



Revista de Estudios Europeos
Nº extraordinario monográfico, 1-2019, 41-65
ISSN: 2530-9854. <http://www.ree-uva.es/>



EL JUEZ ESPAÑOL Y LA COMPLEJA CUESTIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. EN PARTICULAR, EN MATERIA DE GARANTÍAS PROCESALES DE INVESTIGADOS Y ACUSADOS

THE SPANISH JUDGE AND THE COMPLEX MATTER OF DETERMINING THE SCOPE OF APPLICATION OF THE EUROPEAN UNION LAW. IN PARTICULAR, WITH REGARD TO PROCEDURAL SAFEGUARDS OF SUSPECT AND ACCUSED PERSONS.

Montserrat de HOYOS SANCHO
Universidad de Valladolid

Resumen: Se realiza en este trabajo un estudio crítico de las consecuencias teóricas y prácticas de determinar con mayor o menor precisión el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. Se analizan algunos importantes efectos de las sentencias del Tribunal de Luxemburgo en los asuntos Åkerberg Fransson y Melloni, en particular desde la perspectiva del juez español y en materia de garantías procesales de investigados y acusados, ya que se han aprobado diversas Directivas con un fuerte efecto expansivo de lo que pueda considerarse Derecho de la Unión. Se ofrecen algunas pautas al operador jurídico nacional para poder determinar en qué supuestos se ha de optar por el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o ante el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Cláusula de no regresión- Aplicación Derecho UE – Åkerberg Fransson- Melloni- Directivas garantías procesales – Reenvío prejudicial- Diálogo de tribunales.

Abstract: This paper aims to critically examine the theoretical and practical consequences of determining with more or less precision the scope of application of European Union law. Some key effects of the Luxembourg Court's case law in Åkerberg Fransson and Melloni are analysed, in particular from the Spanish judge perspective and with regard to the procedural safeguards of the suspect and accused persons, since several Directives have been approved with a high expansive effect on what may be considered European Union law. Several guidelines are offered to the national legal practitioners to be able to determine in which cases they must opt for requesting a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union or before the Constitutional Court.

Key words: Non-regression clause – Application of EU law- Åkerberg Fransson – Melloni – Directives on procedural safeguards – Preliminary ruling– Judicial dialogue.

Sumario: 1. Algunas premisas normativas y sistemáticas. 2. Importancia teórica y trascendencia práctica de la aplicación del Derecho de la Unión. 3. En particular, la aplicación del Derecho de la Unión en materia de garantías procesales de investigados y acusados. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.



1. Algunas premisas normativas y sistemáticas ¹

Dispone el art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en su tenor introducido por la L.O. 7/2015, de 21 de julio: “1. *Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* 2. *Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes*”.

Según la propia Exposición de Motivos de la L.O. 7/2015 –vid. apdo. VI-, la razón de añadir este nuevo precepto a la LOPJ no fue otro que la necesaria actualización y adaptación de la norma nacional a la plena incorporación de España al ámbito de la Unión Europea, lo que hizo que se considerase “conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En paralelo –prosigue la EM-, “y como corolario del sistema”, “se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos”, concluyó nuestro legislador de 2015.

También como premisas normativas son desde luego trascendentales en esta materia los arts. 51 y siguientes de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea² (CDFUE), pues contienen las disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la misma. Destacadamente afectan a estas cuestiones: quiénes son los destinatarios de la Carta –instituciones, órganos y organismos UE, con respeto al principio de subsidiariedad, y los Estados miembros “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”-; la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias que tiene expresamente atribuidas³ –no se crean nuevas competencias, ni se modifican las contenidas en los Tratados⁴-; principio de

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i –Excelencia- titulado “*Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea*” –DER 2016-78096-P-, del que soy, junto con la Prof^a C. Arangüena, Investigadora Principal. También es resultado del Proyecto de la Junta de Castilla y León: “*Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio*”, Ref.: VA-135-G18, que igualmente se desarrolla bajo la dirección de la Prof^a Arangüena.

² DO C 202 de 7.6.2016, pp. 389-405

³ Vid. las reflexiones que sobre las consecuencias de este precepto realiza Biglino Campos: “(...) la finalidad de la disposición es evitar que suceda en la Unión lo que ha ocurrido en algunos sistemas federales, donde la declaración de derechos ha contribuido a centralizar el poder, en detrimento de las competencias de los Estados miembros” –efecto centrípeto-. “(...) en el sistema europeo, los derechos fundamentales no constituyen un título atributivo de competencias, por lo que la Carta no altera el orden comunitario de distribución de poderes. (...) lo que la Carta excluye es que los derechos fundamentales sean un título competencial autónomo, que habilite a la Unión a dictar normas destinadas exclusivamente a garantizar su protección”. (2003:45,64)

⁴ Es preciso considerar que los arts. 81 y 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), relativos a la cooperación judicial en materia civil y penal, aluden expresamente a la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, por lo que las “competencias contenidas en los Tratados” pueden tener importantes efectos

legalidad en la limitación de derechos y libertades contenidos en la Carta, con respeto a su "contenido esencial" y al principio de proporcionalidad; posible protección más extensa –en ningún caso inferior– de los derechos contenidos en la Carta que se correspondan con derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); interpretación de los derechos fundamentales en armonía con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros⁵, teniendo plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales.

Estos mencionados son los principios o pautas interpretativas de la Carta, pero además deberemos tener en cuenta el determinante art. 53 CDFUE, relativo al "Nivel de protección": "*Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros*".

Destacan los analistas⁶ que es habitual encontrar en los instrumentos del Derecho Internacional Público encargados de la protección de derechos y libertades fundamentales, cláusulas de este tipo, llamadas "de no regresión" o "de salvaguarda"⁷; una suerte de disposiciones transversales que pueden actuar como "válvula de seguridad"⁸.

El modelo seguido en la elaboración de este precepto ha sido el contenido del art. 53 CEDH, en virtud del cual ninguna disposición del Convenio Europeo de Derechos Humanos "será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en que ésta sea parte".

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 5, contiene una previsión similar.

Como pone de relieve MANGAS MARTÍN⁹, este art. 53 CDFUE pretende garantizar a través de la Carta el más elevado nivel de protección, en armonía con las tradiciones constitucionales comunes, con el Derecho de la Unión y con el Derecho Internacional, dejando claro que no cabe "*reformatio in peius*" en materia de derechos fundamentales, y que sólo ha de ser posible plantear una evolución "al alza".

No obstante su aparente sencillez, el art. 53 CDFUE fue uno de los preceptos más controvertidos en los debates sobre la Carta, y también en los

expansivos en aras de mejorar y potenciar la cooperación judicial transfronteriza. Además, el art. 4.2 TFUE se refiere, en el marco de las "competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros", en su apartado j) al "espacio de libertad, seguridad y justicia", ámbito igualmente de notable amplitud.

⁵ Sobre este particular, Ugartemendía Eceizabarrena, 2018: 23-26.

⁶ Vid. Martín y Pérez de Nanclares, 2008: 852-854, Monereo Pérez, 2012: 1397-1399.

⁷ El art. 53 CDFUE se asimila a una cláusula de salvaguarda, pues no se limita a enunciar el principio de tutela prevalente, como aparentemente se podría deducir de una interpretación literal. Faggiani, 2017: 113.

⁸ Monereo Pérez, 2012: 1399.

⁹ Mangas Martín, 2005: 220.



posteriores análisis doctrinales¹⁰, pues de este artículo se derivan importantes consecuencias para las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los nacionales, y entre los dos sistemas europeos de protección derechos fundamentales: CDFUE -TJUE y CEDH-TEDH.

Esa garantía de no disminución del nivel de protección más elevado en cada respectivo ámbito que se contiene en el art. 53 CDFUE ha de considerar, en primer término, el propio espacio de vigencia y operatividad de la Carta, que viene determinado por la aplicación, directa o indirecta, del Derecho de la Unión. Volvemos sobre este punto tan determinante en el epígrafe siguiente.

Otra de las cuestiones que se nos plantean tras la lectura de estos preceptos es tratar de determinar el nivel de protección por el que hayan de inclinarse las instituciones de la Unión, y en particular el TJUE, cuando deban interpretar y garantizar un derecho fundamental dentro del ámbito de sus competencias, en el supuesto de que el grado de tutela sea distinto en las tradiciones constitucionales comunes, en el sistema CEDH-TEDH y en el propio ordenamiento de la Unión.

Concluye con toda claridad MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES¹¹ que el art. 53 CDFUE no garantiza una primacía o prevalencia del ordenamiento que conceda un mayor nivel de protección al derecho fundamental en cuestión, pues supondría una quiebra del principio de “primacía del derecho de la Unión” y un riesgo para la unidad del ordenamiento comunitario. Además, un único sistema normativo –v.gr.: la Constitución de un Estado miembro, o incluso de varios- no puede condicionar unilateralmente la interpretación de ese derecho para toda la UE¹².

Queda claro entonces que la Carta no sustituye a las constituciones nacionales en su respectivo ámbito de aplicación estatal, pero sí tendrá que ser aplicada aquélla, junto con la jurisprudencia del TJUE interpretándola, cuando el Estado miembro deba *aplicar “Derecho de la UE”*.

En consecuencia, el art. 53 CDFUE garantiza, ni más ni menos, que las disposiciones de la Carta no podrán servir como argumento normativo para disminuir el nivel de protección que el derecho fundamental tenga en el ordenamiento que corresponda aplicar: el internacional/CEDH, el de la Unión Europea o el del Estado miembro que corresponda.

Lo que parece ineludible en cualquier caso a estas alturas es concluir que la protección y garantía de los Derechos fundamentales en el ámbito UE, en el

¹⁰ Destaca Martín y Pérez de Nanclares: En todo caso, debe advertirse que el art. 53 CDFUE tiene la difícil virtud de que todos pueden ver en él lo que desean ver: los procomunitarios ven al Derecho UE a salvo de quien pueda querer erosionarlo a través de la acción de los Tribunales constitucionales en materia de Derechos fundamentales; los euroescépticos ven un freno a una interpretación dinámica del TJUE; los defensores de los Derechos fundamentales ven en este precepto una fuente de interpretación dinámica que puede permitir una elevación del nivel de protección de éstos en la UE. (2008: 867).

¹¹ Con cuyo parecer coincidimos. Martín y Pérez de Nanclares, 2008: 857-858.

¹² Pone el autor como ejemplo la posible diversa interpretación o amplitud del derecho a la vida / derecho al aborto. Martín y Pérez de Nanclares, 2008:858. Vid. también STJUE 26 febrero 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, párrafo 58: oponer un derecho constitucional a la aplicación del Derecho de la Unión, contraviene el principio de primacía del Derecho de la Unión. Una valoración crítica de la interpretación que realizaron el Abogado General y el propio TJUE de este art. 53 CDFUE, precisamente con motivo de este asunto *Melloni*, puede encontrarse en Matía Portilla, 2016: 500-522. Vid. también las reflexiones contenidas en De Hoyos, 2018 a): 96-98 y en Bachmaier, 2018: 209-231.

marco del CEDH y en los distintos Estados europeos se ha ido construyendo, y así seguirá siendo, en un "diálogo¹³ jurídico multinivel", a tres bandas, esencialmente dinámico y de "ponderada geometría variable¹⁴", entre los Tribunales constitucionales, el TEDH y el TJUE¹⁵.

Ahora bien, este sistema tiene sus consecuencias, no siempre positivas. La valiosa certeza o seguridad jurídica se resiente, pues el resultado es un sistema de interacción altamente oscilante, no suficientemente previsible y particularmente complejo para todos los operadores jurídicos; en especial, para los juristas que se formaron en un sistema del *Civil Law*¹⁶, de ley cierta, con un claro sistema jerarquizado de fuentes.

No podemos desconocer que el actual grado de relación entre los diversos sistemas normativos y jurisdiccionales ha ido dando como resultado -por lo general- lo que algunos llaman una "*cross fertilization*"¹⁷, es decir, una mejora recíproca o evolución positiva de la vigencia y protección de los derechos fundamentales en el contexto europeo¹⁸, pero habrá que perseverar en el esfuerzo y no bajar la guardia para evitar que se produzca el siempre amenazante retroceso de éstos, concretamente de las garantías procesales esenciales, cuyo estándar de protección puede peligrar cuando se invocan argumentos tan potentes como la necesaria primacía y uniformidad del Derecho UE¹⁹ con el fin de avanzar en la integración europea, o cuando se apela a la siempre y por todos deseable eficacia en la persecución transnacional de los delitos más graves.

¹³ Se cuestiona Vergottini, si la noción de "diálogo"-conversación entre dos o más sujetos- es la más apropiada para calificar las relaciones entre diversos ordenamientos y jurisdicciones en el contexto de la integración europea. Si tal expresión no acaba siendo una "palabra afortunada", una suerte de "fetichismo retórico" del que cuando menos deberíamos desconfiar porque, lejos de constituir un concepto, permite "improvisaciones comparatistas" y legitima el olvido de una mayor y rigurosa profundización en el estudio de este tipo de situaciones ciertamente complejas. Vid. también el prólogo a la monografía de Vergottini, firmado por J. García Roca. (2010: 14-15, 331-332).

¹⁴ Faggiani, 2017: 115, con cita de De Amicis.

¹⁵ A juicio de Vergottini, -con cita de Panunzio-, en los supuestos en que es necesario armonizar la intervención de un tribunal estatal con las de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo en materia de derechos humanos en el ámbito europeo, resultaría apropiado aceptar la consideración según la cual, más que hablar de un "sistema multinivel", resultaría más convincente "determinar un sistema articulado en torno a dos polos distintos que se presentan en un plano circular más que vertical, interactuando sincrónicamente". (2010: 85-86).

¹⁶ Siempre valiosas las reflexiones de Kostoris, 2016: 1653-1667.

¹⁷ Jacobs, 2003: 547-553, citado por Martín y Pérez de Nanclares, 2017: 266, nota 129.

¹⁸ Monereo, habla de una "co-evolución en la cultura europea de los derechos fundamentales". La aproximación e integración dinámica de las garantías y técnicas de protección de los derechos fundamentales no puede considerarse en sí negativa desde el punto de vista de la defensa de tales de derechos, concluye el autor. (2012: 1406).

¹⁹ Primacía que no es de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias del ámbito de la Unión. Asumir un vaciamiento del art. 24 CE y permitir que la determinación de su contenido y alcance sean exclusivamente diseñados por el TJUE resulta incompatible con la suprallegalidad constitucional que el TC garantiza. Vid. más ampliamente, Matía Portilla, 2016: 516-518.

2. IMPORTANCIA TEÓRICA Y TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Según se ha expuesto, resulta decisivo tratar de concretar, o al menos delimitar en la medida de lo posible, qué se entiende por “ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”. En particular nos fijaremos en las consecuencias que para el Juez nacional –y para el operador jurídico en general- conlleva situarse, o no, en dicho ámbito normativo y jurisprudencial.

No es cuestión sencilla²⁰, y desde luego deberá terminar de decidirse siempre a la vista del supuesto de hecho específico, pero procuraremos ofrecer algunas pautas interpretativas que puedan resultar de alguna utilidad²¹.

Ha de quedar claro en todo caso que situarse en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión conlleva para el órgano jurisdiccional y para las partes la obligación de aplicar/invocar toda la normativa UE, desde la Carta hasta la última norma de la Unión específica sobre la cuestión en litigio, la correlativa jurisprudencia del TJUE que venga al caso y, además, tener en consideración los principios rectores e informadores del Derecho de la Unión: primacía, unidad/integración, interpretación autónoma y máxima eficacia del sistema normativo UE.

Fuera de ese marco concreto de aplicación del Derecho de la Unión, los jueces nacionales aplicarán su Constitución y toda su normativa interna, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo, así como el resto de doctrina jurisprudencial nacional²². Téngase en cuenta que cuando se opera en ese específico entorno estatal, la CDFUE y el CEDH sólo son tratados de derechos fundamentales, a los efectos interpretativos del art. 10.2 de la Constitución española (CE)²³. Véase el art. 2 L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa²⁴.

²⁰ Se pregunta también Tenorio Sánchez algo tan básico –y tan trascendente- como es “¿qué es aplicar el Derecho de la UE?, ¿aplicar directamente un Reglamento o una Decisión? (como en *Melloni*), y ¿aplicar una normativa nacional con origen en el Derecho de la Unión y que está armonizado? (como en *Åkerberg*), o también ¿aplicar una normativa nacional con origen en el Derecho de la Unión, pero que no está armonizado? La cuestión no está clara, y habrá que esperar a ver qué decide el TJ en otros casos”. (2013: 35). Destacan a su vez Alonso García y Sarmiento, que la noción “ejecución del Derecho de la Unión” es “más resbaladiza de lo que parece”, y siempre existirán situaciones en las que será dudoso determinar el grado de ejecución comunitaria en el caso concreto, “a lo que debe añadirse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, especialmente expansiva”. (2006: 27).

²¹ Muy clarificadores a estos efectos, Bustos Gisbert, 2017: 333-359, y Sarmiento, 2013: 1267-1304.

²² Más ampliamente, Azpitarte, 2015: 243-268.

²³ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

²⁴ “A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación: (...)”.

M. de Hoyos: “El juez español y la compleja cuestión de la determinación del ámbito de aplicación del derecho de la unión europea. En particular, en materia de garantías procesales de investigados y acusados”

La cuestión nuclear entonces será tratar de dar respuesta a la pregunta que se podría formular el Juez nacional, en este sentido: ¿cuándo se ha de entender que se está operando en el ámbito específico de aplicación del Derecho de la Unión?

Pues bien, en primer término, es claro que esto podrá afirmarse cuando haya de utilizarse directamente, para dar respuesta a las pretensiones o cuestiones planteadas en la causa, el derecho derivado de la Unión –Decisiones marco, Directivas, Reglamentos, Decisiones-, y también la correlativa normativa nacional de transposición/implementación del Derecho de la Unión –v. gr.: cuando se aplica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea²⁵–.

Pero además, claramente desde la STJUE 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*²⁶, también se entiende que se está en el ámbito de actuación del Derecho de la Unión cuando se han de aplicar al caso normas nacionales que de alguna forma sirven para garantizar el cumplimiento y efectividad del ordenamiento de la Unión.

Es decir, no se trata de la utilización en la causa de normas nacionales de implementación o transposición directa del Derecho UE, pero se afirma la existencia de un vínculo comunitario si en el caso concreto tal normativa nacional sirve para asegurar o hacer efectivos los derechos y obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión. En definitiva, la necesaria invocación y utilización de ese concreto tipo de normas nacionales también nos situaría en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

En esta STJUE *Åkerberg Fransson* se resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal sueco sobre posible violación del principio *ne bis in idem* por una ley nacional como consecuencia del establecimiento de una doble sanción –tributaria y penal- en un caso de fraude del IVA. Aunque la normativa sueca no tenía por finalidad específica aplicar Derecho de la Unión, sí era el instrumento nacional que se utilizaba en la persecución de infracciones tributarias del IVA. Como ese fraude del IVA afecta claramente a la Hacienda europea, el TJUE consideró que esa normativa sueca que perseguía ese tipo de infracciones tributarias estaba dentro del ámbito de aplicación del Derecho UE, a los efectos del art. 51 CDFUE, entrando a resolver el fondo de la cuestión planteada.

El TJUE dejó claramente sentando en este asunto que la utilización de normativa interna que reprime infracciones de una Directiva, en cuanto garantiza su cumplimiento y efectividad, implica también aplicación del Derecho de la Unión, hubiese sido o no adoptada para transponer éste²⁷.

²⁵ Como es sabido, esta es la ley española que incorporó a nuestro ordenamiento las Decisiones marco y Directivas aprobadas hasta la fecha sobre la materia. Vid. más ampliamente, Arangüena, De Hoyos y Rodríguez-Medel, 2015: passim.

²⁶ C-617/10, EU:C:2013:105, apdos. 17-27.

²⁷ Vid. las valoraciones que sobre esta importante sentencia realizan, Alonso García, 2014: 34; Azpitarte Sánchez, 2015: 248-251; Vervaele, 2014: 21-24.

Por su parte, López Guerra afirma lo siguiente: *Åkerberg Fransson* proporciona criterios generales “que han debido ser precisados en decisiones posteriores, en un proceso aún abierto”. El TJUE ha señalado que su jurisdicción será invocable sólo si la materia de que se trate puede considerarse en el ámbito del Derecho UE, “sólo si los mandatos de ese Derecho imponen obligaciones concretas a los Estados Miembros, sin que pueda invocarse una conexión indirecta”. (2017: 178).



Finalmente nos resta por destacar que si la norma nacional aplicable al caso no tiene que ver con los objetivos de la regulación que proviene de la Unión, el juez nacional no podrá apreciar esa vinculación con el Derecho UE, y por ello no será de aplicación directa la CDFUE, ni –entendemos, en buena lógica– deberá prevalecer la concreta interpretación que de un derecho allí contenido haya podido hacer el TJUE. Recordemos que, por lo que respecta a España, en estos supuestos la CDFUE, al igual que el CEDH, sólo serían operativos como Convenios de Derechos humanos, a los efectos interpretativos del art. 10.2 CE.

Un ejemplo claro de una situación de este último tipo lo podemos encontrar en la STJUE 15 septiembre 2011, Gueye y Salmerón Sánchez²⁸, resolviendo una cuestión prejudicial doble planteada por la Audiencia provincial de Tarragona²⁹, quien pretendía una aplicación directa del contenido de la CDFUE a la normativa española que había decidido no tener en cuenta la opinión de las víctimas de violencia de género a la hora de establecer un alejamiento obligatorio de su agresor, incluso contra la voluntad de aquéllas. En su respuesta, el TJUE concluyó que la regulación de la Unión mediante Decisión Marco (DM) –la norma entonces vigente–, tenía por objetivo garantizar y armonizar el Estatuto de la víctima en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), mientras que la ley española sobre protección y tutela penal de las víctimas respondía a objetivos de política criminal sustantiva, que no es materia competencia de la Unión³⁰.

Afirmó expresamente el TJUE que era relevante señalar que la DM no contiene ninguna disposición relativa a las clases y graduación de las penas que los Estados han de establecer en su normativa, y que tal DM tampoco indica en modo alguno que el legislador de la Unión haya tenido la intención de armonizar o aproximar las legislaciones nacionales en lo relativo a la clase y graduación de las sanciones penales.

El TJUE concluyó que la obligación de imponer una medida de alejamiento conforme al Derecho material controvertido no está incluida en el ámbito de aplicación de la DM, “por lo que no puede apreciarse a la luz de lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”³¹.

Otro ejemplo en el que se alcanza una solución similar lo encontramos en la STJUE 27 de marzo de 2014, Torralbo Marcos³².

Sentadas estas premisas, debemos abordar entonces la cuestión relativa a los efectos y consecuencias prácticas de apreciar un vínculo del asunto litigioso

²⁸ C-483/09, EU:C:2011:583.

²⁹ En la propia sentencia se resume la cuestión prejudicial de la siguiente manera: el órgano jurisdiccional remitente interesa saber si los arts. 2, 3 u 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, DO L 82/1, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el derecho penal del Estado miembro, a los autores de un delito de violencia en el ámbito familiar, aún en el supuesto de que la víctima se oponga a la aplicación de tal medida.

³⁰ Vid. Bustos Gisbert, 2017: 340.

³¹ Así se expresa el TJUE en su respuesta a la cuarta cuestión, en relación con los arts. 2, 3 y 8 de la DM.

³² C-265/13. EU:C:2014:187. Respuesta a una cuestión prejudicial. con fundamento en el art. 47 CDFUE planteada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrassa (Barcelona), mediante resolución de 3 de mayo de 2013. Vid. especialmente apdos. 27 a 32.

M. de Hoyos: “El juez español y la compleja cuestión de la determinación del ámbito de aplicación del derecho de la unión europea. En particular, en materia de garantías procesales de investigados y acusados”

con el Derecho de la Unión, y más en particular, en materia de derechos fundamentales.

Sin duda la consecuencia más relevante será que, si en un caso concreto se produjera una divergencia insalvable entre el nivel de protección que se dispensa a ese derecho fundamental por el Derecho de la Unión –incluida la jurisprudencia TJUE- y el resultante de la Constitución nacional –incluida la jurisprudencia TC-, los derechos fundamentales de la norma interna se verían por principio *desplazados*, que no anulados, por lo establecido en el Derecho de la Unión y por la interpretación que hubiera hecho el TJUE en aquellas cuestiones en que pudiera haber disparidad o contradicciones entre ambos sistemas de derechos fundamentales.

Dicho de otra manera, si el juez nacional español apreciara divergencias determinantes entre la solución al caso ofrecida por el ordenamiento interno y aquella que resultaría de aplicar la CDFUE/Jurisprudencia TJUE, aquél deberá interpretar las normas nacionales de manera conforme con el contenido de la Carta y, en caso de discrepancias insalvables, deberá *desplazar* la aplicación de la regulación interna en ese caso concreto –que no se vería anulada- a favor del contenido y vigencia de la norma europea³³.

Ahora bien, este *desplazamiento* puede no ser total si el Derecho de la Unión permite a los Estados cierto margen de maniobra para otorgar mayor protección a los derechos en sus propios ordenamientos, siempre que no se ponga en peligro la eficacia del Derecho UE y la uniformidad en la aplicación de éste.

Un ejemplo de lo antedicho lo encontramos en el ya referido asunto *Melloni* STJUE 26 de febrero 2013³⁴: si algunas de las garantías del enjuiciamiento en ausencia ya están armonizadas en el ámbito de la cooperación judicial UE –como era el caso-, los Estados miembros no pueden exigir *ad extra* un nivel de protección superior en esos ámbitos en los que la Unión ya ha definido el mínimo para considerar respetado el derecho a estar presente en el propio enjuiciamiento. Sin embargo, se podrán seguir aplicando estándares nacionales si éstos no afectan al nivel de protección previsto por la Carta en su interpretación por el TJUE³⁵.

³³ Biglino Campos explica que, cuando se produce una colisión concreta –dos normas, una nacional y otra europea, aplicables al caso, y su destinatario se ve obligado a incumplir una para obedecer a la otra-, la noción de “primacía” del Derecho UE impone al juez el deber de aplicar la norma europea en detrimento de la nacional. Como consecuencia de esta opción, “la norma estatal no debe concebirse como inválida, ya que ésta se ha producido conforme a lo establecido en el sistema interno de fuentes. Por eso puede persistir en dicho ordenamiento para otros supuestos en los que el orden europeo no sea de aplicación. La norma nacional queda, simplemente, desplazada, porque no sirve para regular una situación que está regida de manera distinta por el Derecho de la Unión. Es atribución de los Estados miembros determinar la manera de privar de efectos a la disposición nacional, conforme a lo establecido en los propios sistemas internos”. (2007: 24).

Insiste también en este sentido Bustos Gisbert: si hay un conflicto entre la Carta y derechos fundamentales de la Constitución, si no es posible una interpretación conforme con la CDFUE, se producirá un desplazamiento a favor del contenido de la norma europea. En el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, la jurisprudencia de aplicación preferente es la del TJUE y no la del TC. (2017: 341).

³⁴ C-399/11, EU:C:2013:107. Vid. más ampliamente las valoraciones de esta jurisprudencia contenidas en De Hoyos Sancho, 2018 a): 96-100 y Bachmaier Winter, 2018: 209 y ss.

³⁵ STJUE *Melloni*, Párrafo 58: “En efecto, dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado

Aclarados estos extremos, deberíamos plantearnos entonces escenarios todavía más complejos que los apuntados *supra*.

¿Qué sucederá si el juez nacional piensa que la ley nacional aplicable al caso puede estar infringiendo Derecho de la Unión y también la Constitución? ¿Debe optar por el reenvío prejudicial ante el TJUE o plantear la cuestión de inconstitucionalidad al TC?

Antes de dar respuesta concreta a esta pregunta, estimamos ineludible, por resultar decisivas sus consecuencias, que el juez nacional haga un esfuerzo por tratar de dilucidar y determinar el concreto ámbito de aplicación normativo en que se encuentra en ese asunto en particular, para así –llegado el caso y si se dan los presupuestos- dirigir la cuestión al tribunal correspondiente: si valoradas todas las circunstancias el juez nacional concluye que efectivamente está operando en el ámbito de aplicación del Derecho UE, podrá/deberá plantear la cuestión prejudicial; si considera que está aplicando Derecho nacional en sentido estricto, podrá/deberá hacer uso del reenvío prejudicial ante el Tribunal Constitucional³⁶.

Si finalmente el juez nacional no pudiera resolver por sí mismo la duda de si está aplicando Derecho UE o Derecho nacional en sentido estricto, o si la cuestión surge en relación con una materia armonizada, pero con margen de apreciación y de concreción estatal, no estando clara la amplitud de ese margen, o incluso si el juez nacional cree que realmente la norma aplicable al caso vulnera, tanto el Derecho de la Unión, como la Constitución nacional –supuestos de “doble vicio”-, ¿deberá optar por el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo o ante el Tribunal Constitucional?

En tales circunstancias se afirma como claramente prioritario el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE³⁷, pues sólo éste es el intérprete máximo del Derecho de la Unión. Además, si el Tribunal de Luxemburgo llegase a declarar que la norma nacional resulta contraria al ordenamiento de la Unión, ya no sería necesario plantear la cuestión de

miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado”.

Párrafo 60: “Es cierto que el art. 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

³⁶ Muy claro en este sentido, Muñoz Machado, 2015: 224.

³⁷ Sobre la naturaleza y alcance de la duda judicial previa a elevar la cuestión prejudicial europea, las consecuencias de la omisión del deber de plantearla del juez nacional de última instancia, y acerca de la importancia de que el tribunal *a quo* razone su opción, es decir, motive su decisión, vid. Padrós Reig, 2018: 43-45: la decisión de no planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada debe acompañarse de la explicación pertinente, so pena de incurrir en vulneración de la debida motivación y en la correspondiente afectación del derecho al Juez ordinario y predeterminado por la ley. Cuando la decisión de no plantear la cuestión prejudicial es incorrecta, el órgano jurisdiccional se auto-atribuye la función hermenéutica en relación con el Derecho de la Unión, desplazando la que genuinamente le corresponde al TJUE. No deben confundirse los términos; el mecanismo de la cuestión prejudicial no es preceptivo en todo caso, “pues una cosa es la obligación de presentar la cuestión prejudicial de interpretación en caso de dudas, y otra distinta es la obligación del juez de dudar”. “El juez nacional no está obligado a remitir el asunto al Tribunal, pero sí está obligado a razonar porque no lo hace”, concluye Padrós Reig, 2018: 47-52.

inconstitucionalidad por devenir aquella norma inaplicable³⁸. Los más elementales criterios de economía procesal y derecho a un juicio sin dilaciones innecesarias aconsejan también que la cuestión prejudicial sea prioritaria.

Véanse en este sentido los clarificadores fundamentos jurídicos del ATC 168/2016, de 4 de octubre³⁹. Este auto resolvió inadmitiendo a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 2209-2016, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, en relación con los arts. 17 y 540 LEC, por los siguientes motivos –vid. esp. FJ 4º –:

El Juzgado promotor había planteado de forma simultánea, y respecto de los mismos preceptos legales, cuestión de inconstitucionalidad ante el TC y prejudicial ante el TJUE, por considerar que esos preceptos de la LEC, además de contrarios a los arts. 14, 51.1 y 3 CE, eran incompatibles con determinadas normas UE relativas a la protección de consumidores y usuarios. Nuestro TC entendió que tal planteamiento simultáneo de ambas cuestiones determinaba “que no pueda entenderse cumplido, respecto de la admisibilidad de ésta, el requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea ‘aplicable al caso’ –arts. 163 CE y 35.1 LOTC–”.

Por su parte, el TJUE sólo admite la precedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE “en tanto no se perjudique su competencia para interpretar el Derecho de la UE” –vid. STJUE 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli⁴⁰, y otras concordantes que cita el propio ATC 168/2016-. En suma, concluye nuestro Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del TJUE pretende hacer valer la primacía del Derecho de la Unión vedando que los procesos constitucionales internos puedan impedir, dificultar o retrasar el planteamiento de una cuestión prejudicial ex art. 267 TFUE⁴¹.

De otro lado –prosigue el ATC 168/2016-, al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse a una norma legal “aplicable al caso”, ha de entenderse que la prioridad del planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, pues si la ley nacional resultara incompatible con el Derecho UE, sería causa de “inaplicabilidad” y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad; ésta sólo sería admisible si se ha descartado previamente la posibilidad de que la ley cuestionada sea

³⁸ Interesantes siempre las reflexiones de Cruz Villalón y Requejo Pagés –anteriores a la publicación del ATC 168/2016-, quienes planteaban la posibilidad de que, en los casos en que una cuestión prejudicial y una cuestión de inconstitucionalidad pudieran surgir en un mismo proceso, no se opte por una sucesión temporal de planteamiento de ambos incidentes, sino simultáneo en lo posible. Vid. las razones y fundamentos de los referidos autores en su trabajo conjunto, 2015: 173-194.

³⁹ Un análisis de este ATC 168/2016, de otros autos que le han seguido en el tiempo y de sus consecuencias –precedencia de la cuestión prejudicial europea sobre la constitucional-, puede encontrarse en Padrós Reig, 2018: 36-40.

⁴⁰ C-188/10, EU:C:2010:363.

⁴¹ Vid. el trabajo de Muñoz Machado que resume los principales problemas de este tipo que han ido surgiendo a lo largo de los años, y donde el autor propone las orientaciones que han de seguirse para su solución (2015: 224-230). Valiosas también las reflexiones de Roca Trías y García Couso cuando analizan las posibilidades de un juez o tribunal ante un supuesto “de doble vicio”: inconstitucionalidad y contradicción con la Carta, a la luz de lo resuelto en la STJUE 22 de junio 2010, asunto Melki y Abdeli, y otras posteriores. Concluyen las autoras que en esos supuestos de “doble vicio”, se debe plantear la cuestión prejudicial con carácter previo a la cuestión de inconstitucionalidad. (2017: 532 y ss.).

incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable – concluye el ATC–.

Dicho de otro modo, el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una ley, no podrá plantear cuestión sobre la misma al TC si al propio tiempo considera que esa ley es claramente incompatible con el Derecho UE, pues viene obligado a inaplicarla por este Derecho. Sólo cuando el TJUE haya descartado la incompatibilidad con el Derecho UE, cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. “Así lo advertimos ya en la STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 6”, recordó el TC en este Auto 168/2016. Si la norma nacional es compatible con el Derecho UE, resultará “aplicable al caso” –arts. 163 CE y 35.1 LOTC– y podrá plantearse la cuestión de inconstitucionalidad; si la respuesta es de incompatibilidad con el Derecho UE, la norma nacional deviene “inaplicable al caso”, por lo que no cabría plantear cuestión de inconstitucionalidad.

En suma –concluye el ATC 168/2016–, si está pendiente la resolución de cuestión prejudicial, no cabe que ese órgano judicial plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el TJUE resuelva. Faltaría una de las condiciones de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, como es que la ley cuestionada sea “aplicable al caso”.

Todo ello condujo a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona.

Por su parte, el Tribunal de Luxemburgo, en la STJUE 20 de diciembre de 2017, *Global Starnet Ltd.*⁴², aclaró lo siguiente respecto a la relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad: “El art. 267 párrafo 3º debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial está obligado, en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión aun cuando, en el marco del mismo procedimiento nacional, el tribunal constitucional del Estado miembro de que se trate haya apreciado la constitucionalidad de las normas nacionales a la luz de las normas de referencia de contenido análogo a las del Derecho de la Unión”.

Una vez decidida la pertinencia/obligación de plantear la cuestión prejudicial⁴³, el paso siguiente será que efectivamente el Tribunal de Luxemburgo la admita a trámite.

Tengamos en cuenta en este punto el contenido del documento elaborado por el TJUE, “*Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*”⁴⁴; en particular, los siguientes extremos que consideramos de especial trascendencia:

La remisión prejudicial de los arts. 19.3.b) TUE y 267 TFUE tiene por objeto garantizar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho UE en el

⁴²C-322/16, EU:C:2017:985.

⁴³ Vid. Jimeno Bulnes, 2013:173-210; Pouget Bastida, 2017; Alonso García y Ugartemendía, 2014.

⁴⁴ D.O.U.E. 20.7.2018. Este texto actualiza las anteriores versiones del documento, de 2012 y 2016, y está basado en la experiencia de aplicación del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia* (DO L 265 de 29.9.2012, pp. 1-42), así como en la jurisprudencia dictada hasta la fecha, y “pretende recordar las características esenciales del procedimiento prejudicial y los elementos que los órganos jurisdiccionales nacionales han de tener en cuenta antes de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, al mismo tiempo que facilita a aquellos órganos jurisdiccionales indicaciones prácticas sobre la forma y el contenido de la petición de decisión prejudicial”.

seno de la Unión, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un instrumento que les permita someter, con carácter prejudicial, al TJUE cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión o a la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Dispone el apdo. 8º de este texto que “La petición de decisión prejudicial debe referirse a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión, y no a la interpretación de normas jurídicas nacionales o a cuestiones de hecho suscitadas en el litigio principal”. Además –vid. apdo. 9º- el TJUE “sólo puede pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial cuando el Derecho de la Unión sea aplicable al asunto controvertido en el litigio principal” y, en lo relativo a las peticiones de decisión prejudicial que se refieren a la interpretación de la CDFUE, el apdo. 10º de las referidas Recomendaciones destaca que “es preciso recordar que, con arreglo a su art. 51 apdo. 1, las disposiciones de esta Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Es necesario que “de la petición de decisión prejudicial se desprenda de un modo claro e inequívoco que una norma de Derecho de la Unión distinta de la Carta es aplicable al asunto controvertido en el litigio principal. Como el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas por el órgano jurisdiccional remitente no pueden fundar por sí solas esta competencia”.

Finalmente –vid. apdo. 11º-, cuando el TJUE se pronuncie sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia se deberá esforzar por dar una respuesta útil para la resolución del litigio principal, “pero es el órgano jurisdiccional remitente quien debe extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera preciso, la norma nacional declarada incompatible con el Derecho de la Unión”.

Por lo tanto, el TJUE deberá determinar si cae bajo su competencia la materia objeto del reenvío prejudicial⁴⁵ y, a continuación, decidir si éste es admisible en los concretos términos formulados por el juez nacional⁴⁶.

Es decir, en primer lugar deberán haberse planteado dudas razonables en la aplicación del Derecho UE al litigio nacional en curso; dudas sobre la exégesis y/o aplicación uniforme de esas disposiciones, que además son especialmente relevantes para la decisión sobre el objeto del proceso concreto⁴⁷.

⁴⁵ Planteada en todo caso por un “órgano jurisdiccional”, concepto no siempre tan claro como pudiera parecer a simple vista, ni homogéneo en el espacio UE. Sobre los criterios jurisprudenciales empleados para la identificación de un órgano jurisdiccional a estos efectos, vid. Soca Torres, 2016: 122-216.

⁴⁶ Lo que se conoce como “juicio de relevancia”, vid. más ampliamente Pouget, 2017: 165-185, y la abundante jurisprudencia allí citada.

⁴⁷ Vid. STJUE (Gran Sala), 28 noviembre 2017, Pinheiro Vieira, C-514/16, EU:C:2017:908, apdo. 44: “A este respecto, ha de señalarse que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutaban de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta patente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de



En segundo término, se debe apreciar una imposibilidad por parte del juez nacional de resolver por sí mismo dichas dudas sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y aplicativa del Derecho de la Unión.

Además, también deberá valorar el TJUE al decidir sobre la admisión y resolución de la cuestión prejudicial, que no se trate de la solicitud de una mera opinión consultiva, o de cuestiones genéricas o hipotéticas⁴⁸ y, por supuesto, que no se esté ante un “acto claro” –no existe duda- o ante un “acto aclarado” –la duda ya fue previamente resuelta-⁴⁹. La negativa del TJUE a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho UE no tiene relación con el objeto del litigio principal, si el problema es hipotético, o si el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones planteadas⁵⁰.

En caso de que se cumplan todos esos presupuestos de admisibilidad, a partir de ahí el TJUE deberá entrar a analizar si la normativa europea cuestionada respeta la CDFUE y jurisprudencia TJUE, y/o si la norma nacional afectada por el reenvío, que es aplicable al supuesto enjuiciado, respeta el Derecho UE, valorando también si esa normativa europea de referencia deja margen de maniobra a los Estados miembros para otorgar una mayor protección, hasta qué punto lo permite, y si se han respetado esos límites o umbrales mínimos ya armonizados.

3. En particular, la aplicación del Derecho de la Unión en materia de

Por lo que respecta concretamente a la normativa que se puede calificar “de Derecho Procesal”, se ha venido entendiendo que, *prima facie*, es materia

Derecho necesarios para responder eficazmente a las cuestiones planteadas (sentencia de 20 de julio de 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16, EU:C:2017:574, apartado 56 y jurisprudencia citada).’

⁴⁸ Vid. Auto TJUE, Sala 9ª, 15 noviembre 2017, Ministerio Fiscal de Bremen v. Pal Aranyosi, C-496/16: no procede resolver cuestión prejudicial planteada por el OLG Bremen, por tratarse de asuntos hipotéticos: “Selon une jurisprudence constante de la Cour, la procédure instituée à l’article 267 TFUE est un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d’interprétation du droit de l’Union qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu’elles sont appelées à trancher. En ce sens, la justification du renvoi préjudiciel est non pas la formulation d’opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d’un litige portant sur le droit de l’Union (arrêt du 27 septembre 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, point 123 et jurisprudence citée)”. (...) “En réponse aux demandes d’éclaircissement que la Cour lui a adressées à cet égard, la juridiction de renvoi a confirmé qu’il n’existait actuellement plus aucun mandat d’arrêt européen valide émis à l’encontre de M. Aranyosi. Dans ces conditions, il convient de constater que les conditions d’application de la décision-cadre ne sont plus remplies dans l’affaire au principal, cette dernière ne portant plus sur l’exécution d’un mandat d’arrêt européen, au sens de l’article 1er, paragraphe 1, de la décision-cadre. Il s’ensuit que les questions préjudicielles présentent désormais un caractère hypothétique et que les conditions permettant de poursuivre la procédure préjudicielle dans la présente affaire ne sont plus remplies. Il résulte des considérations qui précèdent qu’il n’y a pas lieu de statuer sur la demande de décision préjudicielle”.

⁴⁹ Sobre “acto claro” y “acto aclarado”, vid. Pouget, 2017: 154-155.

⁵⁰ Vid. STJUE, 10 de julio de 2018, *Jehovan Todistajat*, C-25/17, EU:C:2018:551, esp. apdo. 31.

perteneciente al ámbito de libre configuración del legislador nacional en virtud del principio de "autonomía institucional"⁵¹.

Ahora bien, hemos de considerar que la aprobación algunas normas procesales nacionales puede haber tenido por finalidad el cumplimiento de la obligación de transponer o implementar Derecho de la Unión para aproximar las legislaciones procesales de los Estados miembros en el marco del ELSJ⁵². O más ampliamente, tal normativa nacional puede conformar el mecanismo procesal estatal que sirve para garantizar el cumplimiento y la efectividad los derechos y obligaciones derivados del Derecho UE en sentido estricto. En todos esos casos resultaría que –según se ha expuesto⁵³- todas esas normas procesales nacionales podrían, o incluso deberían, ser consideradas Derecho de la Unión.

En consecuencia, habrían también estas normas nacionales de respetar especialmente los parámetros del art. 47 CDFUE –tutela judicial efectiva y juez imparcial-, del art. 48 CDFUE –presunción de inocencia y derechos de la defensa-, del art. 49 CDFUE –legalidad y proporcionalidad- y del art. 50 CDFUE –*ne bis in idem*-, junto con toda la normativa UE de aproximación de ordenamientos nacionales en materia procesal y penal –DM y Directivas ya aprobadas, sobre garantías procesales, reconocimiento mutuo y cooperación judicial, armonización de tipos penales, etc.- y lógicamente, también habría de atenderse en su aplicación a los asuntos nacionales a toda la correlativa jurisprudencia del TJUE dictada interpretando esas normas y principios rectores del Derecho de la Unión, *desplazando* al ordenamiento y jurisprudencia nacional en lo que pudiera resultar contradictorio. Sólo si el respeto a la unidad y primacía del Derecho de la Unión lo admite, podría el ordenamiento nacional dar una cobertura diferente –aunque no inferior, se entiende-; vid. de nuevo STJUE asunto *Melloni*.

No obstante la aparente simplicidad aplicativa del guion anteriormente expuesto, debe llamarse la atención sobre varios extremos relevantes: desde que se han ido aprobando –en su día las DM y actualmente las Directivas- todas las normas UE de aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de garantías procesales de investigados y acusados⁵⁴, e incluso de víctimas⁵⁵, las

⁵¹ Así expresamente, Bustos Gisbert, 2017: 354-355.

⁵² Recordemos los arts. 81 y 82 TFUE.

⁵³ Tengamos presentes los pronunciamientos del TJUE en *Åkerberg Fransson*, anteriormente analizados.

⁵⁴ Directiva 2010/64/UE, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales, de 20 de octubre de 2010 (DO L 280/1, 26.10.2010); Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, de 22 de mayo de 2012 (DO L 142/1, 1.6.2012); Directiva 2013/48/UE, relativa al derecho a la asistencia letrada en procesos penales y en procedimientos de orden europea de detención y entrega y sobre el derecho a comunicarse con terceros y con autoridades en situaciones de privación de libertad, de 26 de octubre de 2016 (DO L 297/1, 4.11.2016); Directiva 2016/343/UE, que refuerza la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, de 9 de marzo de 2016 (DO L 65/1, 11.3.2016); Directiva 2016/800/UE, sobre garantías procesales de menores sospechosos o acusados en un proceso penal, de 11 de mayo de 2016 (DO L 132/1, 11.5.2016); Directiva 2016/1919, sobre asistencia jurídica gratuita a sospechosos y acusados en procesos penales, y a personas buscadas en virtud de orden europea de detención y entrega, de 26 de octubre de 2016 (DO L 297/1, 4.11.2016). Una valoración global de la normativa UE sobre armonización de garantías de investigados y acusados puede encontrarse en Arangüena, 2018 b: 21-52. En relación con las personas jurídicas, De Hoyos, 2018 b: 53-86. Sobre asistencia jurídica gratuita, Vidal, 2018: 201-234.

“líneas divisorias” apuntadas en el epígrafe precedente –al menos teóricamente claras- entre los respectivos ámbitos competenciales UE/Estados miembros, es decir, entre los distintos espacios de aplicación de las respectivas normas y jurisprudencias UE/Estados miembros, han quedado muy difuminadas, muy difíciles o casi imposibles de concretar y de delimitar en muchos casos. Desde luego, el contenido amplio y genérico de las Directivas sobre garantías procesales, *que abordan cuestiones nucleares de cualquier proceso penal*, han atribuido una tremenda fuerza expansiva a lo que se pueda llegar a considerar “ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

Piénsese sin ir más lejos en lo que implica, por ejemplo, la aprobación de una Directiva sobre presunción de inocencia⁵⁶, que incluye preceptos con tenores tan amplios como estos: art. 3: “Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley”, o art. 7.2: “Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a no declarar contra sí mismos”. Debemos cuestionarnos entonces si cada vez que un Estado miembro regule o aplique normas relativas a la presunción de inocencia, estará aplicando/implementando/asegurando la eficacia del Derecho de la Unión, con las consecuencias ya indicadas *supra*.

Podemos ver en el contenido de esas Directivas sobre garantías procesales, en los respectivos preceptos que determinan su ámbito de aplicación, así como en las “Exposiciones de motivos” o “Considerandos”, que estas normas UE no sólo se aprueban para ser aplicadas en asuntos “transfronterizos”, en el marco de la cooperación judicial/policial de la Unión, en los que como es sabido opera el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, sino que también tienen por finalidad aproximar/armonizar de forma general, y con objetivos más amplios, todos los ordenamientos procesales de los Estados miembros del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia –v.gr.: vid. expresamente la Directiva 2016/800/UE, sobre garantías procesales de menores sospechosos o acusados en procesos penales⁵⁷, o la Directiva 2012/13/UE, sobre el derecho a la información⁵⁸-.

De otro lado, muchas reformas procesales que han tenido lugar en España en los últimos años, algunas de gran envergadura y calado, indican expresamente en sus Exposiciones de Motivos o Disposiciones Finales que se llevan a cabo precisamente en cumplimiento de las obligaciones provenientes de la Unión -

⁵⁵ Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, de 25 de octubre de 2012 (DO L 315/57, 14.11.2012). Sobre la transposición de esta norma al ordenamiento español, De Hoyos Sancho, 2014: 1-53.

⁵⁶ Directiva 2016/343/UE, que refuerza la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, de 9 de marzo de 2016 (DO L 65/1, 11.3.2016). Vid. el análisis que realizan Guerrero Palomares, 2018: 143-175; Della Torre, 2016: 1835-1878.; Cras y Erbezniak, 2016: 25-35; Lamberigts, 2016: 36-41.

⁵⁷ Se aprecia más si cabe en esta Directiva que va más allá de la cooperación judicial y del reconocimiento mutuo. Se aplica cuando un menor sea sospechoso o acusado en un proceso penal o esté sujeto a un procedimiento de OEDE. Vid. Considerandos 8º y 9º: derechos del menor, interés superior del menor, desarrollo y reinserción, etc.

⁵⁸ Aplicable no sólo a los asuntos con elementos transnacionales, sino a cualquier proceso penal y a todos los sujetos que puedan resultar detenidos, investigados o acusados.

implementación del Derecho UE que estaba pendiente de transposición⁵⁹-, pero sin indicar generalmente qué concretos preceptos de la ley reformada -v.gr.: de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- están atendiendo específicamente a ese mandato de la Unión. Es decir, no se detalla qué parte de la reforma tiene por finalidad garantizar el cumplimiento y efectividad del Derecho de la Unión en nuestro país; cuestión en absoluto menor, según se ha tratado de explicar anteriormente.

A la vista de lo expuesto, deberíamos plantearnos entonces si cualquier norma nacional procesal que regule cuestiones relativas al derecho a la información en los procesos penales, a la traducción e interpretación, a la defensa técnica, a la presunción de inocencia, al derecho a no declarar contra sí mismo, al derecho a estar presente en el propio enjuiciamiento, o a los derechos de los menores investigados o acusados -por citar algunas materias armonizadas en extremos relevantes- habrían de ser consideradas normas de desarrollo/aplicación/garantía del Derecho UE y, por tanto, si esa regulación nacional y su aplicación en los Estados miembros estaría sometida a los dictados de la jurisprudencia del TJUE interpretando los derechos de la CDFUE y las Directivas sobre garantías procesales, por encima o *desplazando* a la de nuestros tribunales, incluyendo la del TC, en el caso de que hubiera discrepancias o distintos niveles de protección en los respectivos sistemas jurídicos UE/Estado miembro, que los hay.

Al día de hoy, a nuestro modo de ver, no está suficientemente claro dónde empieza y dónde termina el “vínculo con el Derecho UE”. A pesar de los esfuerzos de destacados estudiosos del tema por establecer reglas que ayuden a delimitar en qué supuestos se desencadena ese referido vínculo -*triggering rules*⁶⁰-, sigue sin ser cuestión sencilla para el operador jurídico nacional -al menos en materia de garantías procesales- determinar *a priori* qué normativa y/o jurisprudencia prevalece en caso de divergencia, o cuándo habría de plantearse cuestión prejudicial ante el TJUE, o de inconstitucionalidad ante el TC.

Estimamos que no ha de considerarse “aplicación y desarrollo del Derecho de la Unión” o “garantía del cumplimiento y eficacia del Derecho UE” -con las consecuencias ya expuestas- cualquier norma nacional relativa a las garantías procesales sobre las que pueda existir un precepto en la CDFUE y/o normativa UE de aproximación de legislaciones nacionales, generalmente con contenidos muy vastos y poco precisos en su delimitación operativa.

Por si esta complejidad no fuera ya suficiente, debemos tener en cuenta además la existencia de otras materias de amplísimo espectro que pueden servir también para justificar fácilmente ese “enganche” con el Derecho de la Unión. Por ejemplo, todo lo relativo a la protección de datos personales -art. 8 CDFUE, una suerte de “hidra de las nueve cabezas”...⁶¹-, la proporcionalidad en la limitación de derechos y libertades -art. 49 CDFUE y presente en prácticamente todas las normas de armonización⁶²-, o incluso materias de tipo jurídico-

⁵⁹ Vid. por ejemplo L.O. 5/2015, de 27 de abril y L.O. 13/2015, de 5 de octubre, ambas de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito.

⁶⁰ Véase el extraordinario esfuerzo clarificador y sistematizador que realiza Sarmiento, 2013: 1279-1293.

⁶¹ Vid. por todos los trabajos sobre el tema que firma Colomer Hernández, en particular, 2018: 1-8.

⁶² Sobre su amplitud y compleja concreción, vid. los trabajos de Caianiello, 2017: 283-298, y 2014: 143-163.



económico, como la defensa de la competencia, la estabilidad de los mercados, la protección de los intereses financieros de la Unión, o todo lo que pueda tener que ver con el I.V.A., cuestiones todas ellas con un enorme potencial efecto expansivo de lo que puede considerarse Derecho de la Unión, también sobre el específico contexto normativo nacional.

Las consecuencias de esta expansión del Derecho de la Unión ya han sido indicadas anteriormente: desplazamiento del Derecho interno en caso de discrepancias con el de la Unión y prevalencia de la jurisprudencia TJUE sobre la del TC en tales supuestos.

Además, no perdamos de vista en ningún momento en nuestras valoraciones cuál es la función principal del TJUE: asegurar la integración europea a través de la primacía del Derecho UE y de la creación de “conceptos autónomos” del ordenamiento de la Unión, de aplicación obligatoria en ese ámbito⁶³.

Como ya afirmó con toda claridad el Abogado General en el asunto *Melloni*⁶⁴, “En la valoración del nivel de protección de los derechos fundamentales que debe garantizarse en el ordenamiento jurídico de la Unión es preciso tener en cuenta los intereses específicos que impulsan la acción de la Unión. Ese es el caso en especial de la necesaria uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y de los imperativos ligados a la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. *Esos intereses específicos llevan a graduar el nivel de protección de los derechos fundamentales en función de los diferentes intereses en juego*” –cursivas añadidas-.

Parece oportuno traer a colación en este punto el que estimamos podría haber sido un ejemplo de las potenciales consecuencias negativas de que el juez nacional no delimite correcta y precisamente el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y de que plantee cuestiones prejudiciales al TJUE sobre aspectos esenciales de nuestro sistema procesal penal, que pueden no caer en sentido estricto en dicho ámbito de decisión del Tribunal de Luxemburgo.

La Audiencia Provincial de Tarragona –Secc. 4ª- planteó una cuestión prejudicial⁶⁵ –Asunto C-207/16- sobre la interpretación del concepto “delitos graves” en el sentido de la jurisprudencia de TJUE derivada de las sentencias *Digital Rights Ireland Ltd*⁶⁶ y *Tele2 Sverige AB*⁶⁷, en las que ese criterio se utilizó

⁶³ Vid. las reflexiones de Pouget, 2017: 63: “El TJUE recurre con frecuencia, no sólo para acallar controversias o debates doctrinales incómodos, sino principalmente para garantizar una interpretación única y uniforme en toda la UE, al recurso de calificar diversos conceptos o institutos jurídicos como < < autónomos > > , esto es, propios del Derecho Comunitario (ahora Europeo), por más que éste los tome de un acervo jurídico preexistente, lo que de paso sirve para desvincular aquéllos de una tradición jurídica o corriente doctrinal determinada: desde esa calificación, la única fuente para estudiarlos o interpretarlos será la propia jurisprudencia del TJ, nunca un ordenamiento nacional”. “La relevancia hermenéutica de esta calificación es enorme”, concluye Pouget, poniendo como ejemplos los conceptos de “rebeldía procesal”, o “documento extrajudicial”.

⁶⁴ Vid. Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, presentadas el 2 de octubre de 2012 en el Asunto C-399/11, EU:C:2012:600, concretamente el párrafo 112.

⁶⁵ Por auto fechado el 6 de abril de 2016.

⁶⁶ STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, EU:C:2014:238, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12.

⁶⁷ STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, EU:C:2016:970, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15.

para determinar la legitimidad y proporcionalidad de una injerencia en los derechos consagrados en los arts. 7 y 8 de la CDFUE: derecho al respeto de la vida privada y familiar y derecho a la protección de datos personales, respectivamente.

El tribunal español remitente preguntó, sustancialmente, acerca del modo de fijación del umbral de gravedad de los delitos a partir del cual, a la luz de esa jurisprudencia TJUE, podría estar justificada la restricción de los derechos fundamentales antes mencionados, en caso de que las autoridades nacionales competentes para la persecución penal necesiten acceder a datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas. El asunto, por cierto, no tenía componente transnacional alguno; creemos conveniente destacarlo.

En nuestra modesta opinión, es dudoso que esa específica cuestión tuviera que haberse reenviado prejudicialmente al TJUE. El “enganche” o vínculo con el Derecho de la Unión, si bien existe a través de las Directivas europeas sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, parece endeble o insuficiente.

Más bien estaríamos en presencia de un parámetro de concreción nacional: concepto o umbral de delito grave a los efectos de la obtención de datos personales en poder de operadoras de telefonía móvil para identificar a los posibles autores de un hecho delictivo. Estimamos que, todo lo más, podría haber sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, del tipo: ¿es contrario al principio de proporcionalidad poder obtener los datos de identificación de investigados en supuestos de delitos de al menos tres años de privación de libertad?⁶⁸.

Ahora bien, una vez admitida a trámite por el TJUE esta cuestión prejudicial –la protección de datos personales es materia competencia de la Unión y hay Directivas aplicables al tema...-, nos veíamos obligados a acatar la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo pudiera hacer de nuestros preceptos de la LECrim a la luz de las Directivas UE y jurisprudencia TJUE, así como lo que finalmente resolviera acerca de la adecuación –o no- de nuestra LECrim a la normativa UE sobre esos ámbitos, decisión que podría haber tenido importantísimos efectos sobre un buen número de investigaciones penales ya realizadas, en curso o futuras.

El TJUE dio respuesta esta cuestión prejudicial el pasado 2 de octubre de 2018⁶⁹ (Gran Sala) y, a nuestro juicio por fortuna, entendió que, si bien el acceso por parte de las autoridades públicas a los datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas supone una injerencia en los derechos fundamentales al respeto a la vida privada –art. 7 CDFUE- y a la protección de datos –art. 8 CDFUE-, el art. 15 de la Directiva 2002/58/CE sobre tratamiento de datos personales no limita los objetivos de prevención, investigación, descubrimiento y persecución de los delitos a la lucha contra los delitos “graves”, sino que se refiere a “delitos” en general –vid. apdo. 53 STJUE

⁶⁸ Vid. arts. 579, 588 ter a) y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por cierto, el legislador español exige otros requisitos además del umbral punitivo para poder adoptar una medida de este tipo: proporcionalidad, jurisdiccionalidad, motivación, etc.

⁶⁹ Sentencia dictada en el Asunto *Ministerio Fiscal*, C-207/16, EU:C:2018:788. Un comentario a esta decisión puede encontrarse en Rodríguez Láinz, 2018.



citada-. En este supuesto concreto la injerencia no tenía carácter “grave”⁷⁰, por lo que podría estar justificada para perseguir “delitos” en general –vid. apdo. 57-. El Tribunal de Justicia evita pronunciarse sobre un concreto umbral punitivo que permitiera considerar un delito como “grave” a estos efectos; se limita a aplicar el principio de proporcionalidad a la específica cuestión planteada por la AP Tarragona –vid. expresamente, apdo. 56 STJUE-.

Más clarificadoras si cabe resultaron, a nuestro juicio, las conclusiones del Abogado General en dicha causa⁷¹, sustancialmente asumidas por el TJUE en la sentencia citada. El AG se manifestó en los siguientes términos: “(...) el Derecho de la Unión no se opone a que las autoridades competentes puedan acceder a los datos personales o de filiación en poder de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que permitan encontrar a los supuestos autores de un delito que no revista carácter grave” –apdo. 90-. Además, recuerda el AG que “la legislación penal y las normas que rigen el proceso penal son competencia de los Estados miembros (...)” y que “en el estado actual del Derecho de la Unión, no existe una disposición de carácter general que proporcione una definición armonizada del concepto de delito grave” –apdo. 95-, por lo que “la facultad de determinar qué constituye un delito grave corresponde en principio a las autoridades competentes de los Estados miembros” –apdo. 96-, pues cada uno de ellos tiene su tradiciones y prioridades, cambiantes en el tiempo en función de su política criminal, que se determina a escala nacional –apdo. 97-. “La cuestión de si un delito tiene carácter grave es muy relativa, en el sentido de que depende de la gradación de las sanciones que se aplican en general en el Estado miembro de que se trata” –apdo. 98-.

Concluye el AG reafirmando su opinión de que el concepto de delito grave, en el sentido de la jurisprudencia del TJUE citada, “no constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión cuyo contenido haya de definir el Tribunal de Justicia” –apdo. 100-, por lo que manifiesta el AG expresamente su deseo de que “el Tribunal de Justicia se abstenga de adoptar posición a favor de una duración precisa de la pena impuesta” –apdo. 117-.

En fin, la STJUE -Gran Sala- que resolvió esta cuestión prejudicial permite afirmar la conformidad con el Derecho de la Unión del sistema español para la averiguación procesal de los datos personales que almacenan las compañías de telecomunicaciones, con los requisitos, amplitud y condiciones que establece nuestra LECrim, la cual, no lo olvidemos, contiene también una referencia expresa a la proporcionalidad de la injerencia y a su control jurisdiccional.

⁷⁰ Sólo se pretendía identificar a los titulares de tarjetas SIM activadas durante un periodo de tiempo muy concreto -12 días-, con el número IMEI de un teléfono móvil robado. No se trataba de acceder al contenido de comunicaciones efectuadas con ese teléfono, ni a los datos de geolocalización. Es decir, no se pedían datos que pudieran permitir extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se ven afectados –vid. apdo. 60 de la STJUE-.

⁷¹ Sr. Henrik Saugmandsgaardoe, conclusiones presentadas el 3 de mayo de 2018, EU:C:2018:300
El día 29 de enero de 2018 se celebró la vista oral. Un interesante resumen de lo acontecido en dicha vista puede encontrarse en el trabajo publicado por un representante del Ministerio Fiscal español que asistió a la misma: Bahamonde, 2018.

4. CONCLUSIONES

Sin duda resulta compleja la definición del concreto ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, concepto jurídico indeterminado con consecuencias teóricas y prácticas de grandísima amplitud, según se ha procurado explicar en los apartados precedentes. A pesar de los esfuerzos por tratar de delimitar *a priori* qué es o qué no es Derecho de la Unión, la respuesta precisa sólo se podrá obtener analizando el supuesto fáctico y jurídico concreto⁷².

En todo caso, y ciñéndonos ahora al ámbito de nuestra especialidad, estimamos que no se debería utilizar el reenvío prejudicial ante el TJUE para cuestionar una norma procesal nacional, simplemente por vulneración de derechos fundamentales o garantías procesales, aunque estén previstas en la CDFUE o contenidas en normativa UE. Para fundamentar la competencia del TJUE no basta con una genérica invocación de los derechos contenidos en la Carta, o la vinculación del asunto nacional con materias sobre las que existe regulación en el ámbito de la Unión.

Podemos concluir entonces que, si no resulta manifiesto el vínculo específico, concreto y directo con el Derecho de la Unión, y determinante la aplicación de éste para la resolución de la concreta duda surgida en el litigio, debería hacerse uso –en caso de que se dude de la amplitud o interpretación de un derecho o garantía fundamental- de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Puede ser que en ocasiones se haya optado por el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE por ser algo más rápida su resolución: las decididas en el año 2017 tardaron 15'7 meses de media en resolverse; en procedimiento de urgencia, 2'9 meses⁷³. Por su parte, también en 2017, nuestro Tribunal Constitucional resolvió 23 cuestiones de inconstitucionalidad, con una media de 25 meses para el dictado de la sentencia –hay varias que tardaron más de 40 meses⁷⁴-; en 2018 el TC resolvió 12 cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, no creemos que la cuestión del tiempo medio de resolución de la cuestión, la mayor o menor lentitud del TJUE o del TC, haya sido determinante para que los órganos jurisdiccionales españoles optaran por un tipo de reenvío prejudicial o por otro.

Más bien nos inclinamos por pensar que el juez nacional español –ya sea de oficio o a instancia de parte- acude en ocasiones con su cuestión preferiblemente al TJUE por creer que va a obtener de éste una respuesta más acorde con su

⁷² Teniendo en cuenta, no obstante, como bien explica Matía Portilla, que hay problemas jurídico-constitucionales que son difíciles de atajar, o que acaso no puedan resolverse jamás. Uno de ellos –ya un clásico- es el de cómo articular la primacía del Derecho de la Unión, defendida como absoluta por el TJUE, y la suprallegalidad constitucional que se debe ver asegurada en todo caso por los tribunales constitucionales estatales. (2016: 480).

⁷³ Vid. el Informe anual de la actividad judicial del TJUE en 2017. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/ra_2017_es_web.pdf

No disponemos aún del Informe de la actividad del TJUE en 2018.

⁷⁴ Este dato lo hemos tenido que calcular, sentencia por sentencia, a la vista de las fechas de admisión de la cuestión de inconstitucional y de la resolución de la misma, ya que no hemos sido capaces de encontrar esa información tan importante en las Memorias anuales del TC, en las que sin embargo sí aparece abundante información de otro tipo, incluyendo numerosos gráficos, baremos, estadísticas, etc., etc.

propia interpretación del derecho o garantía fundamental, que si opta por el reenvío prejudicial al Tribunal constitucional⁷⁵. O incluso porque entiende que va a poder superar con menor dificultad el procedimiento de admisión de la cuestión por el TJUE, relativamente menos complejo si se compara con la cuestión de inconstitucionalidad, en la que el filtro del llamado “juicio de relevancia”⁷⁶ puede resultar *de facto* infranqueable.

Estas cifras que indicamos a continuación pueden resultar también muy significativas, y de alguna manera refuerzan la tesis que en este trabajo se sostiene:

En el año 2016 el TJUE había iniciado un total de 437 cuestiones prejudiciales provenientes de juzgados y tribunales españoles -8º país en número de planteamiento de estas cuestiones-; en 2017 la cifra se había incrementado hasta las 533. Es decir, 96 cuestiones prejudiciales planteadas en un año, 90 de ellas expresamente sobre materias del “espacio de libertad, seguridad y justicia”⁷⁷.

Por su parte, en el año 2016 entraron en el Tribunal Constitucional español 44 cuestiones de inconstitucionalidad; en 2017 ingresaron 33⁷⁸.

Téngase en cuenta la diferencia numérica entre ambos tipos de reenvíos prejudiciales –TJUE/TC-, así como el hecho de que en 2015 se produjeron numerosas reformas procesales de gran calado en nuestro país; entre otras, precisamente la relativa a la materia objeto de la cuestión prejudicial de la AP de Tarragona antes mencionada. Sin embargo, los jueces españoles plantearon más del doble de cuestiones prejudiciales que de inconstitucionalidad. Creemos que es pertinente reflexionar sobre lo que significan estos datos y cifras.

Personalmente no tenemos duda de que la integración europea es un fin deseable, por muchas razones, también desde la perspectiva del Derecho procesal y penal, pero no olvidemos el principio de subsidiariedad del Derecho de la Unión y, hoy por hoy, *rebus sic stantibus*, la valiosa autonomía de los sistemas nacionales a la hora de definir su modelo procesal y su política criminal.

Las decisiones “externas”, las que provienen de órganos jurisdiccionales supranacionales, los cuales a nuestro juicio no en todos los casos se han mostrado suficientemente buenos conocedores de cada sistema nacional sobre el que sus resoluciones surten importantes efectos, al menos en la medida en que sería deseable y necesario, pueden alterar el delicado equilibrio interno de tales sistemas, de forma no siempre totalmente atinada, aunque generalmente con efectos de amplio calado.

⁷⁵ También es de esta opinión Iglesias Sánchez: “(...) le mécanisme de la cuestión préjudicielle a souvent été utilisé par des juridictions qui ne sont pas de dernier ressort comme un instrument leur permettant de s’écarter de la jurisprudence des juridictions supérieures. Il existe également une perception de la Cour de Justice comme un facteur de changement à l’origine de revirements de jurisprudence de la part de juridictions suprêmes ou d’une neutralisation des effets de réglementations considérées comme injustes”. (2016: 52-53).

⁷⁶ Vid. arts. 163 y 35.2 LOTC.

⁷⁷ Vid. los informes anuales de 2016 y 2017 de la actividad judicial del TJUE, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/ra_2017_es_web.pdf

⁷⁸ Vid. la Memoria anual de 2016 del TC, accesible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Memoria-2016.pdf>

La Memoria anual de 2017 del TC se puede consultar en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA2017.pdf>

M. de Hoyos: “El juez español y la compleja cuestión de la determinación del ámbito de aplicación del derecho de la unión europea. En particular, en materia de garantías procesales de investigados y acusados”

En consecuencia, es preciso delimitar estrictamente el “ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”, en conjunción con los principios de subsidiariedad de este Derecho y de autonomía de los sistemas procesales y penales nacionales, sobre todo en lo que no exista una norma expresa y clara de armonización/aproximación de legislaciones nacionales en un sentido concreto.

Un tenor tan laxo, de contornos tan indefinidos en el Derecho de la Unión, como pueden ser, por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia, a la protección de datos personales, o a la proporcionalidad de las injerencias en derechos y libertades fundamentales, no puede servir por sí solo para trasladar ante el TJUE la resolución de cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de las normas nacionales con el Derecho de la Unión. Al menos en el estado actual de la integración europea.

5. Referencias bibliográficas

- Alonso García, R. (2014). *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Alonso García, R. / Sarmiento, D. (2006). *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Alonso García, R. y Ugartemendía Eceizabarrena, J.I. (Dir.) (2014). *La cuestión prejudicial europea, European Inklings*, núm 4. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Arangüena, C., De Hoyos, M., Rodríguez-Medel, M.C. (2015). *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 2372014, de 20 de noviembre*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Arangüena, C. y De Hoyos, M. (Dir.), Vidal, B. (Coord.) (2018 a). *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arangüena Fanego, C. (2018 b). La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del Consejo ocho años después. En Arangüena, C. y De Hoyos, M. (Dir.), Vidal, B. (Coord.): *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 21-52.
- Azpitarre Sánchez, M. (2015). Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, pp. 243-268.
- Bachmaier Winter, L. (2018). Diálogo entre tribunales cinco años después de Melloni. Reacciones a nivel nacional, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, pp. 209-231.
- Bahamonde Blanco, M. (2018). Medidas de investigación tecnológica a la luz de los Derechos fundamentales, una cuestión pendiente, *Diario La Ley*, núm. 9160, 16 de marzo de 2018, pp. 1-5.
- Biglino Campos, P. (2003). Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, pp. 45-68.
- Biglino Campos, P. (2007). “La primacía del Derecho comunitario: la perspectiva española”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, pp. 1-25.
- Bustos Gisbert, R. (2017). La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, pp. 333-359.
- Caianiello, M. (2014). Il principio di proporzionalità nel procedimento penale. *Diritto penale contemporaneo*, núm. 3-4, pp. 143-163.
- Caianiello, M. (2017). You Can’t Always Counterbalance What You Want. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 25, pp. 283-298.
- Colomer Hernández, I. (2018). A propósito de la compleja trasposición de la Directiva 2016/680, relativa al tratamiento de datos personales para fines penales, *Diario La Ley*, núm. 9179, pp. 1-8.
- Cras, S. y Erbezniak, A. (2016). The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial, *EuCrim*, 1/2016, pp. 25-35.



- Cruz Villalón, P. y Requejo Pagés, J.L. (2015). La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, pp. 173-194.
- De Hoyos Sancho, M. (2014). Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, pp. 1-52.
- De Hoyos Sancho, M. (2018 a). Algunas dificultades y cuestiones pendientes en la cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea relativas a las garantías procesales. En González Cano, M.I. (Dir.) *Integración europea y justicia penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 89-123.
- De Hoyos Sancho, M. (2018 b). Garantías procesales de las personas jurídicas investigadas y acusadas: armonización en el ámbito de la Unión Europea y situación actual en España. En Arangüena, C. y De Hoyos, M. (Dir.), Vidal, B. (Coord.): *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 53-86.
- Della Torre, J. (2016): Il paradosso della Direttiva su rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionale?, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 4, pp. 1835-1878.
- Faggiani, V. (2017). *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Guerrero Palomares, S. (2018). Algunas cuestiones y propuestas sobre la construcción teórica del derecho a la presunción de inocencia. En Arangüena, C. y De Hoyos, M. (Dir.), Vidal, B. (Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 143-175.
- Iglesias Sánchez, S. (2016). L'usage du renvoi préjudiciel par les juges espagnols, *Revue des affaires européennes*, núm. 1, pp. 47-57.
- Jacobs, F.B. (2003). Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice, *Texas International Law*, vol. 38, núm. 3, pp. 547-556.
- Jimeno Bulnes, M. (2013). La cuestión prejudicial. En Pardo Iranzo, V. (Dir.) *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 173-210.
- Kostoris, R. E. (2016). Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law. *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, pp. 1653-1667.
- Lamberigts, S. (2016). The Directive on The Presumption of Innocence. A Missed Opportunity for Legal Persons?, *EuCrim*, 1/2016, pp. 36 -41.
- López Guerra, L. (2017). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y *le mouvement nécessaire des choses*, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, pp. 163-188.
- Mangas Martín, A. (2005). *La Constitución europea*, Madrid: Iustel.
- Mangas Martín, A. (Dir.) (2008). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2008). Comentario al art. 53. En Mangas Martín, A. (Dir.) *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2017). El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, pp. 235-269.
- Matía Portilla, F.J. (2016). Primacía del Derecho de la Unión y Derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, pp. 479-522.
- Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.) (2012): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J.L. (2012): Comentario al art. 53 CDFUE. En C. Monereo y J.L. Monereo (Dir. y Coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, pp. 1397-1407.
- Muñoz Machado, S. (2015). Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, pp. 195-230.

M. de Hoyos: "El juez español y la compleja cuestión de la determinación del ámbito de aplicación del derecho de la unión europea. En particular, en materia de garantías procesales de investigados y acusados"

- Padrós Reig, C. (2018). Algunas anotaciones sobre el difícil gozne entre justicia constitucional española y Derecho de la Unión europea, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, pp. 14-57.
- Pardo Irazo, V. (Coord.) (2013). *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Pouget Bastida, M.A. (2017). *Cuestión prejudicial comunitaria y tutela judicial efectiva*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Roca Trías, E. y García Couso, S. (2017). ¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, pp. 529-548.
- Rodríguez Laínz, J.L. (2018). El régimen legal español en materia de conservación y cesión de datos para la investigación de delitos. Comentario a la sentencia del TJUE de 2 de febrero de 2018, *Diario La Ley*, núm. 9291, 5 noviembre 2018, pp.1-12.
- Sarmiento, D. (2013). Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe, *Common Market Law Review*, núm. 50, pp. 1267-1304.
- Soca Torres, I. (2016). *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*. Barcelona: José María Bosch.
- Tenorio Sánchez, P.J. (2013). Diálogo entre tribunales y protección de los Derechos fundamentales en el ámbito europeo, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, pp. 1-35.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J.I. (2018). La saga Taricco. Últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los derechos fundamentales en la Unión Europea. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 27, pp. 1-26.
- Vergottini, G. (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Vervaele, J.A.E. (2014). Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?", *InDret*, 1/2014, pp. 1-32.
- Vidal Fernández, B (2018). La aplicación de la Directiva 2016/1919 sobre asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados y a las personas buscadas por una OEDyE. En Arangüena, C. y De Hoyos, M. (Dir.), Vidal, B. (Coord.): *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 201-234.