

EUROORDEN, CONDICIONES DE RECLUSIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: KARLSRUHE EMPLAZA A COMPLETAR ARANYOSI

(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FEDERAL ALEMÁN DE 19 DE DICIEMBRE DE 2017)

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN

Profesor titular de Derecho Administrativo (acred. Catedrático).
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Revista Española de Derecho Europeo 66
Abril – Junio 2018
Págs. 113 – 145

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CONDICIONES DE RECLUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LOS TRES «VÉRTICES JURISDICCIONALES». 1. *El Tribunal Constitucional Federal alemán*. 2. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. 3. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. III. LA SENTENCIA DEL TCF DE 19 DE DICIEMBRE DE 2017. 1. *La decisión judicial impugnada*. 2. *El recurso de amparo*. 3. *La argumentación de la Sentencia*. 3.1. La doctrina de la infracción del derecho al juez legal por incumplir el deber plantear la cuestión prejudicial (números marginales 37-43). 3.2. Aplicación al caso concreto (números marginales 44-59). IV. IMPLICACIONES DE LA SENTENCIA. 1. *Esta vez, activismo dentro del sistema*. 2. *La cuestión prejudicial, piedra angular del sistema jurisdiccional de la Unión Europea*. 3. *Las condiciones de reclusión en la Unión Europea, una dificultad estructural para la confianza mutua entre los Estados miembros*.

RESUMEN: A diferencia de anteriores pronunciamientos, la sentencia del TCF alemán de 17 de diciembre de 2017 adopta una actitud respetuosa con la autonomía del Derecho de la Unión: no ejerce el control de la identidad constitucional solicitado frente a una euroorden y, en su lugar, garantiza la condición de «juez legal» del Tribunal de Justicia con respecto a la interpretación del espacio mínimo personal que debe garantizarse a todo recluso, en conexión con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes que consagra el art. 4 de la Carta de Derechos Fundamentales. Este comentario analiza la

ABSTRACT: The German Constitutional Court's ruling of 17 December 2017 adopts a friendly stance with regard to the autonomy of EU law: it does not apply the requested «control of constitutional identity» with regard to a European Arrest Warrant and instead it guarantees the ECJ's condition as the «legal judge» in the sense of Art. 101(1) of the Basic Law with regard to the substantive decision to be taken: the minimum personal living space in prison establishments to be afforded to detainees or convicted persons, in order to comply with the prohibition of inhuman or degrading treatment

Sentencia, sus elementos de continuidad con la jurisprudencia constitucional previa y la jurisprudencia europea sobre las condiciones de reclusión, así como sus implicaciones para el futuro de la confianza mutua en la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional Federal alemán – Espacio vital personal en centros penitenciarios – Estándares mínimos – Prohibición de tratos inhumanos o degradantes – Dignidad humana – Identidad constitucional – Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Espacio de libertad – Seguridad y justicia – Orden europea de detención y entrega – Decisión marco 2002/584/JAI – Principio de confianza mutua – Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Cuestión prejudicial – Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

that derives from Art. 4 of the EU Charter of Fundamental Rights. This commentary will analyse that ruling and how it accommodates with the German Constitutional Court's case-law and with the European jurisprudence on detention conditions, as well as its implications for the future of mutual trust in the European Union.

KEYWORDS: German Constitutional Court – Personal living space in prison establishments – Minimum standards – Prohibition of inhuman or degrading treatment – Human dignity – Constitutional Identity – European Court of Human Rights – Area of freedom – Security and justice – European Arrest Warrant – Framework Decision 2002/584/JHA – Principle of mutual trust – Charter of Fundamental Rights of the European Union – Preliminary ruling – European Court of Justice.

Fecha de recepción: 12-4-2018

Fecha de aceptación: 28-4-2018

I. INTRODUCCIÓN

En una fecha relativamente temprana de la integración europea, en 1986, el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) se convenció de que el Tribunal de Justicia estaba en situación de garantizar en el ámbito de las Comunidades Europeas un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente en lo esencial al que deriva de la Ley Fundamental, y anunció que, por esa razón, a partir de entonces renunciaría a controlar directa o indirectamente la conformidad constitucional del Derecho derivado de la Unión¹. No obstante, dejaba a salvo la posibilidad de controlar, con el parámetro de los derechos constitucionales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn, el margen de maniobra de que disponen las autoridades internas para transponer o ejecutar las normas europeas, esto es, aquella parte de las normas nacionales de transposición o ejecución que no viene determinada por el Derecho de la Unión².

1. Sentencia de 10 de octubre de 1986, 2 BvR 197/83, asunto *Solange II*, BVerfGE 73 (339). Versión castellana en *Revista de instituciones europeas*, núm. 14, Septiembre-Diciembre 1987, pp. 881-899.
2. El TCF ha aplicado con rigor su canon de constitucionalidad al citado margen de maniobra, por ejemplo, en las Sentencias de 18 de julio de 2005 sobre la ley alemana de transposición de la orden europea de detención y entrega, y de 2 de marzo de 2010 sobre la ley alemana de transposición de 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. Sobre la primera, vid. BVerfG, 2 BvR 2236/04 de 18 de julio de 2005; versión inglesa en *Common Market Law Review* (2006), vol. 43, núm. 1, p. 16; un análisis doctrinal en HINAREJOS

La posterior evolución del Derecho de la Unión trajo consigo nuevas fuentes de conflicto y tensión entre Luxemburgo y Karlsruhe: por un lado, con respecto a la forma en que las instituciones de la Unión -incluido el Tribunal de Justicia- interpretaban y aplicaban las disposiciones competenciales de los Tratados; y, por otro, por la supuesta erosión de la estatalidad y la identidad de los Estados miembros en el curso de la integración europea. Ello originó que el Tribunal Constitucional Federal se atribuyera la potestad de supervisar el desarrollo de la integración europea en ambos planos. En cambio, durante más de dos décadas en la jurisprudencia constitucional alemana desapareció la preocupación por el nivel de protección de los derechos fundamentales garantizado en el ámbito de la Unión.

Las aguas fueron probablemente removidas por factores como el despliegue del espacio de libertad, seguridad y justicia y la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su creciente protagonismo jurisprudencial. Así, es notorio que el sentido federalizante de la interpretación por el Tribunal de Justicia de disposiciones clave de la Carta en las dos Sentencias de 26 de febrero de 2013 (*Åkerberg Fransson* y *Melloni*) no encontró buena acogida en los jueces constitucionales alemanes³.

En la segunda década del presente siglo, el TCF ha dado muestras de una renovada preocupación por el nivel de protección de los derechos humanos garantizado en el ámbito de la Unión Europea, y de la búsqueda de una nueva posición estratégica que le permita influir en la definición de ese nivel de protección. Por el momento, su activismo ha tenido como diana la interpretación y aplicación de la orden europea de detención y entrega.

El 26 de enero de 2016 fue hecha pública una Sentencia del TCF de innegable relevancia, aprobada el 15 de diciembre anterior. Tras treinta años de deferencia hacia la protección equivalente dispensada por el Tribunal de Justicia, el alto Tribunal alemán articuló una nueva forma de control sobre ese nivel de protección, dirigida a preservar la

PARGA, A., «Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court), Decision of 18 July 2005 (2 BvR 2236/04) on the German European Arrest Warrant Law», *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 583-595, y una profusa documentación en SCHORKOPF, F., *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2006. Sobre la segunda, vid. BVerfG, 1 BvR 256/08 de 2 de marzo de 2010; en la doctrina GONZÁLEZ PASCUAL, M., «La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los derechos: un fin no siempre deseable», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 3, 2010, pp. 591-614, y KAISER, A.-B., «German Federal Constitutional Court – German Data Retention Provisions Unconstitutional in their present form: Decision of 2 March 2010, NJW 2010, p. 833», *European Constitutional Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 503-517.

3. En la Sentencia de 24 de abril de 2013, 1 BvR 1215/07, la Sala Primera del TCF alemán puso reparos a la interpretación expansiva del ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales sentada en la STJ [Gran Sala] también de 26 de febrero de 2013, as. C-617/10, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*. Al respecto puede consultarse ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015, p. 47, nota 116.

identidad constitucional. De acuerdo con el apartado 49 de dicha Sentencia, «el Tribunal Constitucional Federal garantiza de forma ilimitada y en el caso concreto, por la vía del control de la identidad, la protección de los derechos fundamentales que resulta indisponible de conformidad con el art. 23, apartado 1, inciso tercero, en conexión con los arts. 79.3 y 1.1 LF⁴».

Con ello se volvió a reconocer formalmente la admisibilidad del recurso de amparo, vía clausurada durante treinta años, para controlar decisiones por las que los poderes públicos alemanes ejecutan sin margen de apreciación las normas de la Unión. Ahora bien, la reapertura del recurso de amparo no fue plena: *Solange II* no fue revocada formalmente. El recurso de amparo no se puede fundamentar en la pretendida vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales constitucionales protegibles por esa vía (como era posible hasta 1986), sino solo por un único motivo, si bien de contornos difusos, la vulneración de la garantía constitucional de la dignidad humana. El caso versaba sobre una decisión de entrega a las autoridades italianas de un ciudadano americano que había sido juzgado en ausencia. El Tribunal alemán resolvió que la normativa europea incorporaba un nivel de protección coincidente con el que se desprende internamente del respeto de la dignidad humana y que resulta indisponible para las autoridades alemanas. En el caso concreto no fue necesario limitar la aplicación del Derecho de la Unión con el fin de proteger la identidad constitucional, y el marco regulador europeo de la euroorden se siguió aplicando con toda normalidad en la República Federal de Alemania, al igual que en los demás Estados miembros. No obstante, la nueva forma de control sobre el Derecho de la Unión quedó incorporada al arsenal del TCF.

-
4. Sentencia de la Sala Segunda de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140 (317). Los comentarios han sido numerosos: vid., entre otros, BURCHARDT, D., «Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 76, 2016, pp. 527-551; FRENZ, W., «Vollzugsföderalismus für Unionsrecht – Fortentwicklung durch die OMT- und EU Haftbefehl-Judikatur», *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 23, 2016, pp. 1485-1491; HONG, M., «Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi», *European Constitutional Law Review*, vol. 12, 2016, pp. 549-563; NOWAG, J., «EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R», *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, pp. 1441-1454; REINBACHER, T., y WENDEL, M., «Menschenwürde und Europäischer Haftbefehl – Zum ebenübergreifenden Schutz grundrechtlicher Elementargarantien im europäischen Auslieferungsverfahren», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 43, 2016, pp. 333-343; SATZGER, H., «Grund- und menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls? – “Verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle” durch das BVerfG vs. Vollstreckungsaufschub bei “außergewöhnlichen Umständen” nach dem EuGH», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 9, 2016, pp. 514-522. En castellano puede consultarse ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de identidad constitucional (Comentario a la Sentencia de 15 de diciembre de 2015 del Tribunal Constitucional Federal alemán)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016, pp. 109-141; y LÓPEZ CASTILLO, A., «¡Alto ahí a la “identidad constitucional”!: un ejemplo (ya no tan) reciente de discontinuidad continuista en la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 387-412.

Hasta la fecha la nueva «arma» no ha vuelto a ser activada en relación con el nivel de protección garantizado en la Unión⁵, aunque sí en relación con aspectos de la política financiera del Banco Central Europeo⁶. En la Sentencia de 19 de diciembre de 2017, objeto del presente comentario, el TCF estuvo cerca, quizá, de la activación del control de identidad constitucional en relación con el nivel de protección garantizado en la Unión. La Sentencia tenía que resolver un recurso de amparo interpuesto frente a una decisión judicial que autorizaba la entrega de un sospechoso a Rumania, recurso que se había fundamentado explícitamente en el control de la identidad constitucional: el demandante argumentaba que las condiciones de reclusión en el Estado miembro que solicitaba la entrega eran inhumanas y degradantes y que, en tales condiciones, su entrega vulneraría la dignidad humana protegida por la Ley Fundamental. El TCF admitió el recurso de amparo ese motivo pero lo estimó por un motivo distinto, la vulneración del derecho al juez legal, al no haberse planteado la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para que precisase las condiciones de reclusión que, de acuerdo con la sentencia *Aranyosi*, impiden la entrega de una persona a otro Estado miembro.

La citada Sentencia del TCF vuelve a poner el dedo en la llaga de los límites constitucionales a la aplicación del mecanismo de la orden europea de entrega, esta vez, a propósito de las condiciones de reclusión. La relevancia de las condiciones de reclusión

5. En el asunto resuelto por la Sección Segunda de la Sala Segunda mediante la Sentencia de 6 de septiembre de 2016 (2 BvR 890/16), el demandante de amparo había solicitado la aplicación del control de la identidad constitucional: se trataba de una orden de entrega emitida por el Reino Unido y la persona reclamada invocaba el distinto alcance del derecho a no inculparse en aquel Estado miembro y en Alemania, en cuyo sistema jurídico los silencios del acusado no pueden valorarse como indicios de cargo. El TCF consideró que no estaba afectado el núcleo básico del derecho a no inculparse ni, por tanto, la identidad constitucional. Vid. el comentario de GÄRDITZ, K.F., «Auslieferung an das Vereinigte Königreich und Schweigerecht des Angeklagten», *Juristen-Zeitung*, núm. 22, 2016, pp. 1114-1119.
6. Sentencia de la Sala Segunda de 21 de junio de 2016, 2 BvR 2728 y otros, asunto *Gauweiler*. La Sentencia resuelve varios recursos de amparo interpuestos frente a una pluralidad de decisiones, acciones y omisiones de diversas instituciones europeas y alemanas, entre otras, del Gobierno y del Parlamento Federal relacionadas con la decisión del Consejo del Banco Central Europeo relativa a la adquisición ilimitada de préstamos de determinados Estados miembros en el mercado secundario (el programa *Outright Monetary Transactions*). Los motivos de impugnación incluían tanto el exceso competencial de la Unión como la vulneración de la identidad constitucional. Los recursos de amparo fueron parcialmente inadmitidos y desestimados en cuanto al resto. Antes de resolver, la Sala planteó la primera cuestión prejudicial promovida ante el Tribunal de Justicia en la historia del TCF, que fue resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2015 (*Gauweiler*, C-62/14). La bibliografía tanto sobre la sentencia europea como sobre la posterior sentencia alemana es muy numerosa. Por todos, puede verse STEINBACH, A., «All's well that ends well? Crisis policy after the German constitutional court's ruling in Gauweiler», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 2017, pp. 140-149; y LÓPEZ CASTILLO, A., «*Europaei, audi, quid convenit statuitque domina verbum!* Una muestra (aún) reciente de la actual jurisprudencia *ius* europea del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017, pp. 341-378.

en el ámbito de protección del derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes no es una cuestión desconocida en la jurisprudencia de los tres «vértices jurisdiccionales» europeos: el TEDH, el TJUE y los respectivos tribunales constitucionales.

El propósito de este comentario es analizar y valorar la Sentencia del TCF de 19 de diciembre de 2017, intentando responder a las siguientes cuestiones: ¿cómo se inserta esa Sentencia en el contexto del nuevo activismo estratégico de Karlsruhe? ¿Cómo se relaciona su contenido con la jurisprudencia europea sobre las condiciones de reclusión? ¿Qué implicaciones tiene para el principio de confianza mutua?

Después de una breve exposición del estado de la cuestión en los «tres vértices jurisdiccionales» que operan en el ámbito territorial concernido (II), examinaremos la solución alcanzada en la Sentencia de 17 de diciembre de 2017 (III). A continuación, exploraremos las implicaciones de la Sentencia, en los términos antes indicados (IV).

II. LAS CONDICIONES DE RECLUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LOS TRES «VÉRTICES JURISDICCIONALES»

En el trasfondo de la Sentencia de 19 de diciembre de 2017 se encuentran diversos antecedentes jurisprudenciales más o menos inmediatos. Las condiciones mínimas de reclusión han sido objeto de debate en diversos foros europeos e internacionales y también en el seno de procesos seguidos ante los tres «vértices jurisdiccionales» en materias de garantías individuales en territorio alemán: el TCF, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Una exposición exhaustiva de la jurisprudencia acumulada por esos tres tribunales excedería del espacio disponible para este comentario. La finalidad del presente apartado es más limitada: señalar el estado de la cuestión en el que se inserta, y al que debía atender, la Sentencia de 19 de diciembre de 2017. Justamente, 2016 fue un año relevante en la materia abordada, pues los tres tribunales mencionados adoptaron resoluciones que o bien recapitulaban o sistematizaban su jurisprudencia, o bien la elaboraban por primera vez. Todo ello facilita la presentación del estado de la cuestión.

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

El TCF se ha ocupado de forma reiterada de las condiciones mínimas de reclusión, hasta el punto de considerar que los principios constitucionales relevantes en esta materia están ya suficientemente precisados: como consecuencia, los recursos de amparo que se refieren a las condiciones de reclusión en general son resueltos por las Secciones (de tres magistrados), en lugar de por las Salas (de ocho magistrados)⁷.

7. Vid., por ejemplo, TCF, Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Segunda, de 16 de agosto de 2017, 2 BvR 336/16, relativa a la suficiencia de la ventilación y la calidad del aire dentro de la celda.

La más reciente resolución referida al espacio mínimo disponible personal para cada interno, con anterioridad a la adopción de la que es objeto del presente comentario, es la Sentencia de 22 de marzo de 2016, en la que la Sección Segunda de la Sala Segunda recapitula los criterios jurisprudenciales⁸. Debe resaltarse que aborda la cuestión desde una perspectiva exclusivamente interna, sin plantearse si los mismos criterios o estándares son trasladables a las decisiones de entrega de sospechosos o condenados a otros países.

La Sección estimó el recurso de amparo interpuesto por considerar que el órgano judicial no había investigado suficientemente la base fáctica de la denuncia del demandante de amparo, que señalaba que había ocupado una celda de 4,49 metros cuadrados, y había dado más credibilidad a la alegación de la Administración penitenciaria de que la celda tenía alrededor de 6 metros cuadrados, confirmando con ello la legalidad de la medida penitenciaria y lesionando en consecuencia los derechos materialmente afectados, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 19.4 LF y el principio de Estado de Derecho. A los efectos de este comentario interesan los criterios y estándares que maneja el TCF en relación con el espacio mínimo personal por preso.

El TCF se inspira en diversas fuentes en cuanto al aspecto controvertido. Una es la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 3 CEDH. Así, la Sentencia de 22 de marzo de 2016 de la Sección Segunda de la Sala Segunda descarta la invocación que realiza el órgano judicial de la Sentencia del TEDH de 12 de julio de 2007, *Testa c. Croacia*, núm. 20877/04, en la que se había sentado el criterio orientativo de 4 metros cuadrados de espacio personal por preso, porque el caso se refería al internamiento en una celda colectiva: criterio que, según la Sección, es dudosamente trasladable a las celdas individuales. La otra fuente de inspiración son los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT). Así, la Sentencia de 22 de marzo de 2016 señala que el CPT recomienda para todo interno en una celda individual un espacio mínimo de 7 metros cuadrados⁹, e indica que en el Informe Anual 2010/2011 el CPT había subrayado que no debería utilizarse menos de 6 metros cuadrados para el internamiento de los presos¹⁰. En todo caso, la Sentencia subraya que los estándares mínimos que derivan del art. 3 CEDH no tienen por qué ser necesariamente idénticos a los de la Ley Fundamental, y que la protección de derechos fundamentales derivada de la Ley Fundamental no puede ser limitada por el Convenio¹¹.

La Sentencia de 22 de marzo de 2016 señala que, de cara a la ocupación y configuración de las celdas, el margen de apreciación de los centros penitenciarios está limitado por el derecho del preso al respeto de su dignidad humana. Recuerda la doctrina constitucional sobre el control de constitucionalidad de las condiciones de reclusión, control que exige una visión global de las circunstancias fácticas que determinan la situación de

8. TCF, Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Segunda, 2 BvR 566/15.

9. CPT-Standards, CPT/Inf/E [2002] 1 – Rev. 2010, p. 8.

10. *21st General Report*, de 10 de noviembre de 2011, CPT/Inf [2011]28, p. 47.

11. TCF, Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Segunda, 2 BvR 566/15, de 22 de marzo de 2016, apdo. 26.

internamiento. Entre los factores que pueden indicar una vulneración de la dignidad humana destacan la superficie disponible por preso y la situación de las instalaciones sanitarias, esto es, su separación y ventilación; y entre los factores que aminoran la situación se puede tener en cuenta la limitación de los periodos diarios de internamiento en celda. La duración limitada del internamiento es también relevante así como la previsibilidad de esa duración limitada. Por lo que respecta a la superficie disponible, trae a colación el criterio de la Sección Tercera de la Sala Segunda según el cual un espacio algo superior a los 6 metros cuadrados se sitúa en el límite inferior de lo tolerable, así como el criterio de la Sección Tercera de la Sala Primera según el cual un internamiento de tres meses en una celda individual de una superficie de 5,25 metros cuadrados en una consideración general de las circunstancias existentes vulnera la dignidad humana¹².

Por todo ello, la Sentencia de 22 de marzo de 2016 concluyó que un internamiento permanente en una celda individual de alrededor 4,5 metros cuadrados sería incompatible con la dignidad humana, y un internamiento que durase varias semanas estaría próximo a la vulneración constitucional, por lo que se deben aclarar ampliamente las circunstancias relevantes para valorar la situación de internamiento del demandante de amparo¹³.

2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En la importante Sentencia *Aranyosi y Căldăraru* de 5 de abril de 2016¹⁴, el Tribunal de Justicia, en formación de Gran Sala, admitió por primera vez una relativización del

-
12. TCF, Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Segunda, 2 BvR 566/15, de 22 de marzo de 2016, apdo. 27.
 13. TCF, Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Segunda, 2 BvR 566/15, de 22 de marzo de 2016, apdo. 28.
 14. STJ [Gran Sala] de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi y Robert Căldăraru*. Al respecto pueden verse los comentarios de: ANAGNOSTARAS, G., «Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: *Aranyosi and Căldăraru*», *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, pp. 1675-1704; KORENICA, F. y DOLI, D., «No more unconditional “mutual trust” between the Member States: an analysis of the landmark decision of the CJEU in *Aranyosi and Caldärraru*», *European Human Rights Law Review*, núm. 5, 2016, pp. 542-555; HONG, M., «Human Dignity, Identity Review...», cit.; MEYER, F., «Europäischer Haftbefehl-Übergabeverfahren bei Anhaltspunkten für grundgesetzwidrige Haftbedingungen im Austellungsstaat: EuGH, 5.4.2016 – Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU, Pál Aranyosi, Robert Caldärraru», *Juristen-Zeitung*, núm. 12, 2016, pp. 617-625; SCHWARZ, M., «Der Europäische Gerichtshof bestätigt die Sollbruchstellen der Anerkennung», *Europarecht*, núm. 4, 2016, pp. 421-430. En castellano existen numerosos comentarios: BUSTOS GISBERT, R., «¿Un insuficiente paso en la dirección correcta?», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40, 2016; MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J., «La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Aranyosi y Căldăraru*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016, pp. 859-900; OLLÉ SESÉ, M., y GIMBERNAT DÍAZ, E., «STJUE de 5 de abril de 2016, asuntos C-404/15 y C-659/15 PPU: *Aranyosi y Căldăraru*», *La Ley Unión Europea*, núm. 40, de 30 de septiembre de 2016; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.,

principio de confianza mutua¹⁵ y, por ende, de la aplicación estricta de la decisión marco sobre la orden europea de entrega, en respuesta a dos peticiones de decisión prejudicial promovidas -lo que no es casual- por un juez alemán. Las personas detenidas habían alegado contra su entrega a los Estados miembros emisores de las correspondientes órdenes de detención europea (Rumania y Hungría) las deficientes condiciones de reclusión en esos Estados. En la mencionada Sentencia, además de la violación grave y persistente por un Estado miembro de los principios contemplados en el art. 2 TUE, el Tribunal de Justicia mencionó dos vías o dos bases para una eventual relativización de la decisión marco, sin aclarar cómo se relacionan entre sí: una, la producción de «circunstancias excepcionales», que ya había sido aludida en el Dictamen 2/13¹⁶; y otra, propiamente la novedad de la Sentencia, consistente en deducir del art. 1.3 de la decisión marco «la obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como se hallan consagrados, en particular, en la Carta¹⁷».

Siguiendo esta segunda vía, la Sentencia recuerda el «carácter absoluto» de la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes establecida en el art. 4 de la Carta, «indisociable del respeto de la dignidad humana», recogido en el art. 1 de la Carta¹⁸. Esos artículos consagran, al igual que el art. 3 CEDH, «uno de los valores fundamentales de la Unión y de sus Estados miembros¹⁹». Por tanto, el respeto del art. 4 de la Carta es una obligación inderogable de los órganos judiciales de los Estados miembros cuando aplican la Carta: «en cualquier circunstancia, incluso en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada²⁰».

La Sentencia estructura en varios tiempos las obligaciones procedimentales del órgano judicial. En primer momento la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución de la orden europea de entrega debe basarse en «elementos objetivos, fiables, precisos

«Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero»: los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo», *InDret*, núm. 1, 2017.

15. Los estudios sobre la noción de confianza mutua son numerosos. Cabe destacar dos recientes, que ponen el acento en la evolución de la noción: K. LENAERTS, «La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust», *Common Market Law Review*, vol. 54, 2017, pp. 805-840; y E. XANTHOPOULOU, «Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust», *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, pp. 489-510.
16. Dictamen del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, 2/13, punto 191, el cual se remite expresamente a su vez a las SSTJ *N. S. y otros*, C411/10 y C493/10, apartados 78 a 80, y *Melloni*, C-399/11, apartados 37 y 63. La excepción es de perfiles inciertos: literalmente se afirma que el principio de confianza mutua «obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho».
17. STJ [Gran Sala] de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru*, apartado 83.
18. *Ibidem*, apartado 85.
19. *Ibidem*, apartado 87.
20. *Ibidem*, apartado 87.

y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión». Estos elementos pueden proceder «en particular» de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas²¹.

En un segundo momento la autoridad judicial de ejecución todavía «debe comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor²²». Para ello la autoridad judicial de ejecución deberá solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro «toda la información complementaria sobre las condiciones de reclusión previstas para la persona de que se trate en ese Estado miembro²³». También podrá averiguar «si existen en el Estado miembro emisor posibles procedimientos o mecanismos nacionales o internacionales de control de las condiciones de reclusión²⁴». Solo si a la luz de la información facilitada o disponible, se constata que existe un riesgo real de que la persona sufra un trato inhumano o degradante, «deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse²⁵». Las consideraciones que a continuación realiza la Sentencia se refieren a la situación procesal de la persona de que se trate en relación con una orden europea de detención aplazada, pero no abandonada, aplicando los criterios sentados en la sentencia *Lanigan* de 16 de julio de 2015²⁶. En un escrito no jurisdiccional el Presidente del Tribunal de Justicia ha subrayado la finalidad del aplazamiento de la ejecución de la orden europea: «proporciona al Estado miembro de emisión una nueva oportunidad de recuperar la confianza de la autoridad judicial de ejecución, evitando así el estado permanente de desconfianza entre las autoridades judiciales de dos Estados miembros²⁷».

Simultáneamente, la Sentencia *Aranyosi y Căldăraru* confirma la Sentencia *Melloni* del mismo Tribunal. En conexión con la posibilidad de denegar o limitar la ejecución de una orden europea de entrega debido a las condiciones de reclusión en el Estado miembro de emisión, una de las subpreguntas elevadas ante el Tribunal de Justicia por el juez alemán tenía el siguiente contenido: «¿El Estado miembro de ejecución puede o debe formular a tal efecto requisitos mínimos concretos aplicables a las condiciones de reclusión que se han de garantizar?». La Sentencia *Aranyosi y Căldăraru* la contesta implícitamente: el órgano judicial nacional debe resolver «con arreglo a la norma de protección de los derechos fundamentales garantizada por el Derecho de la Unión y, en particular,

21. *Ibidem*, apartado 89.

22. *Ibidem*, apartado 92.

23. *Ibidem*, apartado 95.

24. *Ibidem*, apartado 96.

25. *Ibidem*, apartado 98.

26. *Ibidem*, apartado 99 a 103.

27. LENARTS, «La vie après l'avis...», cit., p. 836.

por el artículo 4 de la Carta (véanse, en este sentido, la sentencia Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, apartados 59 y 63, y el dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, punto 92)²⁸».

Algunos autores se han basado en la proximidad temporal de la Sentencia *Aranyosi y Căldăraru* (5 de abril de 2016) con la dictada por el TCF el 15 de diciembre de 2015, a la que se aludió en la introducción, para afirmar que existe una relación causal entre ambas²⁹. Por atractiva que parezca la explicación causal, no resulta la única posible³⁰.

En primer lugar, el planteamiento de las dos cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia tuvo lugar antes de la aprobación de la Sentencia de Karlsruhe. Incluso la decisión de acumularlas, de tramitarlas mediante el procedimiento prejudicial de urgencia y de atribuirles a la Gran Sala se efectuó el 16 de diciembre de 2015: si bien la Sentencia alemana lleva la fecha de 15 de diciembre de 2015, no se hizo pública hasta el 26 de enero de 2016. Antes de poder conocer el contenido de la Sentencia alemana, el Tribunal de Justicia ya había decidido que se trataba de un asunto relevante. Y en la vista, celebrada el 15 de febrero de 2016, la mayoría de los Estados miembros que intervinieron (de un total de once) se mostraron favorables a realizar algún tipo de control sobre las condiciones de reclusión en el Estado miembro de emisión de la orden³¹.

En segundo lugar, la fundamentación de la Sentencia del Tribunal de Justicia se inserta sin excesiva dificultad en su jurisprudencia previa³², invocando expresamente tanto la Sentencia *Melloni* como el Dictamen 2/13³³. Así, recuerda que, según su doctrina, «el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante» son derechos que rigen en el derecho de la Unión con carácter absoluto³⁴. Además, la sentencia de 5 de abril de 2016 tiene un precedente importantísimo en materia de asilo, que, si bien no se menciona expresamente, está latente: la STJ de 21

28. *Ibidem*, apartado 88.

29. De hecho, varios comentarios analizan conjuntamente ambas resoluciones.

30. En sentido parecido, BÖHM, K., en una nota breve a la sentencia, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 24, 2016, p. 1714, «keine Kehrtwende», pero al mismo tiempo «ein Lichtblick». En cambio, otros autores sugieren una conexión causal entre ambos pronunciamientos: SAUER, H., «“Solange” geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 16, 2016, p. 1137; HONG, M., «Human Dignity, Identity Review...», cit., p. 561 («It took the European Court of Justice only a few months to react to *Solange-III*»); NOWAG, «EU law, constitutional identity...», cit., pp. 1441-1454; DA SILVA OCHOA, J.C., «La calidad del derecho penal de la Unión Europea: un drama judicial en tres actos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 63, 2017, pp. 148, 152 y 157.

31. SØRENSEN, H.B.F.M., «Mutual Trust -Blind Trust or General Trust with Exceptions? The CJUE Hears Key Cases on the European Arrest Warrant», *Pécs Journal of International and European Law*, 2016 (I), pp. 56-62.

32. También es claro que la jurisprudencia previa también podía haber amparado una solución distinta, como lo demuestran las conclusiones del Abogado General Bot.

33. PIETER VAN DER MEI, A., «The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice», *Maastricht journal of European and Comparative Law*, vol. 24 (6), 2017, p. 898.

34. STJ de 12 de junio de 2003, C-12/00, *Schmidberger*, apartado 80.

de diciembre de 2011, as. ac. C-411/10 y C-493/10, N.S. y M.E., apartado 75 y sigs.³⁵, que aplicaba la doctrina de la Sentencia del TEDH [Gran Sala] de 21 de enero de 2011, *MSS c. Bélgica y Grecia*. Si las condiciones de detención y vida a la que se ven sometidos los solicitantes de asilo en un Estado miembro revelan deficiencias sistémicas tales que vulneran la prohibición de tratos degradantes o inhumanos de los arts. 4 de la Carta y 3 del Convenio y, por lo tanto, pueden menoscabar la confianza mutua entre los Estados miembros a los efectos del preceptivo envío de los solicitantes de asilo, no pueden tener menor relevancia jurídica, desde la misma perspectiva, las condiciones de reclusión en los Estados miembros a los efectos de la ejecución de las órdenes de detención europeas³⁶. La coherencia del Tribunal de Justicia fue innegable, sin necesidad de atribuir el fallo a la fuerza de persuasión del Tribunal de Karlsruhe.

En tercer lugar, la cuestión de fondo abordada en *Aranyosi y Căldăraru* es muy distinta a la abordada por la Sentencia alemana (y por la Sentencia *Melloni*, con la que algún autor la compara³⁷). La prohibición de tratos inhumanos o degradantes tiene carácter absoluto tanto en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3) como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 4) y vincula por igual y con idéntica intensidad a todos los Estados miembros: no resulta nada problemático deducir de dicha prohibición la imposibilidad de entregar personas a Estados en los que pueden ser objeto de tales tratos. En cambio, existen distintos estándares nacionales en relación con el juicio en ausencia en los Estados miembros: no era razonable esperar que el Tribunal de Justicia construyera por su cuenta un estándar europeo diferente, notoriamente superior al decidido por unanimidad por los Estados miembros en la modificación de 2009 de la decisión marco. El mérito de la Sentencia *Aranyosi y Căldăraru* no está tanto en haber proclamado un límite constitucional a la confianza mutua, por llamativa que parezca su afirmación, como en haber formulado una serie de pautas sustantivas,

35. Línea jurisprudencial que ha tenido continuidad en las SSTJ de 16 de febrero de 2017 (Sala Quinta), C-578/16 PPU, *C. K. y otros*; y de 24 de abril de 2018 (Gran Sala), C-353/16, *MP*. La doctrina atribuyó «relevancia constitucional» a la Sentencia N.S.: vid. CANOR, I., «*My brother's keeper? Horizontal Solange: "An ever closer distrust among the peoples of Europe"*», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 383-422. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La emergencia...», cit., pp. 876, 890, opinaba, no obstante, que la extrapolación de la solución de la Sentencia N.S. al ámbito de la cooperación judicial penal «no era, ni de lejos, tan obvia», si bien posteriormente da por buena «la percepción de que la sentencia, a fin de cuentas, no resulta tan innovadora y extiende lo ya habido en asilo a la cooperación judicial penal».

36. El criterio del Tribunal de Justicia, y en concreto la propuesta de extrapolar la doctrina N.S. y *otros* al ámbito de la decisión marco sobre la orden europea de detención, fue anticipado en las conclusiones de la Abogado General Sharpston, en el asunto C-396/11, *Radu*, presentadas el 18 de octubre de 2012.

37. Es el caso de HONG, M., «Human Dignity, Identity Review...», cit., p. 561 («*Aranyosi marks a remarkable change in tone and posture compared to Melloni*»), 562 («*the Aranyosi judgment represents, without a doubt, a huge step by the European Court of Justice in the direction of the position taken by the European Court of Human Rights and the German Constitutional Court. This step significantly reduces the distance that Melloni seemed to create*»). En cambio, tanto BUSTOS GISBERT, «¿Un insuficiente...», cit., pp. 145 y 155, como MARTÍN RODRÍGUEZ, «La emergencia...», cit., p. 876, destacan la diferencia con el caso *Melloni*.

criterios metodológicos y obligaciones procedimentales que permitan hacer operativo el genérico estándar europeo en los procedimientos europeos de detención y entrega.

Por las razones indicadas, la Sentencia *Aranyosi y Căldăraru* no puede interpretarse como la afirmación jurisprudencial de una cláusula general de derechos fundamentales en la normativa europea, que permitiría denegar la ejecución de una orden europea de entrega siempre que se acreditase una vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Unión Europea. La Sentencia solo se refiere a la prohibición de tratos degradantes e inhumanos, que tiene carácter absoluto y se vincula con la dignidad humana³⁸. Aun así, suscitará muchas dudas sobre la forma de aplicar las obligaciones impuestas a los órganos judiciales antes de poder aplazar o abandonar una orden europea de detención³⁹. Son algunas de esas dudas las que se convierten en el eje de la Sentencia del TCF de 19 de diciembre de 2017.

3. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A finales de 2016 el TEDH dictó, en Gran Sala, la Sentencia *Muršić contra Croacia*⁴⁰, la primera de ese Tribunal que versa específicamente sobre el espacio personal mínimo que un detenido debe disponer en una celda colectiva con arreglo al art. 3 CEDH⁴¹. Como en otros temas, el análisis del TEDH había sido hasta entonces muy casuístico, pero la avalancha de asuntos resultaba inabordable caso a caso. El elevado número de

38. En sentido similar, BUSTOS GIBBERT, «¿Un insuficiente...», cit., pp. 150-151; LENAERTS, «La vie après l'avis...», cit., p. 835; y PIETER VAN DER MEI, «The European Arrest Warrant...», cit., pp. 899-900. En contra, OLLÉ SESÉ y GIMBERNAT DÍAZ, «STJUE de 5 de abril de 2016...», cit., p. 9: aplicable a «todas y cada una de las violaciones de derechos fundamentales recogidas en la Carta y en el CEDH de las que se presume que puedan ser cometidas en el Estado de ejecución». Para MARTÍN RODRÍGUEZ, «La emergencia...», cit., p. 887, se trata de una cuestión de perfiles inciertos.

39. El mismo Tribunal de Bremen que había planteado las cuestiones prejudiciales acumuladas y resueltas por la Sentencia *Aranyosi y Căldăraru* elevó posteriormente, el 12 de septiembre de 2016, una nueva cuestión prejudicial para aclarar si debía examinar las condiciones de reclusión solo con respecto al centro de detención en el que sería internado inicialmente la persona afectada o también con respecto a los centros en los que podría cumplir la eventual condena. Antes de que resolviera el Tribunal de Justicia, las autoridades judiciales húngaras dejaron sin efecto las órdenes de detención emitidas, y el Tribunal de Justicia inadmitió la cuestión por ser hipotética: vid. el Auto de 15 de noviembre de 2017, as. C-496/16, *Pál Aranyosi II*.

40. STEDH de 20 de octubre de 2016 (Gran Sala), *Muršić contra Croacia*, núm. 7334/13. Ha sido comentada de forma muy crítica por TULKENS, F., «Cellule collective et espace personnel – Un arrêt en trompe-l'oeil (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Mursic c. Croatie, 20 octobre 2016)», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 112, 2017, pp. 989-1004.

41. Para la jurisprudencia previa relativa al art. 3 CEDH vid. SANTAMARÍA ARINAS, R., y BOLAÑO PIÑEIRO, M.C., «Artículo 3. Prohibición de la tortura», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3.^a ed., Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 54-95, especialmente 67, 82-86 con referencia a las condiciones de detención y reclusión.

asuntos se intentó atajar mediante sentencias piloto⁴². Y con el fin de remediar el carácter casuístico de la jurisprudencia, el TEDH se propuso clarificar su doctrina general sobre la cuestión del espacio mínimo personal: para ello, analizó qué consecuencias tiene la asignación de un espacio personal por debajo del mínimo exigible, si implica una mera presunción de vulneración o constituye en sí misma una vulneración del art. 3 CEDH, y examinó qué factores podrían, en su caso, compensar la deficiente asignación de espacio personal.

La argumentación es extensa y compleja a la vez (§§ 102-135), hasta el punto de que se considera conveniente resumir sus conclusiones, en sí nada sencillas, antes de aplicarlas (§§ 136-141). En síntesis, estas son los principales elementos de la fundamentación y, con ello, de lo que la Sentencia denomina el «*approach to be taken*»:

- a) El primer elemento controvertido consiste en justificar la separación con respecto a los criterios sobre el espacio personal mínimo por recluso elaborados por el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT), que es el órgano de control del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (1987). Desde los años 90 del siglo pasado, el CPT, con una composición multidisciplinar, ha establecido que todo preso debe disponer de un mínimo de cuatro metros cuadrados de espacio personal en una celda colectiva y de seis metros cuadrados en una celda individual, aunque sin entender tales valores numéricos como criterios absolutos⁴³. Sin embargo, con argumentos discutibles (§§ 112-113)⁴⁴, el Tribunal rechaza asumir ese estándar, elaborado por el organismo especializado dentro del Consejo de Europa, y lo reemplaza por uno más bajo, de elaboración propia: tres metros cuadrados de espacio mínimo personal en celda colectiva⁴⁵. Los tres metros cuadrados se computan incluyendo cama y muebles, y excluyendo las instalaciones sanitarias (§ 114).

42. Por lo que respecta a Hungría, se adoptó el procedimiento de «sentencia piloto» porque existían alrededor de 450 demandas individuales cuya vulneración principal eran las condiciones de reclusión, que *prima facie* parecían fundamentadas: vid. STEDH de 10 de marzo de 2015, *Varga y otros c. Hungría*, núms. 14097/12 y otros. En cuanto a Bulgaria vid. STEDH de 27 de enero de 2015, *Neshkov y otros c. Bulgaria*, núms. 36925/10 y otros: en un apéndice se recogen las veinticinco sentencias anteriores del TEDH dictadas frente a Bulgaria entre 2004 y 2014 en las que también se había declarado la infracción del art. 3 CEDH por la situación de los centros de reclusión. En relación a Italia vid. STEDH de 8 de enero de 2013, *Torreggiani y otros c. Italia*, núms. 57875/09 y otros.

43. Vid. el documento de síntesis «Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards», especialmente el punto 21, CPT/Inf (2015) 44, Estrasburgo, Consejo de Europa, 15 de diciembre de 2015, <https://rm.coe.int/16806cc449>

44. Vid. la crítica de TULKENS, «Celda colectiva y espacio personal», cit., pp. 992-995, 1002-1003.

45. El voto particular conjunto parcialmente discrepante de los jueces Sajó, López Guerra y Wojtyczek muestra su disconformidad con la regla de los tres metros cuadrados por interno en celda colectiva. Igualmente, en otro voto particular el juez Pinto de Albuquerque lamenta la preterición de los trabajos del CPT.

- b) El segundo paso, también controvertido, es concebir la infracción de la regla de los tres metros cuadrados de espacio mínimo personal como una «fuerte» presunción de vulneración del art. 3 CEDH (§ 124). Esta «fuerte» presunción impone al Estado respectivo la carga de acreditar de forma convincente la presencia de factores que puedan compensar de forma adecuada la falta de espacio personal. Tras examinar el efecto acumulado de los diversos aspectos de las condiciones de reclusión, el TEDH podrá «normalmente» determinar si, en las circunstancias del caso, la presunción de vulneración ha sido refutada (§ 124).

La regla de los tres metros cuadrados, en suma, no es definitiva, pues abre el paso a la intervención de «medidas compensatorias». O lo que es lo mismo, a la lógica de la ponderación⁴⁶. Así, el Tribunal atiende a si la insuficiencia del espacio personal disponible puede compensarse con una duración reducida del internamiento, con posibilidades de movimiento y de actividades adecuadas fuera de la celda, o con las propias condiciones de la reclusión⁴⁷.

- c) Entre tres y cuatro metros cuadrados, el factor espacial se convierte en un «elemento de peso» en la apreciación del carácter adecuado o no de las condiciones de detención. Pero la declaración de vulneración del art. 3 CEDH requeriría, además del factor espacial, otras condiciones de reclusión deficientes, mencionándose «en particular» las relacionadas con el acceso al patio, al aire y luz naturales, la ventilación, la temperatura (demasiado alta o demasiado baja), la ausencia de intimidad en las instalaciones sanitarias o las malas condiciones sanitarias e higiénicas (§ 139).

La Sentencia es también compleja en su aplicación al caso concreto, pues diferencia tres periodos de internamiento⁴⁸, y solo con respecto a uno de ellos, de veintisiete días de duración en una celda con menos de tres metros cuadrados de espacio personal, se declaró vulnerado el art. 3 CEDH (por unanimidad). Con respecto a otros periodos no consecutivos en una celda de las mismas características se descartó la vulneración por diez votos frente a siete, lo que revela una gran división entre los jueces europeos en cuanto a las posibilidades de compensar el factor espacial. Por último, se descarta la vulneración para el periodo en el que el recurrente dispuso de entre tres y cuatro metros cuadrados de espacio personal (por trece votos frente a cuatro).

46. TULKENS, «Celda colectiva y espacio personal», cit., p. 999, se muestra muy crítica con la idea y lógica de las «medidas compensatorias» dentro del ámbito del art. 3 CEDH, y sarcásticamente se pregunta si también cabrían medidas compensatorias ante la tortura.

47. Como señala TULKENS, «Celda colectiva y espacio personal», cit., p. 1003, y acreditaría la Sentencia comentada, existe el riesgo de hacer pasar como factores «compensatorios» de la estrechez del espacio personal lo que no deberían ser más que condiciones ordinarias y normales de reclusión.

48. TULKENS, «Celda colectiva y espacio personal», cit., p. 1003, critica la fragmentación: los efectos inhumanos y degradantes de la sobrepoblación carcelaria repercuten a lo largo de la detención, y los intervalos de mejoría no reparan los daños sufridos.

Con posterioridad, los criterios *Muršić* han sido aplicados en diversas Sentencias de Sala que han declarado que un espacio personal inferior a tres metros cuadrados en una celda colectiva en conjunción con otras condiciones inadecuadas de reclusión vulneraba el art. 3 CEDH: esas sentencias se han referido a tres Estados miembros de la Unión, Bélgica⁴⁹, Letonia⁵⁰ y Rumania⁵¹.

III. LA SENTENCIA DEL TCF DE 19 DE DICIEMBRE DE 2017

1. LA DECISIÓN JUDICIAL IMPUGNADA

Un tribunal de Constanta (Rumania) emitió el 1 de julio de 2015 una orden de detención y entrega contra un ciudadano rumano por la sospecha de que había cometido unos delitos de carácter económico. El 12 de septiembre de 2016 el Tribunal Superior de Hamburgo ordenó su detención. La Fiscalía General de Hamburgo se mostró de acuerdo con la entrega. El Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Hamburgo solicitó a la Fiscalía General que recabara de las autoridades rumanas información sobre las condiciones de reclusión a las que sería sometido el ciudadano rumano durante la investigación penal y en caso de una eventual condena. Específicamente le indicó que sería insuficiente un espacio disponible por recluso inferior a cuatro metros cuadrados.

En una resolución de 3 de enero de 2017 el Tribunal Superior de Hamburgo declaró la licitud de la entrega del ciudadano rumano. La decisión se motivó en la inexistencia de obstáculos a la entrega, también en relación con las condiciones de reclusión en Rumania. El Tribunal Superior de Hamburgo admitió que existían indicios acreditados de deficiencias sistemáticas y generales en las condiciones de reclusión en Rumania; sin embargo, no concurría la segunda condición, el «peligro real» de trato inhumano o degradante para el demandante. En síntesis, estos fueron los ejes de su argumentación:

- a) De la valoración de los dictámenes aportados por las autoridades rumanas y de una comunicación del Ministerio Federal de Justicia y Consumo infiere el Tribunal Superior de Hamburgo lo siguiente para el caso de que el demandante fuera condenado a una pena de prisión: tras un periodo de cuarentena de veintiún días en el centro de acogida Bucarest Rahova, en el que cada interno tiene a su disposición un espacio individual de tres metros cuadrados,

49. STEDH de 16 de mayo de 2017, *Sylla y Nollomont c. Bélgica*, núms. 37768/13 y 36467/14, §§ 31-32, 40-41.

50. STEDH de 5 de octubre de 2017, *Ābele c. Letonia*, núms. 60429/12 y 72760/12, §§ 62-75. En este caso se destacó que el espacio personal disponible fue de entre 3,09 y 3,28 metros cuadrados, muy próximo al umbral mínimo, por un periodo de casi dos años.

51. SSTEDH de 25 de abril de 2017, *Rezmiveş y otros c. Rumania*, núms. 61467/12, 39516/13, 48231/13 y 68191/13, § 88; y de 9 de enero de 2018, *Stănculeanu c. Rumania*, núm. 26990/15, § 37. Los §§ 84-85 de la primera sentencia mencionada proporcionan un extensísimo listado de 32 sentencias del TEDH, casi en su totalidad adoptadas en la presente década del siglo XXI, que han declarado las malas condiciones de los centros penitenciarios y centros de detención policial de Rumania, ordenadas por el centro al que se refieren.

la comisión de cumplimiento de penas determinará el régimen de cumplimiento; en atención a la cercanía con su domicilio la pena se ejecutará probablemente en el centro penitenciario de Tulcea; las autoridades rumanas han garantizado que el interno tendría a su disposición un espacio personal mínimo (incluidos los muebles) de tres metros cuadrados si cumple la pena en un régimen cerrado y de dos metros cuadrados si la cumple en un régimen abierto o semiabierto.

- b) El Tribunal Superior de Hamburgo extrae las siguientes conclusiones sobre la situación y la evolución de la ejecución penal en Rumania. Los centros de reclusión en Rumania están claramente sobrepoblados, faltan alrededor de 9.500 plazas. A fecha de 15 de julio de 2016 había 28.125 personas encarceladas, lo que supone, de asignar una superficie mínima de cuatro metros cuadrados de espacio individual, una tasa de sobreocupación del 150,46%. El año 2015 se entregaron 1.500 presos a Rumania en virtud de una orden europea; y se estimaba que alcanzarían los 2.000 en 2016. Las autoridades rumanas han actualizado sus compromisos en el sentido de que podría garantizarse un espacio mínimo de tres metros cuadrados para los presos que están en régimen cerrado y de dos metros cuadrados para los presos que se alojan en celdas colectivas con puertas abiertas. En el marco de las últimas modificaciones legislativas se han ampliado las posibilidades de tutela judicial para los condenados: existe un «juez para la supervisión de la privación de libertad» y, desde 2015, un Defensor del Pueblo que vigila las condiciones de reclusión en las cárceles rumanas y dispone de amplias facultades de control e intervención y al que pueden acceder directamente los reclusos.
- c) En virtud de la obligación de entrega asumida por Alemania y del respeto a los ordenamientos jurídicos extranjeros, una vulneración de las garantías iusfundamentales y de Estado de Derecho de la Ley Fundamental solo excepcionalmente podría conducir a un obstáculo a la entrega. Una entrega sería ilícita si el Estado requerido contribuyera mediante su asistencia jurídica a que el sujeto entregado fuera expuesto a tortura o a una pena o a un trato inhumano o degradante. Estos principios están jurídicamente enmarcados en el ámbito de la Unión en el contexto de la decisión marco sobre la orden europea de entrega y ulteriormente concretados a nivel interno en el párrafo 73.2 de la Ley alemana de asistencia jurídica internacional. La decisión marco se dirige, mediante la introducción de un sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de un delito, a facilitar y agilizar la cooperación en el ámbito de la justicia, y presupone un alto grado de confianza entre los Estados miembros. El principio de confianza mutua exige de todo Estado miembro, que, fuera de circunstancias extraordinarias, considere que los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y los derechos fundamentales allí reconocidos. El TEDH ha condenado de forma reiterada a Rumania en el pasado porque sus condiciones de reclusión son contrarias al art. 3 CEDH. En el enjuiciamiento de las vulneraciones del Convenio debe tenerse en cuenta el efecto acumulativo de las condiciones de reclusión globalmente consideradas,

aunque la vulneración también puede fundamentarse en una insuficiente dimensión de la celda por debajo de los tres metros cuadrados.

Desde la perspectiva del funcionamiento del sistema penal dentro de la Unión Europea también hay que considerar que los hechos delictivos realizados en Rumania quedarían impunes si Alemania denegara las peticiones de entrega que tienen como finalidad su persecución penal. Tampoco tendría sentido proceder a investigar desde Alemania los hechos cometidos en Rumania. Y la decisión de denegar la entrega tendría consecuencias negativas para las opciones de resocialización ya reducidas por la diferencia lingüística, al menos para los ciudadanos rumanos que carecen de arraigo en Alemania. Por último, la creación de un «puerto seguro» en Alemania privilegiaría a aquellos sospechosos y condenados rumanos que pudieran trasladarse a Alemania después de la realización de los hechos delictivos. Todo ello iría en contra de los fines de la Unión y de una eficaz ejecución penal en su seno. Desde esta perspectiva resultaría singular una decisión de denegación de la entrega, pues en la mayoría de los otros Estados miembros no se contempla el peligro de condiciones de reclusión contrarias a los derechos humanos en el caso de Rumania.

- d) En aplicación de los principios y las consideraciones jurídicas anteriores, el Tribunal Superior de Hamburgo excluyó que las condiciones de reclusión constituyan obstáculos a la entrega. A pesar de las condenas de Rumania por el TEDH por vulneración del art. 3 CEDH, a la vista de las previsiones del Derecho de la Unión considera que es precisa una consideración global de la situación carcelaria en Rumania, en la cual el tamaño de las celdas solo posee relevancia indiciaria esencial. Desde 2014 se han mejorado las condiciones de reclusión en los planos jurídico y fáctico, aunque según las promesas de las autoridades rumanas el espacio disponible por persona desde la perspectiva del número de metros cuadrados parece estar por debajo de los parámetros del TEDH en el régimen de cumplimiento abierto (solo dos metros cuadrados). En la necesaria consideración global de las condiciones de reclusión también debe tener en cuenta que el número parcialmente insuficiente de plazas en las celdas se atenúa con amplios periodos de apertura, en los que los presos disponen de salas separadas de tiempo libre, lectura y deporte, y se han creado las condiciones arquitectónicas para paseos al aire libre, y se han mejorado las condiciones de calefacción, higiene, los permisos, la admisión de visitas, la limpieza de la ropa y la adquisición de objetos personales.

2. EL RECURSO DE AMPARO

El interesado interpuso recurso de amparo contra la decisión del Tribunal Superior de Hamburgo, alegando la vulneración del art. 1.1 de la Ley Fundamental, que proclama: «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público». El demandante razonó que concurrían las estrictas condiciones para el control de la identidad constitucional exigidos por la doctrina constitucional: a su juicio, las decisiones del Tribunal Superior de Hamburgo vulneraban la garantía de la dignidad protegida por el art. 1 LF, porque las condiciones de reclusión aseguradas por las autoridades

rumanas no la respetaban en relación tanto con la prisión preventiva como con la pena definitiva. Argüía que la República Federal de Alemania no puede tender la mano a un trato contrario a los derechos humanos, tampoco por las consideraciones que el Tribunal Superior había efectuado sobre la capacidad de funcionamiento del sistema penal.

Para garantizar la eficacia del procedimiento, la Sección Segunda de la Sala Segunda decidió el 18 de agosto de 2017 suspender cautelarmente la entrega a las autoridades rumanas hasta que se resolviera el recurso de amparo o, a más tardar, por espacio de seis meses.

En el procedimiento de amparo se dio la oportunidad de comparecer y formular alegaciones a las autoridades estatales y federales de justicia. Los ministerios de justicia de los *Länder* (no, en cambio, el de Hamburgo, que no se personó) expusieron en qué medida los procesos pendientes ante los correspondientes tribunales superiores tenían que ver con condiciones de reclusión en Rumania y en otros Estados miembros de la Unión. El Ministerio Federal de Justicia razonó sobre la dificultades prácticas que supondría procesar a los afectados por los procedimientos de entrega ante tribunales penales alemanes en el marco de una justicia penal sustitutoria y sobre la inadecuación de que tales supuestos fueran objeto de ejecución penal en Alemania.

3. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional declaró admisible el recurso, no solo de acuerdo con los requisitos ordinarios de fundamentación⁵², sino también de acuerdo con los requisitos cualificados de admisibilidad que rigen para poder suscitar el control de la identidad constitucional, que exigen que se fundamente en qué medida en el caso concreto se ha vulnerado la garantía de la dignidad humana protegida por el art. 1.1 LF⁵³.

No solo lo declaró admisible, sino que también lo estimó, si bien no por el motivo de impugnación alegado por el recurrente, sino por considerar que las decisiones judiciales impugnadas vulneraron el derecho del demandante al juez legal (art. 101, apartado 1, frase 2, LF). La Sentencia señala que, aunque el demandante no había alegado expresamente esa infracción constitucional, ello no le impide al TCF extender su examen en el marco de un recurso de amparo admisible. Una vez estimado el recurso por el motivo indicado, declaró que no era necesario resolver si las decisiones impugnadas también vulneraban la garantía de la dignidad humana con arreglo al art. 1.1 LF. En consecuencia, se anularon las decisiones impugnadas, y el asunto se devolvió al Tribunal Superior de Hamburgo.

La argumentación de la Sentencia se estructura de la siguiente forma. Primero, la Sala recuerda la doctrina sobre la relevancia constitucional de la infracción del deber de plantear la cuestión prejudicial europea. Segundo, en aplicación de esa doctrina al caso

52. § 23, apartado 1, frase 2, primer inciso, y § 92 BVerfGG.

53. Requisitos que fueron establecidos pretorianamente en el párrafo 50 de la Sentencia de 15 de diciembre de 2015.

concreto, declara que concurren los requisitos para el deber de plantear una cuestión prejudicial, aprecia que en el caso existe una jurisprudencia incompleta del Tribunal de Justicia y, finalmente, concluye que, con la omisión de la cuestión prejudicial, el Tribunal Superior ha superado de forma irrazonable su margen de apreciación, lesionando con ello el derecho al juez legal. Veamos con más detalle los aspectos principales de la argumentación.

3.1. La doctrina de la infracción del derecho al juez legal por incumplir el deber plantear la cuestión prejudicial (números marginales 37-43)

La doctrina constitucional sobre el incumplimiento del deber de plantear la cuestión prejudicial europea ha sido construida a lo largo de tres décadas, a partir de la Sentencia *Solange II* en la que el TCF declaró como complemento inescindible de la renuncia a controlar él mismo, directa o indirectamente, la conformidad constitucional del Derecho derivado de la Unión, que el Tribunal de Justicia era el juez legal en el sentido del art. 101, apartado 1, frase 2, LF para las cuestiones de validez y de interpretación del Derecho de la Unión⁵⁴. En consecuencia, si un órgano judicial alemán no cumple con su deber de remisión judicial, se le puede haber privado al justiciable de su juez legal. Elaborada inicialmente para la aplicación e interpretación erróneas de las normas que establecen la distribución de competencias entre los órganos judiciales, la doctrina constitucional exigía, no obstante, para no convertir al Tribunal Constitucional en un órgano de revisión de las decisiones que los tribunales adoptan en esta materia, que la decisión del órgano judicial fuera irrazonable o manifiestamente arbitraria.

Esta doctrina fue trasladada al ámbito del tercer párrafo del art. 267 TFUE (que el TCF concibe explícitamente como «norma competencial del Derecho de la Unión» y, por tanto, relevante en el ámbito de protección del derecho al juez legal) y se definieron tres categorías de situaciones en las que la decisión judicial de no plantear la cuestión prejudicial deja de ser razonable. La delimitación de la noción de arbitrariedad por referencia a tres situaciones ha proporcionado certeza y previsibilidad al control de constitucionalidad en este concreto ámbito. La doctrina está tan consolidada que desde hace muchos años su aplicación a los recursos de amparo fundamentados en la infracción del derecho al juez legal por omisión del reenvío prejudicial corresponde a alguna de las cuatro Secciones (de tres magistrados) de las que se compone cada Sala.

La Sentencia de 19 de diciembre de 2017 tiene, por tanto, la particularidad de haber sido adoptada por una Sala al completo, quizás debido a que el recurso no venía fundamentado en la infracción del derecho al juez legal (lo que no representaría más que un supuesto de aplicación de doctrina), sino en el control de la identidad constitucional. Sea por provenir de una Sala o por otra razón, parece que se aprovecha la ocasión para, en lugar de limitarse a enumerar las tres categorías de situaciones, como venían haciendo las Secciones, proceder a sistematizar los supuestos abordados hasta la fecha en la jurisprudencia constitucional: por ello, detrás de cada situación la Sentencia cita la resolución o resoluciones que la abordaron.

54. Vid. *supra* nota 1.

La primera categoría de situaciones es la de la «ignorancia básica del deber de plantear». Es la situación del órgano judicial que debe decidir en última instancia y que no promueve cuestión prejudicial sobre una duda de Derecho de la Unión siendo consciente de que la duda es relevante para resolver el litigio y, en lugar de plantearla, la despeja por su propia cuenta. Es también la situación del órgano judicial que no se informa suficientemente del Derecho material de la Unión que resulta aplicable al litigio: por regla general desconoce las condiciones del deber de remisión judicial. También del órgano judicial que no valora jurisprudencia del Tribunal de Justicia que es manifiestamente pertinente. A fin de facilitar el posterior control de constitucionalidad, el órgano judicial debe exponer los motivos de su decisión sobre el deber de reenvío prejudicial.

La segunda categoría es la de la «separación consciente sin disposición al reenvío prejudicial». Es la situación del órgano judicial que debiendo decidir en última instancia se separa conscientemente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a temas relevantes para la resolución del litigio, sin plantear la cuestión prejudicial.

La tercera categoría es la del «carácter incompleto de la jurisprudencia». Si todavía no existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia que permita zanjar la cuestión de Derecho de la Unión relevante para el litigio o no parece remota la posibilidad de desarrollar la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, se vulnera el derecho al juez legal si el órgano judicial que debe decidir en última instancia supera irrazonablemente el margen de apreciación que necesariamente le corresponde. Este es el caso si los órganos judiciales afirman arbitrariamente que existe un «acto claro» o un «acto aclarado». Por tanto, el órgano judicial debe informarse suficientemente sobre el Derecho material de la Unión: tiene que valorar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que resulte pertinente y tiene que orientar su decisión a esa jurisprudencia. Sobre esta base, y en aplicación e interpretación del Derecho material de la Unión, el órgano judicial tiene que formarse un convencimiento razonable de que la situación jurídica es de antemano unívoca («acto claro») o de que a través de la jurisprudencia ha sido aclarada de forma que no deja duda razonable («acto aclarado»). En particular el art. 267 TFUE se maneja de forma irrazonable en el supuesto del carácter incompleto de la jurisprudencia cuando el órgano judicial afirma sin motivación objetiva que la situación jurídica es de antemano unívoca o está aclarada sin lugar a dudas.

3.2. Aplicación al caso concreto (números marginales 44-59)

El Tribunal declara, en primer lugar, que concurren los requisitos para el deber de plantear una cuestión prejudicial:

- a) De acuerdo con el art. 51 de la Carta, los Estados miembros están vinculados a los derechos fundamentales recogidos en la Carta cuando aplican el Derecho de la Unión. Las dudas sobre su contenido y alcance pueden o, en su caso, deben ser planteadas ante el Tribunal de Justicia.
- b) Este es el caso con respecto a un procedimiento de entrega en el ámbito de aplicación de la decisión marco sobre la orden europea de entrega que está determinado por el Derecho de la Unión. El Tribunal Superior de Hamburgo es también un tribunal obligado al planteamiento de la cuestión prejudicial

en el sentido del párrafo tercero del art. 267 TFUE, porque sus decisiones en el procedimiento de entrega no pueden ser impugnadas mediante recursos de derecho interno.

- c) El ámbito de protección de los derechos fundamentales de la Unión, en particular el del art. 4 de la Carta, en un procedimiento de entrega en el ámbito de aplicación de la decisión marco sobre la orden europea de entrega que está determinado por el Derecho de la Unión, por un lado, y la cuestión de las excepciones permitidas por el Derecho de la Unión a la obligación de entrega, por otro, son relevantes para la decisión del procedimiento *a quo* en atención a las condiciones de reclusión deficitarias en el Estado miembro que solicita la entrega. En particular debe aclararse en qué medida el art. 4 de la Carta debe interpretarse en correspondencia con la jurisprudencia del TEDH y si -como asume el Tribunal Superior de Hamburgo- el examen de compatibilidad de las condiciones de reclusión con los derechos fundamentales de la Unión exige una consideración global en la que han de incluirse todos los puntos de vista utilizados por el Tribunal Superior de Hamburgo.

En segundo lugar, el TCF señala que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el tema relevante para la resolución del litigio es incompleta. En su Sentencia de 5 de abril de 2016 (*Aranyosi y Căldăraru*), el Tribunal de Justicia declaró que la ejecución de una orden europea de entrega no puede conducir a un trato inhumano o degradante de la persona afectada en el Estado miembro al que se le entrega y que, de existir indicios de carencias sistémicas en la ejecución penal del Estado miembro requirente, las autoridades de ejecución tienen la obligación de examinar si en las concretas circunstancias del caso hay motivos serios y apoyados en hechos de que la persona afectada será expuesta como consecuencia de su entrega a un riesgo real de trato inhumano o degradante en dicho Estado⁵⁵. Si ese peligro no puede descartarse en un plazo razonable de tiempo tras requerir información adicional del Estado miembro requirente y tras ordenar una suspensión de la entrega, la autoridad de ejecución tiene que decidir sobre la finalización del procedimiento de entrega⁵⁶.

El TCF considera que, hasta ahora, el Tribunal de Justicia no ha aclarado completamente la cuestión relevante en el procedimiento *a quo*: qué requisitos mínimos para las condiciones de reclusión derivan del art. 4 de la Carta y con ayuda de qué criterios se deben valorar en el Derecho de la Unión las condiciones de reclusión. De acuerdo con el art. 52.3 de la Carta y su finalidad de evitar que se separen las garantías del Convenio y de la Carta se puede partir -siempre según Karlsruhe- de que la jurisprudencia del TEDH con respecto al art. 3 CEDH ha de ser tenida en cuenta para determinar el contenido de la garantía del art. 4 de la Carta. No obstante, el Tribunal de Justicia no ha llevado a cabo una completa recepción de esa jurisprudencia ni en su Sentencia en el caso *Aranyosi y Căldăraru* ni en sus sentencias anteriores (afirmaciones que se apoyan en dos citas

55. STJ [Gran Sala] de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, apartado 88 y sigs.

56. *Ibidem*, apartado 103 y sig.

doctrinales). También desde la perspectiva de la Sentencia *Aranyosi y Căldăraru* resulta incompleta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto a la cuestión de qué requisitos impone a la entrega el art. 4 de la Carta en materia de condiciones de reclusión en el Estado miembro de destino.

A la vista del carácter incompleto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las posibles excepciones al deber de plantear la cuestión prejudicial no resultan evidentes: por ejemplo, porque el tema relevante haya sido objeto de una interpretación por el Tribunal de Justicia o porque la interpretación correcta del Derecho de la Unión sea tan manifiesta que no deje espacio alguno a una duda razonable, en el sentido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982 (283/81, *C.I.L.F.I.T.*, apartado 21). Como el Tribunal Superior de Hamburgo ha aceptado implícitamente una excepción de este tipo, no se pueden examinar las razones por las que dicho Tribunal parece aceptar una excepción al deber de reenvío prejudicial. Ello no significa que no estén sometidas a un control constitucional o que los parámetros para su examen deban flexibilizarse. Más bien no ha de aceptarse en tal caso una excepción al deber de reenvío prejudicial si existen dudas sobre la existencia de motivos para la excepción. Tales dudas existen a la vista de los criterios hasta ahora sin aclarar del art. 4 de la Carta.

En tercer y último lugar, el TCF concluye que el Tribunal Superior de Hamburgo ha superado su margen de apreciación en lo que respecta al deber de elevar la cuestión prejudicial y ha vulnerado el derecho al juez legal, pues falta una motivación sustantiva de por qué en relación al contenido de la garantía del art. 4 de la Carta en materia de condiciones concretas de reclusión existe una situación jurídica clara de antemano o aclarada sin espacio para la duda. En su examen el Tribunal Superior yuxtapone criterios relativos a los derechos fundamentales, criterios de Derecho de la Unión y criterios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin establecer una conexión con las exigencias específicas del art. 4 de la Carta. Queda abierta la cuestión de si el Tribunal de Justicia ha aclarado plenamente las exigencias mínimas en materia de condiciones de reclusión que derivan del art. 4 de la Carta. El Tribunal Superior no parte, al menos no explícitamente, de la premisa de que el alcance del art. 4 de la Carta esté suficientemente aclarado en virtud del art. 52.3 de la Carta mediante la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 3 CEDH. Estas conclusiones se basan en el siguiente análisis:

- a) El Tribunal Superior de Hamburgo se ha ceñido ciertamente a la estructura bifásica de análisis establecida por el Tribunal de Justicia, pues ha reconocido en un primer momento que existen deficiencias sistémicas en la ejecución penal en Rumania y, en un segundo momento, ha admitido que las promesas emitidas por Rumania en el caso del demandante quedaban por debajo de los requisitos de espacio que el TEDH impone a una ejecución penal conforme con el art. 3 CEDH. Sin embargo, a continuación ha negado la existencia de un riesgo de trato inhumano o degradante relevante para el Derecho de la Unión porque, aunque se ha basado en la jurisprudencia del TEDH, en el marco de una consideración global ha añadido puntos de vista adicionales que en su opinión tienen capacidad de refutar el peligro de un trato inhumano o degradante. Pero la jurisprudencia del TEDH no es clara en este punto.

- b) Según la jurisprudencia del TEDH, en especial de acuerdo con la Sentencia de 20 de octubre de 2016 (*Muršić c. Croacia*, núm. 7334/13), por debajo de tres metros cuadrados de espacio personal por recluso en un celda común existe una fuerte presunción de vulneración del art. 3 CEDH, que en principio solo puede desmentirse si se trata meramente de una reducción del espacio personal de corta duración, ocasional e insignificante, se garantizan la libertad de movimiento y actividades suficientes fuera de la celda y la pena se ejecuta en un centro penitenciario adecuado cuyas condiciones no agravan la propia pena. Aunque todo apunta a que los tres criterios deben concurrir al mismo tiempo para compensar un espacio personal inferior a los tres metros cuadrados (*ibídem*, § 138), afirma el TCF, antes de que la Gran Sala recapitulara en la Sentencia *Muršić* la jurisprudencia del TEDH aplicaba un criterio más estricto. Así, el TEDH admitió una vulneración del art. 3 CEDH cuando un recluso disponía un espacio personal inferior a tres metros cuadrados (Sentencia de 10 de enero de 2012, *Ananyev y otros c. Rusia*, núm. 42525 y 60800/08, §§ 145, 148). En la jurisprudencia previa del TEDH nunca se aceptó la posibilidad de una excepción debida a otros factores, ni se consideró que en un espacio personal de solo dos metros cuadrados por recluso pudiera no obstante realizarse una consideración global de las condiciones de reclusión.

Además, en el marco de su consideración global el Tribunal de Hamburgo atiende como factores compensatorios a circunstancias como las mejoras del sistema de calefacción, las instalaciones sanitarias y las condiciones de higiene, sin estar claro en qué medida pueden invalidar la fuerte presunción de vulneración del Convenio consistente en la limitación de espacio (*Muršić c. Croacia*, § 138). La simple existencia de deficiencias a este respecto puede ser suficiente para aceptar la vulneración del art. 3 CEDH, aunque el recluso disponga de algo más de tres metros cuadrados de espacio personal (*Muršić c. Croacia*, § 139).

Con la mejoría en los permisos, la admisión de visitas, la limpieza de la ropa privada y la adquisición de objetos personales, el Tribunal Superior se refiere a circunstancias que hasta la fecha no se han tenido expresamente en cuenta en la jurisprudencia del TEDH para invalidar la vulneración del art. 3 CEDH por limitaciones de espacio.

- c) Más allá de la jurisprudencia del TEDH, en las decisiones impugnadas el Tribunal Superior de Hamburgo introduce en su examen puntos de vista como la preservación de la asistencia jurídica internacional, la capacidad de funcionamiento del sistema penal dentro de la Unión Europea así como los principios de la confianza y el reconocimiento mutuos, la potencial impunidad de supuestos delincuentes en caso de no entrega y la creación de un «puerto seguro» como cuestiones relevantes para decidir si al demandante de amparo le amenaza un riesgo real en Rumania de ser objeto de un trato inhumano o degradante de acuerdo con el art. 4 de la Carta o 3 del Convenio. Algunos de estos puntos de vista han sido aludidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el marco de la interpretación de las obligaciones de los Estados miembros que derivan de la decisión marco sobre la orden europea de detención. Ni en la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia ni en la del TEDH se ha afirmado que puedan tener alguna relevancia para la determinación del ámbito de la garantía del art. 4 de la Carta o del art. 3 CEDH a la vista de su carácter absoluto (*Aran-yosi y Căldăraru*, apdos. 85-86, con referencia al art. 15.2 CEDH).

IV. IMPLICACIONES DE LA SENTENCIA

1. ESTA VEZ, ACTIVISMO DENTRO DEL SISTEMA

El TCF está explorando sus posibilidades de intervenir en la discusión sobre el nivel de protección que debe dispensarse en la Unión Europea, una tarea de la que hasta hace poco se había despreocupado dejándola enteramente en manos del Tribunal de Justicia (e, indirectamente, del conjunto de los órganos judiciales nacionales).

Sin romper del todo con su deferencia tradicional hacia la protección dispensada por el Tribunal de Justicia, en diciembre de 2015 el TCF ideó, como se indicó en la introducción, un nuevo dispositivo de control del rumbo de la integración europea, basado en la preservación de la identidad constitucional, especialmente útil para los casos en los que el objeto de control atañe a una materia plenamente determinada por la Unión. Este nuevo dispositivo, que no está previsto en la Constitución alemana ni en la Ley reguladora del TCF, se concibió aparentemente como un «arma de disuasión» cuya utilización se reservaba para casos extremos. La normalización de ese control constituye, ciertamente, un fenómeno preocupante para la normatividad del Derecho de la Unión⁵⁷. Con el trasfondo expuesto es interesante analizar el derrotero seguido por el recurso de amparo que conduce a la Sentencia objeto del presente comentario.

En el recurso de amparo resuelto por la Sentencia de 19 de diciembre de 2017, el demandante de amparo había fundamentado su recurso contra la decisión judicial que autorizaba la entrega justamente en la preservación de la identidad constitucional como único motivo de impugnación, en relación con la garantía de la dignidad humana. Sin embargo, el TCF no estimó el recurso de amparo por ese motivo, sino por la infracción de un concreto derecho constitucional (el derecho al juez legal del art. 101 LF). En vez de declarar *por sí mismo* que las condiciones de reclusión existentes en Rumania eran incompatibles con la garantía de la dignidad humana consagrada en el art. 1.1 LF y, en consecuencia, negar la aplicabilidad de la decisión marco en el concreto supuesto (aunque la inaplicación sería extensible a todas las solicitudes de entrega provenientes del mismo Estado miembro y de otros Estados miembros en las mismas circunstancias), el

57. En este sentido CRUZ VILLALÓN, P., «La Constitución del Estado miembro», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 12, diciembre 2016, p. 30, en referencia a una noción fuerte de identidad constitucional perfilada por los Estados miembros, con una consiguiente competencia de control por los tribunales nacionales, que se habría afirmado en las Sentencias *Lisboa*, de 30 de junio de 2009, y *Gauweiler*, de 21 de junio de 2016, ambas del TCF alemán. Entiende por «normalización» de este tipo de control «su incorporación como tarea ordinaria de los supremos tribunales nacionales: La conversión del control de identidad constitucional como una herramienta ordinaria de su trabajo».

Tribunal Constitucional obliga al de Hamburgo a acudir ante el Tribunal de Justicia a fin de que sea este último quien defina con precisión el nivel de protección que deriva del art. 4 de la Carta en relación con la cuestión específica del espacio mínimo disponible en los centros de reclusión. De esta forma da al Tribunal de Luxemburgo la oportunidad de fijar un nivel de protección que haga innecesaria su intervención en defensa de la identidad constitucional alemana.

El cambio de fundamentación en la estimación del recurso de amparo es revelador. Todavía la resolución de 18 de agosto de 2017 de la Sección Segunda de la Sala Segunda, por la que se ordenó la suspensión cautelar de la entrega hasta la resolución del recurso de amparo, o por un periodo máximo de seis meses, argumentaba con el control de identidad constitucional. En la jurisdicción constitucional alemana, el otorgamiento de la tutela cautelar requiere que el recurso de amparo no sea de antemano inadmisibles ni tampoco notoriamente infundado. Pues bien, el cumplimiento de los dos requisitos necesarios para acceder a la suspensión cautelar se verificó desde la perspectiva de un recurso fundamentado en el control de la identidad constitucional. Interesa traer a colación las consideraciones que entonces efectuó la Sección que conoció del incidente cautelar para descartar el carácter «notoriamente infundado» del recurso.

Entonces se afirmó, en primer lugar, con cita copiosa de jurisprudencia del TCF, que el derecho del recluso al respeto de la dignidad humana de acuerdo con el art. 1.1 LF impone límites a la ocupación y configuración de las celdas; que la cuestión de si el tipo y la forma de alojamiento de un penado vulnera la dignidad humana depende de una visión global de las circunstancias fácticas que determinan la situación durante el internamiento; que entre los factores que indiciariamente apuntan a una vulneración de la dignidad se encuentran ante todo la superficie por recluso y la situación de las instalaciones sanitarias, esto es, la separación y aireación de los inodoros; y que la duración de los tiempos en los que deben estar dentro de las celdas o la duración del propio internamiento pueden ser factores que aminoren la situación de reclusión. Y, en segundo lugar, aludió a las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH, como expresión de la disposición favorable al Derecho internacional de la Ley Fundamental, como ayudas interpretativas *para la determinación del contenido y el alcance de los derechos fundamentales y los principios de Estado de Derecho de la Ley Fundamental*, en la medida en que no conducen a una restricción o a una disminución de la protección de los derechos fundamentales que deriva de la Ley Fundamental. Todo ello para concluir que el recurso no era notoriamente infundado y que en el procedimiento principal habría que decidir si el Tribunal Superior había cumplido con su deber de garantizar la protección de la dignidad humana garantizada por el art. 1.1 LF y la prohibición de tratos inhumanos del art. 3 CEDH; pues, de acuerdo con lo considerado en la citada resolución cautelar, «parece cuando menos posible que las condiciones de reclusión tanto durante la prisión preventiva como en la prisión definitiva queden por debajo del nivel de protección exigido de forma absoluta por el art. 23.1 en conexión con los arts. 79.3 y 1.1 LF, que también debe ser garantizado en el caso concreto en el marco de una entrega con base en una orden europea de entrega⁵⁸».

58. Decisión de la Sección Segunda de la Sala Segunda de 18 de agosto de 2017, 2 BvR 424/17, números marginales 29-39.

En suma, en el presente caso parecía que se iba a seguir también la vía de la Sentencia de 15 de diciembre de 2015, que hubiera tenido consecuencias nefastas para la eficacia de la decisión marco en Alemania; sin embargo, al final, el TCF se decantó para una actitud respetuosa con la autonomía del Derecho de la Unión. Es muy significativa la sustitución de la infracción inicialmente alegada en el recurso por una infracción totalmente distinta. En la Sentencia late también cierto activismo estratégico judicial. Pero, esta vez, se trata de una forma de activismo «dentro del sistema». La Sala Segunda, agitadora en otras ocasiones de los presupuestos de normatividad del Derecho de la Unión en Alemania⁵⁹, escoge, por una vez, una vía dentro del sistema, una vía que, a mi juicio, resulta sumamente inteligente: la de participar activamente, con los instrumentos previstos en los Tratados, en la determinación del nivel de protección de los derechos fundamentales *reconocidos en el ámbito de la Unión*, de forma que, tendencialmente, no se defina por debajo del garantizado por la Constitución nacional.

En lugar de amenazar con utilizar la «bomba de la identidad constitucional⁶⁰» o interpretar por su propia autoridad que el nivel de protección europeo coincide con el núcleo indisponible de la Ley Fundamental, sin plantear la preceptiva cuestión prejudicial⁶¹, esta vez utiliza el carácter incompleto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como argumento desencadenante del deber de plantear la cuestión prejudicial del órgano judicial de última instancia, a fin de que se aclaren las dudas relativas al mínimo exigible en materia de condiciones de reclusión y a la forma de valorar o compensar con otras circunstancias, en su caso, ese mínimo exigible.

Es difícil constatar si estamos ante un cambio de estrategia o bien ante una estrategia diferenciada, unas veces de cooperación y otras de confrontación. Tampoco es fácil explicar las razones del cambio o, en su caso, de la diferenciación. El orden de los pronunciamientos no es, quizás, irrelevante. Si se quiere dar un golpe en la mesa y proclamar que se tiene voluntad y capacidad de controlar el Derecho de la Unión, mejor hacerlo cuanto antes. Una vez lanzada la advertencia, se puede reservar el control de la identidad constitucional para casos extremos, y agotar mientras tanto los instrumentos

59. Todas las Sentencias «europeas» son suyas: *Solange II* (1986), *Maastricht* (1993), *Bananenmarkt* (2000), *Lisboa* (2009), *Honeywell* (2010), la identidad constitucional (2015), *Gauweiler* (2016), etc.

60. La expresión es de STEINBEIS, M., «Europarechtsbruch als Verfassungspflicht: Karlsruhe zündet die Identitätskontrollbombe», *Verfassungsblog*, 26 de enero de 2016, <https://verfassungsblog.de/europarechtsbruch-als-verfassungspflicht-karlsruhe-zuendet-die-identitaetskontroll-bombe/>, visitado el 26 de marzo de 2018.

61. Como hizo en la Sentencia del TCF de 15 de diciembre de 2015. Entre quienes interpretaron esta Sentencia como una respuesta airada a la Sentencia *Melloni* del Tribunal de Justicia vid. ARZOZ SANTISTEBAN, «Karlsruhe rechaza...», cit., y HONG, «Human Dignity, Identity Review...», cit., p. 551. Recordemos que el Tribunal de Justicia afirmó que «poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco» vendría «a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco». Vid. STJ [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, *Stefano Melloni*, apartado 63.

de control que ofrece el sistema de la Unión. La diferente actitud puede tener que ver también con el concreto problema abordado. No es lo mismo adherirse sin reservas al sistema y usarlo para solicitar precisiones adicionales cuando el Tribunal de Justicia ya ha aceptado la validez de una excepción no prevista en la decisión marco (*Aranyosi y Căldăraru*) que hacerlo cuando ese mismo Tribunal se ha negado a interpretar una excepción prevista en el sentido propuesto por un tribunal constitucional de otro Estado miembro que había accedido a cooperar (*Melloni*). Finalmente, también es posible que la evolución positiva de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en torno a la orden europea de entrega haya disipado algunas de las anteriores reticencias del TCF⁶².

2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL, PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA JURISDICCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

¿Puede el TCF cambiar el fundamento del recurso de amparo (el relato de la queja y la vulneración alegada) de la forma en que lo ha hecho? Si el control de la identidad constitucional perfilado y activado en diciembre de 2015 solo introduce una excepción a la doctrina *Solange II*⁶³ y no implica su desplazamiento, un recurso de amparo contra un acto de aplicación del Derecho de la Unión en el que las autoridades nacionales no tienen margen de apreciación no podría ser admitido a trámite más que en el caso excepcional de que se razonara suficientemente su disconformidad con la garantía de la identidad constitucional. Y si el recurso se admite a trámite por estar fundamentado en el control de la identidad constitucional, el TCF solo podría tramitarlo y estimarlo por vulneración de la identidad constitucional. Como hemos indicado, no es esto lo que hace la Sala Segunda, que en ningún momento proporciona justificación alguna del hecho de que admita a trámite un recurso de amparo por un motivo extraordinario y, sin embargo, lo estime por una infracción distinta que no ha sido alegada.

Una razón podría ser el entendimiento de que la decisión sobre la entrega no estuviera totalmente determinada por el Derecho de la Unión, y que el recurso fuera admisible exclusivamente en relación con aspectos no determinados por dicho ordenamiento jurídico⁶⁴. Sin embargo, la propia Sentencia descarta esa posible explicación en el presente

62. En un trabajo publicado a finales de 2017, PIETER VAN DER MEI, «The European Arrest Warrant...», cit., p. 903, contrapone la jurisprudencia inicial del Tribunal de Justicia sobre la orden europea, centrada en garantizar la eficacia de la orden europea, con la jurisprudencia más reciente, y advierte un cambio notable de enfoque: «The CJEU now gives more weight to fundamental rights, which are visible in various ways throughout the case law». La sentencia *Aranyosi y Căldăraru* es un pronunciamiento muy importante a este respecto, pero no es, en cualquier caso, el único. Véase, por ejemplo, entre otras, SSTJ [todas de Gran Sala] de 16 de julio de 2015, C-237/15 PPU, *Lanigan*, de 6 de septiembre de 2016, C182/15, *Petruhhin*, y de 10 de abril de 2018, C-191/16, *Pisciotti*.

63. Así, HONG, «Human Dignity, Identity Review...», cit., p. 563: «[*Solange-III* should] be understood to provide only a narrow exception to the precedence of application of Union law».

64. En ocasiones, el TCF ha considerado que la cuestión controvertida no estaba determinada por el Derecho de la Unión y, por tanto, ha procedido a resolverla con arreglo a Derecho constitucional interno: vid. Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Segunda de 14 de

supuesto, pues afirma que se trata de un procedimiento determinado por el Derecho de la Unión⁶⁵ y califica de pertinente y necesitada de reenvío prejudicial «la cuestión de las excepciones exigidas por *los derechos fundamentales de la Unión* con respecto a la obligación de ejecutar una orden de entrega prevista en la decisión marco en atención a las deficientes condiciones de reclusión existentes en el Estado miembro de emisión⁶⁶».

También podría entenderse que la vulneración del derecho al juez legal consistente en la omisión del preceptivo reenvío prejudicial en una materia plenamente determinada por el Derecho de la Unión no constituye una infracción «ordinaria». La renuncia a controlar la validez constitucional del Derecho derivado de la Unión aplicado por los órganos judiciales alemanes que anunció en 1986 el TCF y que ha mantenido hasta la fecha, se basó en la idea de que el Tribunal de Justicia proporcionaba, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, una protección equivalente en términos generales a la resultante de la Ley Fundamental de Bonn. En la misma resolución declaró que, por tanto, en el ámbito del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debía ser considerado «juez legal» y el art. 267 TFUE «norma competencial» a los efectos del derecho consagrado en el sentido del art. 101.1, segunda frase, de la Ley Fundamental de Bonn.

Pues bien, si el Tribunal de Justicia tiene en el ordenamiento jurídico alemán la condición de «juez legal» en el sentido de la Ley Fundamental y si la cuestión prejudicial es la «piedra angular del sistema jurisdiccional» de la Unión Europea⁶⁷, la omisión de la preceptiva cuestión prejudicial no puede considerarse una infracción «ordinaria», en el sentido de vulneración que debe ser reparada por el Tribunal de Justicia. No se trata de revisar la aplicación del Derecho de la Unión realizada por un órgano judicial, que no le compete por regla general a la jurisdicción constitucional; tampoco de verificar si se han respetado los derechos fundamentales sustantivos consagrados en la Constitución alemana, puesto que estos no son aplicables, en principio, a una decisión plenamente determinada por el Derecho de la Unión. Se trata de otra cosa: comprobar si se ha respetado la condición de «juez legal» en el ámbito del Derecho de la Unión del Tribunal de Justicia, para lo cual deben atenderse a los requisitos que derivan tanto del art. 267 TFUE como de la sentencia *Cilfit* del Tribunal de Justicia. Renunciar a controlar el respeto de la condición de «juez legal» del Tribunal de Justicia porque el acto objeto de control está plenamente determinado por el Derecho de la Unión equivaldría a privar de efectividad a un derecho consagrado en la Constitución alemana, respecto al cual el Derecho

diciembre de 2017, 2 BvR 2655/17, en la que se afirma que el art. 12 de la decisión marco sobre la orden europea de entrega remite la cuestión de la encarcelación de la persona concernida al Derecho interno, por lo que no existe determinación alguna por parte del Derecho de la Unión (apartado 18).

65. Vid. apartados 46 («in dem unionsrechtlich determinierten Verfahren der Auslieferung im Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl») y 48 (*idem*).
66. Vid. apartado 48: «die Frage nach den unionsgrundrechtlich gebotenen Ausnahmen von der im Rahmenbeschluss angelegten Verpflichtung zur Befolgung eines Auslieferungsgesuchs sind angesichts defizitärer Haftbedingungen im Zielstaat auch entscheidungserheblich».
67. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 14 de diciembre de 2014, puntos 174-176.

de la Unión no proporciona hoy por hoy una protección equivalente a la que se articula mediante el recurso de amparo.

De la forma serena y rotunda con que el TCF aborda el problema suscitado por la decisión judicial impugnada, se pueden extraer dos llamadas a la reflexión para aquellos ordenamientos jurídicos que, como el alemán, también disponen de una jurisdicción constitucional y también admiten la vía de amparo constitucional frente a las decisiones judiciales que no son susceptibles de ulterior recurso ordinario.

La primera llamada a la reflexión tiene un destinatario plural: concierne a quienes todavía consideran que los tribunales constitucionales nacionales tienen que mantenerse absolutamente indiferentes con respecto al Derecho de la Unión; que carecen de responsabilidad o interés alguno, en el ámbito de sus competencias, en cuanto a la preservación de la autonomía y efectividad de aquel ordenamiento; que, en suma, su función se puede seguir definiendo enteramente a espaldas de la integración europea. Si esta concepción ya se revela obsoleta de forma general⁶⁸, su carácter erróneo se agudiza cuando está en juego la definición del nivel de protección de los derechos fundamentales en el contexto europeo, una tarea con respecto a la cual ningún tribunal constitucional responsable puede sentirse ajeno⁶⁹.

El destinatario de la otra llamada a la reflexión es el Tribunal Constitucional español que, de forma reiterada, aplica el canon general de la arbitrariedad para controlar las decisiones judiciales de no plantear la cuestión prejudicial, habiendo abstracción tanto del carácter preceptivo de la cuestión prejudicial según el párrafo tercero del art. 267 TFUE como de las concretas condiciones que según la Sentencia *Cilfit* del Tribunal de Justicia liberan del deber de reenvío prejudicial⁷⁰. Además de ser un planteamiento erróneo de

68. Vid., por todas, STJ [Gran Sala] de 27 de febrero de 2018, as. C-64/16, *Associação Sindical de Juízes Portugueses*, apartado 35: «incumbe a los Estados miembros, en particular en virtud del principio de cooperación leal, formulado en el artículo 4 TUE, apartado 3, párrafo primero, garantizar en su territorio respectivo la aplicación y el respeto del Derecho de la Unión». Por si alguien dudara de si el referido postulado se aplica a los tribunales constitucionales, en un escrito no jurisdiccional reciente el actual Presidente del Tribunal de Justicia no deja lugar a dudas: «all national courts, and especially national supreme and constitutional courts, are under the same obligation to guarantee effective judicial protection to the rights guaranteed by EU law»; «just as national courts trust the ECJ to say what the law is, the ECJ trusts national supreme and constitutional courts to monitor the correct application of that law» (LENAERT, «La vie après la vie...», cit., pp. 808, 839, énfasis añadido).

69. Para una defensa razonada de los «tribunales constitucionales como jueces de derecho de la Unión» vid. BÄCKER, M., «Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte», *Europarecht*, 2015, pp. 389-414; M. AZPITARTE, «Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016, pp. 941-975, especialmente 972-975; D. PARIS, «Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24 (6), 2017, pp. 792-821.

70. Vid., entre otras, SSTC 27/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 27), 212/2014, de 18 de diciembre (RTC 2014, 212), 99/2015, de 25 de mayo (RTC 2015, 99), 135/2017, de 27 de noviembre (RTC 2017, 135), y 22/2018, de 5 de marzo.

forma general por desconocer la propia normatividad del Derecho de la Unión, el presente caso demuestra que tampoco resulta estratégicamente sensato debido a las oportunidades que pierde el Tribunal Constitucional de supervisar –y eventualmente participar en– la determinación del contenido de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

3. LAS CONDICIONES DE RECLUSIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA, UNA DIFICULTAD ESTRUCTURAL PARA LA CONFIANZA MUTUA ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS

La confianza mutua entre los Estados miembros vuelve a tropezar en la «piedra» de la orden europea de detención. Es cierto que no es el primer tropiezo relacionado con los derechos fundamentales. También la condena en ausencia admitida en algunos Estados miembros y rechazada en otros puso dificultades a la efectividad de la euroorden. Pero, por un lado, esas dificultades se ceñían a los concretos *casos* en los que la persona requerida hubiera sido condenada en ausencia; y, por otro lado, el posible conflicto pudo ser solucionado mediante ajustes normativos tanto en el plano interno como en la regulación de la propia euroorden con el fin de consagrar unas garantías mínimas suficientes.

Sin embargo, las deficientes condiciones de reclusión existentes en algunos Estados miembros implican un obstáculo *estructural* a la efectividad del principio de reconocimiento mutuo⁷¹. Una vez que el Tribunal de Justicia declaró que las condiciones de reclusión afectan al ámbito de la protección de los derechos fundamentales de la Unión, la situación de los centros penitenciarios en los Estados miembros puede impedir la correcta aplicación del mecanismo de la orden europea de detención. Si atendemos a las Sentencias del TEDH, las condiciones de reclusión plantean graves problemas de derechos humanos no solo en Rumania y Hungría, sino también en Eslovenia, Polonia y Lituania, e incluso en Estados de Europa occidental como Bélgica e Italia.

Sobre todo emerge la cuestión de las competencias y de la responsabilidad de las instituciones de la Unión Europea para afrontar el desafío para el funcionamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia que implican las condiciones de reclusión, en particular las derivadas de la sobrepoblación penitenciaria. Sin duda, la aplicación del mecanismo de la orden de detención europea podría suspenderse en caso de violación grave y persistente por uno de los Estados miembros de los principios contemplados en el art. 2 TUE, mediante el procedimiento establecido en el art. 7 TUE⁷². Pero el problema de la sobrepoblación carcelaria exige una respuesta política que vaya más allá de

71. Otro recurso de amparo frente a la entrega de una persona a Hungría, también fundamentado en la tutela de la identidad constitucional en relación de las condiciones de reclusión en dicho país, se encuentra pendiente de resolución ante el TCF. La Sección Segunda de la Sala Segunda ha ordenado la suspensión cautelar de la ejecución de la entrega hasta la resolución del recurso de amparo, pues el recurso no es inadmisible de antemano ni notoriamente infundado: en particular no descarta que el órgano judicial haya desconocido su deber de esclarecimiento en un procedimiento sobre la ejecución de una euroorden. Vid. Decisión de 21 de marzo de 2018, 2 BvR 237/18.

72. STJ de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, apartado 81, aludiendo al contenido del considerando 10 de la Decisión marco 2002/584/JAI.

recordar la existencia de dicho procedimiento. Contrasta la aparente inacción política de las organizaciones concernidas (Consejo de Europa, Unión Europea) y sus instituciones con la sucesión de pronunciamientos judiciales que, al más alto nivel, acreditan la extensión y las implicaciones del problema.

El tema, ciertamente, no coge por sorpresa a las instituciones de la Unión. La situación se arrastra desde hace años, tal como ponen de manifiesto numerosos organismos. Una reciente Resolución del Parlamento Europeo, sobre condiciones y sistemas penitenciarios⁷³, se hace de nuevo eco de la grave situación de los centros penitenciarios en algunos Estados miembros. Afirma que «[l]a situación en los establecimientos penitenciarios y las condiciones de reclusión, en ocasiones degradantes e inhumanas, existentes en algunos Estados miembros son extremadamente preocupantes, tal como evidencian varios informes como los del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa», que «la superpoblación en las cárceles es un problema recurrente en la Unión, tal como reconocen más de un tercio de los Estados miembros y evidencian algunos informes, como la última edición de las Estadísticas penales anuales del Consejo de Europa (SPACE), publicada el 14 de marzo de 2017», y que «la situación en determinados Estados miembros sigue empeorando hasta el punto de hacerse insostenible en algunas de sus cárceles». Los motivos de preocupación son numerosos, como se detallan en la mencionada Resolución. Además del propio problema insoslayable de derechos humanos -la contravención del art. 3 CEDH y sus consecuencias adversas para la salud, el bienestar y la reinserción social de los reclusos y para el entorno laboral del personal penitenciario-, está también la preocupación por la seguridad, pues «las condiciones de reclusión inhumanas, los malos tratos y la superpoblación pueden ser factores de aumento del riesgo de radicalización», y por el funcionamiento de la cooperación judicial en materia penal en la Unión. En efecto, la Resolución recuerda que «las condiciones de reclusión son un elemento determinante para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión, tal como el Tribunal de Justicia ha sostenido en los asuntos Aranyosi y Căldăraru», así como «la importancia fundamental del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales contemplado en el Tratado de la Unión Europea». Reclama diversas medidas para combatir la superpoblación y mejorar las condiciones penitenciarias.

En relación con el concreto punto discutido en la Sentencia de 19 de diciembre de 2017, la Resolución del Parlamento Europeo señala que «los Estados miembros calculan la capacidad de las cárceles y, por lo tanto, el nivel de superpoblación, sobre la base de parámetros espaciales que varían ampliamente de un país a otro, por lo que resulta difícil, cuando no imposible, hacer comparaciones a escala de la Unión» y, en consecuencia, «pide a los Estados miembros que adopten una definición común del “espacio mínimo” que se debe proporcionar a cada recluso». La Resolución del Parlamento Europeo se dirige prudentemente a los Estados miembros, no a las instituciones de la Unión, que

73. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios (2015/2062(INI)), todavía sin publicar en el Diario Oficial.

carecerían de competencia en este ámbito. En efecto, no parece que el art. 82 TFUE proporcione a las instituciones de la Unión competencia para armonizar las condiciones de reclusión en los Estados miembros de la Unión.

Ahora bien, la lógica de los derechos fundamentales trasciende el plano competencial y el plano de las responsabilidades políticas, como se desprende de la Sentencia del TCF de 19 de diciembre de 2017: el que no se pueda regular *por* la Unión Europea no excluye que se pueda vulnerar *en* la Unión Europea. Los derechos fundamentales no permiten esperar. El órgano judicial nacional que debe decidir sobre la entrega de una persona reclamada ni puede ni tiene que esperar a que el TEDH, en el marco de su tutela subsidiaria, colme las lagunas o resuelva las dudas suscitadas por su jurisprudencia. En un ámbito, como el espacio de libertad, seguridad y justicia, regido por la primacía del Derecho de la Unión, al Tribunal de Justicia le corresponde concretar el nivel de protección aplicable para el conjunto de la Unión, respetando -claro está- la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho humano equivalente del Convenio (art. 52.3 de la Carta). De ahí que Karlsruhe emplace indirectamente al Tribunal de Justicia para que explicité qué requisitos mínimos derivan del art. 4 de la Carta en cuanto a las condiciones de reclusión, por debajo de los cuales estas se consideran degradantes e inhumanas y obligan a una autoridad estatal a denegar la entrega solicitada por otro Estado miembro. Teniendo en cuenta la poca ambición manifestada por el TEDH en la Sentencia *Murši*, puede concluirse que la Sentencia de 19 de diciembre de 2017 ofrece al Tribunal de Justicia una excelente oportunidad para afirmar la autonomía del Derecho de la Unión, definiendo al alza el nivel de protección que debe garantizarse en el ámbito de la Unión.