

El diálogo del Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales

EUGENI GAY MONTALVO¹

SUMARIO: I. La Constitución Española como fundamento del sistema jurídico. II. Diálogo interno entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. III. Diálogo entre y con Tribunales supranacionales. IV. Reflexión final.

I. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA JURÍDICO

1. La Constitución de 1978 es en España el fundamento del entero sistema jurídico y el Tribunal Constitucional, que es creado y predeterminado en sus aspectos organizativos y funcionales en el Título IX de la misma, es su último intérprete y responsable de su mayor efectividad. En esta tarea, y por tanto desde esa posición constitucionalmente definida cuyos contornos precisaremos más adelante, ha entablado un diálogo rico y complejo con los tribunales ordinarios españoles, con otros Tribunales Constitucionales europeos, y de un modo especialmente importante con algunas instancias jurisdiccionales supranacionales como el TEDH y el TJUE.

2. Este cuerpo legal, que expresa el pacto de convivencia de la sociedad española ratificado por el pueblo español en el referéndum de 6 de diciembre de 1978 y que ha durado más que ningún otro en nuestra historia, contiene los principios esenciales e intangibles de nuestro ordenamiento jurídico, que vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE):

"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

Es también la Constitución la que configura y dota de competencias al poder legislativo, mejor dicho poderes legislativos pues España es un

¹ Vicepresidente del Tribunal Constitucional español.

Estado compuesto, que son los que dentro de sus atribuciones respectivas pueden, con un margen de apreciación muy amplio pero no ilimitado, desarrollar aquellos principios de acuerdo a las mayorías democráticas de cada momento. Puede decirse, por tanto, que en España conviven varios ordenamientos jurídicos y que son las reglas de distribución competencial previstas en la Constitución, y aplicadas por el Tribunal Constitucional, las que posibilitan su existencia ordenada y los reconducen a un sistema jurídico único.

Y no acaba aquí la diversidad ordinamental, pues, como expondremos con detalle más adelante, el constituyente español, demostrando ser consciente de los signos de los tiempos, estableció cauces (arts. 10.2, 93 y 96 CE) que permitieran la penetración en España de ordenamientos jurídicos provenientes de fuentes normativas supranacionales. Debido a que alguno de ellos tiene sus propios órganos jurisdiccionales de interpretación, como sucede con el TEDH y el TJUE, es cada vez más común la recíproca influencia entre la jurisprudencia de éstos y la doctrina de los tribunales constitucionales de los Estados.

La realidad atestigua que son muchos los supuestos litigiosos donde estos ordenamientos jurídicos aparecen interconectados, de modo que los aplicadores españoles del Derecho, en especial por lo que aquí interesa el Tribunal Constitucional, poco a poco, ponderando recíprocamente las soluciones técnicas ofrecidas, tienden a la adopción de un principio común.

II. DIÁLOGO INTERNO ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

3. La aplicación judicial de esta diversidad de ordenamientos jurídicos, que aparecen constantemente interconectados y que adquieren unidad solo por referencia al texto constitucional, es atribuida por la Constitución española a los órganos integrantes del Poder Judicial, pues como afirma el artículo 117.3 CE "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes...".

En el ejercicio de esta tarea los jueces y tribunales son independientes y están sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.3 CE), lo que implica que no se hallan legalmente vinculados por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores, de modo que pueden fallar los asuntos de su competencia partiendo de una interpretación distinta de la normati-

va aplicable. Las disparidades interpretativas que potencialmente puedan surgir se salvan mediante el sistema de recursos devolutivos previstos por las normas procesales, que permiten a los órganos judiciales superiores reafirmar su doctrina o, si lo consideran necesario, establecer una distinta con carácter general. En esta construcción, tal como prevé el art. 123 CE, "el Tribunal Supremo [...] es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales". Merece la pena enfatizar que en materia de garantías constitucionales esa superioridad corresponde al Tribunal Constitucional y no al Tribunal Supremo. Volveremos más adelante a ello.

En fin, los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial cuando se limitan a interpretar y aplicar normas de rango infraconstitucional en tablan un diálogo organizado en torno a los principios de independencia judicial y de unificación de doctrina por medio de los recursos legalmente previstos. Las disparidades interpretativas que subsistan a pesar del sistema de recursos son quiebras del sistema, pero salvo el supuesto especial en que afecten a alguno de los contenidos constitucionales protegidos por el recurso de amparo no tienen remedio.

Se están levantando voces que, para evitar ese resultado, reclaman de *lege ferenda* que la doctrina sentada en casación por el Tribunal Supremo tenga, como sucede con la doctrina sentada por las resoluciones del Tribunal Constitucional, carácter obligatorio para todos los Juzgados y Tribunales, pero el sacrificio que ello supondría para la independencia judicial empobrecería, a mi entender, gravemente la impartición de justicia.

El sistema jurídico presidido por la Constitución española ofrece un último resorte. Cabe que la disparidad interpretativa, aun no afectando a ningún contenido constitucional específico, sea tan grave y arbitraria que precisamente por su manifiesta irrazonabilidad no se pueda entender que el órgano judicial ha dispensado la tutela judicial a que el ciudadano tiene derecho según el artículo 24.1 CE:

"Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

4. Es de la mayor importancia destacar que en nuestra configuración constitucional los tribunales ordinarios no solo están llamados a aplicar los productos normativos de rango infraconstitucional, sino que la Constitución española, en su afán por ser efectivamente cumplida y para que sus preceptos desplieguen verdaderos efectos para los ciudadanos en su vida diaria, ha querido que los órganos judiciales ordinarios —los integrados en

el Poder Judicial— tengan un papel protagonista en asegurar su carácter vinculante. Por ello le impone la obligación de aplicarla, lo que también supone reconocerle competencia para interpretarla. Tajante es el artículo 9.1 CE cuando dice que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, los Juzgados y Tribunales ordinarios tienen importantes límites cuando se trata de resolver litigios en los que están implicados contenidos constitucionales, límites que, de una u otra manera, tienen algo que ver con las atribuciones asignadas al Tribunal Constitucional como garante último de la intangibilidad de la Constitución española y de su plena efectividad.

4.1. Adviértase, en primer lugar, que el artículo 53.2 CE* atribuye la tutela inicial de los derechos fundamentales a los Tribunales ordinarios y configura como subsidiario el acceso al Tribunal Constitucional vía recurso de amparo. En otras palabras, aquéllos están llamados a reparar las lesiones sufridas por los ciudadanos en sus derechos fundamentales y libertades públicas pero no es su criterio sino el del Tribunal Constitucional el que prevalece.

*“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Esta es la misma idea que se desprende claramente del ya mencionado artículo 123.1 CE cuando dice que “*El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*”. Este precepto, aunque es muy claro en su redacción, puede no ser pacífico en su aplicación, pues hay categorías jurídicas reguladas en la legislación ordinaria cuya aplicación al caso concreto exija tener presente principios constitucionales, de modo que ciertas lecturas pueden ser contrarias a éstos. El Tribunal Constitucional en estos casos ha de intervenir para garantizar que no se desconozca el principio constitucional implicado, aunque ello implique proscribir una interpretación de la ley ordinaria o incluso imponer un solo sentido como constitucionalmente adecuado. Es también cierto, sin embargo, que el Tribunal Constitucional ha de usar prudentemente de esta facultad so pena de extralimitarse e invadir el ámbito propio de los Tribunales ordinarios y del propio Tribunal Supremo como órgano superior de entre ellos.

4.2. Un segundo límite se encuentra en que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial administran justicia sujetos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), lo que determina que está fuera de sus facultades resolver los litigios que sean sometidos a su conocimiento apartándose de la ley, aun cuando consideren que ésta es irrespetuosa con algún precepto constitucional.

Sin embargo, el constituyente español de 1978, consciente de que los tribunales ordinarios están al mismo tiempo vinculados por la Constitución, les habilitó en estos casos para paralizar los procesos pendientes y plantear su duda de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en su calidad de único órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley (art. 163 CE). Este precepto, al poner en manos de cualquier juez ordinario el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad contra una norma con rango de ley relevante para decidir un litigio pendiente, está configurando un importante instrumento de colaboración y diálogo entre los Jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional, pues siendo justicia rogada la que imparte este último, el sometimiento de una cuestión de este tipo, le permite fijar contenidos constitucionales sobre los que el aplicador del Derecho tenga dudas e incluso, cuando aprecie que es inconstitucional, expulsar la ley en cuestión del ordenamiento jurídico.

El criterio que preside este diálogo judicial, por tanto, consiste en que los órganos judiciales ordinarios, incluido el Tribunal Supremo como cúspide de la organización jurisdiccional, a pesar de ese destacado papel, no son el último intérprete en cuestiones constitucionales, condición que el constituyente quiso que correspondiera al Tribunal Constitucional, como así acontece.

Hay dos normas que afianzan en la práctica esta posición absolutamente preferente del Tribunal Constitucional cuando se trata de interpretar y aplicar contenidos constitucionales. De un lado, el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que afirma que “*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*”. Por contraste con la eficacia de la jurisprudencia dictada en casación por el Tribunal Supremo, que como ya dijimos no restringe la independencia de los tribunales ordinarios, la doctrina enunciada por el Tribunal Constitucional sí vincula a aquéllos en la interpretación y aplicación que hacen

de los preceptos y principios constitucionales, no pudiendo separarse escudándose en la independencia judicial.

Por otra parte saliendo al paso del diálogo, en ciertos momentos, conflictivo entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, sobre todo en la delimitación del ámbito de la jurisdicción de cada uno de ellos, la LO 6/2007, de 24 de mayo, ha pretendido zanjar el desencuentro dando nueva redacción al artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), según la que:

1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.
2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.

III. DIÁLOGO ENTRE Y CON TRIBUNALES SUPRANACIONALES

5. En otro orden de cosas, como ya adelantamos más arriba, la Constitución española abre tres cauces para la incorporación de elementos supranacionales al sistema jurídico español. El artículo 96 CE da por incorporados al ordenamiento jurídico español los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente. El artículo 93 CE permite la penetración de una sola vez de todo un acervo normativo supranacional, obviamente con la mirada puesta en la integración de España en la entonces llamada Comunidad Económica Europea, lo que implicaba convertir en Derecho interno todo un conjunto de normas creado a lo largo de décadas así como las que fueran adoptadas con posterioridad por los órganos supranacionales competentes. En fin, el art. 10.2 CE* representa la decidida voluntad de España de ajustar la aplicación práctica de los derechos fundamentales y libertades públicas a los estándares fijados en los grandes instrumentos internacionales de derechos humanos.

*"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

El ordenamiento comunitario integrado por el cauce del artículo 93 y el ordenamiento del CEDH que adquiere la relevancia interna prevista en el 10.2 CE tienen previsto a su vez órganos propios de interpretación y aplicación como son el TEDH y lo que ahora se denomina TJUE, de modo que lo que se incorpora al sistema jurídico español no son solo los preceptos sino también la interpretación dinámica que estos tribunales hagan de ellos. De aquí que no basta con que los tribunales españoles apliquen esos ordenamientos jurídicos sino que han de hacerlo según la interpretación auténtica que realizan los citados tribunales, lo que abre un espacio de diálogo que se ha revelado rico y no exento de roces.

Es por ello que una de las características de la vida jurídica actual consiste en el juego de influencias recíprocas que se producen entre: 1) la jurisprudencia de los tribunales superiores de los Estados y de los tribunales internacionales, 2) entre la jurisprudencia de los tribunales nacionales entre sí y, 3) entre la jurisprudencia de los propios tribunales internacionales, que se puede ejemplificar en la creciente influencia entre los dos tribunales europeos: el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas decisiones han adquirido un eco enorme en la configuración jurídica de los derechos fundamentales en el marco de la jurisprudencia comunitaria.

Ocurre que los jueces —cualquiera que sea el orden jurisdiccional en que realizan su labor— no son ajenos a la realidad económica y social que caracteriza las sociedades contemporáneas y a la necesidad de que las decisiones que adoptan en sus respectivas jurisdicciones sirvan efectivamente para dar respuesta a los problemas que plantean los justiciables. Todo ello ha contribuido a la creación de una conciencia de que las decisiones judiciales deben arrojar luz sobre las reglas del juego, y de que esas reglas ya no se forman únicamente a nivel nacional, comunitario o internacional, sino que proceden de diferentes fuentes y ordenamientos.

En consecuencia, las doctrinas judiciales y los parámetros hermenéuticos también se globalizan. A diferencia de los políticos, el interés de los jueces puede estar más cercano al valor de los conceptos y a la calidad de los argumentos jurídicos, elementos todos ellos importantes para la pervivencia de cada uno de los ordenamientos jurídicos. Hallamos un ejemplo de la influencia de la jurisprudencia extranjera en las decisiones del TC español en la Sentencia 2/2003, de 19 de febrero, que aborda el problema de la interdicción de someter a un reo a doble enjuiciamiento penal (*double jeopardy*) y no duda, en el sentido que se acaba de exponer, en invocar la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (FJ 3).

Pero al referirnos al "diálogo entre tribunales" debemos acotar el contenido de nuestras reflexiones, que se ceñirán al diálogo —necesario y obligado— que se establece entre los altos tribunales de los Estados europeos con los tribunales internacionales establecidos por el sistema europeo de protección de los derechos humanos (TEDH) y por la Unión Europea (TJUE). En el caso de España este diálogo viene impuesto desde la Constitución (art. 10.2, 93 y 96 CE) y desde los tratados internacionales que España concluyó para adherirse a ambos sistemas.

Por lo demás, en razón de la naturaleza de uno y otro sistema internacional, el diálogo se realiza de dos formas diferentes. En el sistema judicial comunitario los tribunales internos dialogan con el TJ sobre la interpretación y aplicación de unas mismas normas jurídicas y como operadores de un mismo ordenamiento, dialogan en el mismo procedimiento (el prejudicial) y son ellos mismos los que, formulando la cuestión, actúan como interlocutores. No es así, obviamente, en el sistema judicial europeo de protección de los derechos humanos resultante del CEDH, donde el TEDH y el juez nacional aplican normas distintas, pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes, siendo cada uno de ellos actor de su ordenamiento respectivo. Tampoco existe unidad de procedimiento y el juez interno (quien cometió, en su caso, la vulneración del derecho y quien está llamado a tomar en cuenta la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en un asunto futuro) no es interlocutor del TEDH; lo son en todo caso los agentes del Gobierno, a quienes corresponde razonar desde las normas jurídicas nacionales que no se ha producido la alegada violación del Convenio.

La jurisprudencia reciente del TC permite apreciar con claridad cómo este Tribunal participa en el diálogo con los dos Tribunales internacionales señalados.

6. El diálogo TC/TEDH

6.1. Bases jurídicas del diálogo

De acuerdo con el artículo 10.2 CE las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos vigente para España.

Este artículo ha sido ampliamente utilizado por el TC. En virtud del mismo, el TC ha asumido en términos generales la doctrina del TEDH, incorporándola a sus propias decisiones. Pero ¿qué efectos ha producido el juego del art. 10.2 CE cuando el TC considera las sentencias en las que

el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que España ha vulnerado el Convenio de Roma? Dicho de otro modo, ¿está el Tribunal Constitucional vinculado por estas sentencias del TEDH?

Hay argumento, sin duda, que fundamenta la vinculación del TC a la jurisprudencia del TEDH dictada en relación a España. Estos argumentos han sido ofrecidos por el TEDH en su afán por asegurarse que los Estados acaten sus sentencias.

Un primer argumento puede identificarse en la Sentencia del TEDH *Vermeire c. Bélgica*, de 29 de noviembre de 1991, a la que ya se ha hecho referencia. Como se recordará en esta sentencia el TEDH constató que la alegación del Sr. Vermeire tenía su origen en la legislación sobre filiación y sucesiones belga, respecto de la cual ya se había pronunciado en un asunto anterior —Sentencia *Marckx* (13 de junio de 1979)— y en el que concluyó que esa normativa era contraria a los artículos 8 y 14 CEDH. Pues bien, enfrentado de nuevo a esta legislación, el TEDH reprocha a las autoridades legislativas belgas el no haber modificado su legislación y, dirigiéndose directamente a la Cour de Cassation belga, le indica que no debió haber aplicado la normativa vigente en Bélgica, sino la jurisprudencia del TEDH, esto es, la sentencia *Marckx*. Considera el TEDH que los órganos judiciales del Estado no pueden suspender la aplicación del CEDH, tal como ha sido interpretado por él, a la espera de una modificación legislativa. La Cour de Cassation, en fin, debió no haber aplicado la ley que fue declarada contraria a la Convención de Roma en 1979.

E. Lambert ha señalado en relación a esta sentencia: "la doctrina Vermeire ha de entenderse [...] como la sanción a la falta de ejecución inmediata de la sentencia europea de acuerdo con el art. 53 CEDH", en otras palabras, el reconocimiento del "efecto directo" de sus sentencias por parte del Tribunal de Estrasburgo.

En este mismo orden de cosas ha de citarse el Protocolo núm. 14 al Convenio y las recomendaciones del Comité de Ministros que desarrollan su contenido. Estos textos hacen hincapié en la obligación de los Estados parte de evitar la repetición de actos que están en el origen de una sentencia condenatoria del Tribunal. El Comité de Ministros considera que la primera sentencia del TEDH constatando la violación del derecho del recurrente ha de indicar la causa estructural de tal violación, que esta sentencia (sentencia piloto) se referirá a la misma y señalará como medida general a adoptar por el Estado la adaptación de la legislación estatal al CEDH y que deberá ser particularmente atendida no sólo por las autoridades legislativas del Estado en cuestión, sino también por las autoridades judiciales que

deberán atenderla en la resoluciones de casos similares. Incluso se prevé que el Estado cree recursos efectivos a partir de sentencias piloto que lleguen a ser disponibles retroactivamente para los demandantes que hayan introducido su caso repetitivo ante el TEDH.

En síntesis, pues, el primer argumento consiste en señalar que el TEDH da a sus sentencias un efecto para el Estado afectado que trasciende con mucho la mera resolución del asunto objeto de litigio, de modo que este Estado viene obligado a prevenir futuros incumplimientos del Convenio y, por tanto, a adecuar su normativa a lo establecido por el Tribunal de Estrasburgo y a exigir de sus tribunales que se atengan a esta doctrina.

Paralelamente a lo anterior el TEDH ha destacado el efecto de cosa interpretada de sus sentencias. En un sistema como el europeo el valor de la jurisprudencia posee una gran importancia. Ya se ha dicho que el Tribunal de Estrasburgo concibe la Convención como expresión del orden público europeo en materia de derechos humanos y que éste es identificado por el propio Tribunal. Al margen de las implicaciones que ello comporta para el TEDH, que deberá hacer sentencias ponderadas y que puedan ser compartidas por todos los Estados, lo cierto es que el TEDH ha dicho en diversas ocasiones que su jurisprudencia es parte integrante de la Convención, de modo que el carácter jurídicamente obligatorio de ésta se amplía *erga omnes*, esto es, a todos los Estados parte. De ello se deriva que los Estados contratantes deben no sólo ejecutar las sentencias pronunciadas por el Tribunal en los litigios en los que son parte, sino también tener en cuenta las eventuales incidencias que puedan tener en sus propios sistemas jurídicos las sentencias pronunciadas en otros asuntos. Como se ha estudiado la práctica de los Estados ha ido afortunadamente, en términos generales, en este sentido.

El segundo argumento, en suma, consiste en afirmar el efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH. Si esta afirmación es predicada respecto de Estados que no han sido parte en el asunto que ha dado origen a la sentencia, cuánto más cabrá afirmar este efecto respecto del Estado afectado.

El tercer argumento es aportado por el Tribunal Constitucional y el Gobierno de España y puede resumirse del siguiente modo: España ha reconocido "aplicabilidad inmediata" a las sentencias de Estrasburgo.

El TC ha señalado en su STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8 que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, "la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los precep-

tos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales", sino que también "resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento".

Sobre la base de esta jurisprudencia del TEDH, el Gobierno de España ha señalado reiteradamente al Comité de Ministros del Consejo de Europa —órgano encargado de controlar la ejecución de las sentencias del TEDH— que el sistema jurídico español ofrece garantías de no repetición del acto que ha supuesto la vulneración de un derecho del Convenio, pues la jurisprudencia del TEDH es parte integrante del derecho español.

Esta afirmación se completa con la STC 245/1991, FJ 3, de 16 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional ha razonado sobre el fundamento jurídico de la vinculación de las sentencias del TEDH que declaran la violación por parte de España del Convenio de Roma. Según señaló el TC en esta Sentencia, este fundamento es triple: 1º) porque los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, 2º) porque el Convenio forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la CE y 3º) sobre todo, por mandato del art. 10.2 CE. En concordancia con lo anterior el Comité de Ministros del Consejo de Europa se ha referido al efecto directo de las sentencias del TEDH.

A tenor de lo anterior puede concluirse, pues, que desde el plano teórico no faltan razones para fundamentar la vinculación del TC a las sentencias del TEDH declarativas de que España ha vulnerado un determinado derecho de la CEDH.

A los argumentos señalados puede añadirse otro: la práctica del TC. Ahora bien, el examen de la práctica permitirá advertir, por una parte, que existen límites a esta recepción y, por otra, que no siempre el acatamiento de las SSTEDH por el TC ha sido inmediato y pleno. Ambos elementos son expresión de que nos hallamos en el marco de un diálogo entre tribunales pertenecientes a dos ordenamientos jurídicos que interseccionan, y no entre dos tribunales pertenecientes a un solo ordenamiento entre los que se establece una relación de jerarquía.

6.2. El diálogo TC/TEDH sobre el concepto de "dilaciones indebidas"

La jurisprudencia del TEDH y del TC sobre dilaciones indebidas muestra cómo el TC ha sido plenamente receptivo a la doctrina del TEDH configurando, a partir de los criterios establecidos por éste, su propia jurisprudencia.

Así, en su jurisprudencia sobre el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas el TEDH ha establecido unos criterios a tener en cuenta para apreciar el grado de razonabilidad de las dilaciones. A través de estos criterios el Tribunal procura concretar para cada caso el concepto indeterminado de "plazo razonable" utilizado en el Art. 6.1 CEDH. Estos criterios son: 1) la complejidad del litigio, 2) la conducta de los litigantes, 3) la conducta de las autoridades competentes, 4) las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para las partes. El TC ha recogido y empleado estos criterios con mención expresa de su formación por parte del TEDH. Así se aprecia en la STC 5/1985, de 23 de enero, FJ 6, o en la más reciente STC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 10.

Otro elemento característico de la jurisprudencia de Estrasburgo en relación con el derecho a un juicio justo en un plazo razonable ha consistido en afirmar que la situación de atasco de los juzgados no justifica la excesiva duración de un proceso, como tampoco lo justifican las deficiencias estructurales u organizativas de los Juzgados y Tribunales de un Estado. Esta afirmación se recoge en el párrafo 40 de la Sentencia *Unión Alimentaria Sanders c. España*, y es la respuesta del TEDH a las alegaciones del Gobierno español de que la transición a la democracia comportó dificultades en la situación política y nuevas necesidades en la reforma de la Justicia, circunstancias ambas que propiciaron la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 28 de diciembre de 1988, que implicaba una reestructuración completa de la Administración de Justicia, como consecuencia del gran atasco judicial. La jurisprudencia del TC ha hecho suya la anterior afirmación del Tribunal de Estrasburgo (STC 195/1997, de 12 de diciembre, FJ 3).

Por fin, la jurisprudencia del TEDH afirma que los efectos de determinar el período de duración del proceso es preciso considerar desde el momento de su inicio hasta su conclusión por la última instancia judicial que se ha pronunciado, incluido, de ser el caso, el Tribunal Constitucional. Este elemento quedó determinado en la Sentencia *Deumeland c. Alemania*, de 26 de mayo de 1986 (párrafo 77), y ha sido causa de la condena a España en tres ocasiones.

En efecto, la señalada doctrina fue aplicada en relación a España por primera vez en el asunto *Ruiz Mateos* (Sentencia de 23 de junio de 2003) y ha tenido continuidad en los restantes asuntos en los que el TEDH ha condenado a España por dilaciones indebidas, en concreto, en las SSTEDH *González Doria Durán de Quiroga, López Solé y Martín de Vargas*, ambas de 28 de enero de 2004; *Quiles González* (27 de julio de 2004) y *Alberto Sánchez* (16 de febrero de 2005). Se da la circunstancia de que, en los asuntos *Díaz Aparicio*

(Sentencia de 14 de octubre de 2001) y *Soto Sánchez* (25 de noviembre de 2003) la dilación se produjo en el proceso seguido ante el propio Tribunal Constitucional. De todos modos, ha de indicarse que mientras en el primer caso el TEDH tomó en consideración todo el procedimiento para concluir que las dilaciones se produjeron en el procedimiento constitucional, en el segundo el examen del Tribunal de Estrasburgo se refiere sólo al proceso constitucional —que se dilató un total de 5 años, 18 meses y 18 días—, pues así se solicitaba en la demanda.

Debe añadirse que con el tiempo el TC ha incorporado un nuevo elemento para poder considerar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Así, en sus SSTC 231/1999, de 8 de marzo, FFJJ 2 y 3 y 103/2000, de 10 de abril, FJ 3, el TC ha dicho que, para que pueda alegarse en amparo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, "es requisito necesario que, con carácter previo, se hayan denunciado las dilaciones ante el órgano judicial; exigencia que, como tantas veces hemos afirmado, no es un mero requisito formal, sino que tiene como finalidad permitir a los órganos judiciales que puedan remediar las dilaciones y, de este modo, salvaguardar el carácter subsidiario del recurso de amparo". Y, a continuación, ha añadido: "por esta razón, para que se entienda cumplido este requisito procesal no basta con denunciar las dilaciones ante el Juez o Tribunal que las haya causado, sino que además es preciso otorgar a los órganos judiciales un plazo razonable para que puedan reparar la lesión del derecho fundamental ante ellos invocada. De este modo, cuando los órganos judiciales realicen la actividad procesal exigida por la parte en un plazo de tiempo razonable o prudencial, la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones habrá sido reparada ya por el propio órgano judicial, careciendo de objeto el recurso de amparo constitucional".

En atención al anterior razonamiento la STC 103/2000, FJ 3, desestimó la demanda de amparo interpuesta por una sociedad que denunció las dilaciones ante la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 1 de febrero de 1999, y por providencia de 15 de abril de ese mismo año la Sala ordenó que se procediera al señalamiento. Por providencia de 3 de junio se señaló el día 1 del mes siguiente para la deliberación y fallo, recayendo la Sentencia una semana después (8 de julio). El TEDH no se ha pronunciado todavía sobre este requisito, sobre cuya contradicción con el CEDH se pronunció en un Voto Particular discrepante a esta Sentencia (STC 103/2000, que hace extensivo a la STC 231/1999) el Magistrado Rafael de Mendizábal.

Las recientes SSTC sobre las dilaciones indebidas en el procedimiento contencioso administrativo —sentencias que resuelven demandas de am-

paro formuladas fundamentalmente por demandantes extranjeros— ponen de manifiesto cuanto afirmamos.

STC 93/2008, de 21 de julio. En un procedimiento contencioso contra la resolución de la Administración que deniega el permiso de residencia y de trabajo, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Málaga señala la vista del procedimiento para el 23 de octubre de 2008, 17 meses después de la presentación del recurso (6 de abril de 2006). Contra tal resolución se interpuso recurso de súplica que fue resuelta por Auto de 12 de julio de 2006. Este Auto dio cumplida respuesta a las alegaciones del recurrente:

“En lo que va de año han entrado 750 asuntos cuando el módulo anual es de 600, sin contar la bolsa de pendencia provocada por la superación desmesurada de los módulos en las anualidades anteriores más la avalancha provocada por incidentes de extensión de efectos que llegaron en el año 2005 a registrar el número de 845 más los otros incidentes ya descritos y cuyo número llega al asombro [...] Es por ello que en aras de evitar ya que no se llega a dar cumplimiento a una tutela judicial efectiva sin dilaciones a por lo menos cumplir otros principios y derechos como el de igualdad que sólo se puede conseguir llevando este orden y expuesto lo anterior y sin que la Ley dé prioridad a este tipo de procedimiento ni siquiera por la materia es por lo que procede desestimar el recurso de súplica interpuesto por la parte recurrente y continuar con el señalamiento en la fecha en la que se acordó”.

Se interpuso recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). La STC comienza recordando su jurisprudencia sobre este particular (elaborada a partir de la doctrina TEDH) y señala que siendo la noción de “dilaciones indebidas” un concepto jurídico indeterminado, es preciso examinar el caso concreto a partir de ciertos criterios: complejidad del asunto, márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, interés que arriesga el demandante de amparo, conducta procesal del mismo, conducta de las autoridades. En el presente caso, las dilaciones indebidas son consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales, o del abrumador trabajo que pesa sobre algunos de ellos, lo que “si bien pudiera eximir de responsabilidad a las personas que los integran, de ningún modo altera la conclusión del carácter injustificado del retraso ni limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a éste”. Todo ello conduce al TC a estimar el amparo, atendiendo especialmente la cuestión de fondo planteada: la autorización de residencia y trabajo.

La STC 94/2008, aprobada el mismo día que la anterior, se refería a una denegación de entrada en el territorio español para hacer turismo. El TC, tras reiterar la doctrina establecida en la STC, denegó el amparo solicitado. En opinión del Tribunal, “no se advierte que el interés que arriesga el re-

corrente en el litigio, meramente económico, pueda calificarse como esencial para sus derechos o intereses legítimos, por lo que ningún perjuicio irreparable puede sufrir por el mero trascurso del tiempo, no cabe apreciar que la demora en la celebración de la vista haya vulnerado el derecho del recurrente a no padecer dilaciones indebidas en el proceso”.

Esta línea de argumentación se advierte en las SSTC 141/2010 (Ponente E. Gay) y 142/2010 (Ponente E. Pérez), ambas de 21 de diciembre, referidas respectivamente a un procedimiento de expulsión y a un supuesto de denegación de asilo. En ambos casos, el TC concedió el amparo sobre la base del criterio “interés que arriesga el recurrente”; un criterio que, como se ha expuesto, ha incorporado a su jurisprudencia a partir de la doctrina del TEDH.

6.3. El diálogo TC/TEDH sobre el ruido como parte del derecho a la vida privada y familiar

Esta cuestión se plantea abiertamente al examinar la posición adoptada por el TC frente a las sentencias *López Ostra*, de 23 de noviembre de 1994, y *Moreno Gómez*, de 16 de noviembre de 2004. En estas sentencias se condena a España por violación del derecho a la vida privada de los recurrentes. Esta vulneración del art. 8 CEDH obedece a que el derecho español no garantiza la inviolabilidad del domicilio frente a los daños medioambientales graves; un derecho este último que la CE concibe como expresión del derecho a la intimidad y que se refiere a la defensa fundamentalmente frente a intromisiones físicas en el domicilio personal. Como ha indicado F. Velasco difícilmente puede conciliarse esta concepción con la Sentencia *López Ostra*, por medio de la cual el TEDH “ha creado (a partir del art. 8.1 CEDH) un ‘derecho general de libertad’ sobre un espacio determinado (el domicilio)”.

La doctrina del TEDH es, en síntesis, la siguiente: 1) Hay ocasiones en las que determinados daños al medioambiente especialmente graves pueden hacer inviable la vida de los particulares en su domicilio. Tal es el caso del ruido en las cercanías de los grandes aeropuertos o de las emanaciones de olores y humos provocadas por una planta depuradora en una vivienda situada a escasos metros de la misma. 2) Ha de haber una relación de causalidad entre el ruido, los olores, los humos, etcétera y los daños que éstos provocan sobre los recurrentes. En principio la carga de la prueba de esta relación y de su gravedad recae sobre los afectados. 3) Esta prueba ha de demostrar también que las autoridades públicas no han cumplido

con los deberes que les son exigibles para evitar o disminuir tales daños al medioambiente y de proteger a los afectados.

En su demanda la Sra. G. López Ostra se queja de la inactividad del Ayuntamiento de Lorca ante los daños causados sobre su salud y la de su familia, así como sobre la vida privada y familiar en el interior de su domicilio provocados por la estación depuradora instalada a escasos metros de su domicilio. Tras examinar su queja, el TEDH concluye que ni el Ayuntamiento de Lorca cumplió con los deberes que le eran exigidos ni las autoridades estatales adoptaron las medidas necesarias para proteger el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. Para el Tribunal de Estrasburgo el Ayuntamiento no sólo no adoptó ninguna medida después del 9 de septiembre de 1988, fecha de aprobación de la correspondiente Sentencia por el TSJ de Murcia, sino que trató de contrarrestar las decisiones judiciales que podrían exigirle una tal acción. Adicionalmente, el TEDH señala que los otros órganos del Estado contribuyeron a prolongar la situación al no ejecutar el cierre decretado por el Juez de Instrucción de Lorca el 15 de noviembre de 1991 en el curso del procedimiento por delito ecológico. Por último, el TEDH entiende que el hecho de que el Ayuntamiento asumiera los gastos de un apartamento en el centro de Lorca ocupado por la familia de la demandante durante 1 año, no puede ocultar que los interesados han debido sufrir durante más de 3 años los daños provocados por la depuradora objeto de marras (párrafos 56-57). Por tanto, el TEDH concluye que no se ha sabido encontrar el justo equilibrio entre el interés del bienestar económico del Ayuntamiento de Lorca y el disfrute efectivo por parte de la Sra. López Ostra del derecho al respecto de su domicilio y de su vida privada y familiar.

La incorporación de esta doctrina en la jurisprudencia del TC se ha producido mediante dos sentencias, que han asumido sus contenidos progresivamente. La primera de estas sentencias —STC 199/1996, de 3 de diciembre— tiene su origen en la querrela interpuesta por un grupo de vecinos de Sobrado-Meicende-Arteixo con motivo de las obras de ampliación de la refinería de Repsol Petróleo en la zona de Bens. En esta sentencia el TC no entró a juzgar si había habido vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la intimidad. En la demanda de amparo —centrada en el archivo de una denuncia por delito ecológico— sólo se alegaba la vulneración de los arts. 24.1 y 24.2. CE.

Sin embargo, la STC incluye un *obiter dictum* muy importante. En este *obiter* el TC: señala que la importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia López Ostra (FJ 2); expone los avances legislativos habidos en

España en la materia (FJ 3); recuerda que como tal, el derecho al medio ambiente se presenta en España como un principio rector, no como un derecho fundamental; indica que este principio rector exige la aprobación de normas que establezcan medidas preventivas y correctoras de carácter administrativo; por último, el TC recuerda que en ninguna fase del procedimiento los demandantes han atacado la inactividad de la Administración (FJ 4).

En definitiva, la STC atiende la jurisprudencia del TEDH, acepta su doctrina básica (en determinados casos de especial gravedad los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar del art. 8 CEDH), y la línea argumental que llevó al Tribunal de Estrasburgo a entender que en aquella ocasión se produjo la vulneración del mencionado derecho.

La recepción de la doctrina de Estrasburgo, por fin, se ha producido a través de la STC 119/2001. El origen de esta sentencia fue la solicitud formulada por la Sra. Moreno Gómez al Ayuntamiento de Valencia de que le fuera abonada una determinada cantidad en concepto de indemnización por vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio. La mencionada solicitud de indemnización se fundamentaba en la elevada contaminación acústica que venía padeciendo en su domicilio, situado en una zona donde había multitud de establecimientos molestos.

Al examinar la STC 119/2001 conviene hacer notar, en primer lugar, la posición del Ministerio Fiscal. El Fiscal ante el TC abogó por ampliar el concepto constitucional de domicilio. Sobre la base de la sentencia *López Ostra*, el Fiscal indicó que la inviolabilidad del domicilio podría quedar afectada si el medioambiente circundante hace imposible la vida en su interior.

Esta posición es, según mi parecer, aceptada por el TC, en cuya Sentencia pueden seguirse los 5 pronunciamientos siguientes: 1) En el FJ 5 el TC recoge su doctrina sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, uno de cuyos elementos fundamentales es la noción de domicilio inviolable, que desarrolla. 2) Todavía en este FJ 5 reconoce que las nuevas realidades de la sociedad tecnológica imponen una revisión de esta doctrina para hacer que estos derechos resulten reales y efectivos. Y señala que el TEDH ya lo ha hecho así. 3) A continuación —en el FJ 6— remite al art. 10.2 CE y destaca que, con base en el mismo, el TC se ha hecho eco de esta doctrina, con cita expresa de la STC 199/1996, a cuyo *obiter* se ha hecho referencia previamente. 4) El Tribunal procede acto seguido a realizar una interpreta-

ción del art. 18 CE conforme con la jurisprudencia del TEDH. En este sentido afirma que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (FJ 6). 5) Por último, en el FJ 7, el TC aplica la doctrina anterior al presente asunto. Al hacerlo razona a partir de los parámetros en los que lo hizo el TEDH y deduce que, ante la falta de pruebas, no procede otorgar el amparo.

La Sra. Moreno Gómez recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo, lo que dio origen a la STEDH de noviembre de 2004. Ante la alegación del Gobierno de que la demandante no había probado la intensidad de los ruidos en el interior de su domicilio, el TEDH responde: “La exigencia de esta prueba, en este caso, resulta muy formalista dado que las autoridades municipales habían ya calificado la zona donde vive la demandante como «Zona Acústicamente Saturada», esto es, una zona que sufre un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes (ordenanza municipal de 28 de junio de 1986)”.

Tomando en cuenta la intensidad de las molestias sonoras, más allá de los niveles autorizados y durante la noche, y el hecho de que estas molestias se repiten durante años, el TEDH concluye que ha habido un atentado a los derechos protegidos en el art. 8 CEDH. Reconoce que la Administración municipal ha adoptado medidas, en principio adecuadas, pero añade que durante el período afectado, la administración ha tolerado el incumplimiento reiterado de su reglamentación. Los hechos muestran —concluye— que la demandante ha sufrido “un grave atentado a su derecho al respeto del domicilio en razón de la pasividad de la administración ante la juerga nocturna”.

Este proceso de incorporación progresiva de la doctrina de Estrasburgo sobre el daño ambiental y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ha de completarse todavía. En 2003 don Miguel Cuenca, vecino de la plaza donde vive la Sra. Moreno Gómez, formuló demanda de amparo ante el TC. Esta demanda fue inadmitida por una providencia dictada en octubre de 2004. Pero, dándose la circunstancia de que días después el TEDH hubo dictado su sentencia *Moreno Gómez*, el Fiscal ante el TC interpuso recurso de súplica contra la citada providencia. Por ATC 37/2005 se acordó estimar el recurso de súplica y dejar sin efecto la providencia recurrida, en él se afirma que la STEDH justifica plenamente la reconsidera-

ción del recurso de amparo. El TC ha dictado Sentencia sobre este asunto el 29 de septiembre de este año (STC 150/2011), denegando el amparo porque “no se ha acreditado una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aludidos imputable al Ayuntamiento de Valencia”; este aspecto le permite concluir que la STEDH *Moreno Gómez*, pese a las similitudes entre ambos asuntos, no resulta aplicable al caso.

La citada STC 150/2011 es un buen ejemplo de la actual situación del diálogo TC-TEDH. Como acabamos de exponer, el TEDH, apoyándose en el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8.1 CEDH, ha configurado como derecho fundamental el de no sufrir intrusiones (olores, ruido etc.) en el propio domicilio de tal intensidad que impidan el desarrollo en su interior de una vida privada normal. También hemos reseñado que, a pesar que la Constitución española no reconoce un derecho fundamental similar, limitándose a consagrar el derecho a la intimidad personal y familiar (18.1 CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (18.2 CE), el Tribunal Constitucional, interpretando esos preceptos a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo que tiene el papel que le otorga el artículo 10.2 CE, viene reconociendo aquel derecho a la vida privada familiar.

Esta posición, que parte de la incorporación de la doctrina TEDH al ordenamiento español, es la que sostiene la mayoría y los tres votos particulares discrepantes en la STC 150/2011, de 26 de octubre de 2011 formulados por los Magistrados Gay Montalvo, Pérez Vera y Ortega Álvarez. Estos tres últimos, además, entendieron que la aplicación de esa doctrina debía conducir al otorgamiento del amparo. Ahora bien, la citada posición no está exenta de voces contrarias como destaca el Voto Particular concurrente firmado por el Magistrado Manuel Aragón Reyes, que pretende un entendimiento más limitado de la previsión del artículo 10.2 CE. Dice en el fundamento jurídico segundo:

“Ahora bien, que el ‘derecho frente al ruido’ ex art. 8.1 CEDH, definido por la dimensión positiva de la vida privada, sea un derecho subjetivo aplicable por los Jueces y Tribunales de Justicia españoles de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 CE no significa en modo alguno que, además, sea en España un derecho fundamental, en el sentido constitucional del término, tutelable en amparo por el Tribunal Constitucional, como se pretende en la Sentencia de cuya fundamentación discrepo, aplicando la errónea doctrina sentada por la STC 119/2001 (reiterada por la STC 16/2004), que parte de una interpretación insostenible, a mi juicio, de la previsión contenida en el art. 10.2 CE.

En efecto, hay que recordar que el art. 10.2 CE no es una cláusula aditiva que permita, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con un derecho recogido en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ampliar el listado de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española o mutar la na-

turalidad de los mismos, sino una norma interpretativa que únicamente impone que los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución (y en concreto esos derechos y libertades, no otros distintos) se interpreten de conformidad con lo establecido en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España (entre ellos, por tanto, el CEDH). Dicho de otro modo, el art. 10.2 CE no permite incorporar nuevos derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución, ni alterar la naturaleza de los reconocidos expresamente en la misma ampliando artificialmente su contenido o alcance, ni, por tanto, extender la tutela mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional a otros derechos y libertades que los señalados en el art. 53.2 CE.

En suma, en España no existen otros derechos fundamentales que los expresamente garantizados por nuestra Constitución (a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos donde, por contener la propia Constitución una cláusula general de apertura a otros posibles 'derechos de la persona' además de los constitucionalmente concretados, aquellos derechos pueden ser incorporados por decisiones jurisprudenciales)".

7. El diálogo TC/TJUE

7.1. El TC ha atendido la CDFUE con base en el art. 10.2 CE

Por otra parte, los altos tribunales españoles ya habían recurrido a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como fuente interpretativa de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (en cumplimiento del mandato del art. 10.2 CE). La primera ocasión en la que el TC recurrió a la CDFUE para interpretar una norma de Derecho español sobre protección de derechos fundamentales fue en 2000, el mismo año en que se aprobó la Carta, y el TC se remitió al artículo 8 (protección de los datos personales) y a la Directiva 95/46 sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos datos. Mediante el recurso a estos y otros instrumentos internacionales, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, precisó el significado y el contenido del derecho a la protección de datos personales, reconocido en el art. 18.4 de la Constitución española.

Con posterioridad el TC se ha referido a los siguientes artículos de la CDFUE: 18 y 19 (derecho de asilo y derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto a un Estado donde haya grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes) (STC 53/2002, de 27 de febrero), 21.1 —"que contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación"— (SSTC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 176/2008, de 22 de diciembre), 23 —que consagra la igualdad

entre hombres y mujeres— (STC 273/2005, de 27 de octubre de 2005, FJ 6), y 24.1 —derechos del menor— [SSTC 138/2005, de 25 de mayo (FJ 4), 183/2008, de 22 de diciembre (FJ 3) y 17/2006, de 30 de enero (FJ 5)]. El FJ 3 de la STC 183/2008. Por su parte, el Tribunal Supremo ha invocado los artículos 3 —derecho a la integridad de la persona—, 8 —protección de datos personales—, 9 —derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia—, 11 —libertad de expresión y de información—, 17 —derecho a la propiedad—, 23 —igualdad entre hombres y mujeres—, 41 —derecho a una buena administración—, 45 —libertad de circulación y residencia—... [entre otras, en las SSTS de 11 de mayo de 2001 (Sala 1ª), 31 de marzo de 2004 (Sala 3ª), 29 de marzo de 2004 (Sala 3ª), 9 de febrero de 2003 (Sala 3ª), 5 de diciembre de 2002 (Sala 3ª), 8 de febrero de 2001 (Sala 1ª)].

Y esta recepción responde a una doctrina sobre el alcance del art. 10.2 CE muy consolidada, uno de cuyos elementos principales consiste en afirmar que procede realizar una lectura material —no formal— de los tratados aludidos en la disposición constitucional, que permita recurrir con efectos interpretativos no sólo a tratados internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por España sino también a otros textos, como la jurisprudencia emanada de los órganos de control por ellos establecidos u otros textos o documentos producidos en el seno de las Organizaciones internacionales de las que España es miembro; recomendaciones de la OIT, resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; resoluciones y recomendaciones de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa; principios y normas de Derecho comunitario europeo; etcétera.

Ahora bien, el cauce de diálogo entre tribunales expresamente establecido en el ordenamiento jurídico de la UE es la cuestión prejudicial. El TC no había participado en este diálogo directo con el TJUE (a diferencia, por ejemplo, del TS) por cuanto hasta fechas recientes mantenía la doctrina de que el Derecho comunitario europeo no resultaba de su incumbencia.

7.2. La posición del Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario Europeo (DCE)

La jurisprudencia del TC relativa al Derecho comunitario europeo (DCE) presenta dos elementos principales: 1) la caracterización del artículo 93 CE como una norma puramente orgánico-procedimental, y 2) la inhibición del TC a la hora de garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos del Estado.

Esta posición del TC frente al Derecho comunitario europeo, aunque criticada, no está exenta de coherencia por atender a los principios que la sustentan, siendo ésta la perspectiva que se adopta en este trabajo. Para examinarla quizá resulte útil distinguir cuatro fases o elementos.

A) De entrada, el TC, con cita expresa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964, caracteriza el DCE como un "ordenamiento jurídico propio", autónomo, formado por los tratados originarios (los constitutivos de las Comunidades Europeas) y los actos adoptados por las instituciones comunitarias, cuyas disposiciones obligan al Estado español y en él son aplicables (STC 28/91, de 14 de febrero de 1991, FJ 4).

A continuación, el TC sitúa el fundamento de la obligatoriedad del DCE en la ratificación del Tratado de adhesión de España a las Comunidades Europeas y de las posteriores modificaciones de los Tratados constitutivos. Efectivamente, mediante el acto de ratificación de estos tratados queda expresada la soberanía estatal.

Este planteamiento inicial ha llevado al TC a establecer una primera afirmación que ha marcado su jurisprudencia. Dado que el procedimiento para la celebración de los Tratados indicados está regulado en el artículo 93 CE, éste se convierte en fuente de validez formal de los mismos; desde esta perspectiva, el TC ha caracterizado el citado artículo como un precepto meramente procedimental (STC 28/1991, FJ 4; Declaración 1/1992, FJ 4), específico para la adhesión a un tratado que atribuye el ejercicio de competencias soberanas a una Organización internacional con capacidad normativa y la aplicación de cuyo derecho recae sobre los órganos judiciales y la administración españoles.

B) La CE, por otra parte, prevé mecanismos para asegurar que los tratados que integran el DCE originario respeten y se conformen a sus principios y normas. Estos controles están en manos del Tribunal Constitucional y, como en el caso del recurso previo de constitucionalidad (art. 95.2 CE), han sido debidamente utilizados o no se descarta su eventual utilización (recurso de inconstitucionalidad —asunto 28/1991—; cuestión de constitucionalidad).

Es por ello que una eventual contradicción entre el DCE originario y el derecho español no ha de escapar al control del TC, que podrá ejercer incluso un examen material de su contenido. Pero estos mecanismos de control se refieren exclusivamente al DCE originario, en la medida que, como señala el art. 96.1 CE, una vez válidamente celebrados y publicados

oficialmente en España, los tratados que lo integran forman parte del ordenamiento jurídico español.

Esta misma perspectiva de enfoque (que proviene de una interpretación literal de los artículos correspondientes de la CE y de la LOTC) permite comprender las dificultades del TC para hacer frente al DCE derivado, que, al estar adoptado por instituciones y fuentes que no son propias del derecho español, no puede ser contrastado con la CE a los efectos de examinar su validez ni puede su nulidad ser declarada por el TC; ésta sólo puede decretarse por las instituciones comunitarias (TJCE) y en aplicación del DCE.

Ni siquiera el último inciso del art. 93 CE —que prevé que las Cortes Generales o el Gobierno garanticen el cumplimiento del Tratado de adhesión y del DCE— dota de rango constitucional a la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional —estatal y autonómica— respecto del DCE derivado, ya que "este precepto determina simplemente los órganos estatales a los que, según el tipo de actividad que demanda la puesta en práctica de las decisiones comunitarias, se encomienda la garantía del cumplimiento de la legislación comunitaria europea" (STC 28/1991, FJ 4).

C) De lo anterior el TC ha deducido que la tarea de garantizar la correcta aplicación del DCE por los poderes públicos corresponde al TJCE y a la jurisdicción ordinaria en una función que, en lo que se refiere a los tribunales españoles, ha considerado como un mero problema de selección de la norma aplicable al caso concreto. Para alcanzar esta conclusión el TC parte de nuevo de las disposiciones relativas al control de los tratados internacionales. La citada STC 28/1991 refleja bien este planteamiento:

"Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (FJ 5)".

D) Se comprende así que el TC haya concluido que la correcta garantía de la aplicación del DCE por los poderes públicos está excluida de los procesos constitucionales. Así lo afirmó para los conflictos positivos de competencias: los únicos motivos que cabe hacer valer en los mismos son los

relativos a la vulneración de las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias (STC 122/89, de 6 de julio), en ningún caso las normas de DCE derivado que inciden sobre la mencionada distribución competencial.

Pero esta exclusión ha sido afirmada también respecto de los recursos de amparo, dando origen a una errática jurisprudencia que ha tenido como consecuencia la indefensión de los particulares en el caso de una incorrecta o arbitraria aplicación del DC por parte de los jueces nacionales. Como es bien conocido el TC ha afirmado reiteradamente que los actos de las instituciones de la Comunidad no son susceptibles de ser recurridos en amparo.

La primera ocasión en que así lo hizo fue su STC 64/1991, de 22 de marzo. El origen de esta Sentencia se halla en el recurso de amparo interpuesto por la Asociación Profesional de Empresarios de Pesca Comunitarios (APESCO) contra el Acuerdo de la Secretaría General de Pesca, de 26 de agosto de 1986, por el que se aprobó el proyecto de lista periódica de buques autorizados a faenar en los caladeros de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste para el mes de septiembre de 1986, y contra las Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 1987 y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988, que confirman el señalado proyecto.

En la demanda de amparo se reprochaba a tales resoluciones judiciales la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) así como la lesión de la tutela judicial efectiva a que tienen derecho los recurrentes (art. 24.1 CE). La denuncia de discriminación —sobre la que ahora interesa centrarse— no se formulaba de modo autónomo, pues lo que se censuraba a las resoluciones judiciales era simplemente la confirmación de la originaria desigualdad creada por la Orden de 12 de junio de 1981 y por los actos de aplicación impugnados. La respuesta del TC consistió en afirmar que

“no corresponde 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 (art. 170 TCEE). 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 [FJ 4]”.

Al razonar su decisión el TC vuelve, como hiciera en la STC 28/1991, a referirse únicamente al Tratado de adhesión y a examinarlo a la luz de las

disposiciones constitucionales relativas a los tratados internacionales, en este caso, el art. 10.2 CE. Por otra parte, el TC fundamentó su resolución en su anterior STC 28/1991, extendiendo a todos los procedimientos constitucionales aquello que (acertadamente) había señalado en un supuesto de recurso de inconstitucionalidad.

Esta generalización de su doctrina de “no incumbencia” ante el DCE derivado quedó definitivamente asentada en su STC 111/93, de 25 de marzo. La demanda de amparo fue en esta ocasión interpuesta por don Ángel Gonzalo Gonzalo, miembro de la autodenominada Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones (G.I.P.E.). El demandante venía ejerciendo profesionalmente la actividad de intermediario inmobiliario, sin estar en posesión del título oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, cuando, a consecuencia de una denuncia presentada por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Alicante, fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de esa ciudad, como autor de un delito de intrusismo del art. 321.1 del Código Penal. La representación del recurrente consideraba que las Sentencias recurridas vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E., por haberse negado tanto el órgano judicial de instancia como el de apelación a plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 177 del TCEE, una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad del Real Decreto 1.464/1988, de 2 de diciembre, en el que se atribuye la exclusividad de las actividades en el sector inmobiliario a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y a los Administradores de Fincas, con lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva del Consejo 67/43/CEE de 12 de enero, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios.

En su respuesta el TC apreció que no había producido la denunciada vulneración del art. 24.1 CE por cuanto el Juez estimó, en una decisión motivada, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 67/43 CEE ni sobre su falta de aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio (FJ 2). Y a esta afirmación añadió —en línea con la doctrina establecida en sus dos sentencias anteriores— que “el art. 177 del TCEE alegado por el recurrente pertenece al ámbito del Derecho comunitario europeo y no constituye, por sí mismo, canon de constitucionalidad (FJ 2)”.

En definitiva, el TC ha tratado los conflictos surgidos a raíz de la aplicación del DCE derivado a partir de las disposiciones constitucionales relativas al control constitucional de los tratados; disposiciones que le han

llevado a considerar el DCE como contenido de un tratado internacional y a aplicar la lógica del control constitucional de un tratado internacional también al DCE derivado. Por lo demás, esta interpretación la ha hecho extensiva a todos los recursos constitucionales, otorgándole así un alcance general, que, al aplicarse al recurso de amparo, ha determinado que el TC manifestara no sentirse compelido a intervenir ni cuando el amparo se solicita por la violación de un derecho fundamental provocado por un acto de los poderes públicos que se presume contrario al DCE ni tampoco cuando la vulneración de los derechos fundamentales es resultado de la no interposición de una cuestión prejudicial por los órganos judiciales españoles.

7.3. Dos resoluciones que permitirían fundamentar un cambio de doctrina

En el año 2004 el Tribunal Constitucional ha adoptado dos importantes resoluciones en materia de Derecho comunitario europeo. Se trata de su Sentencia 58/2004, de 19 de abril, y de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre (*BOE* de 4 de enero de 2005). Ambas resoluciones introducen modificaciones en los dos elementos más característicos de su jurisprudencia relativa al Derecho comunitario europeo.

Así, la Declaración sobre el Tratado por el que establece una Constitución para Europa introduce un cambio significativo, un auténtico “giro jurisprudencial” respecto de la tradicional caracterización del artículo 93 CE como una norma puramente orgánico-procedimental. Tal caracterización, según se reconoce en el FJ 2º de la Declaración, se situaba “en unas coordenadas precisas”, en relación a las cuales debe interpretarse, distintas en cualquier caso al marco en el que ahora ha de situarse el Tribunal.

Éste viene determinado por la cuestión formulada por parte del Gobierno, que requirió al Tribunal a pronunciarse sobre la suficiencia del art. 93 CE para dar cauce a la integración del Tratado en el ordenamiento interno. Desde esta perspectiva —señala el Tribunal— el art. 93 posee “una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar”:

“el art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias” (FJ 2º).

Al realizar esta afirmación, el TC está reconociendo por vez primera que “la atribución del ejercicio de competencias configura un auténtica categoría constitucional material, la integración supranacional”, aproximándose así a la concepción de la doctrina sobre el mismo. Más importante, el TC deduce de esta configuración del precepto ciertas consecuencias. La primera, en línea con lo que había señalado en la Declaración 1/1992, sobre el Tratado de la Unión Europea, consiste en afirmar que el art. 93 CE “no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el Título X de la CE”; la segunda, que le aproxima a la teoría elaborada por los Tribunales constitucionales italiano y alemán, consistente en reconocer que el propio art. 93 CE impone a la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio que él mismo posibilita tiene unos límites materiales —“inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional”— que no aparecen expresamente recogidos en este precepto constitucional pero que el Tribunal especifica:

“el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)” (FJ 2).

Como tercera consecuencia el Tribunal Constitucional se reconoce autorizado para, en última instancia y a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, “abordar los problemas que se suscitaban [...] en el 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” (FJ 4).

La segunda decisión del TC del año 2004 que debe examinarse es la Sentencia 58/2004, de 19 de abril (*BOE* de 18 de mayo), pronunciada por la Sala Segunda en procedimiento de amparo.

El recurso de amparo fue promovido por la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 5 de octubre de 1999, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Manuel Martínez Calderón, titular de una empresa operadora de máquinas recreativas tipo B, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña de 14 de junio

de 1995, sobre autoliquidaciones en concepto de tasa fiscal sobre el juego y recargo autonómico.

El recurrente en amparo considera que la sentencia del TSJ de Cataluña vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por cuanto no resuelve los problemas planteados *secundum legem*, pues no se atiene al sistema de fuentes, de modo que no es, en realidad, una resolución fundada en Derecho, sino que, basándose en una fundamentación incongruente, errónea, arbitraria e irrazonable, inaplica tanto la Ley 5/1990, de 19 de junio, como la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero. Esta irrazonabilidad y este error se proyectan, según la actora, a dos pronunciamientos de la Sentencia:

- apartado 1. a) del fallo, que anula las cuotas de las máquinas tragaperras correspondientes al ejercicio 1995 sobre la base de la inconstitucionalidad —declarada por STC 173/1996, de 31 de octubre— del gravamen complementario establecido por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 (pese a tratarse de un gravamen creado exclusivamente para el ejercicio 1990); y
- al apartado 1. c) del fallo, que establecía la devolución de la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/87 (recargo equivalente al 20% de la cuota de la tasa fiscal sobre el juego). Según la recurrente no existe motivo alguno para inaplicar las leyes reguladoras de la tasa fiscal sobre el juego y su recargo autonómico, al no reunir este tributo ninguna de las características de los impuestos sobre el volumen de negocios.

A los efectos de nuestra exposición interesa únicamente examinar el segundo de los dos pronunciamientos indicados de la sentencia del TSJ de Cataluña. Respecto de éste, la recurrente en amparo señala que el órgano judicial, al dejar sin gravamen tributario los rendimientos obtenidos por estas máquinas recreativas, incurre en error patente, pues inaplica tanto una Ley estatal (Ley 5/1990, de 29 de junio, de Medidas en materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria por explotación de máquinas recreativas tipo 'B' o 'C') como una Ley autonómica (2/1987, de 5 de enero) sobre la base de la incompatibilidad de la primera con el art. 33 de la sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, sexta Directiva en materia de armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios.

El Tribunal concedió el amparo en relación a este supuesto, aunque lo hizo por considerar que la Sala vulneró el derecho de la Administración a un proceso con todas las garantías, reconocido por el art. 24.2 CE. Y ello

porque el órgano judicial inaplicó las leyes citadas, que consideraba contradictorias con el Derecho comunitario sin que mediase planteamiento de cuestión prejudicial (art. 234 TCE). "En el asunto que nos ocupa —señala el Tribunal— era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible (...) contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente (...) cuestión prejudicial, sin la cual, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas". Y desarrollando su argumentación, añade:

"Los Jueces y Tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no respeta ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente, que el art. 117.3 CE no faculta al Juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2)" (FJ 14).

En la STC 58/2004, el TC resume y reafirma su doctrina respecto al Derecho comunitario europeo:

"Así pues, en principio 'la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es [...] una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales' (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4) porque, 'a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991 y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio' (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). Por este motivo hemos afirmado que, 'sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991, 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita' (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2).

En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE —al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE— no

implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento". (FJ 10).

Esta doctrina, no obstante, no impide que, en determinados supuestos, la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial "pueda llevar aparejada irremediabilmente la lesión del citado derecho fundamental, como así ha ocurrido en el presente caso", en el que un órgano judicial ha procedido a inaplicar el derecho español por considerarlo incompatible con el DCE, desconociendo una clara jurisprudencia comunitaria y nacional en sentido contrario (esto es, que había declarado con anterioridad a la fecha de la Sentencia ahora impugnada la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego y el art. 33 de la sexta Directiva) y obviando su "obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE" (FJ 13).

En conclusión,

"el órgano judicial ha preterido (nuevamente) el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar los arts. 163 CE y 234 TCE, como por desconocer la eficacia de unas normas legales plenamente vigentes. Por ello ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido, colocando además a la recurrente en amparo en una situación de efectiva indefensión (FJ 10). En efecto, es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos (SSTC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5; y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Pero también es indudable que cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas".

Esta sentencia contiene cuatro aspectos de singular novedad:

- 1) otorga el amparo frente a una vulneración judicial cuyo origen mediato es el incumplimiento del art. 234 TCE. Es cierto —añade— que

no se concede el amparo en virtud de que no se cumple el art. 234 TCE (ello equivaldría a reconocer 'rango constitucional' al Derecho comunitario), pero no cabe negar tampoco que concederlo en atención a que es ese incumplimiento el que genera la vulneración del derecho fundamental susceptible de protección en amparo, es tanto como reconocer, al menos en la práctica, que el Derecho comunitario (en este caso la obligación de plantear la cuestión prejudicial ex 234 TCE) puede tener relevancia constitucional;

- 2) ha integrado en el contenido constitucionalmente declarado del derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE) —y, por tanto, susceptible de protección en amparo— la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE,
- 3) ha entrado de forma clara y tajante a realizar un control global de la motivación judicial, examinando si la decisión de no plantear la cuestión prejudicial es conforme a derecho o está fundada en derecho;
- 4) este control de la exigencia de motivación se ha basado en criterios objetivos por cuanto para valorar si el juez estaba o no en situación de tener alguna duda razonable que le obligaba a plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE se ha realizado asumiendo la jurisprudencia del TJCE en materia de cuestiones prejudiciales.

La importancia de las dos resoluciones del TC examinadas a los efectos de permitir estructurar una política judicial que permita incidir en el proceso de integración jurídica comunitario es importante: por la Decisión 1/2004 el TC afirma que determinadas disposiciones de la Constitución española establecen límites a la atribución de competencias a la Unión Europea y que tales límites, aun de forma implícita, integran el contenido del artículo 93, y se reconoce autorizado para, en última instancia y a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, "abordar los problemas que se suscitaran (...) en el 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" (FJ 4); por la STC 58/2004, afirma que su tradicional doctrina según la cual el DCE carece de rango constitucional no le inhabilita "para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y Título III LOTC] [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]".

7.4. El ATC 86/2011, de 9 de junio

Por este Auto el TC plantea su primera cuestión prejudicial al TJUE. Se trata de un asunto planteado por un recurrente que habiendo sido juzgado en rebeldía en Italia fue entregado (en el marco de un procedimiento de OEDE) a las autoridades judiciales italianas sin que los tribunales españoles hubieran condicionado la entrega a la celebración de un nuevo juicio en Italia. Considera el recurrente que esta situación implicaba una vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En este contexto, y tras considerar que la tesis de la vulneración indirecta de los derechos es aplicable también al régimen de la euroorden, el TC plantea al TJUE tres cuestiones prejudiciales:

- a) interpretación del art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, según el cual no se puede “denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución” si, “teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio”.

A pesar de que una interpretación de este artículo conduciría a concluir que efectivamente el artículo en cuestión impide denegar la ejecución de la entrega, el TC formula dos dudas: 1) quizás el artículo impide la denegación de la ejecución de la entrega, pero no su condicionamiento; 2) en tal caso, el condicionamiento de la entrega podría entenderse como una excepción al régimen general de la decisión marco.

- b) validez del art. 4.bis, apartado 1 DM a la luz de las disposiciones de la CDFUE: ¿concede la configuración del derecho de defensa recogido en la CDFUE un contenido más extenso (derecho a estar presente y a participar en la vista penal) que el reconocido por el TEDH (art. 6 CEDH)?
- c) interpretación art. 53 CDFUE: ¿cabe interpretar que este artículo de un modo que concilie el contenido del derecho de defensa con el mayor nivel de protección que otorga el Estado miembro? Este artículo no ha sido interpretado hasta la fecha por el TJUE.

El TC razona sobre la conveniencia de dirigirse al TJUE en los siguientes términos: “La competencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea resulta especialmente pertinente en relación con aquellas disposiciones de Derecho de la Unión Europea que, como ocurre con las que son aquí relevantes, han de ser aplicadas por una jurisdicción nacional de última instancia, sin que aún hayan sido objeto de interpretación y de las que no cabe deducir, además, una única interpretación que se imponga por su propia evidencia no sólo a este Tribunal, sino también al resto de los órganos judiciales de los Estados miembros y aún al propio Tribunal de Justicia” [FJ 4.d)].

IV. REFLEXIÓN FINAL

Así pues, la apuesta por el diálogo que ha venido efectuando el Tribunal Constitucional español ha estado marcada por el tenor mismo de la Constitución que le obliga a convertirse en su último intérprete y, por su condición de órgano jurisdiccional superior respecto del mantenimiento de las garantías constitucionales (art. 123 CE), a reparar, en su caso, las vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en el Título I, Capítulo 1º de la Constitución, a cuyo fin explícitamente se le invoca.

De otro lado la pertenencia de España al Consejo de Europa y a la propia Unión Europea conlleva unas obligaciones que, en modo alguno, pueden desconocer los órganos encargados de la Administración de Justicia, cuyo acoplamiento a una nueva realidad jurídico-política resulta una necesidad a la que no pueden sustraerse las jurisdicciones nacionales, antes garantes, entre otras cosas, de la propia soberanía de los Estados, y a la que está llamado también el Tribunal Constitucional.

Así al Tribunal Constitucional español, como a otros Tribunales europeos, no le ha resultado tarea fácil aceptar esta nueva y afortunada realidad, pero se ha efectuado un esfuerzo para que su Jurisprudencia y su Doctrina se ajustaran a la de los Tribunales supranacionales para no hacer de esta realidad cada día más globalizadora, un conjunto de compartimentos estancos donde los ordenamientos particulares de los Estados de un lado y los europeos de otro no encuentren los puntos de conexión que se convierten en imprescindibles para dar respuesta a los nuevos y constantes desafíos que se presentan a esta Europa que, teniendo una misma moneda, aún no ha terminado de construirse.