

EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES Y EL LÍMITE DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL*

JUAN IGNACIO UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA

Profesor (acreditado como catedrático) de Derecho Constitucional
y de la UE de la UPV/EHU

Revista Española de Derecho Europeo 59
Julio – Septiembre 2016
Págs. 13–43

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD SOBRE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES. 1. *Algunos rasgos básicos.* 2. *Los supuestos de control de comunitariedad sobre resoluciones jurisdiccionales (vinculantes).* 2.1. Primer supuesto: el control del órgano jurisdiccional que no resuelve en última instancia sobre las valoraciones jurídicas efectuadas en el litigio concreto por el órgano jurisdiccional superior. 2.2. Segundo supuesto: el control sobre la jurisprudencia vinculante. III. EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD SOBRE RESOLUCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. 1. *Primer supuesto: el control de comunitariedad sobre la resolución del Tribunal Constitucional cuando éste actúa también en el litigio.* 2. *El control de comunitariedad sobre jurisprudencia constitucional previa.* 3. *Excurso breve: los procesos de constitucionalidad no pueden condicionar el control judicial de comunitariedad.* IV. LA «IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL» COMO LÍMITE

* Una versión reducida de este texto fue presentada en el «Seminario García de Enterría» de la Universidad Complutense de Madrid el día 25 de mayo del presente año, el cual, organizado por el profesor Ricardo Alonso García, estaba dedicado al tema «Derechos Fundamentales: control multinivel e identidad nacional». Aprovecho la ocasión para agradecer todos los comentarios que se me realizaron. La responsabilidad por los errores de los que pueda adolecer el texto es exclusivamente mía. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación GIC IT675-13 y de la UFI 11/05, dedicados al estudio de la integración política y económica europea, así como de la Cátedra Jean Monnet de la UPV/EHU (Programa ERASMUS+ de la Unión Europea, Ref.: 553187-EPP-1-2014-1-ES-EPPJMO-CHAIR).

AL CONTROL DE COMUNITARIEDAD DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. *La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 2015.* 2. *Una reflexión sobre la «identidad constitucional nacional» como límite al control de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional.*

RESUMEN: El artículo analiza la existencia de un control judicial de comunitariedad, a cargo del Juez nacional que actúa como Juez comunitario en el caso concreto, realizado no sobre las normas nacionales, sino sobre resoluciones jurisdiccionales que le resultan vinculantes. El trabajo apunta los caracteres básicos de este control y describe los principales supuestos del mismo, examinando de forma particular aquellos referidos al control de comunitariedad sobre resoluciones de la jurisdicción constitucional. Unido a ello, se realizará una breve reflexión acerca de la relación de este fenómeno de control con aquel otro de la «identidad constitucional nacional» como confín de la integración europea.

PALABRAS CLAVE: Control judicial de comunitariedad – doctrina Simmenthal – cuestión prejudicial – identidad constitucional.

Fecha de recepción del original: 24/06/2016

Fecha de aceptación: 30/06/2016

ABSTRACT: This article analyzes the existence of a judicial review on grounds of EU Law (carried out by the national judge when acting as an EU Law judge in a specific case) operated not over national rules but over court decisions which are binding for that domestic judge. The work does point out to the basic features of this review and describes the main assumptions of it, focusing in particular on those relating to the review (on grounds of EU Law) over the Constitutional court decisions. In addition, it will be made a brief thinking regarding the relationship of this phenomenon of review with that other of «national constitutional identity» as a boundary of European integration.

KEYWORDS: Judicial review on grounds of EU Law – Simmenthal doctrine – preliminary ruling – constitutional identity.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de las siguientes líneas consiste en analizar la existencia de un control de comunitariedad (o europeidad), por parte del Juez nacional que actúa como Juez comunitario¹, sobre las resoluciones judiciales, e incluso, sobre las resoluciones de la jurisdicción constitucional.

No se trata de examinar o reiterar la conocida regla de que el Juez nacional debe controlar (e inaplicar) la disposición normativa nacional que sea contraria al Derecho de la Unión. Se trata, más bien, de examinar si puede y debe, en su caso, controlar, asimismo, aquella decisión jurisdiccional vinculante que le obligue a aplicar Derecho

1. En lo que sigue, y salvo precisión en contra, utilizaremos de forma sinónima las expresiones «control de comunitariedad» y «control de europeidad» (esto es, control con arreglo a parámetros de Derecho de la UE), o «Juez nacional como Juez comunitario» y Juez nacional que actúa aplicando Derecho de la Unión en el caso concreto.

nacional de una forma o con un contenido contrario al Derecho de la Unión. En otras palabras, lo que se pretende es poner el foco de atención en lo que el Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN identificaba, como tendremos ocasión de apuntar, como un «control descentralizado de comunitariedad, no frente a normas, sino frente a resoluciones judiciales»².

Según se desprende de la doctrina *Simmenthal*, «los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria»³ (en esto consiste el control de comunitariedad judicial sobre disposiciones normativas/normas). Y «por consiguiente», continúa el Tribunal de Luxemburgo, «serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias»⁴.

En otras palabras, que el Juez nacional que actúa como Juez comunitario está obligado a realizar un control de comunitariedad sobre las normas o disposiciones nacionales, pero también, siempre dentro del marco del litigio que le compete resolver, sobre aquellas resoluciones o decisiones judiciales que le impidan realizar ese control y descartar la aplicación del Derecho nacional contrario al Derecho de la Unión.

La idea de las siguientes páginas consiste en analizar las características básicas e identificar los supuestos típicos de este control sobre resoluciones jurisdiccionales, centrándonos de forma particular en los supuestos referidos al control de comunitariedad sobre resoluciones de la jurisdicción constitucional. Unido a ello, se realizará una breve reflexión acerca de la relación de este fenómeno con aquel otro de la «Identidad Constitucional (nacional)» como confín de la integración europea.

-
2. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en el Caso *ELCHINOV*, de 10 de junio de 2010, C-173/09, apdo. 21 (énfasis añadido).
 3. STJCE *SIMMENTHAL*, de 9 de marzo de 1978, C-106/77, apdo. 21; o, por citar una reciente, *PFE (Puligienica Facility Esco SpA)*, de 5 de abril de 2016, C-689/13, apdo. 40.
 4. STJCE *SIMMENTHAL*, *cit.*, apdo. 22. Énfasis añadido. En el mismo sentido, por ejemplo, las SSTJ: *FACTORTAME LTD* y otros, de 19 de junio de 1990, C-213/89, apartado 20; *ÅKERBERG FRANSSON*, de 26 de febrero de 2013, C-617/10, apartado 46; *KRIŽAN* y otros, 15 de enero de 2013, C-416/10, apdo. 70; *A y B* y otros, de 11 de septiembre de 2014, C-112/13, apdo. 37; *KERNKRAFTWERKE*, de 4 de junio de 2015, C-5/14, apdo. 33; o *PFE*, *cit.*, apdo. 41.

II. EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD SOBRE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

1. ALGUNOS RASGOS BÁSICOS

Diversos son los rasgos que caracterizan este tipo de control, pero ahora, sin ánimo de ser exhaustivo, y a los meros efectos de identificar el fenómeno, nos limitaremos a apuntar muy brevemente los siguientes cuatro caracteres básicos:

El primero de ellos consiste en que se trata de un control de «comunitariedad» (o europeidad), esto es, un examen de legalidad atinente a los parámetros marcados por el Derecho de la Unión Europea.

El segundo rasgo radica en que, como se ha adelantado, nos estamos refiriendo a un control sobre resoluciones jurisdiccionales (no al que se realiza sobre otro tipo de actos o actividades normativas del poder público), sean de la jurisdicción ordinaria o sean, incluso, de la jurisdicción constitucional. Y conviene destacar, en todo caso, que nos ceñiremos al control que se refiere a las resoluciones jurisdiccionales que *a priori* son o resultan, de alguna manera, «vinculantes» para el Juez que realiza el mismo (esto es, se trata, a la postre, de un control sobre resoluciones de Tribunales que son superiores en grado). No nos referimos, por tanto, a un control judicial como el que compete realizar al Tribunal Supremo español en casación tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley 29/98 (RCL 1998, 1741) de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) a través de la LO 7/2015 (RCL 2015, 1128) de modificación de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635)⁵ (casación fundada en motivos de Derecho europeo⁶).

Unido a ello, hay que decir, en tercer lugar, que se trata de un control judicial difuso (descentralizado), realizado por el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar el Derecho de la Unión en el caso concreto que le compete (Juez nacional como Juez comunitario). El control se desarrolla cuando ese Juez nacional analiza

5. Reforma de la Ley 29/1998 (que rige a partir del 22 de julio de 2016) introducida por la LO 7/2015 de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial (Disposición final tercera, punto uno). Sobre el nuevo recurso de casación: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 14ª ed., octubre 2015, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 338 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de la jurisprudencia”», *REDA*, 174, 2015, pp. 93-132; J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA, «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015», *RVAP*, 104-I, 2016, pp. 136-178 y D. CÓRDOBA CASTROVERDE, «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en el blog *Elderecho.com* (29.10.2015).
6. Como es sabido, esta reforma introduce un nuevo sistema o modelo de admisión de la casación (que ahora debe basarse en un «interés casacional objetivo» apreciado por el Tribunal Supremo), reconociendo como supuestos en los que se daría el mencionado interés casacional algunos basados en la aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea (art. 88.2), de manera que podrían admitirse recursos contra resoluciones judiciales contrarias, por poner un ejemplo, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, o que interpreten y apliquen de forma errónea –y como fundamento de su decisión– una doctrina constitucional acerca de la relevancia del Derecho de la Unión. Al respecto, entre otros, L. ARROYO JIMÉNEZ, «Derecho europeo e interés casacional objetivo», en el blog *Almacén de Derecho* (de 27 de abril de 2016): <http://almacendederecho.org/derecho-europeo-e-interes-casacional-objetivo/>.

y valora si una resolución jurisdiccional nacional previa, que de alguna manera le vincula para la resolución del litigio, es o no compatible con el Derecho de la Unión.

Y finalmente, se trata de un examen que, según permite deducir la casuística, se vehicula, normalmente, a través del planteamiento, por parte del Juez nacional, de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), una cuestión sobre alguna norma/disposición de la Unión que es básica para emitir el fallo en el litigio concreto. La remisión prejudicial versa, a la postre, sobre la norma europea con la que parece que podría ser incompatible la resolución jurisdiccional nacional previa que vincula al Juez para poder resolver el caso (esto es, tenemos, por una parte, una norma europea básica para resolver el caso, y por otra, una resolución jurisdiccional nacional que vincula al Juez nacional, la cual, según como se interprete la norma europea, podría ser o llevar a tomar una decisión contraria al Derecho de la Unión)⁷. La consecuencia del control, activado con el planteamiento de la prejudicial, se concretaría, en su caso, en no tener en cuenta la resolución jurisdiccional nacional vinculante que, con la ayuda de la sentencia prejudicial del TJ, se contraste contraria o incompatible con el ordenamiento de la UE.

2. LOS SUPUESTOS DE CONTROL DE COMUNITARIEDAD SOBRE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES (VINCULANTES)

Como venimos señalando, este control realizado por el Juez nacional se aplicaría sobre aquellas resoluciones jurisdiccionales que, de una u otra forma, le resultan vinculantes para la resolución del caso del que conoce. Partiendo de esta base, y siguiendo la casuística existente, podemos identificar los siguientes supuestos de control de comunitariedad.

2.1. *Primer supuesto: el control del órgano jurisdiccional que no resuelve en última instancia sobre las valoraciones jurídicas efectuadas en el litigio concreto por el órgano jurisdiccional superior*

El punto de partida de este control sería el establecido por el TJ en la famosa Sentencia *Rheinmühlen-Düsseldorf* (1974), cuando señala que «una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas»⁸.

7. Como es sabido, la cuestión prejudicial europea no versa sobre una norma nacional, sino sobre una norma europea. La remisión prejudicial es un instrumento que permite al Juez nacional encargado de aplicar el Derecho de la Unión, en el contexto de un asunto o litigio concreto que esté conociendo, preguntar al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la Unión (o de la validez de un acto de la Unión). El TJ no resuelve el litigio nacional en el que se plantea la prejudicial. Ello es tarea del Juez nacional, quien deberá hacerlo, eso sí, de conformidad con lo resuelto por el TJ en la cuestión prejudicial, una decisión prejudicial que vincula, asimismo, a los demás tribunales nacionales de los Estados miembros que se encuentren ante un problema similar.

8. *RHEINMÜHLEN-DÜSSELDORF* (conocida como *Rheinmühlen I*), de 16 de enero de 1974, 166/73, apartado 4 (énfasis añadido). Cabe recordar que la cuestión prejudicial que planteaba

Y continúa apuntando que, en efecto, ese órgano jurisdiccional nacional que no resuelve en última instancia «debe tener la *libertad de someterle* las cuestiones que le preocupan, *si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria* al Derecho de la Unión»⁹. De lo contrario, deduce el Tribunal, si el Juez nacional cuyas resoluciones son recurribles estuviera vinculado sin poder someter la cuestión al Tribunal de Justicia, la competencia de éste para resolver con carácter prejudicial, y la aplicación del Derecho comunitario en todos los grados de los sistemas jurisdiccionales nacionales quedarían obstaculizadas¹⁰.

Siguiendo las Conclusiones del Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN en el caso *Elchinov*, presentadas el 10 de junio de 2010, puede decirse que ésta es una proclamación que supuso «un importante respaldo para la fuerza normativa del Derecho de la Unión, que desde entonces recibía, por este cauce, la posibilidad de imponerse frente a una sentencia de un tribunal superior cuya doctrina vinculaba a la instancia. Aunque la dicción alude únicamente a la facultad de la instancia de plantear la cuestión prejudicial, es obvio que tal planteamiento se realiza a fin de, en su caso, desoír los dictados de la sentencia del tribunal superior». De manera que, «*Rheinmühlen I* introducía así una suerte de *control descentralizado de comunitariedad, no frente a normas, sino frente a resoluciones judiciales*». En adelante, «los jueces de instancia cuyas resoluciones resultaban anuladas por un tribunal superior podían, con invocación de esta doctrina y en los casos en los que el asunto les era devuelto, ignorar dicha anulación cuando ésta, en su criterio, fuera contraria al Derecho de la Unión. En el conflicto entre la autonomía procesal nacional y la oportunidad, que así se reabría, de afirmar la primacía del Derecho europeo, se daba prioridad a esta última»¹¹.

el órgano jurisdiccional remitente (Bundesfinanzhof) consistía en si el art. 177 (2) del TCE [hoy: 267 (2) TFUE] «confiere “a los órganos jurisdiccionales nacionales que no resuelven en última instancia un derecho absolutamente ilimitado de someter un asunto al Tribunal de Justicia” o sobre si hay que estimar “que este artículo no afecta a las normas de Derecho interno en sentido contrario, que vinculan a dichos órganos jurisdiccionales a la valoración jurídica del órgano jurisdiccional de rango superior”». Se trata de una cuestión planteada en el marco de un proceso seguido contra una resolución recaída en un incidente sustanciado ante el Finanzgericht de Hesse, el cual solicitó al Tribunal de Justicia una interpretación de las disposiciones del Reglamento nº 19 del Consejo (DO 1962, 30, p. 933) para poder resolver un litigio devuelto por el Tribunal de Casación, el Bundesfinanzhof, que había anulado una sentencia anterior del Finanzgericht (*vid. apdo. 1 de la Sentencia*).

9. *RHEINMÜHLEN I*, apartado 4, tercer párrafo (énfasis añadido); *CARTESIO*, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, apartado 94; *STJ ERG* y *otros*, de 9 de marzo de 2010, C-378/08, apartado 32; *MELKI Y ABDELI*, de 22 de junio de 2010, as. acumulados C-188/10 y C-189/10, apartado 42; *ELCHINOV*, de 5 de octubre de 2010, C-173/09, apartado 27; *STH BERICAP ZÁRÓDÁSTECHNIKAI BT*, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11, apartado 55.
10. *RHEINMÜHLEN I*, apdo. 4, cuarto párrafo.
11. Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *ELCHINOV*, *cit.*, apartados 20 y 21 de las Conclusiones; énfasis añadido.

Unos meses más tarde, la Sentencia *Elchinov*¹², tras recordar y confirmar lo establecido en *Rheinmühlen I* y su progenie jurisprudencial¹³, añadirá que ese juez na-

12. De 5 de octubre de 2010, C-173/09. La cuestión prejudicial que se planteaba por el Juez nacional volvía a ser si, dado el principio de autonomía procesal nacional, «debe el órgano jurisdiccional nacional tener en cuenta las observaciones vinculantes que le ha formulado un tribunal superior en el marco de la anulación de su resolución y de la remisión de los autos para un nuevo examen, cuando existen motivos para suponer que estas observaciones son contrarias al Derecho comunitario?». Sobre el tema, véase también: J. I. UGARTEMENDIA, «La autonomía de la cuestión prejudicial europea ante el Derecho interno», en R. ALONSO y J. I. UGARTEMENDIA (Dir.), *La cuestión prejudicial europea*, IVAP, Oñati, 2014, *European Inklings* – EUi 4, pp. 80 y ss.

El caso se puede resumir como sigue: El Sr. Georgi Elchinov es un ciudadano búlgaro, acogido a la Sanidad pública búlgara, a quien se le diagnostica una enfermedad oncológica maligna del ojo derecho. Ante ello, su médico le indica un tratamiento consistente en la fijación de placas radioactivas o terapia de protones. Entonces, el Sr. Elchinov, dado que observa que su país no le puede dar ese tratamiento, sino sólo uno alternativo (consistente en la enucleación o extracción completa del ojo), solicita en su país que, al amparo del Derecho UE (el Reglamento 1408/71), se le autorice un tratamiento médico en el extranjero, con cargo a la Sanidad búlgara. Conviene señalar que esa norma europea impide que se pueda denegar esta solicitud, siempre que el tratamiento en cuestión figure entre las prestaciones previstas por el Estado y no pueda ser dispensada en plazo adecuado. Ante la gravedad de su situación médica, y antes de que la Sanidad búlgara le responda, se traslada urgentemente a una clínica de Berlín, en la que se le aplica el tratamiento prescrito. Pocas semanas después, sin embargo, la Sanidad búlgara (reconociendo que ese tratamiento, aunque previsto, no se aplica de forma efectiva en Bulgaria) le niega la solicitud de que se le atienda en el extranjero. El Sr. Elchinov recurre (contencioso administrativo) esa decisión de la Sanidad Pública, y el Tribunal Administrativo de Sofía sentencia a su favor anulando la resolución de denegación de la ayuda. Esta Sentencia es, a su vez, recurrida, resultando que el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Bulgaria estima el recurso de casación, revocando la Sentencia previa y remitiendo el asunto al Tribunal de Sofía para un nuevo pronunciamiento. La clave del asunto estaba en cómo entender el Reglamento europeo (art. 22): Para el de Instancia, el hecho de que el tratamiento estuviera previsto en la legislación búlgara, por más que no se pudiera prestar efectivamente, era suficiente para la aplicación del citado precepto europeo y así autorizar el tratamiento fuera del país. Para el Supremo, en cambio, la imposibilidad de prestar el tratamiento controvertido en Bulgaria, a pesar de estar contemplado en la legislación nacional, introduce la presunción de que el mismo no está recogido entre las prestaciones legalmente exigibles, y no cabe autorizar el tratamiento fuera del país. A pesar de que la Ley de procedimiento contencioso-Administrativo búlgara vincula al Tribunal de instancia a seguir lo dicho por el Tribunal Supremo en el nuevo examen del caso, el hecho es que, entonces, el Tribunal de instancia plantea una prejudicial acerca de cómo debe entenderse el Derecho de la Unión aplicable a ese caso (que se le devuelve), y, entre otras 7 cuestiones, pregunta si el órgano jurisdiccional nacional está o no obligado a tener en cuenta las observaciones vinculantes que le ha formulado un tribunal superior en el marco de la anulación de su resolución y de la remisión de los autos para un nuevo examen, cuando existen motivos para suponer que estas observaciones son contrarias al Derecho comunitario.

13. Apartados 25-27 de la Sentencia. Con posterioridad a la misma, en su línea, entre otras SSTJ: M. y B. LEONE, de 17 de julio de 2014, C-173/13, apdo. 33; *CARTIERA DELL'ADDA SpA*, de 6 de noviembre de 2014, C-42/13, apdo. 27; *DIAGEO BRANDS BV*, de 16 de julio de 2015,

cional que haya ejercido la facultad que le otorga el artículo 267 (2) TFUE está vinculado, a la hora de resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el Tribunal de Justicia¹⁴, debiendo, en su caso, «dejar de lado las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, habida cuenta de la antedicha interpretación, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión»¹⁵.

Es importante remarcar que el fundamento de este control de comunitariedad no descansa, obviamente, en el Derecho interno (pese a lo establecido por la reciente LO 7/2015, de 21 de julio (RCL 2015, 1128), por la que se modifica la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635)¹⁶, sino en el Derecho de la Unión Europea. De forma más concreta, como se ha observado, el núcleo de este «control difuso de comunitariedad sobre resoluciones jurisdiccionales» descansa sobre la facultad judicial de plantear la cuestión prejudicial [art. 267 (2) TFUE]. Y en este sentido, es oportuno señalar que esta facultad del Juez nacional no sólo se impone, como se ha visto, frente a la norma procesal nacional que vincula a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, sino que lo hace también ante la decisión judicial que resuelve la impugnación contra la propia decisión de plantear la remisión prejudicial. En efecto, si bien la conocida como jurisprudencia *Rheinmühlen-II* admitía la posibili-

C-681/13, apdo. 65. Véanse, asimismo, las Conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, de 23 de abril de 2015, en el asunto *PFE*, C-689/13, apdo. 64 (y la nota 24).

14. Tras traer a colación, en el apartado 29, que «una sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de Justicia vincula al juez nacional, por cuanto atañe a la interpretación o a la validez de los actos de las instituciones de la Unión de que se trate, para la resolución del litigio principal (véanse, en particular, las sentencias de 24 de junio de 1969, *Milch-, Fett- und Eierkontor*, 29/68, Rec. p. 165, apartado 3; de 3 de febrero de 1977, *Benedetti*, 52/76, Rec. p. 163, apartado 26; auto de 5 de marzo de 1986, *Wünsche*, 69/85, Rec. p. 947, apartado 13, y sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Fazenda Pública*, C-446/98, Rec. p. I-11435, apartado 49)». Más recientemente en la famosa Sentencia TJ P. *GAUWEILER*, de 16 de junio de 2015, C-62/14, apdo. 16.
15. Apartado 30 de la Sentencia; énfasis añadido. Véase, también, en el mismo sentido, la ya mencionada Sentencia al asunto *PFE*, de 5 de abril de 2016, apdo. 38. Por lo demás, el Tribunal terminará reiterando, en la línea con la jurisprudencia *SIMMENTHAL*, la obligación del órgano jurisdiccional nacional que actúa como Juez comunitario de garantizar la plena eficacia de estas disposiciones, debiendo dejar inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición nacional contraria, también si se trata de normas procesales nacionales, sin solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (apartado 31 de la Sentencia *ELCHINOV*; apdos. 38-40 STJ *PFE*).
16. Cuando introduce (con efectos desde 1 de octubre de 2015) un nuevo artículo 4 bis en el que se establece que: «1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes».

dad de que se pudieran recurrir internamente las decisiones de plantear la cuestión prejudicial¹⁷, la misma fue matizada de forma evidente unos años más tarde a través de la Sentencia emitida en el asunto *Cartesio*¹⁸, al afirmar que «la competencia autónoma de acudir ante el Tribunal de Justicia que el artículo 234 TCE confiere al primer juez se pondría en tela de juicio si, al reformar la resolución en la que se acuerde la remisión prejudicial, revocarla y ordenar al órgano jurisdiccional que dictó esa resolución proseguir el procedimiento suspendido, el órgano jurisdiccional de apelación pudiera impedir al órgano jurisdiccional remitente ejercer la facultad que le confiere el Tratado CE (RCL 1978, 2836) de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia»¹⁹.

Y es que, en efecto, como recordará el Tribunal, de conformidad con el artículo 234 TCE (actual art. 267 TFUE), la apreciación de «la pertinencia y la necesidad» de la cuestión prejudicial es «responsabilidad única del órgano jurisdiccional que acuerda la remisión prejudicial»²⁰ (en este sentido, la decisión del Juez nacional de plantear la cuestión prejudicial goza de una «presunción de pertinencia»²¹). Y en consecuencia, «incumbe a ese órgano jurisdiccional extraer las consecuencias de una sentencia dictada en un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerda plantear la cuestión prejudicial y, en particular, llegar a la conclusión de que debe ya mantener su petición de decisión prejudicial, ya modificarla, ya renunciar a ella»²².

17. *RHEINMÜHLEN-DÜSSELDORF*, de 12 de febrero de 1974, 146/73 (Sentencia adoptada unas semanas después de la sentencia *RHEINMÜHLEN I* y en el curso de un mismo litigio nacional), confirmada también, de alguna manera, en la *STJ SIMMENTHAL*, de 9 de marzo de 1978, 106/77, FJ 10.
18. De 16 de diciembre de 2008, C-210/06. Véanse, asimismo, las Conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro en el caso, de 22 de mayo de 2008, apdos. 17 y ss.
19. Apartado 95 de la sentencia. Sobre el asunto *CARTESIO* y sus implicaciones, en profundidad: R. ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto *Cartesio*, STJUE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)», *REDE*, 30, 2009, pp. 197 y ss.; J.-C. BARBATO, «Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi», *Revue Trimestrielle de Droit européen*, 2, 2009, pp. 280 y ss.
20. *STJ CARTESIO*, *cit.*, apartado 96.
21. Ello, sin perjuicio, como recuerda el TJ, de cierta comprobación limitada que realiza al respecto el propio Tribunal de Justicia. En esta línea, el Tribunal recordará que «La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera eficaz a las cuestiones planteadas (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de junio de 2007, *VAN DER WEERD y otros*, C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233, apartado 22, y jurisprudencia allí citada)»: *STJ CARTESIO*, apdo. 67; y asimismo SSTJ: de 23 de abril de 2009, as. *RÜFFLER*, C-544/07, apartado 37; *FILIPIAK*, de 19 de noviembre de 2009, C-314/08, apartado 41; o *KRIŽAN y otros*, 15 de enero de 2013, C-416/10, apdo. 54.
22. *CARTESIO*, apartado 96. Por lo demás, ya se ha señalado que el TJ supedita su competencia en materia prejudicial a la existencia de una petición prejudicial. La resolución de

En todo caso, es evidente que esta facultad libérrima del Juez nacional para plantear la cuestión prejudicial [art. 267 (2) TFUE)], reconocida por el TJ, incide en la estructura judicial interna de los Estados miembros, posibilitando que las instancias judiciales inferiores puedan cuestionar las valoraciones de las superiores en materia de Derecho de la Unión²³, y a la postre, realizar –a través de la prejudicial– un control de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales de los mismos.

Y en este sentido, esta incidencia tiene sus detractores y sus partidarios. Entre los primeros destaca, por ejemplo, el Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, quien, en las ya mencionadas Conclusiones al asunto *Elchinov*²⁴, planteaba serias dudas acerca de la aplicabilidad en la actualidad de la Jurisprudencia *Rheinmühlen I* (salvo para casos como el que se da en la mencionada STJ *Cartesio*). Esas dudas obedecen a la irrupción relativamente reciente de una importante jurisprudencia europea sobre la relación entre la justicia de la Unión y los tribunales nacionales [en concreto, acerca de la posibilidad: de acudir a una acción de responsabilidad patrimonial del Estado por acto judicial (de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01); de la revisión de oficio del acto que confirmó la sentencia ilegal (de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00); de sustanciar recursos por incumplimiento contra los Estados miembros con fundamento en sentencias de los tribunales nacionales (de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*, C-129/00). Para el Abogado General es evidente que las instancias judiciales superiores de los Estados miembros se han convertido en actores determinantes en la supervisión de la recta aplicación del Derecho de la Unión, pero también, a su vez, que estos tribunales de última instancia comienzan a responder directamente por sus resoluciones contrarias al Derecho de la Unión. Y desde el momento en que un tribunal supremo nacional debe responder ante el justiciable a través de los remedios que vienen impuestos por el Derecho de la Unión, en concreto por la jurisprudencia que se acaba de señalar, «pierde correlativamente sentido el que los tribunales inferiores que deben aplicar la resolución dictada por el tribunal superior acaso contraria al Derecho de la Unión, pero firme, preserven su facultad de ignorarla allí incluso donde su Derecho interno no se lo permite. En mi opinión, la autonomía procesal de los Estados miembros, en particular en elementos tan sensibles como los que comentamos, recupera su razón de ser cuando

remisión debe producir sus efectos mientras no sea revocada (apdo. 89; con antelación, la ya citada STJ *RHEINMÜHLEN II*, apdo. 3). De manera que, si falta ésta (porque el Juez que la planteó ha revocado su decisión de remisión, o porque –podemos colegir– se estima el recurso por motivos ajenos a los criterios de la pertinencia o la necesidad de plantear la prejudicial, o porque se pone fin al proceso por otros motivos), el Tribunal de Justicia archivará el asunto por falta de objeto (Cfr. sobre el tema también: M. CIENFUEGOS, «Juez nacional – Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en J. M. BENEYTO PÉREZ [Dir.], *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo V: Sistema jurisdiccional de la UE*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 603-604).

23. Cfr. K. LENAERTS, I. MASELIS y K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 67-68.
24. Apartados 23 y siguientes.

la efectividad del Derecho de la Unión comienza decididamente a estar protegida a través de otros cauces»²⁵.

Frente a ello, se alza la voz crítica de quienes consideran (entre ellos el actual Presidente del TJ) que «la posibilidad para un tribunal inferior de revisar la aplicación del Derecho de la Unión realizada por un tribunal superior es un medio excepcional para garantizar la aplicación uniforme y efectiva del Derecho de la Unión por los más altos tribunales. Si el Derecho de la Unión se aplica correctamente por las instancias superiores, no habrá ninguna razón válida para los tribunales inferiores para poner en duda dicha aplicación»²⁶.

2.2. Segundo supuesto: el control sobre la jurisprudencia vinculante

Como se ha dicho ya, el control judicial de comunitariedad sobre resoluciones jurisdiccionales al que nos referiremos es el que puede darse siempre que el Juez nacional que aplica Derecho de la Unión se encuentra ante una resolución jurisdiccional que, de una u otra forma, le resulta vinculante para la resolución del litigio que conoce, y considera, sin embargo, que podría ser incompatible con el Derecho de la Unión. En este sentido, el control de comunitariedad puede surgir, también, cuando el Juez nacional se encuentra «vinculado» al «precedente» jurisprudencial, o sujeto a la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Y ello, se trate de la jurisprudencia ordinaria o de la jurisprudencia constitucional.

No es este el momento de entrar en la polémica acerca de si «el principio de sujeción del juez a la ley» o «principio de legalidad en la jurisdicción» abarca también –especialmente en los llamados «casos difíciles», en los que se ponen de manifiesto lagunas, antinomias, etc.– un «deber de sujeción a la ley y a la jurisprudencia», o si, por el contrario, no tiene por qué extenderse a la misma. Es interesante recordar, en cualquier caso, que un ordenamiento del sistema jurídico continental puede reconocer también, en determinados casos, la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial (jurisdicción ordinaria). Valga como ejemplo, fijándonos ahora en el caso del ordenamiento español, lo recordado por el Tribunal Constitucional acerca de que «la doctrina legal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sentada en Sentencias estimatorias del recurso de casación en interés de ley no sólo tiene el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del Tribunal Supremo le atribuye el art. 1.6 del Código civil (LEG 1889, 27) (SSTC 120/1994, de 25 de abril [RTC 1994, 120], FJ 1; 133/1995, de 25 de septiembre [RTC 1995, 133], FJ 5; 129/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 129], FJ 6; y 265/2005, de 24 de octubre [RTC 2005, 265], FJ 2, por todas), sino, además, verdadera fuerza vinculante para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de dicho orden jurisdiccional, en virtud de lo

25. Apartado 28 de las Conclusiones.

26. K. LENAERTS, I. MASELIS y K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, op. cit., p. 68. También en esta línea crítica, el hoy Abogado General M. WATHELET, «Adieu, Monsieur le Professeur. De la liberté des juges nationaux de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne», *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 4, 2010, pp. 449-455, espec. 452 y ss.

establecido en el art. 100.7 LJCA (RCL 1998, 1741)»²⁷ (si bien, conviene recordar ahora que este artículo quedará suprimido a partir del 22 de julio de 2016)²⁸.

En fin, es posible que en los ordenamientos jurídicos continentales no haya muchos supuestos en los que la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria rijga de forma vinculante para la instancia. Pero el hecho es que, donde así suceda, existirá la posibilidad de que surja el control de comunitariedad sobre la misma²⁹.

Estos dos serían los dos supuestos principales de control judicial de comunitariedad sobre resoluciones jurisdiccionales que, de alguna manera, resultan vinculantes para la instancia que realiza el control. No son los únicos casos de control (ahí está también, por poner otro ejemplo, el control que se produciría en los casos de revisión judicial de una sentencia firme por infracción del Derecho de la Unión³⁰).

27. STC 37/2012, de 19 de marzo (RTC 2012, 37), FJ 2. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), establece en su artículo 100.7 que «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional».
28. Vid. el apartado dos de la disposición final tercera de la ya mencionada LO 7/2015, de 21 de julio (RCL 2015, 1128), por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1578 y 2635), del Poder Judicial (LOPJ).
29. Por otro lado, no cabe omitir el dato de que también puede existir control o examen de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales cuando éstas no resulten (estrictamente) vinculantes para quien realiza el mencionado examen (aunque nosotros nos hayamos ceñido exclusivamente a los casos en que exista esa vinculatoriedad). Se trataría, por poner un ejemplo, del control que existe o encierra la STJ en el asunto ZAIZOUNE (de 23 de abril de 2014, C-38 /14), un examen, por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de la interpretación que viene haciendo el Tribunal Supremo español del régimen de sanciones administrativas previsto en España para castigar la estancia irregular del extranjero. Una interpretación que podría no ser conforme con la conocida como «Directiva de retorno» (Directiva 2008/115 [LCEur 2008, 2157], del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.12.2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular), según como sea interpretada ésta. De ahí que, ante las dudas de comunitariedad, la mencionada Sala del TSJPV acabase formulando la cuestión prejudicial de interpretación [sobre el caso, entre otros: P. GONZÁLEZ SAQUERO, «La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la directiva de retorno (Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, Zaiizoune)», en J. I. UGARTEMENDÍA y H. LABAYLE, *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, IVAP, Oñati, 2016, pp. 218 y ss.]
30. Resulta obvio que, allá donde se produzca, esa *revisión judicial de una sentencia firme por infracción del Derecho de la Unión* presupone un previo control de comunitariedad sobre la misma. Como es sabido, este fenómeno de la revisión judicial es una posibilidad que comenzó a ser reconocida por el TJ a partir de la Sentencia en el asunto KÜHNE & HEITZ (de 13 de enero de 2004, C-453/00; sobre la cuestión, entre otros: V. FERRERES COMELLA, «Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del Derecho de la Unión Europea»,

No obstante, son los dos supuestos más típicos y, a la postre, los que se pueden reproducir, como de hecho acontece, con respecto a las resoluciones de la jurisdicción constitucional, que es en lo que queremos detenernos a continuación.

III. EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD SOBRE RESOLUCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Éste es, en efecto, el aspecto que más interesa destacar ahora: que en la Europa de la tutela multinivel de los derechos, la de la tutela iusfundamental que responde a diferentes estándares y órganos jurisdiccionales, el Juez nacional que actúa como Juez europeo pueda realizar, apoyándose en la cuestión prejudicial, una especie de control difuso de comunitariedad incluso contra las decisiones del Tribunal Constitucional. Y es que el control judicial de comunitariedad sobre resoluciones jurisdiccionales, establecido y desarrollado en la jurisprudencia *Rheinmühlen I/Elchinov* (sobre la base de la facultad de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE), no es un control que se circunscribe sólo a las resoluciones de la jurisdicción ordinaria (poder judicial). Se extiende también, como veremos, a la jurisdicción constitucional. Los supuestos tipo son similares a los señalados en el apartado anterior.

Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 25, 2010, pp. 75-80). Sobre la jurisprudencia posterior del TJ que ha ido matizando y modulando los requisitos para que se pueda concretar dicha revisión (sobre todo, introduciendo el juego de los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión en el ámbito de la legislación procesal nacional), véanse, por ejemplo, las SSTJ: KAPFERER, de 16 de marzo de 2006, C-234/04; KEMPTER, de 12 de febrero de 2008, C-2/06; VERENIGING, de 13 de marzo de 2008, C-383/06; FALLIMENTO OLIMPICLUB, de 3 de septiembre de 2009, C-2/08; ASTURCOM TELECOMUNICACIONES, de 6 de octubre de 2009, C-40/08; H. BYANKOV, de 4 de octubre de 2012, C-249/11 (apdo. 77); o IMPRESA PIZZAROTTI, de 10 de julio de 2014, C-213/13. Esta última Sentencia, por ejemplo, partirá de la base de que «el Derecho de la Unión no exige que, para tener en cuenta la interpretación de un precepto aplicable de ese Derecho adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la resolución de un órgano jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada, éste deba, por regla general, reconsiderar dicha resolución» (apdo. 60). Pero, «si las normas procesales nacionales aplicables implican la posibilidad, con ciertos requisitos, de que el tribunal nacional *reconsidere una resolución con fuerza de cosa juzgada con objeto de restablecer la conformidad de una situación con el Derecho nacional, esta posibilidad debe prevalecer*, de acuerdo con los principios de equivalencia y de efectividad – si concurren dichos requisitos – *a fin de que se restablezca la conformidad de la situación de que se trate en el procedimiento principal con la normativa de la Unión en materia de contratos públicos de obras*» (apdo. 62). De esta manera, «en la medida en que las normas procesales nacionales aplicables lo autoricen, un tribunal nacional como el tribunal remitente, que se haya pronunciado en última instancia sin que el Tribunal de Justicia haya conocido previamente del asunto con carácter prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, debe o bien completar la cosa juzgada mediante su resolución anterior que dio lugar a una situación opuesta a la normativa de la Unión sobre contratos públicos de obras, o bien reconsiderar esa resolución, con objeto de tener en cuenta la interpretación de esa normativa efectuada posteriormente por el Tribunal de Justicia» (apartado 64).

1. PRIMER SUPUESTO: EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CUANDO ÉSTE ACTÚA TAMBIÉN EN EL LITIGIO

Ello puede suceder, normalmente, cuando el Tribunal Constitucional actúa como instancia jurisdiccional última en el caso (en un proceso de amparo constitucional). Pero, podría producirse, también, a resultas del control incidental de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional, control activado por el Juez del caso (por ejemplo, en España, mediante la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE [RCL 1978, 2836]).

En todo caso, lo característico de este primer supuesto consiste en la existencia de una resolución jurisdiccional constitucional previa a tener en cuenta por parte del juez nacional para resolver el caso. Una resolución constitucional que, sin embargo, ese Juez nacional considera que podría ser contraria al Derecho de la Unión, según cómo se interprete éste. Frente a ello, el Juez nacional plantea la cuestión prejudicial ante el TJ. Y la consecuencia consiste en que no podrá tener en cuenta las valoraciones del Tribunal Constitucional que se estimen contrarias a lo señalado en la sentencia prejudicial.

Es el supuesto de la Sentencia del TJ al asunto *Križan y otros* (2013)³¹. En esta resolución el Tribunal de Luxemburgo destacará, tras reiterar la doctrina *Rheinmühlen I*, que el Juez nacional del caso conserva la mencionada facultad de plantear la cuestión prejudicial incluso cuando una norma nacional le obliga a seguir la valoración jurídica formulada por el Tribunal Constitucional, en este caso, el eslovaco, debiendo dejar de lado las valoraciones de éste si resultan contrarias al Derecho de la Unión³². En concreto, como señaló el TJ, «el artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, como el tribunal remitente, está obligado a plantear de oficio ante el Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial incluso cuando se pronuncia tras la devolución de los autos a raíz de la casación de su primera resolución por parte del Tribunal Constitucional del Estado miembro de que se trata y cuando una

31. De 15 de enero de 2013, C-416/10.

32. El Tribunal Supremo de la República Eslovaca, en el marco de un litigio sobre la construcción y explotación de un vertedero de residuos, solicitó al Tribunal de Justicia que determinase el alcance del derecho del público a participar en los procedimientos de autorización de proyectos que tengan repercusiones significativas sobre el medio ambiente (Convenio de Aarhus, aprobado en nombre de la Comunidad por Decisión 2005/370/CE). Previamente, una vez que dicho Tribunal Supremo anuló la autorización para construirlo, se había interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de dicho órgano jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional de la República, y éste había fallado que la decisión del Supremo vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la propiedad y anuló, en consecuencia, la mencionada sentencia (de anulación de la autorización), devolviéndole el asunto al Supremo, quien, pese a todo, albergando dudas sobre el caso, decide plantear la cuestión prejudicial.

norma nacional le obliga a resolver el litigio siguiendo la apreciación jurídica formulada de este último tribunal»^{33, 34}.

2. EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD SOBRE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PREVIA

Este supuesto de control parte de la base de que la jurisprudencia constitucional vincula a la jurisdicción ordinaria. Piénsese, por ejemplo, refiriéndonos ahora al ordenamiento jurídico español, en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1578 y 2635), del Poder Judicial (LOPJ), el cual establece la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional sobre el Juez nacional, cuando señala que: «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»³⁵. Todo ello sin perjuicio del artículo 4 bis de la LOPJ, introducido por la ya mencionada LO 7/2015 (RCL 2015, 1128) de reforma de la LOPJ, según el cual: «1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. // 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes».

El control judicial de comunitariedad se produciría cuando el Juez nacional que actúa como Juez comunitario entiende, en un litigio del que conoce, que una previa resolución jurisdiccional del Tribunal Constitucional que debe tener en cuenta para la resolución del mismo podría ser contraria al Derecho de la Unión, según cómo se interprete éste. Y plantea la correspondiente prejudicial. Planteada, ante ello, la correspondiente cuestión prejudicial sobre la norma europea, ese Juez nacional deberá no tener en cuenta las valoraciones de la jurisdicción constitucional que sean incompatibles con lo señalado en la sentencia prejudicial.

33. Apartado 73 de la Sentencia.

34. Se ha comentado, en este sentido, que toda esta modulación del principio de jerarquía procesal que produce la jurisprudencia *RHEINMÜHLEN I* contribuye o es una manifestación más [junto a la relativización del efecto preclusivo de los plazos (STJ de 25 de julio de 1991, *EMMOT*, C-208/90) o la reconfiguración del principio rogado (STJ de 14 de diciembre de 1995, *PETERBROECK*, C-312/93), entre otros], de un fenómeno de «deconstrucción del derecho procesal estatal» que viene generado por el Derecho europeo (M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las «funciones esenciales» de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 32, 2013, p. 253).

35. *Vid.* las SSTC 59/2011, de 3 de mayo (RTC 2011, 59) (deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional), o 37/2012, de 19 de marzo (supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales).

Este supuesto tiene ya, también, ejemplos muy significativos, algunos de ellos, como veremos, en relación con la jurisdicción constitucional española.

(i) La Sentencia del TJ en el caso *Anacleto Cordero* (2006)³⁶, la cual resolvía un asunto en «contra» de lo previamente estipulado al respecto por el TC español en una sentencia de amparo (STC 306/1993, de 25 de octubre de 1993 [RTC 1993, 306]). El dato interesante, por lo que ahora importa destacar, reside en que el órgano judicial nacional planteó la cuestión prejudicial a pesar de la previa existencia de la mencionada resolución del Tribunal Constitucional al respecto. En concreto, la Sentencia del TC tenía confirmada la constitucionalidad *ex* 14 CE (RCL 1978, 2836) del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al régimen indemnizatorio del FOGASA en una situación de insolvencia del empresario, considerando que el trato diferenciado en las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo entre las reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial y las establecidas por sentencia judicial no vulneraba el artículo 14 CE por cuanto no existe un tratamiento diferenciado de situaciones idénticas. Pese a todo, años más tarde, como decimos, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León planteará una prejudicial sobre dicha regulación y el TJ establecerá, sin embargo, que esas indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial deben recibir el mismo trato que las establecidas por sentencia judicial³⁷.

El Tribunal de Justicia señaló que, «dado que el principio general de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho comunitario, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia». Y constató que «ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno»³⁸.

Es evidente que el Juez nacional del caso, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, realizó un control de comunitariedad sobre una resolución previa del Tribunal Constitucional. Consideró que podría no ser acorde con el entendimiento del principio de igualdad y no discriminación reconocido por el Derecho de la Unión. Una vez resuelta la prejudicial planteada al respecto por el TSJ, la consecuencia fue que no se puede tener en cuenta la valoración marcada por la jurisprudencia constitucional en la previa sentencia de amparo. De cualquier modo, lo que nos interesa remarcar ahora, no es tanto la contradicción a la hora de entender el principio de

36. Sentencia del TJ A. *CORDERO ALONSO*, de 7 de septiembre de 2006, C-81/05.

37. Sobre el caso, por ejemplo: R. *SARAZA JIMENA*, «Primacía del Derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso Cordero Alonso)», *Revista del Poder Judicial*, 82, 2006, pp. 11-52.

38. Apartado 41 de la Sentencia A. *CORDERO ALONSO*.

igualdad en el caso, ni siquiera cómo la jurisprudencia comunitaria desplaza a la constitucional en el mismo. Lo llamativo es que todo ello parte del control de comunitariedad realizado por el Juez nacional sobre una previa resolución jurisdiccional del TC.

(ii) El asunto *F. J. Rosado Santana* (2011)³⁹, el cual tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, en relación a la Directiva 1999/70 (LCEur 1999, 1692), la cual está dirigida a aplicar el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada celebrado entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES). Esta normativa establece un principio de no discriminación que prohíbe tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

El hecho es que la Administración autonómica andaluza publicó en 2009 una orden mediante la que se convocaban pruebas selectivas por el sistema de promoción interna para los funcionarios de carrera pertenecientes a la misma. Entre los requisitos para concursar en dichas pruebas se encuentra el de poseer una antigüedad de diez años como funcionario de carrera en un determinado grupo. El Sr. Rosado terminará por acudir a los Tribunales al considerar que la Administración andaluza infringió el principio de no discriminación del Acuerdo Marco al no computársele los períodos de servicio prestados como funcionario interino (de 1989 a 2005) a efectos de calcular la mencionada y requerida antigüedad de diez años.

Ciñéndonos ahora a lo que concierne a nuestro tema, hay que señalar que el Juzgado de Sevilla preguntó en su Auto de remisión prejudicial acerca de las repercusiones de determinados autos del Tribunal Constitucional según los cuales un tratamiento diferenciado entre los funcionarios de carrera y los de empleo interino con las mismas funciones era constitucional (si bien, señalando, asimismo, el carácter parcialmente contradictorio de los mismos con otras sentencias dictadas por el propio Tribunal Constitucional). Y de esta manera, vuelve a aparecer aquí el fenómeno de un control judicial difuso de comunitariedad sobre la jurisprudencia constitucional previa relativa a la materia⁴⁰.

39. *F. J. ROSADO SANTANA*, de 8 de septiembre de 2011, C-177/10.

40. De forma concreta, las dos primeras de las cinco prejudiciales remitidas planteaban lo siguiente: «(1) Si [la] Directiva [1999/70] debe interpretarse en el sentido de que, dado el caso de que un Tribunal Constitucional de un país miembro de la Unión [Europea] se hubiese pronunciado entendiendo que establecer derechos diferenciados para los funcionarios de empleo y los de carrera del mismo pudiera no resultar contrario a su Constitución, ello necesariamente habría de implicar una exclusión de la aplicabilidad de la referida norma comunitaria en el ámbito de su Función Pública. (2) Si dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Órgano Jurisdiccional nacional realice una interpretación de los principios de Igualdad de Trato y de no Discriminación en forma que excluya genéricamente de su ámbito la equiparación entre funcionarios de empleo y de carrera».

La respuesta del Tribunal de Justicia será contundente: «en el supuesto de que un tribunal nacional, incluido un Tribunal Constitucional, excluyera la aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco al personal de la función pública de un Estado o permitiera diferencias de trato entre los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera a falta de razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, procederá declarar que tal jurisprudencia va en contra de lo dispuesto en estas normas del Derecho de la Unión e incumple las obligaciones que incumben a las autoridades judiciales de los Estados miembros, en el marco de sus competencias, de garantizar la protección jurídica que de las disposiciones de dicho Derecho se desprende para los justiciables y de garantizar su pleno efecto»⁴¹.

Por seguir con otro caso de control también relacionado con la materia del Estatuto del empleado público, es interesante recordar que en una Sentencia posterior, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias señalará «que la discriminación [en materia de reconocimiento de sexenios del personal docente no universitario a los interinos] viniese recogida en normas estatales o autonómicas de rango legal o incluso que fuese avalada por la interpretación del Tribunal Constitucional no impide la aplicación de la Directiva 1999/70 sobre el trabajo de duración determinada en los términos interpretados claramente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de los principios de efecto directo y primacía del Derecho de la Unión»^{42, 43}.

41. Apartado 61 de la Sentencia. El TJ entenderá que cuando la promoción interna de los funcionarios de carrera exige una determinada antigüedad, los Estados miembros pueden estar obligados a reconocer los períodos de servicios prestados como funcionario interino. En cualquier caso, *para reconocer dichos períodos, las funciones desempeñadas como funcionario interino deben ser comparables a las que realiza un funcionario de carrera*. Sobre el tema, por ejemplo: D. ORDÓÑEZ SOLÍS, «Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea», *Actualidad Administrativa*, 3, 2012, pp. 2 y ss.; así como también: «Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España», *Revista Unión Europea Aranzadi*, 10, 2013, pp. 25 y ss., espec. 51 y ss.
42. TSJ Asturias (Sala C-A), Sentencia de 2 de julio de 2012 (recurso nº 112/2012, ponente: Robledo Peña).
43. Otro caso que puede interesar traer a colación es el que se dio en el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria. Recordemos que el Auto del TC 113/2011, de 19 de julio (RTC 2011, 113), inadmitía a trámite una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 579, 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), de enjuiciamiento civil (LEC) relativos al procedimiento de ejecución hipotecaria. La inadmisión obedeció, entre otras razones, a la consideración, fundada también en jurisprudencia precedente, de que la ausencia de contradicción en el proceso en cuestión no generaba indefensión, ya que existía la posibilidad de iniciar un juicio declarativo posterior (aunque no se analizaba el hecho de que éste juicio no producía la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecario, y tampoco impedía la subasta del inmueble, ni siquiera para el supuesto de que luego se dictase sentencia favorable al deudor). Pues bien, el hecho es que con posterioridad, se han planteado diversas cuestiones prejudiciales en el marco de unos casos en los que estaba en juego la protección de consumidores (en atención a la Directiva 93/13 [LCEur 1993, 1071] sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) frente a esa normativa procesal nacional en materia de ejecución hipotecaria. Así, por ejemplo, la que planteó el Juzgado de lo Mercantil num. 3 de Barcelona, en relación al sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados

(iii) Finalmente, y por traer a colación brevemente un conocido ejemplo relativo a otro Estado miembro, cabe recordar, también, la Sentencia en el asunto *Landtová* (2011)⁴⁴, en la que el TJ venía a considerar como contraria al Derecho de la Unión una doctrina del Tribunal Constitucional checo –sobre el régimen de las pensiones de jubilación–, sentencia que traía causa de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Administrativo Checo, el cual cuestionaba la comunitariedad de dicha doctrina constitucional^{45, 46}.

establecido en los arts. 695 y ss. de la LEC y sus implicaciones limitantes en la protección del consumidor, una prejudicial que derivó en la STJ *M. AZIZ* (de 14 de marzo de 2013, C-415/11), en la cual el Tribunal de Luxemburgo venía a considerar que ese régimen procesal de la LEC no constituía un medio adecuado para la protección de los consumidores en relación con las cláusulas abusivas (sobre estas cuestiones, *in extenso*: M. D. BLÁZQUEZ PEINADO, «El procedimiento de ejecución hipotecaria y su adecuación a la normativa europea en materia de protección a los consumidores por cláusulas abusivas. Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia», en *Revista General de Derecho Europeo*, 39, 2016). Por lo demás, aprovechando que nos encontramos aludiendo a la misma materia, puede ser pertinente señalar el caso *F. GUTIERREZ NARANJO* (as. ac. C-154/15, 307/15 y 308/12), aunque sea un caso referido al control sobre una decisión de la jurisdicción ordinaria. Se trata de un asunto, en el que pronto recaerá Sentencia del Tribunal de Luxemburgo (la vista oral fue el 26 de abril de 2016 y el Abogado General Mengozzi ha emitido sus conclusiones el 13 de julio de 2016), y que trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (1 de abril de 2015) en un procedimiento de nulidad de las cláusulas suelo (que impiden a los hipotecados beneficiarse de la caída del Euríbor). En síntesis, para lo que nos interesa resaltar ahora, el Juzgado quiere saber, a la postre, si los efectos de la nulidad de la cláusula tienen una retroactividad limitada en el tiempo hasta el 9 de mayo de 2013 (tal y como lo entiende el Tribunal Supremo), o si, por el contrario, no cabe establecer, en atención a la normativa europea, tal restricción temporal (de manera que la devolución de los importes cobrados por las cláusulas suelo debe realizarse en relación al origen del préstamo). Un cuestionamiento que no deja de implicar un control judicial de comunitariedad en la línea de lo que venimos señalando (cabe señalar que, según las mencionadas conclusiones del Abogado General, la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las «cláusulas suelo», incluidas en los contratos de préstamo hipotecario, es compatible con el Derecho de la Unión Europea).

44. STJ *LANDTOVÁ*, de 22 de junio de 2011, C-399/09.

45. En relación a la aplicación de un artículo del *Acuerdo* bilateral entre la República Checa y la República Eslovaca (1992), como parte de las medidas destinadas a regular la situación resultante de la escisión de la República Federal Checa y Eslovaca (en este caso las relativas a establecer las reglas sobre pago de pensiones de seguridad social), Acuerdo que fue integrado en el régimen comunitario a través del Reglamento 1408/71, y según el cual «los periodos de seguro cubiertos antes del día de la escisión de la República Federal Checa y Eslovaca [...] se considerarán periodos de seguro cubiertos en el Estado contratante en cuyo territorio tenga el empleador su sede (...)» (art. 20.1). El Tribunal Constitucional Checo sostenía que los ciudadanos checos que cobraban pensiones eslovacas podrían obtener una cantidad complementaria a la que recibían a cargo de la República Checa, para llegar así a alcanzar la pensión que les hubiera tocado de acuerdo con el régimen checo (ello siempre que el checo solicitante de la prestación residiera en el territorio de la República Checa). Una interpretación con la que disenta el Tribunal Administrativo Supremo, y que el Tribunal de Justicia estimará contraria al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

46. La cosa se complicó con posterioridad. Y es que el Tribunal Constitucional Checo reaccionó ante ello en su Sentencia de 31 de enero de 2012 (Pl. ÚS 5/12), considerando que

La conclusión es que el Derecho de la Unión, a través de la combinación de la doctrina *Simmenthal* y la facultad (o, en su caso, la obligación) de plantear la prejudicial, posibilita la existencia de un control judicial de comunitariedad también, incluso, sobre las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional del Estado miembro correspondiente. Tal y como se ha visto, ese control puede concretarse, básicamente, a través de dos supuestos generales: sea como control de comunitariedad sobre la resolución del Tribunal Constitucional cuando éste actúa también en el litigio, o sea a modo de control sobre la jurisprudencia constitucional previa⁴⁷.

el mencionado Reglamento, a la luz de la interpretación dada por el TJ, había incurrido en *ultra vires*. Y por su parte, el Tribunal Supremo Administrativo Checo, también en otro caso sobre cómputos de pensiones devengadas, planteó, con fecha de 24 de mayo de 2012, una petición de decisión prejudicial sobre, entre otras, la cuestión de si «¿el Derecho de la Unión Europea se opone a que un tribunal nacional, que es la instancia superior del Estado en el ámbito contencioso-administrativo y cuyas resoluciones no pueden ser objeto de recurso, esté vinculado por la apreciación jurídica del Tribunal Constitucional de la República Checa cuando la apreciación de este no parezca conforme al Derecho de la Unión tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea?» [asunto JS (C-253/12)]. De cualquier modo, el Tribunal Checo terminó por retirar su petición de decisión prejudicial (23 de enero de 2013). Sobre la evolución del asunto LANDTOVÁ: R. ALONSO GARCÍA, «Guardar las formas en Luxemburgo», *Revista General de Derecho Europeo* (<http://www.iustel.com>), 28, 2012, pp. 6 y ss.; R. ZBÍRAL, «Czech Constitutional Court, judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12. A legal revolution or a negligible episode? Court of Justice decisión proclaimed *ultra vires*», *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 1475-1492, espec. 1490-1491; M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «Diálogo entre jurisdicciones, *ultra vires* y rabetas: Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo», *REDC*, 97, 2013, pp. 371 y ss., espec., pp. 375 y ss.; M. BOBEK, «Landtová, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure», *European Constitutional Law Review*, 54, 2014, pp. 54-89.

47. No obstante, hay que señalar que las vías de control pueden no agotarse en estos dos supuestos generales. Todavía puede apuntarse la existencia de algunas otras formas o medios de control de comunitariedad –siquiera indirecto– sobre las resoluciones de la jurisdicción constitucional. Así, por ejemplo, (i) la que podría articularse a la hora de controlar judicialmente la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Y es que cabe la posibilidad, aunque sea remota, de que el Tribunal Constitucional desestime la inconstitucionalidad o confirme la constitucionalidad de una ley y que, sin embargo, la misma genere, a juicio del «Juez nacional» competente, una responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados en infracción, no de la Constitución, sino del Derecho de la Unión Europea (todo ello, incluso teniendo en cuenta la nueva regulación del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vulneración de la Constitución y por incumplimiento del Derecho de la Unión, regulación establecida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre [RCL 2015, 1478 y 2076], de Régimen Jurídico del Sector Público. Sobre ello, por ejemplo: A. GONZÁLEZ ALONSO, «La responsabilidad del Estado Legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 382 y ss. Sobre el tema de la responsabilidad del Estado legislador, también: E. COBREROS MENDAZONA, *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015, espec. pp. 173 y ss.; del mismo autor: «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *RAP*, 200, 2016, pp. 315-339, espec. pp. 329 y ss). En

3. EXCURSO BREVE: LOS PROCESOS DE CONSTITUCIONALIDAD NO PUEDEN CONDICIONAR EL CONTROL JUDICIAL DE COMUNITARIEDAD

Llegados aquí, puede ser interesante no perder de vista el dato de que el propio control judicial (difuso o descentralizado) de comunitariedad sobre normas o disposiciones normativas es un control que funciona de forma autónoma o independiente respecto de los procesos constitucionales (de orden interno) que se articulen sobre las mismas. El control judicial de comunitariedad sobre el Derecho nacional rige, de alguna manera, «pese» o «no obstante» la existencia de un control de constitucionalidad sobre el mismo. Esto es, no se trata de que el control de comunitariedad puede versar, como se ha visto, sobre las resoluciones jurisdiccionales del TC. Se trata, además, de que los procesos de constitucionalidad no pueden condicionar ni la facultad (u obligación) judicial de plantear la prejudicial (267 TFUE) ni, por tanto, la dinámica del control de comunitariedad del Juez nacional sobre el Derecho interno⁴⁸.

puridad, no existiría aquí, al menos de forma directa, un control de comunitariedad sobre la mencionada sentencia desestimatoria del Tribunal Constitucional, pero el Juez nacional estaría constatando la contrariedad al Derecho de la UE de una ley a pesar de lo declarado –en atención a parámetros de constitucionalidad– por el Tribunal Constitucional al respecto. (ii) Otro posible ejemplo, similar, es el que se podría dar en el ámbito de las medidas cautelares. Es evidente que el juez nacional que actúe como juez comunitario puede, en defensa de la plena eficacia del Derecho comunitario, adoptar medidas provisionales (tutela cautelar) también contra una norma nacional que haya sido constatada como válida –a efectos constitucionales– por parte del TC. Como es conocido, partiendo de la base de la doctrina *Simmenthal* [de la incompatibilidad con el Derecho comunitario de toda disposición nacional, o de toda práctica legislativa, administrativa o judicial, que reduzca la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias (*cit.*, apartados 22 y 23)], la Sentencia *FACTORTAME LTD y otros* (de 19 de junio de 1990, C-213/89) añadirá que «la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario» (apartado 22). Y que, por consiguiente, «el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales» (apartado 23). Recuérdese, asimismo, cuando el TJ constata que los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (apartado 57 de la ya mencionada Sentencia *MELKI*; o apartado 32 de la *STJ A y B y otros*, de 11 de septiembre de 2014, C-112/13).

48. Para un estudio de la relación de la prejudicial con el control incidental de constitucionalidad: P. CRUZ VILLALÓN y J. L. REQUEJO PAGÉS, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 2015, pp. 173 y ss.

Sin ánimo de realizar ningún estudio exhaustivo de los casos que encierra esta idea, en lo que sigue nos limitaremos, simplemente, a modo de breve apunte general, a sintetizar o extraer las dos reglas básicas que se pueden deducir a este respecto:

(a) la primera regla: la obligación del Juez nacional de inaplicar (*rectius*: de realizar el control de comunitariedad y, en su caso, de inaplicar) las normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión (incluso las de rango de ley) rige con independencia de lo que señale sobre ellas el Tribunal Constitucional en su examen de constitucionalidad (salvo que, obviamente, las anule con anterioridad a la inaplicación). Y ello porque:

- i. es una obligación que, como se establece en la conocida «jurisprudencia *Simmenthal*», no puede estar supeditada a que haya que solicitar o esperar la remoción previa de dicha disposición nacional a través del Tribunal Constitucional (o por cualquier otra vía constitucional)⁴⁹;
- ii. y/o porque esa obligación rige, incluso, con independencia de la decisión del Tribunal Constitucional nacional de posponer la pérdida de vigencia de las disposiciones que sean declaradas inconstitucionales (asunto *Filipiak*⁵⁰). En efecto, la habilitación del TC de declarar la nulidad diferida de una norma considerada inconstitucional (manteniendo con carácter transitorio los efectos de la misma) no puede ser utilizada para evitar la inaplicación de la misma, en caso de que sea contraria al Derecho de la Unión, por el Juez nacional en el marco del litigio de que conoce (asunto *Winner Wetten*⁵¹)⁵²;

49. Como es sabido, en virtud de la bien consolidada «Jurisprudencia *Simmenthal*», el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, el Derecho de la Unión (el juez nacional que actúa como juez comunitario) está obligado a garantizar la plena eficacia de estas disposiciones dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición nacional contraria, incluidas todas las que tengan fuerza de ley, sin solicitar o esperar la derogación o remoción previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional. Véanse, en este sentido, las sentencias del TJ: *SIMMENTHAL*, de 9 de marzo de 1978, 106/77, apartados 21 y 24; *KUTZ-BAUER*, de 20 de marzo de 2003, C-187/00, apartado 73; *BERLUSCONI* y *otros*, de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, apartado 72; *FILIPIAK*, *cit.*, apartado 81; apartado 31 de la también ya señalada sentencia *ELCHINOV*; o *CONSIGLIO NAZIONALE DEI GEOLOGI*, de 18 de julio de 2013, C-136/12, apdo. 33; *ÅKERBERG FRANSSON*, *cit.*, apartado 45; *A y B y otros*, *cit.*, apdo. 36; *KERNKRAFTWERKE*, *cit.* apdo. 32.

50. STJ *FILIPIAK*, de 19 de noviembre de 2009, C-314/08, apartado 84.

51. STJ *WINNER WETTEN*, de 8 de septiembre de 2010, C-409/06, apartado 60. Véanse, también, las SSTJ: *STANLEYBET INTERNATIONAL Ltd*, de 24 de enero de 2013, C-186/11 y 209/11, apdos. 38-39; *SEBAT INCE*, de 4 de febrero de 2016, C-336/14, apdo. 53.

52. Por lo demás, puede resultar pertinente recordar, en este contexto, que esta obligación de inaplicar la norma incompatible del Derecho de la Unión no puede estar limitada tampoco por una regla nacional que imponga al Juez nacional la obligación de plantear la prejudicial

(b) la segunda regla: la facultad del Juez nacional de plantear la cuestión prejudicial [art. 267 (2) TFUE], verdadero instrumento del Juez nacional para el control de comunitariedad sobre el Derecho interno, no puede estar supeditada ni ser pospuesta, por el Derecho nacional, por la obligación de plantear el control incidental de constitucionalidad, tal y como quedó aclarado en la sentencia *Mecanarte*⁵³ o, de forma más

antes de poder dejar sin aplicar dicha norma. Así cabe deducirlo de la Sentencia del TJ recaída en el asunto *KÜCÜKDEVECI* (de 19 de enero de 2010, C-555/07), una resolución que trae causa de una petición prejudicial de un tribunal de instancia alemán preguntando sobre la eventual obligación del juez nacional, que conoce de un litigio entre particulares, de plantear al Tribunal de Justicia dicha cuestión antes de poder dejar sin aplicación una disposición nacional que estime contraria al Derecho de la Unión (lo que estaba en juego, obviamente, era si la mencionada jurisprudencia *Simmenthal* lleva consigo una obligación positiva de plantear la cuestión prejudicial antes de que se pueda inaplicar una norma nacional con fuerza de ley). El Tribunal de Justicia vino a subrayar que la necesidad de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión implica que «el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con [el mismo] y cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, *debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo*» (apdo. 53). Y añadió que la *facultad* así reconocida al juez nacional por el artículo 267 (2) TFUE de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión «*no puede, sin embargo, transformarse en una obligación* por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional» (apdo. 54). Cabe constatar que la STC 194/2006, de 19 de junio (RTC 2006, 194), vino, precisamente, a realizar algo parecido a la transformación (luego) prohibida en *Küçükdeveci*, ya que, de la argumentación de dicha STC se desprendería implícitamente que el TC estimaba ineludible o «imprescindible» plantear la cuestión prejudicial a efectos de inaplicar la ley incompatible con el Derecho de la Unión. Una orientación jurisprudencial que fue clara y expresamente corregida en la posterior STC 78/2010, de 20 de octubre (RTC 2010, 78) [sobre todo ello, por ejemplo: R. ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum T. R. Fernández*, Vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, pp. 13 y ss.]

53. Sentencia de 27 de junio de 1991 (C-348/89), en la que el Tribunal dejó claro que «la eficacia del Derecho comunitario se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el Tribunal Constitucional pudiese impedir que el Juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho comunitario, ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 177 del Tratado [luego art. 234 TCE (LCEur 1986, 8), actual art. 267 TFUE], de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho comunitario, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho» (apdo. 45). Y en consecuencia, un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relacionado con el Derecho comunitario y que comprueba la inconstitucionalidad de una disposición nacional «*no está privado de la facultad ni exento de la obligación*, previstas en el artículo 177 del Tratado CEE, de plantear al Tribunal de

reciente, en la recaída en el asunto *Melki y Abdeli*⁵⁴. En este último caso, el TJ concluirá que «el artículo 267 TFUE se *opone* a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, *en la medida en que* el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia»⁵⁵.

En conclusión, como se ha adelantado, los procesos de constitucionalidad no pueden condicionar la dinámica del control de comunitariedad del Juez nacional, que actúa como juez comunitario (control difuso, incidental) sobre el Derecho interno. Y en cambio, como hemos tenido ocasión de apuntar en los apartados anteriores, existe la posibilidad de que ese control de comunitariedad

Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho comunitario *por el hecho de que* cuando se comprueba algún supuesto de inconstitucionalidad de los referidos deba interponerse obligatoriamente un recurso ante el Tribunal Constitucional» (apdo. 46, énfasis añadido). Véanse también las Sentencias: *A y B y otros, cit.*, apdo. 38; *KERNKRAFTWERKE, cit.*, apdo. 34.

54. Sentencia de 22 de junio de 2010, recaída en los asuntos *Aziz MELKI (C-188/10)* y *Sélim ABDELI (C-189/10)*. Se trata de un asunto que trata sobre las posibilidades y límites que se le plantean al Juez nacional que actúa como Juez comunitario cuando se enfrenta a una ley nacional que puede ser contraria *a pari* a la Constitución nacional y al Derecho de la UE. La Sentencia se pronunciaba, en concreto, sobre la compatibilidad del Derecho de la Unión Europea con la denominada *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), introducida en el artículo 61.1 de la Constitución Francesa de 1958 (a través de la Ley constitucional nº 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la V República). Dicho artículo y, sobre el mismo, la legislación francesa que lo desarrolla (Ley Orgánica nº 2009/1523, de 10 de diciembre de 2009) configuraban un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales en función del cual, en lo sucesivo, el Juez ordinario tiene la obligación de examinar si la ley nacional aplicable al caso es conforme con los derechos y libertades que garantiza la Constitución nacional, elevando en caso de duda la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Consejo Constitucional Francés (a través de la intervención de la Corte de Casación o del Consejo de Estado, según el juez de fondo sea judicial o administrativo). Pero todo ello con la particularidad de que, en virtud de esta regulación, dicha cuestión debe plantearse con carácter preferente o «prioritario» a cualquier otro procedimiento, incluido el planteamiento de la cuestión prejudicial. El asunto *Melki* consistía, precisamente, en una cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación francesa preguntando si el Derecho de la Unión se oponía a ese carácter preferente de la QPC ante el Consejo Constitucional sobre el reenvío prejudicial ante el TJ cuando una ley nacional infrinja tanto derechos fundamentales reconocidos por la Constitución nacional como el Derecho de la Unión Europea y/o los DF reconocidos por éste.
55. Apartado 57 de la Sentencia *MELKI* (énfasis añadido). Véase, asimismo, la mencionada *STJ A y B y otros, cit.*, apdo. 46. Para un interesante análisis al respecto: D. PARIS, «Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU», *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, pp. 389 y ss.

pueda ejercerse de forma eficaz incluso sobre las propias resoluciones de la jurisprudencia constitucional.

IV. LA «IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL» COMO LÍMITE AL CONTROL DE COMUNITARIEDAD DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015

La Sentencia de 15 de diciembre de 2015 del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE) o Tribunal Constitucional Alemán⁵⁶ (TCA) es una resolución que resulta especialmente propicia para analizar un poco la cuestión de los hipotéticos límites que pueda tener el «control de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales» cuando de resoluciones de la jurisdicción constitucional se trata (de forma particular, cuando se trata de resoluciones relativas a derechos fundamentales).

La Sentencia del TCA resulta muy interesante por diversas cuestiones⁵⁷, pero de forma particular, en atención a lo que aquí interesa, por las tres que señalamos ahora de forma telegráfica:

(i) La decisión del TCA aplica/activa un control sobre el «respeto de la identidad constitucional» por parte del Derecho de la Unión y por la actuación nacional de aplicación del mismo, en este caso en relación a la aplicación de una Orden Europea

56. Bundesverfassungsgericht (Zweiter Senat) o Tribunal Constitucional Federal (Sala Segunda), 2 BvR 2735/14, de 15 de diciembre de 2015 (publicada el 26 de enero de 2016): https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html.

57. Vid., por ejemplo, E. M. POPTCHEVA, «The German Federal Constitutional Court's ruling on the European Arrest Warrant», Parlamento Europeo. Think tank (*European Parliamentary Research Service*), 28.I.2016, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=EPRS_ATA\(2016\)573959](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=EPRS_ATA(2016)573959); D. SARMIENTO, «Awakenings: the "Identity Control" decision by the German Constitutional Court», en *Verfassungsblog.de*, de 27 de enero de 2016, <http://verfassungsblog.de/awakenings-the-identity-control-decision-by-the-german-constitutional-court/>; M. HONG, «Human Dignity and Constitutional Identity: The Solange-III-Decision of the German Constitutional Court», *Verfassungsblog.de*, de 18 de febrero de 2016, <http://verfassungsblog.de/human-dignity-and-constitutional-identity-the-solange-iii-decision-of-the-german-constitutional-court/>; M. GUIRESSE, «Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux», *GDR Réseau Universitaire Européen Droit de L'ELSJ*, 8 Février 2016, <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08/cooperation-judiciaire-penale/quand-le-juge-constitutionnel-allemand-encadre-la-confiance-mutuelle-reflexions-sur-le-juge-europeen-des-droits-fondamentaux/>; X. ARZO, «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14)», *REDE*, 58, 2016.

de Detención y Entrega (OEDE o euroorden)⁵⁸, orden emitida por las autoridades italianas sobre una persona condenada en Italia en un juicio *in absentia* (sin la presencia del acusado).

Hasta ahora, el BVerfG circunscribía o apuntaba este control de identidad como un control sobre presuntos actos *ultra vires* de la UE (principalmente en lo que respecta a las medidas de gobernanza económica de la UE). Pero, ahora, por primera vez, se desarrolla el mismo en relación a la tutela de los derechos fundamentales por la legislación de la UE⁵⁹. La Sentencia establecerá que la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional Federal puede incluir la revisión de los actos que determine el Derecho de la Unión cuando ello sea indispensable para proteger la identidad constitucional garantizada por el art. 79 (3)⁶⁰. El derecho fundamental en cuestión es el de la dignidad humana [artículo 1 (1) de la Ley Fundamental o *Grundgesetz*], en este caso concretada en el principio de «no hay pena sin culpa» o de culpabilidad individual (*Schuldprinzip*), derecho que es considerado por el TC como parte esencial de la mencionada identidad constitucional alemana, y que debe también ser respetado por la regulación y la actuación relativa a las euroórdenes⁶¹.

(ii) El asunto encierra un supuesto que entra de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, un supuesto que consiste en la ejecución nacional de la

58. La Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) fue creada por la Decisión Marco 2002/584/JAI (LCEur 2002, 1985) del Consejo, de 13 de junio de 2002 (DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002), modificada en 2009 por la Decisión Marco 2009/299/JAI (LCEur 2009, 396) del Consejo, de 26 de febrero (DOCE L 81/24, de 27 de marzo de 2009).

59. E. M. POPTCHEVA, «The German Federal Constitutional...», *op. cit.*, p. 2. En la jurisprudencia constitucional alemana relativa al control del Derecho derivado de la Unión en Alemania, previa a esta resolución, nos encontramos con las Sentencias: *Solange I* (de 29 de Mayo de 1974 BVerfGE 37, 271); *Solange II* (de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339; en la cual el Tribunal establecía que, en tanto en cuanto –*solange*– el Derecho de la Unión garantizase una protección de los derechos fundamentales equivalente a la proporcionada por el ordenamiento constitucional alemán, el Tribunal Constitucional Alemán no entraría a enjuiciar los actos de la Unión en atención a estos Derechos Fundamentales alemanes). Y en materia de control de los actos *ultra vires*: la Sentencia *Maastricht* (de 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 155); *Banana Market* (de 7 de junio de 2000, BVerfGE 102, 147); *Lisboa* (de 30 de junio de 2009, BVerfGE 123, 267); *Honeywell* (de 6 de Julio de 2010, BVerfGE 126, 286). Para un análisis de esta jurisprudencia, *vid.*, entre otros muchos, por ejemplo: X. ARZOZ, «Karlsruhe rechaza la doctrina...», *op. cit.*, epígrafe 3.1; C. TOMUSCHAT, «The Defence of National Identity by the German Constitutional Court», en A. SAIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (Eds.), *National Constitutional Identity and Europea Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 205 y ss.

60. «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20» (también conocida como «cláusula de eternidad»). Véanse los apartados 36 y ss. de la resolución del Tribunal Constitucional.

61. Apartados 52 y ss. de la Sentencia.

mencionada Decisión Marco (DM) sobre Orden Europea de Detención y Entrega, y la legislación nacional alemana que lo implementa, y en si un acto de aplicación de esta normativa respeta los derechos fundamentales. Al entrar en ese ámbito de aplicación, es un caso en el que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJ –relativa al art. 51.1 de la Carta–, la actuación nacional está sometida al sistema de Derechos Fundamentales de la UE (DFUE), pero sobre el que, dada su relevancia iusfundamental, las jurisdicciones constitucionales nacionales siguen considerándose inevitablemente responsables⁶².

Detallando un poco el caso, cabe destacar que la Sentencia del TCA estima un recurso de amparo interpuesto por el demandante contra una resolución judicial nacional que permite su entrega a Italia en atención a una orden de detención europea emitida por las autoridades italianas. El recurrente es un ciudadano norteamericano, que en 1992 fue condenado en ausencia, a 30 años de cárcel por tráfico y posesión de drogas, por un Tribunal italiano. Arrestado en Alemania en 2014, se opuso a la ejecución de la orden de entrega a Italia por parte de Alemania, basándose en que el procedimiento penal italiano no le permitiría someterse a un nuevo juicio en el que esté asegurada una nueva valoración de los hechos. No obstante ello, el Tribunal Regional Superior de Justicia de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*) se pronunció, a finales de 2014, permitiendo la entrega.

Interpuesta la demanda de amparo contra dicha decisión judicial, el TC alemán estimará el amparo, considerando que la misma vulnera el derecho fundamental a la dignidad humana del demandante, por cuanto no se le asegura un nuevo juicio en el

62. Como es sabido, la ejecución de las euroórdenes (de la DM sobre la OEDE y la correspondiente norma nacional que la implementa) viene generando diversos conflictos de nivel constitucional. Así cabe constatarlo en las STJ a los asuntos: *RADU*, de 29 de enero de 2013 (C-396/11); *JEREMY*, de 30 de mayo de 2013 (C-168/13-PPU); F. LANIGAN, de 16 de mayo de 2015 (C-237/15 PPU); o muy llamativamente en la Sentencia *MELLONI*, de 26 de febrero de 2013, C-399/11, la cual fue respuesta a la primera prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Español (mediante ATC 86/2011, de 9 de junio [RTC 2011, 86]; véase, también, la posterior Sentencia de amparo: STC 26/2014). Sobre el tema, por ejemplo, los siguientes trabajos recientes (y la bibliografía allí citada): J. I. UGARTEMENDIA y S. RIPOL CARULLA, «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero (RTC 2014, 26))», *Revista Española de Derecho Europeo*, 50, 2014, 105-149; X. ARZOZ, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015; L. ARROYO, «Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional», *REDA*, 174, 2015, pp. 343 y ss.; y su *Derecho de la Unión Europea y Constitución Española* (RCL 1978, 2836), Marcial Pons, Madrid, 2016; L. BACHMAIER WINTER, «Más reflexiones sobre la Sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos Fundamentales en juicios in absentia en el Derecho Europeo», *REDE*, 56, 2015, pp. 153 y ss.; F. J. MATIA PORTILLA, «Primacía del Derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional», *REDC*, 106, 2016, pp. 479 y ss.

que se garantice la averiguación de los hechos⁶³. El principio de culpabilidad penal, como parte de la dignidad humana y, por tanto, de la identidad constitucional alemana (art. 79.3 y 1.1 de la LF [LCAT 1991, 176]), exige que las garantías procesales del acusado en el proceso penal se respeten también cuando se esté decidiendo sobre la ejecución de una euroorden de entrega de un condenado en ausencia.

Y así, el TCA anulará la mencionada decisión judicial y remitirá el caso al Tribunal Regional Superior de Düsseldorf para que tome una decisión final sobre la ejecución de la euroorden pero basándose en un examen más amplio acerca de si estarían aseguradas, para el demandante por parte del Estado solicitante, las garantías procesales mínimas que exige la tutela de la dignidad humana en el proceso penal. En todo caso, hay que decir que, aunque el TCA estima el amparo, considerará, sin embargo, que la Decisión Marco sobre la Euroorden y la normativa nacional que la implementa no son contrarias a la identidad constitucional alemana (con las mencionadas garantías procesales derivadas de la dignidad humana del art. 1.1 de la misma).

(iii) La posibilidad del control de comunitariedad sobre la resolución del TCA. En efecto, llegados aquí, el hecho que nos interesa destacar ahora es que, una vez que el Tribunal Constitucional alemán remite el caso al Tribunal Regional Superior de Düsseldorf para una decisión final sobre la ejecución de la orden europea en el caso acorde con lo señalado, este Tribunal de Düsseldorf (el Juez nacional que actúa como juez europeo en el caso) puede plantear la cuestión prejudicial considerando que, eventualmente, las valoraciones del TCA no se ajustan al Derecho de la Unión. Y ello con independencia de que el Tribunal Constitucional alemán termine su resolución afirmando⁶⁴ que «no hay necesidad de plantear una cuestión prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del art. 267 TFUE», dado que «la correcta aplicación de la legislación de la Unión es tan obvia que no deja lugar a ninguna duda razonable (“acto claro”, véase TJCE, Sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, 283/81 [1982] ECR p. 3415, párrafos 16 y ss.)»⁶⁵.

El caso es que, tal y como se ha podido observar siguiendo la jurisprudencia del TJ que hemos señalado en los apartados precedentes (*Elchinov*, *Krizan*, etc.), una vez planteada la prejudicial, existe, además, la posibilidad de que no haya que tomar en consideración las valoraciones del TCA referidas al Derecho de la Unión, ya que la

63. Apartados 109 y ss. de la Sentencia.

64. Apartado 125 de la Sentencia.

65. Se ha señalado que «el punto más débil» de la Sentencia del TC «es justamente la expeditiva forma en que justifica el rechazo a promover una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia», puesto que la interpretación del Derecho de la Unión en este punto no puede considerarse un «acto claro» en el sentido de la jurisprudencia *CILFIT*, de manera que el planteamiento de la remisión prejudicial era «insoslayable» (X. ARZOZ, «Karlsruhe rechaza la doctrina...», *op. cit.*, punto 3.3). Puede que el TCA haya tratado de justificar su no planteamiento de la prejudicial, y/o incluso el que no la plantee ahora el Tribunal de Düsseldorf, pero el hecho es que éste tiene tanto las razones como la posibilidad de hacerlo.

sentencia prejudicial del TJ podría dejar entrever que son contrarias al mismo. Por lo demás, tampoco hay que olvidar que, si el Tribunal de Düsseldorf no plantea la prejudicial, subsiste, en todo caso, la oportunidad de que sea otro Juez nacional el que la plantee en otro asunto similar o idéntico, pese a conocer esta respuesta del TCA⁶⁶.

2. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA «IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL» COMO LÍMITE AL CONTROL DE COMUNITARIEDAD DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La idea a destacar ahora reside en que la mera posibilidad de este control de comunitariedad del Juez del caso (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf) sobre la decisión del TC alemán señalada, pide una reflexión acerca de los hipotéticos límites de ese control.

Parece claro que el Tribunal de Justicia de la UE tendrá algo que decir en lo que se refiere al respeto de la «identidad nacional» de los Estados miembros por parte del Derecho de la UE, al menos en la medida en que ello se reconoce así en el art. 4.2 del TUE (RCL 1999, 1205)⁶⁷. Pero, ello no obsta para que también el Tribunal Constitucional de un Estado miembro analice, sobre la base de su Constitución, si el Derecho de la Unión (y la actuación nacional de implementación del mismo) respeta o no dicha identidad⁶⁸. Y eso es lo que hace, de alguna manera, el TCA: ejercer ese control, en este caso (y cambiando su previa jurisprudencia Solange) en materia

66. Para entendernos, en función de los supuestos que hemos manejado en este trabajo, el control de comunitariedad del Juez nacional puede verse concretado en un supuesto del tipo del asunto *Krizan* (supuesto en el que el TC participa en el litigio concreto), pero también en otro como el que se dio, por ejemplo, en el caso *Anacleto Cordero* (supuesto en el que el control se realiza sobre la jurisprudencia constitucional previa pero vinculante).

67. Artículo 4.2 TUE: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro» (énfasis añadido). Véanse sobre la materia, por ejemplo, los trabajos recogidos en la obra de A. SAIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (Eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, op. cit., o G. VAN DER SCHYFF, «Exploring Member State and European Union Constitutional Identity», *European Public Law*, 22, 2016, pp. 227 y ss.

68. Es muy interesante, en este sentido, constatar cómo el propio TC alemán se detiene significativamente en recordar, en esta misma Sentencia de 15 de diciembre (apartado 47), que «la gran mayoría de los Tribunales Constitucionales y Supremos de los demás Estados miembros, dentro de sus respectivas jurisdicciones, comparte la opinión del Tribunal Constitucional Federal de que la primacía (de aplicación) del Derecho de la Unión no se aplica sin límites, sino que está restringida por los límites impuestos por el Derecho (constitucional) nacional». Dicho lo cual, cita la jurisprudencia al respecto de 9 países miembros (Dinamarca, Estonia, Francia, Italia, Letonia, Polonia, España, Chequia y Reino Unido), y en concreto, por lo que a España se refiere, la Declaración de 13 de diciembre de

de tutela de los Derechos Fundamentales ligados a la identidad constitucional del Estado. Establece el respeto de lo que es propio de la identidad constitucional (y por lo tanto, nacional) en materia de Derechos Fundamentales como un *límite* a la incidencia nacional del Derecho de la UE.

Ahora bien, llegados aquí, y teniendo en cuenta que el TC es el órgano supremo a la hora de reconocer los elementos que configuran la «identidad constitucional» de un país, y la Sentencia del TC alemán es un ejemplo claro de ello, surge entonces una cuestión fundamental: ¿no va en contra de esa identidad constitucional de un Estado la propia existencia del control de comunitariedad sobre resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional (al menos de las que tutelan la misma)?, ¿no debería actuar la identidad nacional (incluso en virtud del art. 4.2 TUE) como límite de esta facultad del Juez nacional de controlar las resoluciones del TC en atención a parámetros de la UE, al menos, en el caso de las resoluciones relativas a la tutela de la identidad constitucional? (o ¿estamos alterando los términos del famoso aforismo «*Quis custodiet ipsos custodes?*», cuestión que, formulada por el poeta romano Juvenal, ha sido luego utilizada para, entre otras cosas, caracterizar la ultimidad del postrero y final guardián de la Constitución nacional). Así debería ser, a menos que consideremos que el propio Tribunal Constitucional debería convertirse en «Juez comunitario» (Juez de aplicación del Derecho de la Unión).

Por otro lado, ya hemos visto que el «control de comunitariedad de resoluciones jurisdiccionales» se apoya, normalmente, en la cuestión prejudicial. Es posible pensar que, de esta manera, la facultad prejudicial está actuando como una especie de «caballo de Troya» de los estándares europeos (por ejemplo, en materia de Derechos Fundamentales) en la «plaza» de los Tribunales Constitucionales nacionales.

Da la sensación de que, en una época de contienda por el dominio de la «última palabra» en materia de reconocimiento y tutela de Derechos Fundamentales⁶⁹, estamos asistiendo a una especie de velada disputa entre armas constitucionales «secretas» (en el sentido de no recogidas o explicitadas en el ordenamiento jurídico) del TCA y el TJ (un Tribunal que, no se olvide, acaba de rechazar el Acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH [RCL 1999, 1190 y 1572], mediante el Dictamen 2/13): por una parte, el arma que blande o exhibe aquí, en esta Sentencia, el TCA: el «control de identidad constitucional», un control de identidad que aparece reconocido en el art. 4.2 del TUE, pero no en la Ley Fundamental (ni tampoco en la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Y por otra parte, el arma que empuña el TJ: la posibilidad de llevar la doctrina *Simmmenthal* y su implantación inflexible hasta el último extremo: en concreto, el poder del juez nacional de realizar un control de comunitariedad

2004 (DTC 1/2004, FJ 2) y la Sentencia de 13 de febrero de 2014 (STC 26/2014, FJ 3), la Sentencia relativa al caso *Melloni*.

69. J. Díez-HOCHLEITNER, «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», en *Working Papers on European Law and Regional Integration*, (WP IDEIR), 17, 2013: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-el%20derecho%20a%20la%20última%20palabra.pdf>.

sobre normas nacionales y, también, llegado el caso, sobre resoluciones jurisdiccionales, incluidas las del TC correspondiente (¿sin descartar las referidas a la tutela de la identidad constitucional nacional?), que vayan contra el Derecho de la Unión, siempre a través o con la ayuda de la cuestión prejudicial.

En esta utilización de armas «secretas» para vencer las «resistencias» constitucionales ajenas en materia de tutela de los DF, cada contendiente ha escogido una estrategia propia y definida. El TJ utiliza, como decimos, la estrategia griega del «caballo de Troya», una estrategia silente apoyada en la astucia, inoculando su arma dentro de la propia estructura judicial de cada Estado miembro: el control difuso (o descentralizado) de comunitariedad tanto de normas como de resoluciones jurisdiccionales, sustentado en la cuestión prejudicial. Por su parte, podríamos decir que el TCA echa mano, en cambio, de una estrategia de choque abierta y ruidosa, atronadora, como la de las «trompetas de Jericó», la que utilizaron los israelitas para derribar las murallas de dicha ciudad⁷⁰. La estrategia de agitar sonora y desafiantemente la propia identidad constitucional como forma de detener y derruir los intentos del TJ de imponer la concepción europeo-comunitaria de los Derechos Fundamentales.

70. Tomo la idea de la contraposición Troya vs Jericó del trabajo de M. VILLEGAS BESURA, «El caballo de Troya o las trompetas de Jericó: el proceso de cambio en psicoterapia», *Revista de psicoterapia*, 46-47, 2001, pp. 73 y ss.