

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO VALEDOR DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Cándido Conde-Pumpido Tourón
Presidente del Tribunal Constitucional

1. Hace poco más de dos años, el 6 de mayo de 2022, pude escuchar del presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Koen Lenaerts, en una visita al Tribunal Constitucional español afirmar que *el Tribunal Constitucional español es uno de los más prestigiosos, respetados y admirados de Europa, cuya influencia ha servido de puente entre los Tribunales Constitucionales europeos y los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica*. Señaló, también, su virtud en *interpretar la Constitución española como una norma abierta al proyecto de integración europea*. En mi opinión, eran ciertas sus apreciaciones. En un análisis retrospectivo de largo alcance, puedo visualizar un Tribunal Constitucional que, pese a afirmar la no pertenencia del Derecho de la Unión al canon de constitucionalidad, ello no le impidió que, apenas alcanzado el lustro desde la adhesión de España a la actual Unión Europea, iniciare de forma pausada una jurisprudencia con la que va progresivamente diseñando una garantía constitucional para el Derecho de la Unión. Tengo la profunda convicción de que el Tribunal que hoy presido ha cumplido un papel muy relevante como valedor del Derecho de la Unión; sin embargo, la conciencia de que dicha jurisprudencia ha sido controvertida en más de una ocasión, es mi *leit motiv* para escribir estas líneas, en las que pretendo poner de manifiesto una coherencia interna, un hilo conductor y una posición sostenida, aunque sin duda evolutiva. A mi parecer, es una verdad incontestable que el Tribunal Constitucional coopera de forma muy relevante a la implementación del Derecho de la Unión en el ordenamiento jurídico español. Debo destacar que esa jurisprudencia ha sido dictada especialmente en los últimos 10 años y, muy especialmente, en el último lustro, formando parte de un esfuerzo —en el que he participado activamente— para crear un Tribunal Constitucional más comprometido con el Derecho de la Unión.

2. El Tribunal Constitucional ha jugado el papel de valedor del Derecho de la Unión en diferentes ámbitos y pueden fácilmente diferenciarse tres espacios de actuación. En primer lugar, un control sobre el cumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En realidad, este es el primer ámbito donde el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, empieza a controlar la aplicación del Derecho de la Unión por nuestros jueces. Este control ha sido controvertido —y me detendré a continuación algo detenidamente en él— porque ha aplicado dos cánones diferentes de control que, a mi parecer, están más que justificados. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha controlado el respeto a la primacía del Derecho de la Unión por el juez ordinario. Durante algo más de tres décadas, el Tribunal Constitucional apenas se ocupó del principio de primacía y su utilización fue muy puntual. En los pronunciamientos que hubo, se llevaba a cabo simplemente una constatación de que el principio de primacía es el principio basilar de las relaciones entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos nacionales y se corroboraba el respeto del Tribunal Constitucional a dicho principio. A partir de la STC 145/2012 y a lo largo de algo más de una década, el Tribunal Constitucional español ha generado una saga de jurisprudencia constitucional más singular e, incluso, me atrevería a decir meritoria sobre el principio de primacía. Quiero decir, era inevitable que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la introducción de la cuestión prejudicial en nuestro ordenamiento jurídico, pues este hecho había planteado el interrogante de si era susceptible de amparo constitucional la negativa a interponer cuestión prejudicial por parte de los órganos judiciales españoles y el tema fue, tempranamente, objeto de debate doctrinal. Pero la función de valedor del Derecho de la Unión impulsando la correcta aplicación del principio de primacía por los jueces ordinarios, pareciera que correspondía al TJUE y que el Tribunal Constitucional no debía participar. No obstante, el recurso de amparo se planteó, una vez más, como un instrumento útil para apoyar al TJUE en el control de cumplimiento del Derecho de la Unión.

3. Por último, pero no menor, resulta especialmente interesante como el Tribunal Constitucional también en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, tanto a través del recurso de inconstitucionalidad como de la cuestión de inconstitucionalidad, no solo asegura la supremacía de la Constitución, sino igualmente el respeto y la correcta aplicación del Derecho de la Unión. A priori, pudiera parecer que esta función es ajena al Derecho de la Unión, pues el Tribunal Constitucional ejerce un control de constitucionalidad sobre el derecho nacional, sin interferencias del Derecho de la Unión, pero la realidad, está muy lejos de ser así.

4. El control por el Tribunal Constitucional de la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE. Como por todos es sabido, para garantizar la unidad, primacía y efectividad del ordenamiento jurídico federal, la Unión se ha reservado el monopolio de su interpretación a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, para mí, es un Tribunal Supremo Federal fuerte. El instrumento para hacer efectiva esa unidad de interpretación no

es, como en los sistemas jurídicos más antiguos, un recurso de casación que resuelve las dudas de interpretación al final del procedimiento, provocando ineludibles demoras, sino la cuestión prejudicial, regulada en el art 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Debo recordar que los tratados imponen la obligación de plantear la cuestión prejudicial de interpretación —con las excepciones que veremos y que ustedes conocen—, cuando se trate de un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. La razón de ser de esta obligación es evitar que el órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso, consolide una interpretación del Derecho de la Unión que sea errónea o diferente de la seguida en otros Estados miembros, provocando así una desigualdad en la aplicación de la norma en cada Estado miembro que privaría de igualdad y de efectividad al Derecho de la Unión.

5. Sin embargo, la Unión no ha encomendado al Tribunal de Justicia la labor de garantizar que los jueces nacionales respeten el sistema y planteen las cuestiones prejudiciales cuando tengan obligación de hacerlo, tarea que desbordaría al Tribunal, sino que ha confiado en los propios órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Se trata de un imaginativo y original diseño que tiene, sin embargo, una debilidad congénita: el sistema depende de la disposición a cooperar de los jueces nacionales. El Tribunal de Justicia no dispone de poderes jerárquicos sobre los jueces nacionales, por lo que se ha tenido que limitar a establecer, a través de la sentencia *Cilfit*, una doctrina muy expresiva sobre las únicas dos situaciones que liberan al Juez nacional del planteamiento de la cuestión prejudicial. El juez nacional de última instancia, partiendo de la pertinencia de la cuestión prejudicial —que la cuestión sobre la que se plantea la duda sea pertinente para la resolución del juicio—, solo está eximido de la obligación de interponerla en dos supuestos predeterminados: i) Acto claro: la correcta aplicación del derecho de la Unión se imponga con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada; y ii) Acto aclarado: cuando la duda haya sido resuelta ya por el Tribunal de Justicia¹. Esta labor de control le corresponde, en consecuencia, al propio Estado miembro².

6. Desde la perspectiva de esa obligación del Estado miembro se puede entender mejor el tenor literal del art. 19 del Tratado de la Unión Europea, que dispone expresamente que *los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cu-*

¹ Ello, sin perjuicio, de que el propio TJUE tiene que resolver sobre la procedencia de la cuestión prejudicial y resolverá por Auto motivado, si entiende que el acto ya ha sido aclarado, o no hay duda por resolver, porque es acto claro.

² El Derecho de la Unión cuenta con otros mecanismos para asegurar este deber de reenvío: el recurso de incumplimiento y la exigencia al Estado miembro de responsabilidad patrimonial por vulneraciones del derecho de la Unión imputables a los órganos judiciales. Pero estas vías no tienen una gran efectividad, por las dificultades técnicas de su aplicación.

biertos por el Derecho de la Unión. Partiendo de esta obligación derivada del art. 19 del Tratado de la Unión, resulta imprescindible determinar cuál es esa vía de recurso, cuando los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno se niegan a plantear la cuestión en supuestos en los que sería obligado hacerlo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta vía, a nuestro entender, no puede ser otra en el ordenamiento español más que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías. Así, vinculado a las obligaciones derivadas del art. 19 del Tratado de la Unión, el Tribunal Constitucional asume el compromiso de garantizar el cumplimiento del deber de reenvío por sus órganos jurisdiccionales.

7. En esta labor, el Tribunal Constitucional español ha tenido un papel relevante. A lo largo de una jurisprudencia que ahora expondré, el Tribunal ha creado un doble canon de control, que considero perfectamente justificado. Por un lado, ha establecido un canon de control más intenso cuando el órgano judicial ha inaplicado la ley nacional sin interponer cuestión prejudicial. Por el contrario, ha utilizado otro canon de control más externo para los casos en los que el órgano judicial ha aplicado el derecho nacional sin interponer cuestión prejudicial, en un supuesto en el que podría haber dudas sobre la conformidad del derecho nacional con el derecho de la Unión.

8. En relación con el primer canon de control: los supuestos en que el órgano judicial inaplica la ley nacional sin interponer cuestión prejudicial, afirmando la inexistencia de duda alguna en la interpretación del derecho de la Unión. Como primer antecedente hemos de señalar la STC 58/2004, de 19 de abril. En esta sentencia, se declaró que *la decisión de inaplicar el Derecho interno por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario —en este caso con el art. 33 de la Sexta Directiva— adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario y sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido.* El órgano judicial defendía la existencia de acto claro y el Tribunal Constitucional negó que así fuera. Para el Tribunal, el órgano judicial había sembrado una duda donde no la había, en la medida en que se separaba de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia, por lo que, siendo órgano judicial de última instancia, resultaba obligada la interposición de la cuestión prejudicial. Se concluye de esta sentencia que, en determinadas circunstancias, el planteamiento de la cuestión prejudicial forma parte de las garantías del proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española, utilizando como excusa la primacía del Derecho de la Unión. Si el órgano judicial no ha planteado la cuestión prejudicial y ha dictado sentencia sin atenerse al sistema de fuentes establecido, está violando el derecho al proceso con todas las garantías y la proscripción de indefensión por desconocer normas legales vigentes. Resulta

muy relevante, para la valoración correcta de esta doctrina constitucional, llamar la atención en el hecho de que el Tribunal Constitucional reacciona contra la inaplicación del derecho interno, es decir contra una falta de respeto expreso al principio del imperio de la Ley, que impone a los jueces y tribunales el artículo 117.1 de la CE. Sin perjuicio de ello, el Tribunal realiza, indirectamente, un control de la efectividad de dicha primacía.

La consolidación del control constitucional para los casos de inaplicación de ley nacional se reitera por el Tribunal Constitucional español, de forma más reciente, en la Sentencia 37/2019, de 26 de marzo. Esta resolución se dictó en un recurso promovido por la Administración General del Estado respecto de la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, estimatoria del recurso formulado frente al Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. El Tribunal Constitucional se enfrentaba a una inaplicación del derecho nacional —el Real Decreto mencionado— pero, en esta ocasión, el órgano judicial había apreciado la existencia de un acto aclarado —recordemos que en la STC 58/2004, de 19 de abril, se trataba de un acto claro—. El órgano judicial había aplicado al litigio una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, que interpretaba otra norma de derecho de la Unión distinta a la aplicable al caso, pero que el órgano judicial entendía extensible por analogía a la controversia sobre la que se tenía que pronunciar. El asunto es conocido como *asunto sobre el bono social*. El Tribunal Constitucional aprecia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, por haberse dictado la sentencia por el Tribunal Supremo sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando no concurrían los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un acto aclarado respecto del problema interpretativo suscitado. El Tribunal considera procedente abordar en la STC 37/2019, desde la perspectiva propia del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), la queja relativa a la inaplicación de la norma nacional sin plantear cuestión prejudicial. Si bien el precepto interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenía el mismo contenido, tanto en la Directiva del sector eléctrico como en la relativa al sector del gas, no se trataba de la misma Directiva, ni del mismo sector, ni los problemas abordados eran exactamente iguales. Por ello, el Tribunal Constitucional estimó que en el procedimiento *a quo* no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar que la doctrina emanada en las referidas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea constituía un «acto aclarado» respecto del problema interpretativo suscitado y, por tanto, el órgano judicial no estaba dispensado de plantear cuestión prejudicial ante el mencionado Tribunal de Justicia. Así pues, se afirma que se ha lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), toda vez que el órgano judicial inaplicó la normativa nacional por considerarla incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, sin previamente recabar un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia. Ello dio lugar a una preterición del sistema de fuentes, con desconocimiento de las garantías que integran el proceso debido, máxime cuando, dentro del

propio Tribunal Supremo, la negativa a plantear la cuestión prejudicial había dado lugar a votos particulares que cuestionaban la “claridad” de la decisión adoptada.

Las críticas vinieron después. El Tribunal Supremo formuló la pertinente cuestión prejudicial, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimó que el criterio que había expresado con anterioridad respecto de la Directiva del sector del gas podría también aplicarse a la Directiva del sector eléctrico. Se ha afirmado que, para este viaje, no hacían falta tantas alforjas pues, en última instancia, el resultado final del pleito muchos meses después fue el mismo que el anulado por el Constitucional. Pero no lo comparto, pues no es eso lo relevante. El Tribunal Constitucional pretendía con su resolución, recordar que la decisión de inaplicar la ley interna no puede ser adoptada por el tribunal nacional aplicando un criterio de analogía, pues ello podría comportar extender desmesuradamente la inaplicación de leyes internas sin interposición de la pertinente cuestión prejudicial.

9. Nos detenemos ahora en el segundo canon de enjuiciamiento que ha utilizado el Tribunal Constitucional cuándo el órgano judicial obligado a interponer la cuestión prejudicial sí ha aplicado el derecho nacional, sin interponer la cuestión prejudicial. En estos casos nos encontramos ante la aplicación por el Tribunal Constitucional de un canon general de motivación, del derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende, por lo que aquí importa, el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, sin que por esta vía pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto último de la decisión, ámbito este último ajeno a esta jurisdicción constitucional.

Los primeros casos se resolvieron en la STC 27/2013, 11 de febrero y la STC 212/2014, de 18 de diciembre, ambas desestimatorias del recurso de amparo. En ambos casos se solicitó por las partes la formulación de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero los órganos judiciales que conocieron del caso lo denegaron pues, a su parecer, la cuestión prejudicial resultaba innecesaria. Interpuesto recurso de amparo, el Tribunal Constitucional precisa los contornos del canon constitucional que va a emplear: la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y la motivación ha de estar fundada en Derecho. Señala que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos al de tutela judicial efectiva y que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que esta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable ni, menos aún, obliga a este Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer. En definitiva, la negativa a interponer

la cuestión prejudicial no implica, *per se*, lesión de la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional deja claro que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el canon de control establecido en relación con el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, en los supuestos en los que no ha existido inaplicación del derecho nacional, no difiere del fijado con carácter general para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto y lo único que le corresponde ponderar es si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

En aplicación del mismo canon de motivación, el Tribunal Constitucional alcanza la conclusión contraria y estima el amparo en el supuesto de la STC 232/2015, de 5 de noviembre. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea había interpretado la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y había declarado que, una norma nacional como la española, que discriminaba entre los profesores interinos y los profesores funcionarios de carrera en el otorgamiento de los sexenios de formación permanente de educación secundaria, sería contraria al Derecho de la Unión. A pesar de la sentencia del Tribunal de Justicia, en el asunto en liza, el órgano judicial aplica la norma nacional discriminatoria y obvia el pronunciamiento del Tribunal. Para el Tribunal Constitucional, es irrazonable y arbitraria la selección normativa y provoca una vulneración de la tutela judicial efectiva (24.1 CE), en la medida en que la Sala dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada, a saber, la STJUE sobre la norma aplicable al caso, tiene un claro defecto de motivación.

10. Críticas doctrinales externas respecto del doble canon. Cuando se critica la utilización de un canon más riguroso en los supuestos de inaplicación del derecho interno sin formular cuestión prejudicial, se hace desde una perspectiva exclusiva de derecho europeo, es decir, del control por el Tribunal Constitucional de la aplicación efectiva del Derecho Europeo. Ahora bien, no toma en consideración que al Tribunal Constitucional también le corresponde en estos casos constatar que la inaplicación del Derecho interno está plenamente justificada, por exigencias del principio de legalidad (art 9.3 CE) y de la legitimación democrática del poder judicial, sujeto en cualquier caso al imperio de la ley (art 117.1 CE). En los supuestos ordinarios de correcta aplicación del ordenamiento jurídico vigente en el ámbito interno, por estimar el órgano jurisdiccional *a quo*, de forma razonada y razonable, que no existe contradicción entre la normativa interna y la europea, desestimando en consecuencia la pretensión de la parte litigante de planteamiento de una cuestión prejudicial, no le corresponde al Tribunal Constitucional revisar a fondo dicha valoración, dado que no es el órgano competente para interpretar el ordenamiento europeo. Solo en los supuestos en que se aprecie una duda objetiva y manifiesta, podrá apreciar que no nos encontramos ante un “acto claro” y, en consecuencia, apreciar una vulneración del derecho a la tutela efectiva de la parte proponente de la cuestión, anulando la resolución que ha vulnerado

dicho derecho fundamental, por no haber planteado cuestión prejudicial. En un sistema de control de legalidad concentrado, como el español, la inaplicación de la ley vigente por los órganos jurisdiccionales ordinarios constituye una anomalía, pues incluso en aquellos supuestos en que un órgano jurisdiccional considere que una norma legal aplicable al fallo es manifiestamente inconstitucional, no puede dejar de aplicarla por su propia autoridad, sino que está obligado a plantear cuestión de inconstitucionalidad. Atendiendo al carácter excepcional de esta “inaplicación directa del derecho interno” y su contradicción formal con el principio de legalidad, el Tribunal Constitucional debe también constatar que, efectivamente, concurren los supuestos excepcionales que facultan al órgano jurisdiccional ordinario para inaplicar la ley vigente, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial, pues no sólo está tutelando el Derecho Europeo, sino también el orden jurisdiccional interno y, en consecuencia, ejercitando facultades propias.

11. El Tribunal Constitucional, valedor del principio de primacía.

La primera vez que el Tribunal Constitucional se posicionó claramente a favor de velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión fue con el excepcional y señero caso de la STC 145/2012, de 2 de julio. En este supuesto el Tribunal, por primera vez, afirma que *las resoluciones judiciales impugnadas, al otorgar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la referida Sentencia de 17 de julio de 2008 efectos ex nunc, argumentando que se trata de una Sentencia posterior a la resolución sancionadora recurrida y que no ha condicionado la validez de ningún precepto del ordenamiento español, están desconociendo el principio de primacía del Derecho de la Unión...* En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6). Ahora bien, como por todos es sabido, se trata de un supuesto muy singular, porque existía una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que había condenado a España por incumplimiento del Derecho de la Unión y el órgano judicial se negó anular una sanción que tenía, como único fundamento, la norma nacional que el TJUE declaró contraria al Derecho Europeo, negando en consecuencia la eficacia de la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia.

12. Esa sentencia fue el arranque de una actitud nueva del Tribunal Constitucional. A partir de ahí y a lo largo de algo más de una década, el Tribunal Constitucional español ha generado una saga de jurisprudencia constitucional de la que se puede extraer como conclusión que, cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho Europeo, tal y como ha sido interpretada por el TJUE, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4 b)). Resulta, para mí, muy importante señalar que no existe en la jurisprudencia

constitucional en relación con el derecho de la Unión posiciones encontradas, es decir, el Tribunal Constitucional no ha convertido el Derecho de la Unión en canon de constitucionalidad, ni tampoco ha situado dicho ordenamiento en otra posición de jerarquía diferente a la establecida en los años 90. No obstante, sí ha ido aumentando su intervención en la correcta aplicación del Derecho de la Unión por los órganos nacionales, si bien continúa partiendo de las afirmaciones ya clásicas: i) no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de los poderes públicos nacionales al derecho de la Unión, pues esto compete exclusivamente a los jueces en cuanto a aplicadores del DUE y ii) la eventual infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas, debe resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, ello no impide que una resolución judicial que vulnere el Derecho de la Unión vulnere, también, el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, cuando la decisión carezca de la suficiente motivación o la que se ofrezca sea arbitraria, irrazonable o no esté fundada en Derecho.

13. Con la STC 148/2016 se inicia la jurisprudencia constitucional sobre protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional se decanta por la estimación del amparo y se sostiene en el mismo fundamento: el desconocimiento y preterición de una norma del Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La familia de pronunciamientos del Tribunal Constitucional dirigidos a salvaguardar la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito de las cláusulas abusivas consolida esa jurisprudencia constitucional que vincula la función del Tribunal Constitucional como valedor del principio de primacía del Derecho de la Unión, al derecho a una resolución fundada en derecho. Así, la selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso se retoma en la STC 75/2017, de 19 de junio, un supuesto de ejecución hipotecaria en la que el órgano judicial había negado la condición de consumidores de los recurrentes, en contra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

14. Prototipo de este criterio es la STC 31/2019, de 28 de febrero. Se trataba de una ejecución hipotecaria en la que el juez nacional no apreció de oficio la existencia de cláusulas abusivas y el Tribunal Constitucional alcanza la conclusión de que el órgano judicial no había respetado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al no haber analizado la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, ni haber planteado cuestión prejudicial. El hecho diferencial de este caso es que, para llegar a esa conclusión, el Tribunal Constitucional se ve la necesidad de interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia alegada por la recurrente, con el objeto de determinar si esa jurisprudencia resultaba o no aplicable al caso³.

³ Asuntos BBVA, STJUE de 29 de octubre de 2015 (C-8/14) y Banco primus. STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14).

15. Sin perjuicio del innegable protagonismo que la protección del consumidor ha adquirido en el hacer del Tribunal Constitucional en su función de valedor del principio de primacía del Derecho de la Unión, lo cierto, es que encontramos razonamientos muy similares en otros ámbitos que no son las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria y en los que el Tribunal también ha ejercido el papel de valedor del principio de primacía del Derecho de la Unión. Resulta llamativa la STC 13/2017, de 30 de enero, que estima un recurso de amparo por vulneración del derecho a la asistencia letrada (art. 17.3 CE). El órgano judicial denegó el acceso del abogado al expediente policial, siendo un derecho exigible por los detenidos conforme a lo dispuesto en el Derecho de la Unión, si bien se trata de una directiva aún no traspuesta en el derecho interno español. El Tribunal Constitucional afirmó que los particulares están legitimados para invocar en contra del Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales aquellas disposiciones de la Directiva que, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas, pues se había superado el plazo de transposición⁴.

16. Resulta especialmente interesante la STC 152/2021, de 13 de septiembre, que estimó el amparo interpuesto por el padre de tres hijos por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haber desconocido y preterido la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El recurrente reclamaba que su pensión de jubilación se viese incrementada por el “complemento de maternidad” regulado en nuestro país sólo en favor de las mujeres. El TJUE había dictado ya una sentencia en la que interpretaba dicha normativa⁵. El Tribunal Constitucional afirmó que se había llevado a cabo una *selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso, pues se*

⁴ Art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procedimientos penales, publicada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” el 6 de junio del mismo año y que entró en vigor a los 20 días. El plazo máximo de transposición a nuestro ordenamiento de tal Directiva expiraba el 2 de junio de 2014 y no se llevó a cabo. El recurrente alegaba que la Directiva tenía efecto vertical, pues sus disposiciones sobre el derecho de acceso al expediente eran claras y no dejan un amplio margen de apreciación a los Estados miembros, por lo que resultaban “directamente invocables y aplicables”, con respeto además al principio de interpretación conforme.

⁵ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado en repetidas ocasiones sobre la interpretación correcta de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en relación con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, considerando contrarias al mencionado principio determinados beneficios con relación a las pensiones que se atribuían solo a las mujeres por el hecho de haber tenido hijos, sin vincularlos a la maternidad y a las desventajas que esta pudiera acarrear en su carrera profesional. Resultaba relevante a este respecto la STJUE de 29 de noviembre de 2001 (C-366/99), asunto Griesmar, que había resuelto una cuestión prejudicial en la que se planteaba un caso análogo al discutido en el de autos, concretamente sobre si el régimen francés de pensiones de jubilación contravenía el derecho a la igualdad de trato entre hombre y mujeres en

prescindió de la interpretación de la norma comunitaria impuesta por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, vulnerando con ello el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

17. Muy reciente e interesantísima, la sentencia del Pleno 47/2023, de 10 de mayo, que trata el espinoso tema de la expulsión como sanción que puede imponerse a un particular de estancia irregular. Las resoluciones judiciales habían declarado procedente la expulsión con fundamento en la aplicación directa de lo dispuesto en el art. 6.1 de la conocida como *Directiva de retorno*, pero marginaban la normativa nacional más favorable y otorgaba un efecto directo inverso al precepto mencionado, lo que era contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos. El Tribunal Constitucional afirma *“es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares”*⁶.

18. El Derecho de la Unión en el ejercicio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Inevitablemente, el Derecho de la Unión se ha cruzado también en el ejercicio por el Tribunal de su función de control de constitucionalidad de las leyes. Probablemente, una de las cuestiones más polémicas es la conocida como doble vicio o, lo que es lo mismo, la coincidencia en un mismo proceso de un posible problema de la norma tanto con la Constitución como con el Derecho de la Unión. La zona de fricción son las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales. Ante esta relación entre la cuestión prejudicial con la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional también se ha conformado como garante del Derecho de la Unión a partir del ATC 168/2016 de 4 de octubre, declarando que, ante un supuesto de presunto doble vicio, el órgano judicial nacional debía interponer la cuestión prejudicial previamente a una cuestión de inconstitucionalidad. Dicho Auto, fue una toma de posición de nuestro Tribunal Constitucional que ha tenido, al menos hasta hoy, una aplicación pacífica. Conviene advertir que el análisis se realizó en términos de procedibilidad, a saber, el ATC 168/2016 en su FJ 4 declara: *al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal “aplicable al caso”, ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad.* En consecuencia,

materia de Seguridad Social, al prever una bonificación por hijos en el cálculo de la pensión de jubilación reservada solo a las mujeres.

⁶ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; más conocida como la “Directiva de retorno”.

dicha jurisprudencia excluye un análisis material constitucional de la norma, en orden a evitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que pueda no ajustarse al que queda pendiente ante el TJUE.

19. La segunda parada la haremos sobre una cuestión mucho menos conocida, pero no por ello poco relevante: el reforzado papel hermenéutico del derecho de la Unión en el control de leyes ejercido por el Tribunal Constitucional. Así, la STC 156/2021 estima un recurso de inconstitucionalidad en el que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma porque resultaba irrazonable la regulación establecida si se ponía en relación con el contenido de la sentencia del STJUE Gutiérrez Naranjo (relativa a la imposición de las costas a las entidades financieras)⁷. El papel del derecho de la Unión en la interpretación de nuestro ordenamiento adquiere —como debe ser— un peso específico cada vez mayor. En este sentido, destacar también la STC 91/2019, de 3 de julio, que resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad, en la que el Tribunal Constitucional declara la nulidad parcial del art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial porque, al regular la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, incurría en discriminación indirecta, doctrina constitucional que tiene su origen en el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres. Cabe mencionar, también, la interesante STC 134/2018, que trata de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en las Illes Balears. El Tribunal Constitucional declara la norma constitucional y frente al alegato del Estado respecto de las competencias estatales en materia de unidad de mercado y de libre circulación, afirma que *la consideración del bienestar animal dentro de las razones imperiosas de interés general definidas por el Derecho de la Unión permite afirmar que norma impugnada está justificada por la normativa comunitaria de protección animal*.

20. Una última cuestión, la relativa a la relación directa entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia. Así se contemplaba en supuestos como los de la STC 1/2018, en el que a través de una cuestión de inconstitucionalidad se planteaba si la Ley de contrato de seguro, cuando declaraba que el asegurado tendría derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pudiera surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro, vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva del asegurador, porque permitía que, una sola parte en una relación jurídica bilateral, impusiera el cauce arbitral con exclusión del derecho a someter la cuestión a la jurisdicción ordinaria. El precepto de la Ley de contrato de seguro transponía una Directiva de la Unión. El magistrado Xiol, en su voto particular, reclamó que el Tribunal

⁷ STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15: Gutiérrez Naranjo y otros

Constitucional debería haber interpuesto una cuestión prejudicial, para que el Tribunal de Justicia interpretara la Directiva transpuesta, pues sólo el Tribunal de Justicia era competente para hacerlo y sólo desde esa interpretación del Tribunal de Justicia, podría el Tribunal Constitucional evaluar la compatibilidad de la norma de nacional con la tutela judicial efectiva del asegurador. Este voto abre otro debate sobre la interposición por el Tribunal Constitucional de cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Es sabido que el Tribunal Constitucional planteó, en su día, una cuestión prejudicial conocida como asunto Melloni⁸. Pero hasta ahora no ha vuelto a plantear ninguna otra. Personalmente, creo que serán excepcionales las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional se encuentre en la tesitura de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, pues sólo un conflicto directo Derecho de la Unión-Constitución, podría merecer la debatida cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional español. No obstante, téngase en cuenta que la zona de conflicto no es la CDFUE y los DDFE de nuestra Constitución, como textos marco de protección de derechos fundamentales. El matiz viene después. Se trata de los conflictos que puedan surgir de ambos textos una vez interpretados —por las instituciones que los garantizan y protegen—, o desarrollados —por los órganos legislativos competentes—.

21. Algunas consideraciones finales. En relación con el doble canon de enjuiciamiento, uno más severo en los supuestos en los cuales se ha llevado a cabo una inaplicación de ley y un canon de motivación y de resolución fundada en Derecho cuando el órgano judicial no ha inaplicado el derecho y nacional, quiero señalar, que esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ajusta perfectamente a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018, asunto Comisión c. Francia⁹, que estimó un recurso por incumplimiento, como consecuencia de que un órgano jurisdiccional de última instancia —el Consejo de Estado francés— no plantease una cuestión prejudicial. Ello supuso un hecho singular en la historia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, además de ahondar en un terreno naturalmente complejo como es la declaración del incumplimiento del Derecho de la Unión a consecuencia de la actuación de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia avanza de manera silenciosa y lenta —pero también contundente— en la doctrina del incumplimiento judicial *ex* artículo 258 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta jurisprudencia bien justifica la labor del Tribunal Constitucional español con el Derecho de la Unión¹⁰.

⁸ El Tribunal Constitucional interpuso la cuestión prejudicial a través del ATC 86/2011, de 9 de junio. La STJUE de 26 de febrero de 2013 (C-399/11) otorgaba la respuesta y el Tribunal Constitucional ejecutó la sentencia del TJ mediante la STC 26/2014, de 13 de febrero.

⁹ STJUE de 4 de octubre de 2018 (C-416/17).

¹⁰ En el asunto Ferreira da Silva, el Tribunal había declarado el incumplimiento de la doctrina Cifit por parte del Supremo Tribunal de Justicia portugués, por no haber planteado una cuestión prejudicial en relación con la interpretación de una di-

22. Como garante de la primacía del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional ha aplicado un canon de motivación. No obstante, quiero matizar que el alcance del deber de motivación, como es sabido, no es idéntico para todas las resoluciones judiciales, con independencia de la materia en la que se refieran. El Tribunal Constitucional ha puesto en relación el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales con el derecho a obtener una resolución fundada en derecho y según esta última faceta del artículo 24.1 CE, el órgano judicial sólo puede aducir razones fundamentadas en derecho para justificar el *decisum*, de tal manera que, si la resolución judicial es huérfana de este tipo de razonamientos, la exigencia de motivación será solo aparente, no real, vulnerándose en consecuencia el derecho fundamental. Esta vertiente del derecho a una resolución motivada es la que ha servido al Tribunal Constitucional para penetrar en el control de la aplicación judicial del Derecho de la Unión y la posible vulneración del 24.1 CE cuando la decisión en relación con el Derecho de la Unión carezca de la suficiente motivación o, la que se ofrezca, sea arbitraria, irrazonable o no esté fundada en Derecho. El riesgo de esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva —y por eso a veces recibimos críticas—, es que el Alto Tribunal puede penetrar en cualquier ámbito de la legalidad ordinaria. El control de esta vertiente del derecho no debería ser nunca el de la mayor razonabilidad o corrección en la interpretación de la legalidad ordinaria, o en la selección de la norma aplicable al caso. Así lo tenemos presente.

23. Por lo demás, creo que hemos de dar la bienvenida a la claridad con que el Tribunal Constitucional, en el ejercicio del control de constitucionalidad afirma que, aunque el Derecho de la Unión no integra el canon de constitucionalidad, su jurisprudencia le reconoce tal valor hermenéutico con fundamento en el art. 10.2 CE, que le lleva a exponer la doctrina europea sobre una cuestión junto con la doctrina constitucional que resulta aplicable, al objeto de que ambas sirvan de criterio interpretativo para la resolución del control de constitucionalidad de nuestras leyes.

Concluyo deseándole una larga vida a nuestra Constitución y confiando en que los españoles nacidos a su amparo sean conscientes de su papel esencial para garantizar una convivencia libre y pacífica en España, tal y como lo éramos quienes votamos a favor de su ratificación en un frío miércoles de 1978, hace ya más de 46 años.

rectiva. Esta misma postura se observa reiterada en la posterior sentencia del asunto Association France Nature Environment. Sin embargo, Ferreira da Silva o Association France Nature Environment no han ocupado el lugar que ahora corresponde a Comisión c. Francia porque en ellas el Tribunal no resolvía un recurso por incumplimiento, sino que respondía a cuestiones prejudiciales.