



DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito
del aprendizaje permanente



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA

SANTIAGO RIPOL CARULLA

**Continuismo y ¿novedad? en la doctrina del Tribunal
Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea**

WP IDEIR nº 12 (2012)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena y Santiago Ripol Carulla 2012

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

Continuismo y ¿novedad? en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea

Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

Santiago Ripol Carulla*

I. Planteamiento. II. El TC plantea su primera cuestión prejudicial. 1. La tradicional negativa del TC a plantear cuestión prejudicial. A) STC 28/1991, de 14 de febrero. B) STC 143/1994, de 9 de mayo. C) STC 265/1994, de 3 de octubre. D) Razonamiento del TC. 2. La jurisprudencia del TC sobre la euroorden. A) La traslación de la doctrina sobre extradición a la euroorden. B) La tesis de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales. C) Euroorden, juicios en rebeldía y no condicionalidad de la entrega. III. El Tribunal Constitucional ante la tutela de los DFUE y la “doble personalidad” iusfundamental del Juez nacional. 1. Las vías de incorporación nacional de los DFUE y la diversa posición y vínculo jurisdiccional nacional ante los mismos. A) La recepción nacional y tutela de los DFUE a título de Derecho interno, a través de la tutela de los derechos constitucionales. B) La recepción o incorporación nacional de los DFUE a título de Derecho de la UE. a) El origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, hoy TJUE). b) La adquisición de fuerza jurídica vinculante de la Carta de DFUE y de la obligación nacional de respetarla en el ámbito interno. c) El ámbito de aplicación en el que rige la obligación de respetar los DFUE. C) La jurisdicción nacional (ordinaria y constitucional) ante la incorporación nacional de los DFUE. 2. La difusa posición del ATC 86/2011, de 9 de junio, sobre la incorporación jurisdiccional nacional de los DFUE: el Tribunal Constitucional ante los DFUE y el doble alma iusfundamental del Juez nacional. A) La tutela de los DFUE ante la actividad de las instituciones europeas corresponde al juez nacional. B) La tutela de los derechos constitucionales frente a la actividad a las autoridades nacionales de aplicación del DUE. IV. A modo de conclusión: dos problemas y dos posibles soluciones que sugiere el ATC 86/2011 y su posición sobre la recepción nacional de los DFUE.

* J.I. Ugartemendia es Profesor Titular de Derecho Constitucional UPV/EHU, y S. Ripol es Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universitat Pompeu Fabra y Letrado del Tribunal Constitucional. Este trabajo se ha realizado en el marco del PI del MICINN dedicado al estudio de “La eficacia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: cuestiones avanzadas” (Ref. DER 2011-25795), así como del GIC 07/86 y de la UFI 11/05 dedicados al estudio de la integración política y económica europea.

I. Planteamiento

El 9 de junio de 2011 el Tribunal Constitucional (TC) aprobó el Auto 86/2011, mediante el que se dirige al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para formularle tres cuestiones prejudiciales (dos de interpretación y una de validez). Es una resolución importante y, como tal, susceptible de estudiarse desde diversos puntos de vista (por ejemplo, como un apartamiento del TC de su doctrina sobre el control sobre la aplicación del Derecho de la Unión Europea¹ por las autoridades y tribunales españoles, o como punto de llegada de su jurisprudencia sobre la orden europea de detención y entrega).

Para los autores de este trabajo el ATC 86/2011 es, sobre todo, una resolución que muestra cuál es la posición del Tribunal Constitucional ante los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE) y, de forma más concreta, ante la cuestión de cómo se configura la recepción o incorporación nacional de esos Derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión ¿Cómo debe asumirse, a juicio del Tribunal Constitucional, la tutela de los DFUE por parte del Juez nacional? ¿Cuál debe ser el papel del propio Tribunal ante esos derechos y ante el deber del juez nacional de tutelarlos?, y en derivada, ¿cómo afecta todo ello a la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional?, son algunas de las cuestiones sobre las que expresa o implícitamente trata este Auto del Tribunal. La resolución marca una posición al respecto, siguiendo una estela previa, pero ahora de forma más completa. Y quizás, precisamente por ello, más susceptible de discusión y de un análisis crítico.

La premisa de la que parte este artículo consiste en que el fenómeno de la recepción nacional de los DFUE es un fenómeno que, como veremos, puede tener lugar de diversas formas. En primer lugar, como incorporación nacional que es establecida por la propia Constitución o se apoya en ella, por ejemplo, a través de la cláusula de apertura constitucional del art. 10.2 (tal y como cabe observar en este ATC, en conexión con la doctrina constitucional de las vulneraciones indirectas de los derechos constitucionales). Y en segundo lugar, por mor del Derecho de la Unión Europea, esto es, porque esos derechos son Derecho de la Unión Europea que debe ser respetado en el orden interno de cualquier Estado miembro cada vez que se entra en el radio de acción del ordenamiento europeo; y ello, con independencia de que exista o no una cláusula doméstica de recepción nacional de los mismos.

Apoyados sobre esta base, la tesis que desarrollan estas líneas consiste en que el Tribunal Constitucional no termina de aclarar cuál es el origen y el carácter de la obligación (o quizás habría que decir: de las obligaciones) que vincula(n) al Juez nacional con los DFUE, esto es, cuál es el origen y el carácter de la incorporación nacional de esos derechos que debe tutelar el Juez nacional que actúa como Juez de aplicación nacional del Derecho de la UE (Juez nacional como Juez comunitario).

Parece claro y coherente que la única recepción de los DFUE que realiza el “propio” Tribunal Constitucional es la que se produce a través de la Constitución (art. 10.2 CE). Y así debe ser en atención a su función de garante supremo de la Constitución, a lo establecido en los artículos 9.1, 53 ó en el Tit. IX de la misma, y a su vigente doctrina respecto al Derecho de la Unión Europea, una posición que entiende que él no es Juez de aplicación del Derecho de la UE. Sería difícil de entender que el Tribunal

¹ En principio, y salvo especificación en contra, usaremos de forma indistinta las expresiones Derecho u ordenamiento “comunitario” y Derecho u ordenamiento “de la Unión Europea”.

Constitucional sometiera o condicionara su deber constitucional de tutela de los derechos constitucionales a un deber de tutela de los DFUE establecido por el ordenamiento de la Unión.

No obstante, esta resolución hace pensar que el Tribunal Constitucional no termina de aclarar que el vínculo que constriñe al Juez nacional (que se encuentre en la obligación de actuar como Juez de aplicación del Derecho de la Unión) con los DFUE es un vínculo establecido, no –sólo- por la Constitución o con la finalidad instrumental de tutelar los derechos constitucionales, sino también un vínculo configurado por el propio Derecho de la UE. En ocasiones, da la sensación de que el Tribunal Constitucional no considera que el Juez nacional deba jugar, ante los DFUE, un papel de Juez “comunitario” de los mismos, un papel distinto al que compete cumplir al propio Tribunal Constitucional (pues éste no se considera él mismo como Juez nacional encargado de la aplicación del Derecho de la UE). Dicho de otra forma, no queda claro si el Alto Tribunal, encargado en exclusiva de la tutela de los derechos constitucionales, incluso cuando esté controlando la actividad del Juez nacional que aplica Derecho de la Unión, aunque lo haga casi exclusivamente con parámetros constitucionales, llega a reconocer la “doble personalidad” iusfundamental que vincula a la jurisdicción ordinaria. Y ello, no deja(rá) de ser un problema, máxime ahora que ha entrado en vigor la reforma de Lisboa (y con ello, el carácter vinculante de la Carta de DFUE, y la potenciación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al despilarizarse y comunitarizarse los ámbitos materiales sometidos a la disciplina del tercer pilar, Espacio tan sensible a cualquier sistema de derechos fundamentales que se precie, etc.).

En lo que sigue desarrollaremos estas ideas en dos apartados. En el primero de ellos –*El Tribunal Constitucional plantea su primera cuestión prejudicial* – analizaremos la tradicional negativa del TC a formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo y los motivos que le han llevado en esta ocasión a hacerlo, en particular el hecho de que en este caso se plantea una cuestión directamente relacionada con la protección de los DFUE.

El apartado cuarto del trabajo, titulado *IV. El Tribunal Constitucional ante la tutela de los DFUE y la “doble personalidad” iusfundamental del Juez nacional*, describiremos brevemente las distintas formas de incorporar los DFUE en el ámbito interno, estableciendo qué tipo de vínculo existe entre esos Derechos y el Juez nacional, y cuál es el que se da con el Tribunal Constitucional y analizaremos la posición del ATC 86/2011, de 9 de junio, sobre la incorporación jurisdiccional nacional -ordinaria y constitucional- de los DFUE, una posición que, como apuntamos, no parece reconocer de forma clara y completa la existencia, para la jurisdicción ordinaria, de una obligación de incorporar los DFUE en el ámbito interno impuesta desde más allá o con independencia de lo establecido para la tutela de los derechos constitucionales.

Finalmente, a modo de conclusión, trataremos de fijar algunas cuestiones y posibles soluciones que genera este debate acerca de cuál debe ser la posición del Tribunal Constitucional ante los DFUE y ante el Juez nacional “comunitariamente” obligado a tutelarlos y cómo le afecta ello a su labor tuitiva de los derechos constitucionales.

II. El TC plantea su primera cuestión prejudicial

1. La tradicional negativa del TC a plantear cuestión prejudicial

Debemos comenzar reconociendo una obviedad: el ATC 86/2011 supone una ruptura de la negativa del TC a dirigirse al TJUE para formularle una cuestión prejudicial. Con anterioridad, en tres ocasiones se le ha formulado al TC esta solicitud, y en las tres ocasiones su respuesta fue negativa. El examen de estas resoluciones ha de permitirnos extraer ciertas conclusiones.

A) STC 28/1991, de 14 de febrero

El 22 de junio de 1987 el Parlamento Vasco interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 211, apartado 2 d), y 214 que la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril, introdujo en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) en orden a la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo. Según el primero de dichos preceptos, la condición de parlamentario europeo resulta incompatible con la de miembro de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma; en virtud del segundo -art. 214-, la circunscripción para la elección de Diputados del Parlamento Europeo es el territorio nacional.

El Parlamento Vasco solicitó del Tribunal que declarara la inconstitucionalidad de los preceptos recurridos y, por medio de otrosí, solicitó que planteara al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial para que interpretara el art. 5 del Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo [adoptada por el Consejo Europeo el 20 de septiembre de 1976 (Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom)] y declarara si de dicho precepto comunitario se deriva la compatibilidad de mandatos en el Parlamento Europeo y en el Parlamento Vasco, como así lo estima el órgano recurrente.

El 14 de febrero de 1991 el TC dio respuesta al referido recurso de inconstitucionalidad mediante la Sentencia 28/1991. El FJ 7 de esta Sentencia responde al requerimiento de que formulara cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo. Su respuesta fue la siguiente: “el Derecho comunitario europeo tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta este Tribunal Constitucional. Por consiguiente, ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria citada cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el art. 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo”.

B) STC 143/1994, de 9 de mayo

La segunda ocasión en que se solicitó del Tribunal que planteara una cuestión prejudicial al TJUE fue en un recurso de amparo en el que se alegaba que la normativa reguladora del Número de Identificación Fiscal (Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, y Orden Ministerial de 14 de marzo de 1990, de desarrollo del anterior) vulneraba el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.4 CE), ya que “a través del NIF se recaba información que puede ser utilizada de forma desviada, incidiendo en la esfera de reserva personal que aquel derecho garantiza”.

La demanda, interpuesta por el Consejo General de los Colegios de Economistas de España, se dirigía asimismo contra la Sentencia del Tribunal Supremo que había

declarado inadmisibile el recurso que la citada Corporación había interpuesto contra las referidas normas. Desde este punto de vista, la demanda de amparo señalaba que la inadmisión del recurso había supuesto la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la violación de “derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario europeo: los de seguridad jurídica, honor, intimidad, tutela efectiva de los Tribunales, etc., de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”. De ahí que solicitara del TC que sometiera al TJUE sendas cuestiones prejudiciales.

En el FJ 8 de su STC 143/1994 el Tribunal responde a esta solicitud: “Por último, procede desechar la solicitud de la actora en el sentido de que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en cuanto, entiende, las resoluciones impugnadas vulneran «los principios de Derecho comunitario de seguridad jurídica, honor, intimidad, tutela efectiva por los Tribunales, etc.». Puesto que no existen normas específicas en aquel ámbito normativo que, autónomamente, puedan erigirse en instrumentos interpretativos de la Constitución, en relación con los derechos fundamentales invocados en este recurso, al amparo de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E., queda plenamente vigente la doctrina, ya sentada en la jurisprudencia de este Tribunal, que descarta que pertenezca al ámbito de su competencia la salvaguardia del respeto de las normas de Derecho comunitario, existiendo en dicho ordenamiento órganos y procedimientos adecuados a este fin, siendo, por tanto, manifiestamente improcedente la pretensión de la parte (STC 28/1991, entre otras)”.

C) STC 265/1994, de 3 de octubre

Finalmente, los demandantes en el recurso de amparo que dio lugar a la STC 265/1994 también solicitaron del TC el planteamiento de una cuestión prejudicial. En este asunto, los demandantes habían sido condenados por la Audiencia Nacional como autores de un delito continuado de evasión de capitales. La condena se fundamentaba en la Ley de Control de Cambios, que había sido reformada por el RD 1886/1991. Los demandantes consideraban que esta normativa resultaba contraria a la Directiva 88/361/CEE, que había suprimido dicho control de cambios. Entendían, por tanto, que la Sentencia de la Audiencia Nacional había vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), pues procedió a aplicar una disposición “incompatible con la norma comunitaria, en lugar de dar efecto a la Directiva y, en consecuencia, estimar que el hecho enjuiciado ha quedado despenalizado”.

Al requerimiento de los demandantes, el TC respondió: “Como se ha declarado en otras ocasiones y se ha de reiterar ahora, la supuesta contradicción de la normativa comunitaria por disposiciones nacionales posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas últimas ya que, en su caso, habrá de ser determinada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTC 49/1988, 28/1991, 64/1991 y 180/1993, entre otras), lo que excluye, por otra parte, que este Tribunal Constitucional plantee ante aquel órgano una cuestión prejudicial basada en el art. 177 del Tratado de Roma, pues dicho precepto “únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una aplicación uniforme del mismo” (STC 372/1993, fundamento jurídico 7º). No cabe, pues, el planteamiento de dicha cuestión prejudicial, por lo demás ya sometida por algunos órganos judiciales ante el Tribunal de Luxemburgo en términos ciertamente similares a los indicados en las demandas de amparo” (FJ 2).

D) Razonamiento del TC

Para razonar su respuesta negativa a plantear cuestión prejudicial, el TC ha procedido, en primer lugar, a examinar los presupuestos del renvío prejudicial, de tal modo que señala que no plantea la cuestión porque la disposición comunitaria a la que se refiere el asunto no es de aplicación al caso (STC 28/1991) o porque esta misma cuestión ha sido ya objeto de un fallo prejudicial por parte del TJUE (STC 28/1991, 265/1994).

En segundo lugar, el TC ha delimitado su ámbito de competencia y en lógica consecuencia con su doctrina de la no incumbencia – “la supuesta contradicción de la normativa comunitaria por disposiciones nacionales posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas últimas”² -, ha señalado que no le corresponde ni la determinación de la normativa comunitaria, ni la resolución de la eventual contradicción entre el DUE y las normas españolas de transposición, cuestiones ambas que en nada afectan a la constitucionalidad de las mismas (STC 28/1991, 265/1994).

Ahora bien, cuando, como ocurre en la STC 143/1994, la demanda de amparo alega que la decisión del Juez español que aplica el Derecho comunitario no se adecúa a las normas de protección de los derechos fundamentales de la UE – a los principios generales del Derecho comunitario de “seguridad jurídica, honor, intimidad, tutela efectiva por los Tribunales, etc.” -, el TC ofrece otro argumento para justificar el no planteamiento de la cuestión prejudicial: estos derechos (o principios) – señala - pueden ciertamente erigirse en criterios interpretativos de las normas aplicables, ya que así lo

² Que hemos tenido ocasión de estudiar en ocasiones anteriores [Ver, S. RIPOL CARULLA (Dir.), O. CASANOVAS Y LA ROSA; M. CIENFUEGOS MATERO; X. GÓMEZ SANZ; M^a del A. IGLESIAS VÁZQUEZ; S. MORGADES GIL; A. SAIZ ARNAIZ; X. SEUBA HERNÁNDEZ, J.I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, “La creación de un orden internacional y europeo de los derechos fundamentales a través de la acción jurisprudencial”, en S. RIPOL CARULLA, Director; J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Coordinador, *España ante los Tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2008, pp. 13-43. Id., “España ante el procedimiento prejudicial. Cuestiones de política judicial”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA; J.M. SOBRINO HEREDIA; L. N. GONZÁLEZ ALONSO et al., *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: AEPIDIRI/Marcial Pons, 2008, pp. 753-771. Con mayor extensión, X. GÓMEZ SANZ; S. RIPOL CARULLA, “Cuestiones de política judicial y proceso europeo de integración jurídica”, en SAIZ ARNAIZ; M. ZELAYA (Dir.), *Integración Europea y Poder Judicial*, Oñati: IVAP, pp. 25-73].

Esta posición del TC frente al Derecho comunitario europeo, aunque criticada [R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; A. MANGAS MARTÍN; D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 6^a ed., 2010, pp. 476-486; P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid, 1994], no está exenta de coherencia de atender a los principios que la sustentan, no así en su puesta en práctica pues el TC, que ha reconocido que el DCE puede modular el ámbito de aplicación, no el enunciado de las reglas (constitucionales) que han instituido y ordenado ” las competencias transferidas o atribuidas a la CE (Declaración 1/1992, FJ 2), ha recurrido a las normas comunitarias para modular cuestiones como el reparto de competencias entre Estados y Comunidades Autónomas, la “Constitución económica” y, especialmente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, aunque – he ahí la incoherencia – no siempre lo ha hecho así. Ver, P. PÉREZ TREMPES, “La Constitución española antes y después de Niza”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pp. 277-278, donde señala que el Tribunal ha utilizado el Derecho comunitario como pauta de interpretación e, incluso, de integración de derechos fundamentales cuando ello no “trastornaba” su doctrina sino cuando venía a reforzarla; en caso contrario, ha huido de llevar hasta sus últimas consecuencias ese efecto integrador.

exige el art. 10.2 CE. Dicho de otro modo, la razón que lleva al TC a no plantear la cuestión prejudicial es la inexistencia de normas específicas de DUE que pudieran “erigirse en instrumentos interpretativos de la Constitución”.

¿Quiere esto decir que en un supuesto en el que la norma comunitaria aplicada por las autoridades y tribunales españoles no se adecuara a la CDFUE el TC sí se vería concernido y debería formular cuestión prejudicial? El asunto ha tardado años – once – en plantearse. Y lo ha hecho en un contexto de actuación especialmente sensible para la protección de los derechos fundamentales – el Espacio Europeo de Seguridad y Justicia; la cooperación judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales – y cuando el principio general del DUE relativo a la protección de los derechos fundamentales en la UE ha encontrado en la Carta una expresión concreta, con carácter vinculante y posibilidad de protección por el TJUE. Examinemos a continuación el asunto que está en el origen del ATC 86/2011.

2. La jurisprudencia del TC sobre la euroorden

A) La traslación de la doctrina sobre extradición a la euroorden

La Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) fue creada por la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 (DOCE L190/1, de 17 de julio de 2002). La OEDE es un mecanismo de cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea basado en “el principio de reconocimiento mutuo, que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados”. Dado que la Decisión Marco no es directamente aplicable por las autoridades judiciales de los Estados miembros, éstos, de acuerdo con lo establecido en su artículo 34, han tomado las medidas legislativas para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El proceso de transposición de la Decisión Marco y el desarrollo de la OEDE en los diferentes Estados no ha estado exentos de problemas y ha requerido la intervención tanto de varios Tribunales constitucionales (Polonia, Alemania, República Checa, Chipre) que han realizado un análisis de la constitucionalidad de las respectivas leyes de transposición de la Decisión Marco, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

España fue el primer Estado en transponer la Decisión Marco. Lo hizo mediante la aprobación de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (BOE de 17 de marzo) y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria a la anterior (BOE de 17 de marzo). A diferencia de los países citados, la transposición de la Decisión Marco no ha planteado en España cuestiones relacionadas con la constitucionalidad de la ley, aunque el Tribunal Constitucional sí ha debido resolver diversos recursos de amparo surgidos a raíz de la aplicación por los tribunales ordinarios de la Ley 3/2003.

Este hecho ha determinado que el Tribunal Constitucional haya actuado como tribunal de defensa de los derechos fundamentales y dado respuesta a las quejas concretas que, al hilo de la aplicación de la Ley 3/2003, le han sido sometidas. Pero ha motivado al mismo tiempo que el TC no haya realizado una valoración general de la euroorden como institución; antes bien, considerando que la OEDE “se configura legalmente como sustitutiva del sistema de extradición entre los países firmantes del Convenio Europeo de Extradición”, el TC ha afirmado que los aspectos sustantivos de su doctrina sobre el

procedimiento extradicional son “plenamente trasladables al procedimiento de euroorden” (STC 83/2006, FFJJ 3 y 5)³.

Esta posición se basa en el entendimiento de que ambos procedimientos poseen elementos comunes. En efecto, no se ventila en ellos algún tipo de responsabilidad derivada de la culpabilidad del sujeto (STC 177/2006, FJ 2) ni tienen “como objeto una pretensión punitiva del Estado” (STC 83/2006, FJ 5); antes al contrario, en ellos “simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado”. En ambos casos, pues, se trata de “un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado” (STC 30/2006, de 30 de enero, FJ 4)⁴.

Este planteamiento condiciona la actuación del Tribunal Constitucional en un triple sentido. En primer lugar, el TC afirma no ser el Juez de la euroorden (como no lo es de la extradición), por lo que no le corresponde decidir si la euroorden es o no procedente en un supuesto concreto. “La competencia – afirma – para interpretar la legalidad aplicable en materia de extradición y euroorden es de la jurisdicción ordinaria”. En segundo lugar, el TC define su papel como de órgano de control, en materia de garantías constitucionales, del Juez de la euroorden, de manera que le “corresponde, tan sólo revisar, conforme a un control externo y negativo”, si en el procedimiento previo a la decisión judicial que autoriza o declara improcedente la entrega, o con la decisión misma, se ha lesionado o no algún derecho fundamental de los constitucionalmente protegidos⁵. Finalmente, ha restringido el alcance de su control – centrado, según se ha indicado, en la fundamentación exteriorizada por la jurisdicción ordinaria – a los derechos del artículo 24 CE, por lo que ha reconducido a este cauce de enjuiciamiento cualquier otra queja⁶.

B) La tesis de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales

La OEDE introduce importantes modificaciones respecto de los fundamentos del derecho extradicional clásico. Así, por mencionar uno especialmente relevante, prescinde del principio de doble incriminación. En su lugar, incluye una lista de 32 infracciones graves, de tal manera que si los hechos que originan la OEDE constituyen

³ Así, ha sostenido que a los procedimientos de orden europea no les es aplicable el principio de cosa juzgada material (STC 177/2006, de 5 de junio, FFJJ 2 y 3), que no rige respecto de ellos la irretroactividad de la norma penal sancionadora (STC 83/2006, FJ 5), o, como se ha indicado, que el TC puede acordar la suspensión de la orden de entrega.

⁴ Ver STC 292/2005, de 10 de noviembre; FJ 3: “Como dijimos en la STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3, ya citada, la extradición, en la configuración que le otorga la Ley de extradición pasiva de 1985, “constituye un procedimiento mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición. En el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (SSTC 102/1997, 222/1997, 5/1998; AATC 307/1986, 263/1989, 277/1997). Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado”.

⁵ Parafraseando la STC 227/2001, de 26 de noviembre de 2001, FJ 4 (referida a la extradición).

⁶ Ver, S. RIPOL CARULLA, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (2004-2010)”, en *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, donde esta jurisprudencia se examina en detalle.

según la legislación del Estado de emisión una infracción incluida en este listado y se castigan con una pena privativa de libertad superior a 3 años no se exige el control de la doble tipificación. Éste se mantiene para el resto de delitos.

La introducción de tales cambios responde a la voluntad de establecer un sistema de cooperación judicial en materia penal homogéneo en sus aspectos esenciales, en el que la entrega de los nacionales sea la respuesta ordinaria, sin permitir la formulación de reservas a este respecto.

Ahora bien, como ya se ha expuesto, la Decisión Marco prevé que en el proceso de transposición de sus contenidos por los Estados miembros y para determinados aspectos se quiebre la homogeneidad buscada. Ello obedece a las diferencias iniciales entre los sistemas legislativos y judiciales de los Estados, a quienes la Decisión Marco otorga un cierto margen de apreciación cuando procedan, por ejemplo, a regular los supuestos de denegación facultativa de la entrega o al establecer determinadas condiciones para formalizar la entrega. Por otra parte, las leyes nacionales son aplicadas e interpretadas por las autoridades judiciales de los Estados miembros y como consecuencia de esta circunstancia se corre el riesgo de que se produzca un creciente alejamiento entre el texto único que estableció la institución - basada en la homogeneidad - y la práctica de los tribunales estatales cuya actuación consiste en aplicar la ley de transposición, alejada ya aun brevemente de la Decisión Marco.

El hecho de que en España el Tribunal Constitucional no se haya planteado un examen global de la institución y que sólo haya actuado frente a quejas concretas, muchas veces reiteradas, como un tribunal garante de los derechos del art. 24 CE centrado por tanto en considerar la suficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales, ha tenido como consecuencia un cierto apartamiento de los principios que informan el sistema de euroorden.

Así ocurre cuando el TC aplica su tesis de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales; tesis originalmente desarrollada para los procedimientos extradicionales y que aplica ha aplicado a los procedimientos de euroorden, tal como se examina a continuación. Esta tesis (vulneración indirecta de los derechos fundamentales) queda muy alejada de la homogeneidad pretendida por la OJED y del principio de confianza mutua que la inspira y obvia un acertado *obiter dictum* recogido en la STC 30/2006 (FJ 6) no incluido igualmente en resoluciones posteriores pese a contener la auténtica razón de porqué no procede aplicar a los supuestos de euroorden el principio de reciprocidad, que recuerda que la ley española no hizo uso en este punto del margen de apreciación que le ofrecía la Decisión Marco. Por lo demás, desatiende el quehacer de las instituciones de la UE en la materia y los medios que el Derecho de la UE ha creado para que no se produzca el alejamiento entre la práctica de los Estados y de los tribunales nacionales, por una parte, y los textos normativos, por otra. Ha de recordarse en este sentido que la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 ha sido modificada en 2009 por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, introduciendo un nuevo art. 4 bis que incide directamente sobre la cuestión objeto de la Sentencia 199/2009 y que el TJ, por su parte, ha aprobado diversas Sentencias en procedimientos prejudiciales sobre la euroorden o sobre el alcance de las Decisiones Marco.

Pues bien, el TC no ha empleado ninguno de estos instrumentos como *ratio decidendi* de sus Sentencias cuando ciertamente ya le eran conocidos dándose el caso de que incluso se refiere a ellos expresamente. Tal es el caso de la Decisión Marco 2009/299/JAI de cuya existencia se hace eco la STC 199/2009 para, acto seguido,

indicar que no puede tomarla en cuenta porque está pendiente de incorporación al Derecho interno y porque su enjuiciamiento se refiere a una orden europea de detención y entrega expedida por Rumania bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial. Esta postura ha sido puesta en entredicho por el Magistrado J. Rodríguez-Zapata Pérez en su Voto Particular a la STC 199/2009 en el que, entre otros extremos, se refiere a la “procedencia del principio de interpretación conforme a las Decisiones Marco del Derecho nacional” establecida por la STJCE *María Pupino* (C-105/2003, de 16 de junio de 2005). En este mismo sentido en un Voto Particular a la misma Sentencia el Magistrado P. Pérez Tremps indicó que “si el Tribunal Constitucional entiende, como ha hecho, que la condena en ausencia supone siempre una lesión del <contenido absoluto> de las garantías procesales y, por tanto, imposibilita la entrega, debiera haberlo planteado al Tribunal de Justicia a través de una cuestión prejudicial de validez para que éste apreciara que la Decisión Marco vulnera el correspondiente derecho fundamental”.

El TC, en una palabra, no ha recurrido a los medios que el Derecho de la Unión Europea pone a su alcance para proceder a una interpretación de la OEDE que tome en consideración la naturaleza de la institución y los principios que la inspiran. En su lugar retoma la teoría de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales. Pero esta teoría no resulta de aplicación en la Unión Europea, donde, en palabras del Magistrado P. Pérez Tremps, “un Estado, en principio, no puede imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal”. Mucho menos – cabría añadir – puede imponerse este parámetro por una autoridad judicial a otra.

Estas consideraciones trascienden el examen de la actuación del Tribunal Constitucional respecto de la OEDE y plantean la cuestión de la naturaleza de esta institución; cuestión que, como se ha indicado, ha acompañado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la euroorden desde su primera resolución⁷.

En efecto, el ATC 320/2004, de 17 de julio, que acordó con carácter provisional suspender la ejecución del Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el que se accedía a la entrega del recurrente a Francia en virtud de una orden europea de detención y entrega. Esta suspensión fue confirmada por el ATC 388/2004, de 18 de octubre. Como fundamento de ambas decisiones la Sala Primera del Tribunal recoge su doctrina sobre la suspensión en los casos de extradición pasiva y decide aplicarla a un supuesto de euroorden, porque, “al igual que la extradición pasiva, la efectividad implicaría la inmediata entrega del recurrente a las autoridades del Estado emisor para su enjuiciamiento, con la consiguiente dificultad de que una eventual Sentencia estimatoria del amparo pudiera surtir efectos en dicho país” (FJ 3).

Estos dos primeros Autos estuvieron acompañados de sendos Votos Particulares del Magistrado J. Rodríguez-Zapata Pérez, quien llamó la atención sobre la distinta naturaleza de la euroorden, que “no sólo supera sino que sustituye los procedimientos clásicos de extradición”, que representa “un auténtico cambio de siglo en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea”, que se basa en el reconocimiento cuasautomático de resoluciones, la confianza mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas que, en definitiva, han experimentado y compartido ya experiencia, en el primer pilar o pilar comunitario, en la

⁷ *Ibid.*

aplicación de un mismo ordenamiento alentado en los principios y valores de respeto y salvaguardia de los derechos y libertades públicas que garantiza, entre otros instrumentos, el TEDH”. Es por ello que afirmará “la incompatibilidad que, por principio, ostenta el mecanismo que ha implantado en la Unión Europea la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 con medidas procesales cautelares como las que se ha adoptado en el Auto del que discrepo”.

En consecuencia, la necesidad de una reflexión sobre la naturaleza y la filosofía, sobre los principios y las características de la OEDE ha estado presente en las deliberaciones del Tribunal Constitucional (mejor dicho, del Pleno y de su Sala Primera) sobre la OEDE desde la primera resolución del TC hasta la más reciente. Que tal reflexión no se haya llevado a cabo con la intensidad debida puede obedecer a diversos factores, muy principalmente los parámetros de enjuiciamiento de los que parte el Tribunal Constitucional al examinar la OEDE. Pero en ningún caso a que no se haya alertado sobre su necesidad y conveniencia.

En su lugar, el TC procede a aplicar, como se ha expuesto, la tesis de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales – nacida para los procedimientos extradicionales – al ámbito de la Orden europea de detención y entrega.

a) Motivos para la no ejecución de la entrega

El principio de confianza recíproca en el que se fundamenta la OEDE no significa necesariamente que el juez de la euroorden deba limitarse a actuar de correa de transmisión de la decisión dictada por las autoridades judiciales del Estado de emisión; antes bien, al juez nacional le corresponde una función de interpretación de la ley nacional española que le podría llevar incluso a denegar la entrega.

La propia Decisión Marco prevé algunos de estos supuestos, distinguiendo entre motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea – que se limitan al máximo: la amnistía en el Estado de ejecución, aplicación del principio de *non bis in idem* por juicio definitivo en un Estado miembro o inimputabilidad por razón de edad en el Estado miembro de ejecución (art. 3) - y motivos de no ejecución facultativa, que son 7 y entre los que figuran la aplicación del principio *non bis in idem* por juicio definitivo en un tercer Estado, la decisión de las autoridades del Estado de ejecución de no iniciar la acción penal por los hechos objeto de la OEDE o de concluir la iniciada, y la prescripción con arreglo a la ley del Estado de ejecución siempre que el conocimiento de los hechos sea competencia de dicho Estado (art. 4).

La STC 191/2009, de 28 de septiembre, da respuesta a una queja formulada en este sentido. El recurrente alega que se ha producido una lesión del derecho a la legalidad penal porque los hechos por los que se solicita la entrega han prescrito en España, de modo – señala - que la entrega contradice la causa facultativa de denegación prevista en el art. 12.2.i) LOEDE. El FJ 5 de la Sentencia recuerda que el artículo indicado no impone una obligación legal de denegar la entrega sino que por el contrario faculta al Juez español para denegar la solicitud del Estado requirente. Del mismo modo señala que, de acuerdo con el art. 24.1 CE, el Juez tiene un deber de motivación. A continuación valora la fundamentación ofrecida por la Audiencia Nacional y la considera constitucionalmente adecuada. En este sentido la Sentencia del TC destaca que la Audiencia Nacional ha aportado los argumentos siguientes: la gravedad y responsabilidad del delito que ha motivado la OEDE; la constatación de que los hechos

delictivos no han prescrito ni según la ley francesa ni según la ley española; la afirmación de que, dado que tales hechos se cometieron en territorio francés, no concurre “la condición de que para la persecución del mismo hubiesen sido competentes los Tribunales españoles,” (FJ 7).

Por otra parte, en la medida que los Estados pueden incorporar en su legislación interna todos o simplemente algunos de los motivos facultativos de no ejecución de la entrega, las situaciones varían de un Estado miembro a otro. España ha incorporado una causa no contemplada en la Decisión Marco, el sobreseimiento libre del reclamado en España por los mismos hechos (art. 12.2.c) Ley 3/2003) y ha limitado el alcance de la causa relativa a la nacionalidad (española) del reclamado, pues el artículo equivalente de la Decisión Marco (art. 4.6) extiende esta hipótesis a los residentes en el Estado miembro de ejecución.

La referida STC 191/2009 consideró otra cuestión relacionada también con el margen de apreciación de que disponen las autoridades legislativas y judiciales de los Estados miembros para transponer la Decisión Marco y aplicar la Ley estatal, respectivamente. La demanda señalaba la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el principio *non bis in idem*, que el recurrente considera violados porque, dado que se halla sometido en España a un proceso penal por los mismos hechos que han motivado la orden de detención, concurre la causa de denegación facultativa de la entrega del art. 12.2 b) LOEDE. Según expone el recurrente, el Juzgado Central de Instrucción había dictado Auto en 1996 acordando el sobreseimiento provisional de la querrela, circunstancia que no cierra el procedimiento. A ello añade que, según la fundamentación empleada por el órgano judicial, el sobreseimiento declarado prácticamente se equipara al libre, por lo que alternativamente concurriría la causa de denegación del art. 12.2 c) LOEDE.

En primer lugar, el TC reorienta la queja al marco del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y analiza la suficiencia y razonabilidad de la motivación, limitándose “a plantear si la respuesta dada por la Audiencia Nacional a la alegación sobre la concurrencia de las mencionadas causas de denegación a la entrega satisface las exigencias de motivación reforzada que, como en el caso de la extradición y el equivalente procedimiento de euroorden, son aplicables cuando quedan concernidos otros derechos fundamentales distintos a la tutela judicial efectiva, tales como el derecho a la libertad o a la libertad de residencia (por todas, SSTC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 2; 30/2006, de 30 de enero, FJ 5)”.

Desde esta perspectiva de análisis, el TC considera que “la Audiencia Nacional ha dado una respuesta acorde a las exigencias que emanan del art. 24.1 CE, pues, además de recordar el carácter facultativo de esta causa, se refiere a lo execrable del delito cometido. A ello añade que no resulta de aplicación la circunstancia contemplada en el art. 12.2 c) LOEDE porque el Auto dictado fue de sobreseimiento provisional y no libre, como plantea el actor (FJ 4)”⁸.

⁸ “Ni tampoco la prevista en la letra b) del citado precepto, por cuanto la causa se halla archivada en España. Combate el recurrente la conclusión de la Audiencia Nacional en el entendimiento de que el Auto de sobreseimiento provisional conlleva que la causa permanece abierta en España, pudiendo ser reactivada en cualquier momento. Frente a tal alegación no puede considerarse manifiestamente irrazonable la interpretación que el órgano judicial hace, no sólo de los propios efectos del sobreseimiento provisional, sino asimismo del art. 12.2 b) LOEDE, considerando que la existencia de un Auto de archivo, aun siendo provisional el sobreseimiento, impide concluir que la persona reclamada está “sometida a un

b) Principio de reciprocidad y aplicación retroactiva de la Ley

Según se ha estudiado muchos recurrentes en amparo han basado su demanda en la vulneración del principio de irretroactividad de las leyes penales; con ello pretendían que se les aplicara el régimen de la extradición regulado por el CEEX. Esta situación se ha producido en los casos en los que el asunto inicial se refiere a la entrega a Francia de un nacional español. La reserva francesa al art. 6 CEEX, según la cual Francia no procedería a la entrega de sus nacionales, y el juego de la reciprocidad – tanto convencional como constitucional, prevista en el art. 13.3 CE – tenía como consecuencia que España no procediera a la extradición de españoles a Francia.

Esta situación está en el origen de la STC 30/2006, de 30 de enero. En su FJ 7 la Sentencia cuestiona si “la selección de la normativa aplicable efectuada por la Audiencia Nacional (que ha consistido en aplicar el procedimiento de euroorden en vez del extradicional) puede hacerse acreedora del reproche de ser manifiestamente irrazonable por cuanto la selección de la norma aplicable se habría efectuado sin atender al principio de reciprocidad, ignorando que Francia, como Estado ejecutor, habría aplicado el Convenio europeo de extradición y, por tanto, no habría entregado a sus nacionales”.

El TC desestima el amparo. Su reflexión parte de la valoración de la previsión del art. 13.3 CE de que la extradición se conceda atendiendo al principio de reciprocidad y recuerda que este Tribunal ha interpretado esta previsión como “una garantía de protección de determinados bienes jurídicos protegidos por el Derecho español y, muy en particular, los derechos del ciudadano sujeto a la entrega, por lo que, en consecuencia, sólo en caso de un posible menoscabo de esos derechos el principio de reciprocidad habría de ser activado como causa vinculante de denegación”.

Desde este entendimiento del principio de reciprocidad, la decisión adoptada por la Sala de la Audiencia Nacional no puede ser considerada manifiestamente irrazonable, ya que “no se proyecta en el presente caso sobre un aspecto concreto que pudiera involucrar a derechos fundamentales de la recurrente en caso de entrega” (FJ 7). A mayor abundamiento esta decisión de la Audiencia Nacional se fundamenta en la DT 2ª de la Ley 3/2003.

La STC 177/2006, ya citada, respondió con los mismos argumentos a una queja similar: la aplicación del principio de reciprocidad respecto de la declaración hecha por Francia indicativa de que seguiría tramitando las solicitudes de entrega anteriores al 1 de noviembre de 1993. “En sí misma - señaló el Tribunal reproduciendo el párrafo de la STC 30/2006 al que se ha hecho referencia -, la omisión de toda referencia al principio

procedimiento penal en España”. Y a la misma conclusión hemos de llegar con respecto a la línea de argumentación alternativa esgrimida por el actor, relativa a que, a pesar de ser calificado como sobreesimiento provisional, en realidad es un sobreesimiento libre; en efecto, no puede atribuirse irrazonabilidad o arbitrariedad a la decisión de la Audiencia Nacional de acoger en sus propios términos el pronunciamiento de archivo del Juzgado Central de Instrucción, teniendo en cuenta, además, que no se denuncia, ni se aprecia, error alguno al respecto en el citado Auto. Por lo demás no puede dejar de resaltarse que tal argumentación la emplea la Audiencia Nacional una vez manifestada y razonada ya su negativa a aplicar las causas facultativas de denegación, en atención a las circunstancias que rodean el hecho y que satisfacen el canon de motivación reforzada exigible”.

de reciprocidad por el Auto recurrido tampoco constituye un motivo que conduzca a la estimación del amparo”.

En suma, la argumentación del Tribunal es clara: 1) En principio la decisión sobre en qué medida atender la reciprocidad es una cuestión de legalidad ordinaria que compete al juez de la entrega. 2) El Tribunal sólo intervendrá cuando la motivación que se ofrezca sea manifiestamente irrazonable o cuando la omisión del principio de reciprocidad comporte daños en los derechos fundamentales de los ciudadanos. 3) Dado que en estos casos la entrega se realizará a las autoridades francesas, no ha de temerse por la vulneración indirecta de los derechos de los particulares. 4) En consecuencia, procede denegar el amparo solicitado.

El TC, por lo tanto, recurre a la tesis de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales, propia de su doctrina sobre el procedimiento de extradición y según la cual "la responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. En la medida en que con dicho procedimiento se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no es ni puede ser indiferente para las autoridades de éste. Por ello, se encuentran obligadas a prevenir [esto es, a impedir que se convierta en daño un peligro efectivo] la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro Ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas" (SSTC 91/2000, FJ 6; 32/2003, FJ 2; 183/2004, FJ 16)⁹.

⁹ Y cuyo origen está en la recepción de la Sentencia de 7 de julio de 1989 el TEDH (Asunto *Soering*) que declaró que el hecho de que la CEDH tenga un ámbito territorial determinado no excusa a los Estados de toda responsabilidad por las consecuencias previsibles que una extradición pueda entrañar más allá de sus fronteras. En efecto, según se afirma en dicha resolución, en principio el ámbito de aplicación del CEDH se halla territorialmente limitado: en particular, el compromiso de los Estados signatarios se limita a reconocer a las personas sometidas a su jurisdicción los derechos y libertades que proclama. Además, ni el Convenio rige los actos de terceros Estados ni pretende exigir a los firmantes que impongan a aquellos sus normas, ni, por otra parte, puede entenderse que consagra un principio general según el cual cada Estado firmante, pese a sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a una persona sin convencerse de que las condiciones en el país de destino encajan plenamente con todas y cada una de las garantías del CEDH. Sin embargo, estas consideraciones no relevan a los Estados contratantes de su responsabilidad (en el caso, a tenor del art. 3 CEDH) por todas o parte de las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de su jurisdicción (párrafo 86).

Ha de indicarse que la Sentencia *Soering* se refiere a la violación de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Ello no obstante, el TC (entre otras, STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 4) se ha referido a la misma recogiendo sus conclusiones y recordando que esta Sentencia no se refiere sólo a la tortura y a las penas o tratos inhumanos o degradantes, sino también a determinados derechos recogidos en el art. 6 CEDH (derecho a un proceso penal equitativo: "flagrante denegación de justicia".) Por último, el TC recuerda que la aplicación de esta doctrina se ha repetido en resoluciones anteriores y posteriores del TEDH (*Colozza c. Italia*, 12 de febrero de 1985; *FCB c. Italia*, 28 de agosto de 1991; *Caso T. c. Italia*, 12 de octubre de 1992; *Poitrimol c. Francia*, 23 de noviembre de 1993; *Pelladoah c. Holanda*, 22 de septiembre de 1994; *Lala c. Holanda*, 22 de septiembre de 1994 y *Guerin c. Francia*, 29 de julio de 1998).

C) Euroorden, juicios en rebeldía y condicionalidad de la entrega

Este recurso a la teoría de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales constituye una línea de razonamiento muy alejada de la homogeneidad pretendida por la OEDE y del principio de confianza mutua que la inspira. Ello no obstante, el recurso a esta tesis es una constante en la jurisprudencia del TC, pudiendo encontrarla también cuando el Tribunal se enfrenta a quejas sobre la vulneración del derecho a un juicio con las debidas garantías (art. 24.2 CE) porque la Audiencia Nacional no ha condicionado la entrega del particular a un Estado en el que el juicio que le condenó se celebró en rebeldía a que la condena pueda ser sometida a revisión.

Tal es el caso de la STC 199/2009, de 28 de septiembre. El recurrente, nacional británico reclamado por las autoridades judiciales rumanas para el cumplimiento de una condena de cuatro años por delito de explotación infantil, alegaba en su recurso de amparo la vulneración del art. 24.2 CE con apoyo en la STC 91/2000, de 30 de marzo, que había aplicado la tesis de la violación indirecta de los derechos en un proceso extradicional.

El TC analiza la motivación de la Audiencia Nacional – dicha garantía no es exigible en el presente caso porque en realidad no existió condena en ausencia, toda vez que el recurrente concedió apoderamiento a un Abogado que compareció en el juicio como su defensor particular – y disiente de ella argumentando que no “puede compartir el razonamiento de la Audiencia Nacional cuando equipara, a efectos del respeto a las garantías inherentes al proceso justo, la presencia en el juicio del Abogado designado por el recurrente con la efectiva presencia de éste, rechazando, en consecuencia, que el recurrente fuera juzgado en ausencia por el mero hecho de haber comparecido en el juicio su Abogado”. Al actuar así el Tribunal expresa su discrepancia con el razonamiento de la Audiencia Nacional al que sin embargo – difícilmente podría hacerlo - no califica de erróneo, arbitrario o irrazonable. El Tribunal recurre de nuevo a la regla de la vulneración indirecta del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y se apoya, entre otras, en la STC 177/2006, ya examinada.

Y llegamos así al asunto que está en el origen del ATC 86/2011, de 9 de junio, muy similar al anterior. El presente asunto tiene origen en un recurso de amparo formulado por un recurrente, de nacionalidad italiana, que, habiendo sido juzgado en rebeldía en Italia, fue entregado (en el marco de un procedimiento de OEDE) a las autoridades judiciales italianas sin que la Audiencia Nacional condicionara la entrega a la celebración de un nuevo juicio en Italia. Considera el recurrente que esta situación implicaba una vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). El Auto de la Audiencia Nacional contra el que se dirige constituye, según su parecer, “una vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el mencionado art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de una manera que afecta a la dignidad humana pues acceder a la extradición a países que, en caso de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías”.

En este contexto, y tras considerar que la tesis de la vulneración indirecta de los derechos es aplicable también al régimen de la euroorden, el TC plantea al TJUE tres cuestiones prejudiciales. A diferencia de las ocasiones anteriores, el TC actúa motu

propio, sin que el renvío prejudicial le haya sido sugerido por el recurrente. Las cuestiones que el TC formula al Tribunal de Luxemburgo son:

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

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

2) Validez del art. 4.bis, apartado 1 DM a la luz de las disposiciones de la CDFUE: ¿concede la configuración del derecho de defensa recogido en la CDFUE un contenido más extenso (derecho a estar presente y a participar en la vista penal) que el reconocido por el TEDH (art. 6 CEDH)?

3) Interpretación art. 53 CDFUE: ¿cabe interpretar que este artículo de un modo que concilie el contenido del derecho de defensa con el mayor nivel de protección que otorga el Estado miembro? Este artículo no ha sido interpretado hasta la fecha por el TJUE.

El razonamiento del TC sobre la conveniencia de dirigirse al TJUE en los siguientes términos: “La competencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta especialmente pertinente en relación con aquellas disposiciones de Derecho de la Unión Europea que, como ocurre con las que son aquí relevantes, han de ser aplicadas por una jurisdicción nacional de última instancia, sin que aún hayan sido objeto de interpretación y de las que no cabe deducir, además, una única interpretación que se imponga por su propia evidencia no sólo a este Tribunal, sino también al resto de los órganos judiciales de los Estados miembros y aún al propio Tribunal de Justicia” [FJ 4.d)]¹⁰.

III. El Tribunal Constitucional ante la tutela de los DFUE y la “doble personalidad” iusfundamental del Juez nacional

Ya se ha dicho que para los autores de este trabajo el Auto ATC 86/2011 es, entre otras cosas pero sobre todo, una resolución que muestra cuál es la posición del Tribunal Constitucional ante los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE). De tal

¹⁰ Para un examen del ATC 86/2011, ver, ARROYO JIMÉNEZ, L., “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”, *WP IDEIR*, 8, 2011 (también en *InDret* 4/2011); GIPPINI-FOURNIER, E., “¿Fin de la «autarquía jurídica» o preludio de un conflicto anunciado? El primer reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, pp. 5 y ss.; MAESO SECO, L.F., “Sobre el régimen jurídico de la cuestión prejudicial tras el Tratado de Lisboa y el ATC 86/2011, de 9 de junio”, *Justicia Administrativa*, 55, 2012, pp. 7 y ss.; REVENGA SÁNCHEZ, M., “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)”, *REDE*, 2012, pp. 19 y ss.

modo que el ATC 86/2011 nos plantea las cuestiones siguientes: ¿Cómo debe asumirse, a juicio del Tribunal Constitucional, la tutela de los DFUE por parte del Juez nacional? ¿Cuál debe ser el papel del propio Tribunal ante esos derechos y ante el deber del juez nacional de tutelarlos?, ¿cómo afecta todo ello a la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional?

Consideremos, en primer lugar, las distintas formas de incorporar los DFUE en el ámbito interno, estableciendo qué tipo de vínculo existe entre esos Derechos y el Juez nacional, y cuál es el que se da con el Tribunal Constitucional.

1. Las vías de incorporación nacional de los DFUE y la diversa posición y vínculo jurisdiccional nacional ante los mismos.

La incorporación nacional de los DFUE, esto es, su recepción en nuestro ordenamiento interno, puede tener lugar de dos formas distinguibles y con efectos bien distintos. En primer lugar, porque así lo establece el Derecho interno, a través de la cláusula de apertura constitucional al Derecho internacional y supranacional de los derechos humanos establecida en el art. 10.2 CE¹¹. Pero existe, en segundo lugar, otra fórmula de recepción, aquella que viene impuesta por el ordenamiento de la Unión Europea, aquella recepción que se produce porque así viene establecido por el ordenamiento europeo, entendiendo que cualquier actividad estatal que entra en el radio de acción del Derecho de la UE debe respetar los DFUE¹², si bien es cierto, que el origen de esta incorporación es también, obviamente, constitucional, a través de la ratificación –arts. 93 y 94 CE- e incorporación interna art. 96 CE- de los tratados internacionales sobre la Unión Europea. Veamos ambas formulas de forma un poco más desarrollada.

A) La recepción nacional y tutela de los DFUE a título de Derecho interno, a través de la tutela de los derechos constitucionales.

Así ocurre, como es conocido, a través del art. 10.2 CE. Este modo de recepción es aplicable a los DFUE si se considera que la Carta forma parte del Derecho internacional de los derechos humanos vigente para España, consideración que responde a una doctrina sobre el alcance del artículo 10.2 CE muy consolidada, uno de cuyos elementos principales consiste en afirmar que procede realizar una lectura material —no formal— de los tratados aludidos en la disposición constitucional, que permita recurrir con efectos interpretativos no sólo a tratados internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por España sino también a otros textos, como la jurisprudencia emanada de los órganos de control por ellos establecidos u otros textos o documentos producidos en el seno de las Organizaciones internacionales de las que España es miembro: recomendaciones de la OIT, resoluciones de la Asamblea General de las

¹¹ “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”.

¹² Avanzando las ideas básicas al respecto, aunque para la época pre-Lisboa: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “¿Quién es el Juez de los Derechos Fundamentales frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario? (reflexiones sobre el control iusfundamental del Derecho interno a la luz de la recepción nacional de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, pp. 401-433.

Naciones Unidas, resoluciones y recomendaciones de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, principios y normas de Derecho comunitario europeo, etcétera¹³.

En este sentido, hace tiempo que los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario y/o de la Unión Europea empezaron a recibir el mismo trato que el Derecho Internacional convencional o institucional señalado en el artículo 10.2, un entendimiento que permitía recurrir a los mismos como fuente interpretativa de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce. Así aconteció, por poner algunos ejemplos lejanos, con el principio de legalidad penal (STC 137/1995, FJ 3), derecho a la intimidad frente al acoso sexual (STC 224/1999, FJ 3), o muy especialmente con el derecho a la igualdad (SSTC: 145/1991, FFJJ. 3-5; 229/1992, FJ 3; 58/1994, FJ 4º; 147/1995, FJ 2; 136/1996, FJ 5; 198/1996, FJ 2); etc.

Y lo mismo ha sucedido con la Carta de DFUE, tanto cuando, una vez aprobada (Niza, 2000), todavía no tenía eficacia jurídica vinculante, como ahora que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de reforma de los Tratados constitutivos (2009) ha establecido que aquella tiene “el mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6.1 TUE). En efecto, los altos tribunales españoles también han recurrido a la CDFUE como fuente interpretativa de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce. La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional recurrió a la CDFUE para interpretar una norma de Derecho español sobre protección de derechos fundamentales fue en 2000, el mismo año en que se aprobó la Carta, y el Tribunal se remitió al artículo 8 (protección de los datos personales) y a la Directiva 95/46 sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos datos. Mediante el recurso a estos y otros instrumentos internacionales, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, precisó el significado y el contenido del derecho a la protección de datos personales, reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

Con posterioridad el Tribunal Constitucional se ha referido a los artículos 18 y 19 (derecho de asilo y derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto a un Estado donde haya grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes)¹⁴, 21.1 («que contempla de manera explícita la <orientación sexual> como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier

¹³ Ver, entre los trabajos más recientes, RIPOL CARULLA, S., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el *BOE* (Consideraciones sobre el artículo 2 de la L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 37, 2010, pp. 845-864, espec. 856 y ss.; del mismo autor: «Constitución y tratados internacionales: la función integradora del Tribunal Constitucional», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, E (Dir.), PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), *Los derechos humanos en la Sociedad internacional del siglo XXI*, 2 volúmenes, Colección Escuela Diplomática núms. 15 y 16, Madrid: AEPDIRI / Ministerio de Asuntos Exteriores, vol. 2, 2010, pp. 161-177; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El derecho internacional en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Madrid: Thomson / Civitas, 2006; GARCÍA ROCA, J., SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; SAIZ ARNAIZ, A., «La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a... op.cit.*, pp. 193-208 (pp. 199-200); y, del mismo autor, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid: CGPJ, 1989.

¹⁴ STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3.

tipo de discriminación»¹⁵, 23 (que consagra la igualdad entre hombres y mujeres)¹⁶, y 24.1 (derechos del menor)¹⁷, todos ellos de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Y lo mismo ha sucedido, como veremos, en el ATC 86/2011 que ahora comentamos, con respecto al derecho a los derechos de los artículos 47 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial) y 48 (presunción de inocencia y derechos de la defensa) de la Carta. Por su parte, el Tribunal Supremo ha invocado los artículos 3 (derecho a la integridad de la persona), 8 (protección de datos personales), 9 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia), 11 (libertad de expresión y de información), 17 (derecho a la propiedad), 23 (igualdad entre hombres y mujeres), 41 (derecho a una buena administración), 45 (libertad de circulación y residencia)¹⁸, etc.

El artículo 10.2 CE es pues, valga la redundancia, una vía “nacional” de “recepción nacional” de los DFUE, y lo es tanto para la jurisdicción ordinaria como para la jurisdicción constitucional, una vía consistente en integrar el contenido normativo de esos derechos dentro del continente de los derechos constitucionales. Y el ATC que ahora comentamos recuerda, precisamente, la importancia de la vía del art. 10.2 en conexión con la Carta de DFUE para determinar el “canon de constitucionalidad” relevante de una actuación pública nacional en atención al derecho del art. 24.2 CE.

B) La recepción o incorporación nacional de los DFUE a título de Derecho de la UE.

Consideremos ahora la recepción de los DFUE en tanto que derechos fundamentales que deben aplicarse en el orden interno porque así lo exige el Derecho de la Unión Europea (si bien el origen de esta incorporación en el ordenamiento interno tiene su primigenia fuente en los artículos 93 y 96 de la CE). Nótese que, en este caso, a diferencia del caso anterior, no se estaría hablando sólo de la “incorporación nacional” de los DFUE, sino de una incorporación que se realiza “a título de Derecho de la UE”, con lo que ello implica. Veámoslo de forma un poco más detenida.

Expresados de forma resumida, los principales rasgos de la obligación europea de incorporar los DFUE en el orden interno serían los siguientes:

a) El origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, hoy TJUE).

Se trata de una obligación establecida con carácter previo a la adquisición de eficacia jurídica vinculante de la Carta de DFUE (2009), y con anterioridad, incluso, a la propia proclamación de la misma (Niza, 2000). En efecto, ausente una declaración de derechos fundamentales en los Tratados constitutivos, el reconocimiento de los mismos, a comienzos de la década de los setenta del siglo pasado, vino de la mano de la jurisprudencia del TJCE, un reconocimiento a título de principios generales del Derecho

¹⁵ SSTC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 176/2008, de 22 de diciembre.

¹⁶ STC 273/2005, de 27 de octubre de 2005, FJ 6.

¹⁷ SSTC 138/2005, de 25 de mayo (FJ 4), 183/2008, de 22 de diciembre (FJ 3) y 17/2006, de 30 de enero (FJ 5).

¹⁸ Entre otras, SSTS de 11 de mayo de 2001 (Sala 1ª), 31 de marzo de 2004 (Sala 3ª), 29 de marzo de 2004 (Sala 3ª), 9 de febrero de 2003 (Sala 3ª), 5 de diciembre de 2002 (Sala 3ª), 8 de febrero de 2001 (Sala 1ª); 8 de febrero de 2012 (Sala 3ª). Para un estudio de esta cuestión, ver, ALONSO GARCÍA, R., SARMIENTO, D., *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson - Civitas, 2006.

comunitario, pero sólo invocable frente a la actividad de órganos e instituciones comunitarias. La extensión de la eficacia vinculante de esos derechos frente a la actividad estatal que entraba en el radio de acción europeo comenzó a abrirse paso a finales de la década de los ochenta, a partir de la STJCE *WACHAUF*, de 13 de julio de 1989¹⁹ (tras veinte años de que se comenzaran a reconocer jurisprudencialmente dichos derechos, y a falta de otros veinte para que la Carta de DFUE, que se iba a proclamar el año 2000, comenzara a tener eficacia jurídica vinculante) y de toda una serie de sentencias en sentido similar²⁰. Se trata de una jurisprudencia que establecía que los Estados Miembros tienen también la obligación de respetar los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento comunitario²¹, si bien sólo cuando su actividad entra en el radio de acción del mismo (fuera de ese ámbito no existe tal obligación en cuanto obligación sujeta al Derecho comunitario²²).

Esta nueva orientación jurisprudencial supuso, expresado en términos prácticos, la irrupción, dentro del ámbito estatal, de un nuevo sistema de tutela de los Derechos fundamentales, el sistema europeo-comunitario o de la UE. Expresado en términos teóricos, esta posición jurisprudencial asumía, de alguna forma, la llamada “doctrina de la *incorporation*”, una fórmula del constitucionalismo norteamericano que alude a la extensión a los Estados federados de la obligación de respetar los derechos recogidos en la Constitución federal²³. En términos de la UE la fórmula expresa que la tutela europeo-comunitaria de los DF penetra e invade los ordenamientos nacionales, al menos en la medida en que los órganos nacionales actúan en el ámbito de eficacia del Derecho de la UE²⁴. En una palabra: la “Jurisprudencia de la *incorporation*” implica que los DF de la UE suplantando o se solapan a los DF nacionales en su función de operar como límites al poder nacional, cuando dicho poder entra en el ámbito de eficacia del Derecho de la Unión, generando, al tiempo, un fenómeno de superposición entre diversas formas de tutela de derechos fundamentales²⁵.

¹⁹ C-5/88, Rec. 2583 y ss.

²⁰ Entre los principales hitos jurisprudenciales que han ido articulando esa expansión se encuentran las SSTJCE: *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE*, más conocida como *ERT*, de 18 de junio de 1991, C-260/89, Rec. 2925 y ss.; *FAMILIAPRESS*, de 26 de junio de 1997, C-368/95, Rec. 3689 y ss.; *SCHMIDBERGER*, de 12 de junio de 2003, C-112/00, Rec. 5659 y ss.; *BOOKER AQUACULTUR LTD*, de 10 de julio de 2003, Asuntos acumulados C-20 y 64/00, Rec. 7411 y ss.; o *LINDQUIST*, de 6 de noviembre de 2003, C-101/2001.

²¹ “Las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario (...) vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias” (STJCE *WACHAUF*, *ibid.*, apdo. 19). La referencia a la actuación o aplicación estatal incluiría tanto los actos de las autoridades centrales, como los de las instancias regionales o locales así como los realizados por los organismos públicos.

²² SSTJCE: *PERFILI*, de 1 de febrero de 1996, C-177/94; *MAURIN*, de 13 de junio de 1996, C-144/95, Rec. 2909 y ss.; *KREMZOW*, de 29 de mayo de 1997, C-299/95, Rec. 2629 y ss.; o *ANNIBALDI*, de 18 de diciembre de 1997, C-309/96, Rec. 7493 y ss.

²³ Sobre el tema, por ejemplo: VÁZQUEZ, C., “La protección de los derechos en el sistema federal de los Estados Unidos”, *RVAP*, 92 (II), 2008, pp. 299-316, espec. pp. 305 y ss.

²⁴ Cfr. M. CARTABIA, “artículo 51. Ambito di applicazione”, en BIFULCO, R., CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (eds.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bolonia, 2001, p. 348.

²⁵ La sentencia *WACHAUF* y toda su saga jurisprudencial reflejan la irrupción y operatividad de un “tercer sistema” autónomo de derechos fundamentales en el orden interno: el europeo-comunitario o de

b) La adquisición de fuerza jurídica vinculante de la Carta de DFUE y de la obligación nacional de respetarla en el ámbito interno.

Como es conocido, una de las principales novedades que aporta el Tratado de Lisboa (aprobado en diciembre de 2007 y finalmente ratificado y entrado en vigor a finales de 2009), Tratado por el que se modifican los Tratados de la Comunidad Europea (TCE) - el cual pasa a denominarse, en adelante: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)- y el Tratado de la Unión Europea”, consiste precisamente en estipular que la Unión reconoce que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE²⁶ tiene el “mismo valor jurídico que los Tratados” (nuevo artículo 6.1 del TUE). Pues bien, el hecho crucial por lo que ahora interesa destacar, reside en que el artículo 51.1 de dicha Carta viene a formalizar, al máximo nivel normativo europeo, aquella obligación, inaugurada y desarrollada por la Jurisprudencia *WACHAUF*, de que los DFUE reconocidos en la Carta vinculan no sólo a la Unión, sino que también, “cuando aplican el Derecho de la Unión”, a los Estados Miembros. Así pues, la reforma de Lisboa deja claro que existe una obligación de los Estados de respetar los derechos de la Carta (art. 51.1²⁷), y que esa obligación viene establecida por una norma de Derecho originario europeo (6.1 TUE).

c) El ámbito de aplicación en el que rige la obligación de respetar los DFUE

Utilizando una perspectiva material, y según lo señalado hasta ahora, es evidente que la eficacia jurídica vinculante de los DFUE sobre la actividad estatal se extiende, al menos en principio, sobre toda actividad estatal de *aplicación* del Derecho de la UE. No obstante ello, conviene realizar algunas precisiones respecto a la delimitación de este ámbito material de aplicación.

En primer lugar, parece confirmable que la actividad de aplicación no se refiere sólo a la actividad estatal de mera ejecución, sino que se extiende hasta abarcar toda actividad estatal que entra en el radio de acción del Derecho de la Unión²⁸. En segundo lugar, y por precisar un poco más la anterior afirmación, no conviene perder de vista que todavía

los DFUE, el cual concurre, junto con el constitucional-estatal y el europeo-convencional del CEDH, a conformar la llamada tutela “multinivel” de los Derechos Fundamentales.

²⁶ El Tratado de Lisboa fue publicado en el Diario Oficial de la UE, el 17 de diciembre de 2007: 2007/C 306/01, y puede ser consultado en la dirección web: <http://eurlex.europa.eu/JOhtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>. Las versiones consolidadas (tras la reforma de Lisboa) de los Tratados constitutivos (TUE y TFUE y Euratom) fueron publicadas en el DO de la UE, de 9 de mayo de 2008, 2008/C 115/01. Para consultar la última edición oficial de dichas versiones así como de la Carta de DFUE véase el Diario Oficial de la UE de 30 de marzo de 2010 (DO C83 y 84/01), por ejemplo en: <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=es>.

²⁷ “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión” (énfasis añadido).

²⁸ Véase sobre el tema, entre otras, las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston, en el asunto *G. RUIZ ZAMBRANO*, C-34/09, presentadas el 30 de septiembre de 2010; especialmente interesantes los apartados 156 y ss.; igualmente, las conclusiones presentadas por el Abogado General Yves Bot, en el asunto *IVANA SCATTOLON*, C-108/10, presentadas el 5 de abril de 2011, apdos. 116 y ss. Véase también: R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2012, 3ª edición, pp. 372 y ss.

existen, pese a todo, sectores del Derecho de la UE donde no existen competencias jurisdiccionales del TJUE para poder controlar el respeto de esos Derechos. En la época pre-Lisboa el ámbito de aplicación jurídicamente vinculante de los DFUE sólo se extendía con claridad sobre el ámbito del Derecho comunitario, afirmándose también (aunque de forma tardía y no sin dudas acerca de su intensidad iusfundamental) en el tercer pilar, y negándose en el pilar PESC. La “despilarización” y la posterior “comunitarización” del Tercer pilar generada por la reforma de Lisboa (y con ella de todo lo relativo al Espacio de Libertad Seguridad y Justicia) no ha traído consigo la sumisión iusfundamental europea de la Política Exterior y de Seguridad Común²⁹. Y finalmente, que puede seguir existiendo una obligación de respetar los DFUE más allá, incluso, del radio de acción del Derecho de la UE, en el ámbito de las competencias retenidas por los Estados. Pero eso sólo ocurrirá a modo de obligación nacionalmente establecida, no porque constriñe a ello el Derecho de la Unión. Los DFUE pueden seguir vinculando la actividad estatal ajena al Derecho de la Unión porque así se establece a través de la cláusula de apertura constitucional al Derecho internacional y supranacional de los Derechos humanos reconocida en el art. 10.2 CE³⁰.

C) La jurisdicción nacional (ordinaria y constitucional) ante la incorporación nacional de los DFUE.

Al igual que ocurre con el propio Derecho de la UE, los DFUE (sea los reconocidos en la Carta o los que lo sean a título de principios generales de la Unión) vinculan de forma distinta al juez ordinario y al Tribunal Constitucional. La diferencia es enorme. Según se deduce del Derecho de la Unión Europea (incluido el reformado art. 19 TUE) y de la jurisprudencia del TJUE y del art. 19 TUE, el Juez nacional es el Juez de Derecho común del ordenamiento de la UE, el Juez encargado de la tutela ordinaria de los derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión. Ese “Juez nacional” está vinculado y obligado a respetar y hacer respetar el Derecho de la UE y, por consiguiente, los DFUE en el ámbito interno³¹. Sin embargo, es aquí donde se ha establecido una distinción radical entre la jurisdicción ordinaria, que se identificaría con el papel de “Juez nacional que debe actuar como Juez de la Unión”, y la jurisdicción constitucional, la cual, viene autoexcluyéndose de actuar como Juez de aplicación del Derecho de la Unión así como de controlar dicha actividad de aplicación llevada por el Juez nacional.

La jurisdicción ordinaria es la encargada de velar por el respeto del Derecho de la UE y de los DFUE por parte de los poderes públicos nacionales que actúen en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, ejerciendo esa función a través de una relación esencial de *cooperación* con el TJUE, una cooperación que se articula principalmente mediante la “cuestión prejudicial” del art. 267 TFUE. De otro modo, la relación del Tribunal Constitucional con respecto a la obligación de aplicar Derecho de la UE y los DFUE es muy diferente. Según estableció desde un inicio la jurisdicción constitucional,

²⁹ Vid. el art. 275 TFUE.

³⁰ Véase al respecto, la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, de 13 de diciembre, FJ 5 y, especialmente, 6.

³¹ Entre otras SSTJCE clásicas al respecto: *REWE*, de 16 de diciembre de 1976, C-33/76, Rec. pp. 1989 y ss.; *JOHNSTON*, de 15 de mayo de 1986, C-222/84, Rec. pp. 1651 y ss.; *UNECTEF*, de 15 de octubre de 1987, C-222/86, Rec. pp. 4097 y ss.; *OLEIFICIO BORELLI*, de 3 de diciembre de 1992, C-97/91, Rec. 6313 y ss.; *KOFISA ITALIA*, de 11 de enero de 2001, C-1/99, Rec. 207 y ss.; etc.

«la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es (...) una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales»³². En otras palabras, el Derecho comunitario carecería de rango constitucional, y la aplicación jurisdiccional del mismo o la solución de los problemas que genere dicha aplicación no corresponderían al Tribunal Constitucional, sino a la jurisdicción ordinaria³³. Ello implica que el Tribunal Constitucional no sólo se “autoexcluye” de la aplicación del Derecho comunitario o de la UE, sino que, al tratarse precisamente de la aplicación de dicho Derecho, esto es, de un problema de mera selección de la norma aplicable al caso concreto, también se estaría inhibiendo de entrar a conocer o controlar la aplicación judicial del Derecho comunitario por parte de la jurisdicción ordinaria. El papel que sigue reservándose el Tribunal Constitucional a sí mismo en relación al fenómeno de la aplicación del Derecho de la UE es muy limitado, con muy limitadas salvedades relativas a la incidencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE por la negativa del tribunal ordinario a no plantear cuestión prejudicial, cuestión ésta en la que se aprecia cierta evolución³⁴. Y en cualquier caso, el hecho de que asuma esos ciertos cambios sobre la relevancia constitucional que puede tener la actividad jurisdiccional interna de aplicación del Derecho interno, no implica que el Tribunal no siga “autoexcluyéndose” de la tarea de ser Juez de aplicación del Derecho de la UE. Y ello, pese a haber decidido plantear su primera cuestión prejudicial UE³⁵, pues dicho planteamiento sólo obedece a conocer mejor la posible relevancia constitucional interna (a efectos de integrar el art. 24.2 entendido de acuerdo con la apertura posibilitada por el art. 10.2 CE) que puede tener el

³² STC 28/1991, de 14 de febrero, FJº 4º.

³³ STC 28/1991, FJº 5º.

³⁴ Ver, ALONSO GARCÍA, R. “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/04, 194/2006 y 78/2010)”, *WP IDEIR*, 4, 2011; Id., *El Juez... Op.cit.*, pág. 282 y ss.; ALONSO GARCÍA, R.; BAÑO LEÓN, J.M., “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *REDC*, 1990, núm. 29, pp. 193 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M., “El Tribunal Constitucional, Juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)”, *RDCE*, 18 (2004), pp. 465-481; Díez Pícazo, L.M. “El Derecho comunitario en la Jurisprudencia constitucional española”, *REDC*, 1998, núm. 54, pp. 255 y ss.; Fraile Ortiz, M., “Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *REDE*, 2003, núm. 7, pp. 433 y ss.; Huelin Martínez de Velasco, J., “Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Una aproximación «post-Lisboa»)”, *REDE*, 39, 2011, pp. 375 y ss.; Izquierdo Sans, C., “Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución Española”, *Revista General de Derecho Europeo*, 23, 2011; Sánchez Legido, A.: El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España. (A propósito de la STC 58/2004), *Derecho privado y Constitución*, núm. 18, Enero-Diciembre 2004; Martín Rodríguez, P.J.: La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego), *REDC*, núm. 72 (Septiembre-Diciembre 2004); Ugartemendía Eceizabarrena, J.I., “El <recurso> a la cuestión prejudicial (art. 234 TCE) como <cuestión> de amparo (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria)”, *REDE*, núm. 11, 2004, pp. 441-474.

³⁵ Es verdad que el Tribunal Constitucional se auto reconoce como Tribunal que “reúne los requisitos exigidos por el artículo 267 TFUE, en la medida en que es un «órgano jurisdiccional» en el sentido de dicho precepto...”. Sin embargo, no hay asomo alguno de que actúe como Juez de aplicación del Derecho de la UE en el caso, ni como Juez que controla la correcta aplicación de este Derecho por la jurisdicción interna, salvo que sea a efectos de tutela de la Constitución o de un derecho constitucional (que, como veremos, sería el caso de este ATC 86/2011).

Derecho de la UE y la Carta DFUE, no porque se sienta autovinculado u obligado por estos³⁶ o constreñido a tutelar su correcta aplicación comunitaria.

En consecuencia, hay que concluir que, a diferencia del Juez nacional, el Tribunal Constitucional no está vinculado por la *obligación “comunitaria”* de respetar y hacer respetar los DFUE, sino sólo por obligación establecida en la Constitución de tutelar los derechos que ésta reconoce. El Tribunal sí “incorpora” los DFUE, pero lo hace a través de la cláusula de apertura del art. 10.2 CE y con los efectos derivados de ello, pero nunca a título de Derecho de la UE, pues él no actúa como Juez comunitario. Por el contrario, el Juez ordinario que aplica el Derecho de la Unión se encuentra vinculado por los mismos, no sólo en virtud del artículo 10.2 CE, sino de forma principal y primaria, en cuanto que los mismos forman parte del Derecho de la UE que él debe respetar y tutelar. Y el planteamiento de la cuestión prejudicial que realiza el Tribunal Constitucional no está (tanto o directamente) destinado a cooperar en la correcta aplicación del Derecho de la Unión, sino en conseguir un adecuado entendimiento del contenido del art. 24.2 CE a la luz del Derecho de los Derechos Fundamentales de la UE que entra en juego en el supuesto³⁷.

Es verdad que el art. 10.2 CE está posibilitando también una recepción nacional de los DFUE, pero esta recepción es distinta de la que se genera en virtud del Derecho de la UE (art. 51.1 de la CDFUE en conexión con el 6.1 TUE, y la sentencia *WACHAUF* y toda su progenie, ya señaladas). Y la diferencia no reside sólo en ese distinto cauce de recepción, o en el diverso ámbito de aplicación de una y otra³⁸; sino, especialmente, en el distinto modo de vincular a la jurisprudencia ordinaria y a la constitucional de una y otra, así como en el diferente carácter con el que se incorporan los DFUE en uno y otro caso: a título de Derecho nacional y como parámetro indirecto de constitucionalidad, por la vía del 10.2 CE; o en cuanto Derecho de la UE y parámetro de comunitariedad/europeidad en el otro.

³⁶ De hecho, el final del apartado b) del FFJJ 4 quiere dejar bien claro la que la actividad de plantear la prejudicial dada la trascendencia constitucional de la interpretación que haya de darse a las disposiciones de la UE en juego, es diferente y no pone en tela de juicio lo mantenido en los casos resueltos, entre otras, en las ya mencionadas SSTC 28/91 (FJ 7), 143/94 (FJ 8) y 265/94 (FJ 2).

³⁷ El único órgano de Derecho interno que no incorpora los DFUE a título de Derecho comunitario es el Tribunal Constitucional. Para él, a diferencia de lo que acontece con el Juez ordinario, sólo rige la recepción de los mismos a través de la cláusula interpretativa-integradora del art. 10.2 CE. Y parece que nada cambia al respecto el nuevo artículo 6.1 TUE y la entrada en vigor de la CDFUE. Es cierto que, según se establece en la Declaración 1/2004, dicha Carta se erigiría, *a través de lo dispuesto en el art. 10.2 CE*, en pauta para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”, y ello “*sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro ex art. 93 CE*» (FJ 5 DTC 1/2004). En otras palabras, y teniendo en cuenta la nueva lectura no sólo orgánico-procedimental, sino ahora también sustantiva que hace el Tribunal Constitucional del art. 93 de la CE, es posible entender que los DFUE pueden actuar en el ordenamiento interno tanto a través del Derecho nacional, en la medida en que se han integrado a través de la vía del art. 10.2, como a título de Derecho de la UE, en virtud de su entrada por el art. 93. Sin embargo, la vinculación comunitaria de los DFUE en el ámbito interno que genera el artículo 93 CE es una vinculación que, en cuanto referida al ámbito infraconstitucional o del Juez ordinario, no afecta al Tribunal Constitucional (la Declaración 1/2004 no altera en esto la doctrina previa del Tribunal Constitucional establecida claramente desde la STC 28/1991), el cual sólo seguiría incorporando estos derechos europeos a efectos de una tutela más eficaz y completa de los derechos constitucionales.

³⁸ Todo el ordenamiento nacional, en el caso de una recepción vía 10.2 CE; sólo el ámbito interno que entra en el radio de acción comunitario, en el de la incorporación nacional comunitariamente establecida.

2. La difusa posición del ATC 86/2011, de 9 de junio, sobre la incorporación jurisdiccional nacional de los DFUE: el Tribunal Constitucional ante los DFUE y el doble alma iusfundamental del Juez nacional

El ATC que ahora analizamos trata, entre otras muchas e importantes cuestiones, de la relación del Tribunal Constitucional ante los DFUE y ante el Juez nacional que debe actuar como Juez de aplicación del Derecho Europeo y de los derechos reconocidos por éste. Centrados en este tema, nuestra tesis consiste en que el Auto mantiene una posición difusa sobre la relación que debe existir entre la jurisdicción nacional - ordinaria y constitucional- y los DFUE, presentando una visión incompleta de la incorporación jurisdiccional nacional de esos derechos. Para tratar de contrastar esta afirmación es interesante atender al diverso trato que se da a los DFUE, a su recepción nacional, a lo largo del Auto, siendo posible, puestos a ello, distinguir dos partes bien diferenciadas según se trate de tutelarlos frente a la actividad institucional europea o ante una actuación nacional. Veámoslo.

A) La tutela de los DFUE ante la actividad de las instituciones europeas corresponde al juez nacional

Por una parte, en los FFJJ 5 a 7, el Tribunal muestra una posición firme y clara a la hora de entender que la producción normativa de las instituciones europeas (en este caso la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de Junio, relativa a la orden europea de detención y entrega, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero) debe respetar los DFUE. Y que estos derechos, sean entendidos como principios generales y/o reconocidos en la Carta de DFUE, funcionan como parámetro – europeo- de interpretación y validez de esa actividad institucional, un parámetro que debe utilizar el Juez nacional. Un vistazo detenido a la redacción de los tres FFJJ mencionados y a la propia redacción de las tres prejudiciales demuestra claramente que el Tribunal Constitucional asume y defiende que los DFUE funcionan como Derecho Europeo que deben respetar las instituciones europeas, y que el Juez nacional debe tutelarlos ante la actividad institucional europea. De hecho, aunque parezca paradójico, es el propio Tribunal quien (pese a toda una consolidada jurisprudencia constitucional previa en la que se “auto-inhíbe” de los problemas referidos a la aplicación del Derecho comunitario y de la UE) plantea las prejudiciales de interpretación y validez apelando al parámetro de los DFUE, aunque lo haga señalando que lo realiza para así entender mejor el Derecho europeo de los DFUE que hay que tener en cuenta para evitar la vulneración indirecta del derecho constitucional del art. 24 en el marco relevante de – aplicación- del Derecho de la Unión. El hecho es que, a la postre, el Tribunal Constitucional asume con claridad una recepción jurisdiccional nacional de los DFUE, pero eso sí, “frente” a la actividad institucional europea que debe ser aplicada en el orden interno.

El contenido de las prejudiciales que plantea el Tribunal consiste en si la posibilidad de ser condenado sin haber comparecido personalmente ante los Tribunales italianos, al estar amparada por la Decisión Marco, no supone una quiebra de las propias garantías procesales que el Derecho comunitario debe respetar por mandato directo del art. 6 TUE y 47 y 48 CDFUE interpretados a la luz del art. 6 del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁹. De forma más concreta, cabe señalar que la argumentación previa esgrimida para plantear la primera prejudicial viene a señalar que

³⁹ Punto 2 del Voto Particular, *in fine*.

el propio art. 1.3 de la Decisión Marco⁴⁰ podría contener “una habilitación a los Estados miembros para inaplicar la obligación de ejecución derivada de los arts. 1.1 y 1.4 bis por razón de la necesidad de proteger los derechos fundamentales” (se entiende, de la UE), entre los que debería/podría estar el derecho fundamental del acusado por delitos graves a estar presente en la vista oral⁴¹. La segunda prejudicial, por su parte, se configura lisa y llanamente como una prejudicial de validez del citado art. 4. bis de la Decisión Marco a la luz de los también citados Derechos Fundamentales del artículo 47 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial) y 48 (presunción de inocencia y derechos de la defensa) de la Carta, Y ello, entendiéndolo de forma expresa y previa que el sistema de DFUE tiene un “carácter autónomo” respecto del sistema nacional de derechos fundamentales⁴². Finalmente, y para el caso de que el citado artículo 4 bis siguiera incólume, la tercera prejudicial trata de hacer valer la aplicación del crucial artículo 53 de la Carta⁴³, sobre el que luego volveremos, para salvaguardar un mayor nivel de tutela constitucional de los derechos del artículo 47 y 48, permitiendo condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente. Pero, también aquí, volviendo a oponer artículos de la Carta frente a Derecho derivado de la UE que podría rebajar el nivel de tutela constitucional nacional de un derecho.

El ATC, en suma, muestra que el sistema de DFUE tiene vida propia y autónoma en el orden interno “frente” al Derecho derivado que debe ser aplicado en el mismo, y que el Juez nacional debe reconocerla en tal situación.

B) La tutela de los derechos constitucionales frente a la actividad de las autoridades nacionales de aplicación del DUE

Sin embargo, lo señalado en el ATC en los primeros 4 FFJJ, al establecer el marco jurídico relevante (FFJJ 1-3) y los presupuestos para plantear el reenvío prejudicial (FJ 4), arroja una idea distinta de la recepción o incorporación nacional de la Carta de DFUE, en este caso, frente a la actividad estatal jurisdiccional, en concreto frente al Auto de ejecución de la Orden dictado por la Audiencia Nacional, que entra en el radio de acción del Derecho de la UE.

Mientras el sistema de DFUE aparece como un sistema con vida propia “frente a la actividad institucional europea” que debe aplicarse en el orden interno, parece, sin embargo, que carece de autonomía cuando de lo que se trata es de hacerlo valer “frente a la actividad nacional” de aplicación del Derecho europeo. En tal caso, parece que la penetración o incorporación nacional de aquel sistema sólo se produce a través de la tutela de los derechos constitucionales, una tutela abierta al Derecho internacional y

⁴⁰ “La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”.

⁴¹ FJ 5, punto c).

⁴² FJ 6, punto b).

⁴³ “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*” (énfasis añadido).

supranacional de los derechos humanos, incluidos los DFUE. Es verdad que no se niega la incorporación nacional de los DFUE a título europeo frente a la actividad interna, en este caso el Auto de la Audiencia Nacional recurrido en amparo. Pero no se menciona para nada el deber del juez nacional de respetar y tutelar directamente esa Carta de DFUE. Cuando se trata de contraponer el sistema de DFUE a la autoridad nacional de aplicación del Derecho interno, se actúa como si no existiera una recepción directa de aquellos establecida por el Derecho europeo, atendiendo sólo a los DFUE de cara a una tutela integral de los derechos constitucionales (vía 10.2 CE).

El ATC comienza reconociendo, como no puede ser de otra manera, que la situación jurídica a tutelar entra en el radio de acción del Derecho de la UE y de los DFUE. Es evidente que el Auto de la Audiencia Nacional aplicando la Decisión Marco en cuestión es un acto de aplicación del Derecho de la UE, lo cual significa que se cumple el requisito necesario (establecido en el art. 51.1 de la Carta y/o en la jurisprudencia *WACHAUF*) para que el sistema de DFUE rija en el ámbito interno a título de Derecho europeo. El Tribunal reconoce también a las normas de la Carta DFUE carácter de “normas de aplicación” (FJ 1) o de “marco jurídico relevante” (FJ 3). Es decir, las normas que reconocen los DFUE, en el caso las de los artículos 6.1 TUE, y 47, 48, 52.3 y 53 de la Carta, son normas de Derecho Europeo que deben ser aplicadas por el Juez nacional (incorporación nacional de los DFUE a título de Derecho Europeo).

A partir de ahí, sin embargo, las alusiones del Tribunal Constitucional a los DFUE lo son en atención a tratar esos derechos como “canon de constitucionalidad indirecta” (en atención a la doctrina jurisprudencial relativa a la vulneraciones indirectas de los derechos constitucionales, en conexión con la cláusula del art. 10.2 CE), y no hay una sola mención a su tratamiento como parámetro “comunitario” o de “europeidad” (UE) de la actividad interna de aplicación del Derecho de la Unión, en este caso del Auto de la Audiencia Nacional aplicando la Decisión Marco⁴⁴.

En efecto, el Tribunal no se plantea el problema de que el Juez nacional debe tutelar el DFUE a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías según es entendido en el Derecho europeo, sino como una cuestión de tutela de un derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE. Comienza recordando que “mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado ad intra por los derechos fundamentales, tal y como éstos han sido consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan ad extra es más reducido: no son todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad «indirecta» de la actuación de la

⁴⁴ Como tampoco la hay a su tratamiento como parámetro de la ley nacional que implementa la Decisión Marco que crea la OEDE, esto es, la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (BOE de 17 de marzo) y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria a la anterior (BOE de 17 de marzo). El ATC sí menciona la Ley 3/2003, pero para recordar que *ésta* es el vehículo para incorporar al ordenamiento interno la Decisión Marco 2002/584/JAI, y para señalar que, aun siendo cierto que ni aquella Decisión ni *esta Ley* establecen la exigencia de que, en casos de delito muy grave, para dar validez a las condenas en ausencia, es necesario someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, ello no significa que dicha exigencia pueda ser ignorada por los órganos judiciales españoles, “al resultar la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada –implícita o explícitamente– por toda *Ley nacional* que se dicte al efecto y satisfecha por los órganos judiciales” (FJ 2, punto c; énfasis añadido).

jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control (STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8)”. Tras ello, señala que “para precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta es necesario partir del contenido constitucionalmente protegido por ese derecho (...)” y que “en este proceso de determinación revisten especial relevancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como cualificado criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales que los reconocen (...)”⁴⁵.

Y aplicando esta doctrina constitucional relativa a las vulneraciones indirectas respecto al derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en el caso en cuestión, afirma que “el canon de control que debemos aplicar para *enjuiciar la constitucionalidad* del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, por el que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas, ha de ser integrado a partir, entre otras, de las normas de Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega, de donde deriva claramente *la trascendencia constitucional* de la interpretación que haya de darse a *esas disposiciones del Derecho de la Unión* (...)”⁴⁶. Más adelante, precisará, siguiendo esta percepción y recepción exclusivamente constitucional de los DFUE, la cuestión suscitada en el presente proceso de amparo consiste en dirimir “si la resolución de entrega vulneró o no indirectamente el derecho a un proceso con todas las garantías *tal y como éste resulta protegido por la Constitución española (art. 24.2 CE)*. En este contexto *el Derecho de la Unión Europea opera como un instrumento que permite delimitar la parte del contenido de ese derecho que despliega eficacia ad extra*, esto es, las facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que acuerde la entrega sin condicionamiento. Siendo ello así, *el Derecho de la Unión Europea que ha de tenerse en cuenta a la hora de integrar el canon de constitucionalidad* relevante para enjuiciar la resolución impugnada es el vigente en el momento presente. En definitiva, la Decisión Marco de 2009 es aplicable, en todo caso, *como criterio de integración del contenido del derecho reconocido en el art. 24.2 CE* cuyo desconocimiento determina, de conformidad con la doctrina señalada, su vulneración indirecta por parte de los órganos judiciales españoles”⁴⁷.

En suma, el Tribunal Constitucional sólo se refiere a la recepción nacional de los DFUE a través de la doctrina de las vulneraciones indirectas en conexión con el art. 10.2 CE⁴⁸. Es obvio que no está pensando en tutelar los DFUE (ni siquiera cuando plantea las prejudiciales), sino sólo en tutelar el artículo 24 CE a la luz de los DFUE (por eso plantea las prejudiciales). Pero, y esto es lo que interesa destacar ahora, tampoco está pensando que el Juez nacional de aplicación del Derecho Europeo (y de la Decisión Marco), en este caso la Audiencia Nacional, deba resolver el caso tutelando los DFUE. Sólo apela a que este tiene una obligación de tutelar el art. 24 CE, aunque para ello

⁴⁵ FJ 2, punto b), énfasis añadido.

⁴⁶ FJ 4, punto b), énfasis añadido.

⁴⁷ FJ 4, punto c).

⁴⁸ Utilizando esta conexión con antelación, por ejemplo, las SSTC: 292/2005, de 10 de noviembre; 30/2006, de 30 de enero; ó 191/2009, de 28 de septiembre.

tenga que plantear una prejudicial de interpretación y de validez oponiendo esos DFUE (arts. 47 y 48) a la Decisión Marco. Parece claro que el Tribunal Constitucional no tenga que reconocerse a sí mismo una “doble personalidad iusfundamental”. Él se debe sólo a la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución. Pero el ATC, aunque no niega, oculta el “doble alma iusfundamental” del Juez nacional que debe aplicar Derecho de la Unión, un alma atinente a los derechos constitucionales y otra para los DFUE. El problema que deriva de ello es que, de esta forma, el Tribunal Constitucional no podrá nunca tutelar si el Juez nacional que aplica Derecho de la UE tutela o no correctamente el Derecho de la Unión Europea y de la Carta de DFUE, y si con ello respeta o no los derechos reconocidos en el artículo 24 CE. No reconocer el doble alma iusfundamental del Juez que aplica el Derecho de la Unión, puede repercutir en que el Tribunal Constitucional no pueda corregir en amparo una vulneración, por parte del Juez nacional, del art. 24 CE a causa de una no tutela de los DFUE exigida por el Derecho europeo. La negación de la doble personalidad iusfundamental del Juez nacional puede impedir dar relevancia constitucional (niega relevancia constitucional) a la tutela nacional de los DFUE.

Da la sensación de que la recepción nacional de los DFUE sólo se tiene que realizar a través de la tutela de los derechos constitucionales, una sensación que es posible atisbarla también, con cierta claridad, en otros poderes del Estado. A este respecto el ejemplo más notorio es el que se produce con el artículo segundo de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, Ley por la que las Cortes Generales autorizan al Gobierno la ratificación del Tratado de Lisboa (Tratado que se aprobó el 13 de diciembre de 2007, y entró en vigor a primeros de diciembre del 2009; el BOE publicó el Tratado de Lisboa de forma íntegra el 28 de noviembre de 2009, pasando de esta forma *–ope* 96.1 CE -a formar parte del ordenamiento interno). Si el primer artículo de la Ley 1/2008 autoriza la ratificación, el artículo segundo establece que “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”.

Pero, como ya se ha señalado en otro lugar, conviene recordar que la reproducción en el BOE de la Carta de DFUE, apelando a la cláusula de apertura y recepción constitucional del Derecho internacional y supranacional de los derechos humanos del artículo 10.2 de la CE, lo es de un texto que ya había sido publicado en el DO de la UE por dos veces (en el año 2000, tras ser publicada en Niza, y el 2007, dado que iba adquirir carácter vinculante con motivo del Tratado de Lisboa y su artículo 6.1), un texto que entraría en vigor en España cuando se publicara en el BOE dicho Tratado de Lisboa⁴⁹. La incorporación nacional de los DFUE, una recepción nacional vinculante a título de Derecho europeo, no se produce a través del art. 10.2 CE (que sí es útil para extender el valor de la carta al ámbito de las competencias retenidas por los Estados), sino de los artículos 93 y 96 de la CE. Apelar al artículo 10.2 CE para hacer esa recepción en el ámbito de aplicación del Derecho Europeo puede dar lugar a confusión e, incluso, generar inseguridad jurídica pudiendo dar a entender que esa Carta sólo rige a través de su integración en los derechos constitucionales, y no a título de Derecho de la Unión.

⁴⁹ Sobre el tema, *in extenso*, el ya mencionado trabajo de RIPOL CARULLA, S., “La Carta de Derechos Fundamentales...”, *op. cit. supra*.

IV. A modo de Conclusión: dos problemas y dos posibles soluciones que sugiere el ATC 86/2011 y su posición sobre la recepción nacional de los DFUE.

Hace tiempo que existen los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, operando el ordenamiento europeo y en el nacional de aplicación del europeo. Pero, tras más de cuarenta años desde el comienzo de la tutela de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento comunitario a modo de principios generales reconocidos por el TJCE, a más de veinte desde que se estableció la jurisprudencia WACHAUF del TJUE (acerca de la incorporación nacional de los DFUE como principios generales), de una docena tras la proclamación de la Carta DFUE, y a poco más de dos desde que ésta entró en vigor con el mismo valor que los Tratados, el reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional del papel de esos derechos en el ámbito interno sigue siendo muy limitado.

Este ATC da pasos adelante. Afirma el valor de la Carta de los DFUE como parámetro de interpretación y validez que debe usar el Juez nacional frente a los actos de Derecho derivado que tiene que aplicar, aunque lo haga instrumentalmente, pensando en la tutela de los derechos constitucionales.

No obstante, no existe todavía, ni una sola resolución del Tribunal que reconozca que los DFUE deben ser respetados y tutelados por el Juez nacional “en calidad de Derecho vinculante de la UE” frente a la actividad estatal de aplicación del Derecho interno⁵⁰. En otras palabras, una cosa es vindicar que la Decisión Marco debe respetar los DFUE a título de derechos reconocidos por el ordenamiento europeo, y otra distinta recordar que también debe hacerlo la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, que implementa aquella Decisión, o el Auto de la Audiencia Nacional que debe aplicar toda esta normativa, pues nos encontraríamos en pleno ámbito de aplicación del Derecho de la UE. Pero, no hay ni una sola idea a este respecto, ni expresa ni implícitamente formulada, en este ATC. La autonomía del sistema europeo de los DFUE es predicada para cuando opera frente a la actividad institucional europea, no para cuando se trate de tutelar las situaciones jurídicas que entran en el radio de acción del Derecho de la Unión. Esta situación esconde, como se ha visto, varios problemas.

Primer problema: como el Tribunal Constitucional no reconoce que el Juez nacional debe aplicar los DFUE en el ámbito interno a título de Derecho europeo, tampoco reconoce que pueda tener “relevancia constitucional” que dicho Juez no cumpla con aquel deber, al igual que el no planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando es obligatorio hacerlo, puede implicar una vulneración del art. 24 CE⁵¹ (⁵²), de modo que la no tutela jurisdiccional, europeamente debida (arts. 6.1 y segundo párrafo art. 19 TUE), de un DFUE puede implicar la violación de aquel derecho fundamental nacional a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Tribunal sigue sin señalar nada respecto a

⁵⁰ Salvo, como ya hemos recordado, lo dicho y de forma muy genérica en la DTC 1/2004.

⁵¹ Como se ha indicado, la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece ser más receptiva en este sentido (SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010). Véase nota (35) y, de entre la bibliografía ahí citada, ver especialmente: ALONSO GARCÍA, R. “Cuestión prejudicial... *op.cit.*”; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Las implicaciones... *Op.cit.*”; IZQUIERDO SANS, C., “Cuestión prejudicial... *op.cit.*”

⁵² O algo similar a lo que, *mutatis mutandis*, podía ocurrir si negáramos, dentro del Derecho interno, que existe un deber de tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* (*Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos constitucionales).

aquella obligación del Juez nacional. La única recepción de los DFUE a la que alude el Tribunal Constitucional es la que se debe operar a través de los derechos fundamentales reconocidos en las disposiciones de la Constitución nacional y a través de medios como la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE (en este caso del ATC 86/11, en conexión con la doctrina de las vulneraciones indirectas de dichos derechos).

Una posible solución al problema: que el Tribunal Constitucional reconociera la validez de la jurisprudencia *WACHAUF* y de lo establecido en el art. 51.1 de la Carta, en el sentido de que los DFUE vinculan, en cuanto tales, a la actividad interna de aplicación (normativa y jurisdiccional) del Derecho de la Unión, por ejemplo, como es el caso, de una Decisión Marco. El Tribunal Constitucional podría controlar si el Juez cumple o no con ese deber asumiendo que la correcta aplicación judicial de la Carta es parte del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE. El art. 10.2 no es la única vía por la que cabe reconocer “relevancia constitucional” a los DFUE (vía que, por cierto, puede regir, especialmente, cuando se trate de situaciones que caen fuera del radio de acción del Derecho de la UE). Y no se trata sólo de atender a una obligación europea (arts. 6 y 19 TUE, sin perjuicio de la ingente jurisprudencia de Luxemburgo sobre las obligaciones europeas del Juez nacional). También de una obligación constitucional. El Juez nacional debe atenerse al sistema de fuentes establecido, y por tanto a hacer respetar el Derecho de la UE, incluida la Carta de DFUE, un deber que tiene como correlativo un derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva (24 CE). La no tutela judicialmente debida de alguno de aquellos derechos podrá implicar también la violación del derecho constitucional señalado (y cabe recordar que ya estamos en los tiempos en los que el iusfundamentalmente sensible Espacio de Libertad, seguridad y Justicia de la Unión ha sido “comunitarizado”).

Segundo Problema: el problema, referido a los derechos fundamentales, con el que tiene que lidiar el Tribunal en este asunto (y probablemente la causa de la omisión señalada con anterioridad) reside en que la tutela ofrecida por el sistema europeo de los DFUE es, en este caso, a juicio de la mayoría del Tribunal, inferior a la ofrecida por el sistema constitucional nacional de los derechos fundamentales⁵³. Se intuye o se calcula que la tutela constitucionalmente debida de lo que abarca el artículo 24 es superior a la ofrecida por los DF de la Unión (sea en su veste de principios generales o de los reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta) en lo que se refiere a proteger los derechos de defensa del acusado, por delitos muy graves, que ha sido condenado en ausencia. El problema surge, en otras palabras, cuando la tutela europea se presume inferior a la constitucional, en un contexto en el que el Juez nacional puede ceñirse y conformarse con garantizar la tutela europea del derecho, repercutiendo ello en una vulneración del derecho constitucional del art. 24 CE.⁵⁴

⁵³ Véase, de otro modo, el Voto Particular del Magistrado D. Pablo Pérez Tremps. Véase, igualmente, el artículo de REVENGA SÁNCHEZ, M., “Rectificar preguntando... *Op. cit.*, pp. 139 y ss.

⁵⁴ En cualquier caso, hay que destacar que la cuestión de si el nivel de tutela es inferior o superior no puede articularse como la causa para no afirmar que Juez nacional es Juez de aplicación interna de los DFUE. Si se constata que la tutela europea puede ser inferior habrá que echar mano del art. 53 (vía prejudicial), o de una interpretación conforme del Juez nacional del 4 bis DM en atención a la Carta (47 y 48) en conexión con 53. Pero todo eso exige reconocer al Juez nacional como Juez que debe aplicar la Carta a título de Derecho de la Unión, no sólo como Juez que tutela un derecho constitucional abierto o integrado por el Derecho supranacional de los derechos humanos.

Existe, sin embargo, una clara solución para evitar este hipotético problema, la ofrecida, precisamente, y de forma muy audaz, por el Tribunal Constitucional en este Auto que estamos comentando. La solución consiste en la combinación de apelar el juego de la cláusula del art. 53 de la Carta (siempre que, al menos, ésta se entienda como cláusula de protección mínima, en el caso concreto, de los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales) con el uso de la cuestión prejudicial para poder comparar el nivel de tutela y establecer *a pari* un diálogo al respecto con el TJUE⁵⁵. Una vía que abre el propio Tribunal Constitucional al asumir la bondad de acudir él mismo a plantear la cuestión prejudicial, y ello aun sin considerarse Juez de aplicación nacional del Derecho de la Unión (aunque sí ha asumido, obviamente, su papel de “jurisdicción nacional” a los efectos de aquel planteamiento). El ATC *continua*, a este respecto, con los postulados establecidos en la STC 28/1991, en el sentido de entender que no le corresponde al Tribunal Constitucional ni aplicar el Derecho de la Unión ni controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo (tarea de carácter infraconstitucional, carente de rango constitucional), si bien desde el entendimiento –ya fijado, al menos, desde la STC 57/2004, de 19 de abril de que la (no) aplicación o incorrecta aplicación de aquel Derecho pueden tener relevancia constitucional, relevancia para la tutela de la Constitución o de los derechos constitucionales, en este caso, del derecho a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24.2 CE.

Y ahora toca esperar la respuesta del TJUE. Más allá de analizar y resolver lo relativo a la interpretación y validez de la Decisión Marco y, posiblemente, de reconocer la virtualidad del artículo 53 de la Carta DFUE de cara a establecer un diálogo jurisdiccional para que la tutela de los DFUE no implique merma de los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales, lo que se puede atisbar en la respuesta prejudicial del TJUE es una buena ocasión para reafirmar la idea de que el Juez nacional es también un Juez europeo de los DFUE, un Juez encargado de la tutela de esos derechos en cuanto Derechos reconocidos en la UE, con independencia de que existan o no cláusulas nacionales de recepción de los mismos.

⁵⁵ Sin olvidar, para un caso o una línea jurisprudencial gravemente contraria a la Constitución, la previsión configurada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia (Honeywell), de 6 de julio de 2010 (2 BVerfGE 266/106) según la cual el mencionado Tribunal Constitucional Federal alemán afirma que, antes de declarar *ultra vires* un acto o disposición de Derecho de la Unión, planteará una cuestión al Tribunal de Justicia en caso de que aquel no se hubiera pronunciado aún acerca de su validez o significado: “60. A la hora de controlar los actos dictados por las instituciones europeas en el marco de la doctrina *ultra vires*, el Tribunal Constitucional Federal debe en principio respetar las resoluciones del Tribunal de Justicia europeo en cuanto interpretación vinculante del Derecho de la Unión. Antes de declararlos *ultra vires* es preciso, por ello, dar al Tribunal de Justicia la ocasión, a través de la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, de interpretar los tratados, así como de pronunciarse acerca de la interpretación y de la validez de las disposiciones controvertidas. En caso de que el Tribunal de Justicia aún no hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la cuestión de Derecho de la Unión de que se trate, el Tribunal Constitucional Federal no puede acordar la inaplicación en Alemania del Derecho de la Unión (cfr. BVerfGE 123, 267 <353>)”.