

EL FUTURO DE UN VÉRTICE JURISDICCIONAL CADA VEZ MÁS COMPLEJO

Juan Luis REQUEJO PAGÉS*

Resumen

En el presente artículo se sostiene que la articulación de las jurisdicciones que garantizan cada uno de los sistemas normativos autónomos aplicables en España no puede realizarse a partir de un vértice común a todas ellas, sino, allí donde cabe el solapamiento o la contradicción, es decir, en el ámbito de los derechos individuales, mediante la adscripción de cada una de aquellas jurisdicciones a tareas específicas (y sucesivas) en el proceso de definición y defensa de estos derechos. La entrada en vigor de la Carta de Niza ha hecho que esa articulación sea ahora conceptualmente imposible, dada la vocación constituyente a la que sirve una Declaración de derechos concebida en los mismos términos que una Carta constitucional.

Palabras clave

Sistemas normativos. Ordenamiento. Validez. Aplicabilidad. Jurisdicción. Sistema judicial. Convenio de Roma. Derecho de la Unión. Derechos fundamentales. Proceso constituyente europeo.

Abstract

This article argues that the articulation of those jurisdictions that guarantee each of the autonomous legal systems applicable in Spain cannot be done through an apex common to all of them, but instead, there where overlapping and contradiction may occur, that is, in the realm of individual rights, through the assignment of each of those jurisdictions to specific (and consecutive) tasks in the process of definition and defence of those rights. The entry into force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union has now made this articulation conceptually impossible, due to the constituent vocation of a declaration of rights which is conceived in the terms of a constitutional Charter.

Key words

Legal systems. Validity. Applicability. Jurisdiction. Judicial system. Rome Convention. European Union Law. Fundamental rights. European constituent process.

* Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SUMARIO: I. Constitución, jurisdicción y ordenamiento. II. La correlación entre sistemas normativos y sistemas jurisdiccionales. III. La articulación de los sistemas normativos hasta el Tratado de Lisboa. 1. El sistema normativo interno y el Convenio de Roma. 2. El Derecho nacional y el sistema de la Unión. IV. La deriva constituyente de la Unión. V. Entre una complejidad insostenible y la simplicidad de un orden nuevo.

I. CONSTITUCIÓN, JURISDICCIÓN Y ORDENAMIENTO

LA organización de estas Jornadas me ha confiado la elaboración de una ponencia titulada «El futuro de un vértice jurisdiccional cada vez más complejo». La que me ha precedido se ha titulado «Un vértice jurisdiccional abstracto». Y con ambas comienza un seminario que lleva por rúbrica «El vértice de los sistemas judiciales». La cursiva de este último título advierte ya de que el término «vértice» solo puede utilizarse con alguna reserva en el contexto de las relaciones entre sistemas judiciales que, como es el caso con los que aquí interesan (a saber, el nacional, el comunitario y el sistema del Convenio de Roma), tienen por objeto la garantía de sistemas normativos que no se articulan a partir de una norma superior común y son por ello perfectamente independientes.

Vengo sosteniendo desde hace tiempo que, sin merma de su autonomía, los sistemas normativos constituidos a partir de una norma constitutiva propia pueden integrarse en un conjunto normativo de cuya norma primera no reciben la condición de su existencia como sistemas (su validez), sino su condición de sistemas aplicables en un territorio determinado (1). Un ordenamiento jurídico no es otra cosa que el resultado de la articulación de una pluralidad de sistemas normativos por obra de una Constitución que no los constituye como sistemas válidos, sino como sistemas aplicables. El ordenamiento español vigente está integrado por sistemas normativos que, siendo radicalmente independientes entre sí, comparten un denominador común: todos ellos –y solo ellos– son aplicables en España por decisión (soberana) de la Constitución Española. Tanto el Derecho de la Unión como el Convenio de Roma, por referirme solo a los sistemas normativos que ahora son del caso (2), traen causa en su existencia de una norma ajena a la Constitución nacional e indisponible por esta última. Su validez es, por tanto, independiente de su respeto a las normas constitucionales internas, que en nada pueden condicionar su existencia normativa. Solo las normas internas postconstitucionales, esto es, las creadas en el marco de los procedimientos de producción de normas establecidos por la Constitución, disfrutan de una validez cuyo origen se remonta, por imputa-

(1) REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento (La Constitución como norma sobre la aplicación de normas)*, McGraw-Hill, Madrid, 1995. En la misma línea: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

(2) Lo mismo vale para cualquier sistema *integrado* en el ordenamiento español sin haber sido *creado* a través de los procedimientos normativos establecidos por la Constitución de 1978. Vale también, por tanto, para todo el Derecho interno preconstitucional, cuyo fundamento de validez se encuentra en las Constituciones españolas que han precedido a la vigente. REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, cit.

ción directa, a la Norma fundamental del Estado. Estas normas internas constituyen también, como las europeas o las de Derecho Internacional general, un sistema normativo autónomo, fundamentado, en cuanto tal, en una primera *norma constitutiva*, que en su caso coincide con la Constitución Española. Esta última es fuente de validez de las normas internas postconstitucionales; pero solo de ellas, pues el origen de la validez de las normas de la Unión se encuentra en los Tratados, como deriva del Derecho Internacional la validez de las normas integradas en el sistema normativo creado a partir de este último Derecho (3).

La Constitución Española, además de ser la *norma constitutiva* de un concreto sistema normativo (el interno y postconstitucional), es la norma que decide sobre la *aplicabilidad* de aquellos sistemas que, sin depender de ella en su validez, solo pueden aplicarse en el territorio español por decisión del poder soberano cuya voluntad se expresa en la Constitución. Bien sea por decisión directa del propio constituyente (4), bien por obra de los poderes constituidos habilitados al efecto por la Constitución (5). La Constitución es, por tanto, una *norma sobre la aplicación de normas* antes que una *norma sobre la producción de normas válidas*. Pudiendo ser también lo segundo [y en la práctica siempre lo es (6)], solo lo primero hace de ella una Constitución, es decir, una *norma constitutiva de un ordenamiento*, entendiendo por *ordenamiento* la reunión de todos los sistemas de los que proceden las normas a cuyo través se administra en un espacio físico determinado la violencia legítima monopolizada por el Estado.

La reunión de sistemas en que consiste el ordenamiento creado por la Constitución Española no se consuma con la sola atribución a sus respectivas normas de la condición de normas aplicables en España. Lo haría si la Constitución pudiera también disponer el modo en que dichas normas deben aplicarse, pero eso es algo que solo le está permitido en relación con las normas internas. Las normas internacionales, en general, y las normas europeas, en particular, pertenecen a sistemas normativos cuya aplicabilidad depende de la voluntad soberana del Estado, pero, una vez que la Constitución les ha concedido el marchamo de *sistemas aplicables*, el *régimen de aplicación* de las normas procedentes de esos sistemas es el decidido por estos últimos, siendo así que todos ellos están basados en el principio de la aplicación preferente de sus propias normas frente a las de procedencia interna, sean éstas del rango y valor que sea (7). *Pacta sunt semper servanda... etiam contra Constitutionem* (8). La Constitución, en definitiva, decide *qué* se aplica, pero no *cómo* ha de aplicarse.

(3) O de la Constitución de 1876 la validez de los preceptos originarios del Código Civil.

(4) Como ocurre con la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10.2 CE).

(5) Y por los cauces establecidos en los artículos 93 y 94 de la Constitución.

(6) Con todo, la norma que se limitara a ordenar la aplicabilidad de sistemas normativos creados por otras Constituciones, sin crear ella misma un sistema normativo propio, cumpliría con la única condición necesaria para merecer el título de Constitución.

(7) Con carácter general, en relación con el Derecho Internacional, recientemente, MALENOVSKÝ, J., «L'agonie sans fin du principe de non-invocabilité du droit interne», *RGDIP*, vol. 121 (2), 2017, pp. 291-334. Por lo que hace al Derecho de la Unión, entre muchos, SCHMIDT-AßMANN, E., «Einheit und Kohärenz der europäischen Mehrebenenrechtsordnung», *EuGRZ*, 43. Jg., 5-9, pp. 85-92.

(8) La razón de la diferencia, en este punto, entre las normas internas preconstitucionales y las normas internacionales o europeas es que aquéllas no tienen más órganos jurisdiccionales de garantía que los creados por la Constitución vigente; las externas, por el contrario, si bien se sirven también de éstos, reservan el último pronunciamiento jurisdiccional a órganos de tutela propios del sistema del

La concurrencia de sistemas normativos dotados de regímenes de aplicación propios y excluyentes plantea un problema de integración notorio y de cuya resolución depende la viabilidad misma del ordenamiento del Estado. Descartada la unidad del ordenamiento por vía de la imposición de una norma positiva superior y común a todos los sistemas normativos que lo integran, capaz de ordenar las relaciones entre normas con arreglo al principio de jerarquía (es decir, en términos de validez), se impone asegurarla allí donde el ordenamiento concluye, es decir, en el ejercicio de la jurisdicción, donde el proceso de progresiva concreción de las abstracciones normativas concluye con la producción de una norma singular aplicada a un supuesto de hecho singular e irrepetible. La reducción a unidad de ese complejo normativo, lo que hace que la concurrencia de normas de diferente procedencia dé lugar a un todo ordenado y sistemático y no a una simple acumulación invertebrada de normas de Derecho, se alcanza, en definitiva, en el nivel de la jurisdicción. Es allí donde deben cohesionarse las lógicas propias de cada uno de los sistemas en presencia.

El juez culmina de este modo, en definitiva, el ejercicio de la *función constituyente*, pues con él se reduce a sistema una pluralidad de normas que, sin compartir un mismo fundamento de validez, concurren, por disposición de la Constitución, en la definición de las condiciones de aplicación de la violencia administrada por el Estado.

En el contexto del ordenamiento español –que en este punto es también el de todos los Estados miembros de la Unión y el de los Estados que son parte del Convenio de Roma– la reducción a unidad de los sistemas normativos que lo integran tropieza con una dificultad estructural de principio, fruto de la división de la función jurisdiccional. Como advertía Francisco Rubio Llorente, «[e]s obvio que la organización de nuestros Estados parece movida por dos impulsos de sentido opuesto, y que al mismo tiempo que la división entre las *political branches of government* se hace cada vez más borrosa, la tarea de proteger al individuo frente a la acción del poder, originariamente encomendada a una jurisdicción única, aparece hoy dividida entre varias jurisdicciones distintas y no siempre bien avenidas», lo que comporta el fundado «temor a que la multiplicación de las jurisdicciones que protegen nuestros [d]erechos frente al poder político [...] conduzca en último término a debilitar el control judicial de éste» (9). Y no solo, añadido por mi parte, a debilitar ese control, sino a frustrar el proceso mismo de ordenación *jurídica* de la fuerza en que el Derecho consiste y al que es inherente la garantía de que la respuesta del ordenamiento a los supuestos de hechos sobre los que se proyecta es tendencialmente única, y no tan diversa como puede serlo si son varias las jurisdicciones llamadas a decir su última palabra.

Ante el fenómeno de la pluralidad de jurisdicciones que es característico de los Estados europeos, y concretamente del español, la solución más directa e inmediata pasaría por hacerlas concurrir en una sola, a la que todas estarían finalmente sometidas y que se vería así constituida en *vértice* de todas ellas. A mi juicio, sin embargo, no es esa la solución más pertinente. En realidad, ni siquiera es una solución practicable si cada una de las jurisdicciones en presencia se debe únicamente

que reciben su condición de normas válidas. Sobre el particular, REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, cit., pp. 73-76.

(9) RUBIO LLORENTE, F., «Divide et obtempora?», *REDC*, núm. 67, 2003, p. 49.

al sistema normativo de cuya tutela es responsable. No se trata tanto de constituir un vértice jurisdiccional, cuanto de articular las diferentes jurisdicciones alrededor de un mínimo denominador común. Si en el plano normativo el denominador común entre los sistemas integrados en el ordenamiento español es la Constitución que les ha conferido la condición de sistemas aplicables en España, en el plano jurisdiccional ese denominador compartido es la sentencia judicial (quiero decir, estrictamente, los pronunciamientos del Poder Judicial). Ni la Constitución es por ello el *vértice* normativo del ordenamiento, ni el Poder Judicial representa el *vértice* orgánico o funcional de las jurisdicciones concurrentes en el Derecho español. Una y otro no cumplen la función de un vértice, sino la de un centro de gravedad que atrae para sí normas, en un caso, y jurisdicciones, en el otro, conformando a su alrededor una nebulosa normativa, orgánica y funcional que, sin precipitarse para constituir un cuerpo estable, gira de manera relativamente ordenada guardando un equilibrio extremadamente inestable. La imagen no es, por tanto, la de un vértice, sino, más bien, la de un *vórtice*.

II. LA CORRELACIÓN ENTRE SISTEMAS NORMATIVOS Y SISTEMAS JURISDICCIONALES

Las jurisdicciones en presencia en un Estado como España son, como es sabido, la interna –desdoblada entre la constitucional y la ordinaria–, la de la Unión Europea y la del Convenio de Roma (10). Cada una de ellas tiene por objeto la tutela del concreto sistema normativo que las ha instituido como función de garantía confiada a un órgano o conjunto orgánico constituido en el seno del propio sistema. Así, el sistema del Convenio de Roma ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional de tutela de las normas creadas por el Convenio. El sistema normativo estrictamente español, esto es, el integrado por las normas cuya validez se fundamenta en la Constitución de 1978 o en una Constitución nacional precedente, confía la garantía de su observancia a una potestad jurisdiccional desdoblada funcional y orgánicamente en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Por su parte, la Unión Europea cuenta con una jurisdicción propia, consagrada a la defensa de las normas constitutivas del Derecho de la Unión (los Tratados) y de su Derecho derivado, y atribuida en su ejercicio a una institución europea, el Tribunal de Justicia, con el auxilio de las jurisdicciones de los Estados miembros.

A cada uno de los sistemas normativos integrados en el ordenamiento español le corresponde un sistema jurisdiccional propio. Y al igual que aquellos sistemas normativos se reducen a unidad en una norma positiva superior [su norma constitutiva (11)], estos sistemas jurisdiccionales, caso de organizarse en una pluralidad de

(10) Son, al menos, las que aquí importan, pues no puede olvidarse, entre otras, la ejercida por el Tribunal Internacional de Justicia.

(11) Respectivamente, la Constitución de 1978 (sistema interno), el Convenio de Roma (sistema del Convenio), Derecho originario (sistema de la Unión).

instituciones judiciales, culminan en un órgano judicial supremo (12). En ambos casos existe, con toda propiedad, un verdadero vértice (normativo y judicial). Pero en tanto el ordenamiento sea una suma de sistemas normativos autónomos, es inútil buscarle un vértice superior. Y pretender que lo sea alguno de los que lo son en los diferentes sistemas que lo integran supondría subordinar a un único sistema a todos los demás, es decir, privarles de su autonomía y, en consecuencia, disolverlos en cuanto sistemas. El ordenamiento, en definitiva, no sería ya la reunión de varios sistemas normativos, sino que se confundiría con uno solo. No operaría ya, por tanto, en clave de aplicabilidad de normas cuya validez le es indisponible, sino en términos de validez *stricto sensu*, resolviendo toda posible antinomia con el expediente de la jerarquía.

Como es evidente, ninguno de los sistemas normativos que hoy integran el ordenamiento español permitiría su absorción por parte de uno de los que le acompañan, como sistemas aplicables, en el espacio normativo creado por la Constitución. Sus órganos de garantía estarían obligados a impedirlo, contando al efecto, en última instancia, con la fuerza administrada a través de su sistema.

Para la articulación de los sistemas integrados en un ordenamiento no puede contarse con el recurso de la jerarquía, pues éste presupone una relación de validez que no existe, por principio, entre normas procedentes de sistemas que administran una validez autónoma. El empeño en organizar las relaciones entre sistemas tratando de articularlos a partir de un vértice responde en buena medida al reflejo tan característico de los juristas de resolver siempre por elevación las contradicciones normativas. Pero para hacer frente a las que se suscitan entre normas independientes es necesario descartar la *tentación jerárquica* y aplicarse más bien a la búsqueda de la armonía, empresa para la que el órgano más indicado no es aquél que ocupa un vértice imposible, sino quien participa en la función de garantía de la indemnidad de todos los sistemas, es decir, el Poder Judicial.

El Poder Judicial es titular exclusivo de la función jurisdiccional del Estado, que comparte, excepcionalmente, con el Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales, entre las que se cuenta, además de la protección de los derechos fundamentales, el monopolio de rechazo de las leyes postconstitucionales (13). El juez ordinario es también juez del Derecho de la Unión Europea, por más que los Tratados se hayan negado hasta ahora a reconocerlo explícitamente (14). En esa condición le compete hacer efectiva la lógica de la primacía de las

(12) El binomio Tribunal Constitucional/Tribunal Supremo (sistema interno) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como instancia superior respecto del Tribunal General (sistema de la Unión).

(13) Pueden quedar aquí al margen las otras «jurisdicciones no judiciales» previstas por el constituyente, a saber, la militar y la contable. Al respecto, con carácter general, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Artículo 117», en CASAS BAAMONDE, M.ª E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., (eds.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1827-1850.

(14) En este sentido, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 4.ª ed., Madrid, 2014, pp. 201-203, quien recuerda que en el *Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema judicial de las Comunidades Europeas*, elaborado en el año 2000 con vistas a la reforma de Niza, se proponía «enunciar de manera explícita un principio fundamental que solo de forma implícita se desprende del texto actual del artículo 234 (267 TFUE tras Lisboa) y que, por lo tanto, algunos jueces nacionales pierden de vista: el principio según el cual los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden juzgar plenamente las cuestiones de Derecho comunitario que surjan en el ejercicio de sus competencias nacionales, bajo la única reserva de las cuestiones prejudi-

normas europeas y, en consecuencia, inaplicar las normas internas que considere incompatibles con aquéllas. No le cabe enjuiciar la validez del Derecho derivado; tampoco le corresponde la interpretación auténtica de las normas de la Unión. No es, por tanto, estrictamente, órgano de garantía de la indemnidad del Derecho europeo frente a la actuación de los poderes constituidos de la Unión. No es, en definitiva, garante de la validez de ese sistema normativo, pero sí lo es de su aplicación eficaz frente a las normas nacionales, sin acepción de rango (15). En fin, el Poder Judicial es juez del Convenio de Roma en la medida en que las normas de ese tratado coadyuvan, por mandato del artículo 10.2 CE, a la definición del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, cuya garantía primera corresponde al juez ordinario (16).

Ninguna de las otras jurisdicciones concurrentes en el conjunto del ordenamiento participa de la transversalidad que caracteriza a la posición del juez ordinario. El Tribunal Constitucional, ceñido al ámbito de la garantía de la Constitución, es (relativamente) ajeno a la protección de la legalidad ordinaria, de manera que su tutela solo alcanza a un sector del sistema normativo interno. Ciertamente, como órgano de tutela de los derechos fundamentales participa en la defensa de los recogidos en el Convenio de Roma y en ese sentido coadyuva también a su defensa. Pero le es absolutamente extraño el universo normativo de la Unión, fiel a su doctrina de que «la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por Leyes o normas estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» (17). Por su parte, el Tribunal de Justicia no tiene otro horizonte normativo que el del sistema europeo, y su relación con el Convenio de Roma, en tanto no se cumpla con el mandato de adhesión establecido en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, es poco menos que vicaria. En lo que hace al Tribunal de Estrasburgo, su confinamiento en los límites del sistema del Convenio es absoluto y riguroso.

Con todo, y como veremos, la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha puesto en cuestión el principio de la irrelevancia constitucional del Derecho europeo, confiriendo al Tribunal de Justicia un protagonismo insólito en uno de los dominios hasta ahora reservados al sistema normativo interno y que las jurisdicciones nacionales solo compartían con el Tribu-

ciales [...]». Por su parte, como también señala este autor, en el marco de los trabajos de la Convención sobre el Futuro de Europa llegó a proponerse que en la frustrada Constitución Europea se indicara que «la Unión dispone de un sistema judicial del que forman parte el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia, los tribunales especializados y los jueces nacionales».

(15) Normas nacionales que, obviamente, nunca pueden perjudicar al Derecho de la Unión en su validez, sino solo en su aplicabilidad. A la validez de una norma europea únicamente podría oponerse otra norma igualmente europea.

(16) De manera aún más acusada tras la reforma del régimen del recurso de amparo de 2007, con la que se ha configurado un sistema de garantías que, como afirma el Tribunal Constitucional, confiere a los jueces ordinarios, «como guardianes naturales y primeros» de los derechos fundamentales, «un mayor protagonismo en su protección», en el marco de un sistema «culminado por el Tribunal Constitucional[,] que, además de garante último, es su máximo intérprete» [STC 43/2010, de 26 de julio, FJ 5 (ES: TC:2010:43)].

(17) STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5 (ES: TC:1991:28). Con mejor sentido, la STC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3 (ES: TC:1993:180), calificaría a las europeas como «normas no constitucionales».

nal Europeo de Derechos Humanos en cuanto garante de un sistema que, como el del Convenio de Roma, tiene atribuida una función de normación básica o de mínimos en la definición de unos derechos cuya construcción acabada corresponde a los tribunales estatales. Con el Tratado de Lisboa se ha introducido un factor de complejidad extraordinario en el régimen de articulación de los sistemas integrados en el ordenamiento español. Dicho factor es el de la *pulsión constituyente* del Derecho europeo, llamado a desarbolar la estructura de un modelo de convivencia normativa basado en la centralidad de los sistemas normativos nacionales y en la función del juez ordinario como instancia de reducción de la complejidad sistémica del ordenamiento.

III. LA ARTICULACIÓN DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS HASTA EL TRATADO DE LISBOA

1. EL SISTEMA NORMATIVO INTERNO Y EL CONVENIO DE ROMA

La ordenación de las relaciones entre el sistema normativo interno y el sistema del Convenio de Roma viene facilitada enormemente entre nosotros por obra de la previsión contenida en el artículo 10.2 CE (18). En principio, la convivencia de una declaración constitucional de derechos fundamentales y un Convenio de protección de esos mismos derechos comporta una cierta inflación de enunciados normativos (19). Es función del juez que esa proliferación de enunciados normativos referidos formalmente a un mismo derecho se reduzca a unidad en un solo contenido. El derecho a la libertad personal no puede tener tantos contenidos como instrumentos normativos lo proclamen o reconozcan. En otro caso, la inflación de derechos enunciados, lejos de redundar en su mejor garantía, terminará por producir el mismo efecto que la más absoluta de las anomias (20).

Del tenor del artículo 10.2 CE se desprende que los contenidos de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento español se integrarán mediante la articulación de [a] normas constitucionales y [b] normas internacionales, de manera que la integración comienza en la definición misma del derecho, no después, en el momento de la interpretación del derecho ya definido y a los fines de su aplicación (21). No se trata de que, definido un derecho fundamental a partir de la Cons-

(18) Por todos, en general, SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999.

(19) Sin entrar ahora en otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.

(20) Sobre la concurrencia de sistemas de protección de derechos, CRUZ VILLALÓN, P., *Rights in Europe: The Crowded House*, Centre of European Law, working paper 01/12, Kings College, Londres. ALONSO GARCÍA, R., *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

(21) He anticipado lo que sigue en REQUEJO PAGÉS, J. L., «Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del Ordenamiento», en *La rebelión de las leyes. Demos y Nomos: La agonía de la justicia constitucional*, Fundamentos 4/2006, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, pp. 441-453.

titución, esa definición deba acomodarse a los tratados sobre derechos ratificados por España. La acción de la norma internacional sobre el derecho fundamental no es exógena, sino endógena: el derecho se define *con y a partir* de la norma internacional; no se matiza, perfila o adjetiva, una vez *ya* definido, mediante ella.

El componente internacional llamado a integrarse en la definición material del derecho está formado tanto por el enunciado normativo correspondiente como por la interpretación auténtica de ese enunciado llevada a cabo por su intérprete autorizado, es decir, por el órgano jurisdiccional de garantía del sistema del que procede el enunciado en cuestión. Esto es, para la definición del derecho fundamental a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional habrá de tener en cuenta [a] el enunciado constitucional, [b] el enunciado internacional y [c₁, c₂... c_n] la jurisprudencia de cada uno de los tribunales de garantía de los sistemas en los que se integra el respectivo enunciado internacional (así, el Tribunal de Estrasburgo por referencia al Convenio de Roma). Una vez definido el derecho fundamental nacional a partir de esos componentes, los tribunales ordinarios perfilarán definitivamente sus contornos dando aplicación al contenido que resulta de [a], [b] y [c₁, c₂... c_n] en la interpretación autorizada del Tribunal Constitucional, con el añadido de [d] la dimensión legislativa con la que el legislador haya decidido complementar la dimensión estrictamente constitucional del derecho o libertad fundamentales (22).

El derecho fundamental es obra, por tanto, en su configuración acabada y perfecta (que es suma de la dimensión constitucional, la internacional y la legislativa), de la jurisdicción ordinaria. En cada una de esas dimensiones opera separadamente una jurisdicción de garantía específica. Pero las que lo hacen en las dos primeras se mueven en un plano ontológicamente distinto y conceptualmente anterior a aquél en el que se desempeña la jurisdicción ordinaria. No se trata de la mera superposición de instancias jurisdiccionales que actúan *en toda su extensión* sobre un mismo objeto normativo, sino de jurisdicciones que se suceden en el curso del proceso de configuración de los derechos, actuando cada una de ellas, de manera sucesiva, en las diferentes fases de ese proceso (23).

(22) En uno de sus primeros pronunciamientos [STC 42/1982, de 5 de julio (ES: TC:1982:42)] el Tribunal Constitucional concluyó que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE debía entenderse integrado con el derecho a la doble instancia en materia penal, formalmente garantizado por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Veinte años después, ese efecto expansivo del contenido de los derechos por obra de su definición a partir de normas internacionales tendría un nuevo episodio con la STC 167/2002, de 18 de septiembre (ES: TC:2002:167), en cuya virtud, y contra lo que venía siendo la doctrina oficial consolidada, habría de entenderse en lo sucesivo que el derecho a la doble instancia comprende el derecho a la celebración de vista pública en el proceso de apelación cuando en la primera instancia ha habido un pronunciamiento absolutorio. En este caso, la definición del derecho constitucional (art. 24 CE) se ha matizado a partir de la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Estrasburgo, y no, como en el ejemplo anterior, a partir de un enunciado normativo. Dos casos, por tanto, que ilustran sobre la naturaleza (conceptualmente) *constitutiva* que las normas y las jurisprudencias internacionales tienen para el Tribunal Constitucional a los efectos de la definición *constitucional* de los derechos fundamentales.

(23) No se trata, por tanto, como señalaba RUBIO LORENTE, F., «Divide et obtempera?», cit., p. 52, de jurisdicciones paralelas, en el sentido de que actúen sobre objetos diversos: los derechos fundamentales, los derechos constitucionales y los derechos legales. No hay, en efecto, paralelismo alguno, sino convergencia. Ahora bien, no porque, como entendía RUBIO LORENTE, «[l]os titulares de los [d]erechos son en todo caso los mismos y los contenidos protegidos idénticos o análogos», de manera que «las tres jurisdicciones protegen los mismos [d]erechos *materiales*» (*loc. ult. cit.*), sino porque cada una de ellas participa en estadios diferentes de la definición del contenido protegido. No

Tanto la jurisdicción constitucional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son jurisdicciones de mínimos. Su objeto es la definición y garantía del contenido nuclear o primario de los derechos fundamentales. De aquéllo, si se quiere, que los hace *reconocibles* como tales. Ambas jurisdicciones configuran, pues, el sustrato sobre el que ha de elevarse la totalidad del contenido del derecho en su configuración definitiva, en la que participa ya la voluntad legislativa y concluye con la sanción última de la jurisdicción ordinaria.

El problema de esta ordenación de fases sucesivas de definición de los derechos radica, como es evidente, en la identificación de los límites de cada una de esas fases. La delimitación de la frontera entre el ámbito de la constitucionalidad y el de la legalidad ordinaria, capital para la demarcación de los ámbitos respectivos de la jurisdicción constitucional y la judicial, ilustra bien las dificultades de una tarea con la que también ha de lidiar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de identificar el *minimum* que le compete garantizar y que resulta inaccesible al margen de apreciación de los Estados. Con todo, por lo que hace a la delimitación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, el hecho de que las dos jurisdicciones en liza estén incardinadas en el mismo sistema normativo permite resolver sus eventuales diferencias en términos de validez y, por lo tanto, de jerarquía, de manera que, en último término, la linde entre ambas jurisdicciones está siempre ahí donde decida en cada momento el Tribunal Constitucional. Tratándose de una linde impuesta por la configuración constitucional del sistema de jurisdicciones, su localización es una cuestión de interpretación de la Constitución y, por tanto, atribuida a la competencia de aquel Tribunal.

En el caso del Convenio de Roma la solución no es muy diferente. También ahí el deslinde de las competencias respectivas es insuperable en términos dogmáticos, quedando en última instancia albur del criterio del Tribunal de Estrasburgo. El artículo 10.2 CE viene a situar la cuestión en el mismo terreno en el que se desenvuelve la articulación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, es decir, en el ámbito de la validez, pues la doctrina del Tribunal Europeo no solo es parte constitutiva de los derechos fundamentales (constitucionales), sino que ocupa en el proceso de definición de estos últimos una posición de preeminencia jerárquica en virtud del mandato de *interpretación conforme* al que el constituyente ha sometido al intérprete de la Constitución cuando de definir derechos fundamentales se trata.

En este sentido, la jurisprudencia cuando de definir derechos fundamentales se trata de validez del Derecho interno ha de entenderse con los matices que desde un principio le ha impuesto el Tribunal Constitucional, quien tempranamente, tras advertir de que, con carácter general, la contradicción con un tratado no es causa de invalidez de las leyes, ha reconocido que «[p]roblema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»

convergen *sobre* el contenido *in toto* del derecho, sino *en el proceso* de su definición. La imagen pertinente no sería, por tanto, la de una pirámide, sino la de un móvil; VOßKUHLE, A., «Pyramide oder Mobile? - Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte», *EuGRZ*, 41. Jg., 6-8, 2014, pp. 165-167.

(art. 10.2 C. E.)» (24). Problema distinto que, sin embargo, no lleva al punto de que «en un supuesto de esta naturaleza se convertiría *per se* el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley [...], pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional» (25).

Se niega, pues, la condición de canon de validez al tratado «*per se*», es decir, en tanto que norma formalmente autónoma, pero no a su contenido normativo, cuyo sentido autorizado por el Tribunal de Estrasburgo participa necesariamente en la delimitación de los «perfiles exactos [del] contenido» del derecho reconocido por la Constitución y es, en este sentido, parámetro indirecto de validez de la ley. Esa tarea de delimitación compete, claro está, al Tribunal Constitucional, pero siempre «de conformidad con el tratado o acuerdo internacional», esto es, con sujeción a la interpretación auténtica del Convenio, a la que queda *constitucionalmente* sometido.

El límite entre el *minimum* garantizado por el Convenio y el ámbito correspondiente a la definición del *minimum* constitucional asegurado por el Tribunal Constitucional viene, por tanto, asentado allí donde disponga el Tribunal Europeo, en tanto que titular de la jurisdicción llamada a configurar el *minimum minimorum* de un proceso de normación integrado por etapas sucesivas de acumulación normativa. Por lo mismo, la frontera entre el *minimum* constitucional (resultado de una segunda fase de normación erigida sobre el *minimum* del Convenio) y el terreno de la legalidad se asentará donde decide el Tribunal Constitucional.

En este contexto, el verdadero problema a la hora de articular el juego de las jurisdicciones en cuestión no es tanto el desacuerdo del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional al delimitar los contornos de sus ámbitos jurisdiccionales respectivos, sino el riesgo de que el juez ordinario abdique de su condición protagonista en el proceso de configuración de los derechos. El riesgo, en definitiva, de que los órganos judiciales asuman los pronunciamientos de aquellos dos Tribunales como la definición acabada del derecho o libertad, y aun de que hagan propio el método jurisdiccional de ambos Tribunales.

No es infrecuente, en efecto, el caso de órganos judiciales de primera instancia que, ante la denuncia de una eventual quiebra de la legalidad procesal, respondan que lo importante es que la desatención de las formalidades procesales no sitúe a la parte en situación de indefensión material, operando así con el método propio del Tribunal Constitucional (tribunal de mínimos) y dejando sin garantía todo el nivel de la legalidad, tan constitutiva del derecho como puede serlo el mínimo constitucionalmente garantizado. Típico supuesto de desprotección por exceso, en el que la preocupación por asegurar la normatividad efectiva de la Constitución lleva a descuidar la protección de la legalidad. El afán por constitucionalizar al ordenamiento termina, al cabo, por reducirlo a las normas constitucionales, en detrimento de la ley (26). Con todo lo que ello supone en términos de inseguridad y arbitrariedad,

(24) STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5 (ES: TC:1991:28).

(25) *Loc. ult. cit.*

(26) De «menguante de la ley» hablaba don Luis Díez Picazo en «Constitución, ley, juez», *REDC*, núm. 15, 1985, pp. 9-23, abogando por una reevaluación de la legalidad «y por consiguiente [por] un nuevo jacobinismo» (cit., p. 23).

pues un juez ordinario desvinculado de la ley y sometido solo a la Constitución dispone de un margen de discrecionalidad tan amplio como el que resulta de la naturaleza abierta e indeterminada de los preceptos constitucionales.

Del mismo modo, el juez que hace de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo algo distinto de una doctrina de mínimos acaba por hacer abstracción de la complejidad estructural del Derecho nacional, reduciendo todas las garantías jurídicas al mínimo denominador común entre tradiciones compartidas que es característico del método propio del Tribunal Europeo.

En definitiva, el problema grave es la abdicación de la función creadora de los tribunales ordinarios, que puede llevar a una peligrosa simplificación del proceso de construcción de derechos, con la paradójica consecuencia de que las jurisdicciones que han sido creadas para asegurar un mínimo común normativo entre ordenamientos nacionales diferentes acaben por imponer ese mínimo como el contenido acabado y perfecto en el interior de cada uno de esos ordenamientos. La paradoja, en definitiva, por lo que hace a la dimensión internacional de la cuestión, de que a un mayor número de enunciados de derechos se corresponda un contenido efectivo de los mismos mucho más pobre que el asegurado con un solo enunciado nacional y, sobre todo, un margen de discrecionalidad judicial inaceptable para ordenamientos que trabajosamente han conseguido someter al juez a una legalidad que ahora podría disolverse o diluirse bajo la fuerza expansiva de la Constitución y el Convenio de Roma. Normas que, en lo que a la Constitución se refiere, lejos de ser el fundamento del ordenamiento parecen ser ya su única norma efectiva, matizada, además, por el rasero igualitario de la jurisdicción internacional.

2. EL DERECHO NACIONAL Y EL SISTEMA DE LA UNIÓN

Las jurisdicciones implicadas en la articulación del sistema normativo de la Unión con el de las normas nacionales son, por un lado, la del Tribunal de Justicia y, por otro, la ordinaria del Poder Judicial en tanto que jurisdicción funcional de la Unión, con exclusión, por tanto, de la ejercida por el Tribunal Constitucional, dada la ajenidad de los Tratados europeos a la dimensión de la validez del sistema normativo interno y, en particular, a la garantizada por este último Tribunal, en línea con la doctrina compendiada en la STC 28/1991 (27). Como juez de la validez (constitucional) de las normas nacionales (y nunca de su aplicabilidad), al Tribunal Constitucional le es por completo irrelevante la cuestión de la compatibilidad de estas últimas con el Derecho de la Unión, pues de su eventual incompatibilidad nunca puede resultar como consecuencia la invalidez de las normas internas, sino solo su inaplicabilidad *ad casum*, esto es, una cualidad que en nada perjudica a la continuidad de la existencia jurídica de la norma en cuestión, perfectamente aplicable (en tanto que norma válida) en todos aquellos contextos en los que no entre en concurrencia con una norma europea contradictoria (28).

(27) De 14 de febrero (ES: TC:1991:28).

(28) Una obviedad de la que, en su propósito de desentenderse de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia, a requerimiento suyo, en el asunto *Melloni* [C-399/11 (EU: C:2013:107)], terminaría por hacer abstracción el Tribunal Constitucional en la STC 26/2014, de 13 de febrero (ES: TC:2014:26), generalizando sin matices una inaplicabilidad solo obligada en un contexto muy preciso

Si en el caso del Convenio de Roma la articulación entre las tres jurisdicciones concernidas viene dada por la especificidad de la función de normación que corresponde a cada una de ellas en el proceso de configuración de los derechos individuales y, de manera muy cualificada, por el mandato de integración del contenido normativo internacional en la configuración constitucional del derecho (art. 10.2 CE), con la consiguiente instilación de un cierto componente jerárquico en la ordenación del proceder de aquellas jurisdicciones, en el supuesto del Derecho de la Unión la articulación de las jurisdicciones europea y ordinaria se construye sobre la base de la dimensión funcionalmente europea de la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial (cuyos órganos son también poder judicial de la Unión) y, en particular, alrededor de la distinta naturaleza de sus facultades de enjuiciamiento.

El Poder Judicial es juez de la validez de las normas nacionales y juez también de su aplicabilidad por relación a las normas europeas, cuya validez puede cuestionar, pero nunca decidir. El Tribunal de Justicia es juez (exclusivo) de la validez de las normas europeas y *no debiera serlo* de la aplicabilidad del Derecho interno, si bien es cierto que no siempre se limita a brindar a la jurisdicción nacional la interpretación auténtica de una norma europea a los efectos de que el juez proceda a su contraste con la norma interna que eventualmente la contradice (y cuya interpretación es de la exclusiva competencia del juez nacional) con el fin de pronunciarse sobre su mutua compatibilidad, sino que con frecuencia su interpretación del Derecho de la Unión comporta un pronunciamiento más que implícito sobre esa cuestión y, con él, un juicio indirecto de aplicabilidad de la norma interna.

En cualquier caso, la diversa naturaleza de las facultades de enjuiciamiento de ambas jurisdicciones hace imposible el conflicto y, en consecuencia, innecesaria la constitución de un vértice dirimente. Cuestión distinta es que la proximidad material entre los juicios de validez y de aplicabilidad confiera a quien administra estos últimos una posición equivalente a la de quien resuelve los primeros. Así, un pronunciamiento del Tribunal de Justicia que aboque indefectiblemente a la inaplicación de una ley puede ser equivalente en sus efectos prácticos —con todas las diferencias de concepto que median al respecto (29)— a una sentencia constitucional de invalidez. Pero es ése un problema de percepción, inherente a la coexistencia de las dos dimensiones (validez y aplicabilidad) sin cuyo concurso es estrictamente imposible la constitución de un ordenamiento, que es concurrencia de sistemas (de validez) articulados en términos capaces de preservar su respectiva autonomía (esto es, en clave de aplicabilidad).

La diversidad de sus respectivas facultades de enjuiciamiento es, por tanto, la mejor garantía de la ordenación pacífica de las relaciones entre la jurisdicción nacional (ordinaria) y la europea. Ello no excluye, sin embargo, que, como efecto colateral, ese régimen de articulación, en sí mismo pacífico, haya supuesto una alteración profunda del régimen de ordenación de las variantes de la jurisdicción nacional constituidas en torno al privilegio jurisdiccional de la ley, es decir, del modelo de jurisdicción constitucional concentrada. En efecto, en la medida en que la ley no escapa al juicio de compatibilidad con el Derecho de la Unión y que ése

(entregas entre Estados miembros en virtud de una euro-orden), haciéndola así equivalente en sus efectos a un pronunciamiento de invalidez.

(29) Sin ir más lejos, la que se refiere a la continuidad de la existencia de la ley o a su desaparición como norma jurídica.

es un juicio sobre su aplicabilidad *ad casum* atribuido al juez ordinario, la ley ha dejado de ser para el Poder Judicial un objeto indisponible, perdiendo así las normas legales la posición privilegiada que les confería la reserva al Tribunal Constitucional de la competencia para llevar a cabo sobre la ley el único juicio que cabía hacerle hasta el momento de la integración de España en las Comunidades: el juicio de validez (30).

El riesgo cierto de semejante alteración en el régimen del control de la legalidad es que el Tribunal Constitucional termine reducido a la irrelevancia como guardián de la ley, al menos en la perspectiva de los jueces ordinarios, para quienes, frente a las dificultades y demoras que implica el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, se alza el atractivo de la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE y la equivalencia práctica de su resultado con el de un pronunciamiento de constitucionalidad. El Tribunal de Justicia, por su parte, abunda desde hace tiempo en la línea de hacer abstracción de los regímenes procesales internos cuando así lo aconseja la mejor defensa de los principios de primacía y eficacia del Derecho de la Unión. En unos casos, de los que es paradigmática la sentencia *Melki y Abdeli* (31), comprometiendo el ejercicio de la jurisdicción de los Tribunales Constitucionales al subordinarlo sin contemplaciones a la mejor satisfacción del interés del Derecho de la Unión en garantizar su propia uniformidad, su primacía y su eficacia. En otros, inspirado por ese mismo objetivo, contribuyendo a la estrategia de la insubordinación de los órganos judiciales inferiores frente a la estructura jerárquica del sistema judicial (32).

«La más amplia facultad de someter al Tribunal de Justicia una cuestión de interpretación de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión», por utilizar una expresión recurrente del Tribunal de Justicia, es, desde luego, inherente al mecanismo del artículo 267 TFUE, pero llevada al extremo puede conducir al apoderamiento de los órganos judiciales inferiores para hacer excusa de su sometimiento a la jerarquía de los tribunales superiores. Al cabo, las jerarquías judiciales nacionales sencillamente desaparecen (33), sustituidas por un orden nuevo en el que, sobre la base del conjunto de los órganos judiciales de los Estados miembros, confundidos en una totalidad sin acepción de grado, se erige como única instancia jerárquicamente superior la del propio Tribunal de Justicia.

Sería conveniente preguntarse si no cabe una solución menos perturbadora para los sistemas judiciales nacionales y, al tiempo, suficientemente garantista para los principios que tanto importan al Derecho de la Unión. El Abogado General

(30) Entre muchos, CRUZ VILLALÓN, P., y REQUEJO PAGÉS, J. L., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *RDCE*, núm. 50, 2015, pp. 173-194. REQUEJO PAGÉS, J. L., «La competencia para preguntar. De nuevo sobre el concepto de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE. El caso de la discrepancia entre el Pleno y las Salas de un órgano judicial (Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Puligienica Facility Esco*», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, junio 2016, pp. 33-40. Reproduzco ahora en el texto la «consideración final» de este último artículo.

(31) Sentencia de 22 de junio de 2010, asuntos C-188/10 y C-189/10 (EU: C:2010:363).

(32) Del que puede servir de ejemplo la sentencia de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, asunto C-5/14 (EU: C:2015:354).

(33) Incluso la misma articulación interna de los órganos judiciales colegiados, cuyas partes quedan liberadas de su sometimiento al todo a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial. Así, sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Puligienica Facility Esco*, asunto C-689/13 (EU: C:2016:199), comentada en el trabajo citado en la nota 30.

Cruz Villalón quiso dar pie a ese debate en sus Conclusiones sobre el asunto *Elchinov* (34), señalando que, «en contraste con lo sucedido en los años setenta, hoy podemos afirmar que el ordenamiento de la Unión ha alcanzado un grado de madurez que le permite asegurar su efectividad práctica ante los tribunales nacionales con una incidencia menos enérgica en la autonomía de las jurisdicciones internas que la que sin duda resulta de *Rheinmühlen I*. [(35)] De ahí que parezca llegada la hora de abordar una reconsideración de dicha jurisprudencia» (36).

Y es que, en efecto, si el «control descentralizado de comunitariedad» (37) fue un elemento necesario en el contexto de la afirmación del principio de primacía, la redefinición del lugar de los tribunales nacionales de última instancia en la aplicación del Derecho de la Unión permite ya reconsiderar, desde hace un tiempo, los términos en los que se resolvió en los años sesenta el conflicto entre la primacía del Derecho de la Unión y la autonomía procesal de los Estados miembros. Por ello defendía el Abogado General Cruz Villalón que, «[d]esde el momento en que un tribunal supremo nacional debe responder ante el justiciable a través de los remedios que vienen impuestos por el Derecho de la Unión, pierde correlativamente sentido el que los tribunales inferiores que deben aplicar la resolución dictada por el tribunal superior acaso contraria al Derecho de la Unión, pero firme, preserven su facultad de ignorarla allí incluso donde su Derecho interno no se lo permite. En mi opinión, la autonomía procesal de los Estados miembros, en particular en elementos tan sensibles como los que comentamos, recupera su razón de ser cuando la efectividad del Derecho de la Unión comienza decididamente a estar protegida a través de otros cauces» (38).

El Tribunal de Justicia no asumió entonces (39), ni lo ha hecho después, la propuesta del Abogado General. Llegará el tiempo, me parece, en que habrá de considerarla.

IV. LA DERIVA CONSTITUYENTE DE LA UNIÓN

La lógica del artículo 267 TFUE ha traído consigo desde siempre la eventualidad de una suerte de *conjura de los jueces* frente a los tribunales superiores, y su remedio no parece ser otro que el del mayor respeto por parte del Tribunal de Justicia al principio de la autonomía procesal de los Estados miembros (40), en la línea auspiciada, según se ha visto, por las Conclusiones presentadas en el asunto *Elchinov*. Esa *conjura* no afectaba, sin embargo al Tribunal Constitucional, justamente porque no existían zonas de fricción entre el objeto de su jurisdicción y el de la ejercida por el Tribunal de Justicia. Como jurisdicción circunscrita al juicio

(34) Conclusiones *Elchinov*, asunto C-173/09 (EU: C:2010:336), puntos 20 a 31.

(35) Sentencia de 16 de enero de 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, asunto 166/73 (EU: C:1974:3).

(36) *Loc. ult. cit.*, punto 31.

(37) *Loc. ult. cit.*, punto 21.

(38) *Loc. ult. cit.*, punto 28.

(39) Sentencia de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, asunto C-173/09 (EU: C:2010:581).

(40) Con carácter general, sobre el principio de autonomía institucional y procesal de los Estados, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, cit., pp. 133-136.

sobre la validez constitucional de la ley, a la garantía de la distribución constitucional de competencias y a la protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se movía en un terreno extraño al Derecho de la Unión, pues ni la validez de la ley puede verse perjudicada por su inaplicabilidad *ex iure europaeo*, ni la integración en Europa ha supuesto la alteración de la distribución interna de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (41), ni, en fin, las libertades económicas protegidas por el Tribunal de Justicia o el compromiso de las Comunidades con la defensa de los derechos y libertades fundamentales se traducían en un solapamiento del Derecho europeo con los derechos reconocidos por la Constitución. A estos efectos, la condición del Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales no encontraba contestación por parte del Tribunal de Justicia.

El panorama ha cambiado de manera radical tras la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, a la que el artículo 6.1 del Tratado de la Unión atribuye «el mismo valor jurídico que los Tratados» (42). En ese punto el proceso de integración ha experimentado un cambio de cualidad que ha hecho de la Unión algo más que el contexto normativo de un mercado. Presentándose como una respuesta de circunstancia al fracaso de la Constitución Europea, el Tratado de Lisboa abraza en su interior una potencialidad constituyente tan extraordinaria como inadvertida, cifrada en una Carta de Derechos con la que se ha introducido en el núcleo de los Tratados un universo de categorías y conceptos que ha de hacer imposible la continuidad del entendimiento meramente comunitario y mercantilista del Derecho de la Unión.

La Unión es ahora, en virtud de la Carta, una comunidad de derechos que no se conciben ya en función de las cuatro libertades económicas clásicas y a su servicio, sino como patrimonio jurídico de la persona, a la que la Unión, de acuerdo con el Preámbulo de la Carta, «[a] instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa [...] en el centro de su actuación». Ciertamente, el Tribunal de Justicia de la Unión ya había venido decantando un elenco de derechos fundamentales a partir de las «tradiciones constitucionales compartidas», pero con la Carta de Niza se ha constitucionalizado como Derecho positivo primario lo que hasta entonces había sido el producto más o menos voluntarista del activismo pretoriano del Tribunal de Justicia, propiciándose con ello un cambio de principio en la cualidad del ser propio de la Unión y, por consecuencia, en la condición misma de los ciudadanos nacionales, ahora también ciudadanos de la Unión en la medida en que son titulares, frente a ésta, de un estatuto jurídico equivalente al que antes solo tenían frente a los Estados miembros; es decir, de un estatuto que comprende todas las manifestaciones posibles de su personalidad (43).

La garantía de los derechos fundamentales no es ya patrimonio del Tribunal Constitucional. Los derechos y libertades reconocidos por la Constitución cuentan ahora, en virtud del artículo 10.2 CE, con un nuevo parámetro de integración de la validez de las normas nacionales (la Carta) y con un nuevo intérprete autorizado

(41) Tempranamente, STC 252/1988, de 20 de diciembre, FJ 2 (ES: TC:1988:252).

(42) Me atengo en lo que sigue a mis respuestas a la «Encuesta sobre el TJUE como actor de constitucionalidad», publicada en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 13-82.

(43) Se trata, en efecto, de «derechos de *status*, derechos que configuran la posición básica del individuo como sujeto de Derecho» (RUBIO LLORENTE, F., *Divide et obtempera?*, cit., p. 52).

(el Tribunal de Justicia), al mismo nivel que el Convenio de Roma y el Tribunal de Estrasburgo, respectivamente. Con la diferencia, sin embargo, de que mientras el Convenio y su Tribunal contraen su protagonismo a la fase de la definición y defensa del *minimum* constitutivo de los derechos fundamentales, la Carta se quiere una declaración de derechos en los mismos términos que las proclamadas por las Constituciones de los Estados miembros, recabando por tanto para el Tribunal de Justicia una función que hasta entonces era privativa de la jurisdicción constitucional nacional.

No es ya que con ello el Derecho de la Unión haya adquirido una evidente relevancia constitucional, haciendo imposible el mantenimiento del «autismo comunitario» observado por el Tribunal Constitucional al abrigo de la doctrina de la STC 28/1991. Es que ahora el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia están llamados a disputarse, y con igual título, el territorio entero de los derechos fundamentales, sin que sea posible ordenar su concurrencia a partir de un criterio objetivo y sobre el que ninguno de ambos Tribunales pueda disponer recabando para sí una posición de preeminencia.

Existe, desde luego, el criterio del «ámbito de aplicación» establecido en el artículo 51.1 de la Carta. Pero se trata de un criterio que, como el que traza la divisoria entre la *constitucionalidad* y la *legalidad*, pone en manos de uno de los Tribunales contendientes la decisión última sobre el perímetro efectivo de los ámbitos competenciales en liza. Dónde se sitúa el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión es cuestión que corresponde decidir, en último término, al Tribunal de Justicia como intérprete auténtico del Tratado en el que aquel criterio se constituye como un concepto autónomo del Derecho de la Unión.

Si ya es de por sí un criterio lo suficientemente indeterminado en el contexto de un sistema normativo con la vocación expansiva que ha caracterizado al de la Unión desde sus inicios, mucho más habrá de serlo desde el momento en que las competencias de ese sistema comprenden también el ámbito de los derechos fundamentales. Una circunstancia que se demostrará preciosa para un Tribunal cuyo activismo en el proceso de integración ha sido fundamental para que el Mercado Común se haya convertido en la Unión que hoy conocemos. Con muchos menos mimbres que los que le ofrece el Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia ha sido capaz de construir los principios de primacía y de eficacia directa. Disponiendo ahora de la Carta –con toda la potencialidad expansiva que, en términos competenciales, es inherente a una declaración de derechos–, el Tribunal de Justicia no puede sino interpretar de manera restrictiva las disposiciones de la Carta que condicionan y limitan su propia interpretación y aplicación (44).

Ciertamente, la Unión continúa siendo una comunidad de Estados que no han renunciado a su soberanía y, en consecuencia, no puede invocar para sí la condición de soberano. Sus competencias siguen siendo atribuidas y, sobre todo, limitadas; centradas además (todavía), de manera predominante, en el ámbito de las libertades económicas. Por ello la adopción de una Carta de Derechos resulta conceptualmente tan perturbadora, pues ese tipo de documentos tiene su sede natural y

(44) Para lo que sigue, REQUEJO PAGÉS, J. L., «Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del Derecho de la Unión», en ARROYO JIMÉNEZ, L., BELADÍEZ ROJO, M., ORTEGA CARBALLO, C., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (coords.), *El Juez del Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 493-502

propia en el seno de sistemas normativos que no conocen límites de principio al ámbito de sus competencias. La vocación naturalmente expansiva de los derechos, justamente por definitorios del estatuto de la persona en el contexto de un sistema que, por democrático, tiene en ella el fundamento de su legitimación política, se compadece difícilmente con sistemas normativos que no pueden regir todos los ámbitos de actividad del ciudadano (45). La Carta responde a esa vocación consustancial a las declaraciones de derechos y, sin embargo, viene impedida por principio a realizarla, pues ella misma se contrae a un ámbito material específico: aquél en el que se aplica el Derecho de la Unión, es decir, allí donde la Unión –titular de atribuciones tasadas– puede imponer su respeto.

El artículo 51 de la Carta no se limita a especificar en su apartado 1 que las disposiciones de la Carta se dirigen a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, por un lado, y a los Estados miembros, por otro, «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión», imponiéndoles su respeto «con arreglo a sus propias competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión». Sin duda inspirado en el temor a la *vis* expansiva connatural a la Carta, el apartado 2 del precepto se cuida de advertir que la misma «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados» (46). En esa misma línea, el artículo 6, apartado 1, TUE, tras atribuir a la Carta «el mismo valor jurídico de los Tratados», advierte de que sus disposiciones «no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados». Del mismo modo que, en fin, el apartado 2 del mismo artículo afirma que la (obligada) adhesión de la Unión al Convenio de Roma «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

Son éstas, seguramente, demasiadas cautelas frente a un riesgo ineluctable. Pero lo que aquí importa es que la Carta ha supuesto que la Unión haya quedado sometida a dos principios contradictorios, si no excluyentes. Sigue siendo, ante todo, una comunidad económica al servicio de unos fines para los que cuenta con un dominio de competencias tasadas. Pero es también un sistema de normas comprometido con la defensa de los derechos y no solo con la garantía de las cuatro libertades. A la limitación de competencias que implica lo primero se superpone un deber de protección solo realizable por un poder plenamente competente.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia viene dejando claro que no dejará pasar la ocasión de apurar los límites de la Unión hasta el extremo de lo permitido por los Tratados... y un poco más allá, ganando para sí un terreno al que difícilmente podría acceder sin el auxilio de la Carta. Con la doctrina *Melloni/Åkerberg*

(45) Es paradigmático el supuesto del derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo reconocimiento implica la judicialización de todo el ordenamiento y, con ella, la necesidad de que éste se estructure a través de procedimientos que, por su sola existencia, no pueden dejar de condicionar el contenido material de las disposiciones que de ellos resultan. En términos más generales, la lógica de la expansividad de los derechos fundamentales y su objetivación como valores del ordenamiento más allá de su dimensión subjetiva originaria forma parte del patrimonio compartido de los ordenamientos constitucionales que, con más o menos consecuencia, han hecho suya la doctrina *Liith* del Tribunal Constitucional alemán.

(46) Cautela que no ha sido suficiente para Estados como Gran Bretaña, Polonia y la República Checa, que han querido para sí un Protocolo específico (núm. 30) frente a la Carta.

Fransson (47), en efecto, ha sentado ya las bases del régimen de articulación del Derecho de la Unión y de los Derechos nacionales en el ámbito de los derechos fundamentales, instaurando como pieza fundamental de ese régimen el principio de que, allí donde la aplicación de la Carta no deja margen alguno de apreciación a los Estados miembros, es irrelevante que éstos dispensen una mayor protección constitucional al derecho concernido.

Es difícil exagerar la importancia de esta declaración de principio, pues, con independencia de su mayor o menor corrección desde el punto de vista de los Tratados, supone una seria contestación a los regímenes nacionales de garantía de los derechos y, muy en particular, a la función tutelar de los Tribunales Constitucionales. Tomando pie en su competencia en materia de IVA, con *Åkerberg Fransson* el Tribunal de Justicia se ha hecho con la palabra en el ámbito de los principios de la legalidad penal. Es una vía abierta a la que pueden seguir tantas cuantas el Tribunal de Justicia se aventure a franquear (48). Lo hará en la medida en que perciba que los Estados miembros (sus Tribunales Constitucionales o equivalentes) están dispuestos a consentírselo. Pero así ha sido siempre en la historia de la construcción europea, que es la de una confrontación de poderes cuyos avances y retrocesos responden a una estrategia basada en el cálculo cuidadoso de las fuerzas propias y ajenas. En último término, la doctrina *Melloni/Åkerberg Fransson* solo puede interpretarse como un nuevo episodio en la larga lucha por la soberanía que la Unión viene librando con los Estados miembros desde los primeros años del proceso de integración (49).

Se trata de un episodio, sin embargo, con el que se ha avanzado hasta un punto en el que la convivencia entre los sistemas normativos europeo y nacionales comienza a parecer impracticable.

(47) Sentencias de 26 de febrero de 2013, en los asuntos *Melloni* (C-399/11, EU: C:2013:107) y *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU: C:2013:105).

(48) No es difícil aventurar que será justamente al hilo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta) como el Tribunal de Justicia tratará de constreñir el ámbito reservado a la autonomía procesal de los Estados miembros, considerándose ahora obligado a dispensar una protección individual que va mucho más allá de la necesidad de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. Con el artículo 47 de la Carta no se garantiza solo la mera efectividad del Derecho europeo en términos de remoción de los obstáculos normativos y procesales (nacionales) que puedan dificultar la aplicación práctica de las normas de la Unión, sino la defensa judicial efectiva de los derechos individuales, que es algo más, en su contenido y alcance, que la protección efectiva entendida como un principio general del Derecho de la Unión.

(49) Una lucha que tiene sus protagonistas principales en el Tribunal de Justicia y en el Tribunal Constitucional alemán. También en la Corte Constitucional italiana y su particular disputa con el Tribunal de Justicia a propósito de la aplicación de la doctrina *Melloni/Åkerberg Fransson* en su sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros* [asunto C-105/14 (EU: C:2015:555)], y sobre la que el Abogado General Bot se pronunció en su momento [Conclusiones presentadas el 18 de julio de 2017 en el asunto *M. A. S. y M. B.*, C-42/17 (EU: C:2017:564)] alineándose en la defensa de una aplicación rigurosa de aquella doctrina, aunque la Gran Sala ha querido finalmente contemporizar con la Corte en su sentencia de 5 de diciembre de 2017 [asunto C-42/17, (EU: C:2017:936)]. Sin que sean de olvidar episodios como la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de diciembre de 2016 y su negativa explícita a asumir la doctrina *Mangoldt* [sentencia de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04 (EU: C:2005:709)] por considerar que con ella el Tribunal de Justicia ha venido a crear un principio inexistente al tiempo de la incorporación de Dinamarca a las Comunidades y, por tanto, no asumido por este Estado miembro al suscribir el tratado de adhesión.

V. ENTRE UNA COMPLEJIDAD INSOSTENIBLE Y LA SIMPLICIDAD DE UN ORDEN NUEVO

Es evidente que la Carta supone un avance en la creación de un espacio común de protección de los derechos fundamentales. La cuestión es si no se están construyendo demasiados espacios. Al espacio constitucional se añade ahora el de la Unión, sumando tres con el del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales. La articulación de esos tres espacios corresponde a tres órdenes jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Estrasburgo y las jurisdicciones nacionales; estas últimas, en su totalidad y sin exclusión, aunque a los Tribunales Constitucionales les cumpla un papel cualificado. El hecho de que el Tribunal de Justicia se resista a autorizar la adhesión de la Unión al Convenio de Roma supone una grave dificultad para que esa articulación sea viable y eficaz. Pero, aun en el caso de que la adhesión se produzca, quedará siempre la dificultad que implica la existencia de una pluralidad de enunciados de derechos cuyo contenido, más allá de su identidad formal, será distinto en función de la jurisdicción ante la que se pretenda su protección. Pertrechado con derechos que se disputan de manera concurrente la garantía de todas las dimensiones de su personalidad y de todas las variables de su conducta, el individuo puede acabar en el caso de no tener quien le proteja.

Por las razones ya señaladas, el Convenio de Roma y su Tribunal no tienen por qué suscitar problema alguno de principio en su articulación con los derechos nacionales y sus propias jurisdicciones, siempre que el Convenio no pretenda ser otra cosa que un presupuesto de mínimos en el proceso de definición de la totalidad de cada uno de los derechos fundamentales. La Carta y el Tribunal de Justicia, en cambio, suponen un problema de concepto, pues, en su virtud, el derecho a la legalidad penal, por ejemplo, tendrá para un mismo ciudadano un contenido u otro en función del ámbito en que lo invoque frente al poder público.

Más allá de lo que ello puede suponer para el ciudadano en términos de seguridad jurídica y de disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, está la cuestión de la lucha por la soberanía que subyace a la lógica de la ambición competencial demostrada por la Unión de manera cada vez menos vergonzante. La cuestión, en definitiva, de la resistencia de los Estados miembros, en particular de sus Tribunales Constitucionales (y más precisamente todavía, del Tribunal alemán), a perder una de sus últimas posiciones de defensa frente al empuje verdaderamente *constituyente* de una república europea que no es difícil intuir en la deriva del proceso de integración y que acaso ha constituido desde el principio su vocación más profunda y genuina.

En tanto esa lucha se resuelve, se ha alcanzado un equilibrio vigilante entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones constitucionales o supremas nacionales, que han encontrado en el recurrente y socorrido «diálogo de tribunales» el medio para arbitrar una convivencia que se fundamenta cada vez con mayor dificultad en el equívoco interesado sobre el que hasta ahora se construido la relación entre el Derecho de la Unión y los Derechos nacionales. El Derecho nacional parte, en efecto, del principio de la supremacía de la Constitución, que en sus justos términos significa que la constitucionalidad es una condición exigible a cualquier norma (nacional o foránea) que pretenda integrarse en el ordenamiento interno. El Derecho de la Unión, por su lado, parte del reconocimiento de la soberanía de los Esta-

dos miembros y, por tanto, de la supremacía de sus respectivas Constituciones nacionales. Lejos de reconocerse la condición de soberano –y, por tanto, la titularidad de una competencia originaria y universal–, la Unión se concibe como sujeto titular de competencias atribuidas por los verdaderos soberanos.

A partir de estos postulados, las contradicciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional debieran resolverse siempre en beneficio de la supremacía constitucional. La Constitución no admite contradicción, ni siquiera por parte de normas integradas en el ordenamiento nacional en virtud de una «cláusula de apertura» incorporada a la propia Constitución (art. 93 CE), pues la apertura encuentra siempre un límite en el respeto a la supremacía misma de la Constitución. Sin embargo, de ser así las cosas, el Derecho de la Unión se disolvería en el seno de los Derechos nacionales, perdiendo la autonomía mínima necesaria para asegurar su identidad. La identidad del Derecho de la Unión se garantiza en virtud del principio de primacía. Sin ponerse con él en cuestión la supremacía de las Constituciones nacionales, se asegura para las normas de la Unión una posición que, sin ser formalmente supraconstitucional, las sitúa materialmente por encima de la Constitución. Desde el punto de vista jurídico-formal, la supremacía de la Constitución está perfectamente garantizada. Desde el punto de vista jurídico-material o práctico, queda asegurada la preeminencia del Derecho de la Unión.

Sin embargo, el lenguaje jurídico-formal de las Constituciones y de los Tratados se refiere a una realidad desmentida por la lógica del principio de primacía. Si lo primero permite a los Estados miembros cierta tranquilidad en cuanto a su soberanía (formal), lo segundo permite a la Unión comportarse como un soberano (material). De la indiferenciación interesada entre lo formal y lo material nace el equívoco sobre el que se articulan las relaciones entre la Unión y los Estados. Un equívoco que permite a éstos la ilusión de la soberanía y a aquélla la eficacia de un poder incontestable (y, por ello, a la postre, soberano).

En este sentido, la DTC 1/2004 (50) representa un intento de conciliar en términos jurídico-formales la contradicción inherente al binomio supremacía/primacía. Se trata, sin embargo, de una contradicción insuperable. El despliegue de la lógica del principio de primacía en el ámbito de los derechos fundamentales pone de manifiesto que la tensión primacía/supremacía encubre, en realidad, una disputa por la soberanía entre quienes siguen siendo soberanos (Estados) y quien pretende llegar a serlo (Unión). Una disputa que solo puede resolverse definitivamente en beneficio de un solo soberano (Hobbes) y que, en tanto no se resuelva (con el triunfo –excluyente– de los Estados o de la Unión), obligará a perseverar en la impostura del equívoco sobre el que se ha construido desde un principio el proceso de la integración europea.

En el ínterin, el recurso al llamado diálogo entre tribunales, en el que la voz del Tribunal de Justicia parece imponerse con éxito (hasta ahora) a las restantes, ha permitido la constitución de un verdadero *espacio legal europeo* (51). Un espacio en el que la gestión práctica de una realidad normativa tan heteróclita y compleja como la constituida por la concurrencia de distintos sistemas normativos ha hecho

(50) De 13 de diciembre de 2004 (ES: TC:2004:1D).

(51) Al respecto, BOGDANDY, A. von, «Von der technokratischen Rechtsgemeinschaft zum politisierten Rechtsraum. Probleme und Entwicklungslinien in der Grundbegrifflichkeit des Europarechts», Max Planck Institute Research Paper Series, núm. 2017-12.

posible la aparición de un solar en el que acaso en un futuro relativamente próximo pueda levantarse la pirámide de un ordenamiento único coronada por el vértice que hoy por hoy nos falta y cuya ausencia hace tan trabajosa la tarea de los juristas en el contexto de la Europa del siglo XXI. La alternativa sería la de gestionar indefinidamente una complejidad cada vez más inmanejable, que requerirá con frecuencia el recurso al argumento de la eficacia y, por tanto, el abandono de la razón y el método jurídicos.

Sin que sea nunca de descartar el riesgo de que, de no medirse con acierto las fuerzas de las partes enfrentadas en la lucha por la soberanía sobre el Continente, o de no acertarse en la debida administración de los tiempos, la nebulosa normativa que está girando alrededor del vórtice creado por la confluencia de las Constituciones nacionales se acelere hasta el punto de convertirse en un siniestro agujero negro.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 4.^a ed., Madrid, 2014.
- *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.
- BOGDANDY, A. von, «Von der technokratischen Rechtsgemeinschaft zum politisierten Rechtsraum. Probleme und Entwicklungslinien in der Grundbegrifflichkeit des Europarechts», Max Planck Institute Research Paper Series, núm. 2017-12.
- CRUZ VILLALÓN, P., *Rights in Europe: The Crowded House*, Centre of European Law, working paper 01/12, Kings College, Londres.
- CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J. L., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *RDCE*, núm. 50, 2015, pp. 173-194.
- DÍEZ PICAZO, L., «Constitución, ley, juez», *REDC*, núm. 15, 1985, pp. 9-23.
- «Artículo 117», en CASAS BAAMONDE, M.^a E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., (eds.): *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1827-1850.
- MALENOVSKÝ, J., «L'agonie sans fin du principe de non-invocabilité du droit interne», *RGDIP*, vol. 121 (2), 2017, pp. 291-334.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento (La Constitución como norma sobre la aplicación de normas)*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- «Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del Ordenamiento», en *La rebelión de las leyes. Demos y Nomos: La agonía de la justicia constitucional*, Fundamentos 4/2006, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, pp. 441-453.
- «Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del Derecho de la Unión», en ARROYO JIMÉNEZ, L., BELADÍEZ ROJO, M., ORTEGA CARBALLO, C., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (coords.): *El Juez del Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 493-502.
- «La competencia para preguntar. De nuevo sobre el concepto de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE. El caso de la discrepancia entre el Pleno y las

- Salas de un órgano judicial (Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Puligienica Facility Esco*», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, junio 2016, pp. 33-40.
- Encuesta sobre el TJUE como actor de constitucionalidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 13-82.
- RUBIO LLORENTE, F., «Divide et obtempera?», *REDC*, núm. 67, 2003, pp. 49-67.
- SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999.
- SCHMIDT-AßMANN, E., «Einheit und Kohärenz der europäischen Mehrebenenrechtsordnung», *EuGRZ*, 43. Jg., 5-9, pp. 85-92.
- VOßKUHLE, A., «Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte», *EuGRZ*, 41. Jg., 6-8, pp. 165-167.

