

LUIS ARROYO JIMÉNEZ
Universidad de Castilla-La Mancha

EMPATÍA CONSTITUCIONAL

Derecho de la Unión Europea
y Constitución Española

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	9
PRESENTACIÓN	11
CAPÍTULO I. DE LA LÍNEA ROJA A LA INTERFAZ.	13
1. PLURALISMO	13
2. INTERFACES	14
3. EMPATÍA.....	15
4. PLANTEAMIENTO	18
CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	21
1. DE FERRARA A MADRID	22
2. DE MADRID A LUXEMBURGO	26
3. UNAS PREGUNTAS NECESARIAS	34
4. UNAS PREGUNTAS OPORTUNAS	38

	<u>Pág.</u>
5. UNAS RESPUESTAS DESIGUALES	42
6. DISPOSITIVOS DE COMUNICACIÓN	50
7. DESPUÉS DE <i>MELLONI</i>	62
CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERE- CHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	73
1. DISPOSITIVOS DE COMUNICACIÓN	74
2. EL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN MOTI- VADA	77
3. EL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN FUNDADA EN DERECHO.....	84
4. EL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS	99
5. BALANCE Y PERSPECTIVAS	110
CAPÍTULO IV. EL DERECHO DE LA UNIÓN EURO- PEA Y LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONS- TITUCIONAL	119
1. LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITU- CIONAL.....	120
2. UNA FACETA NUEVA DE UN DERECHO	123
3. ACLARAR O MODIFICAR LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.....	125
4. APLICACIÓN DE DISPOSICIONES GENE- RALES.....	129
BIBLIOGRAFÍA.....	133

PRESENTACIÓN

Este libro es el fruto de una reflexión acerca de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y la Constitución Española. El resultado es necesariamente parcial e inestable. Es parcial porque la perspectiva desde la que me he aproximado a esas relaciones es la propia del Tribunal Constitucional, que no es sino uno más de los actores llamados a configurarlas. Tal y como trataré de justificar a continuación, todos ellos deben ejercer sus competencias con la necesaria apertura a las exigencias institucionales propias del resto de agentes. La finalidad del libro, sin embargo, es desarrollar las implicaciones que se derivan de este planteamiento respecto de la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Esta perspectiva explica que el grueso de las fuentes secundarias empleadas sean españolas, así como que el análisis, lejos de agotar todos los ámbitos en los que el Derecho de la Unión Europea puede llegar a adquirir relevancia constitucional interna, se centre en aquellos que presentan mayor actualidad.

El resultado también es inestable porque esta propiedad caracteriza a su objeto de manera muy intensa. La doctrina constitucional sobre las relaciones entre la Constitución y el Derecho europeo está sufriendo en la actualidad un proceso de intensa transformación. Su estado en el momento presente es el marco al que se refieren las consideraciones, tanto posi-

tivas como normativas, que realizo en el libro. Desde esta segunda perspectiva, en particular, conviene tener presente que las construcciones dogmáticas se encuentran a veces estrechamente conectadas con consideraciones de política constitucional, así como que la validez de estas últimas, por su propia naturaleza, está condicionada a la actuación posterior de agentes políticos y jurisdiccionales. Ello es así, en especial, en un ámbito como este, en el que tanto el Derecho primario como la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional se encuentran en un proceso de intensa transformación.

Algunas de las reflexiones que aquí se recogen ven la luz por primera vez, mientras que otras son el producto de la reelaboración, actualización y ulterior desarrollo de trabajos previamente publicados en *Indret* (núm. 4, 2011), en la *Revista Española de Derecho Europeo* (núm. 45, 2013), en la *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 102, 2014) y en la *Revista Española de Derecho Administrativo* (núm. 174, 2015). El contenido del libro tiene en cualquier caso la homogeneidad que justifica su publicación.

Es preciso reconocer también que en su elaboración me he beneficiado de un rico intercambio intelectual con numerosos colegas. Estoy particularmente agradecido a Ricardo Alonso, Xabier Arzo, Miguel Azpitarte, Margarita Beladíez, Miguel Beltrán, Carlos Ortega, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, José María Rodríguez de Santiago, Daniel Sarmiento y Dolores Utrilla. Mención aparte merece mi agradecimiento a Javier Delgado, quien me permitió colaborar con él como letrado en el Tribunal Constitucional y aprender tanto de tantas cosas.

Finalmente, este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación sobre *La competencia entre regulaciones. Un enfoque analítico y constitucional* (DER2014-57572-P), financiado por el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

CAPÍTULO I

DE LA LÍNEA ROJA A LA INTERFAZ

1. PLURALISMO

El ejercicio del poder en Europa está sometido a una estructura de racionalización que responde a la noción de pluralismo constitucional abierto. Con esta afirmación no pretendo tomar partido en el debate actualmente en curso acerca de las fortalezas descriptivas y normativas de la teoría del pluralismo constitucional, ni adherirme a ninguna de sus versiones en particular, ni menos aún aportar una caracterización más del modelo¹. El asunto es complejo y supera los límites de este trabajo. Mi intención es más pragmática: ese concepto permite expresar de manera sintética las dos consideraciones siguientes.

Por un lado, el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos internos de sus Estados miembros operan como sistemas jurídicos diferenciados que aspiran a descansar so-

¹ Entre la literatura más reciente *vid.* G. DE BÚRCA y J. H. H. WEILER (eds.), *The worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; M. AVBELJ y J. KOMARÉK (eds.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford, Hart, 2012; K. JAKLIC, *Constitutional pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2013; G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process*, New York, Routledge, 2013.

bre su propia norma fundamental, es decir, a proporcionar de manera autónoma los criterios que determinan la validez de sus normas². Esta vocación tiene como consecuencia que las relaciones entre esos ordenamientos se vuelvan especialmente problemáticas. La teoría del pluralismo constitucional se orienta, precisamente, a explicar y reducir esa complejidad³.

Por otro lado, el Derecho de la Unión Europea y los Derechos nacionales son sistemas jurídicos abiertos al menos desde dos perspectivas. En primer lugar, se trata de sistemas comunicados entre sí, en el sentido de que cada uno de ellos incorpora elementos procedentes del otro. Y, en segundo lugar, los dos sistemas aspiran a racionalizar jurídicamente de acuerdo con sus propios criterios las referencias normativas que en principio le son ajenas, así como el proceso mismo de su incorporación. Esos criterios, que operan como normas sobre la aplicabilidad de otras normas⁴, también se proyectan sobre las referencias que proceden del exterior.

2. INTERFACES

Al igual que el sistema operativo de un ordenador posibilita nuestra interacción con la máquina o el interruptor nos permite intervenir en el comportamiento de un circuito eléctrico, también las relaciones entre sistemas jurídicos se articulan a través de interfaces, en este caso de carácter virtual. La peculiaridad de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los Derechos nacionales reside en que, a diferencia de lo que ocurre en esos ejemplos, e incluso en otras relaciones entre ordenamientos, el proceso de comunicación no se articula a través de dispositivos comunes. Por el contrario, cada uno

² M. P. MADURO, «Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action», en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart, 2003, pp. 501 y ss.

³ N. WALKER, «The idea of Constitutional Pluralism», *The Modern Law Review*, 65, 2002, pp. 317 y ss.

⁴ Vid. J. L. REQUEJO PAGÉS, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

de estos dos sistemas tiene su propio catálogo de interfaces o, lo que es lo mismo, sus propios dispositivos de comunicación intersistemática.

Esta es una circunstancia fácilmente verificable. En el Derecho de la Unión las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6.3 TUE) y, más recientemente, la noción de identidad nacional (art. 4.2 TUE), entre otros mecanismos de esta naturaleza, dan cauce a la incorporación al Derecho supranacional de razones jurídicas procedentes de las Constituciones nacionales. El Derecho constitucional español, por su parte, contiene también diversos dispositivos llamados a cumplir esa función, entre los cuales destacan el criterio de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE) y la habilitación para celebrar tratados por los que se atribuya a organizaciones internacionales o supranacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE). De igual modo, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) permite otorgar relevancia constitucional a algunas formas de aplicación incorrecta del Derecho de la Unión Europea.

3. EMPATÍA

Desde una perspectiva normativa, aquí se parte de la tesis de que a la hora de diseñar esos dispositivos no solo es preciso tener en cuenta las exigencias constitucionales propias, sino también las demandas que proceden del otro sistema⁵. Ello es tanto como decir que los sujetos que intervienen en el desarrollo de las relaciones entre los diversos sistemas deben ejercer sus competencias con un cierto grado de empatía, esto es, con la necesaria apertura a las exigencias institucionales propias del resto de agentes⁶. En un sistema de pluralismo cons-

⁵ G. DE BÚRCA, «The ECJ and the international legal order: a re-evaluation», en G. DE BÚRCA y J. H. H. WEILER (eds.), *The worlds of European Constitutionalism*, *op. cit.*, pp. 136, y 281 y ss.

⁶ *Vid.*, por ejemplo, M. P. MADURO, «Contrapuntual law: Europe's constitutional pluralism in action», *op. cit.*, p. 526. En España esta idea se ha desarrollado

titucional como el descrito esa directriz requiere, al menos, que las interfaces sean compatibles entre sí, de tal manera que los procesos de comunicación se desarrollen sin dificultades y conflictos adicionales generados por un diseño defectuoso del dispositivo. Esta afirmación se ha concretado de diversas maneras en la literatura acerca del pluralismo constitucional en la Unión Europea⁷. Más allá de su proximidad a esta o a otras doctrinas⁸, sin embargo, el criterio señalado puede justificarse también a partir de la idea de que una función constitucional relevante es la de promover la coherencia general del sistema reduciendo los conflictos normativos y facilitando el ejercicio por parte de las instituciones de sus respectivas competencias.

Aunque esos dispositivos pueden estar adscritos a normas positivas, su alcance viene determinado con frecuencia por doctrinas jurisprudenciales construidas en su interpretación. Los ejemplos citados antes son buena prueba de ello. Por un lado, corresponde al Tribunal de Justicia la construcción del significado y alcance del concepto de «identidad nacional» de los Estados miembros. Por otro lado, la historia de las relaciones entre los dos sistemas ha sido también la de la reacción

especialmente a propósito del diálogo judicial pero, como se indica en el texto, su alcance es más general. Vid. P. MARTÍN RODRÍGUEZ, «Crónica de una muerte anunciada. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11», *Revista General de Derecho Europeo*, 30, 2013, p. 25; R. BUSTOS GIBERT, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 2012, pp. 13 y ss.; J. A. XIOL RÍOS, «El diálogo judicial», en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2013, pp. 11 y ss.

⁷ Vid. una discusión reciente de diversas posiciones en K. TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 102 y ss.; y L. HALLESKOV STORGAARD, «Composing Europe's fundamental rights area: A case for discursive pluralism», en *Cambridge Journal of European Legal Studies*, 17, 2015, pp. 210 y ss.

⁸ Debe destacarse la construcción por el Tribunal Constitucional Federal alemán del principio de «cordialidad» o «apertura» respecto del Derecho europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*). Vid. la Sentencia de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08 (*Lissabon-Urteil*). Se trata de un principio implícito en el Preámbulo y en el art. 23.1 de la Constitución alemana cuyo sentido, sin embargo, acaso no se encuentre tan alineado con la noción de empatía como sugiere su denominación. Vid. un completo análisis en D. KNOP, *Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

nacional articulada a través de las doctrinas jurisprudenciales dirigidas a fijar los límites del proceso de integración⁹. El conocido asunto *Gauweiler*, en el que el Tribunal de Justicia ha rechazado una interpretación del art. 4.2 TUE como la que se derivaba de la doctrina del control de identidad del Tribunal Constitucional Federal alemán¹⁰, permite ilustrar cómo los dispositivos que contiene cada sistema para disciplinar el mismo proceso de comunicación pueden no encajar entre sí¹¹.

A la hora de configurar las relaciones entre el Derecho de la Unión y los Derechos nacionales, la atención de la doctrina jurisprudencial y académica se ha centrado, especialmente, en identificar las respectivas líneas rojas, esto es, los límites cuya superación determinaría la inaplicación de la referencia normativa externa¹², cuando no directamente su invalidez¹³. Con ser esta una cuestión de indudable relevancia, su tratamiento ha oscurecido, sin embargo, la necesidad de que los sujetos llamados a diseñar los dispositivos de comunicación los configuren de acuerdo con la exigencia de funcionalidad a la que me he referido. No se trata de aspirar a eliminar el conflicto, que es inevitable en un marco constitucional como el europeo, sino de diseñar los dispositivos de comunicación del sistema correspondiente de manera que este se reduzca en lo posible a la vista de las demandas sistemáticas del otro ordenamiento. En conclusión, además de fijar las líneas rojas hay también que diseñar interfaces adecuadas. Y esta es una tarea de quienes están llamados a reformar y a interpretar la Constitución.

⁹ Vid. B. DAVIES, *Resisting the European Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

¹⁰ STJ (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, As. C-62/14, *Gauweiler*.

¹¹ Vid. las Conclusiones presentadas por el AG Pedro Cruz Villalón el 14 de enero de 2015, en el As. C-62/14, *Gauweiler*, apdo. 59; y el Auto de remisión del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 14 de enero de 2014, 2 BvE 13/13, apdo. 29.

¹² DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2; Sentencia de 15 de diciembre de 2015, del Tribunal Constitucional Federal alemán, 2 BvR 2735/14, sobre el control de identidad.

¹³ Esta consideración fundamenta la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el control *ultra vires* del Derecho de la Unión Europea. Cfr. la Sentencia de 6 de julio de 2010 (*Honeywell*), 2 BvR 2661/06.