

Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)

Cristina Izquierdo Sans

Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la UAM.
Letrada del Tribunal Constitucional

RESUMEN

La posibilidad de conflictos entre el TJ y los tribunales constitucionales en materia de protección de derechos fundamentales, lejos de haber desaparecido, es hoy más real que nunca. Tales conflictos no sólo pueden tener su origen en la existencia de un estándar de protección mayor por parte de estos últimos sino que, en la actualidad, también pueden derivar de la adopción por el TJ de posiciones más progresistas, como se ha puesto de relieve en España con la saga Fogasa. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, otorgando carácter vinculante a la Carta de Niza, junto a la intensa labor del TJ en la materia, pueden potenciar estas relaciones conflictivas o, tal vez, mover a una cultura de diálogo basada en el objetivo de lograr una equivalencia en los niveles de protección. En el caso del Tribunal Constitucional español, ese espíritu de diálogo debería estar garantizado por la plena entrada en escena del artículo 10.2 de la Constitución en relación con la Carta de Niza. Una novedad que debería llevar al máximo intérprete constitucional a tomar también debidamente en consideración la jurisprudencia del TJ y, en su caso, a plantear cuestiones prejudiciales ante este órgano. El nuevo papel que debe jugar la Carta a través del referido artículo 10.2, así como el papel que corresponde al legislador español en la materia, son algunos de los aspectos que abordamos en este estudio.

ABSTRACT

Far from vanishing, conflicts between the Court of Justice and the Constitutional Courts of the Member States in the field of fundamental rights are currently easy to occur. Such conflicts may have their roots not only in a higher standard of protection from the Constitutional Courts, but can also arise at present as a consequence of progressive attitudes of the ECJ, as shown in Spain with the “FOGASA” case-law. The entry into force of the Lisbon Treaty, making the Nice Charter legally binding, as well as the huge caseload of the ECJ, may increase the difficulties in the relationship between the ECJ and the Constitutional Courts or, on the contrary, it may contribute to build a culture of dialogue based on the objective of achieving equivalent standards of protection. As regard the Spanish Constitutional Court, such culture of dialogue should be guaranteed through the application of Article 10.2 of the 1978 Constitution in connection with the Nice Charter. This new scenario should at the same time lead the supreme interpreter of the Constitution to take duly into consideration the case-law of the ECJ and, as the case may be, to refer questions to the Court for preliminary rulings. The new role that the Charter should play through Article 10.2, and the function that corresponds to the Spanish legislature in this context, are some of the issues discussed in this article.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia, Tratado de Lisboa, Orden europea de detención y entrega, Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Decisión marco 2002/584/JAI, Decisión Marco 2009/299/JAI.

Keywords: Constitutional Court, Court of Justice, Lisbon Treaty, European arrest warrant and the surrender procedures, EU Charter of Fundamental Rights, Framework Decision 2009/299/JHA, Framework Decision 2002/584/JHA.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: CUANDO LUXEMBURGO «ALTERA» NUESTRO ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRATADO DE LISBOA: LA PLENA ENTRADA EN ESCENA DEL ART. 10.2 CE
 3. UN ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN MAYOR DEL TJ: LA SAGA FOGASA
 4. UN ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN MENOR DEL TJ. LA DELICADA CUESTIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL PROCESO
 5. ALGUNAS SOLUCIONES DE COMPROMISO—5.1. *El papel del legislador*—5.2. *El papel del Tribunal Constitucional. La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo*
-

1. INTRODUCCIÓN: CUANDO LUXEMBURGO «ALTERA» NUESTRO ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A las alturas en que nos encontramos, huelga detenerse a explicar algo de la afirmación que sigue: los derechos fundamentales son principios generales del Derecho de la Unión y se constituyen como parámetro de legalidad de los actos de la Unión, así como parámetro de enjuiciamiento de los actos de los Estados miembros cuando actúan en aplicación del Derecho de la Unión. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a partir de ahora TJ) desde finales de la década de los sesenta¹, cuando inició la construcción de esa conocida y señera jurisprudencia que tenía como único objetivo la incorporación de los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico comunitario. Sobre estas bases, el TJ se ha visto abocado a determinar el alcance que los derechos fundamentales tenían en un ordenamiento que predica de sí mismo la primacía sobre los ordenamientos estatales, incluidas las Constituciones, tal y como afirmó el entonces TJCE². Resulta palmario el potencial conflicto³ que surgía de esta realidad, especial-

¹ STJCE, asunto Stauder (C-29/69), de 12-11-1969.

² STJCE, asunto Internationale Handelsgesellschaft (C-11/70), de 17-12-1970. En ella, el TJ afirmó que «la alegación de los derechos fundamentales tales como están formulados por un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no pueden afectar a la validez del Derecho de la Unión o a su efecto en el territorio de su Estado. El TJ ha puesto en práctica su posición en diversas ocasiones y, recientemente, en su Sentencia Michaniki (STJCE, asunto Michaniki, C-213/07 de 16-11-2008) en la que declara la incompatibilidad entre una disposición de una Directiva comunitaria con una disposición nacional de rango constitucional en Grecia. No obstante, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, en España, un conflicto entre los llamados derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión y la Constitución no siempre esconderá a nuestros ojos un desacuerdo en materia de derechos fundamentales, pues la Carta de DF de la UE llama derechos fundamentales al conjunto de derechos de nuestro capítulo I, mientras que nuestra Constitución denomina fundamentales sólo a los derechos de la sección primera (incluyendo el art. 14 CE). En efecto, son muchos los pronunciamientos de Luxemburgo a favor de la primacía del ordenamiento de la Unión sobre la Constitución que han recaído sobre derechos constitucionales (propiedad –art. 33 CE–, libertad de empresa –art. 38 CE–), pero no sobre derechos fundamentales, que en nuestro ordenamiento reciben una protección mayor en virtud del art. 53 CE, sin perjuicio de que el mismo art. 53 CE impone al legislador la limitación del contenido esencial del derecho tanto en unos como en otros. Véase: A. SANTAMARÍA DACAL, «Una reflexión más sobre la primacía del Derecho De la Unión con ocasión de la Sentencia Michaniki y a la luz del Tratado de Lisboa», *REDE*, nº 30, 2009.

También: M. ZELAIA GARAGARZA, «Tribunales Constitucionales y Unión Europea», en: <http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/ComMaite.pdf>.

³ Véase: R. ALONSO GARCÍA, «Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», en *REDC*, núm 73, 2005/1.

mente con los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, existiendo al respecto diferentes pronunciamientos de algunos de ellos. Así, una toma de posición explícita y contundente de la jurisdicción constitucional italiana se produce en la Sentencia de 27 de diciembre de 1973, en el caso Frontini⁴, también del Tribunal Constitucional Federal alemán, en sus Solange I y II⁵ y en nuestro propio país, con la Declaración⁶.

Bien es cierto que tempranamente el TJ declaró que la determinación de los derechos fundamentales se realizaría sobre la base de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros –amén de los tratados internacionales de los que forman parte éstos– tomando en consideración los dos criterios siguientes: uno, mayor progresividad –búsqueda de las soluciones más elaboradas–; dos, carácter funcional –búsqueda de la adecuación de las soluciones a las peculiaridades del derecho de la Unión–⁷. Es posible que

⁴ Aunque el Tribunal italiano argumenta abriéndose a la eficacia directa de las disposiciones comunitarias y la supremacía del Derecho de la Unión, las reservas se mantienen para los derechos fundamentales. Según el Tribunal Constitucional italiano, el control sobre la compatibilidad constante de los Tratados con los principios fundamentales del orden jurídico constitucional y los derechos inalienables de la persona se hará «sólo en el caso, más que límite, casi impensable, de que las Instituciones hiciesen un uso o una interpretación aberrante de sus poderes», Sentencia Frontini 183/1973, véase el texto de la Sentencia en *Riv.Dir.Int* (1974), pp. 130-139.

⁵ El Tribunal Constitucional Federal alemán declaró, en 1974 que las normas comunitarias no podrían aplicarse en su país si vulneraban derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos por tratarse de elementos estructurales del ordenamiento que debían garantizarse en todo caso. Cuestionó la primacía, el monopolio de TJ para controlar la legalidad de los actos de la Unión y abrió la posibilidad de que el ordenamiento europeo resultara ineficaz por decisión de un tribunal interno, con los riesgos que ello generaba para la propia integración. En 1986, *en un segundo pronunciamiento, matizaba su posición y declaró que: «mientras la Comunidad Europea asegure la efectiva protección de los derechos fundamentales de manera sustancialmente similar a la protección requerida incondicionalmente por la Constitución, y salvaguarde el contenido esencial de los derechos fundamentales, no corresponde al Tribunal Constitucional examinar la conformidad del Derecho comunitario con el orden alemán»*. No obstante, no excluía la posibilidad de plantear una cuestión de constitucionalidad si el TJCE no aseguraba un nivel de protección comparable al establecido en la Constitución. Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974 y de 22 de octubre de 1986, as. Solange I y Solange II, el texto de las sentencias en castellano puede encontrarse en: *BJC*, nº 58, 1896, pag. 247 (Solange I) y *RIE* 1987, vol. 14, núm. 3 (Solange II).

⁶ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, Constitución Europea, «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes».

⁷ D. RUIZ-JARABO y B. CORREA GUIMERÁ, «La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en A. MARZAL (ed.), *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 137 y 138.

con ello el TJ pretendiera aliviar a los Estados miembros y asegurarles que el ordenamiento de la Unión respetaría sus estándares de protección de derechos fundamentales, de forma que pudieran confiar en dicho ordenamiento sin que fuera necesario ponerlo en solfa. Pero lo que en apariencia era un mensaje tranquilizador, puede estar convirtiéndose en un boomerang y ello puede suceder por diversos motivos.

Pongo algunos ejemplos de nuestro país ¿Qué ocurre cuando Luxemburgo –quizás en aras de esa progresividad– supera nuestro estándar de protección? ¿Qué sucede cuando el Tribunal Constitucional español ha considerado conforme al principio de igualdad (art. 14 CE) una norma de nuestro ordenamiento que traspone una norma de la Unión y, posteriormente, el TJ considera que el legislador español al trasponer dicha norma comunitaria realizó una interpretación del Derecho de la Unión vulneradora del principio de igualdad como derecho fundamental del ordenamiento de la Unión? Así sucedió en el caso FOGASA, posteriormente desarrollado en este trabajo. Es evidente que ello plantea un problema, pero no de inconstitucionalidad de la norma española. Y, cuando a la vista de los pronunciamientos de Luxemburgo, el legislador español modifica la norma española, sobre todo para evitar su inaplicación por parte de los órganos judiciales, obligados por la primacía del ordenamiento jurídico de la Unión... ¿dónde quedan los Tribunales Constitucionales? No se trata simplemente de proclamar la primacía, pues en materia de derechos fundamentales hay que ser más exquisito.

Y, ¿qué debemos hacer si el ordenamiento de la UE, desde luego en aras de una cultura común de los derechos fundamentales y sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, propone modificar nuestra tradición constitucional, por ejemplo, en materia de garantías del proceso (art. 24.2 CE)? Así ocurre en el ámbito de la orden europea de detención, en concreto con el juicio en ausencia. Se trata de un ámbito especialmente «no común» entre los Estados miembros. Es más que posible que sus propuestas tengan fundamento en la búsqueda de ese «carácter funcional» de los derechos fundamentales de la UE, que ha de traducirse en la opción por la solución que mejor se adecue a las peculiaridades del derecho de la Unión ¿Es ello un *lev motif* suficiente para el cambio?

En Bélgica, donde la cuestión recibe el nombre de concurso de derechos fundamentales⁸ y el problema se ha pretendido zanjar con una reforma

⁸ En Bélgica, el control de convencionalidad ejercido por los jueces ordinarios tropieza a veces con el control de constitucionalidad de las leyes que ejerce la Corte Constitucional, pues la Constitución contiene una serie de derechos fundamentales que son análogos e idénticos a los consagrados en los tratados internacionales, incluyendo el ordenamiento de la Unión. El riesgo de una jurisprudencia divergente entre la Corte Constitucional y otras jurisdicciones en lo que concierne a la protección de derechos fundamentales es lo que ha provocado la reforma que arriba se menciona. En sentido similar, se ha procedido a una reforma de la constitución francesa; véase: LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

legislativa que obliga a los órganos judiciales a interponer una cuestión de inconstitucionalidad cuando se invoque ante su jurisdicción que una ley, un decreto o cualquier disposición vulnera un derecho fundamental garantizado de forma análoga en la Constitución, en el ordenamiento europeo o en el ordenamiento internacional. Así, sin impedir formalmente a los órganos judiciales efectuar el control de convencionalidad, lo cierto es que la reforma hace prevalecer el control de constitucionalidad y, consecuentemente, no permite a los jueces belgas inaplicar la norma nacional en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión en los términos expresados en *Simmenthal*⁹, lo que no resulta baladí¹⁰. En esta situación, el 23 de noviembre de 2009 un juez de primera instancia de Lieja interpuso cuestión prejudicial planteando al TJ si el Derecho de la Unión se opone a que una ley nacional imponga al juez nacional un recurso obligatorio ante la Corte Constitucional¹¹, cuando constate que un ciudadano está siendo privado de las garantías del proceso consagradas en el art. 6 del CEDH por una ley nacional, sin que el juez pueda asegurar la aplicación del ordenamiento de la UE al litigio sometido ante él y aún ejercer un control de convencionalidad, caso de que la Corte Constitucional reconociera la compatibilidad de la ley nacional con los derechos fundamentales en la Constitución belga¹².

En los últimos años, en otros países europeos la colisión ha tomado forma de conflicto entre Constitución y normas nacionales de desarrollo de la Decisión Marco 2002/584/JAI que regula la orden de detención y entrega. Los Tribunales Constitucionales de algunos Estados miembros han declarado la inconstitucionalidad de dichas normas y las han anulado¹³. Pronto se puso de manifiesto que se trataba de un conflicto directo entre el Derecho de la Unión y las Constituciones de esos Estados, pues se trataba de normas nacionales que resultaban conformes con la norma de la UE que desarrollaban –la Decisión Marco 2002/584/JAI– siendo esta norma europea conforme a los tratados, como declaró el TJ¹⁴. El más reciente de los

⁹ Como es conocido, el órgano judicial inaplica el derecho nacional en virtud de su propia autoridad, sin que tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (STJCE, asunto *Simmenthal*, C-106/77 de 9-3-1978 y otra jurisprudencia posterior, *Mecanarte* –1991– *Cartesio* –2008– y *Kücükdeveci* –2010–).

¹⁰ Fue el 12 de julio de 2009 cuando se aprobó la reforma que modificaba el art. 26 de la *Loi spéciale relative à la Cour Constitutionnelle*.

Puede encontrarse en: <http://www.staatsbladclip.be/moniteur/lois/2009/07/31/loi-2009203283.html>

¹¹ Ello no prejuzga que la Corte Constitucional utilice la jurisprudencia del TEDH y del TJ en su hacer interpretativo ni que, llegado el caso, sea la Corte Constitucional la que interponga cuestión prejudicial ante el TJUE.

¹² *Affaire C-457/09*, 23 novembre 2009; État Belge.

¹³ Sentencia de 27 de abril de 2005 del Tribunal Constitucional polaco; Sentencia de 7 de noviembre de 2005 del Tribunal Supremo de Chipre; Sentencia de 18 de 2005 del Tribunal Constitucional alemán.

¹⁴ La Asociación *Advocaten voor de Wereld* interpuso un recurso de anulación ante la Corte de Arbitraje Belga (ahora denominada Corte Constitucional), denunciando que la ley de desarrollo de la Decisión Marco vulneraba el principio de legalidad penal como

conflictos ha sido la declaración de inconstitucionalidad de la norma nacional que, en Alemania, trasponía la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. El Tribunal Constitucional alemán ha considerado la norma de trasposición contraria al derecho a la intimidad tal y como este último está configurado en la jurisprudencia constitucional de aquél país¹⁵.

Creo que no es discutible el resultado que debe alcanzarse¹⁶: el logro de una equivalencia en el nivel de protección de los derechos fundamentales, un *ius commune* o una cultura común en ese ámbito. Pero el problema no es el objetivo, sino cómo articular perseguirlo en un entramado institucional que debe seguir existiendo y predicándose mutuo respeto. El nuevo Tratado de Lisboa no mejora la perspectiva de futuro, sino al contrario, la marcada implicación de la UE en materia de derechos fundamentales que de él se desprende, agudiza la potencialidad del conflicto.

Éstos son los trazos del estudio que a continuación presento y que he ordenado de la siguiente forma: uno, un repaso de la situación actual de los derechos fundamentales en la UE tras el Tratado de Lisboa, al objeto de conocer bien el terreno donde se genera el conflicto; dos, un estudio del conflicto, en sus diferentes manifestaciones, tanto cuando la UE supera nuestro estándar de protección como cuando pretende reducirlo y, tres, un análisis de las posibles soluciones, no todas igualmente válidas para todos los casos de conflicto.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRATADO DE LISBOA: LA PLENA ENTRADA EN ESCENA DEL ART. 10.2 CE

El Tratado de Lisboa otorga carácter vinculante a la Carta de Niza¹⁷ en su versión de 12 de diciembre de 2007, al incorporarla al texto de los tratados, si bien a través de una incorporación por referencia, técnica ya conocida en

consecuencia de la eliminación del control de la doble imposición para determinados delitos. Fue entonces cuando la Corte Constitucional Belga interpuso cuestión prejudicial ante el TJ, aduciendo vulneración de los principios de legalidad penal, igualdad y no discriminación. En STJ de 3 de mayo de 2007, el TJ declaró que la Decisión Marco 2002/584/JAI no vulneraba ningún derecho fundamental de los invocados. Véase: C. MAPELLI MARCHENA y F. IRURZUN MONTORO, La orden europea de detención y entrega a la luz del Tratado de la Unión Europea. Comentario a la STJCE de 3 de mayo de 2007 en el asunto *Advocatem voor de Wereld VZW*, en *REDE*, núm. 24, 2007. También, J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Réquiem por las Decisiones Marco: a propósito de la Orden de Detención Europea», *REEL*, 2007 y D. SARMIENTO, «European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence» *IJCL* 2008, pp. 171 y ss.

¹⁵ Véase: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/\(en\)/press/bvg10-011en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/(en)/press/bvg10-011en.html).

¹⁶ P. PÉREZ TREMPES, «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *REDE*, núm., 29/2009.

¹⁷ En relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, presentan especial interés los comentarios dirigidos por A. MANGAS MARTÍN, *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008.

el Derecho Internacional¹⁸, que no altera en absoluto la obligatoriedad del texto que se evita transcribir al tratado. En efecto, el nuevo artículo 6 del TUE en su apartado 1 afirma que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Pero no sólo vincula a la Unión, pues en virtud del art. 51 de la propia Carta, sus disposiciones están dirigidas también a los Estados miembros, si bien únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión¹⁹.

El recién estrenado carácter vinculante de la Carta, frente a su hasta ahora carácter político, puede aparentemente no evidenciar un cambio muy relevante, en la medida en que la Carta no hacía sino recoger y *codificar* los derechos fundamentales del Derecho de la Unión que el TJ había consagrado en su jurisprudencia como «principios generales del Derecho de la Unión»²⁰. Es posible que existan diferencias, es decir, es posible que existan derechos enunciados en la Carta respecto de los que el TJ aún no hubiera tenido ocasión de pronunciarse, pero cuesta creer que, de haberlo hecho, no hubiera respondido de la forma hoy dispuesta en la Carta. Así las cosas, se trata de que una parte del conocido como Derecho originario no escrito pasa ahora a la categoría de Derecho originario escrito. En realidad, ¿existe alguna diferencia? Como respuesta, me atrevo a preguntarle al lector si tiene la misma fuerza un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, cuando afirma en su STC 138/2005, de 26 de mayo,... *en relación con los derechos del menor, el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (aún sin fuerza jurídica vinculante)*²¹, frente a otro –plausible en el futuro²²–, que rece, por ejemplo,... *de entre los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección del menor, integrados en nuestro ordenamiento ex art. 10.2 CE, cabe destacar el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea...* La realidad es que el efecto que produce una declaración del entonces TJ en el sentido de que «los derechos fundamentales –sin más concreción–

¹⁸ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «La incorporación por referencia en el Derecho de los Tratados, Revista Española de Derecho Internacional», *REDI*, 1985.1, vol. 37.

¹⁹ Artículo 51 de la Carta. *Ámbito de aplicación*. 1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

²⁰ Sobre el tema, véase A. FERNÁNDEZ TOMÁS, «La Carta de los Derechos Fundamentales tras el Tratado de Lisboa», en J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (COORD.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 119.

²¹ En el mismo sentido: SSTC 273/2005, de 27 de octubre, 17/2006, de 30 de enero, 41/2006, de 13 de febrero.

²² Téngase en cuenta que la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa es 1 de diciembre de 2009, por lo que a día de hoy –abril 2010– el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de remitirse a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión como texto ya vinculante.

son parte de los principios generales del ordenamiento de la Unión», no es comparable con la adopción de la Carta –aún de carácter político– y, ahora, el carácter vinculante de la Carta. El Tribunal Constitucional sólo ha utilizado la jurisprudencia del TJ como canon hermenéutico de los derechos fundamentales en los casos particulares en que los tratados otorgaban competencias a la entonces Comunidad Europea. Puede observarse como, en efecto, toda la jurisprudencia constitucional que utiliza jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo a efectos interpretativos antes de la adopción de la Carta, son supuestos en los que se debate sobre la posible vulneración del derecho de igualdad y no discriminación²³. En todo caso, es bien distinto que los derechos fundamentales formaran parte del ordenamiento de la Unión que obliga a nuestro país, a que nuestro Tribunal Constitucional esté vinculado, a título interpretativo, a los pronunciamientos del TJ, *ex art.* 10.2 CE que hasta ahora, sólo podía predicarse de los derechos de igualdad y no discriminación. Así las cosas, la plena entrada en escena del art. 10.2 CE ya no es discutible, y tampoco debe serlo, la relevancia del cambio. A. MANGAS MARTÍN confirma esta interpretación cuando afirma que, en los futuros recursos de amparo, la Carta podrá ser invocada como fundamento jurídico de tales recursos en su calidad de derecho convencional vinculante y el Tribunal Constitucional deberá aplicarla, confrontarla con la legislación española de aplicación del derecho de la Unión, e interpretarla, debiendo tener en cuenta en ambas funciones la jurisprudencia del TJ²⁴. Por lo demás, conviene advertir que la LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, incorporaba un sorprendente art. 2 que afirma: «a tenor del art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la CE reconoce, se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que se transcribe en la propia Ley orgánica». Cabe preguntarse, si esta curiosa disposición adelantó la plena entrada en escena del art. 10.2 CE a la fecha de su entrada en vigor, el 1 de agosto de 2008, aunque puede ser discutible, pues la LO 1/2008 tenía como único objeto permitir a España la ratificación del Tratado de Lisboa y, en cierta medida, su eficacia estaba implícitamente condicionada a la entrada en vigor de Lis-

²³ El primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional que cita jurisprudencia del TJCE es la STC 132/1989, en la que menciona el art. 6 del Tratado de Roma a los efectos de interpretar el art. 14 CE. Posteriormente, son muchas las sentencias que, en el marco de los derechos socioeconómicos y siempre en relación con los principios de igualdad y no discriminación han citado jurisprudencia del TJCE (SSTC 240/1999, 196/2000, 199/2000, 250/2000, 41/2002, 17/2003, 253/2004). Sirva de ejemplo la STC 58/1994, FJ 4, «al no tratarse de trabajos iguales, el juicio constitucional se hace más complejo, y ha de tener en cuenta una serie de criterios que han de ser utilizados conjuntamente, para lo que cabe contar, al amparo de lo previsto en el art. 10.2 de nuestra Norma fundamental, las reglas que al respecto ha elaborado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de discriminación salarial». El TC ha limitado su mirada a Luxemburgo *ex art.* 10.2 a los derechos de igualdad y no discriminación.

²⁴ Véase, A. MANGAS MARTÍN, *Carta de derechos fundamentales de la Unión...*, ob. cit., p. 814. La autora explica que ello no significa que haya dos estándares de protección, sino que la permeabilidad de la Carta en todo el actuar del Estado será inevitable.

boa. En todo caso, es curioso advertir que nuestro Tribunal Constitucional, en las dos sentencias del año 2008 que mencionó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, ya había suprimido la coletilla de *aun sin fuerza jurídica vinculante*²⁵.

El nuevo artículo 6 del TUE remata tratando dos cuestiones más. Por un lado, afirma que «las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados» adelantando así lo que después explicita el art. 51 de la propia Carta²⁶: sólo se trata de un compromiso de respeto de los derechos fundamentales en el ejercicio de las competencias normativas atribuidas a la Unión en otros ámbitos, pero no existe transferencia de competencias en esta materia. El reconocimiento de los derechos de la Carta no debe verse, en principio, como un instrumento o coartada para la extensión de las competencias de la Unión²⁷. Dos, partiendo de esta carencia de competencia, el art. 6 en su último párrafo remite a los arts. 52 y 53 de la Carta para determinar los criterios de interpretación y aplicación de la Carta²⁸. Cobran, por tanto, especial relevancia tales preceptos, los arts. 52 y 53, que también recogen –como la propia Carta– el hacer de los años del TJ pero que, no obstante, resultan clarificadores y en cierta medida enriquecedores. Creo que se puede afirmar que el artículo 52²⁹ arranca también con ese mensaje que pretende ser tranquilizador y del que ya hemos hablado: la Unión Europea declara que en su proceso normativo va a incidir en los derechos fundamentales, pero asegura que ello no va a tener un efecto limitador de los contenidos sustantivos de los mismos, salvo que sea imprescindible para el interés general, casos en los cuales cualquier limitación será establecida por ley³⁰.

²⁵ Son las SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, 183/2008, de 22 de diciembre. La LO 1/2008, de 30 de julio, se publicó en el BOE de 31 de julio de 2008, nº 184, p. 32919.

²⁶ Artículo 51 de la Carta. *Ámbito de aplicación*. 1.../... 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

²⁷ A. MANGAS MARTÍN, *Carta de derechos fundamentales de la Unión...*, ob. cit., p. 815. A su juicio, justamente el efecto primero es el contrario, dada la naturaleza de los derechos fundamentales, pues son un límite de los poderes públicos mediante la garantía de los derechos individuales y colectivos.

²⁸ Art. 6 TUE, 2º párrafo: Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

²⁹ Art. 52.1 Carta: Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

³⁰ Téngase en cuenta que la redacción de la Carta es anterior al Tratado de Lisboa y que éste no introdujo finalmente la nueva tipología de actos de la UE prevista en la Constitución Europea. No obstante, tras el Tratado de Lisboa, el art. 289.3 del TFUE

El artículo 53 de la Carta es especialmente expresivo en esta misma línea al afirmar en relación con el nivel de protección que «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». Declarado su compromiso de no limitación de los derechos fundamentales por parte de las Instituciones comunitarias, la Carta enumera cuales van a ser los criterios interpretativos que utilizará para dar contenido a los derechos fundamentales. Las menciones no producen sorpresa alguna. No podían ser otras sino la suma del CEDH y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, añadiendo a ello las explicaciones que fueron aprobadas en la elaboración de la Carta de Niza. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES afirma que la pregunta básica que se plantea en la práctica es por qué nivel de protección ha de inclinarse la Unión cuando haya de interpretar un derecho fundamental aplicable dentro de su ámbito de competencias y con diferentes niveles de protección en cada ordenamiento nacional y si la respuesta es que prevalece el nivel de protección superior. A su juicio, la respuesta no debe ser necesariamente afirmativa, pues el art. 53 representa mas bien una fuente para concretar en cada caso el nivel de protección preciso que, en el ámbito competencial de la Unión exige el derecho en cuestión³¹.

Pero volvamos al art. 52. En su apartado 2, este precepto advierte que existen en los Tratados –no en la Carta– disposiciones que se refieren a derechos fundamentales –el derecho a la igualdad o a la no discriminación son un ejemplo de ello– y que su ejercicio debe llevarse a cabo en las condiciones y límites que establezcan los propios Tratados, lo que vuelve a ser una referencia a la contención para las Instituciones de la Unión³².

El apartado 3 del art. 52 advierte que el sentido y el alcance de los derechos fundamentales de la Carta podrán ser superiores a los que les confiera el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aparentemente ingenua, esta disposición puede no serlo tanto. En este sentido, cabe preguntarse por qué

califica de actos legislativos a todos los actos adoptados conforme al procedimiento legislativo ordinario.

³¹ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Comentario al art. 53 de la Carta», en: A. MANGAS MARTÍN, *Carta de derechos fundamentales de la Unión...*, ob. cit., pag. 859. La interpretación que realiza el autor del art. 53 de la Carta coherente bien con el carácter funcional de los derechos fundamentales de la Unión, del que ya advirtió el TJ.

³² Art. 52.2 de la Carta. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. En este sentido hay que advertir que la Unión tampoco carece de nula competencia, pues si hay una base jurídica en los tratados que atribuya competencia expresa en casos particulares, entonces la Unión estará habilitada para legislar en relación con un derecho fundamental.

el apartado 4 de este mismo precepto sólo afirma que «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». De manera expresa, siquiera se atisbe la posibilidad de que los derechos fundamentales de la Carta que resulten de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros puedan alcanzar un estándar mayor de protección que el otorgado por los propios Estados miembros. A. MANGAS las ha denominado cláusulas de apertura y afirma que, en el caso del CEDH, si la Unión estima que se debe alcanzar una protección mayor en alguno de los derechos que figuran en el CEDH, esta cláusula no podrá poner techo a una mejor protección y, sin embargo, tratándose de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, afirma que se trata simplemente de evitar divergencias entre el enunciado simple de la Carta y los conceptos arraigados en el interior de los Estados miembros³³. A mi juicio, el diferente trato puede tener su causa en la búsqueda de una fórmula tranquilizadora para los Estados miembros, pero como veremos más adelante, la práctica en la saga FOGASA³⁴ ha puesto de manifiesto que las divergencias existen y, en nuestro país, será difícil poner techo a una mayor protección, especialmente de la mano de la aplicación del art. 10.2 CE. En definitiva, es realista afirmar que se puede extender lo declarado del CEDH a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

Por lo demás, el Tratado de Lisboa incorpora un nuevo art. 4 del TUE que declara el respeto de la Unión a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros³⁵ y, como por todos es sabido, incorpora en su art. 6 un compromiso de adhesión al CEDH³⁶. Ninguno de ambos elementos es sorprendente, pero unidos ambos, ponen de manifiesto un compromiso mayor y una implicación más fuerte de la Unión con pilares

³³ A. MANGAS MARTÍN, *Carta de derechos fundamentales de la Unión...*, ob. cit. p. 839.

³⁴ Epígrafe 3 de este trabajo.

³⁵ La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.

³⁶ Art. 6.2 TUE. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales. Véase: A. PASTOR RIDRUEJO, «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y libertades Fundamentales», en: J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 151.

de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales, a saber, sus propias Constituciones, el CEDH y el TEDH³⁷.

Del conjunto de las disposiciones expuestas que regulan los derechos fundamentales en la UE conviene, además de retener la plena entrada en escena del art. 10.2 CE-, hacer una reflexión sobre si es real la ausencia de competencias normativas de la Unión en la materia, tal y como se declara en los artículos 6 del TUE y 51.2 de la Carta. Se ha advertido, que no existiendo competencia en el ámbito de la Unión salvo lo necesario para el anudamiento al ejercicio concreto de las competencias que le son atribuidas, la configuración constitucional de los derechos operará como un sistema de objetivos, principios y límites, que proporcionan una orientación de la acción normativa tanto desde una perspectiva negativa como positiva³⁸. El estudio que se realiza a continuación en varios ámbitos materiales pone sin embargo de relieve la intensa labor del TJ en materia de Derechos fundamentales y, en esa línea, no cabe descartar que la configuración de los derechos que hace el TJ tenga, en la práctica, tras el Tratado de Lisboa, un mayor alcance.

3. UN ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN MAYOR DEL TJ: LA SAGA FOGASA

El 25 de octubre de 1993 el Tribunal Constitucional dictaba su STC 306/1993. El recurrente en amparo denunciaba que las Sentencias impugnadas vulneraban el principio de igualdad, al declarar que el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) no debía responder del importe de las deudas salariales de un empresario declarado insolvente, porque tal importe había sido fijado en el trámite de conciliación preprocesal, celebrado entre éste y los trabajadores despedidos ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC). Los demandantes de amparo afirmaban que el art. 14 CE había sido transgredido pues, según una reiterada doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el FOGASA garantizaba el cobro por los trabajadores “de las sumas conciliadas ante la Magistratura de Trabajo en la conciliación previa al juicio”, resultando, por tanto, discrimi-

³⁷ El acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al CEDH, si se produce, estipulará las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo y b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso. Protocolo sobre la adhesión de la UE al CEDH. Sobre el tema, N. STOFFEL VALLOTON, «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias», en J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (COORD.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 179.

³⁸ G. CÁMARA VILLAR, «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión y su valor en el Tratado Constitucional», *REDCE*, 2004.

natorio que no se aplicara a un supuesto sustancialmente idéntico que es el de la conciliación prejudicial.

El Tribunal desestimó el recurso de amparo argumentando que las Sentencias impugnadas no aplicaron al caso una doctrina en sí misma discriminatoria y rechazó que se estuviera diferenciando entre la conciliación judicial y la prejudicial a los efectos de cobertura del FOGASA, pues se limitan a sostener que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del extinguido Tribunal Central de Trabajo, el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores excluía de la cobertura del FOGASA tanto la conciliación alcanzada ante el IMAC, como la lograda ante el juez. En efecto, en su redacción originaria dicho precepto afirmaba que la citada entidad sólo debía abonar las deudas reconocidas en Sentencia o resolución administrativa firme, pero no las reconocidas en virtud de pacto o conciliación, con independencia de que esta última haya tenido lugar ante el IMAC –u órgano equivalente– o ante el Juez. El Tribunal Constitucional declaró que no había tratamiento diferenciado de situaciones idénticas que permitiera trabar cabalmente un juicio constitucional de igualdad, toda vez que la situación de partida (trabajadores que acuerdan la conciliación) era objeto de igual tratamiento en la interpretación del órgano judicial y lo que se contemplaba de manera distinta era la conciliación respecto de la sentencia judicial o resolución administrativa. Se trataba, pues, de situaciones de partida distintas cuyo tratamiento diferente –sobre todo desde el punto de vista de la prevención de posibles fraudes– en nada vulneraba el art. 14 CE. El canon de constitucionalidad era claro: no hay tratamiento diferenciado de situaciones idénticas.

El art. 33 del Estatuto de los Trabajadores llegó al TJ de la mano de as. Rodríguez Caballero³⁹. El Sr. Rodríguez Caballero había logrado en conciliación judicial que su empresa reconociera la improcedencia del despido y su obligación de abonar los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la de la conciliación. Declarada insolvente la empresa, el Sr. Rodríguez Caballero solicitó al FOGASA el abono de los citados salarios de tramitación. Dicho Fondo denegó la solicitud e interpuesto recurso contra la denegación, el Juzgado de lo Social nº 2 de Albacete desestimó el recurso basándose en que el FOGASA, con arreglo al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, sólo era responsable subsidiario del abono de los salarios de tramitación cuando éstos habían sido reconocidos por el órgano jurisdiccional competente y no cuando procedieran de un acto de conciliación entre las partes. El caso no era estrictamente la indemnización pactada en acto de conciliación sino los salarios de tramitación acordados en acto de conciliación, pero a los efectos de nuestro interés la presunta vulneración del principio de igualdad se presentaba exactamente igual, pues se trata de que indemnizaciones o salarios de tramitación pactados en actos de conciliación, judicial o no, no formaban parte de la cobertura del FOGASA y esas mismas cuantías, sí eran asumidas por dicho organismo cuando eran declaradas en Sentencia judicial.

³⁹ STJCE de 12 de diciembre de 2002 (C-442/00).

Interpuesto recurso ante el TSJ de Castilla-La Mancha, éste, conocedor de la existencia de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, se planteó la duda de si debía entenderse que dentro del concepto «créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales», a que alude el artículo 1, apartado 1 de la Directiva, se encontraban los salarios de tramitación, independientemente de que éstos estuvieran fijados por resolución judicial, administrativa, o por cualquier otro procedimiento que fuera legalmente constatable y que pudiera ser controlable judicialmente, como ocurre con una conciliación alcanzada en presencia de un órgano judicial. En definitiva, el TSJ se planteaba la posible incompatibilidad de una norma de derecho interno con el derecho de la Unión, por lo que planteó cuestión prejudicial⁴⁰.

En Sentencia de 12 de diciembre de 2002, el TJ falló afirmando que si en la normativa nacional los créditos correspondientes a salarios de tramitación reconocidos mediante resolución judicial, generan la responsabilidad de la institución de garantía, un trato diferente para los créditos acordados en un acto de conciliación no está objetivamente justificado y el juez nacional debe dejar sin aplicar una normativa nacional que, vulnerando el principio de igualdad, los excluye⁴¹. En los fundamentos el Tribunal había expresado que el principio de igualdad en el ordenamiento de la Unión exige que las situaciones comparables –ya no idénticas, como exigió el Tribunal Constitucional español– no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente⁴².

Ésta es la primera Sentencia de una saga en la que el TJ reiteradamente declaró la vulneración del principio de igualdad del ordenamiento de la UE por el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores⁴³. Así, en el as. Olaso Valero, el FOGASA había denegado no sólo el pago de los salarios de tramitación, sino también el pago de una indemnización por despido improcedente, cantidades ambas que habían sido pactadas en acto de conciliación judi-

⁴⁰ Sobre el tema, véase: F. VALDÉS DAL-RÉ, «Los tribunales laborales en España y el derecho social de la Unión: un diálogo emergente», *Actualidad Laboral*, nº 43, 1998, pp. 813 ss y RENTERO JOVER, ARAMENDI SÁNCHEZ y LOUSADA AROCHENA, «La cuestión prejudicial y los órganos judiciales sociales», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2006.

⁴¹ El TSJ en la cuestión prejudicial también preguntaba acerca de la eficacia directa del art. 1.1 de la Directiva 80/987/CEE y, por ende, por la exigencia de dejar inaplicada la norma interna que excluyera del ámbito de responsabilidad de la institución estatal de garantía interna, el Fondo de Garantía Salarial, los salarios de tramitación pactados en conciliación realizada a presencia judicial.

⁴² FFJJ 29 a 32.

⁴³ Sobre el tema véase: M. AGÍS DASILVA, «El ordenamiento de la Unión y el modelo de cobertura de indemnizaciones por el FOGASA, o la crónica de un perpetuo desencuentro», *Aranzadi Social*, núm. 15, 2006.

cial⁴⁴. Cuando el caso llega al TSJ de la Comunidad Valenciana⁴⁵, éste, entendiendo que la cuestión de los salarios de tramitación había sido resuelta por el as. Rodríguez Caballero, plantea cuestión prejudicial en relación a la obligación del FOGASA de hacerse cargo de la indemnización por despido improcedente, pactada en conciliación judicial, ante la duda de que lo contrario resultara vulnerador del derecho a la igualdad en el ordenamiento jurídico de la Unión⁴⁶. En Sentencia de 16 de diciembre de 2004, el TJ se pronunció en la misma dirección que lo había hecho en el asunto Rodríguez Caballero y declaró que cuando la normativa nacional considere que las indemnizaciones por despido improcedente reconocidos en sentencia o resolución administrativa, estén comprendidos en el concepto de «retribución»⁴⁷ que cubre la institución de garantía salarial, los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación deben considerarse igualmente retribución en el sentido de la Directiva 80/987. La Directiva 80/987 había sido modificada al objeto de sustituir el término «retribución» por «indemnizaciones debidas al término de la relación laboral», pero la Directiva 2002/74 CE⁴⁸ entró en vigor con posterioridad a los hechos del litigio principal, y, por otro lado, se encontraba aún en plazo de trasposición. El TJ declaró, pues, que el juez nacional no debe aplicar una normativa interna que, vulnerando el principio de igualdad, excluye estos últimos créditos del concepto de «retribución». En los fundamentos el TJ reiteró la idea de que el principio de igualdad en el ordenamiento de la Unión exige que las *situaciones comparables* no reciban un trato diferente, a no ser que éste se

⁴⁴ Mediante acto de conciliación celebrado el 15 de diciembre de 1999 ante el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, en procedimiento por despido instado por el Sr. Olaso Valero, la empresa se había comprometido a pagar los salarios de tramitación y una indemnización por despido improcedente. Declarada la empresa insolvente, el Sr. Olaso Valero solicitó entonces las prestaciones de garantía del FOGASA, que le fueron denegadas alegando que las cantidades solicitadas habían sido pactadas en acto de conciliación y que, por lo tanto, no habían sido reconocidas en sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria de éstas, conforme a lo dispuesto en el artículo 14, apartado 2, del Real Decreto 505/1985.

⁴⁵ El Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, ante el que el Sr. Olaso Valero impugnó la resolución del FOGASA, desestimó la demanda mediante sentencia de 20 de marzo de 2003.

⁴⁶ Para el órgano judicial, la indemnización por despido improcedente reclamada estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, en la redacción anterior a la operada por la Directiva 2002/74/CE.

⁴⁷ Para el TJ, corresponde al juez nacional determinar si el término «retribución», tal como lo define el Derecho interno, incluye las indemnizaciones por despido improcedente. De ser así, dichas indemnizaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su redacción anterior a la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987.

⁴⁸ Art. 3 de la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002, DOCE L de 8 de octubre de 2002.

justifique objetivamente⁴⁹. Esta jurisprudencia se ha visto posteriormente reiterada⁵⁰.

Pero el punto de inflexión en este conflicto llegó de la mano de la Sentencia que el TJ pronunciaba con ocasión del as. Cordero Alonso el 7 de septiembre de 2006⁵¹. El FOGASA se negó a abonar el 60% de una indemnización por finalización de contrato de trabajo pactada en conciliación judicial –aduciendo precisamente su origen en un acto de conciliación– y el asunto llegó al TSJ de Castilla y León, que observó la contradicción existente entre la STC 306/1993, de 25 de octubre –que negaba la vulneración del art. 14 CE por el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores–, con la saga de sentencias que en relación con el FOGASA había dictado el TJ. Ello le llevó a plantear cuestión prejudicial, pero no sólo en relación con la ya conocida cuestión de si debían ser igual tratadas las indemnizaciones por finalización de contrato de trabajo, al margen de si habían sido pactadas en conciliación o decretadas en sentencia judicial, sino que realizó, además, la siguiente pregunta: ¿están vinculadas las instituciones administrativas y judiciales españolas, en la aplicación de la Directiva 80/987/CEE y de las normas de Derecho interno que incorporan el contenido de la misma, por el principio de igualdad ante la Ley e interdicción de discriminación resultante del Derecho de la Unión y con el alcance precisado por la interpretación dada al mismo por el Tribunal de Justicia [...], aunque ésta no coincida con la interpretación del derecho fundamental análogo reconocido por la Constitución Española en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español?

Como no cabía esperar de otra forma, el TJ en Sentencia de 7 de septiembre de 2006⁵² declaró que *en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, en su versión modificada por la Directiva 2002/74, el principio general de igualdad, tal y como se reconoce en el ordenamiento jurídico de la Unión, exige que cuando la normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, en caso de insolvencia del empresario, la institución de garantía se haga cargo del pago de las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo establecidas por una sentencia judicial, las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del*

⁴⁹ FJ 34. Sobre esta Sentencia véase el estudio realizado por D. MARTÍNEZ FONS, *El principio de igualdad de tratamiento en la tutela de las indemnizaciones por despido a cargo de FOGASA (Olaso Valero)*, IUSLABOR, 2005.3.

⁵⁰ El as. Guerrero Pecino es otro caso de esta *saga* FOGASA relativo a una indemnización por despido improcedente pactada en conciliación judicial, en el que el TJ resolvió por Auto de 13 de diciembre de 2005, en aplicación del art. 104.3 de su Reglamento de procedimiento, que le permite resolver por Auto motivado cuando es posible deducir claramente de su jurisprudencia la respuesta a la cuestión prejudicial planteada. El TJ aplicó en este supuesto la jurisprudencia Olaso Valero. Sobre el tema véase: M. AGÍS DASILVA, «El ordenamiento de la Unión y el modelo de cobertura de indemnizaciones por el FOGASA, o la crónica de un perpetuo desencuentro», ob. cit. p. 110.

⁵¹ STJCE, asunto Cordero Alonso (C-81/05), de 7 de septiembre de 2006.

⁵² STJCE de 7 de septiembre de 2006 (C-81/05).

órgano judicial deben recibir el mismo trato⁵³. El TJ fue un poco más explícito en su argumentación y explicó que, a su juicio, todos los trabajadores que hubieran perdido su empleo por haberse extinguido su contrato de trabajo se encuentran en una situación comparable⁵⁴, y afirmando que...*dado que el principio general de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho de la Unión, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. Ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno*⁵⁵. El TJ recordó, además, el deber del juez de dejar inaplicada la norma interna disconforme⁵⁶.

La jurisprudencia expuesta se enfrentaba a un conflicto entre derecho de la Unión y ley nacional en materia de derechos fundamentales. Pero un conflicto sobre el que cabía además preguntarse, como siempre debe hacerse cuando los derechos fundamentales sean el canon de enjuiciamiento del TJ, si se escondía detrás un problema de constitucionalidad. Recordemos que nuestro Tribunal Constitucional había aplicado «su canon de igualdad», que se concretaba en que ante la inexistencia de situaciones idénticas, cabe un tratamiento diferenciado y había declarado constitucional la norma nacional. Por su parte, el TJ consideró que se trataba de situaciones comparables, si bien no idénticas, y que en tales situaciones comparables no existe justificación objetiva del tratamiento diferenciado. Aparentemente los cánones son bien distintos, pero es cierto que el Tribunal Constitucional español fue estricto en la exigencia de una identidad que permitiera trabar cabalmente un juicio constitucional de igualdad, pese a que en otras ocasiones ha admitido que la existencia de diferencias no es relevante a los efectos de justificar un tratamiento diferenciado. En este sentido y salvando el supuesto que nos ocupa, no puede afirmarse que los cánones de constitucionalidad que utilizan ambos tribunales pongan de manifiesto actitudes irreconciliables y aunque sí que puntualmente pueden generarse conflictos, como ha sido expuesto, es posible la interpretación *en armonía* hoy predicada por el art. 52-3 de la Carta. En la medida en que el desajuste con el TJ era provocado en este caso por una mayor protección, ya advertida como posible en el art. 52.3 de la Carta, el conflicto tuvo fácil solución de la mano del legisla-

⁵³ FJ 42, llevado al apartado 2 del fallo.

⁵⁴ El TJ entiende que en todos los casos el empresario, debido a su estado de insolvencia, es incapaz de abonarles las indemnizaciones a las que legalmente tienen derecho y que mientras no se den razones que desvirtúen esta realidad, no estará justificado un trato diferenciado.

⁵⁵ FFJJ 40 y 41.

⁵⁶ El fallo en su apartado 3 reza: *El juez nacional debe dejar sin aplicar una norma interna que, vulnerando el principio de igualdad, tal y como éste se reconoce en el ordenamiento jurídico de la Unión, excluye que la institución de garantía competente se haga cargo del pago de las indemnizaciones por finalización del contrato reconocidas en un acuerdo entre trabajadores y empresarios celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial. Nada se dice de «incluso aunque el TC nacional haya considerado la norma cuestionada conforme al mismo derecho fundamental tal y como es entendido en el orden interno».*

dor español y, por qué no decirlo, con el fundamento último del art. 4.3 del TUE, que impone el juego del principio de cooperación leal, por el cual los Estados se comprometen a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. El 29 de diciembre de 2006, poco más de tres meses después de que el TJ dictó la sentencia Cordero Alonso, se reformaba el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁷ y se incorporaba la obligación del Fondo de Garantía Salarial de abonar las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de un acto de conciliación judicial⁵⁸.

Pero pese a lo descomplicado de la solución otorgada, no quiero dejar de realizar una última reflexión. Cuando el TJ interpreta el Derecho de la Unión al objeto de que los órganos nacionales puedan valorar el ajuste al mismo del Derecho nacional, en realidad, imbrica su labor de intérprete del Derecho de la Unión con su función de garante del cumplimiento de las obligaciones que los Tratados imponen a los Estados⁵⁹. No obstante, tal justificación no le ha liberado de la crítica acerca del posible exceso de jurisdicción que asume en la cuestión prejudicial, por el presunto control que ejerce sobre el derecho nacional, que queda extramuros de su competencia. Extramuros de la competencia de la Unión, también quedan los derechos fundamentales, sin perjuicio de la competencia del TJ para valorar el respeto del derecho de la Unión y de los actos nacionales de ejecución a los mismos. Y cuando el TJ estima que éstos no han sido respetados y reclama la inaplicación del derecho nacional, no por vulneración de la norma comunitaria de la que trae causa, sino por vulneración de los principios generales del Derecho de la Unión, lo hace, obviamente, dando contenido a esos principios generales y estableciendo, pues, un canon de enjuiciamiento o canon de constitucionalidad, término más adecuado cuando hablamos de derechos fundamentales. Ciertamente, en estos casos, el Tribunal de Justicia debe permanecer con rigor dentro de los límites de su propia

⁵⁷ El 29 de enero de 2006 se publicaba en el BOE la Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo. Su art. 12 reformaba el Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, el apartado 4 se ocupaba de la reforma del art. 33.2 del Estatuto, que es la que a nosotros nos atañe.

⁵⁸ La saga FOGASA no terminó exactamente ahí. El 21 de febrero de 2008 el TJ dictaba sentencia en el as. Robledillo (STJCE, de 21 de febrero de 2008, C-498/06) en el que declaraba que la exclusión de la cobertura del FOGASA de las indemnizaciones pactadas en conciliación extrajudicial –tal y como contemplaba el ordenamiento español– no vulneraba el principio de igualdad en el ordenamiento de la Unión, pues tal exclusión, objetivamente justificada, constituía una medida necesaria con el fin de evitar abusos, en el sentido del art. 10 letra a) de la Directiva 80/987. El 13 de octubre de 2008, el TS dictaba su primera sentencia en aplicación de la jurisprudencia Robledillo (STS, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2008, FJ tercero). Ello pone de manifiesto un acuerdo mayor en la materia de lo que el caso hubiera podido dar a entender.

⁵⁹ En materia de derechos fundamentales, es el artículo 51 de la Carta el que dispone que su contenido se dirige también a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

jurisdicción y mantener su posición de garante de los derechos fundamentales estrictamente dentro de los límites de actuación que le marcan los Tratados. Pese a las críticas, es posible entender que el TJ se ajusta a lo dispuesto en el art. 6.1 TUE y que cumple con lo dispuesto en el apartado 2 del mismo precepto, construyendo los principios generales con los derechos que garantiza el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Si eso es así, por qué no entenderlo en esa clave, convendría al TJ que lo explicara. O más aún, como respuesta a la confianza depositada en él por los Estados miembros en materia de derechos fundamentales, definitivamente consagrada en el Tratado de Lisboa, el TJ debería explicar qué mimbres, de entre todos con los que cuenta, le llevan en cada caso a construir dicho canon de constitucionalidad.

4. UN ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN MENOR DEL TJ. LA DELICADA CUESTIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL PROCESO

El 31 de enero de 2006, el Tribunal Constitucional español dictaba su STC 30/2006. Era la primera vez que el Tribunal se pronunciaba sobre el binomio euroorden-extradición⁶⁰, del que se ha dicho que si bien no varía en cuanto a su finalidad, que se concreta en facilitar un proceso penal sobre un sujeto que se halla en otro Estado, sí se ha modificado su carácter y los sujetos intervinientes. Mientras que la extradición es de carácter básicamente político y la relación subjetiva tradicionalmente se ha considerado bilateral y fundamentalmente interestatal⁶¹; la orden europea de detención y entrega es una decisión esencialmente jurídica, judicial y en la que los sujetos implicados son tres, pues la persona reclamada deja de ser objeto para convertirse en el verdadero sujeto del proceso⁶². En todo caso, perso-

⁶⁰ Antes de la STC 30/2006, se habían planteado varios supuestos en relación con la euroorden (SSTC 211/2005, de 18 de julio, 292/2005, de 10 de noviembre, 328/2005 y 339/2005, de 20 de diciembre), pero por diferentes motivos el TC no había tenido que pronunciarse sobre las diferencias entre euroorden y extradición, especialmente en lo que a garantías del proceso se refiere, que es el foco de mayores problemas de la euroorden.

⁶¹ No obstante dicha relación bilateral, M. PÉREZ MANZANO ha llamado acertadamente la atención sobre el hecho de que la relación triangular se generó durante el S. XX al desarrollar la extradición su componente jurídico y garantista, vinculado a la realidad de que el reclamado no pierde su estatus constitucional de persona o de sujeto en Derecho durante la tramitación de la extradición, como no pierde la cualidad de sujeto frente a los poderes públicos en ninguna situación en el Estado constitucional. En este sentido, la orden europea de detención sería el último de los desarrollos habidos. Véase: «La extradición: una institución constitucional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario 2 (2004), pp. 213 y ss.

⁶² En esta línea: CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la orden de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003, del mismo autor, «La extradición y la orden de detención europea», en: *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, p. 19; Sobre el binomio extradición- euroorden véase también: GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento español, internacional y de la Unión*, Granada, 2005.

nalmente creo que no es cuestionable que la extradición y la orden de detención y entrega son procedimientos distintos, lo que no impide cierta coincidencia en algunos de sus elementos, sin que ello pueda sorprender teniendo en cuenta que ambos se crean al mismo objeto, pero se generan en ordenamientos jurídicos diferentes. No obstante esto, el Tribunal Constitucional español no se planteó en un momento inicial una reflexión sobre la diferenciación entre una y otra⁶³ institución, si bien en un momento inicial no era necesario, pues en términos de necesidad sólo se planteó cuando se presentó la primera ocasión de extender la jurisprudencia constitucional sobre extradición a la orden de detención y entrega, lo que ocurre con la STC 30/2006. Como veremos a continuación, fue casi inconsciente la aplicación de la dinámica extradicional a la orden de detención y entrega⁶⁴, pero pronto se encontró con límites, siendo el primero el juego del principio de reciprocidad del art. 13.3 en la orden de detención y entrega⁶⁵. Ha sido precisamente esta ausencia de reflexión inicial el problema que hoy se sigue arrastrando y que genera un conflicto cuando el ordenamiento de la Unión o los pronunciamientos de Luxemburgo no cohonestan bien con nuestra jurisprudencia constitucional en la materia⁶⁶.

En la STC 30/2006, de 31 de enero, la controversia giraba en torno a la

⁶³ Sí lo han hecho otros Tribunales Constitucionales, pues precisamente las declaraciones de inconstitucionalidad de la norma de transposición de la euroorden en varios países europeos se derivan de haber identificado la extradición y la orden de detención y entrega. Recordemos, por ejemplo, que hecha tal identificación, el Tribunal Constitucional de Polonia afirma que la Constitución polaca prohibía tajantemente la extradición de sus nacionales y que era necesaria su reforma para la operatividad de la Decisión Marco en dicho país (Sentencia de 27 de abril de 2005). El Tribunal Constitucional de Chipre se pronunció en idéntico sentido, en Sentencia de 7 de noviembre de 2005. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán anuló la norma de trasposición de la Decisión Marco porque no respetó los límites de la Constitución en relación con la extradición de sus nacionales, que no estaba prohibida pero sí sujeta a límites (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005). En contraste con estas decisiones, el Tribunal Constitucional de la República Checa, en la Sentencia de 3 de mayo de 2006, ha aceptado la distinción entre extradición y orden europea de detención, descartando la aplicación de la prohibición constitucional de extraditar a nacionales, siendo determinante la configuración judicial del procedimiento de la orden europea, así como el grado de confianza entre los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión en materia de derechos fundamentales. Sobre el tema véase: F. IRURZUN y C. MAPELLI, «Orden Europea de detención y Constitución (comentario a la STC 177/2006, de 5 de junio)», *Noticias de la UE*, nº 282, julio 2008.

⁶⁴ Por ejemplo en las SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3; 80/2006, de 13 de marzo, FJ 3. M. PÉREZ MANZANO afirma que tal aplicación no puede ser objeto de crítica, pues sólo desde una posición estrictamente nominalista se puede pretender que el cambio de denominación de un acto de un poder público modificara su régimen constitucional. Véase: M. PÉREZ MANZANO, «Comentario al art. 13.3 CE. El control constitucional de extradición y la orden europea de detención y entrega», en: *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, DIRECC. CASAS BAHAMONDE y RODRÍGUEZ PIÑERO, Wolters-Kluwer España, 2009.

⁶⁵ STC 177/2006, de 5 de junio, FJ 5.

⁶⁶ Explica muy bien la jurisprudencia sobre la materia el estudio recién citado de M. PÉREZ MANZANO, «Comentario al art. 13.3 CE...».

indebida aplicación por parte de la Audiencia Nacional de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, reguladora de la orden europea de detención, en lugar del sistema extradicional y, como consecuencia de lo anterior, la indebida decisión de entregar a Francia a la recurrente, que argumentaba que el principio de reciprocidad plasmado en el art. 13.3 CE tenía que haber impedido a España su entrega, pues Francia, como Estado ejecutor, habría aplicado el Convenio Europeo de Extradición y no habría entregado a sus nacionales. En definitiva, la recurrente en amparo reclamaba el juego del principio de reciprocidad para conseguir la aplicación a su caso del Convenio Europeo de Extradición, lo que daría como consecuencia su no entrega a Francia. En efecto, si Francia era igualmente Estado miembro de la Unión y, sin embargo, aplicaba dicho Convenio y no la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio, España podía y debía hacer lo mismo. El conflicto es así planteado por la recurrente, pero el Tribunal Constitucional, con mucha razón, lo invierte, si bien con una escasez de explicaciones y argumentos que hacen de esta Sentencia un precedente poco útil. El Tribunal afirma que el juicio de constitucionalidad que le correspondía hacer no era aplicar el principio de reciprocidad para determinar si la norma aplicada por el órgano judicial español estaba bien seleccionada en función de la que hubiera aplicado el órgano judicial en Francia. Lejos de eso, el Tribunal considera que sólo le correspondía realizar el juicio externo de si la selección de la norma aplicable efectuada por la Audiencia Nacional podía hacerse acreedora de un reproche de irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente y alcanza la conclusión de que de la resolución impugnada se deducen perfectamente los criterios jurídicos que fundamentan su decisión de aplicar la Ley 3/2003, pues explicita que la disposición transitoria de la propia Ley permite la aplicación del procedimiento de euroorden a hechos anteriores a su entrada en vigor⁶⁷, como es el caso⁶⁸. Sobre estas bases el Tribunal desestima el amparo y considera la entrega de la nacional española conforme a Derecho.

La fisura de esta Sentencia se concreta en que no explica por qué Francia puede aplicar el Convenio Europeo de Extradición y ello no vulnera el principio de reciprocidad. El Tribunal consideró que no era imprescindible y,

⁶⁷ El problema que subyace es la sospecha de aplicación retroactiva de la Ley 3/2003 y que ello supusiera una vulneración del art. 25.1 CE, el principio de legalidad penal. El TC ha negado tal vulneración afirmando que la ley española sobre la orden de detención y entrega no es una ley penal, sino una ley procesal, por lo que su aplicación retroactiva no puede ser juzgada desde la perspectiva del art. 25.1 CE sino con el art. 24.1 CE. Ver STC 177/2006, FJ. 8.a).

⁶⁸ La disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003, según la cual la misma ley «será aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieren a hechos anteriores a la misma». En el presente caso la orden europea de detención y entrega enviada por Francia tiene fecha de 1 de julio de 2004, siendo emitida el 16 de agosto de 2004 y recibida en dicha fecha en el Juzgado Central de Instrucción, por lo que indudablemente debe considerarse emitida con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2003, que tuvo lugar el 18 de marzo de 2003.

en sentido estricto, no lo era. La propia recurrente le había dado la solución, pues había reclamado el principio de reciprocidad sólo para la selección de la norma aplicable por parte del órgano judicial español y, así las cosas, el Tribunal consideró suficiente afirmar que la queja relativa al principio de reciprocidad sólo se proyectaba en la genérica decisión de la selección de la norma aplicable y no involucraba ningún otro derecho fundamental de la recurrente, por lo que no eran necesarios mayores pronunciamientos.

La STC 177/2006, de 5 de junio, resulta esclarecedora de lo ocurrido en la 30/2006, de 31 de enero. Se impugnaba un Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 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 una euroorden al efecto del cumplimiento de la pena de veinte años de prisión que le había sido impuesta en el año 1998 por un tribunal francés, en un juicio celebrado en su ausencia. El recurrente aducía que dicha decisión había vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías, entre otras cosas por falta de motivación suficiente acerca de la exigencia de reciprocidad y por no haber condicionado la entrega a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia.

La Sentencia presenta su mayor virtud en el análisis que incorpora relativo a las diferencias entre euroorden y extradición, poniendo de relieve que la solicitud de entrega del demandante de amparo fue cursada por Francia a través de una orden de entrega y detención, ajustada al nuevo contexto de relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea instaurado por una Decisión Marco del Consejo. Después, advierte que el art. 32 de la misma permitía a los Estados hacer una declaración en la que indicasen que seguirían tramitando las solicitudes de entrega relativas a los actos cometidos antes de una determinada fecha con arreglo al sistema de extradición anterior y que Francia hizo uso de esa posibilidad, poniendo como fecha los actos cometidos antes del 1 de noviembre de 1993. Llegado aquí, el Tribunal declara «...tiene pues razón el recurrente cuando afirma que, de acuerdo con esta declaración, Francia no procedería a la entrega de un nacional francés a España por razón de hechos cometidos con anterioridad a esa fecha de 1 de noviembre de 1993»⁶⁹.

Pero a continuación el Tribunal declara que la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega 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 y que las obligaciones que de la Decisión Marco se derivan no pueden ser sometidas a dicho principio. El Tribunal afirma que al no haber hecho España uso de la posibilidad restrictiva que le brindaba el art. 32 de dicha

⁶⁹ Es ésta la «omisión argumental indebida» en la STC 30/2006 que acabamos de analizar, en la que no se explicaba por qué Francia podía aplicar a algunos supuestos el Convenio Europeo de extradición y ello no vulneraba el principio de reciprocidad.

Decisión, ha de atender la solicitud de entrega cursada por Francia, aun a sabiendas de que este último país no procedería a entregar a sus nacionales en esas mismas circunstancias, pues la permanencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega excluye toda posibilidad de reclamar una reciprocidad a la que se ha renunciado voluntariamente, sea cual fuere la actitud observada por el Estado reclamante a este respecto⁷⁰. Puede afirmarse que, en esta Sentencia, los pronunciamientos del Tribunal en relación con el juego del principio de reciprocidad en el marco de la euroorden son claros y producen, por primera vez, el efecto de detener la aplicación de las dinámicas extradicionales a las ordenes de entrega cursadas a través de la orden europea de detención. Se ha dicho de ella que fue un «ejercicio de confianza europea» por parte del Tribunal Constitucional, si bien se le ha recriminado su insuficiente apoyo argumental, pues era la primera vez que el Tribunal se pronunciaba sobre la consideración diferenciada del régimen de entregas, en una decisión que suponía nada menos que validar la opción escogida por el Gobierno, que remitió al Congreso los proyectos de Ley orgánica y Ley ordinaria necesarios para aplicar la Decisión Marco sin plantearse previamente la conveniencia de plantear la reforma del art. 13.3 de la Constitución⁷¹.

De esta Sentencia es también importante destacar que el Tribunal tiene que enfrentarse a otra queja sobre garantías del proceso, pues recordemos que el recurrente había sido juzgado en ausencia por los tribunales franceses y su entrega no había sido condicionada a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia. El Tribunal partió de analizar cómo estaba regulada la garantía reclamada –presencia en el juicio del imputado– en ese nuevo marco jurídico y llegó a la conclusión de que, aunque la Ley 3/2003 no había establecido la presencia del imputado como *conditio sine qua non* para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada, tal exigencia es inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución, cual es el dere-

⁷⁰ Sin perjuicio de que la legislación en materia de extradición puede contener disposiciones sobre la garantía de la reciprocidad en el procedimiento extradicional, la determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponde al Gobierno (STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 7), por lo que no parece haber obstáculo a que el Gobierno restrinja el juego de ese principio en el marco de la negociación de ciertas normas internacionales, como es el caso de la orden europea de detención y entrega.

⁷¹ F. IRURZUN y C. MAPELLI, «Orden Europea de detención y Constitución (comentario a la STC 177/2006, de 5 de junio)», *Noticias de la UE...* ob. cit..., ambos autores afirman que la Sentencia representa una importante toma de postura del TC español con respecto al proceso de creación del espacio judicial europeo, que permite anticipar futuros desarrollos jurisprudenciales del Alto Tribunal de mayor sensibilidad a las necesidades del proceso de integración europeo en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia. Sobre el tema, también puede verse: T. DE LA CUADRA SALCEDO, «El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (reflexiones tras la STC 177/2006)», *REDC*, nº 78, 2006 y M. MARTÍN MARTÍNEZ, «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras», *RDUE*, nº 10, 2006.

cho a un proceso con todas las garantías. Además, la propia Decisión Marco en su art. 5 prevé la posibilidad de que la ejecución de una orden de entrega se supedite «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución», a la condición de que «la autoridad judicial emisora dé garantías 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». Basándose en estos dos argumentos, el Tribunal Constitucional aplicó su doctrina del contenido absoluto de los derechos fundamentales cuyo mayor exponente es la STC 91/2000, de 30 de marzo⁷² y que básicamente declara que acceder a la extradición para el cumplimiento de una condena por delito grave dictada en ausencia vulnera indirectamente el derecho a un proceso con todas las garantías salvo que la entrega se supedite a garantías suficientes para subsanar el déficit de las mismas. La vulneración indirecta se deriva de reconocer sin condiciones una resolución judicial extranjera dictada en vulneración directa de un derecho fundamental. Del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 177/2006 se deduce que, en ese momento, el Tribunal nada encontró en la regulación de la orden europea de detención y entrega que le impidiera, en los casos de vulneración del derecho de defensa conforme al derecho español, condicionar la entrega de nacionales a un nuevo juicio. Para IRURZUN y MAPELLI, el razonamiento debía haber ido más lejos, porque tal interpretación ponía sobre la mesa que la ley de trasposición resultaba contraria a las garantías constitucionales del Derecho español y contraria a la Decisión Marco, si bien esto último quedaría fuera de las posibilidades de enjuiciamiento del TC⁷³. En todo caso, entra abiertamente en escena el problema de la diversidad de las garantías procesales aplicables a los procedimientos penales nacionales.

Recorrido este camino, no deja de sorprender la STC 199/2009 JAI, de 28 de septiembre. El 27 de abril de 2007 la Audiencia Nacional había accedido a la entrega a Rumania de un nacional británico para el cumplimiento de una condena de cuatro años impuesta por los tribunales rumanos en ausencia del imputado, que no obstante había concedido apoderamiento a un abogado que compareció en el juicio como su defensor particular. El marco jurídico de la orden de detención y entrega europea algo había cambiado, pues había sido aprobada la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, *destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones*

⁷² Sobre esta polémica doctrina, en sentido crítico, véase I. TORRES MURO, «Enseñar al que ya sabe. Las extradiciones ante el Tribunal Constitucional (STC 91/2000)», *Repertorio Aranzadi del TC*, agosto 2000, n.º 10; L. MARTÍN RETORILLO, «La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho», Cuadernos Civitas, 2004. En defensa de la postura del TC: R. BELLIDO PENEDÉS, «La condena en rebeldía en el proceso español de extradición pasiva» *REDC*, n.º 57, 1999.

⁷³ Los autores añaden que ahí se desaprovechó la primera ocasión de plantear no sólo la autocuestión de la Ley 3/2003, sino una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo al objeto de decidir sobre la interpretación y validez de dicha Ley.

dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Esta norma, en aras de limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, excluye expresamente la posibilidad de denegar la entrega cuando se tenga conocimiento de que el imputado conocía la causa o hubiera dado mandato a Letrado que actuara en su defensa. Así las cosas, el supuesto presentaba ciertos problemas para la aplicación, sin más, de la doctrina del contenido absoluto de los derechos fundamentales, pues si bien es cierto que su art. 8 otorga a los Estados hasta el 28 de marzo de 2011 como plazo para adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la misma y hasta esa fecha su cumplimiento no es exigible a España⁷⁴, durante el plazo de adaptación del derecho interno al Derecho de la Unión, los Estados miembros destinatarios del mismo deben abstenerse de realizar interpretaciones de su derecho interno que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por el Derecho de la Unión⁷⁵. Por lo demás, mantenerse en una posición radicalmente contraria a la establecida por el Derecho de la Unión pendiente de trasposición, sólo comporta retrasar la solución al conflicto pendiente.

La imposibilidad de una interpretación de la jurisprudencia constitucional que no resulte contraria con el art. 4 bis de la Decisión Marco 2009/299/JAI es palmaria, pues mientras esta última excluye expresamente la posibilidad de denegar la entrega cuando se tenga conocimiento de que el imputado conocía la causa o hubiera dado mandato a Letrado que actuara en su defensa, la jurisprudencia constitucional hace de la presencia del imputado una garantía esencial del proceso que, de no ser respetada, lesiona el contenido absoluto del derecho a un juicio justo y, dando un paso más, la STC 91/2000 había declarado que la entrega de un condenado que en otro Estado hubiera sido juzgado en ausencia vulneraba indirectamente el mismo derecho fundamental.

Es en este contexto en el que la STC 199/2009 afirma: *Conviene advertir que la referida Decisión Marco de 13 de junio de 2002 ha sido modificada, como antes se indicó, por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, que, en aras de limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, excluye expresamente la posibilidad de denegar la entrega cuando se tenga conocimiento de que el imputado conocía la causa o hubiera dado mandato a Letrado, que actuara en su defensa. En todo caso*

⁷⁴ En todo caso, el acceso al Tribunal de Justicia en relación con la aplicación de los actos del Tercer Pilar estará limitado al apartado 7 del antiguo art. 35 TUE, hasta el 1 de diciembre de 2014, fecha en que se aplicará a la CPJP el régimen general de recursos ante el Tribunal de Justicia, en virtud de lo dispuesto en el art. 9 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias, adoptado junto con el Tratado de Lisboa.

⁷⁵ El TJ ha sido prudente y no ha afirmado expresa y directamente la obligación de interpretación conforme durante el periodo de trasposición de las directivas, sino que se ha limitado a una obligación en negativo «abstenerse de interpretar su derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación al derecho interno, la realización del objetivo perseguido. Véase: STJ, s. Adeneler, C-212/04, DE 4-7-2006, FJ 123.

*no nos corresponde aquí pronunciarnos sobre el alcance de esta modificación introducida por la Decisión Marco de 26 de febrero de 2009, aun pendiente de incorporación a nuestro Derecho interno, y que no resulta aplicable al presente supuesto, en el que la orden europea de detención y entrega fue expedida por Rumania bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial*⁷⁶.

El Tribunal Constitucional sortea así el conflicto entre su propia jurisprudencia y la Decisión Marco 2009/299/JAI: a su juicio, la fecha de aprobación de esta última norma es posterior a los hechos del supuesto, lo que vuelve la norma inaplicable. El Tribunal Constitucional no hace ninguna referencia a la obligación de interpretar el derecho interno de forma que no se comprometa el objetivo perseguido por la Decisión Marco y se pronuncia en el siguiente sentido: *el recurrente en amparo fue condenado en Rumania a una pena grave sin haber estado presente en el juicio, por lo que la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega del recurrente a las autoridades rumanas para el cumplimiento de la condena, sin someter dicha entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)*⁷⁷.

La STC 199/2009 presenta dos elementos más que conviene tener en cuenta. Por un lado, afirma que la doctrina del contenido absoluto de los derechos fundamentales *ha sido considerada aplicable por la STC 177/2006, de 27 de junio, tal como hemos anticipado, al procedimiento de orden europea de detención y entrega, que en los Estados miembros de la Unión Europea –de la que forma parte Rumania desde el 1 de enero de 2007– sustituye al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957*⁷⁸. Como ya expusimos en párrafos precedentes, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional había sido muy exquisito en el análisis que realizaba en la STC 177/2006 y teniendo presente en todo momento el marco jurídico en el que estaba enjuiciando, consideró que no había, en ese momento, nada en el desarrollo legislativo de la euroorden que le impidiera la aplicación a ese supuesto de la doctrina expuesta en la STC 91/2000. No se trata pues, de una extensión, sin más, de la doctrina del contenido absoluto de los derechos fundamentales a la eurorden como ahora el Tribunal ha afirmado, sino de algo bastante más matizado, e inevitablemente anudado a los relevantes cambios introducidos con la aprobación de la Decisión Marco 2009/299 JAI.

También es relevante la afirmación que se realiza en relación con la doctrina del TEDH, pues el Tribunal afirma que sus conclusiones vienen sustentadas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recordando que el tenor literal del art. 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en el que se reconoce el derecho «a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor», expresa con claridad que quien ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado, mientras que el Letrado se limita a «asistirle» técnicamente en el ejercicio de su derecho y cita jurisprudencia

⁷⁶ STC 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 3.

⁷⁷ STC 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 4.

⁷⁸ STC 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 3.

dencia que lo apoya⁷⁹. Al respecto, es importante señalar que la Decisión Marco 2009/299 JAI afirma en sus considerandos exactamente lo contrario, pues declara que para el Tribunal de Estrasburgo el derecho del acusado de un delito a comparecer en el juicio no es un derecho absoluto y que, en determinadas condiciones, el acusado puede renunciar libremente a él de forma expresa o tácita, pero inequívoca⁸⁰. Es más, la Decisión Marco 2009/299 utiliza la jurisprudencia del TEDH como un argumento definitivo para fundamentar la reforma que lleva a cabo de la Decisión 2002/584 JAI. Se deduce de ello que la jurisprudencia del TEDH, en relación con el derecho del acusado a estar presente en el juicio ha sido mucho más matizada que lo que quiere dar a entender la STC 199/2009 y, desde luego, el TEDH no admite que el juicio en ausencia comporte, *per se*, una lesión de las garantías básicas del proceso conforme al CEDH. CEDEÑO HERNÁN, crítica con la STC 199/2009, afirma que de la doctrina sentada por el TEDH se infiere que si el acusado ha sido correctamente citado y, por tanto, ha tenido conocimiento del proceso, pero ha decidido voluntariamente no comparecer y, además, ha contado con una adecuada defensa letrada, como sucedió en el caso de la mencionada STC 199/2009 ni se infringe el art. 6.3 del CEDH, ni es exigencia de la jurisprudencia del TEDH que la entrega se condicione a que el Estado de emisión de la orden garantice la revisión de la sentencia de condena dictada en ausencia de la persona reclamada⁸¹. Para la autora, el problema que plantea la STC 199/2009 no se reduce simplemente a la aplicación o no en términos generales de la doctrina de la aplicación indirecta de los derechos fundamentales a la orden de detención y entrega, sino que la resolución del Tribunal Constitucional yerra al defender que la circunstancia de que la persona no haya estado presente en el juicio justifique, por sí sola, la denegación de la ejecución de la orden de detención y entrega. A su juicio, la jurisprudencia más reciente del TEDH va claramente en otra dirección⁸².

⁷⁹ La STC 199/2009 cita, por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido. STC 199/2009, FJ 4.

⁸⁰ Es bastante extensa la jurisprudencia del TEDH que se ha pronunciado sobre la posibilidad de renuncia del imputado a su presencia en el juicio y, a través de ella, se percibe cómo el Tribunal de Estrasburgo, partiendo de reconocer el derecho del acusado a estar presente en el juicio y obligar a los Estados miembros a garantizar ese derecho en sus legislaciones internas, permite un amplio margen de discrecionalidad a la hora de concretar el modo en que se llevará a cabo esa garantía. Para un estudio del juicio en ausencia y de la evolución del TEDH en relación con la presencia del imputado como garantía esencial del proceso, véase: A. de la OLIVA y otros, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, pp. 157 y ss. A. J. PÉREZ CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Penal*, Civitas, 2009, 136 y ss.; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, 2009, pp. 645 y ss.

⁸¹ M. CEDEÑO HERNÁN, «Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 199/2009, de 28 de septiembre», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 20, 2010. También la autora hace un análisis de la jurisprudencia del TEDH en relación con los juicios en ausencia.

⁸² La STEDH de 1 de marzo de 2006, asunto SEJDOVIC c. ITALIE, Grande Chambre, nº 56581/00, es muy expresiva de la interpretación que CEDEÑO HERNÁN atribuye al TEDH en relación con el derecho del imputado a comparecer en el juicio. En esta Sentencia,

La Sentencia va acompañada de dos votos particulares que merecen ser comentados. Por una parte, el Magistrado Rodríguez-Zapata expresa su posición discrepante tanto con la fundamentación como con el fallo de la Sentencia, pues, a su juicio, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cumplió en forma exacta las obligaciones que le atribuye la Ley 3/2003, de 14 de marzo, de orden europea de detención y entrega, como autoridad judicial española de ejecución, con una decisión que debió superar ampliamente los cánones de enjuiciamiento en amparo. El Magistrado argumenta en dos direcciones, por un lado, afirma que la Audiencia Nacional no podía denegar la entrega que le solicitaba la autoridad judicial rumana sin vulnerar tanto la Ley nacional como la Decisión Marco en cuya ejecución se dictó dicha Ley y, por otro, declara con vehemencia que es inaplicable al caso la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de extradición, por lo que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno del solicitante de amparo.

En relación con esta última cuestión, el Magistrado sostiene que lo que ha permitido al Tribunal declarar la existencia de una vulneración indirecta del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) ha sido la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de extradición a la euroorden (STC 91/2000 y la doctrina allí creada del contenido absoluto de los derechos fundamentales) y considera que se trata de precedentes válidos en materia de extradición que poco deben ayudar en materia de euroorden, pues la naturaleza de ambas instituciones es claramente distinta. A su juicio, se ha pasado de un sistema arcaico de mantenimiento de tecnicismos particulares nacionales representado emblemáticamente por la institución de la extradición, a la cultura de una Europa nueva, basada en el reconocimiento cuasi automático de resoluciones, la confianza mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas. Aprovecha la ocasión para denunciar que el Tribunal no ha sabido detenerse a analizar la conveniencia o inconveniencia de extender los efectos de la extradición a la euroorden y termina su razonamiento recordando que el TJ ya se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la euroorden con los derechos fundamentales del ordenamiento de la Unión (STJCE de 3 de mayo de 2007, caso *Advocaten voor de Wereld*) y, así las cosas, España no podía imponer su propio ordenamiento como si fuera un espejo en el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión.

Por lo que se refiere a la otra línea argumental, el Magistrado recuerda que

el Tribunal de Estrasburgo condena a Italia por vulneración del art. 6 del CEDH por haber juzgado en contumacia el recurrente y no haber conseguido probar que el acusado había renunciado de manera inequívoca a su derecho. En los fundamentos jurídicos 86 y ss. de la Sentencia, el TEDH declara que nada en el art. 6 del CEDH impide a una persona renunciar a su derecho, de manera expresa o tácita, y aclara que si no se ha podido notificar al acusado, la renuncia a comparecer y a su defensa, no puede deducirse de la simple declaración de rebeldía (*latitante*). *A sensu contrario*, de la situación de contumaz si podría derivarse una renuncia tácita.

era claramente vinculante para la Audiencia Nacional la Ley 3/2003 que ha ejecutado en España la Decisión Marco y que es por ello que cuando el órgano judicial comprobó que no concurrían causas de denegación imperativas (artículo 12.1) ni facultativas (artículo 12.2) para la entrega según la Ley 3/2003, procedía acceder a lo solicitado para ejecutar la pena impuesta a la persona requerida. Para Rodríguez-Zapata el art. 5 de la Decisión Marco de 2002 ya prohibía denegar la entrega en los casos en los que la persona hubiera sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia, pero si alguna duda cupiera, está claramente solucionada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, válida a efectos de interpretar la Decisión Marco 2002/584 JAI. El Magistrado también recuerda que, si toda duda no quedara despejada con la Decisión Marco de 2009/299 JAI, existía la vía del planteamiento de cuestión prejudicial de interpretación sobre el sentido de las Decisiones Marco.

El Magistrado Pérez Tremps es el autor del otro voto particular. Comienza afirmando que la construcción del contenido absoluto de los derechos fundamentales que aparece por primera vez en la STC 91/2000, de 30 de marzo, y que permite el control indirecto de las decisiones judiciales extranjeras, no puede ejercerse respecto de decisiones judiciales de países de la Unión Europea. Fundamenta su negativa a ese control de las decisiones judiciales de los Estados miembros de la Unión en la existencia de una cultura común de los derechos fundamentales en los países de la Unión, que se elabora a través de un parámetro común que lo conforman diversos elementos (Derecho de la Unión, CEDH, jurisprudencia del TJ y del TEDH y las tradiciones constitucionales comunes) y que no debe limitarse a una equivalencia formal, sino que sobre la base de la confianza legítima, debe traducirse en la aceptación de la suficiencia de las garantías sustanciales ofrecidas. En esta dirección, llega incluso a afirmar que si se diera el supuesto de una hipotética lesión de los derechos fundamentales en cualquier Estado miembro, no debe ser otro Estado miembro el sujeto reparador, sino el TEDH, al que tienen acceso todos los Estados miembros de la Unión.

Partiendo de estas premisas, Pérez Tremps declara que en materia de euroorden, esta afirmación cobra especial relevancia, pues su filosofía es el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, si bien es cierto que el Derecho de la Unión puede introducir excepciones a este «no control» y así lo hizo en la Decisión Marco 2002/584 JAI, en concreto para los casos de condenas dictadas en rebeldía. Y de la mano de la exposición de tal excepción, explica por qué no está de acuerdo con el fondo y el fallo de la Sentencia, exponiendo un abanico de las tres opciones que, a su juicio, el Tribunal tenía en este caso.

En primer término Pérez Tremps plantea la posibilidad de haber interpuesto una cuestión prejudicial en la que el Tribunal Constitucional cuestionara la validez de la Decisión Marco 2002/584 JAI por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. El razonamiento que utiliza para alcanzar esta conclusión es el siguiente: la Decisión Marco 2002/584 JAI no

es en exceso acertada, pues si bien es cierto que facultaba al legislador de los Estados miembros a condicionar la ejecución de una euroorden a un nuevo juicio, siempre que existiera una condena privativa de libertad dictada en rebeldía o en un proceso en el que la persona afectada no fue citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia, el carácter potestativo de la norma ha creado de hecho situaciones diferenciales entre los Estados miembros⁸³. Así, si un Estado miembro considera que la no condena en ausencia es una garantía esencial del justiciable, condicionará la entrega a un nuevo juicio. *A sensu contrario*, un Estado que admite el juicio en ausencia no impondrá tal condición. Ello hace posible que la condena en ausencia pueda en unos casos comportar la inejecución de una euroorden, y en otros casos no. Más allá de que esto implique una vulneración del principio de igualdad de los ciudadanos de la Unión, Pérez Tremps estima que si para el Tribunal Constitucional español la condena en ausencia supone una lesión de las garantías del proceso, siempre y en todo caso, es claro que la Decisión Marco 2002/584 JAI vulnera este último derecho fundamental, lo que corresponde dirimir al TJ y a él debía haberse dirigido.

En segundo lugar, Pérez Tremps, pone en solfa la constitucionalidad de la Ley 3/2003 por la omisión del legislador español en la Ley 3/2003 de la condena en rebeldía como motivo para denegar la ejecución de una euroorden y advierte que, para esos casos, la LOTC ofrece al Tribunal el instrumento de la autocuestión. A su juicio, cuando la Ley 3/2003, de 14 de marzo da cumplimiento a la Decisión Marco 2002/584 y no recoge la excepción potestativamente prevista en el art. 5 de la Decisión Marco, ignoró la jurisprudencia constitucional y vulneró por omisión el art. 24.2 CE pues, entre otras cosas, es discutible que los órganos judiciales puedan denegar la ejecución de una euroorden por tal motivo si no existe previsión legal para ello. Así las cosas, Pérez Tremps afirma que el Tribunal debería haber interpuesto una autocuestión en relación con la Ley 3/2003.

Y en tercer lugar, el Magistrado opina que el Tribunal tenía mimbres suficientes para desestimar el amparo por no existir vulneración del art. 24.2

⁸³ El art. 5 de la Decisión Marco 2002/584 JAI permite condicionar la ejecución de una euroorden en dos supuestos más. El segundo se concreta en que la infracción en que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea podrá estar sujeta a la condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida. El tercero dispone que cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiere en él, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor.

CE. En el FJ 8 del voto, pone de relieve que la Decisión Marco 2002/584 JAI no hubiera planteado dudas de interpretación si se hubiera tenido en cuenta –como procedía– la Decisión Marco 2009/299 JAI que había modificado el texto de 2002, precisamente al objeto de clarificar que no cabía rechazar la entrega cuando el imputado tenía conocimiento de la celebración del juicio y dio mandato a Letrado⁸⁴. A su parecer, la pura lógica metodológica de la STC 91/2000 le permitía utilizarla como criterio hermenéutico del art. 24.2 CE de acuerdo con el art. 10.2 CE, en cuyo ámbito ha de incluirse el Derecho de la Unión.

5. ALGUNAS SOLUCIONES DE COMPROMISO

5.1. El papel del legislador

Como ya advertimos el 29 de diciembre de 2006, poco más de tres meses después de que el TJ dictó la Sentencia Cordero Alonso, se reformaba el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y se incorporaba en él la obligación del Fondo de Garantía Salarial de abonar las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de un acto de conciliación judicial⁸⁵. Recordemos que la regulación vigente hasta ese momento excluía tales indemnizaciones de la cobertura del FOGASA y al haber sido declarado ello vulnerador del principio de igualdad por el TJ, los órganos judiciales españoles estaban dejando inaplicada la norma en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión.

El supuesto de la saga FOGASA pone de manifiesto que el conflicto entre la norma interna de ejecución del derecho de la Unión y los derechos fundamentales de dicho ordenamiento puede ser solucionado por el legislador de la mano de la correcta utilización por parte de los órganos judiciales nacionales del instrumento de la Unión *ad hoc*, la cuestión prejudicial, siempre que no esconda detrás un problema de constitucionalidad, como era el caso, no tanto porque el Tribunal Constitucional español hubiera declarado constitucional la norma nacional, sino porque el TJ había otorgado una mayor protección en materia de derechos fundamentales y ello está contem-

⁸⁴ La Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero, fue publicada en el DOCE de 27 de marzo, acordándose –como es habitual– su entrada en vigor al día siguiente de su publicación. Cuestión distinta a su vigencia, es que al tratarse de una norma que necesita ejecución, la propia Decisión Marco establece en su art. 11 la fecha de 28 de marzo de 2011 como fecha límite, por lo que hasta esa fecha no es posible exigir a España su cumplimiento. No obstante ello, la norma está en vigor y, desde luego, no puede negarse su valor a efectos interpretativos, tal y como afirma el TJ para los actos del Tercer Pilar en la Sentencia, STJCE, asunto *María Pupino* (C-105/03), de 16 de junio de 2005. Véase al respecto: D. SARMIENTO, *Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea; la Sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco*, REEI, 2005.

⁸⁵ El 29 de enero de 2006 se publicaba en el BOE la Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo. Su art. 12 reformaba el Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, el apartado 4 se ocupaba de la reforma del art. 33.2 del Estatuto, que es la que a nosotros nos atañe.

plado en los tratados (art. 52.3 de la Carta). La reforma no genera un problema alguno al Tribunal Constitucional, que acepta sin problema una reforma legislativa que refuerza los derechos de los trabajadores. Cabría preguntarse qué hubiera ocurrido si un órgano judicial en particular, a la vista de la STC 306/1993, de 25 de octubre, no hubiera tenido duda alguna y hubiera denegado la solicitud del particular de que el FOGASA abonara las cantidades pactadas en conciliación judicial. Denegada su solicitud ante los tribunales ordinarios, el particular podría haber interpuesto recurso de amparo. Y en ese supuesto, ¿el Tribunal Constitucional español hubiera reiterado su jurisprudencia de 1993? En realidad, la jurisprudencia del TJ no convertiría en inconstitucional el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores y, en ese sentido, el Tribunal podría haber sostenido la doctrina expuesta en aquélla. Pero el Tribunal Constitucional se encontraría enjuiciando una norma nacional que desarrolla el derecho de la Unión, pues el art. 33 del Estatuto de los trabajadores fue la norma de trasposición de la Directiva ya citada. Y en ese contexto, hoy el Tribunal Constitucional español estaría obligado, *ex art. 10.2 CE* a tener en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a la hora de hacer un juicio constitucional de igualdad en relación con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, lo que le llevaría inevitablemente a asumir el juicio de igualdad realizado por el TJ. La clave para que el conflicto pueda de esta forma diluirse, es que se trate de un conflicto por mayor protección, no por menor, lo que hoy en día está previsto por el Tratado de Lisboa y que no situaría al Tribunal Constitucional en el contexto que, aunque ya lo imaginó en el año 2004, no es en absoluto deseable: *En el caso difícilmente concebible, de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española.../... podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes...*⁸⁶.

5.2. El papel del Tribunal Constitucional. La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo

El problema real se presenta cuando la Unión Europea pretende imponer un estándar de protección menor en materia de derechos fundamentales que el que ha marcado nuestra jurisprudencia constitucional pues, en esos casos, habremos superado el conflicto Derecho de la Unión y ley, para situarnos ante un conflicto directo entre Derecho de la Unión y Constitución. La ley nacional de desarrollo o trasposición de la norma europea será lo de menos. La evolución normativa de la orden europea de detención y entrega es un botón de muestra, pues no es discutible la diferencia entre los supuestos definidos en los apartados 1 a) y b) del art. 4 bis de la Decisión Marco 2009/299 JAI y la jurisprudencia constitucional, siendo favorable a esta última el mayor nivel de protección. Así, mientras que la Decisión Marco prohíbe a la autoridad judicial denegar la ejecución de la orden de detención europea aunque el imputado no haya comparecido en el juicio del que

⁸⁶ Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4.

derive la resolución judicial, siempre que el imputado haya tenido conocimiento de la celebración del mismo y diera mandato a letrado para su defensa, la doctrina constitucional, con fundamento en la STC 91/2000 afirma que, en esos mismos supuestos, la ejecución de una orden supondría una vulneración indirecta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), tal y como éste ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

En supuestos como éste, es difícil pensar que la solución llegue de la mano del legislador. En efecto, pensemos que si en cumplimiento de la Decisión Marco 2009/299 JAI que obliga a España a la adopción de una norma de desarrollo⁸⁷, nuestro legislador dispusiera por ley la prohibición de denegar la entrega a un país de la Unión Europea en los casos de juicio en ausencia, no cabe dudar de que situaría en una difícil posición a los órganos judiciales. Cabría que el juez nacional, conocedor de que tradicionalmente la jurisprudencia constitucional no admitía tales entregas, interpusiera cuestión de inconstitucionalidad contra la ley de desarrollo de la Decisión Marco de 2009/299 JAI. Descarto la interposición de una cuestión ante Luxemburgo por parte del juez nacional. No sólo porque, de acuerdo con el antiguo art. 34.2.b) del TUE, las decisiones marco no son de aplicación directa por los órganos jurisdiccionales nacionales, al carecer de la eficacia directa, sino porque tampoco se plantearía en este caso la posibilidad de una interpretación conforme de la ley de trasposición con respecto a la Decisión Marco considerada, que no plantea duda interpretativa alguna. Por otra parte, aunque en principio podría resultar tentadora una cuestión de validez en la que planteara la conformidad de la Decisión Marco 2009/299 JAI con los derechos fundamentales del ordenamiento de la Unión, en concreto con la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 47 de la Carta, pero lo cierto es que no es un supuesto en el que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada, pues si el órgano judicial obtuviera de Luxemburgo una respuesta negativa, no podría resolver el proceso, pues, dada la falta de eficacia directa de la Decisión Marco, no podría implicar la ley por su propia autoridad y se vería obligado a interponer cuestión de inconstitucionalidad. Si, por el contrario, la respuesta confirmara la validez de la Decisión Marco, ¿aplicaría la norma nacional que sabe inconstitucional. Es por ello que la opción de verdad útil para el juez nacional y, por ello, la más razonable, es plantear cuestión de inconstitucionalidad debiendo ser, en su caso, el Tribunal Constitucional el que plantee cuestión prejudicial ante Luxemburgo.

⁸⁷ Caso que el legislador no procediera a la adopción de la ley de desarrollo de la Decisión Marco 2009/299 JAI, la posibilidad de que se condene a España por incumplimiento será mayor tras la entrada en vigor –el 1 de diciembre de 2014– de las disposiciones del Tratado de la Unión Europea sobre el control judicial de la cooperación policial y judicial en materia penal, que aplica a la CPJP el régimen general de recursos ante el Tribunal de Justicia. Mientras tanto, el acceso al Tribunal de Justicia en relación con la aplicación de los actos del Tercer Pilar estará limitado al apartado 7 del antiguo art. 35 TUE.

Podría ocurrir, aunque es más difícil de imaginar, que el asunto alcanzara el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo, siempre que el órgano judicial hubiera procedido, sin más, a la aplicación de la ley nacional que desarrolló la Decisión Marco 2009/299 JAI. Lógicamente, autorizada la entrega de un sujeto condenado en ausencia, el sujeto entregado procedería a interponer un recurso de amparo contra la resolución judicial que ejecutó la orden de entrega. No es plausible que el Tribunal Constitucional asumiera un cambio de jurisprudencia en tan delicada cuestión. Más al contrario, de acuerdo con lo afirmado en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, *en el caso en que la ulterior dinámica del Derecho de la Unión llegase a resultar irreconciliable con la Constitución, el Tribunal acudiría al procedimiento constitucional pertinente...* En todo caso, el legislador no ha podido con esta batalla y el problema estaría en sede del Tribunal Constitucional. Y en ese contexto, ¿qué podría hacer el Tribunal Constitucional?

Hasta la fecha, la cooperación entre el TJ y el Tribunal Constitucional español ha sido inexistente⁸⁸. La reticencia que ha despertado el TJ al Tribunal Constitucional español no cohonesta bien con la influencia recibida del TEDH⁸⁹. M. CARTABIA⁹⁰ explica muy bien algunas causas si bien la autora se centra en el sistema italiano. La autora defiende que las afirmaciones del TJ en materia de derechos fundamentales tienden a asumir un valor absoluto y a fijar un estándar que debe ser necesariamente respetado por toda la Unión, pues, una vez que un derecho fundamental entra en la esfera de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, se convierte en un derecho fundamen-

⁸⁸ Sobre la cooperación entre tribunales, véase: M. CARTABIA, «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», *REDE*, nº 22, 2007. También, H. MARTÍNEZ DE VELASCO y F. J. ZAMORA ZARAGOZA, *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, ob. cit., pp. 185 y ss.

⁸⁹ La actividad del TEDH ha sido fuente permanente de identificación en los derechos convencionales y de definición de criterios interpretativos para nuestro Tribunal Constitucional, aunque este último se ha encargado de afirmar que la decisiva relevancia no suponía una traslación mimética de la actividad del TEDH (STC 119/2001, FJ 6). Hasta el 2004, un 75% de las sentencias dictadas en amparo por el TC contenía referencias europeas. Sobre la influencia del TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase: A. SÁINZ ARNÁIZ «Comentario al art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en: *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Direcc. CASAS BAHAMONDE y RODRÍGUEZ PIÑERO, Wolters-Kluwer España, 2009 y A. QUERALT JIMÉNEZ, «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra de proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007 y S. RIPOL CARULLA, *El sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español*, Barcelona, 2007. No obstante, conviene advertir que las relaciones con el TEDH están cambiando, pues en los últimos tiempos el TEDH ha sufrido una importante transformación de la mano de la ampliación de los Estados parte en el CEDH y ha dictado jurisprudencia que ha sido mal recibida en nuestro país, por resultar muy invasiva. Es de destacar el reciente caso en el que se recurre contra una providencia de inadmisión de un recurso de amparo constitucional y el TEDH ha condenado a España por vulneración del derecho de acceso a los recursos (STEDH de 13 de octubre de 2009, caso Ferré Gisbert contra España, [JUR, 2009, 422872]).

⁹⁰ CARTABIA, ob. cit., p. 216.

tal europeo y los Estados y Tribunales nacionales tienen gran dificultad para desvincularse del estándar marcado. CARTABIA habla de colonialismo jurisdiccional en materia de derechos fundamentales y declara que la Historia ya ha demostrado que el colonialismo se desarrolla bajo la insignia de la civilización. También S. PANUNCIO⁹¹ resulta muy pertinente cuando explica la diferente perspectiva con que se mira al Tribunal de Justicia y al TEDH. A su juicio, el papel del TEDH es más extenso, pero el del Tribunal de Luxemburgo más penetrante. Podría añadirse, por qué no, que el Tribunal Constitucional español necesitaba al Tribunal de Estrasburgo en el inicio de su propia construcción y, sin embargo, ahora, ya no se encuentra en la misma posición. Por lo demás, el carácter coercitivo que puede predicarse de la aplicación del Derecho de la Unión frente a la jurisprudencia declarativa del TEDH incomoda⁹², como no puede ser de otra manera, a toda jurisdicción constitucional que se precie.

Pero algo de razón no les falta a los Tribunales Constitucionales y al nuestro tampoco, cuando en la idea de la interposición de una cuestión prejudicial ante Luxemburgo algo les chirría. El reenvío prejudicial en el Derecho de la Unión tiene su razón de ser en el monopolio del TJ en relación con la interpretación de todo el ordenamiento de la Unión y la validez del derecho derivado y cumple la función de cooperación con los órganos judiciales nacionales para que, como aplicadores del Derecho de la Unión, procedan todos ellos a una aplicación uniforme del mismo en todo el territorio de la Unión. El Tribunal Constitucional español no aplica el Derecho de la Unión, pero, además, ni quiere ni debe hacerlo⁹³.

Es por ello que en el año 1991 el Tribunal Constitucional español declaraba que el Derecho comunitario tenía sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se contaba el propio Tribunal Constitucional y ninguna solici-

⁹¹ S. PANUNCIO, *I diritti fondamentali e la Corti in Europa*, Nápoles Jovene, 2005, p. 58.

⁹² En relación con la ejecución de las sentencias del TEDH véase: C. IZQUIERDO SANS, «El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia 1019/1996 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1996, (a vueltas con el caso Bultó)», *Derecho Privado y Constitución*, nº 11, 1997. L. BUJOSA VADELL, «Las Sentencias del TEDH y el ordenamiento español», Tecnos, 1997.

⁹³ I. BORRAJO INIESTA ha defendido, con razón, que no es real la afirmación de que nuestro Tribunal Constitucional no aplique el Derecho de la Unión. El autor analiza jurisprudencia en el que el TC ha utilizado dicho ordenamiento en la argumentación de sus sentencias. No le falta razón al autor, siendo quizás la más reseñable la conocida como Sentencia APESCO (STC 64/1991, de 22 de marzo), en la que el TC primero niega la relevancia constitucional del Derecho Comunitario y luego analiza la denunciada vulneración del derecho de igualdad en la aplicación de normas comunitarias, teniendo en cuenta la finalidad de éstas en relación con los objetivos de la entonces CEE. Pero a mi juicio, siendo cierto que nuestro Tribunal Constitucional utiliza en ocasiones para su argumentación el Derecho de la Unión, ello no le convierte en un órgano aplicador de dicho ordenamiento. Véase: I. BORRAJO, «Los tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario», en: H. MARTÍNEZ DE VELASCO y F. J. ZAMORA ZARAGOZA, *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, ob. cit., p. 239 y ss.

tud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria debía ser dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el art. 177 del TCEE únicamente resultaba operativo en los procesos en que se aplica el Derecho de la Unión y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo⁹⁴. Tales afirmaciones eran la consecuencia inevitable de haber declarado que el entonces denominado ordenamiento comunitario no era canon de constitucionalidad ni sus normas pertenecían al bloque de constitucionalidad⁹⁵. Sin pretender objetar ahora estos enunciados, sí debe afirmar que el Tribunal Constitucional ha de tener en cuenta que del mismo modo que la aplicación del derecho nacional por los poderes públicos es susceptible de desembocar en una lesión de la norma fundamental que reclame su actuación, la aplicación del ordenamiento comunitario también puede ser un cauce de infracciones que reclame su actuación. Extendiendo esta afirmación al ámbito de control de leyes, no puede excluirse, *a priori*, la intervención del Tribunal Constitucional cuando el legislador nacional colisione con la Constitución en el desarrollo del Derecho de la Unión. En este sentido, D. RUIZJARABO⁹⁶ afirmó, que también el Tribunal Constitucional es juez comunitario y, que en el ejercicio de su específica potestad jurisdiccional, está obligado a proteger a quienes ven conculcadas sus garantías fundamentales en la aplicación [o ejecución] del Derecho de la Unión. En última instancia, la intensa labor del TJ en materia de derechos fundamentales y la configuración que necesariamente debe hacer de los mismos, agudizada tras el Tratado de Lisboa, impone la necesidad de cooperación.

Afortunadamente, en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, el propio Tribunal Constitucional se refería en dos ocasiones expresamente a la cooperación entre Tribunales; por un lado, como vehículo empleado con carácter general para delimitar con precisión las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho constitucional y, por otro, como mecanismo para resolver los problemas derivados de la coexistencia de diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales, en cuanto resulta necesario un «diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española»⁹⁷. La Constitución Europea ya incorporaba la Carta de Derechos fundamentales y nuestro Tribunal Constitucional vislumbró el conflicto que podía darse y, sin ser excesivamente expresivo, flexibilizó su posición dejando la puerta abierta a la posibilidad de cooperación con Luxemburgo.

En esta dirección no cabe sino poner de manifiesto que en algunos supues-

⁹⁴ STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7.

⁹⁵ STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4.

⁹⁶ D. RUIZJARABO COLOMER, «Los tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario», en: H. MARTÍNEZ DE VELASCO y F. J. ZAMORA ZARAGOZA, *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, ob. cit. p. 185 y ss.

⁹⁷ Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FFJJ 3 y 6 respectivamente.

tos el Tribunal Constitucional español va a carecer de otra opción sensata que no sea proceder a la interposición de una cuestión prejudicial ante Luxemburgo, entendida como el diálogo necesario para resolver los problemas derivados de la coexistencia de diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales. Otros Tribunales Constitucionales ya lo han hecho⁹⁸. El Tribunal Constitucional ha de interponer una cuestión prejudicial no como aplicador del Derecho de la Unión, sino como jurisdicción que tiene el monopolio en la garantía de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, en el que se integra el Derecho de la Unión. Así se evidencia, sin duda, en el conflicto descrito en el epígrafe anterior. Como ya advertí, tras la adopción por el legislador de la norma de desarrollo de la Decisión Marco 2009/299, el conflicto relativo al derecho del imputado a estar presente en el juicio hubiera llegado a la jurisdicción constitucional, bien por la vía de una cuestión de inconstitucionalidad o a través de un recurso de amparo. En ambos casos se llegaría a la misma situación, pues en el supuesto del recurso de amparo constitucional el Tribunal se vería obligado a una autocuestión de la ley de desarrollo. Por ello, en cualquiera de los supuestos, si el Tribunal Constitucional obviara el diálogo con Luxemburgo, el Tribunal fallaría, sin duda, declarando inconstitucional la ley de desarrollo de la Decisión Marco 2009/299 y procederá a su anulación, situando al Estado español ante un incumplimiento de sus obligaciones con la Unión⁹⁹. Por añadidura, como ya advirtió R. ALONSO GARCÍA¹⁰⁰, tratándose de actividad interna de ejecución del Derecho de la Unión, un pronunciamiento de inconstitucionalidad material de aquélla lo sería también, indirectamente, de la norma comunitaria de la que trae causa¹⁰¹. El Tribunal Constitucional podría alegar la Declaración 1/2004 para justificar su posición, pero recordemos que es la propia Declaración la que dispone que

⁹⁸ Sobradamente conocida es la cuestión prejudicial que planteó el Tribunal Constitucional Belga en relación con la vulneración de varios derechos fundamentales por la Decisión Marco 2002/584 JAI (STJCE, asunto Advocaten, C-303/05, de 3-5-2007). Bélgica ha interpuesto otra cuestión prejudicial también relativa a la Decisión Marco 2002/584 JAI (C-306/09), aún pendiente de sentencia. También Italia interpuso una cuestión prejudicial, pero ésta no contenía un conflicto en materia de derechos fundamentales, sino que versaba sobre ayudas públicas (STJCE, asunto Regione Sardegna, C-169/08, de 17-11-2009). La Abogada General Kokott, recuerda en sus conclusiones para este asunto todas las cuestiones prejudiciales interpuestas por Tribunales Constitucionales (véase nota 13 de las conclusiones de esta Abogada General).

⁹⁹ Como ya advertimos, hasta el 1 de diciembre de 2014 en que se inicie la aplicación del régimen general de recursos ante el TJCE en la CPJP, el acceso al TJ estará regido por el apartado 7 del antiguo art. 35 TUE.

¹⁰⁰ R. ALONSO GARCÍA, «Los tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario», en: H. MARTÍNEZ DE VELASCO y F. J. ZAMORA ZARAGOZA, *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, ob. cit., p. 212.

¹⁰¹ No en todos los casos es imprescindible que así sea, pues puede darse el supuesto de que la norma nacional de desarrollo haya contravenido la norma de la Unión de la que trae causa o que esta última deje abiertas diferentes opciones para el legislador nacional. Que la opción elegida por el legislador nacional resulte inconstitucional no hace necesariamente inconstitucional la norma de la Unión.

permitirá el funcionamiento de los ordinarios cauces previstos en la Unión ante los hipotéticos excesos del Derecho europeo, siendo la cuestión prejudicial el mecanismo más relevante que el ordenamiento de la Unión ofrece para la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales. Por lo demás, si el Tribunal Constitucional hubiera procedido al pertinente diálogo con el Tribunal de Justicia en relación con el estándar de protección de un derecho fundamental y tal intento resultó infructuoso, se encontrará en mejor posición para, en su caso, aducir la Declaración 1/2004. Es también importante recordar que es la propia Carta de Derechos Fundamentales en su artículo 52.1 la que se compromete a que la Unión en su proceso normativo no va a tener un efecto limitador de los contenidos sustantivos de los derechos fundamentales, salvo que sea imprescindible para el interés general, casos en los cuales cualquier limitación será establecida por ley¹⁰². También el artículo 53 será de utilidad pues, en la misma línea, afirma que ninguna disposición de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos y –cita expresamente– las Constituciones de los Estados miembros.

Todo lo expuesto coloca al Tribunal Constitucional español en una situación ventajosa que debe aprovechar. Tiene en su mano la Declaración 1/2004, tiene la misión atribuida por la Constitución de ser, no sólo el máximo intérprete de los derechos fundamentales, sino el garante de los mismos y en esa misión, tiene la obligación de recordarle al Tribunal de Luxemburgo, por un lado el compromiso de la Unión de no lesionar los derechos humanos tales y como han sido recogidos en las Constituciones de los Estados miembros y, por otro, la ausencia de competencias de la Unión en esa materia. Tiene, también, la posibilidad de dibujar él mismo los perfiles de una cuestión prejudicial, diseñada *ad hoc* para el diálogo con un Tribunal Constitucional. En la línea de lo afirmado en un momento precedente de este trabajo, el criterio de mayor progresividad anunciado por el TJ para la selección de los derechos fundamentales no le permite, sin más, inclinarse por el menor nivel de protección en los casos de divergencias entre los ordenamientos nacionales y, si ese nivel es *imprescindible para el interés general* –art. 52 de la Carta– qué menos que explicar a los Estados miembros que se enfrentan a la limitación de un derecho fundamental de su tradición constitucional, la ponderación que le ha podido conducir a rebajar el nivel de protección en un concreto supuesto. Sólo así se podrá hablar de verdadero diálogo entre tribunales¹⁰³. Y en la apertura al diálogo entre Tribunales, el Tribunal constitucional español no debe minusvalorar la cuestión prejudi-

¹⁰² De nuevo recordamos que la Carta arrastra el término *ley* de la fallida Constitución Europea, en la que figuraban unas denominaciones de los actos normativos que después no han sido recogidos en Lisboa.

¹⁰³ Por lo demás, advertir que la limitación de un derecho fundamental debe realizarse, según reza el propio art. 52 de la Carta, por ley, lo que equivaldría en el Tratado de Lisboa a los actos legislativos, adoptados por el procedimiento legislativo ordinario, o por un procedimiento legislativo especial que no se aplica a la adopción de las Decisiones Marco.

cial de interpretación, pues no en todos los casos el conflicto será indiscutible y la cuestión prejudicial de interpretación puede coadyuvar al cumplimiento del mandato del art. 10.2 CE.

RUIZ-JARABO¹⁰⁴ defendió, con razón, que la remisión prejudicial ha sido uno de los más extraordinarios hallazgos del Derecho europeo. Los jueces nacionales y los comunitarios han cooperado fructíferamente en el más absoluto respeto de las mutuas competencias, colaborando de manera decisiva en la integración europea. Y en ese diálogo de jueces y entre jueces, no puede estar ausente el juez constitucional, aunque sea a costa de redefinir la función que, en esos casos, ha de cumplir la cuestión prejudicial. Por lo demás, es posible que sólo el núcleo duro de los derechos fundamentales plantee problemas reales de acomodación a nuestro Tribunal Constitucional, pues en nuestro país, el diferente régimen de protección que se otorgó por la vía del recurso de amparo a los derechos de la sección primera del Capítulo II, ha producido sólo en ellos una jurisprudencia profunda y arraigada que no se puede predicar del resto de los derechos y libertades enunciados en nuestra Constitución, de los que sólo conoce por la vía de control de leyes. La innegable tendencia del TJ a un nivel elevado de protección, como ha demostrado a lo largo de su trayectoria, ayudará a que sean escasos los supuestos difíciles de armonizar. La conciencia de ello por ambas partes debe motivar al diálogo, en aras de exteriorizar un respeto mutuo.

¹⁰⁴ D. RUIZ-JARABO COLOMER, «Los tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario», en: H. MARTÍNEZ DE VELASCO y F. J. ZAMORA ZARAGOZA, *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, ob. cit., p. 200.