

# El proceso de europeización del Tribunal Constitucional

## *The process of Europeanization of the Constitutional Court*

Ricardo Alonso García

Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Complutense de Madrid



© El autor

Recepción: 13-10-2022  
Aceptación: 08-12-2022

### Resumen

---

El presente estudio analiza el proceso de europeización del Tribunal Constitucional. Desde los inicios, cuando el Tribunal Constitucional consideraba el Derecho comunitario como algo absolutamente ajeno al texto constitucional doméstico y, por tanto, como algo absolutamente ajeno a su jurisdicción, hasta la actualidad, en la que el Tribunal Constitucional parece apuntar hacia un posible reconocimiento del Derecho de la Unión (concretamente, de su Carta de Derechos Fundamentales) como parámetro directo de constitucionalidad sometido a la jurisdicción última del propio Tribunal Constitucional.

**Palabras clave:** Tribunal Constitucional; Tribunal de Justicia de la UE; Artículos 102 y 93 de la Constitución española; Derechos fundamentales europeos y nacionales; Derecho de la UE como parámetro directo de constitucionalidad y jurisdicción del Tribunal Constitucional

### Abstract

---

This study analyzes the process of Europeanization of the Spanish Constitutional Court. From the beginning, when the Constitutional Court considered Community Law as something absolutely alien to the domestic constitutional text and, therefore, as something absolutely alien to its own jurisdiction, up to the present, in which the Constitutional Court seems to point towards a possible recognition of Union Law (specifically, of its Charter of Fundamental Rights) as a direct constitutional parameter subject to the ultimate jurisdiction of the Constitutional Court itself.

**Keywords:** Constitutional Court; European Court of Justice; Articles 10.2 and 93 of the Spanish Constitution; European and national fundamental rights; Union Law as a direct constitutional parameter and jurisdiction of the Constitutional Court

---

## 1.

Cerca de cumplirse ya cuarenta años desde el ingreso de España en la hoy Unión Europea, parece claro que nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el de los demás Estados miembros, ha ido experimentando una progresiva intensificación en su proceso de europeización, hasta llegar a alcanzar al propio escalón constitucional.

Si bien es cierto que dicho escalón ya había resultado teóricamente afectado en 1964 como consecuencia de la proclamación del principio de primacía por el Tribunal de Justicia en el *asunto Flaminio Costa*, tal y como evidenciaría en 1970 el *asunto Internationale Handelsgesellschaft* («la alegación de los derechos fundamentales, tal y como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional, no pueden afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado»), no lo es menos que las más altas instancias judiciales nacionales, con los Tribunales Constitucionales alemán e italiano a la cabeza, matizaron y modularon a su manera, en la década de los setenta, dicho principio, imponiendo límites a la primacía sobre la base de las propias Constituciones internas.

El máximo exponente de las reservas nacionales hacia el entendimiento desde Luxemburgo de la referida primacía en términos absolutos, vendría de la mano de Tribunal de Karlsruhe con ocasión, precisamente, de dos sentencias dictadas a propósito de la ratificación por Alemania de dos de las reformas más significativas en la historia de la integración europea, a saber, la de Masstricht (de 1992, efectiva desde el 1 de noviembre de 1993), y la de Lisboa (de 2007, efectiva desde el 1 de diciembre de 2009).

En efecto, si en su pronunciamiento sobre Maastricht el Tribunal Constitucional Federal recalca la condición de los Estados miembros en cuanto «Señores de los Tratados» y, en consecuencia, su competencia última para revisar posibles excesos competenciales del dispositivo político y judicial europeo (*Kompetenz-Kompetenz*), en el de Lisboa advertiría expresamente, en relación con la Declaración nº 17 (aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental) sobre el principio de primacía, que con ella «la República Federal de Alemania no reconoce una primacía en la aplicación del Derecho de la Unión en términos absolutos, lo que sería constitucionalmente objetable, sino que simplemente confirma la situación jurídica tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional Federal».

## 2.

De forma paralela a esa tensión subyacente entre la justicia constitucional nacional y la europea en lo concerniente al más alto nivel normativo interno (esto es, la Constitución nacional), Luxemburgo iría apoderando primero, y apuntalando después, los poderes/deberes del juez ordinario nacional en el contexto del siguiente escalón normativo interno, esto es, el de la ley, habilitándole para inaplicar ésta, en caso de contradicción con la normativa europea, sin más auxilio que el aportado, en su caso y vía prejudicial, por el Tribunal de Justicia (*doctrina Simmenthal*).

Ello suponía imponer, *por mor del Derecho europeo*, un discurso ajeno a la constitucionalidad de la ley en los casos de directa contradicción entre ésta y aquél.

El Tribunal de Justicia se encargaría de recordarnos, en uno de sus primeros pronunciamientos respondiendo a las dudas suscitadas por un tribunal español (*asunto Ford España*), la plena vigencia de la *doctrina Simmenthal* en el contexto de un sistema de control concentrado de constitucionalidad de la ley como el nuestro, anticipándose así a posibles controversias como las surgidas una década antes en el marco de un sistema, el italiano, similar al nuestro en lo concerniente a la posición del juez ordinario frente a la ley. Lo cual trajo consigo una primera reducción del protagonismo del Tribunal Constitucional en términos de control de la ley, sometida, conviene advertir, a un parámetro de enjuiciamiento, de «comunitariedad o europeidad», sustancialmente mucho más vasto (dada la amplitud de las materias cubiertas) y al tiempo concreto (dado el grado de detalle de la normativa europea) que el que derivaría de la Constitución misma.

## 3.

Así las cosas, no tardaría mucho el Tribunal Constitucional, como veremos, no ya en asumir esa pérdida de protagonismo impuesta desde Luxemburgo, sino en fomentar su desconexión con el Derecho europeo, sembrando ya entonces el riesgo de convertirse en una suerte de «emperador desnudo» a medida que, como veremos, iría resurgiendo la tensión, cada vez más extendida entre los Estados miembros, en torno al alcance del principio de primacía cuando afectado el ordenamiento constitucional interno.

Adelanto que uno de los puntos más álgidos de semejante tensión, traducida en el progresivo desplazamiento del texto constitucional no ya como parámetro de control sustancial de la ley en los ámbitos cada vez más amplios cubiertos por el radio de acción del Derecho europeo, sino

como límite mismo a la integración, vendría de la mano, precisamente, de la respuesta del Tribunal de Justicia a las primeras y hasta el momento únicas dudas suscitadas vía prejudicial por nuestro Tribunal Constitucional, en el ya famoso *asunto Melloni*.

En efecto, recordemos cómo en el referido asunto el Tribunal de Justicia consideró que, en los ámbitos plenamente regulados por el Derecho de la Unión, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión sería el único catálogo aplicable, desplazando a los catálogos nacionales al margen de cualquier debate en torno a la mayor o menor protección dispensada por éstos en relación con aquélla.

Despojado así del control sobre la ley en términos de europeidad y despojado, asimismo, del control sobre los poderes públicos nacionales en caso de vulneración de los derechos fundamentales, en particular de aquellos más intensamente protegidos por la vía del amparo, al excluirse la aplicación del catálogo nacional de derechos en los ámbitos totalmente regulados por la Unión, el Tribunal Constitucional corría el riesgo, que aún persiste, de quedar fuera de juego no sólo en el marco de nuestro propio sistema de justicia, sino en el del armazón europeo, integrado por el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o similares) de los Estados miembros.

#### 4.

Según anticipé, al desplazamiento de su protagonismo en el contexto del control sobre la ley impuesto desde Europa, sumó nuestro Tribunal Constitucional un cierto desdén hacia dicho control con fundamento, a su entender, en nuestro propio sistema constitucional. Concretamente, a partir de una lectura del artículo 93 de la Constitución marcada por una reducción de su alcance a un plano puramente orgánico-procedimental (STC 28/1991: «el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales»).

Se abstraía así el Tribunal Constitucional de todo aquello que tuviera que ver con el manejo, por su parte, del Derecho europeo. Conforme a la STC 28/1991, el hecho de que «a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado... no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E». De ahí que, según la STC 64/1991, textualmente: «No corresponda al Tribunal

Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues una cuestión de carácter *infraconstitucional* y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales».

Desconectado de esta manera el texto constitucional del ordenamiento jurídico europeo, el rol de la Constitución y, con él, del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete y garante supremo, quedó reducido, sostenía aún éste en su Declaración 1/2004, al «caso *difícilmente concebible* de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española».

Se mantenía así, todavía por aquel entonces, la tensión al más alto nivel (esto es, con el propio texto constitucional) en un plano esencialmente teórico, en la línea de sus homólogos de otros Estados miembros.

Tal panorama, sin embargo, ha cambiado a lo largo de la última década, produciéndose encontronazos concretos a ese más alto nivel (del Tribunal de Justicia con el Tribunal Constitucional checo en 2012 y con el Tribunal Supremo danés en 2016, a los que se sumaría, apartándose de la discreción de los anteriores, el Tribunal Constitucional alemán en 2020 con el sonado *asunto Weiss*, seguido por la rebelión, en toda regla, de los Tribunales Constitucionales rumano y, sobre todo, polaco, en 2021); encontronazos que, lejos de debilitar, han acabado por reforzar, como veremos, la autoridad del Tribunal de Justicia, ante el riesgo no ya de un *impasse* en la «unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos», sino de una auténtica involución en ese objetivo existencial que figuraba ya en el Preámbulo del Tratado constitutivo de la CEE (objetivo que todos los Estados miembros, por cierto, estuvieron de acuerdo en repudiar con ocasión del referéndum sobre el Brexit —en un intento de conseguir, en relación con el mismo, el apoyo del partido conservador a la permanencia en la Unión—, reconociendo solemnemente que el Reino Unido, habida cuenta de su situación específica conforme a los Tratados, nunca se comprometió a una mayor integración política en el seno de la Unión Europea, y conviniendo en la necesidad de «aclarar», con ocasión de una futura reforma de los Tratados, que las referencias a una unión cada vez más estrecha no se aplicarían al Reino Unido).

## 5.

Volviendo sobre nuestro Tribunal Constitucional, será precisamente en la antes citada DTC 1/2004, emitida con ocasión del control previo de constitucionalidad del Tratado por el que establecía una Constitución para Europa, cuando por vez primera se decida a reconocer abiertamente en el artículo 93 «una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar».

Este reconocimiento, si bien no llegará hasta el extremo de alterar su discurso consistente en excluir el artículo 93 como parámetro siquiera indirecto de constitucionalidad del Derecho derivado de la Unión (alteración que, de haberse producido, habría por lo demás situado a nuestro sistema jurídico en una difícil situación de compatibilidad con la *doctrina Simmenthal*), sí que va a conducir, sin embargo, a un importante incremento en la utilización por el Tribunal Constitucional del Derecho de la Unión (incluida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) a la hora de ejercitar su control de constitucionalidad sobre las normas internas.

Casi paralelamente en el tiempo al referido inicio del proceso de europeización de nuestro texto constitucional, el Tribunal Constitucional va a comenzar su propio proceso de europeización, concentrando su atención sobre las decisiones de los jueces ordinarios de inaplicar, por su propia autoridad, las leyes por contrarias al Derecho europeo. En concreto, el Tribunal Constitucional intentó, en un primer momento, abrir una vía de control sobre tales decisiones vinculándola, *ex* artículo 24 de la Constitución, con el derecho a la tutela judicial y la exigencia de una resolución fundada en derecho (STC 58/2004).

Sin embargo, tal intento devino pronto defectuoso, al exigir el Tribunal Constitucional al juez ordinario, para poder inaplicar la ley, contar con un respaldo del Tribunal de Justicia constatando, vía prejudicial, la incompatibilidad de ésta con el Derecho europeo (STC 194/2006).

Dada la evidente contradicción entre dicha exigencia y la doctrina, bien asentada, del Tribunal de Justicia, sobre los términos de la facultad/obligación del juez ordinario de activar la cuestión prejudicial, reiterada en 2010 en el *asunto Küçükdeveci* (en el que Luxemburgo descartó semejante exigencia ante las dudas al respecto suscitadas por un tribunal alemán), el Tribunal Constitucional se vería impelido a un *overruling*, en su STC 78/2010, vinculando el amparo *ex* artículo 24 de la Constitución con la inaplicación de la ley, por supuestamente contraria con el Derecho de la Unión y sin mediar cuestión prejudicial, a que el juez ordinario hubiera infringido su deber de plantearla según las condiciones establecidas por el Tribunal de Justicia en su *doctrina CILFIT* (cuya vigencia, por cierto, ha venido a confirmar, en 2021, el *asunto Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*).

A partir de ese momento, el Tribunal Constitucional comenzaría a explorar nuevas matizaciones tendentes a reforzar su intervención en ese terreno de control por el juez ordinario de la europeidad de la ley, siempre con la tutela judicial efectiva como telón de fondo, pero desnuda ya de cualquier intento de interferencia en el funcionamiento autónomo del artículo 267 TFUE (autonomía, por cierto, defendida a ultranza por el Tribunal de Justicia frente a otros tipos de injerencia procedentes de otros sistemas, caso, por ejemplo, del *control prioritario de constitucionalidad* pretendido por el sistema francés, desautorizado por el Tribunal de Justicia y vaciado de contenido, en la práctica, en los *asuntos acumulados Melki y Abdeli*, también fallados, como *Küçükdeveci*, en 2010).

Así, el Tribunal Constitucional, aprovechando el margen de manobra que otorgaría el Derecho de la Unión a los Estados miembros para corregir, por la vía de recursos judiciales internos, posibles incorrecciones en el manejo del artículo 267 TFUE por los jueces nacionales, ha procedido a intensificar su control al respecto a través de un examen, cada vez más estricto y meticuloso, del cumplimiento ortodoxo de la *doctrina CILFIT*.

## 6.

En efecto, en relación con el referido margen de manobra, puede aquí traerse a colación, por ejemplo, el *asunto Randstad*, resuelto en diciembre de 2021, en el que el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho de la Unión, incluida la tutela judicial efectiva europea (artículo 47 de la Carta), «no se opone a una disposición del Derecho interno de un Estado miembro [Italia] que, según la jurisprudencia nacional, tiene como efecto que los justiciables no puedan impugnar ante el órgano jurisdiccional superior de la jurisdicción ordinaria de ese Estado miembro la conformidad con el Derecho de la Unión de una sentencia del órgano jurisdiccional superior de la jurisdicción contencioso-administrativa de dicho Estado miembro en el marco de un recurso de casación».

Ya en el *asunto XC e.a.* (2018), por otro lado, el Tribunal de Justicia había descartado que los principios de equivalencia y efectividad pudieran llegar a exigir de los Derechos nacionales la necesidad de prever la revisión de sentencias firmes contrarias al Derecho de la Unión; dejó a salvo, eso sí, la vía de la responsabilidad del Estado-juez por infracciones del Derecho de la Unión, como las derivadas del «incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial» (*doctrina Köbler*, 2003).

Pues bien, el Tribunal Constitucional, como señalaba, ha procedido, en semejante contexto, a intensificar su control sobre el correcto manejo

de la remisión prejudicial por el juez ordinario, a través de un examen, cada vez más estricto y meticuloso, del cumplimiento ortodoxo de la *doctrina CILFIT*.

Ello hasta el punto de llegar a cuestionar y censurar, en la STC 37/2019, sobre la base de una fundamentación (particularmente, FFJJ 5 y 6) más próxima a la jurisdicción ordinaria que a la propiamente constitucional, el uso por el Tribunal Supremo de la noción de *acto aclarado* formulada en *CILFIT*.

Concretamente, el Tribunal Constitucional procedió a examinar la directiva europea en juego (concerniente al mercado interior de la electricidad) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que podría incidir sobre ella (sobre el mercado interior del gas), a los efectos de determinar si el Tribunal Supremo hizo o no un uso correcto de esta última para descartar el planteamiento de la cuestión prejudicial en virtud de la noción de *acto aclarado*. Y tras proceder a dicho examen, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que no concurrían los presupuestos necesarios para considerar satisfecha tal noción en el caso de autos, habida cuenta de que, «aunque el precepto interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuviera el mismo contenido tanto en la Directiva del sector eléctrico como en la relativa al sector del gas, no se trataba de las mismas Directivas, ni del mismo sector ni los problemas abordados, respectivamente, por las Sentencias Federutility y Anode y por la sentencia impugnada son exactamente iguales».

Sin entrar en las bondades/deficiencias de tal aproximación por parte del Tribunal Constitucional, creo que cabe afirmar que, cuando menos, rondó, como señalaba, la frontera de la legalidad ordinaria; lo cual conllevaría en última instancia, fruto de una europeización consistente en ejercer unas funciones en su momento descartadas por ajenas al marco jurídico-constitucional (recordemos que según sostuvo en la STC 64/1991, «la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales»), una recuperación de su protagonismo perdido en el contexto de nuestro sistema de justicia.

## 7.

Asumida por el Tribunal Constitucional de esta manera, progresiva e indirecta, su condición de juez europeo en la vertiente de garante del correcto funcionamiento de la cuestión prejudicial, y adquiriendo el artículo 93 de la Constitución, merced a su relectura por el propio Tribunal

Constitucional, un peso cada vez más sustancial en el entramado de las relaciones de nuestro ordenamiento jurídico con el europeo, llegamos a la actualidad, en la que, en relación precisamente con el artículo 93, nuestro más Alto Tribunal parece debatirse en torno a la posible potenciación de dicho precepto en un terreno, como el de los derechos fundamentales, paradójicamente propenso, hasta el momento, a alimentar colisiones entre Luxemburgo y las más altas instancias judiciales nacionales.

En efecto, será la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, nacida para potenciar la esfera de libertad del ciudadano frente al poder público, visibilizando unos derechos hasta entonces conferidos vía pretoriana, la que, dotada de fuerza vinculante con la reforma de Lisboa, comenzará a generar (como decía, paradójicamente) importantes tensiones con los Tribunales Constitucionales a partir de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en los *asuntos Melloni y Akerberg*, fallados el mismo día (el 26 de febrero de 2013) no accidentalmente, sino para confeccionar dicha doctrina en función del margen de apreciación de los Estados miembros en la aplicación del Derecho de la Unión (conviene no olvidar que la Carta, aplicable con carácter general a la Unión, vincula a los Estados miembros, según puntualiza su artículo 51.1, «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»).

Tal doctrina, según ya esboqué, sería la siguiente: en los ámbitos plenamente regulados por el Derecho de la Unión (*supuesto Melloni*), la Carta sería el único catálogo aplicable, desplazando a los catálogos nacionales al margen de cualquier debate en torno a la mayor o menor protección dispensada por éstos en relación con aquella (y abstracción hecha de su posible utilización, así como la del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como posibles fuentes de inspiración, según prevén los apartados 3 y 4 del artículo 52 de la propia Carta); existiendo, por el contrario, tal margen de apreciación o maniobra de los Estados miembros al aplicar el Derecho de la Unión (*supuesto Akerberg*), la Carta jugaría como estándar mínimo de protección, superable por los estándares nacionales si más protectores, siempre y cuando ello «no afecte a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión», debiendo entenderse tal límite (o, según se mire, contra-límite), en mi opinión y a la luz del *asunto Euro Box Promotion e.a.* (2021), en términos de «riesgo sistémico».

## 8.

Recibida la respuesta de Luxemburgo en *Melloni*, el Tribunal Constitucional optó, en su Sentencia 26/2014, por asumir una modificación de su

doctrina ultraprotectora de los condenados *in absentia* (consistente en exigir en todo caso la presencia del imputado) como consecuencia de una reinterpretación a la baja del artículo 24 CE; reinterpretación que el Tribunal Constitucional fundamentaría, *ex* artículo 10.2 de la Constitución, recurriendo a las doctrinas combinadas del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a los artículos, respectivamente, 47 y 48 de la Carta, y 6 del Convenio, las cuales respaldarían la decisión del legislador europeo, en la Decisión marco sobre la euro-orden, de rechazar la posibilidad de cuestionar las condenas *in absentia* en el Estado miembro emisor de la orden europea de detención y entrega cuando el imputado no hubiera comparecido en el juicio pese a que fue citado en persona o informado oficialmente de la fecha y el lugar previstos para el mismo, o cuando, teniendo conocimiento de su celebración, eligió ser representado por un letrado en lugar de comparecer personalmente.

Este recurso al artículo 10.2 de la Constitución como vía de penetración de los derechos fundamentales europeos, incluidos los de la Unión, en nuestro ordenamiento jurídico, había sido ya apuntada por el Tribunal Constitucional desde un primer momento, en su inicial doctrina, ya referida, consistente en abstraerse de todo lo que tuviera que ver con el manejo, por su parte, del Derecho Comunitario (SSTC 28/1991 y 64/1991).

En efecto, ya entonces, el Tribunal Constitucional abrió las puertas al reconocimiento de un cierto rol del ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito constitucional interno al admitir la posibilidad de su utilización, en el terreno de los derechos fundamentales, como canon hermenéutico *ex* artículo 10.2 de la Constitución. Dejó también claro entonces el Tribunal Constitucional, eso sí, que ello no implicaba convertir dicho ordenamiento en «medida de constitucionalidad», pues tal medida «seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional» (en el caso del Derecho Comunitario, con el catálogo de derechos fundamentales construido vía pretoriana por el Tribunal de Justicia).

Pues bien, ese recurso al artículo 10.2 sería la vía, como señalé, escogida por el Tribunal Constitucional para incorporar la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la tutela judicial efectiva y los derechos de defensa de la Carta (artículos 47 y 48) en relación con los juicios *in absentia* mediando defensa letrada, a los efectos de, junto con la doctrina de Estrasburgo respecto del Convenio, releer el artículo 24 de la Constitución a la baja. Esto es, el Tribunal Constitucional resolvió el amparo que estaba en el origen de la cuestión prejudicial desestimándolo. Pero lo hizo no recurriendo a una aplicación directa de la Carta, como exigía la respuesta del Tribunal de Justicia, sino del artículo 24 de la

Constitución. Y en esa relectura, que en última instancia constituía un *overruling* de su doctrina, el Tribunal Constitucional se cuidó muy y mucho, además, de no tomar la doctrina del Tribunal de Justicia en torno a la Carta como único punto de referencia, manejando, a la par, la doctrina de Estrasburgo al respecto.

## 9.

No se trató, sin embargo, de un pronunciamiento unánime. Las magistradas Adela Asua y Encarnación Roca defendieron, en sendos votos particulares concurrentes, que la vía de penetración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, así como de los derechos de defensa, debería haber sido, con lo que ello conllevaba, no el artículo 10.2 de la Constitución, sino el 93. Y es que el Tribunal de Justicia, recordemos una vez más, había declarado en *Melloni* que una vez regulada una materia, como era el caso de los procesos *in abstentia* en el contexto de la euro-orden, de *manera completa* por el legislador de la Unión, sería la Carta el único parámetro de referencia para controlar las aplicaciones en *términos reglados* de la legislación europea en cuestión por los poderes públicos nacionales.

«Lo que ha respondido el Tribunal de Justicia a nuestras cuestiones prejudiciales», escribió Adela Asua, «podría servir para integrar vía art. 10.2 CE nuestro canon sobre el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE para los supuestos «no relacionados con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión». Pero en supuestos como el presente, que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no puede ser un mero criterio hermenéutico que podamos manejar con cierta libertad, en conjunción con otros, con el fin de concretar *ex art. 10.2 CE* el contenido absoluto del derecho fundamental. Por el contrario, proporciona el canon que debemos aplicar *ex art. 93 CE* en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea: estando plenamente armonizada la regulación de la ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega, lo que hay que aplicar son única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013».

Encarnación Roca, por su parte, afirmaría, más escuetamente, que «no nos encontramos ante Tratado Internacional a los efectos dispuestos en el art. 10.2 CE, sino ante un sistema incluido como consecuencia de la cesión de competencias llevada a cabo a través del art. 93 CE».

Adviértase, en fin y, por otro lado, que el Tribunal Constitucional Federal alemán, muy crítico en un primer momento con la referida doctrina sentada por el Tribunal de Justicia respecto del alcance de la Carta, particularmente en lo concerniente al *supuesto Melloni*, terminaría por asumirla en 2019 en dos sentencias dictadas en relación con el derecho al olvido (1 BvR 16/13 y 1 BvR 276/17).

La importancia de este trascendental reposicionamiento del Tribunal Constitucional Federal, siguiendo la estela marcada por el Tribunal Constitucional austríaco en 2012 (U 466/11-18 y U 1836/11-13), radica en que el mismo fue acompañado de un auto-apoderamiento para considerarse juez competente para utilizar la Carta *como parámetro directo de amparo*, precisamente cuando aquélla resultara el único instrumento aplicable al haberse producido la actividad de la autoridad alemana, sometida a control, en un ámbito de aplicación del Derecho de la Unión sin margen alguno de maniobra (*supuesto Melloni*).

## 10.

Situémonos ahora ante la reciente STC (Pleno) 89/2022, de 29 de junio, estimatoria del recurso de amparo interpuesto por M.J.L. contra las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo por vulneración del derecho a la protección de datos personales (artículo 18.4 CE). El Tribunal Supremo, avalando el criterio de la Audiencia Nacional, había anulado una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que, sobre la base del derecho al olvido, había ordenado la cancelación de tres enlaces en el resultado de búsquedas de motor de Goggle, obtenidos mediante la inserción del nombre y apellidos de M.J.L. en dicho buscador, que remitían a cierta información publicada sobre su actividad profesional (vinculada al mundo inmobiliario) por los usuarios de dos portales de quejas situados en EEUU.

La Sentencia (se insiste, de Pleno, al haberse producido la avocación del amparo a su favor en virtud del artículo 10.1. *n* LOTC), cuenta un voto particular, formulado por Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer, que suscita la duda de hasta qué punto el Tribunal Constitucional podría estar tomando el derrotero asumido por el Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con el valor de la Carta en cuanto parámetro directo de amparo, también con el derecho al olvido como telón de fondo.

Nuestro Tribunal Constitucional hizo pivotar su razonamiento en torno a: 1) el derecho al olvido y su integración en el derecho fundamental a la protección de datos; 2) los límites del derecho al olvido.

En lo concerniente a 1), el Tribunal Constitucional sobre la base de su propia jurisprudencia (SSTC 292/2000, 96/2018 y, sobre todo, 58/2018), comenzó por advertir que «el derecho al olvido, entendido como un derecho a la supresión del uso o tratamiento de los datos personales, alcanza a todos los datos relativos a la identificación de una persona, incluso aunque no afecten a su honor, intimidad personal y familiar o a la propia imagen».

Partiendo de tal premisa, el Tribunal Constitucional entró a razonar sobre el contenido del derecho al olvido, centrando todo su razonamiento en la exposición de la legislación de la Unión Europea reguladora de la materia (la Directiva 95/46/CE primero, sustituida después por el Reglamento General de Protección de Datos, UE 2016/679), y la doctrina del Tribunal de Justicia vertida sobre la misma en conexión con las búsquedas de internet (*asunto Google Spain*, 13 de mayo de 2014, C-131/12), completada con la alusión a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Biancardi c. Italia* (25 de noviembre de 2021), a los efectos de admitir la referencia a un «derecho al desindexado».

Sentado lo cual, el Tribunal Constitucional puntualizó que «el derecho al olvido, como todo derecho fundamental, no es ilimitado, y encuentra sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos», procediendo a continuación a exponer los criterios de ponderación al respecto derivados de la jurisprudencia de Luxemburgo; concretamente, de las Sentencias *Google Spain*, antes mencionada, *GC e.a.* (24 de septiembre de 2019, C-136/17), sobre retirada de enlaces a datos sensibles, y *Google LLC* (también de 24 de septiembre de 2019, C-507/2017), sobre el alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces.

Manejó asimismo el Tribunal Constitucional, conviene advertir, las *Directrices sobre la Ejecución de la STJUE Google Spain* emitidas por el *Grupo de Trabajo de Protección de Datos del artículo 29* (de la Directiva 95/46), órgano consultivo independiente de la UE en materia de protección de datos e intimidad (que funcionó hasta el 25 de mayo de 2018, fecha de entrada en vigor del RGPD y que llevó aparejada su sustitución por el actual *Comité Europeo de Protección de Datos*).

Expuestos dichos criterios, el Tribunal Constitucional entró ya en el examen acerca de si tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo (habida cuenta de la similitud en la argumentación de ambas instancias) habrían o no infringido los criterios de ponderación de la relevancia pública de lo difundido y del tiempo transcurrido establecidos en la mencionada jurisprudencia. Y la conclusión a la que llegó, recurriendo aquí a su propia jurisprudencia, a la de Luxemburgo y a las *Directrices* ya mencionadas, y a la jurisprudencia de Estrasburgo

(*Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hungría*, 2 de febrero de 2016), fue, por un lado, que no cabría concluir que «el acceso a través de un enlace en un buscador a meras opiniones y comentarios personales sobre la actividad profesional de personas particulares, que no son personas públicas ni han adquirido notoriedad por dicha actividad profesional, contribuya *per se* a la formación de una opinión pública libre»; y, por otro lado, que *la actualidad* (factor tiempo) vinculada a que con posterioridad M.J.L., junto con otros directivos de la empresa inmobiliaria a la que aquél pertenecía, se hubiera visto inmerso en un procedimiento penal (hecho difundido por los medios de comunicación cuya actualidad podría justificar un interés superior del público en acceder a tal información), no se podría trasladar a las opiniones vertidas sobre M.J.L. en los portales de quejas que no tenían por objeto tales diligencias penales.

## 11.

Interesa ahora no tanto analizar el fondo de esta Sentencia, como reflexionar sobre el parámetro de control manejado por el Tribunal Constitucional al examinar el recurso de amparo.

Resulta cuanto menos llamativo que el Tribunal no mencionara a lo largo de su pronunciamiento, ni una sola vez, la base constitucional sobre la cual estaría llevando a cabo una integración del artículo 18.4 CE con la legislación y la jurisprudencia europeas sobre protección de datos personales.

Sabemos, eso sí, que el parámetro para la estimación final del amparo fue el mencionado artículo 18.4: procede, puede leerse en el punto 1º del fallo, «declarar que ha sido vulnerado el derecho a la protección de datos personales (artículo 18.4)».

Queda claro, pues, que en ningún caso nos encontramos ante un desenlace «a la alemana» (desenlace, por lo demás, cuya extrapolación a nuestro sistema de justicia constitucional, sin mediar intervención del legislador, resultaría cuando menos discutible).

No queda claro, en cambio, si se trata de una Sentencia que sigue anclada en el artículo 10.2 de la Constitución como única vía de penetración de los derechos fundamentales en los ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión.

Si así fuese, ganaría enteros, creo, la crítica vertida por Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer, en su voto particular, en los siguientes términos: «En reiteradas ocasiones nos hemos pronunciado sobre el fundamental valor que en una construcción evolutiva de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución tiene la cláusula de interpretación conforme del art. 10.2 CE, al establecer como guía la

Declaración universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Es irrenunciable en la construcción y desarrollo del derecho nacional de los derechos humanos un constante diálogo con los órganos encargados de la interpretación del derecho regional —en nuestro caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como intérprete del Convenio europeo de derechos humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea— e internacional de los derechos humanos. Ahora bien, la idea de diálogo entre tribunales no implica ni la sustitución de la Constitución como referente de los derechos fundamentales cuya protección última está encomendada al Tribunal mediante la jurisdicción de amparo ni la de la jurisprudencia constitucional por la doctrina que puedan establecer otros órganos de interpretación de otros textos de derechos humanos».

Si, por el contrario, la base constitucional de penetración de los derechos fundamentales de la Unión implícitamente manejada por la mayoría hubiera sido no el artículo 10.2, sino el 93, quizás el Tribunal Constitucional estaría apuntando hacia un viraje jurisprudencial, en la línea defendida en 2014 por Adela Asua y Encarnación Roca, que, quizás también, podría ser un primer paso, tímido, pero primer paso, hacia la vía alemana abierta en 2019 (incluso si entendido como una invitación al legislador para dar cobertura a la misma).

## 12.

En este último caso, haría bien el Tribunal Constitucional en explorar caminos para eludir convertirse en mero actor pasivo, con un rol de mero receptor acrítico de los estándares de la Carta configurados en Luxemburgo.

En efecto, no debe olvidarse que el propio Derecho originario de la Unión reserva un importante cometido a los Tribunales Constitucionales en dicha configuración, al prever el artículo 52.4 de la Carta, en consonancia con el Preámbulo, que «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

A ello cabría añadir la posible invocación de estándares domésticos en términos de «identidad nacional», la cual, como es sabido, está contemplada en el artículo 4.2 TUE como límite a la integración. Así, más allá de que tal límite esté en todo caso sometido al escrutinio último, en cuanto concepto «autónomo» del Derecho de la Unión, del Tribunal de Justicia, lo cierto es que, si utilizado de manera prudente y constructiva

por los Tribunales Constitucionales, no debería ser ni irrazonable ni arrogantemente obviada por Luxemburgo.

Así las cosas, en la exploración de los referidos caminos para participar en la configuración de los estándares de la Carta, creo que habría que prestar particular atención al marcado por la *Corte Costituzionale* en la *saga Taricco* y, posteriormente, en el *asunto Consob*.

En el primero, la *Corte* forzó al Tribunal de Justicia, en contra de la opinión del Abogado General Bot, a un *overruling* en toda regla de su pronunciamiento en *Taricco I*, por más que a algunos de sus miembros, incluido su Presidente, les cueste reconocerlo.

En efecto, mientras que *Taricco I* (C-105/14) obligaba al juez italiano a inaplicar sin miramientos el plazo de prescripción previsto en su ordenamiento en materia penal, cuando constatará que dicho plazo, habida cuenta de su brevedad, impediría imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectarían a los intereses financieros de la Unión, en el *asunto MAS y MB* (C-42/17, también conocido como *Taricco II*), dando respuesta a los «peros» puestos por sobre la mesa la *Corte Costituzionale*, condicionó tal inaplicación a que la misma no implicara «una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción».

Resulta evidente, pues, que pese a haber sostenido en un primer momento que el principio de legalidad no resultaba aplicable al régimen jurídico de la prescripción, tesis ésta que incluso llegaría a reiterar en *Taricco II* («cabe recordar que el hecho de que un legislador nacional amplíe un plazo de prescripción con aplicación inmediata, incluso a hechos imputados que aún no han prescrito, no vulnera, forzosamente, el principio de legalidad de los delitos y las penas»), el Tribunal de Justicia vendría ahora a admitir la visión italiana del principio de legalidad, según la cual éste sí incluiría en su radio de acción el régimen jurídico de la prescripción. Y lo hizo forzado por una *Corte* que, aun esgrimiendo como última ratio la inviolabilidad del artículo 25 de la Constitución italiana (esto es, del principio de legalidad con el alcance recién referido), abrió las puertas al Tribunal de Justicia para reconsiderar *Taricco I* mediante la apreciación del caso de autos como un *supuesto Akerberg*. Esto es, convenció al Tribunal de Justicia de que «en el momento de los hechos controvertidos en el procedimiento principal, el régimen de prescripción aplicable a las infracciones penales relativas al IVA no había sido objeto de armonización por el legislador de la Unión», por lo que, en consecuencia, «la República Italiana tenía libertad, en aquel momento, para prever que, en su ordenamiento jurídico, ese régi-

men estuviese comprendido, al igual que las normas relativas a la definición de las infracciones y la determinación de las penas, en el Derecho penal material y quedara sometido, como estas últimas normas, al principio de legalidad de los delitos y las penas».

A partir de tal premisa, el Tribunal de Justicia se limitaría a someter el deber de inaplicación del juez italiano a los, valga la redundancia, límites derivados del principio de legalidad; límites que, concernientes a la previsibilidad, la precisión y la irretroactividad (en términos desfavorables) de la ley penal aplicable, vincularían al juez italiano, asumido que, según se acaba de señalar, el principio de legalidad se aplicaría también, en el caso italiano y por el motivo expuesto, al régimen de prescripción relativo a las infracciones penales en materia de IVA.

En el *asunto Consob* (C-481/19), la *Corte* cuestionó la normativa europea sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, y sobre el abuso del mercado (concretamente, el artículo 14.3 de la Directiva 2003/6 y el artículo 30.1b del Reglamento 596/2014), así como la doctrina del propio Tribunal de Justicia, sostenida hasta el momento, conforme a la cual sólo podría existir una vulneración del derecho de defensa en caso de que se formularan a las empresas preguntas encaminadas, en esencia, a que éstas admitieran haber cometido una infracción.

En efecto, por lo que respecta a la normativa europea, la *Corte* no acababa de tener claro hasta qué punto la misma llegaría o no a obligar a los Estados miembros a adoptar medidas sancionadoras por falta de cooperación con la autoridad nacional competente para combatir el abuso de mercado; en particular, la *Corte* se preguntaba si la referida obligación incluiría, entre los posibles destinatarios de tales medidas, a personas que se negaran a cooperar cuando de ello pudiera resultar su propia responsabilidad por una infracción susceptible de acarrear sanciones administrativas de carácter penal o sanciones abiertamente penales.

Según la *Corte*, una obligación impuesta a los Estados miembros en ese sentido podría implicar una vulneración de los artículos 47 y 48 de la Carta (tutela judicial efectiva y derecho de defensa), interpretados «a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concerniente al artículo 6 del CEDH [proceso justo] y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros».

Planteada la cuestión en tales términos, el Tribunal de Justicia asumiría que «entre las garantías que se derivan de los artículos 47, párrafo segundo, y 48 de la Carta, y tienen la obligación de respetar tanto las instituciones de la Unión como los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión, figura, en particular, el derecho a guardar silencio de una persona física «acusada» en el sentido de la segunda de

estas disposiciones. Este derecho se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la Directiva 2003/6 o al Reglamento 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal».

### 13.

Volviendo sobre nuestro Tribunal Constitucional, una mayor intensidad en su proceso de europeización a la hora de abordar las vulneraciones de los derechos fundamentales «en los ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión» también afectaría, por otro lado, a su *modus operandi* cuando los poderes domésticos actuaran con margen de apreciación o maniobra (*supuesto Akerberg*).

En efecto, en ese contexto, aun ciñéndose a una aplicación del catálogo constitucional por cuanto portador de un nivel de protección superior al dispensado por la Carta, el Tribunal quedaría obligado, como ya advertí, a respetar «la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». Con palabras del Tribunal de Justicia, «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión».

Además, desde la otra cara de la moneda, estaría por ver si el Tribunal Constitucional, en el supuesto de considerarse incapaz de llegar a nivelar los estándares nacionales con los superiores de la Carta, estaría dispuesto a una directa aplicación de ésta en cuanto estándar mínimo de protección, conforme impone asimismo, según se acaba de señalar, la *doctrina Akerberg*.

### 14.

Debe advertirse, en fin, que una posible transición del artículo 10.2 de la Constitución hacia el artículo 93 como cláusula de penetración de la

Carta en nuestro ordenamiento no convertiría a aquél en un precepto irrelevante a tales efectos, habida cuenta de su posible utilización fuera del «ámbito de aplicación del Derecho de la Unión».

La premisa de la que debe partirse es la no oposición por parte del Tribunal de Justicia, con carácter general, a la decisión de los Estados miembros de «importar», *motu proprio* y con fundamento en el Derecho nacional, normas y principios del Derecho de la Unión cuya interiorización en ningún caso vendría impuesta por este último.

Ello sentado, ningún problema debería suscitar, en principio, la utilización de la Carta por un Estado miembro, por decisión propia y sobre la base de su Derecho interno, bien como instrumento directamente aplicable, bien como herramienta puramente hermenéutica, fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, se da además la circunstancia, advertida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 3/2018, de que, a pesar de que el Tratado de Lisboa, y con él la naturaleza jurídicamente vinculante de la Carta, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, «en España y a los estrictos efectos del art. 10.2 CE, la Carta lo hizo el 1 de agosto de 2008, conforme con el art. 2 y la disposición final única de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio»; Ley Orgánica ésta por la que se autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa, y que, efectivamente, dispone que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta», reproduciendo la L.O. a continuación su texto íntegro.

De ahí que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional no dudara en hacer uso de esta fuerza interpretativa de la Carta a la hora de leer nuestro propio catálogo de derechos fundamentales fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en su Sentencia 147/2020, extrapolarlo al marco de la extradición la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la garantía efectiva del derecho a la libertad reconocido en el artículo 6 de la Carta. Como tampoco dudó el Tribunal Supremo, descartada la aplicabilidad de la Carta al margen de dicho ámbito (SSTS de 1 de marzo de 2017 y 25 de mayo de 2020), en recurrir a la Carta para, por ejemplo, respaldar en términos hermenéuticos, en una jurisprudencia que se remonta a 2017, la consagración del principio de buena administración como «nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente», que «no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que del conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene —debe tener— plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un

correlativo elenco de deberes plenamente por el ciudadano a los órganos públicos» (STS de 15 de octubre de 2020).

Surge así inevitablemente, y con ello concluyo, la siguiente pregunta: tratándose de una utilización de la Carta, siquiera a efectos exclusivamente hermenéuticos, en ámbitos puramente internos, ¿no lleva aparejado cierto riesgo el hecho de recorrer unos senderos, los de la Carta, que en ocasiones pueden estar necesitados de una iluminación que debería venir de su intérprete supremo, el Tribunal de Justicia, quien sin embargo vería dificultada, cuando no imposibilitada, su intervención, al no darse las condiciones para entablar un diálogo al respecto vía prejudicial (habida cuenta de que estaríamos en un terreno ajeno al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión)?

Ante semejante riesgo, parece que debería imponerse una extrema cautela en la utilización de la Carta al margen del Derecho de la Unión, especialmente cuando desprovista, en su lectura, de la guía que proporciona la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.