

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2006-2008*

CARMEN LÓPEZ-JURADO
FRANCISCO CUESTA RICO**

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LÍNEAS BÁSICAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL DERECHO COMUNITARIO Y OBJETO DE ESTE TRABAJO.
- III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
 1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
 2. LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación titulado: «La globalización económica y la integración europea: Análisis jurídico desde el Derecho Internacional» (P08-SEJ-04082) cuyo responsable principal es el Prof. Dr. Diego J. Liñán Nogueras. Se trata de la continuación de una serie de estudios sobre aplicación judicial del Derecho Comunitario en España que han aparecido en esta Revista (*RDCE* en adelante) y en su predecesora, la *Revista de Instituciones Europeas* (*RIE* en adelante), elaboradas por profesores integrantes del Grupo de investigación «Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos», dirigido igualmente por el Prof. Dr. D. J. Liñán Nogueras, en la Universidad de Granada. Son los siguientes: LIÑÁN NOGUERAS, D. J., ROLDÁN BARBERO, J., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1986-1989)», *RIE (RDCE)*, 1989-3, pp. 885-914; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (junio 1989-diciembre 1990)» *RIE (RDCE)*, 1991-3, pp. 989-1120; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., LÓPEZ ESCUDERO, M., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1991 y 1992)», *RIE (RDCE)*, 1994-1, pp. 221-263; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., ROBLES CARRILLO, M. A., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1993, 1994 y 1995)», *RDCE*, 1997, n.º 1, pp. 111-173; ROLDÁN BARBERO, J., HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1996)», *RDCE*, 1997, n.º 2, pp. 549-580; DEL VALLE GÁLVEZ, A., FAJARDO DEL CASTILLO, T., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997», *RDCE*, 1999, n.º 5, pp. 109-128; LÓPEZ ESCUDERO, M., CUESTA RICO, F., «La aplicación judicial

- A) *Sentencias del TC que citan la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o la utilizan a través de la vía del artículo 10.2 CE.*
- B) *Sentencias del TC que utilizan el Derecho comunitario (originario y derivado) ex artículo 10.2 CE como criterio hermenéutico de los Derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.*
- C) *La utilización del Derecho comunitario en otros asuntos relativos a la protección de los derechos fundamentales.*

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL PENAL DE LA UE.

- 1. DIFICULTADES DE TRANSPOSICIÓN DE ORIGEN CONSTITUCIONAL EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS: LA PROBLEMÁTICA DE LA ENTREGA DE LOS NACIONALES.
- 2. EL TC COMO ÓRGANO DE CONTROL, EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, DEL JUEZ DE LA EXTRADICIÓN.

- A) *El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).*
- B) *El derecho a un juicio justo (artículo 24.2 CE).*
- C) *La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (artículo 9.3 CE).*
- D) *La vulneración del derecho a la libertad (artículo 17.1 CE).*
- E) *La suspensión cautelar de la ejecución de Euroórdenes.*

V. EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

VI. EL CONTROL A *PRIORI* DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TRATADO DE LISBOA EN OTROS ESTADOS MIEMBROS.

VII. VALORACIONES FINALES.

INDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

del Derecho comunitario en España durante 1998», *RDCE*, 1999, n.º 6, pp. 395-418; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., SEGURA SERRANO, A., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999», *RDCE*, 2000, n.º 8, pp. 565-592; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «La aplicación del Derecho comunitario en España durante 2000 y 2001», *RDCE*, 2002, n.º 12, pp. 583-627; LÓPEZ-JURADO, C., SEGURA SERRANO, A., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 2002», *RDCE*, 2003, n.º 15, pp. 801-844; FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. de, MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial», *RDCE*, 2005, n.º 22, pp. 707-757; ROLDÁN BARBERO, J., DíEZ PERALTA, E., «Tribunal Constitucional Español y Derecho Comunitario (2003-2005)», *RDCE*, 2006, n.º 23, pp. 87-133; FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Principios del Derecho comunitario y aplicación judicial en España en los años 2003 y 2004», *RDCE*, 2006, n.º 23, pp. 135-179; FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. de, MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial», *RDCE*, 2009, n.º 32, pp. 181-237

** Profesora Titular de Derecho Internacional Público, lopezju@ugr.es. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público, fcuesta@ugr.es. Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Granada, España.

I. INTRODUCCIÓN

La situación de la Unión Europea (UE, en adelante) ha cambiado radicalmente desde que se publicó en esta Revista el anterior estudio sobre la aplicación judicial del Derecho comunitario en España por parte del Tribunal Constitucional (TC, en adelante) que estuvo dedicado, en gran medida, al análisis de su Declaración sobre la denominada Constitución Europea (así llamado el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa)¹. Nada hacía presagiar en aquellos días que el proceso de ratificación de dicho Tratado quedaría bruscamente interrumpido tras los resultados negativos obtenidos en los referendos convocados en Francia y Holanda en 2005. Reformulado el documento (transformándolo en un tratado de sesgo más *internacional* y, por consiguiente, menos *constitucional*, el ahora llamado Tratado de Lisboa)², la UE tuvo que enfrentarse a un nuevo revés político tras el resultado negativo obtenido en el referéndum sobre el Tratado de Lisboa celebrado en Irlanda en 2008. Poco después haría eclosión una profunda crisis económica de alcance mundial. Entretanto, el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa seguía su curso. Se superaron los controles de constitucionalidad de dicho Tratado en Francia (Decisión de 20 de diciembre de 2007 del Consejo Constitucional francés), República Checa (Sentencias de 26 de noviembre de 2008 y 3 de noviembre de 2009 del Tribunal Constitucional Checo³) y Alemania (Declaración del

¹ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

² La Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007, que conmemoraba el cincuenta aniversario de los Tratados de Roma, vino a certificar la defunción del Tratado Constitucional al que, como ha afirmado la Prof.^a Mangas, «no mencionaba ni una sola vez» (MANGAS, A., «El incierto futuro de la Unión: las reformas *sine die* del Derecho originario», estudio preliminar de la decimocuarta edición del *Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2008, en p. 21). El 21 y 22 de junio de 2007 el Consejo Europeo aprobó un mandato simplificado para la nueva Conferencia Intergubernamental de 2007 cuyos trabajos terminaron con la adopción del Tratado de Lisboa. Este Tratado, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, fue publicado en el *DOUE* C 306, de 17 de diciembre de 2007. El texto consolidado se publicó en el *DOUE* C 115, de 9 de mayo de 2008.

³ Un grupo de 17 senadores checos (la mayoría pertenecientes al Partido Demócrata Cívico, de centroderecha) presentó el 29 de septiembre de 2009 un nuevo recurso ante el Tribunal Constitucional sobre el Tratado de Lisboa, lo que ha retrasado unas semanas la ratificación de dicho Tratado por parte de este país. Ello pareció formar parte de una alianza

Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009). Ya concluido el proceso de ratificación —tras el resultado positivo obtenido en el nuevo referéndum irlandés el 2 de octubre de 2009⁴ y la ratificación de la República checa—, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha producido el 1 de diciembre de 2009, terminando así este período, que ha estado marcado por una enorme tensión e incertidumbre.

II. LÍNEAS BÁSICAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL DERECHO COMUNITARIO Y OBJETO DE ESTE TRABAJO

¿En qué medida este período convulso ha afectado, si lo ha hecho, a la jurisprudencia del TC español en lo que se refiere a la aplicación judicial del Derecho comunitario? Abordaremos en este epígrafe, de forma sintética, las líneas básicas de la jurisprudencia del TC respecto al Derecho comunitario con el objeto de apreciar si la jurisprudencia subsiguiente mantiene

forjada entre los euroescépticos checos y británicos (quienes, tras las últimas elecciones al PE, acordaron unirse en el Parlamento Europeo formando un Grupo de Conservadores y Reformistas Europeos). Según información de prensa, habría sido el líder conservador británico, David Cameron, quien sugirió al presidente checo que no firmara el Tratado hasta dentro de unos meses para darle tiempo a ganar las elecciones (previstas para mayo o junio de 2010), y convocar un referéndum sobre el Tratado de Lisboa en Reino Unido (*El País*, 29 de septiembre de 2009, p. 5; y de 30 de septiembre de 2009, p. 2). Tras el retraso en la ratificación también ha habido una estrategia del Gobierno checo para conseguir la exención por parte de este país del cumplimiento de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, justificándolo en la necesidad de evitar que los alemanes expulsados de los Sudetes tras la Segunda Guerra Mundial pudieran reclamar sus propiedades. Una exclusión que ha conseguido en el pasado Consejo Europeo de los días 29 y 30 de octubre de 2009.

⁴ En este segundo referéndum, el 67,1 % de los irlandeses ha votado favorablemente el Tratado de Lisboa, con una participación del 59 %. Posteriormente, el 16 de octubre se aprobó una enmienda que modifica la Constitución irlandesa, lo que abrió la vía para la ratificación por Irlanda de dicho Tratado. El Consejo Europeo celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 2008 definió una estrategia para permitir la entrada en vigor del Tratado antes de que finalizase 2009 que contemplaba que, si Irlanda ratificaba el Tratado antes de que finalizase el mandato de la actual Comisión, se aportarían garantías jurídicas en el ámbito fiscal, en lo que atañe a la política de seguridad y defensa de los Estados miembros (que implica el reconocimiento de la posición neutral de Irlanda), y en relación con las disposiciones de la Constitución irlandesa relativas al derecho a la vida, la educación y la familia (el documento del Consejo Europeo aparece publicado en el documento de de 13 de febrero de 2009 del Consejo de la Unión Europea 17271/1/08 REV 1).

respecto a ella una línea de continuidad o si refleja, de alguna manera, los cambios que se estaban produciendo en el panorama jurídico de la UE.

Las líneas básicas de la jurisprudencia del TC respecto al Derecho comunitario son bien conocidas, el TC no lo ignora, pero considera que este Derecho no es canon o parámetro de constitucionalidad, por lo que él, como garante que es de la Constitución se inhibe de la función de controlar la adecuación de la norma interna respecto a la norma comunitaria. Por consiguiente, entiende, si se produjera tal conflicto, es el juez ordinario quien debe resolverlo y, en el caso de que éste tenga dudas sobre la validez o la interpretación de la norma comunitaria aplicable, tendrá a su disposición el mecanismo que le brinda el Derecho comunitario a través de las cuestiones prejudiciales. Siguiendo este razonamiento, el TC español también considera que, puesto que, en principio, no es él quien tiene que abordar tales conflictos sino el juez ordinario, tampoco tiene por qué interponer cuestiones prejudiciales ante el TJCE⁵.

De este modo, y salvo en los casos excepcionales en los que el TC ha entrado a analizar la compatibilidad de determinadas normas del Derecho originario con la Constitución Española (CE, en adelante), a través de la vía que posibilita el control previo de constitucionalidad del artículo 95 CE, su doctrina básica en relación con el Derecho comunitario se inscribe en una línea claramente restrictiva⁶. En lo que atañe a la utilización del artículo 95 CE, hasta la fecha, el TC ha efectuado un control previo de constitucionalidad del Derecho comunitario originario sólo en dos ocasiones, la primera, en relación con un precepto del Tratado de Maastricht que otorgaba el derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos de la UE en las elecciones municipales y al PE, que fue considerado contrario al artículo 13.2 CE⁷; y, la segunda, en relación con algunos artículos contenidos en la llamada Constitución Europea⁸. De esta última Declaración del TC,

⁵ Esta actitud ya no tiene razón de ser, como lo demuestra, entre otros motivos, el que los Tribunales Constitucionales (TTCC, en adelante) de otros Estados miembros ya estén utilizando el reenvío prejudicial sin que ello haya sido interpretado como reconocimiento de una relación jerárquica entre ellos y el TJCE.

⁶ González Campos se refirió, en este sentido, a un «distanciamiento» deliberado del TC respecto al Derecho comunitario (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales», en: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ALONSO GARCÍA, R., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 493-507, en p. 500).

⁷ DTC 1/1992, de 1 de julio.

⁸ Se trata de los arts. I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (DTC 1/2004, de 13 de diciembre).

destacaremos aquí sólo dos extremos. El primero, la diferenciación entre primacía del Derecho comunitario y supremacía constitucional efectuada por el TC que evidenció, de nuevo, su voluntad de establecer una delimitación del ámbito de actuación de cada uno de estos ordenamientos jurídicos⁹. En segundo lugar, el establecimiento de límites al Derecho comunitario, en consonancia con lo que han hecho otras jurisdicciones constitucionales, en aquellos casos en que se produzca una contradicción con los principios constitucionales básicos y, en particular, con los derechos fundamentales (conocidos doctrinalmente como «contra-límites»).

En el pasado, ha sido precisamente el ámbito de los derechos fundamentales el que ha permitido que el TC entreabriese la puerta al Derecho comunitario, aunque de forma débil, en la medida en que ha quedado, también aquí, relegado a un papel meramente interpretativo de normas constitucionales. La vía utilizada ha sido, como es conocido, el artículo 10.2 CE¹⁰.

A pesar de esta trayectoria, cabe señalar la flexibilidad con la que el TC ha aplicado su propia doctrina respecto al papel que debe jugar el Derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional¹¹, e incluso la existencia de casos de flagrante contradicción entre lo que dice en teoría y práctica¹². Además, la jurisprudencia del TC también ha evolucionado en

⁹ Aunque tampoco ha resuelto los problemas de articulación jurídica que se plantean entre ambos. En este sentido, los Profesores Roldán Barbero y Díez Peralta consideran que: «es desde luego plausible la teoría de las competencias, esgrimida por el TC, para justificar la primacía del Derecho comunitario en el ámbito de actuación que le ha sido transferido por los Estados miembros. Sin embargo, sería cándido pensar en una delimitación escrupulosa de los dominios retenidos por el Estado y cedidos a la Unión» (*loc. cit.*, en p. 104).

¹⁰ La Prof.^a Andrés Sáenz de Santa María ha señalado la insuficiencia de este enfoque —que atribuye al Derecho comunitario relativo a los derechos fundamentales la condición de mero canon hermenéutico o contexto normativo de interpretación por la vía del art. 10.2 CE—, afirmando que: «En definitiva, es el art. 93 y no el 10.2 CE la base jurídica más relevante para la aplicación directa de las normas y jurisprudencia comunitaria relativas a los derechos fundamentales, al igual que lo es el art. 96 para los tratados internacionales en materia de derechos humanos», ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «En pos de la relevancia constitucional del Derecho comunitario (una visión desde la labor de un magistrado)», en *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea, Editer Publicaciones, Madrid, 2005, pp. 863-895, en p. 870.

¹¹ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *ibídem*, en p. 873.

¹² MANGAS MARTÍN, A., «Quelques réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle espagnole et le droit communautaire», en AA.VV.: *Mélanges en hommage a Jean-Victor Louis*, vol. I, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 277-286, en p. 284.

la línea de otorgar cada vez mayor relevancia al Derecho comunitario. Así, lo demuestran sus afirmaciones acerca de la función que cumple el artículo 93 CE, que ha pasado de ser considerado por el propio TC de una disposición de índole meramente orgánico-procedimental¹³, a tener reconocida una dimensión sustantiva o material¹⁴, tal como se había sugerido por la doctrina¹⁵. También cabe hablar de un giro jurisprudencial importante en los últimos años en lo que atañe a su determinación de ejercer un control judicial sobre determinadas decisiones de los jueces nacionales de última instancia de no plantear cuestiones prejudiciales, que arrancó con la STC 58/2004, estudiada en un trabajo anterior¹⁶.

Por lo tanto, el objeto de este estudio será analizar la incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia del TC durante el período comprendido entre 2006 y 2008, para determinar si dicha jurisprudencia se atiene a las pautas señaladas, o si ha reflejado de alguna forma los cambios que sufría este Derecho como consecuencia del fracaso del Tratado Constitucional. Para llevar a cabo dicha tarea, hemos utilizado como referente la estructura analítica seguida en anteriores trabajos, si bien hemos añadido un tratamiento singularizado a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la cooperación policial y judicial penal (CPJP, en adelante) de la UE dada la envergadura que dicha materia está adquiriendo.

¹³ Así, en la Declaración 1/92, anteriormente citada.

¹⁴ Así, en la Declaración 1/2004, anteriormente citada (véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: Un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución Española», *RGDE*, 2005, n.º 6).

¹⁵ MANGAS MARTÍN, A., «La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario», *RIE (RDCE)*, 1991, n.º 18, pp. 587-623, en p. 599; MANGAS MARTÍN, A., «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992-2, pp. 381-393, en p. 392; «Quelques réflexions...», *loc. cit.*, 2003, en p. 280.

¹⁶ ROLDÁN BARBERO, J. DÍEZ PERALTA, E., *RDCE, loc. cit.*, pp. 113-115.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Hasta la fecha, en la jurisprudencia constitucional española no hay ningún caso en el que el TC haya decidido plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE, un mecanismo procesal básico en el Derecho comunitario que permite poner en contacto a los tribunales internos con el TJCE, garantizando la uniformidad en su interpretación y aplicación¹⁷. Esta posición, criticada por la doctrina¹⁸, contrasta con la actitud más abierta que han mostrado otros TTCC, que, o bien la han planteado —como el Tribunal de Arbitraje belga¹⁹, el TC del Land alemán de Hesse, la Cámara de los Lores británica²⁰, el

¹⁷ Dicho mecanismo ha sido considerado por González Campos como el único eslabón del TCE donde se plasma la articulación de relaciones entre el TJCE y las jurisdicciones nacionales (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales», en: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ALONSO GARCÍA, R., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 493-507, en p. 498).

¹⁸ Martínez Sierra ha tachado la actitud del TC, a este respecto de «fundamentalismo constitucional» (MARTÍNEZ SIERRA, J. M., *La recepción constitucional del Derecho comunitario*, Ed. Tirant lo Blanch-Comunidad de Madrid, Valencia, 2007, en p. 124). Por su parte, Rodríguez Iglesias ha señalado que: «los Tribunales Constitucionales deben ser calificados como órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 177 del Tratado CE y, por consiguiente, estarían sometidos a la obligación de plantear cuestión prejudicial si se diese ante ellos el supuesto contemplado en dicho artículo. En efecto, la especificidad de la función de los Tribunales Constitucionales no justifica su exclusión del ámbito de dicho precepto» (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La dimensión constitucional del Derecho comunitario europeo», discurso leído en el acto de su recepción pública en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998, en p. 32).

¹⁹ En el período de referencia, podemos citar las sentencias n.º 51/2006, de 19 de abril; n.º 12/2008, de 14 de febrero; y n.º 131/2008, de 1 de septiembre (disponibles en: <http://www.arbitrage.be>).

²⁰ La House of Lords británica ha planteado varias cuestiones prejudiciales durante el ciclo analizado. Se trata de los siguientes asuntos: Marks & Spencer plc/Her Majesty's Commissioners of Customs and Excise (C-309/06, *DOUE* C 261, de 28.10.2006, p. 10); Stringer y otros/Her Majesty's Revenue Customs (C-520/06, *DOUE* C 56, de 10.3.2007, p. 19); Riunione Adriatica Di Sicurtà SpA (RAS)/West Tankers (C-185/07, *DOUE* C 155, de 7.7.2007, p. 9); Aventis Pasteur SA/Master Decian O'Byrne (C-358/08, *DOUE* C 260/11, de 11.10.2008).

TC austriaco, y los TTCC lituano²¹ e italiano—, o la han admitido como posibilidad, como los TTCC polaco, portugués y checo²². Precisamente, durante el periodo analizado en este trabajo, se ha producido un cambio muy importante en lo que atañe al TC italiano puesto que, de declararse incompetente para plantear cuestiones prejudiciales al TJCE²³, ha planteado una, por primera vez en su historia, el pasado 21 de abril de 2008²⁴. También es preciso destacar la primera cuestión prejudicial planteada sobre la base del artículo 35 TUE por el Tribunal de Arbitraje belga²⁵ (rebautizado como Tribunal Constitucional)²⁶, en relación con la orden de detención europea, a la que nos referiremos en el apartado IV de este estudio.

En lo que concierne a los tribunales ordinarios (más proclives, por otra parte, a su utilización²⁷), se ha planteado si el TC puede ejercer sobre la eventual decisión de éstos de no plantear una cuestión prejudicial alguna

²¹ El TC lituano ha planteado una cuestión prejudicial durante el periodo examinado en este estudio: Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Respublikos Konstitucijos Teismas (República de Lituania) el 14 de mayo de 2007 – Julios Sabatauskas y otros/Lietuvos Respublikos Seima (C-239/07, *DOUE* C 170, de 21.7.2007).

²² El TC checo, en su sentencia de 8 de marzo de 2006, no ha descartado la posibilidad de plantearlas en el futuro. Sobre esta cuestión pueden verse los siguientes artículos: ALONSO GARCÍA, R., «Los Tribunales constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario», *Foro, Nueva Época*, núm. 2/2005, pp. 153-176, en p. 168; CARTABIA, M., «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo (REDE en adelante)*, n.º 22, 2007, pp. 199-236, en p. 218; PÉREZ TREMP, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *REDE*, n.º 29, 2009, pp. 19-48, en p. 47; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *RDCE*, 1997, n.º 2, pp. 329-376, en p. 360.

²³ Ordenanza 536/1995, de 15 de julio de 1995 (www.cortecostituzionale.it).

²⁴ Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Costituzionale (Italia) el 21 de abril de 2008 – Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione autonoma della Sardegna, asunto C-169/08 (*DOUE* C 171, de 5.7.2008, p. 24).

²⁵ Sentencia n.º 124/2005 de 13 de julio, recurso de anulación total o parcial de la Ley de 19 de diciembre de 2003 relativa a la orden europea de entrega presentada por la A.S.B.L. «Advocaten voor de Wereld».

²⁶ El 7 de mayo de 2007 la denominación del Tribunal de Arbitraje (Cour d'arbitrage) ha sido modificada, siendo a partir de ese momento sustituida por Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle), lo que ha supuesto la modificación de la Constitución belga en su art. 142, primera línea (*Revisión de la Constitución de 07.05.07, M.B., 08.08.07*).

²⁷ Véase, al respecto, DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., MUÑOZ RODRÍGUEZ, C., *RDCE loc. cit.*, 2009, pp. 184-205.

forma de control, y a través de qué vía. También en este supuesto el TC ha venido mostrando una actitud claramente restrictiva²⁸, a diferencia de la de otros TTCC²⁹, que, finalmente, cambió con la STC 58/2004, de 19 de abril, en el asunto *tasa fiscal sobre el juego*. En esta sentencia, el TC admitió, por primera vez, un recurso de amparo basado en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE por la negativa de un juez interno a plantear una cuestión prejudicial prevista en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE, en adelante)³⁰. El juez interno cuya resolución se recurría había decidido inaplicar dos leyes internas —una estatal y otra autonómica— sobre la base de la incompatibilidad de la primera con una Directiva comunitaria, existiendo jurisprudencia tanto interna como comunitaria que declaraban dicha legislación conforme al Derecho comunitario. Ese pronunciamiento demostró que el TC estaba dispuesto a controlar la decisión de un juez ordinario de última instancia de no plantear una cuestión prejudicial a través de la vía del recurso de amparo basado en una posible violación del artículo 24.1 CE, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, y del artículo 24.2 CE, que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías.

²⁸ Concretamente, en la STC 180/1993, de 31 de mayo (FOGASA), el TC afirmó que el art. 177 del Tratado CEE pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye, por sí mismo, canon de constitucionalidad (FJ 2). En otra sentencia posterior, el TC afirma expresamente que «el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevisable al órgano jurisdiccional» (STC 111/1993, de 25 de marzo). Sobre dicha jurisprudencia del TC véase FRAILE ORTIZ, M., «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *REDE*, n.º 7, 2004, pp. 433-466, en p. 452 ss.

²⁹ En la jurisprudencia Solange II y Kloppenburg el TC alemán consideró al TJCE, en la esfera de sus competencias, como «juez legal» predeterminado por la ley; por consiguiente, «la violación arbitraria por parte de un Tribunal alemán que decide en última instancia de su obligación de plantear cuestión prejudicial en virtud del artículo 177, párrafo 3 del Tratado CE constituye una vulneración del derecho fundamental al «juez legal» susceptible de amparo constitucional» (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., VALLE GÁLVEZ, A., *RDCE loc. cit.*, en pp. 358-359). Véase también, al respecto, 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», *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)* en adelante), 1990, n.º 29, pp. 193-222, en pp. 200 ss.. También el TC austriaco se ha pronunciado en un sentido similar (véase MARTÍNEZ SIERRA, *op. cit.*, en p. 103).

³⁰ El control efectuado por los TTCC sobre las decisiones negativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales constituye, según Martinico, una técnica de «diálogo oculto» (*hidden dialogue*) entre los Tribunales Constitucionales y el TJCE. Véase: MARTINICO, G., «A Matter of Coherence in the Multilevel Legal System: Are the «Lions» Still «Under the Throne?»», *Jean Monnet Working Paper*, n.º 16/08, New York University School of Law.

Ahora bien, ello no supone que toda decisión de no plantear una cuestión prejudicial conlleve, para el TC, la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 CE. Hay que recordar que tampoco el TJCE exige de los tribunales internos de última instancia el planteamiento de cuestiones prejudiciales en todo caso, ya que pueden no hacerlo en aquellos supuestos en que «exista jurisprudencia en la materia o cuando la manera correcta de aplicar la norma comunitaria sea de todo punto evidente»³¹, en lo que se conoce como «doctrina del acto claro»³². En la STC 58/2004, el TC llegó incluso a controlar el margen de apreciación que tiene, al respecto, el juez interno, estableciendo criterios objetivos en su determinación de la existencia (o no) de duda suficiente como para generar la obligación de utilizar el reenvío prejudicial. Se trató de una «nueva orientación jurisprudencial», como señalaron acertadamente los Profesores Roldán Barbero y Díez Peralta³³, que supuso el abandono de su jurisprudencia previa en virtud de la cual la decisión de plantear o no una cuestión prejudicial correspondía, de forma exclusiva, al órgano judicial³⁴.

Pues bien, en el ciclo analizado, encontramos un nuevo caso donde el TC admite un recurso de amparo en un asunto en el que el Tribunal Supe-

³¹ TJCE, *Nota interpretativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*.

³² Sentencia de 6 de octubre de 1982, Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA/Ministry of Health (C-283/81, *Rec.* p. 3415).

³³ *Loc. cit.*, en p. 113. MARTÍN RODRÍGUEZ se llegó a preguntar si, tras esta sentencia, «sigue siendo válida en su totalidad la afirmación que lo excluye por completo del canon de constitucionalidad» (MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «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*, 2004, n.º 72, pp. 315-346, en p. 325). En esta línea, Ugartemendía ha afirmado que la STC 58/2004 «si bien no concede el amparo frente a una directa transgresión del Derecho comunitario, (...), sí que alcanza, no obstante, a reconocer que la (in)aplicación o (in)cumplimiento del Derecho comunitario, en este caso de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (art. 234 TCE), puede repercutir en la existencia de una vulneración de un derecho fundamental susceptible de protección en amparo, es decir, a «reconocer» que el Derecho comunitario puede tener «relevancia constitucional» (UGARTEMENDIA ECEIBARRENA, J. I., «El «recurso» a la prejudicial (234 TCE) como «cuestión» de amparo», *REDE*, 2004, n.º 11, pp. 441-474, en p. 442).

³⁴ Un giro jurisprudencial del TC importante que ha podido tener también, en palabras de Pérez Tremps, otro efecto: «evitar, al menos en casos muy extremos, que el Estado incurra en responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho comunitario según la doctrina sentada en las SSTJCE asunto *Köbler* (C 224/01) de 30-9-2003 y asunto *Traghetti del Mediterraneo* (C 173/03), de 13-6-2006» (PÉREZ TREMP, P., *loc. cit.*, en p. 46).

rior de Justicia (TSJ, en adelante) de Canarias inaplica una ley interna, por considerarla contraria al Derecho comunitario, sin plantear previamente cuestión prejudicial de Derecho comunitario europeo; se trata de la STC 194/2006, de 19 de junio. En ella, como decimos, el TC admite el recurso por violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) promovido por el Gobierno de Canarias contra una sentencia del TSJ de Canarias que había estimado el recurso contencioso-administrativo planteado por el Real Club Náutico de Gran Canaria, devolviéndole los pagos que había efectuado por la prestación de servicios relacionados con el deporte. El órgano judicial canario había tomado en consideración, en la resolución del caso, una sentencia del TJCE que declaró contrario al Derecho comunitario un precepto de la Ley reguladora del IVA literalmente idéntico al contenido de la Ley reguladora del impuesto general indirecto canario que, por esta supuesta analogía con un precepto declarado por el TJCE contrario al Derecho comunitario, decide inaplicar.

El Gobierno de Canarias, recurrente en amparo, alegó que la Sentencia impugnada incurría en exceso de jurisdicción y vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva³⁵. Por lo tanto, lo que se le estaba pidiendo al TC es que enjuiciase la decisión del juez interno de inaplicar una ley por su similitud con otra ley que había sido declarada por el TJCE contraria al Derecho comunitario. El TC da la razón al recurrente al entender que el TSJ canario no podía dejar de aplicar una disposición legal vigente no afectada por la declaración del TJCE «sin plantear, o bien una cuestión de inconstitucionalidad, si entendía contraria al principio de igualdad la diferencia de trato que respecto de la aplicación del impuesto general indirecto canario y el IVA había ocasionado la anulación de los límites a la exención en el ámbito del último de los indicados tributos, o bien cuestión prejudicial, si estimaba que la regulación establecida en el impuesto general indirecto canario sobre el extremo que a los efectos del caso interesan era contraria al Derecho comunitario» (FJ 4).

El TC alude a la doctrina sentada en la STC 58/2004 (FJ 14) según la cual la preterición del sistema de fuentes sobre el control de normas implica la vulneración del derecho al proceso debido y genera auténtica

³⁵ Ya que el órgano judicial no se había ajustado al sistema de fuentes vigente «al dejar de aplicar una norma con rango de ley por oposición al Derecho comunitario, concretamente la Sexta Directiva sobre armonización fiscal, con fundamento en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había declarado que un precepto similar existente en la Ley reguladora del IVA se oponía a la indicada Directiva» (FJ 2).

indefensión, para acabar concluyendo que, al aplicar, en la resolución del caso, una ley distinta a la declarada contraria al Derecho comunitario por el TJCE, dejando inaplicada la Ley 20/1991 reguladora del impuesto general indirecto canario, el TSJ Canario vulneró el sistema de fuentes relativo al control de normas. Para el Alto Tribunal resulta patente que una sentencia del TJCE que declara la incompatibilidad entre la normativa nacional y una Directiva comunitaria no puede justificar la inaplicación de una Ley en un territorio, como el de Canarias, en el cual la Directiva, además, no despliega sus efectos. Según el TC, estamos en presencia de una Ley distinta a la declarada contraria al Derecho comunitario por el TJCE, aunque su contenido material sea idéntico³⁶. Por lo tanto, es constitucionalmente relevante la decisión del juez interno de no plantear una cuestión prejudicial³⁷.

En definitiva, la decisión del juez interno de última instancia respecto al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE ha dejado de ser una decisión de abierta discrecionalidad para pasar a ser una decisión en la que el juez interno sólo dispone de un margen de apreciación que puede ser controlado tanto por el TJCE³⁸, como por el TC. En este sentido, el

³⁶ «La constatación de que el legislador ha establecido una regulación homogénea de la misma exención en ambos tributos (IVA e impuesto general indirecto canario) no autoriza al órgano judicial para dejar de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el Ordenamiento jurídico arbitra para el control de su acomodación a la Constitución o al Derecho comunitario» (FJ 5).

³⁷ En palabras del TC: «La relevancia constitucional del tema apuntado reside en que conforme a la doctrina establecida en la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 14, la preterición del sistema de fuentes sobre el control de normas implica la vulneración del Derecho al proceso debido y genera auténtica indefensión». Si bien, entroncando con su jurisprudencia previa, el TC vuelve a recordar que no le corresponde «resolver si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquella en beneficio de ésta, sino, única y exclusivamente, si el Juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías».

³⁸ Podría llevarse a cabo a través de un recurso de incumplimiento (sentencia del TJCE de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia, C-129/00, *Rec.*, p. I-14637) o a través de una acción indemnizatoria (sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, Gerhard Köbler/República de Austria, petición de decisión prejudicial, C-224/01, *Rec.* p. I-10239; y sentencia del TJCE de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA/República Italiana, petición de decisión prejudicial, C-173/03, p. I-5177). Véase, al respecto, ALONSO GARCÍA, R., «El juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado Constitucional», en, CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMP, P. (dirs.), *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 639-692, en pp. 684-686.

TC continúa mostrando no sólo distanciamiento sino ruptura respecto a su jurisprudencia previa a la STC 58/2004.

Hay un párrafo en la STC 194/2006 que indica con claridad la razón por la que el TC decide controlar la negativa de un juez interno a la utilización del reenvío prejudicial. Es aquél en que el TC afirma que «el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad (artículo 103 CE) y de los Tribunales (artículo 117.1 CE). Es más, en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática»³⁹. Derivamos del razonamiento seguido por el TC que el fundamento del control que ha decidido ejercer sobre la decisión del juez interno (de no plantear la cuestión prejudicial) se encuentra en la obligación de éste de decidir de conformidad con el sistema de fuentes establecido y no, como lo ha hecho el TC Federal alemán, en la privación del derecho al Juez legal. También consideramos que el hecho de que el TC dé opción al juez interno entre el planteamiento de la cuestión prejudicial o la cuestión de inconstitucionalidad podría situar al TC español en el futuro en una situación incómoda, similar a la que, en su día, tuvo el TC italiano, que también permitió la utilización —incluso simultánea— de ambas vías procesales, una situación a la que puso freno el TJCE en su importante sentencia *Simmenthal*⁴⁰. Por ello consideramos que hubiera sido preferible bien que el TC hubiese utilizado la argumentación del TC Fede-

³⁹ Según González Campos: «es constitucionalmente relevante determinar, de un lado, si la omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial ha tenido o no una incidencia decisiva en el proceso y, de este modo, si la selección de la norma aplicable al caso es una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurso en un error patente. Y, de otro lado, si tal omisión ha podido afectar a los derechos de las partes, ya que éstas no pueden sufrir indefensión en la protección judicial de sus derechos por la inactividad del órgano judicial» (*op. cit.*, en p. 506).

⁴⁰ El TJCE declaró que: «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, C 106/77, *Rec.*, p. 629).

ral alemán a este respecto o bien, de no hacerlo, al menos hubiese dado preferencia cronológica al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE respecto al de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC cuando está en juego la aplicación del Derecho comunitario⁴¹.

2. LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos humanos tienen una gran relevancia tanto en el ámbito internacional, como en los ámbitos comunitario e interno, constituyendo, por ello, un terreno especialmente propicio a la convergencia —y a la divergencia— entre jurisdicciones. Como consecuencia, se trata también de un espacio propicio a interferencias, suspicacias y recelos, un caldo de cultivo idóneo para la aparición de superposiciones entre los diferentes regímenes de tutela de tales derechos, susceptible de ocasionar fricciones y, finalmente, conflictos⁴². De hecho, como señala el Profesor Rodríguez Iglesias, ningún TC ha abrazado expresamente la concepción de la primacía del TJCE, estableciendo algunos de ellos límites constitucionales a la doctrina sobre la eficacia del Derecho comunitario sentada por el TJCE, precisamente, cuando éstos entiendan que han quedado vulnerados tales derechos⁴³.

⁴¹ Véase, sobre este particular, ALONSO GARCÍA, R., *loc. cit.*, 2005, en p. 156 y 165.

⁴² La existencia de este posible foco de tensión no es exclusivo de la relación entre la jurisdicción comunitaria y los TTCC. También en el plano interno, la coexistencia de jurisdicciones que comparten la función de proteger los derechos fundamentales ha dado lugar a disfunciones, así, especialmente, en el caso español, en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (véase ALONSO IBÁÑEZ, M. R., «Extensión y límites del control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones judiciales que afecten a derechos fundamentales», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril 2007, pp. 189-224, en pp. 192-193).

⁴³ Ha sido así el caso de la *Corte Costituzionale* italiana en sus sentencias Frontini (1973), Granital (1984) y Fragd (1989); del Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias Solange I (1974), II (1986) y Bananas (2000); del Tribunal supremo danés en su sentencia Maastricht (1998); del TC español en su declaración 1/2004 como indicábamos al comienzo de este trabajo; del Consejo Constitucional francés en Decisión de 19.11.2004, del TC polaco en su sentencia sobre el Tratado de adhesión (2005), y del TC checo en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa (2008). Rodríguez Iglesias ha analizado pormenorizadamente la evolución de dicha jurisprudencia constitucional: RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., WÖLKER, U., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad. La Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *RIE (RDCE)*, 1987-3, pp. 667-685; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Tribunales Constitucio-

Si ello no ha ocurrido, se debe a que «por la vía de los principios generales del derecho comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, el Derecho comunitario integra los fundamentos esenciales de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, que, como Estados democráticos de Derecho, comparten valores comunes»⁴⁴. En definitiva, el reconocimiento de que la protección de los derechos fundamentales por el TJCE es sustancialmente equivalente a la que se otorga en el ámbito interno ha sido esencial para desactivar un potencial conflicto entre la jurisdicción comunitaria y los Tribunales constitucionales⁴⁵.

nales y Derecho Comunitario», en: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1175-1200, en p. 1191; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *RDCE loc. cit.*, en p. 363; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d'autres ordres juridiques», en: *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. I, Bruxelles, 2003, pp. 389-407, en p. 394. Sobre la sentencia del TC checo véase NEMECKOVA, P., «La Sentencia del Tribunal Constitucional checo del 21.11.2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa», *RDCE*, n.º 32, pp. 239-258, en pp. 244-245. En relación con la sentencia mencionada del TC polaco véase SKRZYPEC, N., «Le Tribunal Constitutionnel polonais et le Droit Communautaire», *Cahiers de Droit Européen*, 1-2, 2007, pp. 179-212.

⁴⁴ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., LÓPEZ ESCUDERO, M., «El Derecho comunitario europeo», capítulo XXIX de la obra *Las organizaciones internacionales*, M. DÍEZ DE VELASCO, 15 ed., Tecnos, Madrid, 2008, pp. 678 y ss., en p. 695.

⁴⁵ Este fue precisamente el argumento central de la importante sentencia Solange II (1986) del Tribunal Constitucional Federal alemán (véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., WÖLKER, *RDCE, loc. cit.*, en p. 675; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario», *op. cit.*, en p. 1192). En palabras de Pérez Tremps, «el reconocimiento del principio de equivalencia en la protección de los derechos fundamentales se ha extendido a otros muchos países comunitarios a través de sus jurisdicciones constitucionales. Es el caso, entre otros, de España (STC 64/1991, de 22-3 —APESCO—), de Italia (SSCI 113/1985 ó 389/1989, por ejemplo), o el más reciente, de Francia (Decisión del Consejo de Estado *Arcelor-2007*) y de la República checa (STCC *Tratado de Lisboa* —2008—). Esa misma idea de la equivalencia ha sido destacada también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su STEDH *Bosphorus c. Irlanda*, de 30-6-2002-, que considera, asimismo, que debe alcanzar «a las garantías sustanciales ofrecidas y a los mecanismos previstos para su control» (párr. 155)» (véase PÉREZ TREMP, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *REDE*, 2009, n.º 29, pp. 19-48, en p. 36). Según el Consejo de Estado español, de la sentencia *Bosphorus* del TEDH se extrae que: «los actos de los Estados miembros de la Unión Europea dictados en ejecución de obligaciones comunitarias se presumen —salvo prueba en contrario— conformes al Convenio Europeo, dado que las garantías sustantivas y los controles procesales ofrecen una protección «equivalente» a la del mencionado Convenio» (CONSEJO DE

Hablamos de un nivel de protección similar que se ha logrado pese a que los mecanismos de protección difieren de una forma sustancial en uno y otro caso. Así, siguiendo al Profesor Liñán Nogueras, mientras que en el ámbito interno cabe hablar de la existencia de un verdadero sistema de garantía de los derechos fundamentales, en el ámbito comunitario el modelo de protección de los derechos fundamentales se caracteriza precisamente por la ausencia de sistema⁴⁶. De hecho, su configuración ha tenido básicamente un soporte jurisprudencial si bien en los últimos tiempos se está llevando a cabo una nueva aproximación de carácter normativo⁴⁷. No queremos, con ello, minusvalorar la función que ha ejercido la jurisdicción comunitaria en este ámbito, que ha sido fundamental, pero sí destacar que existen diferencias esenciales entre ambos modelos de protección, y que tales diferencias son la plasmación jurídica de otras diferencias más profundas, que tienen que ver con las estructuras políticas de referencia. Esas diferencias se proyectan lógicamente en el nivel de las garantías de los derechos, de lo que es exponente que el sistema jurisdiccional comunitario carezca de un mecanismo de tutela judicial reforzada de los derechos fundamentales equivalente al recurso de amparo constitucional⁴⁸, o de alguna disposición que, en el plano hermenéutico, pueda equipararse al artículo 10.2 CE.

ESTADO, *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, en p. 243).

⁴⁶ Véase LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «Derechos Humanos y Unión Europea», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV, 2000, pp. 371-420.

⁴⁷ Según Sarmiento: «Cuando el Tribunal de Justicia opta por dar carta de naturaleza a los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, lo hace con el fin de evitar un control de constitucionalidad nacional de los actos comunitarios a cargo del Tribunal Constitucional alemán». Por lo tanto, como indica este autor, «tras la creación judicial existe una evidente tensión institucional entre Tribunales, una necesidad por reafirmar un cierto orden de cosas y afianzar una posición jerárquicamente relevante en el escenario jurisdiccional europeo» (SARMIENTO, D., «Los derechos fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa», en: *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Fernández Liesa, C. R., Díaz Barrado, C. (dirs.), Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 133-155, en p. 134).

⁴⁸ En 2007, y entre otros motivos, para hacer frente a la utilización creciente del recurso de amparo, la LOTC ha sido objeto de una importante reforma, introduciendo una nueva regulación del acceso al amparo constitucional que exige que la demanda justifique la especial trascendencia constitucional del caso (art. 49.1) e incluye un nuevo trámite de admisión del recurso (art. 50). Así, sólo se admitirá el recurso cuando concurren una serie de requisitos establecidos en el art. 50 entre los que figura: «Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte el Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpreta-

Además, en lo que atañe al Derecho comunitario, el modelo de protección de los derechos fundamentales está en permanente proceso de cambio, lo que hace que el terreno jurídico al que nos referimos tenga la dificultad añadida de ser un terreno movedizo⁴⁹. En el marco de este proceso, la adopción de la Carta de derechos fundamentales de la UE (CDFUE, en adelante), constituyó un paso de enorme importancia política si bien el documento, solemnemente proclamado en Niza el 7 de diciembre de 2000 nació, como es sabido, con el déficit fundamental de carecer de fuerza vinculante. El fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, abordaría precisamente esta

ción de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). En palabras de Alonso Ibáñez, se trata de «una innovación legislativa, que se aproxima bastante a la regulación del acceso al amparo del Tribunal Constitucional Federal alemán»; de una modificación que, no obstante, genera una lógica prevención, pues «no puede ser la llave de salida si con ella se rebaja el nivel de garantías constitucionales de la tutela judicial en los términos que ha dejado establecidos la doctrina constitucional» (ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *loc. cit.*, en p. 211). Véase también una visión crítica de este aspecto de la reforma, especialmente en lo que atañe a las posibles consecuencias negativas derivadas de la ausencia de motivación de las providencias de inadmisión de las demandas de amparo por parte del TC en: GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «La reforma del Tribunal Constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 75-111, en pp. 106-107).

⁴⁹ Como decimos, la protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario comenzó siendo jurisprudencial y sólo a partir de la adopción del Tratado de la Unión Europea (TUE, en adelante) adquirió un soporte normativo. Ha sido el TJCE el que, desde finales de los años 60, comenzó a proteger derechos fundamentales que estaban relacionados, al menos inicialmente, con la función económica que ejercían las Comunidades Europeas. Los parámetros de protección establecidos por el TJCE fueron ampliándose progresivamente siendo finalmente incorporados al entonces art. F. 2 TUE (equivalente al actual art. 6. 3 TUE tras el Tratado de Lisboa). Además, el Tratado de Maastricht incorporó nueva categoría de derechos relativos a la ciudadanía de la UE, matizó las competencias de control del TJCE en los nuevos pilares de la PESC y CPJP y, en lo que atañe a la acción exterior de la UE, incluyó cláusulas de condicionalidad democrática y derechos humanos que abordaban la promoción y defensa de los derechos humanos por parte de terceros países. Por su parte, el Tratado de Ámsterdam afirmó el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como un valor esencial de la UE (art. 6. 1 TUE, reformulado en el nuevo art. 2 del TUE tras el Tratado de Lisboa), articuló un mecanismo sancionador para aquellos países miembros que vulnerasen dichos derechos fundamentales de forma grave y persistente (art. 7 TUE), e incluyó el respeto de los derechos fundamentales como requisito para solicitar el ingreso como miembro de la UE (art. 49 TUE).

cuestión al insertar la Carta como Parte II, otorgándole así carácter obligatorio, e incorporaría, además, la competencia de la UE para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante). Finalmente, el Tratado de Lisboa, que acaba de entrar en vigor el 1 de diciembre de 2009, pese a haberla excluido del texto de los Tratados, le ha otorgado su «mismo valor jurídico» (artículo 6. 1 TUE)⁵⁰, esto es, fuerza obligatoria, aunque: a) Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados; b) Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta (que limitan su ámbito de aplicación al Derecho de la Unión Europea); y c) La Carta no tendrá carácter jurídicamente vinculante para Reino Unido y Polonia de conformidad con la regulación contenida en el Protocolo n.º 30 sobre la aplicación de la CDFUE a estos dos países. Por lo tanto, aunque el Tratado de Lisboa permita considerar a la CDFUE como un tratado internacional incorporado al Derecho comunitario por vía de referencia (o que supone la aceptación de obligaciones por referencia)⁵¹, está sometido a una determinada interpretación y a las *reservas* que constituyen, en definitiva, el Protocolo relativo al Reino Unido y Polonia⁵² y el que recientemente ha

⁵⁰ En palabras de I. Pernice: «The Mandate and Lisbon have expressly abandoned the «constitutional concept» as well as all references to the word «Constitution» and related symbolism of the Constitutional Treaty. But in retaining a reference to the Charter of Fundamental Rights as a legally binding instrument for the European institutions and policies, the Treaty of Lisbon confirms and makes visible the real status and normativity of the European Primary Law, as qualified by the case-law of the ECJ» (PERNICE, I., «The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights», en, GRILLER, S., ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer-VerlagWien, Austria, 2008, pp. 235-256, en p. 252).

⁵¹ Véase LIÑÁN NOGUERAS, D. J., MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», en: *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. II, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 1053-1076, en p. 1072.

⁵² Véase FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», en: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional* (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional —AEPDIRI— celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007), Iustel, Madrid, 2008, pp. 120-149, en p. 123. Sobre el valor jurídico actual de la CDFUE véase igualmente: MANERO SALVADOR, A., «El valor jurídico de la Carta de derechos fundamentales: de Niza a Lisboa», en, FER-

obtenido la República Checa⁵³. Durante el período examinado en este trabajo, previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la CDFUE puede ser considerada como un documento que, pese a su indudable peso político⁵⁴, y al apoyo que ha recibido por parte tanto de instituciones comunitarias⁵⁵ como internas⁵⁶, carece de fuerza obligatoria, pudiendo ser considerada jurídicamente como un acto atípico o acuerdo no normativo⁵⁷.

NÁNDEZ LIESA, C. R., DÍAZ BARRADO, C. (Dirs.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 113-132, en p. 120); ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *RDCE*, 2003, n.º 16, pp. 943-991, en pp. 947-952.

⁵³ El Consejo Europeo de los días 29 y 30 de octubre de 2009 ha acordado que, en el momento de la celebración del próximo Tratado de Adhesión y de conformidad con sus respectivos requisitos constitucionales, anexarán el Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a la República Checa al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*Doc. 15265/09*, de 30 de octubre).

⁵⁴ Según Alonso García: «la autoridad que confiere a la Carta el método por el que fue elaborada y su posterior difusión y proclamación por las Instituciones (...), han hecho de la misma un instrumento al que acompaña un destacado clima de legitimidad política y jurídica, con una fuerte vocación de eficacia en términos «persuasivos» traducida en su consideración como fuente privilegiada de inspiración de decisiones de altos órganos jurisdiccionales y de destacados avances legislativos» (ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, en p. 254).

⁵⁵ Sobre la utilización de la CDFUE por el TJCE destaca, en particular, la sentencia del TJCE, de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, en la que el alto Tribunal otorgó a la Carta efectos hermenéuticos (asunto C-540/03, *Rec.*, p. I-5809). Posteriormente, la Carta ha sido tenida en cuenta en la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, *Rec.* p. I-2271) y en la sentencia de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad (C-303/05, *Rec.* p. I-3633). No obstante, en el reciente Auto de 16 de enero de 2008, Polier/Najar EURL, el TJCE se declaró incompetente para responder a una cuestión prejudicial que solicitaba la interpretación de la Carta (Auto de 16 de enero de 2008, Polier/ Najar, C-361/07, *Rec.* p. I-6).

⁵⁶ Sobre la utilización de la CDFUE en la jurisprudencia española, véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *loc. cit.*, 2008; CARMONA RUANO, M., «Aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea por la jurisprudencia española», ponencia presentada en el Seminario sobre la aplicación jurisprudencial de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea celebrado en Sevilla el 3.11.2006 (www.juecesdemocracia.es). Sobre la utilización de la CDFUE en la legislación española véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa», en: *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 271-337, en pp. 316-319.

⁵⁷ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la práctica española», *Revista de Derecho de la Unión*

La jurisprudencia constitucional en el ciclo analizado refleja esta situación cambiante, pareciendo verse obligada a adaptarse a las transformaciones que experimentaba el Derecho comunitario en esta materia⁵⁸. Analizaremos

Europea, 2008, n.º 15, pp. 233-255, en p. 234. Mangas Martín califica la CDFUE, en tanto no entre en vigor el Tratado de Lisboa, como un «*acuerdo no normativo* de innegables efectos jurídicos que en materia de derechos fundamentales revela los valores compartidos por todos los Estados miembros y la ciudadanía de la Unión» (véase MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, en p. 75).

⁵⁸ Se trata de una dinámica que parece retroalimentarse, puesto que también el TJCE está obligado a respetar los derechos fundamentales «tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» (art. 6. 2 TUE, reformulado en el art. 6. 3 tras el Tratado de Lisboa). En este sentido, el propio TJCE ha afianzado su papel de garante de los fundamentales en asuntos complejos cuya temática es el control judicial de decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el marco de la lucha frente al terrorismo internacional, y en los que está en juego la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional. Especialmente relevante, en este sentido, es la sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat (C-402/05 P y C-415/05, *Rec. I-6351*) en la que el TJCE anula un Reglamento comunitario que implementaba una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (que establecían sanciones contra determinados individuos pertenecientes o asociados a la red terrorista Al-Qaeda) por haber vulnerado determinados derechos fundamentales (concretamente los derechos de defensa) de los recurrentes. El TJCE se erige en garante de tales derechos fundamentales, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario. En sus conclusiones en estos asuntos, el Abogado General Poireres Maduro siguió un razonamiento que recuerda a la primera sentencia Solange del TC Federal Alemán al apuntar que: «Si en el ámbito de las Naciones Unidas existiese un mecanismo genuino y efectivo de control por parte de un tribunal independiente, ello podría eximir a la Comunidad de la obligación de garantizar el control judicial de las medidas de ejecución que se aplican en el marco del ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, no existe en la actualidad ningún mecanismo de ese tipo» (apart. 54). Sobre dicha sentencia, véase: SANTOS VARA, J., «El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?», *RDCE*, 2009, n.º 32, pp. 91-120, en p. 100. El nuevo art. 275 Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE, en adelante) contempla expresamente la competencia del TJCE en asuntos relativos a la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

La preocupación por el respeto de los fundamentales está también en el origen de la estrategia puesta en marcha por la Comisión consistente en que cualquier instrumento legislativo comunitario relacionado con los derechos humanos vaya precedido de un análisis de impacto en esta materia y contenga en su exposición de motivos una sección consagrada a la motivación jurídica del respeto de los derechos fundamentales. También, en esta línea, la recientemente creada Agencia de europea de derechos fundamentales de la Unión Europea tiene como objetivo ofrecer asistencia en materia de derechos fundamentales a las

mos, continuación, dicha jurisprudencia, distinguiendo: a) Las sentencias que citan la CDFUE o la invocan a través del artículo 10.2 CE; b) las sentencias que utilizan el Derecho comunitario (originario y derivado) también *ex* artículo 10.2 CE como criterio hermenéutico de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; y c) las sentencias dictadas por el TC en recursos de amparo que aplican el Derecho comunitario aunque omitiendo cualquier referencia a la base jurídica constitucional que lo posibilita⁵⁹.

A) *Sentencias del TC que citan la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o la utilizan a través de la vía del artículo 10.2 CE*

Concretamente, durante el período analizado en este trabajo, hemos encontrado varias sentencias que citan la CDFUE, en algunos casos, incluso, *ex* artículo 10.2 CE; y lo hacen tanto en la situación jurídica que le otorgaba el documento proclamado en Niza como en las formulaciones recogidas en el fallido Tratado Constitucional y en el nuevo Tratado de Lisboa. En alguna ocasión, como veremos, las referencias a la CDFUE, en sentencias de idéntica fecha, varían según quien sea el Magistrado Ponente de las mismas. También llama la atención el que, en algunas sentencias, se utilice indistintamente el Derecho comunitario originario y derivado así como la propia CDFUE sin precisar el diferente alcance jurídico que tiene dicha normativa comunitaria.

a) La primera de ellas es la STC 17/2006, de 30 de enero, un caso relativo a un proceso matrimonial de separación y divorcio en el que no se permitió la presencia e intervención del representante del Ministerio Fiscal en la fase de exploración de los menores en juicio para atribuir su guarda

instituciones y órganos de la Comunidad así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario (sobre la misma, véase ILIOPOULOU, A., «Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux: un nouveau défi pour l'Union Européenne», *Cahiers de Droit Européen*, 2007, n.º 3-4, pp. 421-478, en pp. 449 ss.; VON BOGDANDY, A., VON BERNSTORFF, J., «The EU Fundamental Rights Agency within the European and International Human Rights Architecture: The Legal Framework and Some Unsettled Issues in a New Field of Administrative Law», *Common Market Law Review*, 2009, n.º 46, pp. 1035-1068).

⁵⁹ Como se podrá comprobar en las páginas que siguen, algunas sentencias podrían ser ubicadas en dos apartados de los que hemos mencionado, así, por ejemplo, las STC 41/2006 o STC 176/2008 podrían ubicarse tanto en el epígrafe a) relativo a la utilización de la CDFUE como en el epígrafe b) referido a la utilización del derecho comunitario originario y derivado *ex art. 10. 2 CE*.

y custodia. La referencia a la CDFUE aparece en el FJ 5 de la sentencia; concretamente se cita su artículo 24.1, referido al derecho de los niños de expresar su opinión libremente y a que ésta sea tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez aunque, como señala el TC, «este instrumento, incorporado a la parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, carece de momento de eficacia jurídica vinculante».

b) La STC 41/2006, de 13 de febrero, da un salto cualitativo al utilizar la CDFUE como criterio de interpretación —*ex* artículo 10.2 CE— del artículo 14 CE, relativo a la prohibición de discriminación, en este caso, por razón de la orientación homosexual⁶⁰. Aunque la orientación homosexual no aparece expresamente mencionada en dicho artículo como uno de los supuestos en los que queda prohibido un trato discriminatorio, se trata, a juicio del TC, de una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. El TC llega a dicha conclusión a partir de un análisis en el que tiene en cuenta «la normativa que, *ex* artículo 10. 2 CE debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE». Nos interesa destacar este punto porque, en él, el TC utiliza diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos e incluye aquí el artículo 13 TCE, que contempla la orientación sexual como una de las causas de discriminación, la normativa comunitaria de desarrollo (diversas Directivas comunitarias que aluden a esa previsión), y el artículo 21.1 de la CDFUE, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, que «contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación» (FJ 3).

c) La STC 176/2008, de 22 de diciembre, relativa al caso de un padre transexual al que se restringió drásticamente el régimen de visitas a su hijo, y que invoca, en amparo, la violación del art. 14 CE, también utiliza el artículo 21.1 CDFUE («aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007») y el artículo 13 TCE, así como el artículo 24.3 CDFUE *ex* artículo 10.2 CE. En esta sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado Aragón Reyes, el TC no

⁶⁰ El recurso de amparo promovido por don P. C. tiene por objeto la impugnación de una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña que, en grado de suplicación, declaró procedente su despido de Alitalia. El asunto, del que ha sido ponente la Magistrada Pérez Vera, se centra en determinar si el actor ha sido objeto de una conducta empresarial contraria al Derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el artículo 14 CE.

otorga el amparo por considerar que no ha sido la transexualidad del padre la causante de la modificación en el régimen de visitas sino su situación de inestabilidad emocional que podría repercutir negativamente en el menor.

d) Finalmente, la STC 183/2008, de la misma fecha que la anterior, resuelve el caso de un menor marroquí al que se inadmitió en sede judicial su recurso contra la decisión administrativa que acordó su repatriación con fundamento en su falta de representación y capacidad procesal. Recurrida dicha resolución ante el TC, se le otorga el amparo solicitado por considerarse que ha quedado vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Destaca en dicha sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado Pérez Tremps, la cita (aunque sin referencia expresa al art. 10.2 CE) del art. 24. 1 CDFUE «publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que «los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar...» (FJ 3)⁶¹.

⁶¹ En efecto, España ratificó el Tratado de Lisboa el 8 de octubre de 2008, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (BOE, n.º 184, de 31 de julio de 2008). Martín-Retortillo Baquer ha llamado la atención sobre el hecho de que dicha Ley incorpore también en su articulado el texto íntegro de la CDFUE «que se hace recordando al mismo tiempo la fuerza interpretativa que deriva del art. 10.2 de la Constitución», lo que «plantea así el interrogante de cuáles hayan de ser los efectos jurídicos que se deriven de esta incorporación de la Carta al cuerpo de una ley que ha entrado en vigor». En palabras de este autor, «podría aparecer la duda de si el Legislador español habrá pensado en adelantar para España la vigencia de la Carta». Más adelante señala que «no tardarán en aparecer sentencias que apliquen o tomen la Carta como referencia» (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el «Boletín Oficial del Estado»», REDE, 2009, n.º 30, pp. 135-158, en p. 135, 151 y 157). Pues bien, en esta sentencia del TC tenemos la primera utilización de la CDFUE tras la adopción de la Ley Orgánica. Desde nuestro punto de vista, el art. 2 de la LO 1/2008, al incorporar la CDFUE en el art. 10.2 CE antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, parece estar efectuando una reforma constitucional encubierta de dicho artículo constitucional; como también creemos que el TC, indudablemente con una loable intención, lo ha alentado a través de su jurisprudencia. No obstante, la redacción de dicho artículo de la LO, en donde también hay una referencia al apartado 8 del art. 1 del Tratado de Lisboa (art. 6. 1 del TUE en la versión consolidada), también podría inducir a pensar que se ha querido vincular la aplicación de dicho artículo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En cualquier caso, la técnica legislativa utilizada conduce a equívoco. Liñán Nogueras advirtió de la existencia de un «cierto deslizamiento del art. 10.2 ° hacia la función de las disposiciones constitucionales integradoras (arts. 96. 1 y, en el caso especial del orden comunitario, art. 93)»,

B) *Sentencias del TC que utilizan el Derecho comunitario (originario y derivado) ex artículo 10.2 CE como criterio hermenéutico de los Derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos*

a) En este apartado debemos reseñar un primer bloque de sentencias (STC 236/2007, de 7 de noviembre; 259/2007, de 19 de diciembre; y 260/2007, de 20 de diciembre) que resuelven los recursos de inconstitucionalidad planteados por tres CCAA (Parlamento de Navarra, Junta de Andalucía y Parlamento Vasco) contra varios preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Son sentencias en las que el TC trata, por primera vez, la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos a los extranjeros en situación irregular en España, conocidos habitualmente como «sin papeles»⁶². El TC expone en su sentencia una serie de criterios generales que luego proyecta en la determinación del carácter concreto que cabe otorgar a los diferentes preceptos impugnados⁶³. El TC también recuerda el papel que juegan dichos instrumentos internacionales *ex* artículo 10.2 CE al señalar (en el FJ 5 de la STC 236/2007) que: «al enjuiciar

y se preguntaba hasta dónde es esto posible sin desnaturalizar el art. 10.2 CE (LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿Una nueva dimensión del art. 10.2 CE?», en: *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, tomo I, Eurolex Editorial, Madrid, 2005, pp. 933-946, en pp. 940-941).

⁶² Concretamente, la nueva legislación contenida en la LO 8/2000 condicionó el ejercicio de determinados derechos constitucionales por parte de los extranjeros a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España y, por tanto, restringió su disfrute a los extranjeros que se encontrasen en situación de regularidad. Como consecuencia de la aprobación de la LO 8/2000, se negaba a los extranjeros que se encontrasen en situación irregular derechos tales como los de reunión y asociación, educación, sindicación, huelga, intimidad familiar y reagrupamiento familiar o asistencia jurídica gratuita, lo que motivó el planteamiento de los recursos de inconstitucionalidad.

⁶³ Tales criterios —tomamos como referente el asunto 236/2002—, son los siguientes: En primer lugar, el grado de conexión de los derechos concretos con la garantía de la dignidad humana. En segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución. En tercer lugar, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida (FJ 4).

la Ley impugnada en este proceso, nos corresponde determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos *ex* artículo 10.2 CE por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución. Pero el tratado o convenio internacional invocado no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos, como pretende el Parlamento recurrente. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades». Sin embargo, y a pesar de esta afirmación, tales instrumentos y acuerdos internacionales, citados *ex* artículo 10.2 CE, juegan un papel decisivo en la determinación del grado de dignidad humana que cabe atribuir a cada uno de los derechos⁶⁴. En efecto, en estas sentencias, las alusiones a instrumentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la jurisprudencia del TEDH, entre otros, son continuas⁶⁵. En esta línea, encontramos algunas referencias al Derecho comunitario, utilizado también (y sólo) como criterio de interpretación de alguno de los preceptos constitucionales invocados. Así, concretamente, en lo que atañe al derecho a la reagrupación familiar, el TC alude a la Directiva 2004/86/CE, del Consejo, mediante la cual se ha armonizado el régimen de la reagrupación familiar de nacionales no comunitarios residentes en un Estado miembro, si bien, como señala el TC, «en la misma Directiva se establecen condiciones para el ejercicio de aquel derecho al tiempo que se deja un amplio margen a la regulación en cada Estado miembro» (FJ 10 de la STC 236/2007)⁶⁶. Por supuesto, éste es sólo uno de los preceptos recurridos; como

⁶⁴ Véase VIDAL FUEYO, M. C., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007, REDC, 2009, n.º 85, pp. 353-379, en p. 368.

⁶⁵ Aunque de menor importancia que las sentencias mencionadas, también la STC 16/2006, de 19 de enero, menciona el Convenio núm. 158 de la OIT *ex* art. 10.2 CE e incluye *ad abundantiam* una cita a la STJCE de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97) y la Directiva comunitaria 76/207/CEE.

⁶⁶ En este caso, el precepto se recurría por vulnerar la reserva de ley orgánica causada por las remisiones reglamentarias contenida en varios preceptos de la LO. Sin embargo, el TC considera que la CE no reconoce un derecho fundamental a la reagrupación fami-

decimos a partir de los criterios expuestos por el TC son analizados toda una serie de derechos para, finalmente, considerar inconstitucionales las reformas efectuadas por la LO 8/2000 en relación con la mayoría de los derechos mencionados, bajo el argumento de que el legislador no se ha limitado a fijar el contenido específico de tales derechos sino que ha excluido cualquier ejercicio de tales derechos a las personas que se encuentran en España en situación irregular⁶⁷.

Es llamativo, sin embargo, que, entre los instrumentos utilizados a efectos de interpretación de los derechos analizados por el TC no figure la CDFUE, más cuando, como hemos visto, en su jurisprudencia previa, el TC la había utilizado en varias ocasiones a través del artículo 10.2 CE; y no es un olvido puesto que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía invoca este instrumento en varias ocasiones. Recordemos, además, que la CDFUE arranca precisamente con el reconocimiento del respeto a la dignidad humana, argumento esencial utilizado en estas sentencias, para desgranar luego el elenco de libertades y derechos, algunos de los cuales van dirigidos, como también en la CDFUE «a toda persona»⁶⁸. Teniendo en cuenta que las sentencias comentadas fueron dictadas durante los meses de noviembre y diciembre de 2007 (la última STC 259/2007 lo fue el 19 de diciembre), se puede comprender también que el TC no quisiera hacer referencia, en aquel momento, a la CDFUE⁶⁹. En segundo lugar, consideramos que el TC ha efectuado un control de constitucionalidad que lleva hasta sus últimas consecuencias la capacidad interpretativa de los derechos y libertades constitucionales que posibilita el artículo 10.2 CE, acercándolo, hasta confundirse, con las posibilidades que a dichos tratados y actos de organizaciones internacionales les otorgan los artículos 93 y 96 CE. Se trata de un fallo polémico que propició los votos

liar por no formar parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE, con lo que tampoco está sometido a la reserva de Ley Orgánica ni a la reserva de ley establecida para los derechos libertades reconocidos en el capítulo II de la CE.

⁶⁷ Un análisis detallado de la STC 236/2007 se encuentra en: BALAGUER CALLEJÓN, F., «El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, n.º 10, pp. 481-505.

⁶⁸ Como en el caso de la libertad de reunión y asociación (art. 12 CDFUE) o el derecho a la educación (art. 14 CDFUE).

⁶⁹ La Carta sería «adaptada el 12 de diciembre en Estrasburgo», como indica el art. 6. 1 TUE tras el Tratado de Lisboa y, finalmente, extraída de este Tratado en las condiciones que hemos mencionado anteriormente.

particulares formulados por los Magistrados Conde Martín de Hijas⁷⁰ (al que se adhirió el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez) y García-Calvo y Montiel.

b) La sentencia 12/2008, de 29 de enero, aborda el principio de igualdad referido al sistema de paridad en la composición de listas electorales. Sorprende en ella la alusión al Tratado de Lisboa, si bien lo hace utilizando la vía del artículo 10.2 CE⁷¹. Tanto el Juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad como todas las partes en el recurso de inconstitucionalidad manejan argumentos tomados del Derecho internacional de los Derechos humanos, que el TC entiende puede utilizar como criterio interpretativo de los Derechos fundamentales (artículo 10.2 CE), pero no como canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal. En particular, y con el objeto de subrayar que «la búsqueda de la igualdad formal y material entre hombres y mujeres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos», se alude a determinados Convenios internacionales en los que se aborda la eliminación de la discriminación contra la mujer (Convención sobre

⁷⁰ En el voto particular señala: «La Sentencia sitúa la clave conceptual en la «dignidad de la persona» como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) [que] obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes públicos, incluido el legislador» (FJ 3), ligando después a esa clave la ratio de la declaración de inconstitucionalidad. Tal planteamiento en su generalidad de partida no me parece literalmente ajustado al art. 10 CE, ni aceptable, por exagerado, en cuanto a la vinculación a la dignidad humana de los derechos de reunión, asociación y sindicación».

⁷¹ Esta sentencia, de la que ha sido ponente la Magistrada Pérez Vera, resuelve la cuestión de constitucionalidad promovida por un Juzgado de los Contencioso-Administrativo de Tenerife, y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso. En ambos asuntos, que se acumulan a efectos de resolución, se plantea la vulneración de determinados principios y derechos fundamentales reconocidos por la CE como consecuencia de la adopción del artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985 de régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Concretamente, se suscita la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con una «composición equilibrada de mujeres y hombres» en porcentajes que siempre aseguren un mínimo del 40 por 100 para cada sexo. La cuestión de inconstitucionalidad encuentra su origen procesal en la denegación por la Junta Electoral de la Zona de Icod de los Vinos de la candidatura que había presentado el Partido Popular para el municipio de Garachico, que estaba formada exclusivamente por mujeres.

la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950). Una conclusión que avala, según el TC, el Derecho comunitario⁷².

Como decíamos, en esta sentencia se utiliza un Tratado, el de Lisboa, que no sólo no había entrado en vigor sino que, ni siquiera, en el momento en que se dicta esta sentencia, había sido ratificado por España, lo que supone, de hecho, anticipar su aplicación. Parece dar a entender que el artículo 10.2 CE lo posibilita todo, cosa que no compartimos. También sorprende que no haya alusión en el fallo a la CDFUE que, sin embargo, sí fue invocada en el Auto por el que se elevó la cuestión de inconstitucionalidad, pese a que el artículo 23 CDFUE contempla la igualdad entre mujeres y hombres. Consideramos que, en este caso, es posible que la omisión sea fruto de una lectura estricta del Derecho de la UE, puesto que el ámbito que regula la ley recurrida es ajeno al ámbito de competencias de la

⁷² «En el que la modificación reciente del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, que aún no ha entrado en vigor, ha dotado de mayor relieve a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. Concretamente, a la definición de un objetivo transversal para todas las actividades comunitarias, consistente en «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad», que ya figuraba en el art. 3.2, se añade un nuevo art. 1 bis de acuerdo con el cual «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres». La inclusión de la igualdad en este cuadro de valores fundamentales tiene como correlato la asunción de un compromiso de fomento de la misma en el segundo párrafo del nuevo art. 2.3 del Tratado de la Comunidad Europea» (FJ 2). El TC desestima tanto la cuestión de inconstitucionalidad como el recurso de inconstitucionalidad entendiendo que las disposiciones recurridas no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos sino que se limita a establecer por igual unas proporciones para los candidatos de uno y otro sexo, «atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos equilibrados». En su voto particular, el Magistrado Rodríguez-Zapata cuestiona que la representación política se construya desde el presupuesto de la división de la sociedad en dos sexos e invita a reflexionar sobre las razones por las que en otros países europeos (Francia, Alemania, Italia, Portugal o Bélgica), la introducción de cuotas o paridades en la actividad política ha venido precedida de la reforma de sus respectivas Constituciones. En este punto afirma: «No creo que obedezca tan sólo al respeto jurídico que a estos países les merecen sus propias normas constitucionales sino a algo más profundo, cual es la necesidad de que los elementos estructurales de la democracia sean fruto del consenso y no de la imposición de una mayoría parlamentaria coyuntural al resto de las fuerzas políticas».

Unión tal como se definen en los Tratados (utilizando la terminología del artículo 6. 1 segundo párrafo del TUE, tras la reforma operada con el Tratado de Lisboa, así como el artículo 51 de la CDFUE). Sin embargo, pensamos que, puestos a invocar el Tratado de Lisboa incluso antes de su entrada en vigor, como hace la sentencia, incluso hubiera sido posible la utilización de la CDFUE *ex* artículo 10.2 CE en la nueva formulación jurídica que le da el Tratado de Lisboa dado que, como ha afirmado la Profesora Mangas Martín, «este precepto no diferencia entre ámbitos competenciales»⁷³.

C) *La utilización del Derecho comunitario en otros asuntos relativos a la protección de los derechos fundamentales*

Finalmente debemos mencionar varias sentencias referidas a la protección de determinados derechos fundamentales, aunque omitiendo cualquier referencia al artículo 10.2 CE. Ello parece avalar la opinión de Roldán Barbero y Díez Peralta para quienes el Alto Tribunal, pese a su propia «doctrina oficial» sobre la irrelevancia del Derecho comunitario en los procesos constitucionales, efectúa una aplicación directa de éste⁷⁴. Como decimos, no hay alusiones al artículo 10.2 CE, pero tampoco al artículo 93 CE (que fue considerado por el propio TC en la DTC 1/2004 como una vía de recepción del Derecho comunitario derivado en los ámbitos de competencia cedidos a la UE), ni al artículo 96 CE, cuando se cita Derecho comunitario originario.

a) Dentro de este epígrafe se encuentra un primer grupo de sentencias referidas, de nuevo, al *derecho fundamental a la igualdad y no discriminación* del artículo 14 CE. Así, en su sentencia 214/2006, el TC, además de utilizar diversos convenios internacionales como criterio de interpreta-

⁷³ Según Mangas Martín: «en nuestro ordenamiento será difícil diferenciar la sujeción de los poderes públicos a la Carta sólo en los ámbitos de competencia de la Unión, pero no es una situación originada por el Derecho de la Unión Europea, sino un efecto querido expresamente por el artículo 10. 2 de la Constitución Española. Desde luego, lo que no se podrá decir, por absurdo, es que la Carta prohíbe aplicarla en ámbitos ajenos a la Unión o que nadie puede invocarla en ámbitos de competencia soberana». O cuando afirma que: «Nada le ha impedido hasta ahora ni le impedirá al Tribunal Constitucional español, por ejemplo, utilizar la Carta para interpretar derechos fundamentales resultantes de la Constitución en ámbitos ajenos a la competencia comunitaria» (MANGAS MARTÍN, A., *op. cit.*, 2008, en pp. 815 y 816).

⁷⁴ *Loc. cit.*, en p. 117.

ción del derecho de no discriminación por razón de sexo se refiere, en el ámbito del Derecho comunitario, a la Directiva comunitaria 2001/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, así como la jurisprudencia del TJCE que interpreta dicha normativa.

Dentro de este bloque de sentencias, figura la STC 324/2006, de 20 de noviembre, referida también a otro supuesto de discriminación por razón de sexo, que otorga amparo constitucional a una señora a la que se había denegado su solicitud de disfrutar las vacaciones anuales a causa de una baja por incapacidad temporal a la que siguió un permiso por maternidad. La recurrente en amparo pretendía disfrutar de tales vacaciones anuales que no había podido disfrutar, por estas circunstancias, en el ejercicio 2002 y posponerlas a partir del 15 de enero de 2003. Las referencias al Derecho comunitario en esta sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado Pérez Tremps, figuran en los FJ 5 y 6 de la sentencia. Concretamente, hay una alusión a la Directiva comunitaria 93/104/CE y a la sentencia Merino Gómez del TJCE de 18 de marzo de 2004, en la que este tribunal declaró que «cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad», a lo que añade la STC 324/2006, que ha de ser así «incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el goce de las vacaciones», por lo que acaba otorgando el amparo solicitado.

En tercer lugar, en la STC 3/2007, de 15 de enero, el TC aplica el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo elaborado por la jurisprudencia del TJCE con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 141 TCE y las Directivas comunitarias de desarrollo⁷⁵. Desde esta perspectiva, el TC acaba otorgando el amparo requerido al entender que el órgano judicial que avaló la denegación de la reducción de la jornada laboral no se planteó si ello constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. Por lo tanto, la combinación del concepto de discriminación indirecta por

⁷⁵ El TC recuerda la jurisprudencia del TJCE: «el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska, citada, entre otras sentencias)».

razón de sexo unida a la necesidad de valorar las circunstancias concretas de la trabajadora, y de su necesidad de llevar a cabo una conciliación real entre su vida familiar y profesional, son determinantes en la concesión del amparo solicitado, lo que conduce a la anulación de la sentencia recurrida⁷⁶.

Finalmente, la STC 92/2008, de 21 de julio, otorga amparo constitucional por violación del artículo 14 CE a una trabajadora que fue despedida durante su embarazo. Esta señora alegó la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la interpretación efectuada por varios órganos judiciales españoles del artículo 55.5 LET, en la redacción dada al mismo por la Ley 39/1999. Ésta última ley, adoptada en transposición de diversas Directivas comunitarias, había ampliado los supuestos de nulidad de despido en casos relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Sin embargo, la ley española, a diferencia de una de las Directivas de referencia (92/85/CEE), no exigía, a los efectos de la protección frente al despido, que la mujer comunicase su estado al empresario⁷⁷.

b) La *violación de los Derechos fundamentales de contenido económico* está en la base del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra determinados artículos contenidos en la Ley 21/1997, reguladora de las emisiones y retransmisio-

⁷⁶ En el asunto STC 69/2007, de 16 de abril, también se invoca el art. 14 CE en un caso de denegación de prestación de viudedad a una señora que se había casado por el rito gitano por no concurrir el presupuesto de relación matrimonial. El fallo del TC deniega el amparo solicitado por considerar que «la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas de contraer matrimonio». Las referencias al Derecho comunitario figuran en el voto particular formulado por el Magistrado Rodríguez Zapata quien se pronuncia a favor del amparo solicitado basándose, entre otras consideraciones, en la Directiva 2000/43, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (en virtud de la cual existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular respecto a otras personas) así como en la STJCE *Becker* (asunto 8/81, párr. 24).

⁷⁷ El TC señala que «la exposición de motivos de la Ley 39/1999 (...) afirma expresamente que con ella se procede a la transposición de la Directiva «superando los niveles mínimos de protección previstos» en la misma. En consecuencia, que la Directiva comunitaria contemple la exigencia de comunicación por la trabajadora de su embarazo al empresario como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma no constituye motivación suficiente, por sí misma y con exclusión de cualquier otro criterio interpretativo, para afirmar la existencia de idéntica condición en la aplicación del art. 55.5 b) LET» (FJ 7).

nes de competiciones y acontecimientos deportivos, resuelto mediante STC 112/2006, de 5 de abril. Dicha ley pretendió garantizar los legítimos Derechos de los consumidores a acceder a las retransmisiones audiovisuales de los acontecimientos deportivos de especial relevancia, así como a la eficaz protección de los diversos intereses deportivos y mercantiles afectados. Las referencias al Derecho comunitario surgen en relación con la vulneración del principio de igualdad de trato normativo del artículo 14 CE. Para los recurrentes, el trato diferenciado de la televisión en abierto y de la televisión de pago por consumo —la norma excluye a los operadores que emiten mediante el sistema de pago por consumo de la retransmisión de dichos acontecimientos—, constituye una vulneración del mencionado principio. Según el TC, el distinto régimen jurídico al que se someten las retransmisiones deportivas realizadas por televisiones de acceso condicional y las realizadas por televisiones en abierto no es una singularidad del ordenamiento jurídico español, ya que el Derecho comunitario, al que pretende adecuarse la ley impugnada, utiliza esa distinción⁷⁸.

c) En la STC 136/2006, de 8 de mayo, se plantea, entre otros, la supuesta vulneración del *derecho al secreto de las comunicaciones* como consecuencia de la intervención judicial de una línea telefónica, en un caso en que el carácter delictivo de los hechos que motivaron dicha decisión afectaba a un posible fraude en la solicitud de ayudas abonadas con fondos europeos. El TC estima parcialmente el recurso por considerar vulnerado dicho Derecho fundamental, entre otras razones, por falta de justificación del carácter delictivo de los hechos⁷⁹.

d) Por último, debemos mencionar la STC 327/2006, de 20 de noviembre, que trata de nuevo sobre la *tasa fiscal sobre el juego*. En este caso, el TC admite el recurso de amparo por considerar que una sentencia del TSJ de Cataluña que había resuelto el caso tomando como referente una sen-

⁷⁸ «La existencia de medidas como las aquí enjuiciadas en el ordenamiento comunitario, aunque éste no forme parte del parámetro constitucional interno de validez de las leyes (...), no viene sino a reforzar la idea de que el trato diferenciado aquí analizado, de la televisión en abierto y de la televisión de pago por consumo, no incurre en discriminación».

⁷⁹ Ya que «no todo fraude en materia de subvenciones podía ser conceptualizado como delito, pues, para que ello fuera así, era preciso que el importe de los ilícitamente obtenido con falseamiento de las condiciones requeridas para la concesión de la subvención superara la cantidad de 2.500.000 pesetas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 350 CP a la sazón vigente. Por tanto, se podía estar solicitando una autorización de intervención telefónica para investigar un mero ilícito administrativo, a pesar de lo cual, el órgano judicial no ponderó esta circunstancia».

tencia TS que declaró compatible la tasa fiscal sobre el juego con determinadas Directivas comunitarias, no había analizado, sin embargo, la conformidad o disconformidad de la tasa con los principios constitucionales que había invocado la demandante de amparo. De nuevo, encontramos en esta sentencia la posibilidad de un doble control de la norma a la luz del Derecho comunitario y del Derecho interno, lo que podría dar lugar a una problemática doble activación de vías procesales (cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad) a la que hemos hecho referencia anteriormente⁸⁰.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL PENAL DE LA UE

Como hemos indicado al principio de este estudio, consideramos oportuno singularizar, por la envergadura e importancia creciente que viene teniendo, la problemática cuestión relativa a la protección de los derechos

⁸⁰ Se trata, en efecto, del asunto 327/2006, en el que dos sociedades recurren los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que habían desestimado sus demandas de nulidad de la tasa fiscal sobre el juego sobre la base de la desestimación de un recurso contencioso-administrativo sustancialmente igual en una sentencia previa del Tribunal Supremo. En dicha sentencia, que había sido invocada como «proceso testigo», el TS declaró la legalidad del recargo autonómico de la tasa fiscal sobre el juego y su compatibilidad con el art. 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo. El TC admite el recurso de amparo, anulando los Autos mencionados, ya que: «De la lectura de las Sentencias de referencia citadas en los Autos de inadmisión se deduce que, por una parte, en la Sentencia firme de la propia Sala de 5 de junio de 2002, invocada como «proceso testigo» principal, se desestimó un recurso contencioso-administrativo exclusivamente referido a la legalidad del recargo autonómico de la tasa fiscal sobre el juego (no de la tasa en su conjunto) y a la compatibilidad de dicho recargo con el art. 33 de la Directiva 77/388/CEE, del Consejo; y que, por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2000, dictada en recurso de casación en interés de ley, también utilizada por el órgano judicial para justificar su decisión de inadmisión, se refería a diversos aspectos sobre la tasa fiscal; en concreto, estableció doctrina legal, a los efectos que nos interesan, sobre la compatibilidad de la mencionada tasa fiscal sobre el juego con el art. 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, y asimismo estableció que dicha tasa es ajustada a Derecho y plenamente exigible. Sin embargo, de la lectura de la mencionada Sentencia no se desprende que el Tribunal Supremo haya analizado la conformidad o disconformidad de la tasa con los principios constitucionales (capacidad económica, interdicción de la arbitrariedad, progresividad del sistema tributario y no confiscatoriedad) que la demandante de amparo había invocado como argumento para solicitar la nulidad de la tasa» en los recursos contencioso-administrativos que no le fueron admitidos».

fundamentales en el ámbito de la CPJP de la UE a través de la aplicación de los instrumentos normativos adoptados en el seno de este pilar intergubernamental por parte de los EEMM⁸¹. Cuestión que, haciéndose eco de esta preocupación presente y futura, ha sido puesto de manifiesto por los Profesores Liñán Noguerras y Martín Rodríguez⁸². En efecto, tal como se presagiaba en un estudio anterior⁸³, el capítulo sobre la euroorden⁸⁴ continúa, y no solamente referido a España sino también a otros EEMM. Si bien es cierto que nuestra perspectiva de análisis está ceñida a los pronunciamientos de nuestro TC durante el período de referencia, por su importancia, haremos referencia también a otros pronunciamientos de distintos TTCC de otros EEMM que han abordado esta misma cuestión. Téngase en cuenta, además que, como hemos indicado previamente, la legalidad de la propia Decisión Marco (DM, en adelante) sobre la euroorden ha sido cuestionada, en vía prejudicial, por parte del TC belga dando lugar a la importante sentencia del TJCE «Advocaten voor de Wereld VZW» de 3 de mayo de 2007, que avala su validez⁸⁵. En este orden de cosas, abordaremos en este

⁸¹ Sobre la naturaleza jurídica de los actos de este pilar intergubernamental, pueden verse, entre otros: LIÑÁN NOGUERAS, D.J.; MARTÍN RODRÍGUEZ, P.; *loc. cit.* p. 1062; CARRERA HERNÁNDEZ, F.J.: «Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea», en *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo, Libro Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. II, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 871-894, en concreto pp. 876 a 879.

⁸² Al señalar que «las deficiencias estructurales de la componente intergubernamental del tercer pilar (...) dejan poco lugar a dudas: ahí, el problema de protección de derechos fundamentales es, pues, real y no una elucubración doctrinal», *loc. cit.*, en p. 1071.

⁸³ ROLDÁN BARRERO, J., DíEZ PERALTA, E., *loc. cit.*, en p. 126.

⁸⁴ Nos referimos a la aplicación en nuestro país, y en el resto de los EEMM, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (*DOCE L 190*, de 18.07.2002, pp. 1 y ss.), más conocida coloquialmente como «euroorden». La implementación en España de esta DM se hizo a través de la Ley Orgánica 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y de la Ley 2/2003, complementaria de la anterior (ambas en *BOE*. núm. 65, de 17.03.2003, pp. 10244 y ss.).

⁸⁵ Con respecto a este asunto, una asociación sin ánimo de lucro, *Advocaten voor de Wereld*, promovió ante el Tribunal de Arbitraje belga un recurso contra la ley de 19 de diciembre de 2003 que transponía en Bélgica la DM, al entender que sería incompatible con los artículos 10 y 11 de la Constitución, leídos en combinación con distintos artículos del mismo texto. Este Alto Tribunal dejó en suspenso su pronunciamiento y decidió remitir dos cuestiones prejudiciales al TJCE con respecto a la compatibilidad de la DM con el artículo 34.2.b) del TUE, con arreglo al cual las DM solo pueden adoptarse para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los EEMM, y con el artículo 6.2, en lo relativo

apartado las dos cuestiones que desde la perspectiva constitucional han presentado más importancia: los pronunciamientos de los TTCC sobre las dificultades de transposición de orden constitucional de la DM sobre la euroorden (1) y, más concretamente, las vulneraciones de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos como consecuencia de la aplicación por parte de los EEMM de dicho instrumento normativo (2).

1. DIFICULTADES DE TRANSPOSICIÓN DE ORIGEN CONSTITUCIONAL EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS: LA PROBLEMÁTICA DE LA ENTREGA DE LOS NACIONALES

Distintos conflictos de normas impidieron temporalmente, en 2005 y 2006⁸⁶, la aplicación íntegra de la DM en la UE como consecuencia de que

a la conformidad de la supresión del control de la exigencia de doble tipificación y, más concretamente, con el principio de legalidad en materia penal y con el principio de igualdad y no discriminación garantizados por esta disposición. En sus conclusiones, presentadas el 12 de septiembre de 2006, el Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer, concluyó que la DM no era contraria a los artículos 34.2.b) y 6.2 del TUE y no infringe, por tanto, el principio de legalidad en materia penal ni el principio de igualdad y no discriminación. En su sentencia, el TJCE siguió la opinión del Abogado General y rechazó el conjunto de argumentos alegados por la asociación demandante (Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad*, C-303/05, *Rec.*, p. I-3633). La sentencia del TC belga de 10 de octubre de 2007 resuelve el asunto siguiendo el pronunciamiento dado por el TJCE (Sentencia n.º 128/2007 de 10 de octubre de 2007 (www.arbitrage.be/public/f/2007/2007-128f.pdf). Para un comentario sobre esta DM y, más en concreto, en relación con este asunto, puede verse CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *loc. cit.* pp. 884-893; ACOSTA SÁNCHEZ, M. A.: «Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, STJCE de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW* contra *Leden van de Ministerraad*, C-303/05-Cooperación policial y judicial en materia penal-Orden de detención europea», en *RDCE*, 2007, n.º 28, pp. 953-973; KUHN, W. M.: «Problemas jurídicos de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», *RGDE*, 2007, n.º 12, 55 pp.

⁸⁶ En aplicación del artículo 34 de la DM sobre euroorden, la Comisión ha presentado distintos informes que evaluaban la aplicación de dicho acto por los EEMM. A este respecto puede verse el Informe de 11.07.2007 relativo a la aplicación, desde 2005, de la DM, *COM (2007) 407 final*. También puede consultarse el Informe final sobre la cuarta ronda de evaluaciones mutuas —Aplicación práctica de la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros— presentado por la Presidencia al Consejo el 28.05.2009, *Doc. 8302/4/09 REV 4* del Consejo de la UE, disponible en www.consilium.europa.eu. Este informe se presenta de conformidad con el artículo 8, apartado 5, de la Acción común de 5 de diciembre de 1997, que establece un mecanismo de evaluación de la

varias disposiciones nacionales de aplicación fueron consideradas, total o parcialmente, contrarias a la Constitución en algunos EEMM durante 2005, y que se prolongaron durante 2006, en concreto: Polonia, Alemania y Chipre.

En el primer caso, el TC de la República de Polonia decidió, en su Sentencia de 27 de abril de 2005, que una de las disposiciones de la legislación polaca que incorpora al derecho interno las prescripciones de la DM (en concreto, el artículo 607t § 1 del Código de Procedimiento Penal, en la medida que permite la entrega de un nacional polaco a un EM de la UE a raíz de una euroorden) es contraria al artículo 55.1 de la Constitución que prohíbe expresamente la extradición de los nacionales. No obstante, tal como precisaba este TC, dicha disposición siguió aplicándose hasta el 6 de noviembre de 2006, plazo establecido por este Alto Tribunal para dar tiempo al Gobierno a modificar la Constitución con arreglo a las obligaciones europeas⁸⁷. Durante este período Polonia siguió entregando a sus nacionales. El Código de Procedimiento Penal polaco fue enmendado a raíz de la revisión constitucional del 7 de noviembre de 2006 y, aunque estas enmiendas no entraron en vigor hasta al 26 de diciembre de ese año⁸⁸, el nuevo

aplicación y ejecución a escala nacional de los compromisos internacionales en materia de lucha contra la delincuencia organizada.

⁸⁷ Decisión del Tribunal Constitucional (PL) P 1/05 de 27.4.2005, publicada en la recopilación oficial de decisiones del Tribunal Constitucional (Orzecznictwie Trybunalu Konstytucyjnego. Zbiór urzędowy) 2005, serie A, n° 4, 42. Véase el texto completo en inglés en: www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf. Un breve comentario a la misma puede verse en SKRZYPEK, *loc. cit.* pp. 208 a 210.

⁸⁸ Artículos 607p, 607t y 607w del Código de Procedimiento Penal polaco. A raíz de esta sentencia, el Parlamento polaco adoptó, el 8 de septiembre, la ley de modificación de la Constitución. La prohibición constitucional de extradición conoce a partir de ahora una excepción. La extradición de un nacional polaco puede ser autorizada a partir de la petición de otro país o de un órgano judicial internacional si esta posibilidad se desprende de un tratado internacional ratificado por Polonia o de una ley que transpone un acto jurídico adoptado por una organización internacional de la que Polonia sea parte. No obstante, la posibilidad de extraditar a un nacional polaco queda sujeta a la condición de que los hechos por los cuales se solicite la extradición hayan sido cometidos fuera del territorio polaco y que constituyan una infracción según el derecho polaco o que hubieran constituido una infracción según el derecho polaco si hubieran sido cometidos sobre el territorio polaco, tanto en el momento de la comisión de los hechos como en el momento de presentar la solicitud. El Código de Procedimiento Penal que transpone al derecho polaco la DM sobre la euroorden fue modificado conforme a esta revisión constitucional. El legislador, en primer lugar, define la «extradición» como una institución diferente de la «entrega» de una persona en el marco de la

artículo 55 de la Constitución fue aplicado directamente en Derecho polaco hasta la fecha indicada de 7 de noviembre, de acuerdo con la sentencia dictada por dicho TC.

En cambio, en el segundo caso, el TCF Alemán juzgó necesario anular la totalidad de la ley adoptada para la ejecución de la euroorden porque algunas disposiciones eran contrarias a la Constitución. Así pues, entre el 18 de julio de 2005 y el 2 de agosto de 2006, fecha de entrada en vigor de la nueva ley de transposición, Alemania dejó de entregar, e incluso de extraditar, a sus nacionales, y solo aceptaba entregar a otras personas buscadas bajo el régimen de extradición, aunque seguía emitiendo euroórdenes dirigidas a los otros EEMM⁸⁹.

Esta situación abrió un período inédito de incertidumbre jurídica. Dos Estados miembros (España y Hungría), alegando un principio de reciprocidad, se negaron durante este tiempo a reconocer las órdenes de detención

euroorden. Seguidamente, ha incorporado dos motivos suplementarios de no ejecución obligatoria de la euroorden: para el caso de que la solicitud atente a los derechos fundamentales y para el caso de que la solicitud se emita en relación con una infracción cometida por razones políticas. Además, dicho Código recoge expresamente, a partir de esa modificación, la doble incriminación en el supuesto de que sea un nacional polaco quien sea objeto de una solicitud de entrega en otro Estado miembro en vista de ejercer la persecución penal. Por tanto, la supresión, por ciertas infracciones, del control de la doble incriminación, prevista a fin de asegurar la transposición del art. 2.2 de la DM no será válida a no ser que la euroorden se refiera a una persona que no tenga la nacionalidad polaca. Dichas modificaciones del Código entraron en vigor el 26 de diciembre de 2006 (La ley está disponible en el sitio del Parlamento polaco, <http://isip.sejm.gov.pl/prawo/index.html>).

⁸⁹ Decisión del Tribunal Constitucional Federal (DE) de 18.7.2005, BvR 2236/04, también disponible en 58 NJW (*Neue Juristische Wochenschrift*) 2289 (2005). Disponible en inglés en BVerfG, 2 BvR 2236/04 of 07/18/2005, paragraphs n.º 1-202, www.bverfg.de/entscheidungen. Sobre esta sentencia puede verse, entre otros, NICOLAS NOHLEN: «Germany: The European Arrest Warrant case», *International Journal of Constitutional Law*, 2008, vol. 6, Issue 1, pp. 153-161; CHRISTIAN TOMUSCHAT: «Inconsistencies – The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant», *European Constitutional Law Review (EuConst)*, Vol. 2, Issue 02, June 2006, pp. 209-226; HELMUT SATZGER & TOBIAS POHL: «The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant: ‘Cryptic Signals’ from Karlsruhe», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, Number 4 (2006), pp. 686-701. KOMÁREK, J.: «European constitutionalism and the European arrest warrant: in search of the limits of «contrapunctual principles», *Common Market Law Review*, Vol. 44, n.º 1, 2007, pp. 9-40; MIGUEL KÜHN, W.: «Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», *RGDE*, 2007, n.º 12; y VIDAL PRADO, C.: «Nuevos (y viejos) celos del Tribunal Constitucional federal alemán frente a la eficacia del derecho comunitario», *REDC*, 2006, n.º 77, pp. 273-310.

europas que seguía emitiendo Alemania al considerar que este país ya no aplicaba el principio de confianza mutua, por lo que no podía exigir que los demás Estados miembros aceptasen sus solicitudes de entrega de sus nacionales. Destaca en este punto el pronunciamiento de otro Alto Tribunal, el Areios Pagos de Grecia, en un asunto relativo a la ejecución en Grecia de dos euroórdenes solicitando la entrega de dos nacionales griegos a Alemania para ser perseguidos penalmente por evasión fiscal. Este tribunal constata que la ley alemana de 21 de julio de 2004, que había incorporado en el ordenamiento jurídico alemán la DM, había sido anulada por ser inconstitucional a raíz de la decisión de 18 de julio de 2005 del TCF Alemán. Por tanto, a partir de esta anulación, el Areios Pagos, en una decisión adoptada el 20 de diciembre de 2005 en el asunto 2483/2005, estima que Alemania no puede ser considerada como un país que haya armonizado su legislación con la DM y que la solicitud de entrega carece de base legal. En este caso, según recuerda el Alto Tribunal griego, se deberán aplicar en Grecia otros convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, en materia de extradición y continuar, por tanto, con otro tipo de procedimiento para llevar a cabo la extradición. En última instancia, y teniendo en cuenta la falta de aplicación de la DM en Alemania, este tribunal señala que la extradición de nacionales griegos a Alemania contravendría el principio de reciprocidad⁹⁰. Esta situación finalizó el 2 de agosto de

⁹⁰ La decisión de este tribunal puede consultarse en www.areiospagos.gr. En el punto opuesto, nos encontramos con el pronunciamiento del Tribunal de Apelación de Szczecin (Polonia) de 16 noviembre de 2005 que rechaza la argumentación seguida en instancia por el Tribunal Regional de Szczecin de 22 de julio de 2005 (*Sad Okregowy w Szczecinie, postanowienie z 22.07.05, III Kop 24/05*) en la que denegaba la ejecución de una euroorden de la autoridades alemanas para la entrega de un nacional polaco por oponerse al principio de reciprocidad y por la desigualdad creada a partir del pronunciamiento del TCF Alemán entre nacionales polacos y alemanes, concluyendo que la denegación de la ejecución de la euroorden se hacía sobre la base del art. 55.1 de la Constitución (prohibición de extraditar a los ciudadanos polacos) y del art. 32.1 del texto constitucional (principio de igualdad). En su razonamiento, el Tribunal de Apelación, teniendo en cuenta tanto la sentencia del TC polaco de 27 de abril de 2005 como la posterior del TCF Alemán de 18 de julio de 2005, señala que el rechazo de la ejecución de una euroorden no puede basarse ya sobre el principio de reciprocidad procedente del derecho internacional. Por tanto concluye que la suspensión del mecanismo de entrega instaurado por la euroorden sólo es posible en caso de violación grave y persistente, por un Estado miembro, de los principios enunciados en el art. 6.1 del TUE, constatado por el Consejo en virtud del procedimiento regulado en el art. 7.1 del TUE, y un caso de este tipo no se ha producido a partir de la sentencia del TCFA (*Sad Apelacyjny w Szczecinie, postanowienie z 16.11.05, II AKz 209/05*).

2006 con la entrada en vigor de la nueva ley de transposición adoptada en julio de ese año.

En el tercer caso, Chipre, el Tribunal Supremo confirmó que la entrega de ciudadanos chipriotas era inconstitucional, lo que obligó al Gobierno chipriota, como al polaco, a comprometerse a enmendar la Constitución, modificación que entró en vigor el 28 de julio de 2006⁹¹. No obstante, y a diferencia de lo declarado por el TC polaco, la entrega de nacionales chipriotas en virtud de la euroorden no podía llevarse a cabo hasta que se produjera la reforma constitucional. El nuevo artículo 11, así modificado, introduce sin embargo un límite temporal a la posibilidad de entrega de nacionales ya que ello sólo es posible para actos cometidos tras la fecha de ingreso de Chipre en la UE, es decir, desde el 1 de mayo de 2004. La Constitución revisada permite por otro lado la extradición de chipriotas por delitos cometidos posteriormente a la revisión sobre la base de convenios internacionales ratificados por Chipre⁹².

⁹¹ Decisión del Tribunal Supremo (CY) de 7.11.2005, AP. n.º 294/2005 Abogado General de la República c. Costas Constantinos. La sentencia, así como un comentario a la misma, puede verse en: ALEXANDROS TSADIRAS: «Cyprus Supreme Court, Judgment of 7 November 2005 (Civil Appeal No. 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant Law», *Common Market Law Review* (2007) pp. 1515-1528. Este asunto trataba de la primera demanda en ejecución de una euroorden contra un nacional chipriota para entregarlo a las autoridades judiciales británicas para ser juzgado por un asunto de fraude. Tenemos que destacar como esta Alta Jurisdicción chipriota hace referencia a la jurisprudencia constitucional de Polonia y Alemania, así como a la del Areios Pagos de Grecia y del Consejo de Estado francés que tratan sobre la conformidad de la orden europea de entrega con sus disposiciones constitucionales respectivas. Además, recuerda en su pronunciamiento la jurisprudencia del TJCE en el Asunto *Maria Pupino* (STJCE de 16 de junio de 2005, C-105/03, *Rec. p. I-05285*) donde se indicaba el carácter obligatorio de las decisiones-marco formuladas en términos idénticos a los retenidos por las directivas y a la obligación de los EEMM de interpretar el derecho nacional de conformidad con las decisiones-marco. En este punto, el Tribunal Supremo chipriota constata que no es posible interpretar las disposiciones de la ley de incorporación de la DM sobre la euroorden para hacerla conforme con el art. 11 de la Constitución.

⁹² A raíz de la sentencia del TS chipriota constatando la incompatibilidad de la ley de transposición de la DM sobre la euroorden con el art. 11 de la Constitución, el Parlamento chipriota adoptó la ley de modificación teniendo en cuenta la adhesión de la República de Chipre a la UE. La ley sobre la quinta revisión de la Constitución entró en vigor el 26 de julio de 2006 (*Ley n.º 127(I)/2006 sobre la quinta modificación de la Constitución de 2006*). Junto a otras modificaciones constitucionales referidas a las relaciones entre Chipre y la UE (nuevo art. 1A, arts. 140 y 169), también se ha visto afectado el art. 11.2 relativo a la privación de la libertad y, más concretamente a la extradición de nacionales. Según la nueva

En otros EEMM, por el contrario, los órganos jurisdiccionales superiores ratificaron las disposiciones nacionales que autorizaban la entrega de nacionales (República Checa⁹³, Grecia⁹⁴, etc.). El TC checo adoptó una posición favorable a la transposición de la DM y, en su decisión de 3 de mayo de 2006, se negó a anular la ley de transposición sobre la base de la disposición constitucional que prevé que ningún nacional puede ser obligado a irse del país. Partiendo de la génesis de la institución jurídica de la extradición, señala que los nacionales checos se benefician de las ventajas derivadas de la ciudadanía europea y, por tanto, deberían aceptar también cierto grado de responsabilidades. De este modo, el tribunal ha interpretado dicha disposición en el sentido de que permite la entrega temporal de un nacional para que sea juzgado en otro Estado miembro, subordinado a la condición de que sea después reenviado a su país para el eventual cum-

disposición, el arresto y la detención de un nacional chipriota es posible a condición de que se efectúe a fin de extraditar, bien en virtud de la ejecución de una euroorden, bien conforme a un tratado internacional que vincule a la República, aunque en este caso, a diferencia de la euroorden, sólo procederá la extradición por actos cometidos tras la entrada en vigor de la ley de modificación. En fin, se introduce que el arresto y la entrega puede rechazarse por razones basadas en la raza, la religión, la nacionalidad, el origen étnico o las creencias políticas, entre otras.

⁹³ Decisión del Tribunal Constitucional (L'Ústavní soud) de 3.5.2006. Este tribunal fue llamado a pronunciarse sobre la abrogación de distintas disposiciones que transponían la DM en lo que concierne a la entrega de un ciudadano de la República Checa y la lista de categorías de infracciones por las cuales se había abolido de hecho el control de la doble tipificación. En esta sentencia, adoptada en sesión plenaria, el Tribunal rechazó la demanda de derogación presentada por un grupo de diputados y senadores de este país. *Ústavní soud, 03.05.06, n.º Pl. ÚS 66/04*, publicada en el sitio de Internet del Ústavní soud, www.concourt.cz también disponible en inglés en www.angl.concourt.cz.

⁹⁴ Sentencia del Areios Pagos (Tribunal de Casación griego) de 17.01.2006 en el asunto 109/2006 en la que autoriza la ejecución de una euroorden solicitada por el Reino Unido contra un nacional griego para ser juzgado por secuestro y violación de una inglesa. Este Alto Tribunal precisa que la cualidad de ser nacional helénico no juega en este caso a favor del apelante, otra cosa sería si el apelante estuviera siendo perseguido por los mismos hechos en Grecia. Al no ser éste el supuesto, la euroorden solicitada por la jurisdicción de otro Estado miembro será ejecutoria en Grecia con la sola condición de que, tras una eventual condena, el inculcado sea transferido para el cumplimiento de la condena. Al mismo tiempo, el Areios Pagos rechaza una pretendida costumbre constitucional que prohíbe la extradición de los nacionales y estima que tal prohibición no reviste ya el mismo significado práctico que había tenido en el pasado a la vista principalmente de la confianza mutua que se ha desarrollado entre los EEMM de la UE y del respeto, por todos los EEMM, de las libertades fundamentales y de los principios del Estado de derecho. La decisión de este tribunal pueden consultarse en www.areiospagos.gr.

plimiento de la sanción. Además, recuerda el Tribunal que el ciudadano entregado permanece bajo la protección del Estado, dispone del derecho de impugnar las decisiones a través de las vías de recurso, y que la ley recoge supuestos de no ejecución de la euroorden.

Pues bien, a diferencia de lo previsto en los textos constitucionales de buena parte de los EM de la UE, la Constitución española de 1978 no contiene una prohibición expresa de extradición de sus nacionales. De hecho, el artículo 13.3 CE afirma que «la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad». La interpretación flexible que, de este precepto, ha realizado nuestro TC ha permitido no solo la extradición de españoles a otros EM de la UE, sino también su entrega en respuesta a solicitudes de cooperación de Tribunales Penales Internacionales sin que, como ha sucedido en Alemania, Francia o Eslovenia, haya sido necesario efectuar reformas constitucionales. Por tanto, al igual que en Grecia, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo o Suecia, en nuestro país la implementación de la DM sobre la euroorden no ha suscitado cuestiones constitucionales de este orden. Distinto es el caso de que se haya planteado ante el TC la cualidad de nacional español para eludir el procedimiento extradicional. La cuestión que se le ha planteado al TC se refiere a la determinación de la ley aplicable por los órganos judiciales españoles al procedimiento de entrega, si la normativa extradicional o la establecida por la euroorden. En este sentido, si la normativa que debiera ser aplicable fueran los tratados de extradición y la Ley de extradición pasiva, entraría en juego, vía artículo 13.3 CE, el principio de reciprocidad, y por tanto, habría que tener en cuenta la nacionalidad española del extraditatus para el supuesto de que los otros Estados no extraditen a sus nacionales⁹⁵.

⁹⁵ En la STC 30/2006, de 30 de enero, el TC indicó que: «la prohibición de entrega de nacionales, presente en la Ley de extradición pasiva de 1985, y que en el presente caso no es de aplicación, carece en nuestra legislación, a diferencia de otros países de nuestro entorno, de rango constitucional». Más adelante, señala que «la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio». Por lo que concluye que: «la cuestión relativa a la entrega de nacionales (...) no compromete derechos fundamentales de la recurrente, salvo,

Destaca, no obstante, que nuestro TC no haga ninguna referencia entre los instrumentos de derechos humanos que maneja a la CDFUE, ni directa ni indirectamente, en los distintos casos que se le han presentado en relación con la euroorden⁹⁶, a diferencia de las sentencias analizadas en el anterior apartado referido más específicamente al pilar comunitario, donde sí cita la Carta e incluso, en algunos casos, *ex* artículo 10.2 CE.

No obstante, salvada con carácter previo la cuestión de la nacionalidad, los problemas jurídicos planteados al TC son posteriores, y se refieren a la

lógicamente, los inmediatamente implicados en la decisión de entrega a Francia y en la condena —revisable ante los Tribunales del Estado galo— que pende sobre ella, como serían el derecho a la libertad, incluida la libertad de residencia» (FJ 7). Sobre esta última cuestión nos ocuparemos en el siguiente apartado. En este asunto nos encontramos con una euroorden dictada por un tribunal francés, con fecha de 1 julio de 2004, sobre el demandante de amparo, de nacionalidad española, para el cumplimiento de la Sentencia de 12 de enero de 1993, del mismo tribunal, por la que, juzgada en rebeldía bajo la acusación de ser la proveedora principal de una red de hachís entre 1991 y 1992, se la declaró culpable de tráfico de drogas y se la condenó a cinco años de prisión, pena de la que quedaba por cumplir cuatro años y ocho meses. La demanda en amparo que da origen a esta STC se dirige contra el Auto de la Audiencia Nacional (AN, en adelante), de 30 de diciembre de 2004, por el que se afirma que la legislación aplicable a la entrega de la recurrente solicitada por Francia en virtud de la euroorden es la Ley 3/2003, y no la que rige el procedimiento extradicional, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda, párrafo primero, de la citada Ley que señala que la misma será aplicable a las euroórdenes que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieren a hechos anteriores a la misma. La recurrente en amparo, por su parte, considera que la legislación aplicable debería ser la anterior. En sustancia, el asunto se basa en la invocación de su condición de nacional española como causa obstativa a la entrega, en la medida en que, si fuera de aplicación el Convenio europeo de extradición, y por vía del principio de reciprocidad, entraría en juego la reserva efectuada por Francia a su artículo 6, según la cual este país no entrega a sus nacionales. No obstante, el TC no admite que se haya vulnerado ningún derecho constitucionalmente reconocido por el hecho de la nacionalidad española al hacer la AN una aplicación correcta de la legislación.

⁹⁶ Señala el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en sus Conclusiones de 12 de septiembre de 2006 (asunto *Advocaten voor de Wereld VZW*) en relación con la CDFUE, que es preciso «afrontar, sin vacilación, el papel de los derechos fundamentales en un sector tan sensible como el de la cooperación policial y judicial en materia criminal, una vez proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Aún más, indica que: «Se ha de abandonar, pues, ese mutismo, y la Carta ha de imponerse como herramienta interpretativa de primer orden en la defensa de las garantías ciudadanas que pertenecen al patrimonio de los Estados miembros. El reto se ha de encarar con prudencia, pero con vigor, con plena convicción de que, si la protección de los derechos fundamentales reviste carácter imprescindible en el pilar comunitario, se hace igualmente irrenunciable en el tercer pilar, capaz de incidir, por la propia naturaleza de su contenido, en el núcleo de la libertad personal, presupuesto de las demás» (párrafo 79).

aplicación de las disposiciones de la DM en relación con presuntas vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos durante el procedimiento de emisión y/o ejecución de euroorden⁹⁷.

2. EL TC COMO ÓRGANO DE CONTROL, EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, DEL JUEZ DE LA EXTRADICIÓN

El TC viene calificándose como órgano de control, en materia de garantías constitucionales, del juez de la extradición. De este modo, afirma el TC que «al ejercer la función de salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no le corresponde decidir si una extradición es o no procedente en un caso concreto sino, únicamente, si en el procedimiento previo a la decisión judicial que la autoriza o declara improcedente, o con la decisión misma, se ha lesionado o no algún derecho fundamental de los constitucionalmente protegidos. Por tanto, cuando en un proceso de amparo se impugna una decisión judicial sobre extradición, el ámbito de conocimiento por el TC no es coincidente con el objeto del procedimiento extradicional» (STC 30/2006, FJ 7). Posteriormente, nuestro TC ha añadido que su ámbito de actuación está limitado a contrastar si la decisión judicial de los tribunales españoles concediendo la extradición cae dentro de los cauces que establece el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 83/2006, de 13 de marzo, FJ 5).

Teniendo en cuenta lo que antecede, vamos a analizar, brevemente, el tratamiento que ha dispensado nuestro TC a los distintos derechos fundamentales que han sido invocados por el cauce procesal del amparo⁹⁸ en los

⁹⁷ Véase al respecto MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006, n.º 10, pp. 179 a 200, en particular p. 196.

⁹⁸ Debemos advertir que en virtud de la reforma operada respecto del recurso de amparo, ya aludida anteriormente, el TC no ha podido entrar a conocer de algún asunto planteado por la vía de amparo, al no haber sido admitido a trámite el recurso por no cumplir el recurrente el nuevo requisito de admisión de la demanda consistente en la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 *in fine* LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión «en todo caso» empleada por el precepto. Ello no quiere decir que el TC no vaya a apreciar si realmente está justificado o no dicho requisito, junto los demás, para entrar en el fondo. A este respecto, nuestro TC se ha pronunciado, por primera vez, en un caso relativo a la euroorden, sobre la base de esta nueva exigencia considerándola como un requisito insubsanable. Utilizando las palabras del propio Tribunal «habida cuenta de que

casos de euroorden que le han llegado durante el período de referencia. Destaca en este aspecto los supuestos donde se ha recurrido en amparo, por la violación de distintos derechos, en diversos procedimientos de entrega basados en la euroorden respecto de hechos ocurridos antes del 18 de marzo de 2003, fecha de la entrada en vigor de la Ley 3/2003 y la cuestión de la ley aplicable, si ésta o la normativa extradicional existente antes de su entrada en vigor. Pasemos a analizar la jurisprudencia del TC partiendo de los derechos que han sido invocados.

A) *El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)*

a) El TC considera el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) como primer filtro de revisión constitucional del respeto al principio de legalidad extradicional. De la jurisprudencia analizada se desprende que

la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 in fine LOTC) es una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada con un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007, no cabe admitir que el incumplimiento de esta carga en la demanda de amparo constituya un defecto subsanable, no siendo, en consecuencia, procedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el art. 49.4 LOTC (ni tampoco, obviamente, la subsanación por propia iniciativa del recurrente)» (FJ 3 del Auto TC 188/2008, de 21 de julio). Este asunto trataba de la admisión del recurso contra el Auto de 23 de noviembre de 2007 de la AN, que acuerda el ingreso en prisión del recurrente para su entrega a Francia, con motivo de una euroorden, con el objeto de ser enjuiciado como presunto autor de un delito de estafa, sin perjuicio de suspender su entrega material hasta tanto conste la extinción de las responsabilidades penales que tiene pendientes en España, o autorización del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga para proceder a la entrega. La AN, una vez conocido que dicho Juzgado malagueño había acordado la libertad provisional del recurrente, dictó el Auto de 23 de noviembre de 2007, acordando el ingreso su ingreso en prisión, con carácter instrumental, para su entrega a Francia. El TC en su Auto inadmite el recurso sin entrar a analizar la posible lesión de un derecho fundamental del recurrente tutelable en amparo (en este caso, se invocaba el derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE—, en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes en la medida que la AN acordó su ingreso en prisión para su entrega a Francia cuando ni sus responsabilidades penales pendientes en España están extinguidas ni el referido Juzgado de Instrucción ha autorizado su entrega) al considerar que «la demanda no contiene argumentación expresa alguna destinada a cumplir la carga, establecida en el segundo inciso del art. 49.1 LOTC, de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, (...) por lo que no cabe sino concluir que el recurrente ha incumplido de manera insubsanable dicha exigencia, lo que determina la inadmisión del recurso» (FJ 4).

el TC efectúa un control tanto del procedimiento como de las decisiones judiciales de entrega efectuadas con base en la euroorden. En efecto, uno de los motivos de amparo en los que se basaban los recurrentes se refería a la determinación de la ley aplicable al procedimiento de entrega, si los tratados de extradición y ley de extradición pasiva o la ley 3/2003 de la euroorden. Se trata de supuestos referidos a la concesión de la entrega basada en una euroorden sobre hechos ocurridos con anterioridad de la entrada en vigor de la Ley 3/2003 y, por tanto, según los recurrentes, se trataría de la aplicación retroactiva de esa ley, hecho que estaría vetado por el artículo 25.1 CE que contempla el principio de legalidad penal, es decir, la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas. Pues bien, ya en la STC 292/2005, de 10 de noviembre, determinó que, en el proceso extradicional —y es plenamente aplicable al procedimiento de euroorden⁹⁹— «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. Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado¹⁰⁰. Contundente se muestra nuestro TC cuando,

⁹⁹ El TC ha afirmado de forma reiterada esta sustitución del sistema extradicional por el sistema establecido por la euroorden cuando señala que: «la nueva institución de la orden europea de detención y entrega se configura legalmente como sustitutiva del sistema de extradición entre los países firmantes del Convenio europeo de extradición, sino también porque, al igual que la extradición pasiva, su 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» (entre otros ATC 330/2006 de 25 de septiembre y ATC 68/2007 de 26 de febrero donde se acuerda la suspensión de la ejecución de entrega en virtud de euroorden emitida por las autoridades francesas e italianas, respectivamente). Esta referencia nos recuerda al asunto *Advocaten voor de Wereld* cuando el TJCE se ve confrontado con la naturaleza jurídica de la euroorden y la facultad que tiene el Consejo de la UE para elegir entre convenio o DM, teniendo que lidiar el TJCE con la sustitución, en las relaciones entre los EEMM, de los convenios de extradición precedentes que prevé la propia DM. Véase a este respecto, LIÑÁN NOGUERAS, D. J., MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *loc .cit.* p. 1063.

¹⁰⁰ Ello implica, por tanto, según nuestro Alto Tribunal «la ausencia de fundamento de la queja relativa a la vulneración del principio de legalidad penal plasmado en el citado precepto, tal como viene invocado en el caso concreto en relación con la denunciada aplicación retroactiva de la ley, y la necesaria reconducción del reproche relativo a la infracción del principio de legalidad extradicional a los parámetros establecidos en el art. 24 CE» (STC

más que afirmar, reitera que «las leyes que regulan la extradición y la euroorden ni son leyes penales ni leyes sancionadoras, por lo que no resulta de aplicación la prohibición constitucional de retroactividad de las leyes penales no favorables al reo (artículo 25. 1 CE)» (STC 83/2006, FJ 6) y que, posteriormente, reitera «una vez más» en la STC 293/2006 (FJ 6). Por tanto, queda claro que quien pretenda el amparo basándose, en estos casos, en la posible vulneración del principio de legalidad penal lo lleva claro ante el TC¹⁰¹.

Reconducido de esta forma el reproche relativo a la infracción de la legalidad extradicional a los parámetros del artículo 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva), nuestro TC se ha centrado, principalmente, en si en los procedimientos y decisión judicial de entrega se ha infringido la legalidad extradicional del artículo 13.3 CE y, por tanto, se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Así ha afirmado que: «la primera y más fundamental garantía del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el artículo 13.3 CE: tratado o ley, atendiendo al principio de reciprocidad, obedeciendo la garantía expresada en la máxima *nulla traditio sine lege* a distintas finalidades. Por una parte pretende que la extradición quede sometida básica-

30/2006, FJ 4).Un comentario a esta sentencia puede verse en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega», en *REDC*, 2006, n.º 78, pp. 277-303.

¹⁰¹ Nuestro TC ha ido distinguiendo el respeto al derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del principio de legalidad extradicional (art. 13.3 CE). Más concretamente, ha reconducido el control que ejerce sobre el respeto del principio de legalidad extradicional del art. 13.3 CE al cauce del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y no al de la legalidad penal del art. 25.1 CE. El Prof. Sánchez Legido ha puesto de manifiesto que la doctrina ya asentada por nuestro TC, respecto a la vinculación de ambos principios, ha comenzado a quebrarse a partir del año 2005 en lo que puede constituir, según dicho autor, «una estrategia calculada en tres fases a la que solo resta realizar la tercera y última etapa». Para este autor, la primera etapa consistiría en desvincular el principio de legalidad extradicional (*nulla traditio sine lege*) previsto en el art. 13.3 CE, del principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) previsto en el art. 25 CE, que es lo que comienza haciendo la STC 292/2005 y termina cristalizando, en un supuesto relativo ya a la Ley 3/2003 sobre la euroorden, la STC 83/2006, que avanza un nuevo paso al desvincular, esta vez, el principio de legalidad penal de los procesos de extradición y entrega, negando la operatividad del principio de irretroactividad de la ley penal respecto de los instrumentos que regulan los mecanismos de extradición y/o de entrega. Véase A. SÁNCHEZ LEGIDO, «La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», *Revista Electrónica Estudios Internacionales (REEI)*, 2007, n.º 14, en particular páginas 36 a 39.

mente a reglas jurídicas y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio, según se deriva del artículo 9 de la Declaración universal de derechos humanos, del artículo 5.1 f) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y del artículo 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos» (STC 30/2006, FJ 4). De esta manera, en la medida en que si el principio de legalidad extradicional exige que la extradición sea acordada con arreglo a tratado o ley, con la finalidad de aportar mayor seguridad jurídica y someter a reglas jurídicas el procedimiento de entrega, «su incumplimiento —esto es, acceder a la entrega sin la cobertura legal habilitante— derivará *eo ipso* en el reproche de no estar la decisión judicial que así proceda fundada en Derecho y ser, en consecuencia, arbitraria» (SSTC 30/2006, FJ 4, 292/2005, FJ 3). Si bien es cierto que el control de la legalidad extradicional corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de su función jurisdiccional derivada del artículo 117.3 CE, no es menos cierto, según afirma nuestro TC que «puede tener relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la selección judicial o la interpretación de la norma aplicable incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta (...) o sea fruto de un error patente (...)» (STC 30/2006, FJ 4)¹⁰².

De este modo, el control que va a realizar el TC, sobre un procedimiento de extradición o de euroorden, se va a centrar en si se ha respetado la legalidad extradicional y para ello va a utilizar el parámetro constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, si la decisión del juez de la extradición está fuertemente motivada cuando realiza la selección o la interpretación de la norma aplicable sin que incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o sea fruto de un error patente.

Así pues, nuestro TC ha tenido la posibilidad de controlar por la vía del amparo constitucional si la selección, interpretación o aplicación de la normativa efectuada por la Audiencia Nacional —en distintos procedimientos de ejecución de euroórdenes procedentes de distintos miembros de la UE— puede hacerse acreedora del reproche de ser manifiestamente irrazonable, debida a un error patente o fruto de la arbitrariedad.

¹⁰² Además, al estar afectado el derecho a la libertad personal en el proceso extradicional o de euroorden, nuestro TC precisa que «es aplicable un canon de motivación reforzado, sin que, en cualquier caso, ello permita extender nuestra competencia a comprobar el grado de acierto de las resoluciones judiciales o indicar la interpretación que deba darse a la legalidad ordinaria» (entre otras, STC 30/2006, FJ 5).

Se trata, nuevamente, de la controversia que gira en torno a la aplicación por parte de la Audiencia Nacional de la Ley 3/2003, reguladora de la euroorden, en lugar del sistema extradicional contemplado en la Ley de extradición pasiva de 1985 y convenios de extradición pertinentes y, como consecuencia de lo anterior, a la decisión de entregar a otro Estado miembro de la UE a un nacional español. Por tanto, nos encontramos ante la selección de la norma aplicable y aquí entra en juego la posible incidencia o no del principio de reciprocidad establecido en el artículo 13.3 CE. A este respecto, el TC ha considerado, con carácter general, la no aplicación del principio de reciprocidad a casos regulados por la euroorden¹⁰³. Son asuntos en los que se invoca la Ley de extradición pasiva de 1985 y Convenios de extradición pertinentes que excluyen la extradición de nacionales a países que no extraditen a los suyos¹⁰⁴. Por tanto, analizando distintos

¹⁰³ El TC ha analizado el alcance del principio de reciprocidad establecido en el art. 13.3 CE, teniendo en cuenta el limitado ámbito de competencia que tiene en materia de legalidad extradicional, circunscrito como hemos señalado al canon del art. 24.1 CE. Partiendo de la afirmación, realizada por el propio TC, de que no ha conformado una doctrina acerca de dicho principio, sí ha tenido ocasión de afirmar que «la determinación del contenido y alcance del principio de reciprocidad constituye una cuestión susceptible de diversas interpretaciones, en particular en lo atinente al grado de similitud, o incluso identidad, de los supuestos de hecho que constituye el presupuesto para exigir al Estado requirente garantía de reciprocidad» (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 7; 102/2000, de 10 de abril, FJ 10). Más genéricamente, la previsión de que la extradición se conceda «atendiendo al principio de reciprocidad» (art. 13.3 CE) ha sido interpretada por este Tribunal, en las citadas Sentencias, «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» (STC 30/2006, FJ 7).

¹⁰⁴ Así, en la STC 177/2006, de 5 de junio, señala nuestro TC que la DM sobre la euroorden «ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia (...). A ese sistema debe ajustarse el Estado español en relación con la solicitud de entrega que le formule cualquier Estado miembro sobre la base de la Decisión Marco y en relación con hechos incluso anteriores a su entrada en vigor» (FJ 5). El asunto que dio origen a esta sentencia se refiere a un recurso de amparo interpuesto contra un Auto de la AN por el que se acordó acceder a la entrega del demandante de amparo, de nacionalidad española, que había sido solicitada por las autoridades francesas —en virtud de la nueva normativa relativa a la euroorden— al efecto del cumplimiento de la pena de veinte años de prisión que le había sido impuesta en su ausencia por un Tribunal francés por razón de un hecho delictivo cometido en Francia en el año 1988.

asuntos planteados, vía amparo, concluye el TC que ningún reproche de contenido constitucional puede oponerse a la decisión adoptada por la Sala de la Audiencia Nacional¹⁰⁵.

b) Otra cuestión analizada por nuestro TC se refiere a saber si las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición concluidos según el anterior sistema extradicional producen el efecto de cosa juzgada¹⁰⁶ respecto de los procedimientos iniciados con el sistema de la euroorden.

Por esos mismos hechos, y en virtud del procedimiento extradicional vigente anteriormente, se había negado por la AN en febrero de 1990 la entrega a Francia basándose en la cualidad de ser un nacional español (concurrente con la posterior adquisición por el mismo de la nacionalidad francesa) en aplicación del principio de reciprocidad que, según se establece en el art. 13.3 CE, ha de regir en materia de extradición, en atención a que Francia había formulado reserva al art. 6.1 del Convenio europeo de extradición de 1957 en el sentido de no proceder a la entrega de sus nacionales a otros países firmantes del mismo.

¹⁰⁵ «No pudiendo ser considerado manifiestamente irrazonable aplicar, en cumplimiento de la citada disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003, el procedimiento de euroorden, teniendo en cuenta que el principio de reciprocidad, carente de criterios uniformes de aplicación, no se proyecta en el presente caso sobre un aspecto concreto que pudiera involucrar a derechos fundamentales de la recurrente en caso de entrega, sino sobre la más genérica decisión relativa a la selección de la norma aplicable, cuestión respecto de la cual viene atribuida la correspondiente competencia a los Tribunales ordinarios en virtud de lo dispuesto en el art. 117.3 CE» (SSTC 30/2006, FJ 7 y 177/2006, FJ 6). Esta conclusión a la que llega el TC queda ratificada, como él mismo afirma, si reparamos en el fondo de la pretensión de la recurrente, consistente en la invocación de su condición de nacional española como causa obstativa a la entrega, en la medida en que, si fuera de aplicación el Convenio europeo de extradición, y por vía del principio de reciprocidad, entraría en juego la reserva efectuada por Francia a su artículo 6, según la cual no entrega a sus nacionales. Pero como hemos indicado en este trabajo, la prohibición de entrega de nacionales, presente en la Ley de extradición pasiva de 1985, y que en el presente caso no es de aplicación, carece en nuestra legislación, a diferencia de otros países de nuestro entorno, de rango constitucional. En conclusión, en el ámbito de la euroorden no entraría en juego el principio de la reciprocidad del art.13.3 CE.

¹⁰⁶ Desde un punto de vista general, la doctrina del TC acerca de la eficacia de la cosa juzgada material, recogida en el art. 24.1 CE, queda protegida y garantizada tanto en su aspecto positivo o prejudicial como en su aspecto negativo. En su vertiente positiva impide que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una resolución que haya adquirido firmeza. En su vertiente negativa o excluyente impide que los Tribunales emitan nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en resolución firme (SSTC 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3). Ahora bien, no puede dejar de destacarse que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye, como ha señalado reiteradamente nuestro TC, una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son

Así, el asunto que dio origen a la STC 293/2006, de 10 de octubre, trataba, nuevamente, de dos procedimientos de extradición sobre los mismos hechos, el primero con fundamento en el anterior sistema extradicional y el segundo con fundamento en la euroorden. En concreto, el recurrente, en virtud de mandamiento de arresto internacional emitido por un tribunal francés en 2002, fue detenido en España, dando lugar a la solicitud de extradición de las Autoridades francesas al amparo del Convenio europeo de extradición para su enjuiciamiento por delito de tráfico de drogas. La AN, por Auto de fecha 11 de julio de 2003, acordó no acceder a la extradición al no cumplirse el requisito de reciprocidad respecto a la extradición de nacionales, una resolución que no fue recurrida. Posteriormente, el 31 de marzo de 2004, la Fiscalía francesa emitió una euroorden, con base en la misma orden de arresto de 2002, lo que motivó la detención del recurrente el 7 de junio de 2004 y su nueva puesta a disposición del Juzgado Central de Instrucción dando lugar al procedimiento de euroorden. Por Auto de la AN de 19 de mayo de 2005 se accedió a la entrega para su enjuiciamiento, condicionado a que fuera devuelto a España, según prevé la Ley 3/2003, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que pudiera serle impuesta, negando que concurriera cosa juzgada en relación con el anterior procedimiento de extradición.

En este tipo de supuestos, el TC ha declarado que, en atención precisamente a la propia naturaleza del proceso extradicional, «las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no producen el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden en determinados supuestos ser sustituidas por otras» (entre otras, SSTC 83/2006, FJ 3; 177/2006, FJ 3; 293/2006, FJ 3).

No obstante, una vez asentado este principio, nuestro TC lo ha ido modulando en atención a los casos concretos que se le han ido presentando. En primer lugar, la cuestión podría recibir diferente respuesta, a saber, que si puede producir el efecto de cosa juzgada, en función de cuál fuera la *ratio decidendi* sobre la que se hubiera fundado la denegación de la entrega del

revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables. Al TC corresponde, tan sólo, «revisar conforme a un control externo y negativo, si la fundamentación exteriorizada por la Audiencia Nacional ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), de conformidad con el canon reforzado que este Tribunal utiliza cuando la cuestión de fondo sobre la que se proyecta la tutela se conecta con otros derechos fundamentales del recurrente (por todas STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3, dictada por el Pleno de este Tribunal)» (SSTC 30/2006, FJ 3, 293/2006, FJ 3).

reclamado en el primer proceso extradicional cuyo efecto de cosa juzgada se discute. En este sentido, la propia formulación de la doctrina del TC establece la posibilidad de que puedan producirse excepciones al principio expuesto, admitiendo, *a sensu contrario*, que «en determinados supuestos» las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no puedan ser sustituidas por otras (SSTC 83/2006, FJ 3; 293/2006, FJ 3)¹⁰⁷. En definitiva, si bien la jurisprudencia constitucional admite que en determinados supuestos las resoluciones que deniegan una extradición pueden ser sustituidas por otras (no producen el efecto de cosa juzgada), también afirma que ello no es así en todo caso, es decir, que existen excepciones donde sí pueden tener el efecto de cosa juzgada. Así pues, la clave para saber en qué supuesto nos encontramos, si producen o no efecto de cosa juzgada, está en el análisis de la *ratio decidendi* de la denegación en el primer proceso extradicional (el tramitado de conformidad con el anterior sistema extradicional). Habría que diferenciar entre aquellas denegaciones fundadas en razones puramente formales o procedimentales (como la no aportación de la documentación extradicional dentro del plazo por las autoridades del Estado requirente, por lo que la reclamación se entiende sin contenido) que no están conectadas con las causas de denegación referidas a las condiciones procesales o materiales de la causa penal, y por tanto, en principio, no tienen efecto de cosa juzgada respecto de posteriores solicitudes de extradición o entrega, y aquéllas que sí lo están (en las que sí podría concurrir tal efecto, pues estas últimas sí pueden generar en el ciudadano expectativas legítimas de intangibilidad de la primera decisión).

¹⁰⁷ Como expuso este Tribunal en la, ya citada, STC 83/2006: «de un lado, en supuestos como el presente, en los que la decisión del órgano judicial de un Estado de no acceder a la solicitud de entrega formulada por otro Estado ha venido motivada en la falta de reciprocidad, no puede considerarse infundado sostener la ausencia de efecto de cosa juzgada, dada la especial naturaleza del principio de reciprocidad constitucionalmente reconocido (art. 13.3 CE), pues no otra cosa deriva del hecho de que pueda fundar la denegación de la extradición en fase gubernativa —una vez que los órganos judiciales han declarado que no hay impedimento legal ni constitucional para la procedencia de la extradición—, de modo que la decisión así adoptada no sea en ese caso susceptible de recurso (arts. 1.2 y 6.2 y 3 de la Ley de extradición pasiva); y dado, por otra parte, que el fundamento del principio de reciprocidad no tiene, ciertamente, conexión directa con las causas de denegación de la extradición, legales o constitucionales, referidas a las condiciones procesales y materiales de la causa penal que fundamenta la solicitud de extradición o entrega. Por lo demás y, en atención a lo anterior, el ciudadano involucrado en tal decisión, sustentada en la ausencia de reciprocidad, no posee una expectativa legítima acerca de la intangibilidad de la primera decisión, cuya defraudación pudiera venir a quebrantar la seguridad jurídica y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE» (STC 293/2006, FJ 4).

Es decir, el TC ha señalado que a la hora de verificar si se conculca el derecho a la tutela judicial efectiva en el procedimiento de la euroorden por parte de los jueces españoles, hay que analizar la suficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales que rechazan la existencia de cosa juzgada en este tipo de procesos conforme al canon de motivación reforzada al que antes hicimos referencia. Así pues, el TC ha de comprobar, en primer lugar, si dichas resoluciones judiciales toman en consideración las circunstancias del caso concreto y, fundamentalmente, si tienen en cuenta cuál fue la *ratio decidendi* sobre la que se fundó la inicial denegación de la entrega cuyo efecto de cosa juzgada se discute. Y en segundo lugar, habrá de analizarse si el razonamiento del órgano judicial es conforme a las pautas interpretativas anteriormente expuestas, es decir, si la resolución judicial está fuertemente motivada cuando realiza la selección o la interpretación de la norma aplicable sin que incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o sea fruto de un error patente.

Pues bien, esto es lo que ha realizado nuestro Alto Tribunal en la STC 120/2008 de 13 de octubre. Este asunto está referido a un recurso de amparo contra un Auto de la AN que concedió la entrega del recurrente a Italia en virtud de euroorden para cumplir varias penas acumuladas. Se invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al acordar la entrega incurriendo en error patente acerca de la existencia de cosa juzgada por la previa denegación de una solicitud de extradición por los mismos hechos. La extradición, según el sistema anterior, se denegó bien porque los hechos en los que se fundaban las sentencias condenatorias italianas quedaban comprendidos en indultos generales, bien porque fueron dictadas en rebeldía, y que Italia no daba garantías de un nuevo juicio ni podía hacerlo conforme a su legislación, o bien por los efectos de la prescripción. Posteriormente, las autoridades italianas realizan una nueva petición, ya conforme al sistema de la euroorden, pero fundada en los mismos hechos por los que se denegó según el sistema anterior. La AN accedió la entrega a Italia¹⁰⁸. En su sentencia el TC, tras aplicar los criterios señala-

¹⁰⁸ La AN no consideró, siguiendo la doctrina del TC aquí expuesta, que se diera el supuesto de cosa juzgada, ni que entrara en juego la prescripción, ni tampoco en cuanto a la ausencia de garantías procesales por haber sido condenado en rebeldía, destacando que a través de un Decreto de 21 de mayo de 2005 Italia ha modificado su legislación, manteniendo el juicio en rebeldía, pero ofreciendo garantías para que el condenado en ausencia pueda obtener un nuevo juicio o recurrir la sentencia desfavorable, concediendo un plazo de diez días para solicitarlo, plazo que, en casos de extradición, comienza a contar desde la entrega

dos a este caso, es decir, la fundamentación de la resolución impugnada en relación con la existencia o no de cosa juzgada, llega a la conclusión de que la resolución recurrida es fruto de un error patente. Dicho error de la AN se debe a que no tuvo debidamente en cuenta las razones en las que se fundamentó la anterior denegación de la extradición, que es la que hay que tener en cuenta a efectos de cosa juzgada. La AN tomó solamente en cuenta cuestiones puramente formales como causa de la denegación de la extradición (falta de aportación de la documentación necesaria para proceder a la extradición). Sin embargo, no tuvo en cuenta que dicha resolución se fundó también en razones radicalmente distintas: prescripción, indulto y falta de garantías derivadas de la condena en rebeldía; dato ignorado por la posterior decisión de entrega fundada en la euroorden¹⁰⁹. Por tanto, señala nuestro TC que «no puede saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error¹¹⁰, y que produce

del reclamado. Con ello, entiende la AN que se garantiza un proceso justo en el Estado italiano. El recurrente en amparo solicitó la suspensión de la euroorden y mediante ATC 68/2007, de 26 de febrero, el TC acordó suspender la ejecución de la resolución recurrida.

¹⁰⁹ Además «dicho error resulta determinante de la decisión adoptada en relación a la existencia de cosa juzgada y produce efectos negativos en la esfera jurídica del recurrente, pues no trata de un error sobre un dato fáctico marginal y no decisivo, sino de un error que recae sobre la clave de la motivación, la *ratio decidendi* de la denegación inicial, y cuya constatación deja carente de motivación la decisión, al no poder conocerse cuál hubiera sido la respuesta del órgano judicial a partir de los datos fácticos correctos» (FJ 4).

¹¹⁰ El TC indica que: «si el órgano judicial hubiera partido de las premisas fácticas correctas (esto es, que se denegó la extradición por entender que unas penas estaban indultadas, otras prescritas y que dos de las Sentencias habían sido dictadas en ausencia), su razonamiento hubiera debido ser necesariamente otro. Y ello porque tanto el indulto como la prescripción son causas de extinción de la responsabilidad penal conforme al art. 130 CP; la existencia de un indulto está expresamente prevista como causa de denegación de la entrega en el art. 12.1 c) de la Ley 3/2003; la prescripción se prevé como causa facultativa de la denegación en el art. 12.2 i) de la misma Ley; y el derecho del acusado de un delito grave a comparecer en juicio, como garantía del derecho de defensa, constituye una de las reglas esenciales de un proceso justo, forma parte del «contenido absoluto» de este derecho (...). Siendo así, parece obvio que no cabe aplicar a las mismas el razonamiento de que se denegó la entrega por motivos formales y sin entrar en el fondo, sino que resultaba imprescindible, para satisfacer las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en los términos anteriormente expuestos, que el órgano judicial hubiera analizado si tales causas de denegación se hallaban o no directamente conectadas con las condiciones procesales y materiales de la causa penal que fundamenta la solicitud de entrega y si generaban o no en el reclamado una legítima expectativa acerca de la intangibilidad de la primera decisión» (FJ 4).

efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, por lo que resulta constitucionalmente relevante (...) y determinante de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en relación con la garantía material de la cosa juzgada¹¹¹» (FJ 4). Así pues, el TC concede el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

B) *El derecho a un juicio justo (artículo 24.2 CE)*

a) El derecho a la defensa y la asistencia letrada

Nuevamente se plantea en este período un recurso de amparo por considerar vulnerado el derecho de asistencia letrada de la propia elección del recurrente en el trámite de comparecencia previsto en el artículo 14. 1 de la Ley 3/2003 sobre orden europea de detención y entrega, otorgando el TC el amparo solicitado. Se trata de la STC 81/2006, de 13 de marzo, en el que se planteó un recurso de amparo frente a la decisión de la AN de acordar la entrega a Francia de un nacional español en virtud de una euroorden para ser enjuiciado por delito de tráfico de drogas, aunque condicionado a que fuera devuelto a España para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que pudiera serle impuesta¹¹².

b) El derecho a un proceso con todas las garantías

En primer lugar, el TC ha otorgado el amparo solicitado *ex artículo 24.2 CE* en aquellos casos en que la condena se efectuó (en el país re-

¹¹¹ Merece llamar la atención sobre el Voto particular discrepante que formula el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez a esta sentencia cuando afirma tímidamente (utiliza la expresión «según creo») que la sentencia tenía que haber seguido la opinión ya manifestada por STC 293/2006 (FJ 4). Pues en nuestra opinión, yerra, consciente o inconscientemente, el magistrado Rodríguez-Zapata al atribuir al TC una opinión que no es tal, pues en dicho Fundamento Jurídico de la STC 293/2006, lo único que hace el TC es examinar la fundamentación de la resolución judicial de la AN impugnada en amparo, pero para nada la hace suya. Basta una simple lectura de dicha sentencia para apreciar dicho error.

¹¹² Según el TC «los órganos judiciales no permitieron que el recurrente fuera defendido por el Abogado por él designado, que era el que le había asistido en el procedimiento previo de extradición. Le fue impuesto un Abogado de oficio, sin que ello esté previsto en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, ni concurriera la circunstancia excepcional prevista en el art. 527 a) de la Ley de enjuiciamiento criminal (detenido o preso incomunicado)» (FJ 4).

quirente) en rebeldía. Así, la doctrina de nuestro TC respecto a la extradición a países que den validez a las condenas en rebeldía es que «constituye una vulneración «indirecta» de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el artículo 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, acceder a la extradición a países que, en casos 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» (entre otras, STC 177/2006, FJ 7¹¹³).

Si bien es cierto que ni la DM ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma establecen la mencionada exigencia como condición *sine qua non* para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada, no es menos cierto, según el TC, que «ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia, al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso —en este caso extradicional— con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada —implícita o explícitamente— por toda Ley nacional que se dicte al efecto» (FJ 7). Por lo demás, el artículo 5 de la DM prevé la posibilidad de que, en el caso de que la euroorden «se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía», la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedite «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución», entre otras, a la condición de que «la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista». Ello es indicativo de que la DM no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la en-

¹¹³ Recordamos que el recurso de amparo se interpuso contra un Auto de la AN por el que se acordó acceder a la entrega del demandante de amparo, de nacionalidad española, que había sido solicitada por las autoridades francesas —en virtud de la nueva normativa relativa a la euroorden— al efecto del cumplimiento de la pena de veinte años de prisión que le había sido impuesta en su ausencia por un Tribunal francés por razón de un hecho delictivo cometido en Francia en el año 1988. De los hechos se desprende que contra el recurrente y en su ausencia fue dictada en su día la mencionada Sentencia condenatoria; y que la AN no estableció, como condición para acceder a la entrega del recurrente, la consistente en la exigencia de que dicha condena pudiera ser revisada, exigencia que, sin embargo, el TC ha venido imponiendo en circunstancias similares.

trega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal efecto venga dispuesto por sus respectivos ordenamientos jurídicos¹¹⁴.

En segundo lugar, también se otorgó el amparo cuando el órgano judicial nacional requerido omitió la audiencia del procesado a los efectos del cumplimiento del artículo 12.2, f) de la Ley 3/2003. En efecto, analiza también, nuestro TC, el alcance del artículo 12.2 de la Ley 3/2003 que establece las causas por las que la autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea¹¹⁵. El TC, da la razón al recurrente, cuando reprocha al órgano judicial la falta de consideración de tales extremos que, en definitiva, revierte en una falta de tutela judicial a un nacional español al haberse decidido su entrega a Francia sin tener en cuenta que, siendo la finalidad de la misma la de cumplir condena, era obligado oírle al efecto de que prestase para ello el debido consentimiento de ser entregado. De este modo, nuestro TC decide que al recurrente hay que restablecerlo en la integridad de sus derechos y, a tal efecto, anular el Auto la AN de fecha 14 de julio de 2005, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse dicha resolución a fin de que por el mencionado órgano judicial se dicte otra que sea respetuosa de los derechos fundamentales, en concreto, el Auto recurrido debió haber condicionado la entrega a Francia al sometimiento a un nuevo juicio¹¹⁶.

¹¹⁴ Siendo ello así, entiende el TC «que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por este Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega del demandante a Francia y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho (vid., entre otras, STC 183/2004, de 2 de noviembre)».

¹¹⁵ En particular la letra f) que indica que «Cuando la orden europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España».

¹¹⁶ Y eso es lo que sucedió, la AN dictó un nuevo Auto de 11 de julio de 2006 por el que daba, supuestamente, cumplimiento a las exigencias señaladas por el TC. No obstante, en este segundo Auto se introdujo *ex novo* el dato de la nacionalidad francesa del recurrente, mientras en la STC 177/2006, la nacionalidad española no había sido discutida. De nuevo se inicia la vía de amparo constitucional, siendo la cuestión nuclear sobre la que giran las diferentes alegaciones plasmadas en la demanda de amparo en si este nuevo Auto ha ejecutado en sus propios términos lo dispuesto por la citada Sentencia del TC que, anulando un Auto anterior del mismo órgano judicial por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, ordenó la retroacción de actuaciones y el dictado de una nueva resolución acorde con tales derechos fundamentales; o sí, por el contrario, la modificación de los presupuestos fácticos de los que ésta partió, introduciendo *ex novo* el

C) *La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (artículo 9.3 CE)*

También se ha planteado ante el TC la problemática de la aplicación retroactiva de la Ley 3/2003 a procesos extradicionales previos a la euroorden, pero el TC no ha otorgado el amparo basado en dicho motivo. Así, el TC parte del hecho de que si el legislador hubiera querido que la Ley 3/2003 se aplicara a procesos extradicionales previos podría haber previsto la aplicación retroactiva de la misma a los procedimientos en curso¹¹⁷.

D) *La vulneración del derecho a la libertad (artículo 17.1 CE)*

Otra cuestión que ha tenido que analizar el TC es la relativa a la eventual vulneración del derecho a la libertad (artículo 17.1 CE) por superar el órgano judicial el plazo legalmente previsto para la privación de la misma en el concreto supuesto de que se trataba, decidiendo el TC otorgar el amparo basado en dicho motivo.

En concreto, el artículo 19 de la citada Ley 3/2003 dispone determinados plazos para adoptar la decisión judicial en relación con la entrega del reclamado, una vez decidida por el Juez Central de Instrucción la situación

dato de la nacionalidad francesa del demandante de amparo, impide dar efectividad al fallo de aquella Sentencia, infringiendo lo dispuesto en el art. 87.1 LOTC y, por ende, vulnerando nuevamente el derecho fundamental que en aquella se declaró lesionado. Pues bien, en este asunto, el TC en su STC 37/2007, de 12 de febrero, vuelve a conceder el amparo.

¹¹⁷ No obstante, como afirma el TC «ante la falta de prohibición expresa de la Ley 3/2003 de la reapertura de los procedimientos ya concluidos, la cuestión de la reapertura sólo tiene relevancia constitucional desde la perspectiva de un eventual desconocimiento del efecto de cosa juzgada de la primera resolución, pero no desde la perspectiva de la prohibición constitucional de retroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (art. 9.3 CE). De este modo, la resolución que resolvió sobre la procedencia o improcedencia de la extradición no contiene ninguna declaración expresa de reconocimiento de derechos, ni puede ser así interpretada, ya que la denegación de la extradición se sustentó en el principio de reciprocidad, a cuyo carácter nos acabamos de referir». Por consiguiente, afirma el TC «la posibilidad de reapertura indirecta de los procedimientos extradicionales ya concluidos, en los que la denegación de la extradición se sustentó en la ausencia de reciprocidad, con base en una nueva solicitud de detención y entrega al amparo de la Ley 3/2003, constituye una interpretación no prohibida ni por el art. 9.3 CE, cuyas prescripciones solo afecta a las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos, ni por la Ley 3/2003» (SSTC 83/2006, FJ 6 y 293/2006, FJ 7).

de éste, que puede ser de prisión o de libertad provisional (artículo 17.1 de la referida Ley). Ahora bien, adoptada ya judicialmente la decisión de entrega, es el artículo 20 de dicha Ley el que establece los plazos en que ha de ejecutarse la misma. Pues bien, confrontado ante esta cuestión, nuestro TC, una vez señalada su doctrina sobre el artículo 17.1 CE¹¹⁸, procede a aplicarlo al caso concreto y comprueba que se ha incumplido los plazos y, por tanto, concede el amparo por el motivo referido a la vulneración del derecho a la libertad personal del recurrente (artículo 17.1 CE)¹¹⁹

También en relación con el artículo 17.1 CE, podemos hacer referencia a otro supuesto examinado por el TC. Se trataba de un caso similar al anterior, donde se decreta la prisión provisional a efectos de ejecutar una euroorden. Pero en este segundo asunto, se suspende la entrega en ejecución de la euroorden, según prevé el art. 21 de la Ley 3/2003, por existir responsabilidades penales pendientes en España en una causa en la cual no se ha decretado prisión y sin que, pese a ello, se haya procedido a su puesta en libertad¹²⁰. Nuestro Alto Tribunal concluye que es constitucionalmente

¹¹⁸ Señala que «[l]a regla *nulla custodia sine lege* obliga a que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE) y se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad pueda verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se opera contra lo que la ley dispone (...). Y también hemos afirmado que los plazos han de cumplirse por los órganos judiciales, por lo que en caso de incumplimiento resulta afectada la garantía constitucional de la libertad contenida en el art. 17 CE (...)» (STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4).

¹¹⁹ Afirmando igualmente que «el hecho de que la entrega no hubiera podido llevarse a cabo en tiempo oportuno no puede entenderse que salve la inconstitucionalidad de la actuación de los órganos judiciales» (STC 99/2006, FJ 4).

¹²⁰ Pero, como afirma el TC, «ni en el citado precepto ni en ningún otro de esta Ley se prevé la posibilidad de que la prisión provisional eventualmente adoptada pueda prorrogarse durante el periodo de dicha suspensión». Por tanto, «el mantenimiento de la medida carece de una expresa cobertura legal, sin que resulte constitucionalmente admisible inferirla de la previsión de la suspensión de la entrega o de los plazos generales sobre prisión provisional establecidos en la Ley de enjuiciamiento criminal». Además, advierte el TC que «con la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, se introduce como factor decisivo para adoptar la resolución acordada un elemento ajeno a la medida cautelar e incierto e imprevisible para el recurrente: la pendencia de un procedimiento distinto ante la jurisdicción española. El carácter indeterminado del plazo máximo de duración de la prisión provisional que de ello deriva es incompatible con las exigencias de certeza y de sometimiento a plazo razonable de esta situación. Y, por tanto, la medida adoptada resulta desproporcionada».

inaceptable, en atención al significado prevalente del derecho a la libertad y al carácter excepcional de la prisión provisional, el mantenimiento de esta medida una vez agotados los plazos previstos en el artículo 20 de la Ley 3/2003. Por todo ello, el TC declara que se ha vulnerado en este el derecho a la libertad personal del recurrente, consagrado en el artículo 17.1 CE (STC 95/2007, FJ 7).

E) *La suspensión cautelar de la ejecución de Euroórdenes*

Por último, el TC ha continuado extendiendo su jurisprudencia sobre la suspensión cautelar de la ejecución de una extradición a la ejecución de las euroórdenes cuando pende un recurso de amparo constitucional¹²¹.

¹²¹ Así, el TC ha afirmado que «si bien la resolución cuya suspensión se solicita no aparece referida estrictamente a un supuesto de extradición pasiva, sino, conforme a lo establecido en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, a una orden europea de detención y entrega del recurrente para su enjuiciamiento en Francia, la doctrina expuesta resulta igualmente de aplicación, no sólo porque la nueva institución de la orden europea de detención y entrega se configura legalmente como sustitutiva del sistema de extradición entre los países firmantes del Convenio Europeo de Extradición, sino también porque (al igual que en el caso de la extradición pasiva) su 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» (AATC 330/2006, FJ 3; 68/2007, FJ 3). Hemos de destacar la opinión discordante del Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez respecto de la cuestión de la suspensión cautelar de la ejecución de euroórdenes. En su opinión, aunque se haya admitido a trámite este recurso de amparo no procedía adoptar la suspensión cautelar de la resolución judicial impugnada. El art. 56 de nuestra LOTC —que es el que regula la suspensión cautelar— admite en forma clara que la Sala «podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales». Según este magistrado «el Auto mayoritario afirma apodícticamente que no se da en este caso dicha perturbación (FJ 3) aunque se ve obligado a reconocer de inmediato, con un salto de razonamiento, que los intereses generales que concurren en la propia ejecución de esta resolución reclaman que el presente recurso se resuelva con la mayor premura posible, incluso anteponiéndolo en el orden de señalamientos (*sic* en el FJ 3 citado)». Subraya este Magistrado «la incompatibilidad que, por principio, ostenta el mecanismo de la euroorden con medidas procesales cautelares como la que se adopta en el Auto mayoritario. Salvo en casos extremadamente excepcionales, poniendo además un marcado énfasis en la excepcionalidad, la paulatina generalización de la suspensión cautelar por los Tribunales Constitucionales de la Unión Europea de la ejecución de estas Ordenes de detención y entrega va a poner en cuestión el sistema de euroorden mismo. El caso Darkanzanli, en la Sentencia del Tribunal alemán de 18 de julio de 2005 es un buen ejemplo de ello. Me remito a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de junio de 2005 (caso Pupino), que ilustra sobre el valor comunitario de la

V. EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Durante el ciclo analizado ha continuado el contencioso ocasionado por las ventajas fiscales otorgadas por las Normas forales vascas. El trasfondo de este contencioso afecta al Derecho comunitario en la medida en que la concesión de ventajas de carácter fiscal cae bajo el régimen comunitario de las ayudas de Estado¹²². Así, se han planteado ante el TC diversos recursos de amparo contra una sentencia (de la sala de lo Contencioso-Administrativo) del TS de 9 de diciembre de 2004 que declaró la nulidad de pleno derecho de determinados preceptos de las Normas forales de las Juntas generales de Guipúzcoa, Vizcaya y Álava de 1996 (reguladoras del Impuesto sobre sociedades en los Territorios Históricos) por su incompatibilidad con el Derecho comunitario, en la medida en que se consideraban por el TS ayudas de Estado que no habían sido notificadas a la Comisión. El TS había dictado esta sentencia sin plantear al TJCE cuestión prejudicial, lo que motivó que diversas instancias vascas¹²³ plantearan los recursos de amparo a los que nos referimos que han sido resueltos en 2007 mediante autos del TC.

Concretamente, las partes recurrentes alegaron la vulneración del artículo 24. 2 CE (derecho a un proceso con todas las garantías) y del artículo 24.1 CE (tutela judicial efectiva), lesiones que anudan al hecho de que el órgano judicial no planteó la cuestión prejudicial al TJCE con el fin de determinar si las Normas forales anuladas por la Sentencia del TS constituían ayudas de Estado. Sin embargo, el TC deniega el amparo solicitado puesto que considera que la decisión se ha tomado en el seno de un proceso con todas las garantías por un órgano judicial que, salvo en materia de

orden europea de detención y entrega, en un espacio común de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales». Se aparta también este Magistrado de la opinión mayoritaria sobre la procedencia de aplicar a la euroorden la doctrina del TC en los casos de extradición pasiva.

¹²² En un trabajo anterior ya tuvimos ocasión de comentar la STC 96/2002, en la que el TC consideró inconstitucional una norma estatal que extendía beneficios fiscales a los residentes en la UE *que no lo sean en España* y que había sido adoptada precisamente para dar cumplimiento a una previa Decisión condenatoria de la Comisión (LÓPEZ-JURADO, C., SEGURA SERRANO, A., *loc. cit.*, en p. 803 ss.).

¹²³ Planteados por el Gobierno Vasco, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, las Juntas Generales de Vizcaya, la Diputación Foral de Guipúzcoa, las Juntas Generales de Guipúzcoa y las Juntas Generales de Álava.

garantías constitucionales, es el máximo intérprete de la legalidad ordinaria. El TC alude también a la STC 58/2004 y a la jurisprudencia CILFIT del TJCE, y entiende que, aunque el TS se haya apartado de una sentencia previa del TSJ del País Vasco, ello no es óbice para obligarle a plantear la cuestión prejudicial si no tiene una duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada¹²⁴. El hecho de que el TC se aparte de la resolución de este delicado contencioso, afirmando, entre otras cosas, que no le corresponde resolver si existe o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario, no ha hecho sino derivar el asunto ante las instancias judiciales comunitarias.

En efecto, tras la sentencia del TS, los territorios históricos de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa volvieron a adoptar incentivos fiscales en el Impuesto sobre sociedades, lo que motivó que las CCAA de La Rioja y Castilla y León así como la UGT-Rioja planteasen un recurso ante la sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco. Este Tribunal decidió plantear entonces una cuestión prejudicial, que ha sido resuelta por el TJCE en la sentencia, de 11 de septiembre de 2008, UGT-Rioja. Se trata de una sentencia importante en la medida en que el TJCE, apoyándose en una sentencia previa de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión¹²⁵, revoca la doctrina que, en materia de ayudas de Estado, y concretamente en lo que atañe a la selectividad de dichas ayudas, había elaborado la Comisión y aplicado al caso de marras el TS, precisamente en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 *causante* de los recursos de amparo a los que nos hemos referido, y que fueron rechazados por el TC¹²⁶.

¹²⁴ Se trata de los Autos del TC 62/2007, de 26 de febrero de 2007; 219/2007, de 28 de abril de 2007; 225/2007, de 20 de abril de 2007; 256/2007, de 23 de mayo de 2007 y 259/2007, de 24 de mayo de 2007. Nos referimos, en el texto, al ATC 62/2007; en el resto de los Autos, el TC aprecia el carácter prematuro del recurso de amparo planteado dado que, algunas de las partes, simultáneamente, habían interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones.

¹²⁵ Sentencia del TJCE de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Consejo (régimen fiscal de las Azores), C-88/03, *Rec.* p. I-7115, véase en particular su apartado 58.

¹²⁶ El TJCE afirma lo siguiente: «el artículo 87 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter selectivo de una medida se tiene en cuenta la autonomía institucional, de procedimiento y económica de la que goce la autoridad que adopte la medida. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para identificar el Derecho nacional aplicable e interpretarlo, así como para aplicar el Derecho comunitario a los litigios de los que conoce, verificar si los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco gozan de tal autonomía, lo que tendría como consecuencia que las normas adoptadas dentro de los límites de las competencias otorgadas a dichas entidades

El Magistrado Ordóñez Solís ha subrayado que esta sentencia el TJCE hace gala de una gran deferencia hacia las autoridades españolas, pero también de una importante dosis de inseguridad jurídica, al dejar en manos de los Tribunales españoles la determinación de si la regulación foral se ajusta a las exigencias comunitarias europeas, tesis que compartimos¹²⁷. En este caso, parece razonable pensar que el TSJ del País Vasco entenderá que la CCAA del País Vasco ostenta del nivel de autonomía al que alude la sentencia del TJCE y que, por lo tanto, las normas forales vascas superan el nuevo *test* de selectividad de la ayuda de la normativa comunitaria. Otra cosa, será lo que pueda opinar el TS, si el asunto llega a sus manos, hipótesis poco probable si prospera un acuerdo político alcanzado entre el PSOE y el PNV (cuyos votos son necesarios para la aprobación de los Presupuestos y el Concierto económico vasco), que ha eliminado la posibilidad de recurrir la normativa fiscal ante la justicia ordinaria¹²⁸. En cualquier caso, nada impedirá que el contencioso pueda derivar, finalmente, y de nuevo, ante el TC¹²⁹, quien se enfrentará a una cuestión de verdadera relevancia constitucional, razón que puede explicar la autoexclusión del TJCE.

infraestatales por la Constitución y las demás disposiciones del Derecho español no tienen carácter selectivo, en el sentido del concepto de ayuda de Estado tal como aparece recogido en el artículo 87 CE, apartado 1º» (considerando 144). Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008, UGT-Rioja, C-428/06 a C-434/06, pendiente de publicación en la Recopilación de jurisprudencia.

¹²⁷ También afirma que «el Estado parece que asistió a Luxemburgo como un espectador atónito, aunque también tácitamente defendió el *status quo*» (ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «El Estado y las Comunidades autónomas ante los Tribunales europeos en materia de ayudas públicas: *bellum omnium contra omnes*», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 8, 2009, pp. 25-46, en p. 44). Sobre dicha sentencia, véase también FALCÓN Y TELLA, R., «El régimen de concierto o convenio, la prohibición de ayudas de Estado y la libertad de establecimiento: la STJCE de 11 de septiembre 2008 y sus antecedentes», *RDCE*, 2008, n.º 31, pp. 713-742.

¹²⁸ *El País*, 21.09.09, p. 16.

¹²⁹ La controversia, lejos de estar resuelta, ha conocido además un desarrollo más reciente que, si bien queda fuera del período reseñado en este trabajo, no podemos dejar de mencionar. En efecto, se trata de la sentencia de 9 de septiembre de 2009, Territorio Histórico de Álava, dictada en el marco de un recurso de anulación, en la que el TPI avala varias decisiones de la Comisión que vuelven a considerar ayudas de Estado las ventajas fiscales otorgadas por normas forales vascas correspondientes a 1996 (sentencia del TPI de 9 de septiembre de 2009, Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, T-230/01, a T-232/01 y T-267/01 a T-269/01, pendiente de publicación en la Recopilación de Jurisprudencia).

VI. EL CONTROL A *PRIORI* DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TRATADO DE LISBOA EN OTROS ESTADOS MIEMBROS

A diferencia de otros TTCC, el TC español no ha llevado a cabo un control previo de constitucionalidad del Tratado de Lisboa, tratado que, además, ya ha sido ratificado por España. Estimamos que la razón por la que el Gobierno o las Cámaras han decidido no dirigirse en esta ocasión al TC se debe a la identidad material que presenta dicho Tratado respecto al Tratado Constitucional, respecto al que sí se efectuó, como hemos mencionado, un control previo de constitucionalidad mediante la DTC 1/2004¹³⁰.

No ha ocurrido así en todos los países de la UE durante el periodo reseñado puesto que, como afirmamos al principio de este estudio, se han producido dos controles previos de constitucionalidad, uno en Francia (Decisión de 20 de diciembre de 2007 del Consejo Constitucional francés) y otro, en la República Checa (Sentencia de 26 de noviembre de 2008 del Tribunal Constitucional Checo). Ya, fuera del periodo reseñado, cabe señalar el control de constitucionalidad efectuado en Alemania (Declaración del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009) y nuevamente en la República Checa (Sentencia de 3 de noviembre de 2009).

En el caso francés, el control de constitucionalidad del Tratado de Lisboa, planteado por el Presidente de la República y efectuado por el *Conseil constitutionnel*, presenta en algunos aspectos similitud con su previa Decisión de 18 de noviembre de 2004, dictada en relación con el Tratado constitucional. No obstante, hay también algunas particularidades, en la medida en que la nueva Declaración guarda silencio respecto a la cuestión de la constitucionalidad del principio de primacía del derecho de la Unión (recordemos que el artículo I-6 del Tratado constitucional ha sido excluido finalmente del TUE), para abordar en detalle las estipulaciones relativas a la adhesión de la UE al CEDH que exigirá, en el sistema jurídico francés,

¹³⁰ El dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado de Lisboa de 13 de marzo de 2008 subraya esta identidad sustancial entre ambos tratados al indicar que: «se ha optado por un Tratado de reforma que acoge en su seno una gran parte del contenido del Tratado Constitucional, dejando en el camino aquellos elementos que generaban rechazo en algunos Estados por su excesiva connotación constitucional o estatal, sobre todo en su resonancia formal más que material». El informe se refiere, en este sentido, a la contención en que el Tratado de Lisboa verificará la transferencia de competencias derivadas de la Constitución y sugiere el art. 93 CE como cauce constitucional idóneo para la ratificación del Tratado (número de expediente 24/2008).

una previa autorización legislativa. También se identifican las cláusulas del Tratado de Lisboa que transfieren a la UE competencias que afectan a las condiciones de ejercicio de la soberanía nacional así como las cláusulas del Tratado que otorgan prerrogativas reforzadas a los Parlamentos nacionales, que han exigido una reforma constitucional¹³¹.

La Decisión del TC checo de 26 de noviembre de 2008 fue dictada como consecuencia del recurso presentado por el Senado de la República Checa en abril de 2008. De esta Decisión debemos destacar, de nuevo, el establecimiento de límites constitucionales al Derecho comunitario en caso de conflicto flagrante entre éste y lo que califica como «núcleo material» de la Constitución checa (formado por los requisitos sustantivos del Estado democrático de Derecho). También nos parece relevante, en la medida en que aquí hay también elementos de coincidencia con otras jurisdicciones constitucionales, la preocupación por el respeto del derecho nacional, especialmente en lo que respecta a la participación de los parlamentos nacionales en la implementación de las competencias compartidas, de las denominadas «cláusulas pasarela» (artículos 48. 6 y 7 del TUE) o de la cláusula de flexibilidad (artículo 352 TFUE)¹³².

En otros casos, algunos TC han sido llamados a pronunciarse sobre la negativa de algunos Gobiernos de convocar un referéndum como paso previo a la ratificación del Tratado de Lisboa. Concretamente, en el caso de Hungría, su TC, mediante Decisión n.º 61/2008, de 29 de abril de 2008, avaló la decisión que, al respecto, había adoptado el Comité electoral nacional al respecto basándose, fundamentalmente, en que dicho Tratado había sido ya ratificado. Por su parte, la Cámara de los Lores británica rechazó, mediante la Sentencia de 25 de junio de 2008, un recurso planteado por un empresario euroescéptico próximo al partido conservador, que cuestionó la decisión del Gobierno laborista de ratificar el Tratado de Lisboa sin plantear un referéndum, cuando lo había prometido previamente, aunque en relación con la ratificación del Tratado Constitucional. La Cámara de los Lores señaló, entre las razones para rechazar el recurso, las diferencias existentes entre ambos tratados y la interferencia que supondría una eventual decisión judicial que obligara a la convocatoria de referéndum

¹³¹ Un análisis detallado de la decisión puede verse en : ROUX, J., «Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité du Traité de Lisbonne: *bis repetita*? A propos de la décision n.º 2007-560 DC du 20 décembre 2007 », *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 1, janvier-mars 2008, pp. 5-27.

¹³² NEMECKOVA, P., *loc. cit.*, *RDCE*, 2009, n.º 32, pp. 239-258.

sobre el derecho del Parlamento a organizar su propio funcionamiento interno; también afirmó que una promesa electoral, argumento al que se acogía el recurrente en este caso, no puede engendrar una confianza legítima en razón de su carácter político intrínseco¹³³. En términos generales, de las últimas decisiones dictadas por los TC de países de la UE que se han pronunciado sobre el Tratado de Lisboa por la vía del control previo de constitucionalidad se desprende claramente un deseo, no oculto, de conciliar el Derecho comunitario con la soberanía parlamentaria. La sensación de que la progresiva cesión de competencias a la UE podría llegar a desnaturalizar el contenido esencial de su propia identidad constitucional, está en el trasfondo de una preocupación creciente por parte de los TTCC. En este sentido, y aunque quede fuera del período analizado por este estudio, la reciente Declaración del TC Federal alemán de 30 de junio de 2009 es, sin duda, emblemática¹³⁴.

Estas últimas declaraciones, entre las que también podríamos incluir en alguna medida la DTC 1/2004 del TC español, ponen de manifiesto la existencia de un creciente juego de influencias recíprocas en la jurisprudencia constitucional comparada en lo que al Derecho comunitario se refiere. Pero, también, parece desprenderse de ellas un doble mensaje. El primero, es de cautela, y va dirigido a las instituciones comunitarias, a las que se está invitando a cumplir escrupulosamente las competencias que se les asigna en el Derecho originario, entre las que figura, en lo que al control de los actos comunitarios se refiere, el TJCE. Y, el segundo, más tranquilizador, va dirigido a sus propios nacionales, a los que se indica, pri-

¹³³ Ya fuera del período reseñado en este trabajo, en Bélgica, su TC, en Decisión de 19 de marzo de 2009, ha rechazado un recurso de anulación contra un decreto flamenco de 10 de octubre de 2008 que aprobó el Tratado de Lisboa. Los recurrentes alegaron que dicho decreto creaba una diferencia de trato injustificable entre los ciudadanos de los Estados miembros que deben aprobar o rechazar el Tratado de Lisboa por medio de referéndum y los ciudadanos de los Estados miembros que aprobaban dicho Tratado a través de sus Parlamentos nacionales. Al parecer del TC, la diferencia de trato alegada deriva del orden constitucional de cada Estado, algo sobre lo que él no puede pronunciarse.

¹³⁴ En esta última son objeto de análisis la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE (antiguo art. 308 TCE), así como los procedimientos de revisión simplificados de determinadas secciones de los Tratados (conocidos como «cláusulas pasarela»). Ha sido aquí, en este último aspecto, en donde el TC Federal alemán ha exigido una mayor participación de las Cámaras legislativas alemanas (*Bundesrat* y *Bundestag*) como prerrequisito para que el representante alemán en el Consejo, en su día, pueda votar afirmativamente. Véase un primer análisis de dicha Declaración en el comentario editorial «Karlruhe has spoken: «Yes» to the Lisbon Treaty, but...», *Common Market Law Review*, 2009, n.º 46, pp. 1023-1033.

mero, que el papel de los parlamentos nacionales ha quedado reforzado con el Tratado de Lisboa (por lo que, en principio, debería decrecer la crítica relativa al déficit democrático de la Unión); y, segundo (y en este punto particularmente importante la última Declaración del TC Federal alemán), que cualquier movimiento futuro hacia lo que pudiera ser un Estado federal europeo, requerirá necesariamente su aprobación expresa.

VII. VALORACIONES FINALES

El período analizado en este trabajo (2006-2008) ha estado marcado en el ámbito de la UE por una profunda crisis política que, finalmente, ha podido ser salvada con la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa. Un período convulso, como indicábamos al comienzo de este trabajo, que ha afectado en distinta medida a la jurisprudencia del TC.

1. En primer lugar, se aprecia continuidad jurisprudencial en lo que atañe a la decisión del TC de controlar determinadas decisiones de los jueces de última instancia de no plantear cuestiones prejudiciales. Por su parte, el TC, a diferencia de otros TTCC, sigue sin utilizar el mecanismo del reenvío prejudicial.

2. En el ámbito de los derechos fundamentales destaca que el TC haya comenzado a utilizar la CDFUE tanto *ex* artículo 10.2 CE como en la confusa formulación jurídica que le otorgó la LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa por España. Con ello el TC, sin duda con una loable intención, anticipó, como el propio legislador español, la entrada en vigor de la CDFUE en la nueva formulación que le otorga el Tratado de Lisboa, una técnica jurídica discutible desde la estricta legalidad constitucional. Tampoco parece haber logrado el TC uniformidad jurisprudencial en la propia utilización de la CDFUE, que se hace de modo aleatorio, incluso dependiendo de qué Magistrados que ejercen como Ponentes. Nos parece que falta coherencia en este aspecto. También pensamos que ello es especialmente llamativo, y negativo, cuando las omisiones a la CDFUE, en cualquiera de sus formulaciones, afecta a un sector completo del Derecho de la UE como es la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la CPJP de la UE.

3. Cabe lamentar igualmente que el TC no haya querido utilizar, durante el período analizado, el artículo 93 CE como vía de recepción del Derecho comunitario derivado (como tampoco el artículo 96 CE en relación con el Derecho comunitario originario), defraudando, de alguna ma-

nera, las expectativas que él mismo creó en la DTC 1/2004. Ello no ha sido óbice, sin embargo, para que el Derecho comunitario, originario y derivado, haya sido utilizado aunque, como decimos, omitiendo, durante el período analizado, cualquier referencia a la base jurídica constitucional que lo posibilita.

4. Se aprecia un incremento notable del contencioso relativo a la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal de la UE, ámbito en el que la jurisprudencia constitucional comparada ha sido también especialmente fértil. Esta abundante jurisprudencia ha permitido al TC desgranar un elenco de derechos fundamentales cuya violación conlleva la concesión del amparo constitucional en relación con asuntos planteados contra la ejecución de euroórdenes (así, p. ej., han sido analizados derechos tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un juicio justo, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos, el derecho a la libertad, así como la suspensión cautelar de la ejecución de euroórdenes). Ello ha supuesto la afirmación del TC como Tribunal de control, en materia de garantías constitucionales, del juez interno que aplica esta normativa.

5. También se puede señalar, en la línea de análisis constitucionales previos, la disminución del contencioso judicial relativo a la aplicación del Derecho comunitario por las CCAA, a excepción del importante conflicto originado por las ventajas fiscales vascas, en el que cabe esperar futuros pronunciamientos del TC.

6. Por último, nuestro TC no ha llevado a cabo un control previo de la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, a diferencia de otros TTCC. De la jurisprudencia constitucional comparada cabe inferir un juego de influencias recíprocas que apunta a un control escrupuloso por parte de los TTCC de la legalidad, tanto interna como comunitaria.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

A) RESOLUCIONES DEL TJCE y del TPI

- STJCE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, C-106/77, *Rec.* p. 629.
- STJCE de 6 de octubre de 1982, *Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA/Ministry of Health*, C-283/81, *Rec.* p. 3415.
- STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Gerhard Kobler/Austria*, C-224/01, *Rec.* p. I-10239.

- STJCE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*, C-129/00, *Rec.* p. I-14637.
- STJCE de 16 de junio de 2005, *María Pupino*, C-105/03, *Rec.* p. I-05285.
- STJCE de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA/República Italiana*, C-173/03, *Rec.* p. I-5177.
- STJCE de 27 de junio de 2006, *Parlamento/Consejo*, C-540/03, *Rec.* p. I-5809.
- STJCE de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Consejo*, C-88/03, *Rec.* p. I-7115.
- STJCE de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.* p. I-2271.
- STJCE de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad*, C-303/05, *Rec.* p. I-3633. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer de 12 de septiembre de 2006.
- ATJCE de 16 de enero de 2008, *Polier/Najar EURL*, C-361/07, *Rec.* p. I-6.
- STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat*, C-402/05 P y C-415/05, *Rec.* p. I-6351.
- STJCE de 11 de septiembre de 2008, *UGT-Rioja*, C-428/06 a C-434/06, *Rec.* p. I-6747.
- STPI de 9 de septiembre de 2009, *Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava*, T-230/01 a T-232/01 y T-267/01 a T-269/01, pendiente de publicación en la Recopilación.

B) DECLARACIONES, SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Los Autos y Sentencias citados están disponibles en la página web del Tribunal Constitucional (www.tribunalconstitucional.es) y son los siguientes:

- STC 64/1991, de 22 marzo.
- DTC 1/1992, de 1 de julio.
- STC 147/2000, de 29 de mayo.
- STC 15/2002, de 28 de enero.
- STC 226/2002, de 9 de diciembre.
- STC 163/2003, de 29 de septiembre.
- DTC 1/2004, de 13 de diciembre.
- STC 49/2004, de 30 de marzo.
- STC 58/2004, de 19 de abril.
- STC 183/2004, de 2 de noviembre.
- STC 292/2005, de 10 de noviembre.
- STC 16/2006, de 19 de enero.
- STC 17/2006, de 30 de enero.
- STC 30/2006, de 30 de enero.
- STC 41/2006, de 13 de febrero.
- STC 81/2006, de 13 de marzo.
- STC 83/2006, de 13 de marzo.
- STC 99/2006, de 27 de marzo.
- STC 112/2006, de 5 de abril.
- STC 136/2006, de 8 de mayo.

- STC 177/2006, de 5 de junio.
- STC 194/2006, 19 de junio.
- STC 197/2006, de 3 de julio.
- STC 214/2006, de 3 de julio.
- ATC 330/2006, de 25 de septiembre.
- STC 293/2006, de 10 octubre.
- STC 324/2006, de 20 de noviembre.
- STC 327/2006, de 20 noviembre.
- STC 3/2007, de 15 de enero.
- STC 5/2007, de 15 de enero.
- STC 37/2007, de 12 de febrero.
- ATC 62/2007, de 26 de febrero.
- ATC 68/2007, de 26 de febrero.
- STC 69/2007, de 16 de abril.
- ATC 225/2007, de 20 de abril.
- ATC 219/2007, de 28 de abril.
- STC 95/2007, de 7 de mayo.
- ATC 256/2007, de 23 de mayo.
- ATC 259/2007, de 24 de mayo.
- STC 236/2007, de 7 de noviembre.
- STC 259/2007, de 19 de diciembre.
- STC 260/2007, de 20 de diciembre.
- STC 2/2008, de 29 de enero.
- STC 12/2008, de 29 de enero.
- STC 59/2008, de 14 de mayo.
- STC 120/2008, de 13 de octubre.
- ATC 188/2008, de 21 de julio.
- STC 92/2008, de 21 de julio.
- STC 120/2008, 13 de octubre.
- STC 176/2008, de 22 de diciembre.
- STC 183/2008, de 22 de diciembre.

C) RESOLUCIONES DE TRIBUNALES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS

- Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 18 de julio de 2005, BvR 2236/05.
- Declaración del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009.
- Sentencia del Tribunal de Arbitraje belga n.º 124/2005 de 13 de julio de 2005.
- Sentencia del Tribunal de Arbitraje belga n.º 51/2006 de 19 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional belga (anterior Tribunal de Arbitraje) n.º 128/2007 de 10 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional belga n.º 12/2008 de 14 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional belga n.º 131/2008 de 1 de septiembre.
- Decisión del Tribunal Supremo chipriota de 7 de noviembre de 2005, AP 294/2005 Abogado General de la República c. Costas Constantinous.

- Sentencia del Tribunal Constitucional checo (L'Ústavní soud) de 8 de marzo de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional checo de 3 de mayo de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional checo de 26 de noviembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional checo de 3 de noviembre de 2009.
- Decisión del Consejo Constitucional francés de 19 de noviembre de 2004.
- Decisión del Consejo Constitucional francés de 20 de diciembre de 2007.
- Decisión del Areios Pagos griego de 20 de diciembre de 2005, asunto 2483/2005.
- Decisión del Areios Pagos griego de 17 de enero de 2006, asunto 109/2006.
- Decisión de la Corte Costituzionale italiana de 21 de abril de 2008, Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione autonoma della Sardegna.
- Decisión del Tribunal Constitucional lituano (Lietuvos Respublikos Konstitucionis Teismas) de 14 de mayo de 2007, Julios Sabatauskas y otros/Lietuvos Respublikos Seima.
- Sentencia del Tribunal Constitucional polaco P 1/05 de 27 de abril de 2005.
- House of Lords británica asunto Marks & Spencer plc/Her Majesty's Commissioners of Customs and Excise (asunto C-309/06, *DOUE* C 261, de 28.10.2006, p. 10).
- House of Lords británica asunto Stringer y otros/Her Majesty's Revenue Customs (asunto C-520/06, *DOUE* C 56, de 10.3.2007, p. 19).
- House of Lords británica asunto Riunione Adriatica Di Sicurta SpA (RAS)/West Tankers (asunto C-185/07, *DOUE* C 155, de 7.7.2007, p. 9).
- House of Lords británica asunto Aventis Pasteur SA/Master Decían O'Byrne (asunto C-358/08, *DOUE* C 260, de 11.10.2008, p. 11).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2006-2008

RESUMEN: El presente estudio analiza la evolución de la jurisprudencia del TC relativa al Derecho de la Unión Europea durante el período comprendido entre 2006 y 2008, un período que ha estado marcado, en el ámbito de la UE, por la crisis del Tratado Constitucional y la adopción del nuevo Tratado de Lisboa, que todavía no había entrado en vigor durante el ciclo analizado. La jurisprudencia constitucional se inscribe en una línea continuista respecto al período precedente en lo que concierne al control efectuado por el TC sobre la decisión negativa de los jueces ordinarios al planteamiento de cuestiones prejudiciales. No obstante, en lo que atañe a la utilización de la CDFUE, el TC ha comenzado a invocarla a través del artículo 10.2 CE. También en el ámbito de los derechos humanos, se aprecia un aumento significativo de los recursos de amparo referidos al tercer pilar de la UE. Ello contrasta con la disminución del contencioso judicial relativo a la aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas, excepción hecha del importante conflicto sobre las vacaciones fiscales vascas.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional, aplicación judicial del Derecho comunitario, derechos humanos, euroorden, Derecho comunitario y Comunidades Autónomas.

SPANISH CONSTITUTIONAL COURT AND EUROPEAN UNION LAW,
2006-2008

ABSTRACT: This article analyses the evolution of Spanish Constitutional Court case law concerning European Union legislation between 2006 and 2008. This period was marked by a crisis regarding a Treaty establishing a European Constitution and the new Treaty of Lisbon – which was yet to enter into force.

During this period, constitutional case law continued along the same lines as before regarding the control exercised by the Constitutional Court over negative decisions of lower court judges with respect to the referral of preliminary cases. However, the Constitutional Court has begun to refer to the Charter of Fundamental Rights of the European Union through article 10.2 of the Spanish Constitution. Also in the area of human rights, a notable increase took place in appeals about the third pillar of the EU. This was in contrast to a reduction in judicial reviews of the application of EU law to Spanish regional governments (Comunidades Autónomas) – with the exception of a significant conflict regarding tax holidays in the Basque region.

KEY WORDS: Spanish Constitutional Court, judicial application of EU law, human rights, European arrest warrant, EU law, Spanish regional governments (Comunidades Autónomas).

COUR CONSTITUTIONNELLE ESPAGNOLE ET DROIT DE L'UNION
EUROPÉENNE, 2006-2008

RÉSUMÉ: Cette étude analyse l'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à l'égard du Droit de l'Union Européenne pendant la période 2006-2008, période signalée par la crise du Traité constitutionnel et l'adoption du nouveau Traité de Lisbonne, qui n'avait pas entré en vigueur pendant la période analysée. La jurisprudence constitutionnelle s'inscrit dans une ligne de continuité à l'égard de la période précédente en ce qui concerne le contrôle réalisé par la Cour constitutionnelle sur la négative des juges ordinaires à la présentation des questions préjudicielles. Néanmoins, en ce qui concerne l'emploi de la CDFUE, la Cour constitutionnelle s'est mise à l'invoquer par l'intermédiaire de l'article 10. 2 de la Constitution espagnole. Aussi dans le domaine des droits humains, on apprécie une augmentation significative des recours en garantie des droits à l'égard du troisième pilier de l'UE. Ceci contraste avec la diminution du contentieux judiciaire sur l'application du droit communautaire par les Communautés Autonomes, exception faite de l'important conflit sur les vacances fiscales basques.

MOTS-CLÉS: Cour constitutionnelle, application judiciaire du droit communautaire, droits humains, mandat d'arrêt européen, droit communautaire et Communautés autonomes.