática, de la que se extraen consecuencias dogmáticas de largo alcance mediante inescindible vinculación entre la tutela de una equívoca expectativa de legitimación de cualesquiera decisiones que pudieran surtir efectos al interno del sistema constitucional y una objetiva dimensión de refleja correspondencia de obligaciones constitucionales (de abstención, de precaución; de reacción y reclamación; de difusa tarea de vigilancia permanente), con ocasión del desempeño de sus respectivas atribuciones, por parte de los órganos constitucionales.

Y todo ello bajo la atenta escucha y denuncia pública del «alcuota soberano», se trate de los representados (mediante la vía de la queja por inconstitucionalidad)

o de representantes (mediante planteamiento de conflictos de atribuciones contra su propia Cámara), mediante diversas modalidades de control que, en su devenir, tienden a reconvertirse en una genérica e incontinente cláusula de identidad constitucional.

Pero no es difícil de entender que la salida de estos embrollos no puede venir de la mera ortodoxia, mediante invocación de una absoluta pretensión de primacía del DUE, por una parte, y mediante una descontextualizada e hipertrofiada prestación de tutela convencional, por otra parte.

En relación con lo primero, es de esperar que el TJUE, mediante observancia de la presunta divisoria funcional, asuma lo que de específico constitucional tiene su jurisdicción y la de los supremos intérpretes de la Constitución nacional, aprestándose al ensayo de una abarcadora y flexible integración de cláusulas tales como el artículo 53 Carta, eludiendo simplificaciones tales como *Melloni* (cf. VVPP y mayoría STC *Melloni*). Y que, en consecuencia, desde la jurisdicción constitucional se desista de la deriva de contra pretensiones de incondicionalidad unilateralista mediante invocación, de plano o de soslayo, de la cláusula de identidad constitucional (especie de reflejo, mate, como falto de azogue, de un intenso conceptismo que no queda solo en principialismo (cf. SSTCFA 2015, 2016; ATCFA 2017).

Si en vez de insistir en lecturas inflexibles de una (TJUE) y otra parte (TCFA, en particular, como adalid de la liga de los Tribunales Constitucionales), se planteara una interpretación concordante de los artículos 53 Carta y 4. 2 TUE, entonces bien podrían sentarse las bases de un confluente espacio constitucional europeo.

Por contra, una salida unidireccional frustraría el irrenunciable objetivo político de la Europa en proceso de integración. Para afianzar la confianza mutua, presuelta y condicionante, no se precisa de la afirmación excluyente de soluciones propias, sino de la configuración confluente de estándares equivalentes. Pues, es la equivalencia compartida el mejor antídoto frente a desconfianzas, por exceso o por defecto, sin enredarse en artificiosas construcciones dogmáticas, (aunque, no porque sí) empeñadas en constreñir y limitar el potencial de integración en el espacio constitucional europeo.

En esa línea de razonable apelación a la concordancia y a la concordia, militaba el singular llamamiento de Cruz Villalón, en sus conclusiones *OMT*, al efecto de integrar la cláusula de identidad constitucional no a la sombra de la introspección, sino a la luz de lo común constitucional, jurídico y cultural (75).

En relación con lo segundo, es preciso advertir de lo que parece una tendencia en la jurisprudencia más reciente del TEDH. Tiene que ver con una especie de velada reviviscencia de la cláusula –estructural al sistema convencional– del margen de apreciación nacional, en la que parecieran concurrir dos notas complementarias al efecto de modular la enfatizada prestación de tutela convencional del periodo inmediatamente anterior, caracterizado por una focalización en la salva-

(75) *Vide* Conclusiones OMT del AG CRUZ VILLALÓN. Por lo demás, a propósito de la «identidad constitucional» puede resultar de interés la complementaria lectura de las contribuciones de RUBIO LLORENTE, F. («Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea»), CRUZ VILLALÓN, P. («La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos») y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. («Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva»), en LÓPEZ CASTILLO / AGUADO RENEDEO (dirs.), *Identidad, derecho y política*, en AFDUAM, 2013, pp. 517-27, 501-14 y 562-80, respectivamente.

guarda de la libertad individual, particularmente apreciable en supuestos de afirmación de su vertiente negativa (de un modo semejante a lo que en esos años ha podido caracterizar también la práctica de algunas jurisdicciones constitucionales) o en relación con la extensiva interpretación de la cláusula de territorialidad de la jurisdicción estatal (en su proyección a los espacios de pabellón nacional o de fáctica sujeción a la autoridad de los Estados).

Esa modulación de los énfasis en la jurisprudencia convencional, de la que, por la inmediatez del tránsito de Sala a Gran Sala, la saga *Lautsi* resulta temprano exponente (76), pareciera sustentarse en una expresa toma en consideración del contexto (o ambiente social, cultural) en el que se adoptan disposiciones directivas, impregnadas de los valores en que descansa la sociedad que, conforme a los criterios de las mayorías políticas, decantan en las leyes, mediante una especie de (con) fusión o concatenación de un principio democrático concebido no solo en clave formal, como presupuesto del orden de la convivencia, sino también en su complementaria proyección *consecuencialista*, instrumental al efecto de asegurar las bases de la convivencia en las sociedades complejas que resultan del pluralismo de valores y costumbres confluentes en las sociedades abiertas de los Estados constitucionales.

En consecuencia, pues, con esa especie de ajuste consecuencialista, en la jurisprudencia más reciente del TEDH no faltan los casos en los que, no sin controversia, se aprecia la postergación del subjetivismo anterior, mediante una especie de objetivación de las expectativas de tutela convencional, que, de no acreditarse su compatibilidad con el principio democrático (en esa doble proyección ya referida), no se considerarían ya suficientes al efecto de declarar un incumplimiento de la correspondiente garantía del CEDH.

De este modo, sobre la posible invocación de la cláusula de abuso de derecho, ocasionalmente aplicada, en relación con supuestos de pretendida subversión de los sistemas constitucionales de los Estados parte del CEDH (77), en la jurisprudencia convencional se avanza en la sistemática y extensiva interpretación de las cláusulas de limitación de las garantías y derechos convencionales, mediante una casuística integración, comprensiva de los elementos subjetivos y objetivos en concurso (78), de la cláusula convencional de orden público.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce (2007), *Antes de que nos ataquen de nuevo*, trad., Ed. Península, Barcelona, 2007.

— *The rise of World Constitutionalism*, Yale Law School, Fac. Sch. Series, 1.1. 1997.

(76) *Vide* Sentencias del TEDH, de 3 de noviembre de 2009 (*Lautsi* I) y de 18 de marzo de 2011 (*Lautsi* II); cf., por lo al caso de España respecta, sentencias del TEDH, de 15 de mayo de 2012 (*Fernández Martínez* I) y de 12 de junio de 2014 (*Fernández Martínez* II).

(77) Cf., *ad ex.*, as. *Refah partisi e. a. / Turquía* (sentencia del TEDH, de 13 de febrero de 2003).

(78) En ese sentido, acaso se entienda mejor la respuesta del TEDH en asuntos tan controvertidos como *SAS / Francia* (Sentencia del TEDH, de 1 de julio de 2014; cf. VVPP), u *Osmanoglou y Koçabas / Suiza* (Sentencia del TEDH, de 14 de enero de 2017).

- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2014.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2009), «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional», en *REDC* 85, 2009, pp. 11-43.
- BARBERA, Augusto A. (2017), *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia, contribución al encuentro a cuatro de los Tribunales constitucionales de España, Francia, Italia y Portugal*, Sevilla, 26-28 de octubre de 2017, 24 pp., accesible en la página web del Tribunal Constitucional.
- BESSELINK, L. / e. a. (2014), *National Constitutional Avenues for further EU Integration*, en file:///C:/Users/Usuario/Desktop/IPOL-JURI_ET(2014)493046_EN.pdf
- BUSTOS GISBERT, Rafael, «¿Un insuficiente paso en la dirección correcta? Comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 5 de abril de 2016, en los casos acumulados Pal Aranyosi (C-404/15) y Robert Caldararu (C-659/15 PPU)», en *RGDC* 40, 2016, pp. 138-155.
- «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en *REDC* 95, 2012, pp. 13-63.
- CATALDI, Giuseppe, «La Corte costituzionale e il ricorso ai «contro-limite» nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant», en *DUDI*, 1, 2015, pp. 41-50.
- CATALÀ I BAS, Alexandre, «Diálogo entre Tribunales y creación de un sistema de protección de derechos humanos abierto en red», en *REDF*, 2015, segundo semestre, accesible en file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Dialnet-DialogoEntreTribunalesYCreacionDeUnSistemaDeProtec-5866715.pdf
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel, «La cuestión prejudicial de la Unión Europea», en López Castillo (dir.), *Derecho de la Unión Europea*, vol. II, de Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 335-403.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro A. (2017), El valor de posición de la Carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea, en *TRC* 39, pp. 85-101.
- «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», en López Castillo/Aguado Renedo (dir.), *Identidad, derecho y política*, AFDUAM 17, 2013, pp. 501-14.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro / REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, «La relación de la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *RDCE*, 50, 2015, pp. 173-194.
- FERRER MCGREGOR, Eduardo / HERRERA GARCÍA, Alfonso –coords–, «Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes internacionales», *In memoriam Jorge Carpizo*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2013.
- FRAU, Robert, *Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 59-60
- GARCÍA COUSO, Susana, «La participación del Tribunal Constitucional en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales: adaptarse o quedar desplazado», en *RGDC* 25, 2017.
- GENOVESE, Michael A., *Presidential Leadership in an Age of Change*, Ed. Routledge, 2016.
- GONZÁLEZ ALONSO, Alicia/RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco, «El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)», en *REDE* 54, 2015, pp. 155-183.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada, «TJCE. Sentencia de 12.09.2006. España/Reino Unido, C-105/04. Parlamento. Elecciones...», en *RDCE* 29, 2008, pp. 213-32.
- GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés M., *El amparo estructural de los derechos*, CEPC, Madrid, 2018.

- LÓPEZ CASTILLO, A., «¡Alto ahí a la identidad constitucional! un ejemplo (ya no tan) reciente de discontinuidad continuista en la jurisprudencia ius comunitaria del TCFA», en *TRC* 39, 2017, 387-412.
- «Europaei, audi, quid convenit statuitque Domina verbum. Una muestra (aún) reciente de la actual jurisprudencia juseuropea del TCFA», en *REDC* 111, 341-378.
 - «Planteamiento de cuestión en segunda ronda. Comentario del Auto prejudicial PSPP de la Sala segunda del TCFA», en *Revista General de Derecho Constitucional* (RGDC), núm. 25, 2017.
 - *Aplicación (judicial) del Derecho de la UE en los Estados miembros*, en López Castillo (dir.), IDUE, vol. II, 2016, pp. 239-334.
 - «Alemania en la UE a la luz de la sentencia Lisboa del TCFA», en LÓPEZ CASTILLO / MENÉNDEZ (auts.) *La sentencia Lisboa del Tribunal constitucional federal alemán*, CEPC, Madrid, 2011.
 - «La Unión Europea «en constitución» y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», en López Castillo/Sáiz Arnáiz/Ferreres Comella, *Constitución española y constitución europea*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 13-49.
 - «Algunas consideraciones en torno a la Carta de derechos fundamentales de la UE», en *REP* 113, 2011, pp. 43-73.
 - *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996.
- LÓPEZ GUERRA, L., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”», en *TRC*, 39, 2017, 163-188.
- MARINAS SUÁREZ, D., *El control iusfundamental de los actos legislativos de la Unión Europea. Una aproximación desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MARSCH, Nikolaus, «Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *AöR*, 137, 4, 2012, pp. 592-624(33).
- MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José, «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio europeo: la importancia del diálogo judicial con los tribunales constitucionales y con el TEDH», en *TRC*, 39, 2017, pp. 235-69.
- «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», en *RDCE* 52, 2015, pp. 825-869.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Agustín, «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva», en López Castillo / Aguado Renedo (dirs.), *Identidad, derecho y política*, *AFDUAM* 17, 2013, pp. 562-580.
- «La Unión Europea en el espejo de Lisboa», en López Castillo / Menéndez (auts.) *La sentencia Lisboa del Tribunal constitucional federal alemán*, CEPC, Madrid, 2011.
- NETTESHEIM, Martin, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, Ed. Schäöning, 2017.
- «Gegründet auf Werten...»: *Auf der Suche nach dem Selbstverständnis der EU unter Art. 7 EUV* (en prensa), 2019.
- NETTESHEIM, Martin / LÓPEZ CASTILLO, Antonio, *Tratados comerciales de segunda generación y Constituciones abiertas. Una complementaria reflexión germano-española a propósito del Tratado CETA en proyecto*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018.
- OLLERO TASSARA, Andrés, «El diálogo de los Tribunales constitucionales con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El caso español», en *contribución al encuentro a cuatro de los Tribunales constitucionales de España, Francia, Italia y Portugal*, Sevilla, 26-28 de octubre de 2017, 24 pp., accesible en la página web del Tribunal Constitucional.

- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, «La competencia para preguntar: de nuevo sobre el concepto de órgano judicial en el sentido del artículo 267 TfUE. El caso de la discrepancia entre el pleno y las salas de un órgano jurisdiccional», en *Actualidad administrativa*, 6, 2016.
- ROMBOLI, Roberto, «La reforma del recurso de amparo ante el TC en España y la introducción de un recurso individual y directo en Italia», *ReDCE* 19, 2013.
- RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea», en López Castillo / Aguado Renedo (dirs.), *Identidad, derecho y política*, AFDUAM 17, 2013, pp. 517-527.
- «¿Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos», en *REDC* 67, 2003, pp. 49-68.
- SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Ed. CGPJ, Madrid, 1999.
- «El derecho comunitario ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia n.º 384, de 1994, de la Corte constitucional de Italia)», en *Revista de Instituciones Europeas*, 22, 1995, pp. 571-592.
- TSOMAIA, Nato, *Der Konflikt zwischen BVerfG und EGMR im Spannungsfeld zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Ed. Lit, Berlín, 2016.
- VALLE GÁLVEZ, Alejandro del / GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada (eds.), «Gibraltar, 300 años», Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2004.
- VERONESI, Paolo, *Colpe di Stato. I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, Franco Angeli s.r.l., Milano, 2017.
- VV. AA., *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas/ Thomson, Madrid, 2012.
- *Wollenschläger*, in: *Dreier, Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 3.ª ed., 2015, artículo 25.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, «Jueces constitucionales» (trad. M. Carbonell), en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 117, 2006, pp. 1135-1151.
- ZAMBRANO ALARCÓN, María, *El hombre y lo divino*, FCE, México, 1955, ed. def., 1973.