



UNIVERSIDAD  
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

**ANALES**  
de  
**DERECHO**

**EL DILEMA DE LA JURISDICCIÓN  
CONSTITUCIONAL DE AMPARO ANTE LA  
IRRUPCIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS**

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Universidad Autónoma de Madrid. Catedrático Emérito de Derecho  
Constitucional

SERVICIO DE  
PUBLICACIONES  
UMU

TEULP TRANSACCIONES  
UNIVERSITARIAS  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE  
LA PLATA THE  
JEAN  
MONNET  
CHAIR



***El dilema de la jurisdicción constitucional de amparo ante la irrupción de la Carta de Derechos Fundamentales*****Resumen**

*El Tribunal Constitucional español tiene ante sí el reto de cómo integrar satisfactoriamente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) en el marco de su jurisdicción de amparo. El camino hasta ahora seguido de hacerlo por la vía del mandato interpretativo del art. 10.2 CE ha agotado sus posibilidades. Entre las alternativas posibles, la extensión de la jurisdicción constitucional de amparo a los derechos correspondientes de la CDF parece la opción menos conflictiva*

**Palabras clave:** *Derecho de la Unión Europea, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Constitución española, jurisdicción constitucional, recurso de amparo, Derecho constitucional comparado*

***The dilemma of the constitutional jurisdiction of amparo in the face of the irruption of the Charter of Fundamental Rights*****Abstract**

*The Spanish Constitutional Court is presently faced with the challenge of integrating the Charter of Fundamental Rights (CFR) as a yardstick of its individual complaint (amparo) jurisdiction. The recourse followed by the Court so far, related to the consistent interpretation along the lines of art. 10.2 of the Constitution, seems to have exhausted its possibilities. Out of the alternatives at hand, the extension of its amparo jurisdiction to the corresponding rights in the CFR emerges as the less damaging solution.*

**Keywords:** *EU Law, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Spanish Constitution, constitutional adjudication, individual complaint (amparo), comparative constitutional law.*



**SUMARIO<sup>1</sup>:** I. EL MARCO DE REFERENCIA: EL PROCESO DE MIGRACIÓN ASCENDENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Declaración y garantía de los derechos fundamentales radicadas en los Estados miembros 2. La migración de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la UE. 3. El pulso en torno al art. 51.1 CDF: De *Åkerberg* a *Derecho al olvido*. II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: UNA SITUACIÓN DIFÍCILMENTE SOSTENIBLE. 1. La regla: “No es mi asunto”, hasta cierto punto. 2. La excepción: Los derechos fundamentales. 3. Dos intentos de evolución jurisprudencial, en definitiva frustrados. III. MANERAS DE SALIR DEL IMPASSE. 1. Primera opción: Un tribunal para la Constitución, a ultranza. 2. Segunda opción: El recurso a ultranza al derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE). 3. Tercera opción: Alineamiento con Karlsruhe y Viena. IV. CONCLUSIÓN.

“La irrupción del ordenamiento comunitario tampoco ha sido sencilla en lo que respecta a la actuación de la jurisdicción constitucional de amparo y se está todavía en un proceso de adaptación.” (Voto particular del vicepresidente del Tribunal Constitucional, Juan Antonio Xiol Rios a la STC 151/2022, FJ 5)

La cita que antecede es expresiva tanto de las posibilidades como sobre todo de las dificultades que el ordenamiento constitucional español puede encontrar a la hora de asumir la potencialidad transformadora del Derecho de la Unión, en este caso, la de su Carta de Derechos Fundamentales (en adelante, CDF)<sup>2</sup>. Es lo que está ocurriendo en el caso de un ordenamiento nacional como el español, caracterizado por una protección particularmente intensa de los derechos fundamentales, cual es la que resulta del recurso de amparo a disposición de los particulares ante su Tribunal Constitucional (en adelante, TC). Tal es, en efecto, el telón de fondo de la reflexión de Juan Antonio Xiol en el que sería el último de sus votos particulares como magistrado constitucional, llamando así la atención hacia una tarea que él calificaba de inconclusa: la de resituar el amparo en un contexto en el que los derechos fundamentales nacionales se encuentran inmersos en un proceso de migración ascendente hacia el ordenamiento supranacional europeo, todo ello en directa correspondencia con el proceso de ampliación de las competencias de la Unión.

Es de notar en este sentido cómo el voto en cuestión habla expresivamente de “irrupción” (del Derecho de la Unión) para calificar las ineludibles repercusiones (“dificultades”) de

---

<sup>1</sup> Este artículo ha sido realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet “*The Transformative Power of European Union Law (TEULP)*”, proyecto financiado por la Comisión Europea (*Project: 101047458 - TEULP - ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH*) y dirigido por Juan Jorge Piernas López, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

<sup>2</sup> Cfr. presentación del proyecto *Transformative European Union Law Power (TEULP)*: <https://www.um.es/teulp/es/proyecto/>.

la condición de Estado miembro en la respectiva jurisdicción constitucional. En concreto, el tribunal español se encontraría “todavía en un proceso de adaptación” a una realidad a decir verdad ya no tan nueva. Se trata, en efecto, de un proceso en el que, como enseguida recordaremos, otros tribunales constitucionales con la misma jurisdicción de amparo le llevan ventaja<sup>3</sup>. No es mucho el tiempo transcurrido desde la emisión de ese voto, en particular teniendo en cuenta que este tribunal ha sufrido una profunda renovación de su composición personal en muy breve tiempo. Aun así, es incontrovertible, por lo que se dirá, que la conclusión de ese proceso de adaptación apremia, siendo aquí donde se sitúa el dilema. En particular, 2022 ha dejado dos resoluciones que dan pie a preguntarse por las posibles opciones que se ofrecen al TC de cara al referido proceso de adaptación<sup>4</sup>. Dicho, esto, bien se podría entrar directamente en materia teniendo en cuenta que el contexto en el que se enmarca la cuestión es a estas alturas suficientemente conocido<sup>5</sup>. A pesar de ello, no está de más recordar este contexto, aun a riesgo de una excesiva simplificación.

## **I. EL MARCO DE REFERENCIA: EL PROCESO DE MIGRACIÓN ASCENDENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **1. Declaración y garantía de los derechos fundamentales radicadas en los Estados miembros**

Comenzando por las que serían las magnitudes implicadas en la problemática que nos ocupa, la primera y más evidente sería de orden sustantivo, no ofreciendo su identificación el menor problema. Se trata de los derechos fundamentales como categoría esencial de la cultura constitucional contemporánea, específicamente europea. Desde hace tres cuartos de siglo, los derechos fundamentales vienen fungiendo como el condicionante por excelencia del ejercicio del poder público en las comunidades políticas europeas. Junto a la articulación efectiva del principio democrático, son la fuente esencial de su legitimidad. Lo dicho supone que, en Europa, comunidad política y derechos fundamentales van desde entonces de la mano, con dos consecuencias que corren

---

<sup>3</sup> Como el propio voto particular recuerda en otro momento de su desarrollo: FJ 5.

<sup>4</sup> Esta misma 151/2022 precedida por la 89/2022.

<sup>5</sup> De hecho, las consideraciones que aquí serán expuestas deben verse como continuación de una reflexión iniciada hace ya algunos años, con reflejo constante en estas páginas.

paralelas por lo que al proceso de integración se refiere. Mientras la condición de comunidad política sólo fuera predicable de los Estados miembros, la responsabilidad de la garantía de los derechos fundamentales ha residido, prácticamente de modo exclusivo, en dichos Estados. En paralelo, conforme dicho proceso de integración se ha traducido en la emergencia de una comunidad política supranacional, en esa misma medida se ha ido imponiendo hacer ahí un hueco a los derechos fundamentales. Esta es sencillamente la dimensión evolutiva del problema, proporcionando una de las claves de lo que en la materia va a ir ocurriendo.

Es además el caso que los derechos fundamentales se inscriben en Constituciones normativas, es decir, son componente y parte esencial del respectivo ordenamiento jurídico nacional, en modo alguno simples declaraciones solemnes con una dudosa capacidad de obligar: son derecho susceptible de ser reivindicado ante las diversas instancias judiciales. Es aquí donde corresponde referirse a las magnitudes adjetivas de la cuestión, es decir, relativas a los modos de garantía de los derechos.

En este sentido, concurren situaciones de especialidad, desarrolladas a su vez en dos niveles. En un primer nivel de especialidad, es el caso que la mayoría de los Estados miembros que actualmente componen la Unión están dotados de una jurisdicción constitucional, es decir, un orden jurisdiccional singular destinado a moverse en un recinto singular del ordenamiento jurídico, el ocupado por la respectiva Constitución nacional<sup>6</sup>. La Constitución es así, por decirlo de este modo, la estrella polar de esta jurisdicción, el objeto por antonomasia de su labor de garantía. Sus concretos modos de asumir este mandato son variables, pero el objeto y el alcance de su jurisdicción se encuentran en todo caso limitados por comparación a lo que es el caso del resto del poder judicial del respectivo Estado. En el momento de nacimiento de las Comunidades Europeas tal era el caso sólo de dos de los Estados miembros, Alemania y de Italia, ampliándose sucesivamente los supuestos, en paralelo con la ampliación de la que será Unión Europea, hasta hacerse mayoritarios.

---

<sup>6</sup> BOGDANDY, A.V., HUBER, P.M., GRABENWARTER, CHR., “Constitutional Adjudication. Common Themes and Challenges”, Oxford, OUP, 2023; LÜBBE-WOLFF, G., “Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren“. Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2022; VISSER, MAARTJE DE, “Comparative Review in Europe. A Comparative Analysis”, Hart, 2014.

Hay, sin embargo, un segundo nivel de especialidad, ya mucho más singularizado, siendo éste el de la jurisdicción constitucional que incorpora un particular tipo de proceso, de remedio judicial, que permite a cualquier persona situada en el ámbito de dominio del Estado en cuestión dirigirse a la jurisdicción constitucional en reivindicación de todos o de determinados de sus derechos fundamentales: la demanda o queja individual<sup>7</sup>. En el momento de nacimiento de las Comunidades Europeas tal era el exclusivo caso de la República Federal de Alemania (*Verfassungsbeschwerde*). Posteriormente, con las sucesivas ampliaciones, sería el caso de España (*amparo*), de Austria (*Verfassungsbeschwerde*) amén de algunos otros Estados miembros<sup>8</sup>. Es lo que Xiol designa en su voto como “jurisdicción constitucional de amparo”, expresión a la que en lo sucesivo daremos un uso genérico. Interesa subrayar ya que este mandato constitucional dirigido a la jurisdicción constitucional, cuando ha sido el caso, ha alcanzado un protagonismo en el conjunto de esa función que permite interpretarlo como parte de su identidad. Igualmente es de señalar que este remedio judicial extraordinario ha adquirido un excepcional valor para los justiciables, siendo esta una dimensión, la subjetiva, sobre la que habrá que volver en lo sucesivo. Estos dos niveles acumulados de singularidad proporcionan de nuevo una clave en el problema que nos ocupa: hay un nivel doblemente extraordinario de protección de los derechos fundamentales, primero por el órgano de garantía, segundo por el tipo de proceso: sólo entendiendo la especialidad del órgano y la especialidad del proceso se entenderá esto.

## 2. La migración de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la UE

*Grosso modo*, durante los tres primeros lustros del proceso de integración europeo, hay acuerdo por parte de unos y otros en que los derechos fundamentales son cosa de los Estados<sup>9</sup>. No obstante, el curso de este proceso de integración revela la rápida formación

---

<sup>7</sup> OLIVER ARAUJO, J., “El recurso de amparo”, Palma de Mallorca, Publicaciones Facultad de Derecho, 1987.

<sup>8</sup> Restringido a disposiciones normativas: Hungría, Polonia. Cfr. GROTE, R., “The Most Important Constitutional Proceedings in the European Legal Space”, in, BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr., “Constitutional Adjudication. Common Themes and Challenges”, Oxford, OUP, 2023, pp. 127-167.

<sup>9</sup> Se ha dicho incluso que no había incluso ninguna sensibilidad sobre la materia, de parte de las Comunidades. Cfr. HALTERN, U., „Europarecht. Dogmatik im Kontext“, 2ª ed. Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, pp. 491-598.

de un ordenamiento jurídico propio, considerado autónomo, dotado de las notas de efecto directo y primacía, en relación con el cual no tarda en plantearse la cuestión de su adecuación a los derechos fundamentales y en particular referido a los actos de los poderes públicos estatales dictados en ejecución del Derecho de las Comunidades Europeas<sup>10</sup>. Es el inicio de un proceso de migración ascendente de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la UE. Desde el momento en que el ordenamiento comunitario se dota con éxito de las referidas notas de efecto directo y primacía, y con independencia de la escasa capacidad de presencia de los derechos fundamentales en un ordenamiento de ambición reducida, la cuestión de la responsabilidad de la garantía de estos derechos se encuentra ineludiblemente planteada<sup>11</sup>. Esto va a dar lugar a un largo y correoso diálogo judicial entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades y la respectiva jurisdicción nacional que, a efectos de simplificación dejaré reducida al caso del Tribunal Constitucional Federal alemán con sede en Karlsruhe.

Dicho con tosquedad: a la vez que el Tribunal de Justicia va declarando su capacidad y competencia para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario<sup>12</sup>, *Karlsruhe* va respondiendo en términos suspensivos o condicionales (*solange*): en concreto, reafirmando en un primer momento (1974) su incólume competencia para conocer de cualesquiera demandas de amparo frente a actos de los poderes públicos nacionales, cualquiera sea su origen último, *mientras* dichas Comunidades Europeas no revelen una inequívoca presencia de los derechos fundamentales en su ordenamiento<sup>13</sup>; pasando a declarar en un segundo momento (1986) su disposición a abdicar de su responsabilidad en materias derivadas del Derecho de la Unión, mientras las Comunidades continúen dando prueba de su capacidad para

---

<sup>10</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (C-26/62); Sentencia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa/ENEL* (C-6/64).

<sup>11</sup> VAŠEK, M., “Constitutional Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights in Europe”, en BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr. (eds.), *Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, OUP, Oxford, 2023, pp. 325-381; PARIS, D., “The Impact of EU Law and the ECHR on National Constitutional Adjudication in the European Legal Space”, en BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr. (eds.), *Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, OUP, Oxford, 2023, pp. 477-494.

<sup>12</sup> Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Erich Stauder contra ciudad de Ulm* (C-29/69).

<sup>13</sup> Sentencia de 29 de mayo de 1974, BverfGE 37/271 (*Solange I*).

garantizar los derechos de forma equiparable a la nacional<sup>14</sup>. Serán respectivamente los momentos conocidos como *Solange I*, vigente por una docena de años, y *Solange II*, esencialmente mantenido a lo largo de tres décadas. No obstante conviene subrayar que, más allá de la equivalencia en la protección de los derechos en términos sustantivos, la protección otorgada a los derechos en el ordenamiento comunitario en términos procesales nunca ha sido equivalente a la nacional<sup>15</sup>.

En particular, *Solange II* supone en esencia responsabilidades separadas. Las Comunidades, luego la Unión, controlan la adecuación de los poderes estatales en ejecución del Derecho de la Unión a los derechos fundamentales (amén de los suyos propios), con renuncia por parte de la jurisdicción constitucional nacional a hacerlo, en tanto ésta se retrae al control de los restantes actos de los poderes públicos nacionales. Es lo que en Alemania se terminará conociendo como la teoría o doctrina de la separación. En su virtud, cada ordenamiento, el nacional y el europeo, es responsable de garantizar los derechos fundamentales en su respectivo ámbito de vigencia. El ordenamiento nacional se rige por sus propios derechos fundamentales incluidas sus propias instituciones de garantía. Y el Derecho europeo se rige por sus propios derechos fundamentales, también con sus propias instituciones de garantía, cualesquiera sean éstas. Queda sin embargo un espacio, el del derecho nacional que podemos calificar de heterónimo, en el sentido de que trae causa inmediata del Derecho de la Unión. Son, de momento, un corto número de situaciones, conocidas como *Wachauf*, *ERT*, y poco más<sup>16</sup>. Es de ese derecho nacional del que por excepción se retira la garantía nacional, situándose en su lugar la definición y garantía europea. Pero en lo demás el criterio es el de responsabilidad separada.

### 3. El pulso en torno al art. 51.2 CDF: De *Åkerberg* a *Derecho al olvido*

---

<sup>14</sup> Sentencia de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

<sup>15</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre la ‘especial responsabilidad’ del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (año 24, nº 66 2020), pp. 363-384.

<sup>16</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “‘All the guidance’, *ERT* und *Wachauf*”, en Poiares Maduro, M./Azoulay, L. (eds.), *The Past and Present of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, pp. 162-170.

La situación podría haberse mantenido indefinidamente, basada en el esbozado modelo de responsabilidades autónomas en la garantía de los derechos. La CDF, con valor asimilado al Derecho primario desde 2009, en concreto los términos de su art. 51.1 CDF así permitían pensarlo: Esta se obligaría a los Estados miembros únicamente cuando aplicasen el Derecho de la Unión. No obstante, como es perfectamente conocido, en 2013 el TJUE lleva a cabo una interpretación inequívocamente extensiva de la CDF en las sentencias engarzadas *Åkerberg y Melloni*<sup>17</sup>. La consecuencia es que ya no podrá hablarse de situaciones individualizadas en las que el contenido declarado de los derechos fundamentales se traslada del ordenamiento de los Estados al de la Unión: la mera presencia del Derecho de la Unión en la materia dada acarrea la migración ascendente de los derechos.

La respuesta del Tribunal Constitucional Federal alemán tardará seis años en llegar. Con el precedente de la sentencia austriaca de 14 de marzo de 2012<sup>18</sup>, el 6 de noviembre de 2019 su Sala Primera emite dos sentencias ambas relativas al llamado derecho al olvido, en doctrina seguida un año más tarde por la Sala Segunda en la conocida como “Euroorden III”. Tomando pie en las dos situaciones descritas en el referido *binomio 29/60* (véase la nota al pie nº 11), Karlsruhe declara su propósito de asumir la garantía de los derechos de la CDF cada vez que el amparo se impetra respecto de disposiciones o

---

<sup>17</sup> Lo que he calificado en otra ocasión como la *ecuación 29/60*. STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson* (C-617/10), punto 29: “De este modo, 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, apartado 60)”. STJUE de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni y Ministerio Fiscal* (C-399/11), apartado 60: “Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, 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”.

<sup>18</sup> Sentencia de 14 de marzo de 2012, U 466/11-18, (conocida simplemente como “Sentencia de la Carta”). Cfr. MERLI, F., “Die Konstitutionalisierung der EU-Grundrechte: Das österreichische Beispiel“, en, DONATH, B.P./HEGER, A./MALKMUS, M./BAYRAK, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 873-886.

actos nacionales regidos por el Derecho de la Unión (será el caso de *Derecho al Olvido II*).

De este modo, Karlsruhe abandona el esquema de responsabilidades separadas de ambos tribunales que había propugnado desde 1986 pasando a asumir la garantía de los derechos de la CDF en las situaciones regidas por el Derecho de la Unión, declarándose dispuesto a asumir la posición de órgano jurisdiccional en el sentido del art. 267 TFUE cada vez que ello fuera preciso. La propuesta de alivio de la tensión entre ambos tribunales recibe el beneplácito informal de dos presidentes sucesivos del TJUE.

Recapitulando lo señalado hasta el momento, cabe señalar cómo los dos ordenamientos nacionales más representativos en la materia han reaccionado al desgaste de su jurisdicción constitucional de amparo asumiendo la condición de órgano judicial de la Unión cada vez que la violación de derechos alegada se dirige frente a un acto o disposición nacionales emitida en una materia regida por el Derecho de la Unión, con el beneplácito de la Unión. De este modo en el momento presente cabe identificar al menos dos claras materias típicamente objeto de demandas de amparo en las que el ordenamiento de la Unión reclama para la CDF la condición de canon o parámetro del litigio, la orden de detención y entrega (euroorden) y el derecho al olvido.

No todo es color de rosa, sin embargo. Para empezar, la nueva jurisprudencia alemana va acompañada de sus propias salvedades (*caveats*), sus propios *solange* cabría decir. No en balde se subraya en ella el mantenimiento incólume de los controles de identidad constitucional y de *ultra vires*<sup>19</sup>. Y está aun enteramente por ver la autenticidad de la disposición de esta jurisdicción constitucional de amparo de suscitar una cuestión prejudicial de interpretación a la primera ocasión en la que haya dudas sobre el contenido de un derecho<sup>20</sup>. Es innegable, sin embargo, que las sentencias de 2019 y 2020 implican un acatamiento, por más que vigilante, de *Åkerberg*, lo cual de momento no es poca cosa.

---

<sup>19</sup> Que no se estaba diciendo a humo de pajas quedaría a la vista apenas un año más tarde en la Sentencia de la Sala Segunda de 5 de mayo de 2020 (*PSPP*) declarando *ultra vires* la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2018 (*Weiß*).

<sup>20</sup> Ver el contraste entre la interpretación llevada a cabo por el TCF y el TC en relación con el derecho al olvido, sin que el tribunal alemán haya procedido en consecuencia, tanto menos el español, en CRUZ VILLALÓN, P. “Still on Constitutional Courts at the Rescue of their Mandate”, en, Donath, B.P./Heger,

## II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: UNA SITUACIÓN DIFÍCILMENTE SOSTENIBLE

En contraste con la evolución llevada a cabo a nivel europeo comparado, la posición del tribunal constitucional español se ha mantenido esencialmente firme en su planteamiento inicial, formulado hace ya tres décadas. De nuevo se trata de una cuestión, suficientemente conocida, con independencia de lo cual conviene recordarla en sus rasgos básicos <sup>21</sup>.

A estos efectos procede comenzar distinguiendo entre la visión que de forma general ha tenido el TC del Derecho de la Unión y la que proyecta cuando está en juego la jurisdicción constitucional de amparo. En este sentido, la situación puede describirse en términos de regla y excepción. En ambos casos se trata de un planteamiento básico suavizado en cada ocasión por un precepto constitucional, el art. 24.1 C.E. en la primera, el art. 10.2 CE en la segunda.

### 1. La regla: “no es mi asunto”, hasta cierto punto

Como regla, y con el matiz que se dirá, la visión que el Tribunal Constitucional español ha tenido del Derecho de la Unión ha sido la de un ordenamiento jurídico que básicamente le es ajeno. Desde este punto de vista la cuestión no es tanto la de que, en los momentos fundacionales de esta jurisprudencia, se haya servido repetidamente del adjetivo ‘infraconstitucional’ para calificarlo, cuanto que lo ha considerado como de la exclusiva

---

A./Malkmus, M./Bayrak, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 907-918.

<sup>21</sup> ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Avoiding the rain or learning to dance in it: the hesitations of the Spanish Constitutional Court”, Preprint No.1/23 Preprint Series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2023; ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Transformaciones Judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea”, Madrid, CEPC, 2022; CRUZ VILLALÓN, P., “Still on Constitutional Courts at the Rescue of their Mandate”, en, DONATH, B.P./HEGER, A./MALKMUS, M./BAYRAK, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 907-918.

CRUZ VILLALÓN, P., “Bemerkungen zu Begriff und Funktion der Verfassung des EU-Mitgliedstaates”, en, Festschrift für Franz Merli zum 70. Geburtstag, 2023, pp. 9-21 (en prensa) CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241; CRUZ VILLALÓN, P., “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, en, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 25, 2021, pp. 57-85.

competencia de la jurisdicción ordinaria<sup>22</sup>. Podemos tomar como referencia básica la STC 28/91: por más que se reconozca al ordenamiento comunitario su condición de ordenamiento jurídico propio integrado en sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”, con cita de las sentencias *Costa/ENEL* (FJ 4) y *Simmenthal* (FJ 6)”, lo que es tanto como reconocer el principio de primacía, ello no le impide reiterar que se trata de un conflicto que ha de resolverse por la jurisdicción ordinaria<sup>23</sup>. La consecuencia evidente es que “ninguna solicitud de interpretación...cabe que le sea dirigida (por el TC) al Tribunal de Luxemburgo”<sup>24</sup>.

El matiz a este planteamiento básico viene determinado por el alcance sustantivo que, de manera creciente, el TC ha venido atribuyendo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). El expediente de extender el amparo de la tutela judicial a extremos que van más allá del derecho de acceso al proceso en igualdad de armas, etc. tiene profunda raigambre. Desde el primer momento el TC consideró que la tutela judicial ampara frente a resoluciones puramente arbitrarias que en este sentido sólo tienen apariencia de tal. A partir de ahí la extensión de la tutela judicial a otras situaciones ha tenido diversas manifestaciones. Una muy relevante fue la de integrar en ella el llamado “derecho al sistema de fuentes” con el objetivo de hacer frente a la no aplicación judicial de una ley parlamentaria sin plantear la preceptiva cuestión de inconstitucionalidad<sup>25</sup>. Y a partir de ahí, a su vez, fue perfectamente posible, con el paso de los años, toda la doctrina constitucional que, con sus diversos matices<sup>26</sup> incorpora al ámbito de la tutela judicial el deber de elevar una cuestión prejudicial al TJUE.

<sup>22</sup> “De forma exclusiva e irreversible”, se llega a decir en la STC 111/93, FJ 10.

<sup>23</sup> Como se dice alternativamente, el derecho comunitario “no integra el canon de constitucionalidad”, siendo eso suficiente para concluir que no es de su competencia. STC 41/2014, entre otras.

<sup>24</sup> STC 28/91, FJ 7.

<sup>25</sup> CLAVERO, B., *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988; PÉREZ NIETO, R. “Art. 24.1. Tutela Judicial Efectiva y Jurisdicción Administrativa”, en *Comentarios a la Constitución española* / coord. por Pérez Manzano, M. *et al*, pp. 593-631.

<sup>26</sup> Típicamente, prioridad temporal de la cuestión prejudicial. *Cfr.* CRUZ VILLALÓN, P./REQUEJO PAGÉS, J.L., “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19, nº 50 (2015), pp. 173-194.

Todo esto termina conduciendo a una relativización de la doctrina de la irrelevancia constitucional del Derecho de la Unión, como punto de inicio: es así como, notablemente en la 31/2019, se declarará que “el desconocimiento de una norma del derecho de la Unión tal como interpretada por el TJUE “puede suponer una selección irrazonable y arbitraria...lo cual puede dar lugar a una vulneración del DTJE [Derecho a la tutela judicial efectiva] (STC 145/2012, 5 y 6)”, con remisión a la STC 232/2015.

## 2. La excepción: los derechos fundamentales

La excepción al planteamiento anterior viene constituida por la materia de derechos fundamentales, en particular en el marco de la jurisdicción de amparo. En este ámbito, el TC no tolera ninguna relativización de su mandato de protección de los derechos susceptibles de amparo, sin más matiz que la incidencia de otro precepto de la Constitución, esta vez su art. 10.2.

En concreto: la circunstancia de que el acto o disposición de los poderes públicos nacionales impugnados sea pura traducción del Derecho de la Unión no cuestiona en modo alguno el mandato constitucional dirigido a la jurisdicción de amparo de conocer de la alegada vulneración en cuestión: “...en la medida en que un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del DCE, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE” (STC 64/1991, FJ 4). Este planteamiento, dicho en términos alemanes, supone sencillamente situarse en el citado momento *Solange I*, y ello sin condición suspensiva alguna, cuando hace ya cinco años que ha sido abandonado por el Tribunal Constitucional Federal.

Hay sin embargo un importante matiz, que por lo demás ya está incorporado en la anterior cita jurisprudencial: el TC, a la vez que no renuncia a la aplicación del canon constitucional que le corresponde, hace expreso su compromiso de efectuarla sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE” (STC 64/1991,

FJ 4). Basta en este sentido recordar cómo este precepto incorpora un mandato dirigido a todos los poderes públicos, en virtud del cual los derechos declarados en la Constitución habrán de ser interpretados con arreglo a los instrumentos internacionales sobre la materia suscritos por España. No puede extrañar que este mandato haya jugado un papel clave a la hora de cohonestar la jurisprudencia constitucional de amparo con la del TEDH<sup>27</sup> Incluso en los momentos previos al Tratado de Maastricht todavía podría tener justificación el que sirviera como cauce de entrada de los derechos tal como regían en la UE. Ahora bien, desde *Maastricht* y sobre todo desde *Lisboa*, con la plena juridicidad de la CDF, el recurso al art. 10.2 CE resulta crecientemente problemático de manera general y aplicado a los supuestos de implementación del Derecho de la Unión muy en particular. Dicho abruptamente, la CDF no es que en estos casos tenga valor interpretativo sino que es de aplicación directa.

No obstante lo anterior, TC catalogará a los derechos fundamentales como quiera que tengan vigencia en el ordenamiento de la UE, como obligado auxilio interpretativo en el amparo de los derechos, de forma no muy distinta al modo de incorporar la jurisprudencia del TEDH. La declaración 1/2004 lo hace así de forma tajante. El 10.2 C.E despejaría cualquier dificultad a la hora de cohonestar las dos series de derechos: “el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE” (FJ 7).

### 3. Dos intentos de evolución jurisprudencial en definitiva frustrados

En dos ocasiones separadas en el tiempo se ha podido identificar un intento de mover los cimientos de los anteriores planteamientos. Son suficientemente conocidos, por lo que bastará traerlos a colación. El primero viene constituido por el Auto de 2012 por el que el TC toma la iniciativa hasta entonces inédita de elevar una cuestión prejudicial<sup>28</sup>. El auto no puede entenderse si no es como reconocimiento de la condición del TC como tribunal de la Unión en el sentido del art. 267 TFUE. La frustración del intento resulta patente a

---

<sup>27</sup> SÁIZ ARNÁIZ, A., “Art. 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en, CASAS BAAMONDE, M. E./RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (eds.), “Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario”. Wolters Kluwer, 2008, pp. 193-208.

<sup>28</sup> ATC 86/2012, de ... “este tribunal reúne los requisitos exigidos por el art. 267 TFUE, en la medida en que es un “órgano jurisdiccional” en el sentido de dicho precepto... FJ 4e.

la vista del alcance puramente interpretativo (*ex art. 10.2 CE*) que el Tribunal otorga a la sentencia del TJUE<sup>29</sup>. El segundo, quizá menos evidente, es el que resulta del modo de argumentar intentado por el TC en toda una primera parte de la STC 89/2022, también acompañada de un voto particular<sup>30</sup>. En una primera parte parece que va a controlar la sentencia de la jurisdicción ordinaria en su respeto al derecho de la Unión, en la segunda termina operando con el 10.2 CE. en los términos más clásicos<sup>31</sup>.

Recapitulando lo que precede, cabe concluir como se comenzaba este apartado: el TC continúa considerándose facultado para entender de los recursos de amparo relativos a situaciones regidas por el Derecho de la Unión con el parámetro propio de la Constitución nacional, en una actitud de evidente tensión con la jurisprudencia del TJUE. Esta situación aparece como difícilmente sostenible: hay supuestos, que el TC parece no querer ver, en las que carece de competencia para aplicar los derechos constitucionales, con riesgo de situar a España ante la experiencia de un recurso por incumplimiento en términos parecidos al dirigido exitosamente por la Comisión Europea frente a Francia<sup>32</sup>.

### III MANERAS DE SALIR DEL *IMPASSE*

Hay varias maneras de salir del *impasse* en el que, por todo lo que precede, se encuentra nuestra jurisdicción constitucional de amparo. En primer lugar, procede insistir en que la problemática que aquí se aborda se ciñe a la jurisdicción constitucional de amparo, de tal modo que se está dejando de lado la jurisdicción de control de normas, es decir, los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. La razón de esta restricción no reside evidentemente en que la cuestión no se plantee también en esta vertiente de la jurisdicción constitucional sino, de forma más pragmática, en que obligaría a introducir una serie de factores que excederían la dimensión de esta contribución.

---

<sup>29</sup> Con los conocidos votos particulares de las Magistradas Asúa y Roca.

<sup>30</sup> ALONSO GARCÍA, R., “El TC y el derecho al olvido ¿allanando un camino ‘a la alemana’ de la CDFUE como parámetro directo del amparo?, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 82 2022, pp. 9-15.

<sup>31</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241.

<sup>32</sup> Sentencia de 4 de diciembre de 2018, *Comisión Europea contra República Francesa* (C-416/17).

En segundo lugar, interesa recordar la falta de correspondencia entre el contenido sustantivo de la CDF y el ámbito de la jurisdicción constitucional de amparo: Los derechos fundamentales que se benefician del recurso de amparo constitucional encuentran correspondencia en el contenido sustantivo de la CDF, pero no ocurre lo mismo a la inversa: el contenido de la CDF rebasa con mucho el ámbito de esta jurisdicción de amparo. Esto exige contraer el problema a los supuestos en los que está en juego un contenido sustantivo de la CDF que encuentra correspondencia con alguno de los derechos susceptibles de amparo constitucional (art. 53.2 C.E.): siempre conscientes de que esa correspondencia no será normalmente absoluta.

Dicho lo anterior, aun conviene identificar un par de premisas que se proyectan sobre las diferentes maneras de salir del impasse. La primera sería el reconocimiento de que hoy día hay una serie de materias relativas a los derechos fundamentales en las que el Tribunal Constitucional no puede decidir por sí y ante sí, ni aún con el auxilio del mandato interpretativo derivado del art. 10.2 C.E. Esto es algo que ya estaba implícito en el auto de 2012 de elevación de la cuestión prejudicial en el asunto Melloni. Ya se han señalado a efectos ilustrativos el caso de la euroorden y el del derecho al olvido. La segunda premisa es el abandono del recurso al 10.2 C.E. como alternativa a la aplicación directa del Derecho de la UE y por tanto de un enfoque particularmente arraigado en la jurisprudencia constitucional española. Sencillamente porque, como se ha señalado, el Derecho de la Unión no viene a auxiliar la interpretación del Derecho nacional, sino a sustituirlo.

### **1. Primera opción: un Tribunal para la Constitución<sup>33</sup>, a ultranza**

La fidelidad al diseño original de la jurisdicción constitucional como orden jurisdiccional singular podría en primer lugar llevar a limitar el parámetro del amparo a los derechos fundamentales susceptibles de este remedio judicial tal como se enuncian en la Constitución nacional, con la jurisdicción constitucional nacional como intérprete supremo de los mismos. Ahora bien, esta opción para serlo realmente implica renunciar a conocer de las demandas de amparo dirigidas a actos de los poderes públicos nacionales

---

<sup>33</sup> Con el permiso de MIGUEL BELTRÁN Y DE DANIEL SARMIENTO: “Un Tribunal para la Constitución”, Madrid, Colegio de Registradores, 2017.

que traen causa del Derecho de la Unión. Lo cual implica el abandono del pronunciamiento expreso ya en la citada STC 64/91, FJ 4. Esto equivale, expresado en términos alemanes, el paso de la vigente situación *Solange I* a la situación *Solange II* (doctrina de las responsabilidades separadas). En lo sucesivo, y consiguientemente, el amparo frente a las diversas manifestaciones del poder público nacional en ejecución del Derecho de la Unión pasaría a ser en primer lugar responsabilidad de la jurisdicción ordinaria como si de cualquier otra materia se tratara, y siempre como órgano judicial afectado por la facultad o en su caso deber de plantear una cuestión prejudicial.

Esta opción es perfectamente legítima, tanto desde la perspectiva del Derecho de la Unión como desde la de la Constitución nacional: de una parte, se acata el mandato del art. 51. 1 CDF en su interpretación extensiva por el TJUE. Por otra, la jurisdicción constitucional nacional se adapta a las exigencias de la condición de España como Estado miembro de la UE, con fundamento en el art. 93 C.E.

Por lo demás, en este ámbito sería perfectamente legítimo seguir operando con la CDF en el *modo* interpretación conforme (art. 10.2 CE), al igual que lo ha estado haciendo hasta ahora, pero sólo en este ámbito.

Hay desde luego un problema, que es de diseño de las responsabilidades respectivas de la Unión y del Estado miembro en la materia. Y es que esta opción sólo es asumible para un Estado miembro con jurisdicción constitucional de amparo en la medida en que la pérdida del ámbito de aplicación de la Constitución es tangencial. Tras la doctrina *Åkerberg* esta opción tiene algo de numantina, como pone en evidencia el giro de alemanes y austriacos. La jurisdicción de amparo sería una competencia residual o por defecto, tanto más teniendo en cuenta que hasta el presente es el *acquis communautaire* el que crece y el fondo de soberanía de los Estados miembros el que retrocede.

El coste, por tanto, es una pérdida de presencia del TC. Habría una serie de situaciones de derechos fundamentales que se ventilarían entre la jurisdicción nacional ordinaria y el TJUE, sin que la jurisdicción nacional tuviera nada que decir al respecto. Porque, además, se trata de una pérdida que vendría a sumarse a otra no menos importante, la de la pérdida del monopolio de rechazo de la ley parlamentaria contraria a la Constitución, como ha

sido puesto reiteradamente de manifiesto<sup>34</sup>. En definitiva, esta opción, en sí misma inobjetable, llega demasiado tarde. Lo que se pudo haber dicho en 1986, apenas situada España en su condición de Estado miembro y en la estela de *Karlsruhe*, resulta hoy un escenario escasamente realista.

## 2. Segunda opción: el recurso a ultranza al derecho a la tutela judicial (art. 24.1 C.E)

Una segunda opción en orden a salir del impasse sería la de llevar al extremo la línea jurisprudencial ya apuntada dirigida a hacer efectivo el diseño de la cuestión prejudicial asimilando su incumplimiento a una lesión de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). En este caso se trataría de controlar como contenido garantizado por el art. 24.1 C.E. el modo como la jurisdicción ordinaria, en cuanto jurisdicción de la UE, aplica la CDF, particularmente en la interpretación dada por el TJUE. Se asistiría así a una especie de simbiosis del amparo constitucional con la garantía de los derechos correspondientes de la CDF.

Ya se ha indicado cómo el expediente de extender el amparo de la tutela judicial a extremos que van más allá del derecho al acceso al proceso en igualdad de armas, etc. tiene profunda raigambre. En este sentido, la idea arriba indicada de *colgar* de la tutela judicial el control de la jurisdicción ordinaria en lo que hace a su modo de aplicar la CDF no sería más que una prolongación de toda la línea jurisprudencial dirigida a dotar de contenido material al derecho de acceso al juez ordinario predeterminado por la ley.

Con arreglo a la lectura que he propuesto hacer de la STC 89/2022<sup>35</sup>, toda la primera mitad de sus fundamentos jurídicos responde a este esquema: el TC controla el acatamiento por la jurisdicción ordinaria del contenido del llamado derecho al olvido tal como éste es interpretado por el TJUE vía art. 24.1 C.E., sin perjuicio de concluir enfocando el amparo con el instrumento del art. 10.2 C.E. En la misma línea ha ido la posición expresada en el voto particular con cuya cita arrancan estas páginas: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ampararía el derecho al respeto de los principios

<sup>34</sup> REQUEJO PAGÉS, J.L., “The Decline of the Traditional Model of European Constitutional Adjudication”, en BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr. (eds.), *Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, OUP, Oxford, 2023, pp. 613-649.

<sup>35</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241.

del derecho de la Unión, en este caso el de efectividad, a la hora de interpretar el derecho nacional.

En sí misma, esta opción sería ciertamente una forma de salir del *impasse*. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión sería una opción plenamente admisible. La situación interna vendría regida por la CDF y eso sería desde dicha perspectiva lo único importante. Desde el punto de vista del ordenamiento nacional la respuesta habría de ser más matizada. Ciertamente, el TC es el supremo intérprete de la Constitución, de tal modo que ninguna instancia interna podría negarle el derecho a interpretar de esta manera el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero no es descabellado pensar que por esa vía se estuviera avanzando de forma difícil de justificar en la *desnaturalización* de una idea compartida de lo que encierra el derecho de acceso al proceso.

Más serio es el segundo problema que presenta esta opción. Sencillamente, resulta imposible comprobar la corrección de la interpretación que la jurisdicción ordinaria lleva a cabo del Derecho de la Unión sin situarse en la posición de tribunal nacional que aplica este Derecho, con la inevitable consecuencia de verse afectado por el deber de plantear una cuestión prejudicial. Esto es algo que ya está apareciendo en el control del deber de plantear la cuestión prejudicial, o en la garantía general del deber de atenerse al derecho de la Unión tal como interpretado por el TJ. Pero ahora de manera mucho más intensa. Y sin la posibilidad de efectuar el quiebro de esa sentencia, convocando al derecho reconocido en la Constitución nacional. En resumen esta segunda opción tiene algo de espuria, pero tendría con todo una ventaja táctica: permitiría transitar con suavidad hacia la tercera de las opciones. El intento, aun frustrado, de la reiterada STC 89/2022<sup>36</sup> lo pondría de manifiesto.

### 3. Tercera opción: el alineamiento con Karlsruhe y Viena

Por último cabría la opción de alinearse con el tribunal alemán y el austriaco, extendiendo la jurisdicción de amparo a los derechos de la CDF cuando guarden correspondencia con los derechos constitucionales. Procediendo así, el TC mantendría materialmente, como hasta ahora, su presencia en el amparo de los derechos, si bien funcionalmente con el

---

<sup>36</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241.

evidente coste de no ser tribunal de última palabra. En este sentido, hay que tener en cuenta que el objetivo es evitar que decaiga este remedio judicial, de tal modo que no tiene sentido plantearse una extensión del amparo a la CDF en su conjunto.

Las ventajas de esta opción son muchas. Ante todo, los justiciables podrían continuar aspirando a una resolución de fondo por parte del tribunal, todo esto desde luego siendo conscientes del alto grado de *objetivación* alcanzado por esta jurisdicción (interés constitucional del asunto). De este modo, el fenómeno de la migración de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la Unión no tendría lugar a costa de los instrumentos de garantía jurisdiccional de los mismos. Ahora bien, no puede olvidarse la circunstancia de que el derecho nacional podría recuperar su presencia en esta jurisdicción europeizada de amparo por la vía de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros incorporadas a la CDF (art. 52.4 CDF)<sup>37</sup>. Por último, el TC evitaría verse *cortocircuitado* por la jurisdicción ordinaria, quedándose limitado a presenciar, como un testigo mudo, cómo se desarrolla un importante coloquio entre dicha jurisdicción y el TJUE.

¿Cómo podría esta evolución tener lugar? Hay varias maneras posibles.

Hay que comenzar teniendo en cuenta que en la práctica pueden darse dos situaciones: o bien el TC no dejaría de admitir una demanda de amparo porque ésta se fundase en la CDF (caso de la doctrina austriaca de 2012) o, alternativamente, transformaría de oficio la invocación de un derecho constitucional en el equivalente de la CDF (caso de la jurisprudencia alemana de 2019).

Respecto del modo de introducir el giro en la configuración de la jurisdicción de amparo, sería perfectamente posible que, en lugar de operarse esta evolución por vía jurisprudencial, como en los casos alemán y austriaco, el cambio se produjera por vía legislativa<sup>38</sup>. En el caso de España, la Constitución permite, como es sabido, ampliar las competencias del TC mediante ley orgánica, habiéndose hecho así en repetidas

---

<sup>37</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Bemerkungen zu Begriff und Funktion der Verfassung des EU-Mitgliedstaates”, en, Festschrift für Franz Merli zum 70. Geburtstag, 2023, pp. 9-21 (en prensa).

<sup>38</sup> En este sentido CRUZ VILLALÓN, P., “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, en, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 25, 2021, pp. 57-85.

ocasiones<sup>39</sup>. La cuestión sería si la ampliación del canon del amparo tendría el carácter de una ampliación de las competencias del tribunal, o bien más sencillamente el de un cambio en la redacción de la Ley Orgánica.

En esta última tesitura, y a modo de simple tentativa, cabría imaginar un art. 54 *bis* LOTC de éste o semejante tenor: “En los supuestos en los que el amparo se dirija frente a una disposición o acto de los poderes públicos nacionales dictado en ejecución del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional, en la condición de juez del Derecho de la Unión, le dará respuesta con arreglo al contenido declarado del correspondiente derecho fundamental en el Derecho de la Unión. El Tribunal no inadmitirá la demanda por la circunstancia de haberse invocado directamente la oportuna disposición del Derecho de la Unión”.

Dicho lo cual, veo alternativamente justificado un cambio de jurisprudencia dirigida a un alineamiento con los tribunales alemán y austriaco. Precisamente este último recurrió a la consolidada jurisprudencia del TJUE<sup>40</sup>, que reclama el mismo grado de efectividad para el derecho de la Unión que para el derecho interno ante los tribunales nacionales<sup>41</sup>. En esta línea, el ordenamiento del Estado miembro no podría privar a los correspondientes derechos de la CDF el amparo que otorga a sus propios derechos fundamentales. De forma similar, se podría decir aquí que los derechos de la Carta no podrían tener menos protección o garantía jurisdiccional que los de los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución. En términos dialécticos se podría alternativamente hablar de un “reverse *Rewe*”, devolviendo el argumento a la Unión<sup>42</sup>: del mismo modo que la Unión exige igual protección para su Derecho en general, los Estados estarían legitimados para exigir que sus derechos fundamentales no sufran menoscabo alguno, desde luego no de tipo procesal<sup>43</sup>, con ocasión de su migración a la UE: y ya que la Unión no dispensa una

---

<sup>39</sup> Así, entre otras, L.O. 7/1999, de 21 de abril; L.O. 6/2007, de 24 de mayo.

<sup>40</sup> Puntos 27-29.

<sup>41</sup> PRECHAL, S., “Redefining the Relationship between *Rewe*-effectiveness and Effective Judicial Protection, en, *Review of European Administrative Law*, 4 (2011), pp. 31-50.

<sup>42</sup> Con permiso de ARMIN VON BOGDANDY Y LUKE SPIEKER, “Reverse Solange 2.0: Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter“, *Europarecht*, 55 (2020), 3, pp. 301-332.

<sup>43</sup> Y en línea de principio tampoco de carácter sustantivo. Ver sin embargo, evidentemente, *Melloni*.

protección jurisdiccional de la misma calidad<sup>44</sup>, serían los Estados los llamados a preservar dicho nivel.

¿Cuál es el inconveniente de esta opción? Seguramente uno sólo: la pérdida ocasional del derecho a la última palabra en materia de derechos fundamentales. No es que esto sea algo inédito para nuestra jurisdicción constitucional de amparo, sometida desde el primer día al sistema del TEDH. Pero ahora no se trataría de un control *externo* por parte de un tribunal internacional de derechos humanos y libertades públicas. Ahora se trataría de integrarse, no sólo de palabra y coyunturalmente, en la condición funcional de órgano jurisdiccional de una comunidad supranacional, lo que es más serio: Y en la arquitectura jurisdiccional de esa comunidad supranacional, fungiría como una pieza más, alineada al menos teóricamente con el resto de las piezas notablemente en lo que al deber de plantear una cuestión prejudicial se refiere.

#### IV. CONCLUSIÓN

Cabría resumir todo lo que precede en las dos proposiciones siguientes. La primera es que parece llegada la hora de que el TC abandone en su jurisdicción de amparo el recurso al art. 10.2 C.E. como forma de incorporar en su jurisprudencia la CDF cada vez que se sitúa ante una norma o disposición interna regida acabadamente por el derecho de la UE. La segunda es que parece también llegada la hora de ampliar la competencia la jurisdicción de amparo a los derechos de la CDF correspondientes al ámbito del amparo constitucional. En otras palabras, cuando se trate de un amparo frente a actos o disposiciones de los poderes públicos nacionales en materias enteramente regidas por el Derecho de la Unión, en los que en principio hubieran sido invocables los derechos susceptibles de amparo, el TC debería mantener su jurisdicción pero actuando como juez del Derecho de la Unión, con todas sus consecuencias. Ahora bien, más allá de las consecuencias prácticas de una evolución jurisprudencial como la que aquí se propone,

---

<sup>44</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre la ‘especial responsabilidad’ del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales”, en, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (año 24, nº 66 (2020), pp. 363-384.

(\*) Las ponencias de Juan Antonio Xiol y Xabier Arzoz presentadas en el Seminario 103 de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, celebrado el pasado 26 de octubre bajo el epígrafe “La Carta de Derechos Fundamentales como canon del recurso de amparo” me han puesto oportunamente sobre aviso respecto de algunos de los extremos aquí finalmente expuestos. Mi consiguiente gratitud se extiende a las observaciones de Francisco Caamaño formuladas en la misma ocasión: con el habitual descargo de responsabilidad.

la misma tendría un valor añadido no desdeñable: el de la normalización de la condición del TC en tanto que órgano jurisdiccional que incorpora a su tarea el Derecho a la UE cada vez que ello naturalmente se impone.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., “El TC y el derecho al olvido ¿allanando un camino ‘a la alemana’ de la CDFUE como parámetro directo del amparo?, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 82 2022, pp. 9-15.
- ARZOZ, X., “Avoiding the rain or learning to dance in it: the hesitations of the Spanish Constitutional Court”, Preprint No.1/23 Preprint Series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2023.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Transformaciones Judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea”, Madrid, CEPC, 2022.
- BELTRÁN, M./SARMIENTO, D. (coord.), “Un Tribunal para la Constitución”, Madrid, Colegio de Registradores, 2017.
- BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr., “Constitutional Adjudication. Common Themes and Challenges”, Oxford, OUP, 2023.
- BOGDANDY, A. V./SPIEKER, L. D., “Reverse Solange 2.0 : Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter“, *Europarecht*, 55 (2020), 3, pp. 301-332.
- CLAVERO, B., “Los derechos y los jueces”, Madrid, Civitas, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Still on Constitutional Courts at the Rescue of their Mandate”, en, Donath, B.P./Heger, A./Malkmus, M./Bayrak, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 907-918.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Bemerkungen zu Begriff und Funktion der Verfassung des EU-Mitgliedstaates“, en, Festschrift für Franz Merli zum 70. Geburtstag, 2023, pp. 9-21 (en prensa)
- CRUZ VILLALÓN, P., “De la persistencia de un viejo *dictum*: la STC 89/2022, en contexto”, en: Fromage, d. (ed.), “Jacques Ziller, a European Scholar”. Florencia, European University Institute, 2022, pp. 230-241.
- CRUZ VILLALÓN, P., “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, en, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25, 2021, pp. 57-85.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre la ‘especial responsabilidad’ del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales2, en, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (año 24(, nº 66 (2020), pp. 363-384.
- CRUZ VILLALÓN, P./Requejo Pagés, J.L., “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad2, en, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19, nº 50 (2015), pp. 173-194.
- CRUZ VILLALÓN, P., “‘All the guidance’, ERT und Wachauf”, en, Poiares Maduro, M./Azoulai, L. (eds.), *The Past and Present of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, pp. 162-170.
- HALTERN, U., *Europarecht. Dogmatik im Kontext*, 2º ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, pp. 491-598.
- HOFMANN, R./HEGER, A., „Zur neuen Grundrechte-architektur im europäischen Mehrebenensystem“. En, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 48, 1-11.

- LÜBBE-WOLFF, G., „Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren“. Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2022.
- MERLI, F., “Die Konstitutionalisierung der EU-Grundrechte: Das österreichische Beispiel“, en, Donath, B.P./Heger, A./Malkmus, M./Bayrak, O. (eds.), “Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag”, Springer, 2023, pp. 873-886.
- OLIVER ARAUJO, J., “El recurso de amparo”, Palma de Mallorca, Publicaciones Facultad de Derecho, 1987.
- PARIS, D., “The Impact of EU Law and the ECHR on National Constitutional Adjudication in the European Legal Space”, en, Bogdandy, A.v./Huber, P.M./Grabenwarter, Chr. (eds.), Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges, OUP, Oxford, 2023, pp. 477-494.
- PÉREZ NIETO, R., Art. 24.1. “Tutela Judicial Efectiva y Jurisdicción Administrativa”, en...593-631.
- PRECHAL, S., “Redefining the Relationship between Rewe-effectiveness and Effective Judicial Protection, en, *Review of European Administrative Law*, 4 (2011), pp. 31-50.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., “The Decline of the Traditional Model of European Constitutional Adjudication”, en, Bogdandy, A.v./Huber, P.M./Grabenwarter, Chr. (eds.), Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges, OUP, Oxford, 2023, pp. 613-649.
- SÁIZ ARNÁIZ, A., “Art. 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en, Casas Baamonde, M. E./Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (eds.), “Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario”. Wolters Kluwer, 2008, pp. 193-208.
- SARMIENTO, D., “El Derecho de la Unión Europea”. 4ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2022.
- VASEK, M., “Constitutional Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights in Europe”, en, BOGDANDY, A.V./HUBER, P.M./GRABENWARTER, Chr. (eds.), Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges, OUP, Oxford, 2023, pp. 325-381.
- VISSER, Maartje de, “Comparative Review in Europe. A Comparative Analysis”, Hart, 2014.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (C-107/77)
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (C-26/62).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 4 de octubre de 2018, C-417/16, *Comisión Europea contra República Francesa* (C-417-16).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni y Ministerio Fiscal* (C-399/11).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Aklaren y Hans Åkerberg Fransson* (C-617/10).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL* (C-6/64)
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 11 de septiembre de 2014, *A y B y otros* (C-112/13)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 91/2000, de 30 de marzo (*Domenico Paviglianiti*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 89/2022 (*derecho al olvido*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 64/91, de 22 de marzo (*reparto de cuotas de pesca*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 37/2019, de 26 de marzo (*bono social*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 31/2019, de 28 de febrero (*inadmisión incidente de nulidad*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 28/91, de 14 de febrero (*elecciones al Parlamento Europeo*)

- Tribunal Constitucional, Sentencia 26/2014 (*Stefano Melloni*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 23/88, de 28 de febrero (*derecho al sistema de fuentes*)
- Tribunal Constitucional, Sentencia 151/2022, de 30 de noviembre (*cómputo de plazo procesal*)
- Tribunal Constitucional, Declaración 1/1992, de 1 de julio (*Maastricht*)
- Tribunal Constitucional, 1/2004, de 13 de diciembre (*Tratado constitucional*)
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de la Sala Primera de 6 de noviembre de 2019 BVerfGE 152, 216 (*Derecho al olvido II*)
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de la Sala Segunda de 1 de diciembre de 2020, BVerfGE 156, 182 (*Euroorden III*)
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de 29 de mayo de 1974, BverfGE 37/271 (*Solange I*).
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).
- Tribunal Constitucional de Austria), Sentencia de 14 de marzo de 2012, U 466/11-18.
- Tribunal Constitucionl Auto 86/2011, de 9 de junio (*Stefano Melloni*)
- Sentencia de la Sala Primera, de 6 de noviembre de 2019, BVerfGE 152, 152 (*Derecho al olvido I*).

