

**LA INTERPRETACIÓN INTERNACIONALMENTE
CONFORME EN LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA**

**CONSISTENT INTERPRETATION
WITH INTERNATIONAL
LAW IN THE CASE LAW OF THE SPANISH
CONSTITUTIONAL COURT**

por **CRISTINA IZQUIERDO SANS**
Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la UAM
Letrada del Tribunal Constitucional

RESUMEN

La delicada fase que atraviesa la relación entre Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales (incluyo el Derecho de la Unión Europea en el Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales) con nuestra Constitución y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional justifican sobradamente este estudio. Hace tiempo que el conflicto dejó de ser teórico para ser muy real: el alcance del principio de igualdad —especialmente en materia laboral—, las garantías del proceso en la orden de detención europea, el derecho al «no ruido» que ha generado la tercera condena a España el 3 de julio de 2012 o el asunto «*Del Rio*» del TEDH, que condena a España por la aplicación de la doctrina Parot en sentencia de 10 de julio de este mismo año. En relación con un *ius commune europeo* en materia de derechos fundamentales debemos preguntarnos no sólo si se puede hacer, sino igualmente si se debe y, en su caso, cuáles son —o deben ser— sus límites?

ABSTRACT

The fragile moment that the relationship between International Law of Human Rights (including the European Law Union) with our Constitution and the Constitutional Court's jurisprudence is going through has justified this study. The conflict has stopped theoretical problem and has become very real for a long time: the scope of the equality principle —especially in the labor area—, the guarantee of due process in the he European arrest warrant, the right to «no noise» which motivated the third sentence against Spain, or now, Del Rio Case, which recently the ECtHR sentenced Spain for the application of the Parot doctrine. En relation the European «*ius commune*» we must ask not only if it is possible but also if it should be done and, in turn, what are or should be their limits.

Palabras clave: TEDH, CEDH, TJUE, CE, TC.

Key words: ECtHR, ECHR, EJC, SC, CC.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. UNA PRIMERA ETAPA DE RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES: UNA RELACIÓN EN POSITIVO
 - 1. **La jurisprudencia del TEDH como referente general y permanente del TC español. Estrasburgo como modelo**
 - 2. **La jurisprudencia del TJUE como referente puntual del TC español**
- III. UNA SEGUNDA ETAPA: UNA RELACIÓN MAS COMPLEJA
 - 1. **Tensión entre el Tribunal Constitucional español y el TEDH**
 - 2. **Conflicto entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo (TJUE)**
 - A) *Un estándar de protección mayor por parte del TJ*
 - B) *Un estándar de protección menor por parte del TJ*
- IV. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- V. EL FUTURO CON LOS NUEVOS CONTEXTOS NORMATIVOS

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución invita a considerar el Derecho internacional como parámetro interpretativo de todas sus disposiciones, pues es un texto constitucional con diversas llamadas al ordenamiento internacional y más allá del artículo 10.2 CE nos encontramos con el Preámbulo, el artículo 93 y especialmente el 96.1, que declara su respeto al Derecho Internacional General para la derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de los tratados celebrados por España. Otros preceptos en la Constitución se ocupan del control de constitucionalidad de los tratados internacionales. A mi modo de ver, son los instrumentos dispuestos para articular esa interpretación constitucional internacionalmente conforme. El control previo del artículo 95.1 CE, no pretende sino evitar un conflicto de la Constitución con las obligaciones convencionales a las que de nuestro país se vincule, función que también cumple el artículo 94.1 CE. Y aunque pudiera pensarse lo contrario, puede predicarse lo mismo de que el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad estén abiertos, en lo que a su objeto se refiere, a los tratados internacionales, pues igualmente pretenden conciliar la Constitución con las obligaciones internacionales de España.

Pero nadie debe quitarle el protagonismo a quien lo tiene y, si hablamos de interpretación conforme, en nuestra Constitución el protagonismo lo tiene, por derecho propio, el artículo 10.2, pues aunque limitado al ámbito de los derechos fundamentales, impone la obligación de una interpretación internacionalmente conforme de todo el Título I de nuestra norma fundamental. Es por ello que la influencia del Derecho Internacional se percibe en todos los derechos fundamentales (igualdad, vida e integridad física, libertad religiosa, libertad personal, intimidad, expresión, información, residencia y circulación, asociación, tutela, garantías del proceso). Enteros sectores materiales se han visto condicionados por la lectura iusinternacionalista que de estos derechos se ha hecho.

El artículo 10.2 CE nació de la profunda convicción de las fuerzas políticas que estaban presentes en las Cortes constituyentes de que era la manera de homologar internacionalmente el nuevo sistema democrático, pero la esencial función que ha cumplido ha superado con mucho las posibles previsiones. Personalmente no puedo evitar pensar que los primeros magistrados del Tribunal Constitucional respiraron cuando adquirieron conciencia de que el artículo 10.2 CE les obligaba a mirar el Derecho Internacional y, muy especialmente a la jurisprudencia del TEDH en la ardua tarea de dar contenido a las disposiciones del capítulo II del Título I de nuestra Constitución, preceptos vagos e inde-

terminados y, en aquel momento, sobre todo controvertidos. En el año 1980, dibujar para nuestro país los límites adecuados del derecho a la libertad de expresión, del derecho de huelga, del derecho de asociación o de la libertad sindical, estoy segura que no resultaba excesivamente sencillo. Ahí estaba la jurisprudencia de Estrasburgo (y en algo la del TJCE y otros referentes menores), para servirles de escudo.

Durante un nada desdeñable período de tiempo la relación del Tribunal Constitucional con Estrasburgo fue esencialmente pacífica. Personalmente entiendo que por unidireccional. El Tribunal Constitucional español bebía del Tribunal de Estrasburgo. Así las cosas ¿qué problema podría plantearse? El TC hacía notar su «orfandad» cuando se encontraba con cuestiones con las que el Tribunal Europeo aún no había tenido que enfrentarse y justificaba así, su recurso a la entonces Comisión Europea. Así ocurría en el año 1985, en el recurso de inconstitucionalidad del proyecto de ley de reforma del Código Penal, en el que tenía que decidir, en relación con el aborto, si en la expresión «todos tiene derecho a la vida» del artículo 15 CE estaba o no incluido el *nasciturus*¹.

Pronto nuestro país se dio cuenta de que apertura no implicaba total sintonía y cada vez que España era condenada por Estrasburgo, algo se desautorizaba al Tribunal Constitucional, que raro era que no hubiera conocido del caso antes. Es por ello que en el conocidísimo caso Bultó (1991)², en el que España fue condenada en un supuesto que había sido inadmitido a trámite en el TC, éste —en defensa de su posición— declaró que el TEDH no era una instancia supranacional y que el TC no tenía capacidad para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por él mismo y, sobre todo, no tenía capacidad anulatoria de las decisiones internas, ni el Convenio imponía obligación alguna a los Estados miembros de adoptar medidas procesales anulatorias o rescisorias. No contento con ello, en el año 2001, cuando se enfrenta con uno de los muchos casos de presunta vulneración del artículo 18 CE por contaminación acústica y opta por no seguir la doctrina López Ostra, declara que «el artículo 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales [...] no supone una traslación mimética de los pronunciamientos del TEDH que ignore las diferencias normati-

¹ Es la STC 53/1985, de 11 de abril. El TC afirmaba: «Y si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandadas, sí lo ha hecho en relación con el artículo 2 del Convenio en el asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión *everyone* o *toute personne* de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado artículo 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus* (FFJJ 9 y 17)».

² STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 2.

vas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni la necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo».

Con el tiempo, la relación con Estrasburgo se ha vuelto más compleja. Varios son los factores a tener en cuenta: mientras el Tribunal Constitucional español empieza a tenerse a sí mismo como referente, el TEDH se amplía notablemente —con la caída del bloque del Este— y cambia sustancialmente su configuración y su funcionamiento —especialmente con la entrada en vigor del Protocolo 11—, pues el abanico de Estados a los que el TEDH «vigila» tienen estándares, tradiciones jurídicas y democracias distantes y distintas. En el año 2007, el Tribunal Constitucional español también «sufr» una importante modificación de su funcionamiento, hasta el punto que la especial trascendencia constitucional hace que hoy se cuestione si el recurso de amparo es, en todos los casos, una vía obligada previa para el ciudadano español antes de acudir a Estrasburgo. Ambos Tribunales se alejan y a veces su relación tiene perfiles de reto. Manifestación clara de ello es la sentencia Ferré Gisbert³, en la que el TEDH estimó la demanda presentada por un ciudadano español contra una Providencia del Tribunal Constitucional que inadmitía un recurso de amparo. El TC había considerado el recurso extemporáneo. El ciudadano español había acudido tres veces seguidas al TC. En una segunda vez, solicitó la nulidad de la primera providencia de inadmisión. Y contra la resolución que le

³ STEDH de 13 de octubre de 2009, JUR/2009/422872. Conocer los detalles del proceso que origina la condena hace que sorprenda aún más esta última. La demanda trae causa en algo tan relevante como un juicio hipotecario en el que el recurrente aducía defectos de forma (irregularidades en las notificaciones). Solicitada nulidad de actuaciones el órgano judicial le responde que debía solicitar la nulidad a través de un declarativo ordinario, acción que inicia el recurrente y que es fallada tanto en instancia como en apelación desestimando la pretendida irregularidad en las notificaciones, que las actas del proceso hipotecario le habían sido notificadas conforme a la legislación aplicable y que el recurrente no había probado la diligencia que le era exigible. El recurrente interpone recurso de amparo ante el TC y el TC inadmite por providencia por considerarlo extemporáneo, pues entiende que el amparo procedía contra la resolución judicial que le reenvió al declarativo ordinario. El recurrente presentó escrito ante el TC solicitando la nulidad de dicha Providencia y ante la respuesta de que la nulidad no era viable para las resoluciones del TC el recurrente interpuso de nuevo otro recurso de amparo. El TC dio el escrito por no presentado. El TEDH estima la demanda porque la motivación de la decisión del TC es incoherente con las decisiones de las jurisdicciones ordinarias que reconocen el carácter adecuado de la vía declarativa ordinaria para conocer de la nulidad pretendida. Afirma que se le privó su derecho de acceso a un Tribunal por un motivo formal. El pronunciamiento del TC es, a todas luces, desacertada e invasiva respecto de la competencia del Tribunal Constitucional. No es de recibo afirmar que se le negó el acceso a un Tribunal, pues el recurrente tuvo dos pronunciamientos sobre el fondo y dos sobre la forma en que había sido notificado, desestimándose sus pretensiones. Así pues, es claro que no existía ninguna vulneración de los derechos del recurrente y que la inadmisión del recurso de amparo resultaba procedente, desbordando en consecuencia la competencia del TEDH la valoración de si el TC debía inadmitir por motivos de fondo o de forma.

respondía que las providencias de inadmisión del TC no eran susceptibles de nulidad, interpuso otro recurso de amparo. Pero el TEDH le dio la razón y consideró que había habido violación del artículo 6.1 del CEDH.

No es eso lo único que se mueve en la interpretación internacionalmente conforme de la Constitución. La adhesión de nuestro país a la Unión Europea nos obligó a enfrentarnos con la declaración del TJUE de que los derechos fundamentales eran principios generales del Derecho de la Unión y se constituían parámetro de legalidad de los actos de la Unión y parámetro de enjuiciamiento de los actos de los Estados miembros cuando actúan en aplicación del Derecho de la Unión. Sobre estas bases, pese a que la Unión carece de competencia en materia de derechos fundamentales, el TJ se ha visto abocado a determinar el alcance que los derechos fundamentales tenían en el ordenamiento comunitario. Resulta palmario el potencial conflicto que surgía de esta realidad, especialmente con los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, existiendo al respecto diferentes pronunciamientos de algunos de ellos. Así, una toma de posición explícita y contundente de la jurisdicción constitucional italiana se produce en la Sentencia de 27 de diciembre de 1973, en el caso Frontini⁴, también del Tribunal Constitucional Federal alemán, en sus Solange I y II⁵ y en nuestro propio país, con el dictamen 1/2004⁶.

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

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

⁶ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, Constitución Europea, «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar

Bien es cierto que tempranamente el TJ declaró que la determinación de los derechos fundamentales se realizaría sobre la base de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros —amén de los tratados internacionales de los que forman parte éstos— tomando en consideración los dos criterios siguientes: uno, mayor progresividad —búsqueda de las soluciones más elaboradas—; dos, carácter funcional —búsqueda de la adecuación de las soluciones a las peculiaridades del derecho de la Unión—⁷. Es posible que con ello el TJ pretendiera aliviar a los Estados miembros y asegurarles que el ordenamiento de la Unión respetaría sus estándares de protección de derechos fundamentales, de forma que pudieran confiar en dicho ordenamiento sin que fuera necesario ponerlo en solfa. Pero lo que en apariencia era un mensaje tranquilizador, puede estar convirtiéndose en un *boomerang* que vapulee nuestro sistema.

Los primeros problemas surgieron cuando Luxemburgo superó nuestro estándar de protección en materia laboral y consideró contrarias al derecho de igualdad del ordenamiento comunitario el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores que, tiempo atrás, el Tribunal Constitucional español declaró conforme al principio de igualdad del artículo 14 CE⁸. Pero en aquel momento se trataba de que el TJ estableciera un estándar mayor de protección que el marcado por el TC español. El conflicto se ha hecho de verdad real cuando el estándar de protección mayor está puesto por el Tribunal Constitucional español y acatar la interpretación internacionalmente conforme nos debería llevar a reducir el nivel de protección en un determinado derecho fundamental. En el caso concreto en que ha ocurrido, la euroorden, llevaría al TC a reducir las garantías del proceso tal y como hasta ahora las había entendido. Ante esa disyuntiva el Tribunal Constitucional español ha interpuesto, por primera vez, una cuestión prejudicial ante el TJ. Adoptada por el Pleno del TC el 9 de junio de 2011, constituye un hito en la historia del diálogo entre tribunales.

Antes de adentrarnos en el análisis de la jurisprudencia que evidenciará la evolución descrita, quisiera que se me permitiera contextualizar algo más. Las tres instancias judiciales tiene competencias para vigilar el respeto de los derechos fundamentales por parte de otras instituciones u órganos, pero sus límites

inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes».

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

⁸ STC 306/1993, de 25 de octubre, *versus* STJ, asunto Cordero Alonso, C-81/05, de 7 de septiembre de 2006.

son muy distintos. Mientras el Tribunal Constitucional no es una tercera instancia que pueda efectuar un control de mera legalidad, pues la interpretación y aplicación de las normas legales corresponde a los Jueces y Tribunales *ex* artículo 117.3 CE, Estrasburgo no conoce esos límites, ¿quizás debería? pero sus sentencias son meramente declarativas y el CEDH no obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas procesales anulatorias o rescisorias necesarias para la efectividad plena de sus resoluciones, potestad que sí tiene el TC. Por su parte, el TJUE puede dictar sentencias con fuerza anulatoria o simplemente que declaren inválido algún acto de Derecho de la Unión pero, sobre todo, juega con el principio de primacía del Derecho de la Unión para que sus resoluciones surtan efectos en los ordenamientos internos. Sin embargo, la organización en la que se integra carece de competencias en materia de derechos fundamentales. Así las cosas, las claves de relación entre ellos y de cada uno de ellos con los ordenamientos nacionales no son las mismas, lo que vuelve el diagnóstico aún más complejo. El problema no es el objetivo, va de suyo que una equivalencia en el nivel de protección, pero ¿cómo articular perseguirlo en un entramado institucional que debe seguir existiendo y predicándose mutuo respeto?

II. UNA PRIMERA ETAPA DE RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES: UNA RELACIÓN EN POSITIVO

1. La jurisprudencia del TEDH como referente general y permanente del TC español. Estrasburgo como modelo

En su STC 223/1988⁹ el Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a no padecer dilaciones indebidas era manifiestamente un concepto indetermi-

⁹ STC 223/1988, de 24 de noviembre de 1988. Especialmente significativo es el FJ 2: «2. El artículo 24.2 de la Constitución, empleando la expresión utilizada por el artículo 14.3.C) del Pacto Internacional de Derechos (Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, reconoce el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, que es similar, según se ha ya declarado en la STC 5/1985, de 23 de enero, al que consagra bajo la fórmula de “derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable”, el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España en Instrumento publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de octubre de 1979. El valor interpretativo de estos tratados y acuerdos viene expresamente sancionado en el artículo 10.2 de nuestra Constitución, habiendo sido igualmente reconocido por nuestra doctrina constitucional, de manera reiterada y constante, el valor que a estos efectos tiene la jurisprudencia pronunciada por el TEDH. Conforme a ello procede resolver el caso aquí debatido de acuerdo con las líneas maestras del concepto y contenido de la expresión “plazo razonable” —equivalente, según se deja dicho, a la de “sin dilaciones indebidas”— que

nado o abierto que había de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico y que la remisión que el artículo 10.2 hacía aconsejaba referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el TEDH al aplicar la norma contenida en el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según la cual «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...». Continuaba afirmando que el TEDH en su Sentencia de 13 de julio de 1983, en el caso Zimmermann y Steiner, recogiendo una doctrina ya establecida en casos anteriores (asuntos König, Guzzardi, Buchholz, Foti y otros, Corigliano, Minelli) señaló —como criterios a tener en cuenta— la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquéllos y concluía en que la aplicación de estos criterios al presente asunto obliga a afirmar que el Auto impugnado ha producido la lesión que se le imputa. Como ha sido afirmado por la doctrina, el derecho a no sufrir dilaciones indebidas, es uno de los supuestos en los que no se importa el contenido sustantivo del derecho controvertido, sino que se trasladan a nuestro ordenamiento los criterios fijados por el Tribunal Europeo para dar, en cada caso, contenido al derecho.

Muchos son los ámbitos materiales de los que se puede predicar el uso de Estrasburgo como modelo. Un supuesto también relevante es cuando el Tribunal Constitucional se enfrenta a la definición de torturas y tratos inhumanos y degradantes, en el difícil caso de si la alimentación forzada a los presos del GRAPO, en huelga de hambre, vulneraba la prohibición constitucional de trato inhumano o degradante del artículo 15 CE¹⁰. Entonces el TC afirmó que «en relación con el artículo 3 CEDH, que establece una interdicción similar a la del artículo 15 CE, el TEDH, partiendo de su propia doctrina acerca de las penas degradantes (Sentencias de 18 de enero y 25 de abril de 1978 —caso Irlanda contra el Reino Unido— y —caso Tyrer—, respectivamente) ha señalado que “para que el trato sea ‘degradante’ debe ocasionar también al interesado —ante los demás o ante sí mismo [...] una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad” (igualmente, STEDH de 25 de febrero de 1982 —caso Campbell y Cosans— y de 7 de julio de 1989 —caso Soering—)». A partir de

ha diseñado dicho Tribunal Europeo a través de un progresivo proceso de profundización que se inicia, entre otras, con las Sentencias Wemhifft, de 27 de junio de 1968; Neumeister, de la misma fecha; Ringeisen, de 6 de julio de 1971, y König, de 28 de julio de 1978, se continúa con las dictadas en el caso Buchholz, de 6 de mayo de 1981, y en el caso Foti y otros, de 10 de diciembre de 1982, y se culmina con la Zimmermann y Steiner, de 13 de julio de 1983, las cuales forman un conjunto doctrinal que ha sido ya asumido por este Tribunal en Sentencias de las que merecen destacarse la 36/1984, de 14 de marzo, y 5/1985, de 23 de enero».

¹⁰ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9.

ahí, el TC alcanza la conclusión de que, de acuerdo con estos criterios, en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el artículo 15 CE la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, «en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria».

En otros casos, ciertos derechos de nuestra Constitución han «prolongado» su alcance al completarse mediante la incorporación de contenidos conexos conforme había aclarado el TEDH. Nos sirve de ejemplo el derecho al juez imparcial como una de las garantías del proceso, que no se encuentra expresamente previsto en nuestra Constitución, pero que el TC español lo ha incorporado a las garantías del proceso invocando el CEDH¹¹. Igualmente el Tribunal Constitucional español ha «rellenado» supuestas lagunas de nuestra Constitución con la jurisprudencia de Estrasburgo; el polémico «derecho al silencio o al no ruido» es el ejemplo más paradigmático. Recordemos cuando en el año 1994 el TEDH condenó a España en la STEDH López Ostra porque, a su parecer los daños medioambientales y los ruidos ocasionados por una planta depuradora vulneraban el derecho al domicilio del recurrente, pese a que meses antes el TC español había inadmitido el recurso de amparo interpuesto por los recurrentes con el argumento de que nadie les había expulsado de su vivienda y los daños causados no ponían en peligro su vida ni su integridad física¹². Otro interesante supuesto de alta influencia podemos encontrarlo en la STC 236/2007, en la que el TC español tuvo que determinar el alcance de los derechos fundamentales de los extranjeros ilegales en nuestro país, enfrentándose

¹¹ STC 113/1987, de 3 de julio. En el FJ 2 se advierte: «2. La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien, en contra de lo alegado por la recurrente, este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del artículo 24 que consagra el derecho a un proceso público “con todas las garantías”, entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador. Este derecho está, asimismo, reconocido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, deben orientar la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce. De otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de examinar esta cuestión en distintas ocasiones, declarando a este propósito que los aspectos relativos a la organización y constitución de los Tribunales, y especialmente la acumulación funcional de las competencias instructorias y de las puramente juzgadoras en un mismo órgano, pueden tener relevancia para determinar si se ha respetado o no la garantía de imparcialidad del juzgador».

¹² No obstante este polémico derecho será analizado en el epígrafe posterior de este trabajo (3.1).

el TC a reclamos de derechos como el derecho de reunión, asociación, etc. El TC español buscó en la jurisprudencia de Estrasburgo y comprobó que no se había pronunciado sobre estos derechos de los extranjeros ilegales en los Estados miembros, pero absorbió la tendencia del TEDH sobre derechos de los extranjeros y ello que le llevó a inclinarse a favor de la existencia de estos derechos para los extranjeros que estuvieran en nuestro país, sin perjuicio de su situación de ilegalidad¹³.

2. La jurisprudencia del TJUE como referente puntual del TC español

Aunque el TEDH ha sido sin duda el referente más importante del TC español, no debemos olvidar la influencia de la jurisprudencia del TJUE en materia de no discriminación en el ámbito laboral. Nuestro país se ha replanteado la doctrina constitucional en este ámbito y poco a poco el TC español ha ido incorporando las definiciones elaborados por el TJ sobre discriminación directa, indirecta, acción positiva; abriendo así la puerta a la progresión española en esta materia. En el caso del TJ la aportación no se ha limitado al contenido sustantivo de los derechos, sino que ha alcanzado a su eficacia directa horizontal. Recordemos, que los derechos fundamentales además de ser un límite a la actuación de los poderes públicos, es un orden de valores subjetivos que debe estar presente en todos los ámbitos del ordenamiento, incluido el derecho privado y, por tanto, en las relaciones entre particulares. No obstante, en la medida en que suponen claramente un obstáculo y/o límite a la autonomía de la voluntad, su extensión no siempre es pacífica y fácil. El Tribunal Constitucional y el legislador español han desempeñado un papel importante en su desarrollo, pero la jurisprudencia del TJ como Mangold, Omega, Schmidberger o Kucukdeveci¹⁴ han ayudado intensamente a producir cierta alteración en las estructuras de nuestro ordenamiento, que ya ha incorporado cierta dinámica de reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares.

Ejemplo paradigmático de lo recién afirmado es el ámbito laboral, en el que la aceptación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se ha realizado de manera progresiva, aunque la doctrina española ha afirmado que la propia Constitución ya apuntaba en esa dirección, pues cuando el artículo

¹³ STC 236/2007, de 7 de noviembre. Toda esta sentencia está construida sobre el espíritu que del ordenamiento internacional podía desprenderse en orden a conceder a los «sin papeles» los derechos reclamados en el recurso de inconstitucionalidad.

¹⁴ STJUE, Omega, de 14 de octubre de 2004, C-36/02. Libre prestación de servicios *versus* dignidad humana; STJUE, Schmidberger, de 12 de junio de 2003, C-112/00. Libre circulación de mercancías *versus* derecho de reunión; STJUE, W. Mangold contra Rüdiger Helm, de 22 de noviembre de 2005 C-144/04, discriminación por razón de edad; STJUE Kücüdeveci (Gran Sala), de 19 de enero de 2010, C- 555/07; también discriminación por razón de edad.

28.2 CE reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores, lo hace frente al empleador, no frente al poder público. La evolución tiene su razón de ser en el reconocimiento de que, en las relaciones laborales, existen otros centros de poder privados con capacidad para recortar los derechos fundamentales de manera tan perniciosa como pudiera hacerlo el Estado, por lo que el alcance de la eficacia del principio de igualdad entre particulares mereció una doctrina concreta del Tribunal Constitucional. Lo primero que debe señalarse es que en el ámbito de las relaciones privadas laborales el único límite infranqueable es la prohibición de la discriminación y no siempre el mero juicio de igualdad. Así, mientras que en un convenio colectivo sí se realiza un juicio de igualdad, en una decisión unilateral del empresario o un acuerdo privado, las diferencias que puedan establecerse en ejercicio de los poderes de organización de la empresa (autonomía privada) no vulneran el principio de igualdad y lo único que está prohibido es que dichas diferencias escondan un trato discriminatorio. En definitiva, en el ámbito de las decisiones individuales laborales lo que se proyecta con toda su fuerza es la prohibición de la discriminación.

En relación con el concepto de discriminación directa, supuestos importantes son, por ejemplo, el que se refiere al derecho de la mujer embarazada a disfrutar de las vacaciones anuales añadidas al permiso de maternidad, incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el goce de las vacaciones¹⁵. También, el que vincula el derecho a la intimidad de la mujer con la prohibición de la discriminación y afirma que no es exigible la comunicación del embarazo al empresario, por pertenecer al ámbito del derecho a la intimidad de la trabajadora¹⁶. En estos casos el TC español bebía del TJUE. Para el TC, ante una sospecha razonable aportada por el trabajador de que el trato pueda ser discriminatorio, se procede a invertir la carga de la prueba y es el empleador el que tiene que demostrar que su decisión responde a razones objetivas y ajenas a toda discriminación. Se trata de la técnica de la prueba indiciaria, utilizada por el TC desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre¹⁷. Por lo que se refiere a la discriminación indirecta por razón de sexo, el propio concepto —no sólo su alcance—, fue creado por el TJUE y recogido por el TC español, que así lo reconoce expresamente en su STC 145/1991, de 1 de julio, por primera vez¹⁸. Posteriormente, son muchas las ocasiones en que el TC es-

¹⁵ La STC 324/2006, de 20 de noviembre, adopta el mismo criterio que el TJ en su STJ de 18 de marzo de 2004, as. Merino Gómez, C-342/01.

¹⁶ La STJ de 4 de octubre de 2001, as. Tele Danmark, C- 109/00 queda reflejada en la STC 17/2003, de 30 de enero.

¹⁷ La técnica de la prueba indiciaria se ha aplicado después en otros muchos casos. Véase: SSTC, 7/1993, de 18 de enero; 48/2002, de 25 de febrero; 41/2006, de 13 de febrero.

¹⁸ FJ 5. El TC afirmó: «El órgano judicial para excluir la existencia de discriminación por razón de sexo no debió limitarse a constatar que las reglas en materia de clasificación profesional establecían funciones distintas y debió entrar a analizar si las mismas podían encubrir una

pañol, sobre la base de jurisprudencia del TJUE ha ido configurando el significado de discriminación indirecta por razón de sexo¹⁹.

III. UNA SEGUNDA ETAPA: UNA RELACIÓN MÁS COMPLEJA

1. Tensión entre el Tribunal Constitucional español y el TEDH

Uno de los ámbitos que más reflejan la evolución de la relación de nuestro Tribunal Constitucional con Estrasburgo ha sido el conflictivo «derecho a la no contaminación acústica». El conflicto arranca del conocido Asunto López Ostra, en el que los actores ante los órganos judiciales alegaron violación de su derecho al respeto de su domicilio, a causa de olores, ruidos y humos contaminantes provocados por una planta depuradora de aguas y residuos instalada a unos metros de su domicilio, en la localidad de Lorca. Imputaban responsabilidad al Ayuntamiento, al que acusaba de pasividad. La demanda fue desestimada en todas las instancias y el TC inadmitió el recurso de amparo afirmando que la existencia de humos, olores y ruidos no constituía en sí una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que la negativa a cerrar la planta depuradora por parte de las autoridades de la zona no ponía en peligro la vida y la integridad física de la demandante, al que nadie había expulsado de su vivienda, por lo que no resultaba posible declarar una vulneración del artículo 8 del CEDH. Pero el TEDH no lo entendió así y en Sentencia de 9 de diciembre de 1994 condenó a España afirmando que los atentados graves al medio ambiente sí pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, sin que por ello se ponga en peligro la salud. Consideró que el supuesto que enjuiciaba, el Ayuntamiento no supo mantener el justo equilibrio entre el bienestar económico de la ciudad de Lorca y el disfrute efectivo de la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar y declaró la vulneración del artículo 8 del CEDH.

discriminación indirecta por razón de sexo (art. 1.2 Directiva CEE 75/117) [...] Era preciso comprobar si la diversificación, incluso formalmente correcta, enmascaraba la infravaloración de “trabajos de valor igual”, pero predominantemente desempeñados por mujeres, porque, si ese resultado se produce, se habrá completado el supuesto de hecho de una discriminación por razón de sexo —con independencia de la ocasional presencia de varones en las categorías “feminizadas”, o viceversa— al resultar globalmente de este procedimiento de valoración un trato desfavorable del trabajo femenino al amparo de un esquema que no obedece a criterios técnicos racionales, desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de las CCEE en su Sentencia de 1 de julio de 1988 (asunto Dummler-Dato Druck), y así cabe apreciarlo también, para interpretar adecuadamente, en todas sus implicaciones, la prohibición contenida en el artículo 14 CE».

¹⁹ SSTC 253/2004, de 22 de diciembre; 50/2005, de 14 de marzo; 154/2006, de 22 de mayo; 3/2007, de 15 de enero; 26/2011, de 14 de marzo.

Poco tiempo después, en la STC 199/1996 el TC se hace eco de la doctrina López Ostra, si bien para inaplicarla, porque en el recurso de amparo se denunciaba el cierre de unas diligencias penales que se habían intentado abrir por la contaminación ambiental producida por la refinería de Bens, solicitándose penas a determinadas personas por hechos conceptuados como delito. En este contexto, el TC entendió bien que no resultaba de aplicación la dicha doctrina²⁰, cerrándose ahí la cuestión. Pero el asunto Moreno Gómez enfrentó de manera definitiva en esta materia al Tribunal Constitucional Español con el TEDH. El 24 de mayo de 2001 el TC adoptó la STC 119/2001, en la que si bien recogía de nuevo la doctrina López Ostra, desestimaba el amparo por entender que no se cumplían las condiciones para declarar una vulneración del artículo 18 CE. La queja se concretaba en la vulneración de su intimidad domiciliaria por los ruidos que afirmaba padecer la recurrente en su domicilio. El TC afirma primero que es consciente del valor que por virtud del artículo 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales y, mencionando López Ostra, declara: «podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida». Pese a ello, el Tribunal afirma que «resultaba indispensable, para que este Tribunal pudiera apreciar la existencia de dicha infracción constitucional, que hubiese acreditado el nivel de ruidos existentes en el interior de su vivienda. Sin embargo, no ha hecho tal cosa, limitándose a formular una serie de alegaciones de carácter general impropias de un recurso de amparo en el que se trata de reparar el concreto menoscabo real de un derecho fundamental [...] Consecuentemente, debemos denegar el amparo por la pretendida vulneración

²⁰ En su STC 199/1996 el TC afirmó que «La importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que, en determinados casos de especial gravedad, los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar, declarado por el artículo 8 del Convenio de Roma (Sentencias TEDH Powell y Rainer c. Reino Unido, 21 de febrero de 1990, y López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994)». No obstante, desestimó el recurso de amparo, porque: «[...] en el caso presente, como pone de manifiesto la empresa demandada, no se trata de reaccionar por la vía contencioso administrativa contra la inactividad de las Administraciones competentes, sino de pretender que se impongan penas a determinadas personas por unos hechos conceptuados como delito. Por consiguiente, no puede aceptarse la invocación que se hace en la demanda de amparo de la doctrina de la Sentencia TEDH López Ostra, que fue pronunciada para enjuiciar una situación dispar a la actual. STC 199/1996, de 3 de diciembre, FFJJ 2 y 4.

de los indicados derechos sustantivos toda vez que no se ha acreditado que nos encontremos ante la existencia de una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos imputable al Ayuntamiento de Valencia, requisito inexcusable habida cuenta del carácter subjetivo de este remedio para la protección de los derechos fundamentales» (entre otras muchas, SSTC 156/2000, de 12 de junio, FJ 2, y 240/2000, de 16 de octubre, FJ 4).

La recurrente interpone demanda ante el TEDH y por Sentencia de 16 de noviembre de 2004 el Tribunal de Estrasburgo condenó de nuevo a España. Después de reiterar su doctrina de que los individuos tienen derecho al respeto de su domicilio (art. 8 CEDH) incluso frente a intromisiones inmateriales como los ruidos, las emisiones o los olores y que el concepto de injerencia no comprende solamente actuaciones positivas de los poderes públicos, sino también la ausencia de actividad de la Administración para hacer cesar la violación causada por terceras personas, afirmó, dando un paso más, que, sin necesidad de acreditar un nivel elevado de ruido en el interior de la vivienda, la excesiva intensidad de la contaminación acústica en la zona, que era reconocida por la declaración municipal de protección, permitía llegar a la conclusión de que se había producido tal intromisión ilegítima. El Tribunal, igualmente, apreció que el Ayuntamiento de Valencia incurrió en responsabilidad por omisión, ya que, si bien aprobó una normativa en la que se incluían medidas adecuadas para la resolución de este problema, «toleró el incumplimiento reiterado de la regulación que ella misma había establecido»²¹.

No obstante lo expuesto, en la siguiente ocasión en que el Tribunal Constitucional ha podido asumir la doctrina de Estrasburgo en sus propios términos, en un supuesto sustancialmente idéntico, reitera de nuevo que resulta indispensable que el recurrente hubiese acreditado «bien que padecía un nivel de ruidos que le producía insomnio y, en consecuencia, ponía en peligro grave e inmediato su salud, bien que el nivel de ruidos existentes en el interior de su vivienda era tan molesto que impedía o dificultaba gravemente el libre desarrollo de su personalidad. Sin embargo, es lo cierto que no ha hecho tal cosa»²². Consecuentemente, el TC avanza que debe denegar el amparo, pues no se ha acreditado una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos imputable al Ayuntamiento de Valencia. Para el Tribunal, «llegar a una conclusión distinta sería tanto como afirmar que, siempre que en una zona declarada acústicamente saturada o que reciba calificación protectora similar, cuando el ruido ambiental supere los niveles máximos autorizados, todos los que tengan en ella su domicilio, por esa mera circunstancia y sin necesidad de prueba individualizada, estarían sufriendo sendas vulneraciones de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (art.

²¹ STEDH de 16 de noviembre de 2004, §§ 53 a 57.

²² STC 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 7.

18.1 y 2 CE) [...] Parece, más bien, que ese criterio fue establecido teniendo muy presentes las particularidades del caso concreto, donde la señora Moreno Gómez sí intenta, aunque sin éxito, probar el ruido percibido en el interior de su vivienda, circunstancia tomada muy en cuenta por la STEDH de 16 de noviembre de 2004»²³. Y en este enfrentamiento entre ambos tribunales, muy interesantes son los votos particulares de los Magistrados Aragón Reyes y Luis Ortega. Mientras el primero afirma que «el Pleno el Tribunal Constitucional, pese a dictar una Sentencia desestimatoria, ha desaprovechado la oportunidad de corregir la doctrina, a mi juicio errónea —por las razones que antes he señalado—, sentada por la STC 119/2001, pues la desestimación del recurso de amparo no debió fundarse en la apreciación de que el recurrente no ha acreditado que haya sufrido una lesión efectiva de los derechos garantizados por los artículos 15 y 18.1 y 2 CE como consecuencia de la saturación acústica en torno a su domicilio, sino directamente, y con expresa revisión de nuestra anterior doctrina, por alegarse en el recurso la lesión de un derecho no susceptible de amparo constitucional»²⁴. El Magistrado Luis Ortega declara que: «la Sentencia vulnera el artículo 18.1 y 2 y el artículo 10.2, ambos de la Constitución porque no recoge el contenido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o en otros términos, porque no realiza una interpretación compatible del artículo 18.1 y 2 CE con el artículo 8 del Convenio, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El derecho fundamental derivado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del artículo 18.1 y 2 en conexión con el artículo 10.2, ambos de la Constitución, es a la inexistencia de ruido en el entorno sin necesidad de prueba en el interior de la vivienda. No lo exige por considerar desproporcionada o demasiado formalista, especialmente cuando ya hay prueba objetiva del daño ambiental proporcionada por la autoridad pública (caso Gómez Moreno)»²⁵.

2. Conflicto entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo (TJUE)

A) *Un estándar de protección mayor por parte del TJ*

El 25 de octubre de 1993 el Tribunal Constitucional dictaba su STC 306/1993. El recurrente en amparo denunciaba que las Sentencias impugnadas vul-

²³ STC 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 8.

²⁴ STC 150/2011, de 29 de septiembre, voto particular concurrente de Manuel Aragón Reyes, FJ 4.

²⁵ STC 150/2011, de 29 de septiembre, voto particular de Luis Ortega Álvarez al que se adhieren los Magistrados Eugeni Gay y Elisa Pérez Vera, FJ 5.

neraban el principio de igualdad, al declarar que el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) no debía responder del importe de las deudas salariales de un empresario declarado insolvente, porque tal importe había sido fijado en el trámite de conciliación preprocesal, celebrado entre éste y los trabajadores despedidos ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC). Los demandantes de amparo afirmaban que el artículo 14 CE había sido trasgredido pues, el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores excluía de la cobertura del FOGASA las deudas pactadas en conciliación y sólo debía abonar las deudas reconocidas en Sentencia o resolución administrativa firme. El Tribunal desestimó el recurso de amparo argumentando que las Sentencias impugnadas no aplicaron al caso una doctrina en sí misma discriminatoria y declaró que no había tratamiento diferenciado de situaciones idénticas que permitiera trabar cabalmente un juicio constitucional de igualdad, toda vez que se trataba de situaciones de partida distintas cuyo tratamiento diferente —sobre todo desde el punto de vista de la prevención de posibles fraudes— en nada vulneraba el artículo 14 CE. El canon de constitucionalidad era claro: no hay tratamiento diferenciado de situaciones idénticas.

El artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores llegó al TJ de la mano de as. Rodríguez Caballero²⁶. El Sr. Rodríguez Caballero había logrado en conciliación judicial que su empresa reconociera la improcedencia del despido y su obligación de abonar los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la de la conciliación. Declarada insolvente la empresa, el Sr. Rodríguez Caballero solicitó al FOGASA el abono de los citados salarios de tramitación. Dicho Fondo denegó la solicitud e interpuesto recurso contra la denegación, el Juzgado de lo Social número 2 de Albacete desestimó el recurso basándose en que el FOGASA, con arreglo al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, sólo era responsable subsidiario del abono de los salarios de tramitación cuando éstos habían sido reconocidos por el órgano jurisdiccional competente y no cuando procedieran de un acto de conciliación entre las partes. El caso no era estrictamente la indemnización pactada en acto de conciliación sino los salarios de tramitación acordados en acto de conciliación, pero a los efectos de nuestro interés la presunta vulneración del principio de igualdad se presentaba exactamente igual, pues se trata de que indemnizaciones o salarios de tramitación pactados en actos de conciliación, judicial o no, no formaban parte de la cobertura del FOGASA y esas mismas cuantías, si eran asumidas por dicho organismo cuando eran declaradas en Sentencia judicial.

Interpuesto recurso ante el TSJ de Castilla-La Mancha, éste, conecedor de la existencia de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la pro-

²⁶ STJ de 12 de diciembre de 2002 (C- 442/00).

tección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, se planteó la duda de si debía entenderse que dentro del concepto «créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales», a que alude el artículo 1, apartado 1 de la Directiva, se encontraban los salarios de tramitación, independientemente de que éstos estuvieran fijados por resolución judicial, administrativa, o por cualquier otro procedimiento que fuera legalmente constatable y que pudiera ser controlable judicialmente, como ocurre con una conciliación alcanzada en presencia de un órgano judicial. En definitiva, el TSJ se planteaba la posible incompatibilidad de una norma de derecho interno con el derecho de la Unión, por lo que planteó cuestión prejudicial²⁷.

En Sentencia de 12 de diciembre de 2002, el TJ falló afirmando que si en la normativa nacional los créditos correspondientes a salarios de tramitación reconocidos mediante resolución judicial, generan la responsabilidad de la institución de garantía, un trato diferente para los créditos acordados en un acto de conciliación no está objetivamente justificado y el juez nacional debe dejar sin aplicar una normativa nacional que, vulnerando el principio de igualdad, los excluye²⁸. En los fundamentos el Tribunal había expresado que el principio de igualdad en el ordenamiento de la Unión exige que las situaciones comparables —ya no idénticas, como exigió el Tribunal Constitucional español— no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente²⁹.

Ésta es la primera Sentencia de una saga en la que el TJ reiteradamente declaró la vulneración del principio de igualdad del ordenamiento de la UE por el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores³⁰. Pero el punto de inflexión en este conflicto llegó de la mano de la Sentencia que el TJ pronunciaba con ocasión del as. Cordero Alonso el 7 de septiembre de 2006³¹. El FOGASA se negó a abonar el 60 por 100 de una indemnización por finalización de contrato de trabajo pactada en conciliación judicial —aduciendo precisamente su origen en un acto de conciliación— y el asunto llegó al TSJ de Castilla y León, que ob-

²⁷ Sobre el tema, véanse: F. VALDÉS DAL-RÉ, «Los tribunales laborales en España y el derecho social de la Unión: un diálogo emergente», *Actualidad Laboral*, n.º 43, 1998, pp. 813 ss.; y RENTERO JOVER, ARAMENDI SÁNCHEZ y LOUSADA AROCHENA, «La cuestión prejudicial y los órganos judiciales sociales», *Aranzadi Social*, n.º 1, 2006.

²⁸ El TSJ en la cuestión prejudicial también preguntaba acerca de la eficacia directa del artículo 1.1 de la Directiva 80/987/CEE y, por ende, por la exigencia de dejar inaplicada la norma interna que excluyera del ámbito de responsabilidad de la institución estatal de garantía interna, el Fondo de Garantía Salarial, los salarios de tramitación pactados en conciliación realizada a presencia judicial.

²⁹ FFJJ 29 a 32.

³⁰ Sobre el tema véase: M. AGÍS DASILVA, «El ordenamiento de la Unión y el modelo de cobertura de indemnizaciones por el FOGASA, o la crónica de un perpetuo desencuentro», *Aranzadi Social*, n.º 15, 2006.

³¹ STJ, asunto Cordero Alonso (C-81/05), de 7 de septiembre de 2006.

servó la contradicción existente entre la STC 306/1993, de 25 de octubre de 1993 —que negaba la vulneración del artículo 14 CE por el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores—, con la saga de sentencias que en relación con el FOGASA había dictado el TJ. Ello le llevó a plantear cuestión prejudicial, pero no sólo en relación con la ya conocida cuestión de si debían ser igual tratadas las indemnizaciones por finalización de contrato de trabajo, al margen si habían sido pactadas en conciliación o decretadas en sentencia judicial, sino que realizó, además, la siguiente pregunta: ¿están vinculadas las instituciones administrativas y judiciales españolas, en la aplicación de la Directiva 80/987/CEE y de las normas de Derecho interno que incorporan el contenido de la misma, por el principio de igualdad ante la Ley e interdicción de discriminación resultante del Derecho de la Unión y con el alcance precisado por la interpretación dada al mismo por el Tribunal de Justicia [...], aunque ésta no coincida con la interpretación del derecho fundamental análogo reconocido por la Constitución Española en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español?

Como no cabía esperar de otra forma, el TJ en Sentencia de 7 de septiembre de 2006³² declaró que «en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, en su versión modificada por la Directiva 2002/74, el principio general de igualdad, tal y como se reconoce en el ordenamiento jurídico de la Unión, exige que cuando la normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, en caso de insolvencia del empresario, la institución de garantía se haga cargo del pago de las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo establecidas por una sentencia judicial, las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial deben recibir el mismo trato»³³. El TJ fue un poco más explícito en su argumentación y explicó que, a su juicio, todos los trabajadores que hubieran perdido su empleo por haberse extinguido su contrato de trabajo se encuentran en una situación comparable³⁴, y afirmando que «[...] dado que el principio general de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho de la Unión, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. Ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por

³² STJ de 7 de septiembre de 2006 (C-81/05).

³³ FJ 42, llevado al apartado 2 del fallo.

³⁴ El TJ entiende que en todos los casos el empresario, debido a su estado de insolvencia, es incapaz de abonarles las indemnizaciones a las que legalmente tienen derecho y que mientras no se den razones que desvirtúen esta realidad, no estará justificado un trato diferenciado.

el ordenamiento jurídico interno»³⁵. El TJ recordó, además, el deber del juez de dejar inaplicada la norma interna disconforme³⁶.

En la medida en que el desajuste con el TJ era provocado en este caso por una mayor protección, ya advertida como posible en el artículo 52.3 de la Carta, el conflicto tuvo fácil solución de la mano del legislador español y, por qué no decirlo, con el fundamento último del artículo 4.3 del TUE, que impone el juego del principio de cooperación leal, por el cual los Estados se comprometen a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. El 29 de diciembre de 2006, poco más de tres meses después de que el TJ dictara la STJ Cordero Alonso, se reformaba el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores³⁷ y se incorporaba la obligación del Fondo de Garantía Salarial de abonar las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de un acto de conciliación judicial³⁸.

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

³⁵ FFJJ 40 y 41.

³⁶ El fallo en su apartado 3 reza: «El juez nacional debe dejar sin aplicar una norma interna que, vulnerando el principio de igualdad, tal y como éste se reconoce en el ordenamiento jurídico de la Unión, excluye que la institución de garantía competente se haga cargo del pago de las indemnizaciones por finalización del contrato reconocidas en un acuerdo entre trabajadores y empresarios celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial». Nada se dice de «incluso aunque el TC nacional haya considerado la norma cuestionada conforme al mismo derecho fundamental tal y como es entendido en el orden interno».

³⁷ El 29 de enero de 2006 se publicaba en el *BOE* la Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo. Su artículo 12 reformaba el Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, el apartado 4 se ocupaba de la reforma del artículo 33.2 del Estatuto, que es la que a nosotros nos atañe.

³⁸ La saga FOGASA no terminó exactamente ahí. El 21 de febrero de 2008 el TJ dictaba sentencia en el asunto Robledillo (STJ de 21 de febrero de 2008, C-498/06) en el que declaraba que la exclusión de la cobertura del FOGASA de las indemnizaciones pactadas en conciliación extrajudicial —tal y como contemplaba el ordenamiento español— no vulneraba el principio de igualdad en el ordenamiento de la Unión, pues tal exclusión, objetivamente justificada, constituía una medida necesaria con el fin de evitar abusos, en el sentido del artículo 10, letra *a*) de la Directiva 80/987. El 13 de octubre de 2008, el TS dictaba su primera sentencia en aplicación de la jurisprudencia Robledillo (STS, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2008, FJ 3). Ello pone de manifiesto un acuerdo mayor en la materia de lo que el caso hubiera podido dar a entender.

de derechos fundamentales y ello está contemplado en los tratados (art. 52.3 de la Carta). La reforma no genera problema alguno al Tribunal Constitucional, que acepta sin problema una reforma legislativa que refuerza los derechos de los trabajadores. Cabría preguntarse qué hubiera ocurrido si, un órgano judicial en particular, a la vista de la STC 306/1993, de 25 de octubre, no hubiera tenido duda alguna y hubiera denegado la solicitud del particular de que el FOGASA abonara las cantidades pactadas en conciliación judicial. Denegada su solicitud ante los tribunales ordinarios el particular podría haber interpuesto recurso de amparo. Y en ese supuesto, ¿el Tribunal constitucional español hubiera reiterado su jurisprudencia de 1993? En realidad, la jurisprudencia del TJ no convertía en inconstitucional el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores y, en ese sentido, el Tribunal podría haber sostenido la doctrina expuesta en aquélla. Pero el Tribunal Constitucional se encontraría enjuiciando una norma nacional que desarrolla el derecho de la Unión, pues el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores fue la norma de trasposición de la Directiva ya citada. Y en ese contexto, hoy el Tribunal Constitucional español estaría obligado, *ex artículo 10.2 CE* a tener en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a la hora de hacer un juicio constitucional de igualdad en relación con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, lo que le llevaría inevitablemente a asumir el juicio de igualdad realizado por el TJ. La clave para que el conflicto pueda de esta forma diluirse, es que se trate de un conflicto a mayor protección, no a menos, lo que hoy en día está previsto por el Tratado de Lisboa y que no situaría al Tribunal Constitucional en el contexto que, aunque ya lo imaginó en el año 2004, no es en absoluto deseable: *En el caso difícilmente concebible, de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española [...] podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes...*³⁹.

B) *Un estándar de protección menor por parte del TJ*

La STC 177/2006, de 5 de junio, resuelve la impugnación de un Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el que se acordó acceder a la entrega del demandante de amparo, de nacionalidad española, que había sido solicitada por las autoridades francesas en virtud de una euroorden, al efecto del cumplimiento de la pena de veinte años de prisión que le había sido impuesta en el año 1998 por un tribunal francés, un juicio celebrado en su ausencia. El recurrente aducía que dicha decisión había vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las ga-

³⁹ Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, FJ 4.

rantías, entre otras cosas por falta de motivación suficiente acerca de la exigencia de reciprocidad y por no haber condicionado la entrega a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia.

La Sentencia presenta su mayor virtud en el análisis que incorpora relativo a las diferencias entre euroorden y extradición, poniendo de relieve que la solicitud de entrega del demandante de amparo fue cursada por Francia a través de una orden de entrega y detención, ajustada al nuevo contexto de relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea instaurado por una Decisión Marco del Consejo. Después, advierte que el artículo 32 de la misma permitía a los Estados hacer una declaración en la que indicase que seguiría tramitando las solicitudes de entrega relativas a los actos cometidos antes de una determinada fecha con arreglo al sistema de extradición anterior y que Francia hizo uso de esa posibilidad, poniendo como fecha los actos cometidos antes del 1 de noviembre de 1993. Llegado aquí, el Tribunal declara «[...] tiene pues razón el recurrente cuando afirma que, de acuerdo con esta declaración, Francia no procedería a la entrega de un nacional francés a España por razón de hechos cometidos con anterioridad a esa fecha de 1 de noviembre de 1993»⁴⁰.

Pero a continuación el Tribunal declara que la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito y que las obligaciones que de la Decisión marco se derivan no pueden ser sometidas a dicho principio. El Tribunal afirma que al no haber hecho España uso de la posibilidad restrictiva que le brindaba el artículo 32 de dicha Decisión, ha de atender la solicitud de entrega cursada por Francia, aun a sabiendas de que este último país no procedería a entregar a sus nacionales en esas mismas circunstancias, pues la permanencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega excluye toda posibilidad de reclamar una reciprocidad a la que se ha renunciado voluntariamente, sea cual fuere la actitud observada por el Estado reclamante a este respecto⁴¹. Puede afirmarse que, en esta Sentencia, los pronunciamientos del Tribunal en relación con el juego del principio de reciprocidad en el marco de la euroorden son claros y producen, por primera vez, el efecto de detener la aplicación de las dinámicas extradicionales a las órdenes de entrega

⁴⁰ Es ésta la «omisión argumental indebida» en la STC 30/2006 que acabamos de analizar, en la que no se explicaba por qué Francia podía aplicar a algunos supuestos el Convenio Europeo de extradición y ello no vulneraba el principio de reciprocidad.

⁴¹ Sin perjuicio de que la legislación en materia de extradición puede contener disposiciones sobre la garantía de la reciprocidad en el procedimiento extradicional, la determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponde al Gobierno (STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 7), por lo que no parece haber obstáculo a que el Gobierno restrinja el juego de ese principio en el marco de la negociación de ciertas normas internacionales, como es el caso de la orden europea de detención y entrega.

cursadas a través de la orden europea de detención. Se ha dicho de ella que fue un «ejercicio de confianza europea» por parte del Tribunal Constitucional, si bien se le ha recriminado su insuficiente apoyo argumental, pues era la primera vez que el Tribunal se pronunciaba sobre la consideración diferenciada del régimen de entregas, en una decisión que suponía nada menos que validar la opción escogida por el Gobierno, que remitió al Congreso los proyectos de Ley Orgánica y Ley ordinaria necesarios para aplicar la Decisión Marco sin plantearse previamente la conveniencia de plantear la reforma del artículo 13.3 de la Constitución⁴².

De esta Sentencia es también importante destacar que el Tribunal tiene que enfrentarse a otra queja sobre garantías del proceso, pues recordemos que el recurrente había sido juzgado en ausencia por los tribunales franceses y su entrega no había sido condicionada a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia. El Tribunal partió de analizar cómo estaba regulada la garantía reclamada —presencia en el juicio del imputado— en ese nuevo marco jurídico y llegó a la conclusión de que, aunque la Ley 3/2003 no había establecido la presencia del imputado como *conditio sine qua non* para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada, tal exigencia es inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución, cual es el derecho a un proceso con todas las garantías. Además, la propia Decisión Marco en su artículo 5 prevé la posibilidad de que la ejecución de una orden de entrega se supeditase «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución», a la condición de que «la autoridad judicial emisora dé garantías suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista». Basándose en estos dos argumentos, el Tribunal Constitucional aplicó su doctrina del contenido absoluto de los derechos fundamentales cuyo mayor exponente es la STC 91/2000, de 30 de marzo⁴³ y que básicamente declara que acceder a la extradición para

⁴² F. IRURZUN y C. MAPELLI, «Orden Europea de detención y Constitución (comentario a la STC 177/2006, de 5 de junio)», *Noticias de la UE*, ob. cit., ambos autores afirman que la Sentencia representa una importante toma de postura del TC español con respecto al proceso de creación del espacio judicial europeo, que permite anticipar futuros desarrollos jurisprudenciales del Alto Tribunal de mayor sensibilidad a las necesidades del proceso de integración europeo en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia. Sobre el tema, también puede verse: T. DE LA CUADRA SALCEDO, «El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (reflexiones tras la STC 177/2006)», *REDC*, n.º 78, 2006; y M. MARTÍN MARTÍNEZ, «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras», *RDUE*, n.º 10, 2006.

⁴³ Sobre esta polémica doctrinal, en sentido crítico, véanse I. TORRES MURO, «Enseñar al que ya sabe. Las extradiciones ante el Tribunal Constitucional (STC 91/2000)», *Repertorio Aranzadi del TC*, n.º 10, agosto 2000; L. MARTÍN RETORILLO, «La interconexión de los ordena-

el cumplimiento de una condena por delito grave dictada en ausencia vulnera indirectamente el derecho a un proceso con todas las garantías salvo que la entrega se supedite a garantías suficientes para subsanar el déficit de las mismas. La vulneración indirecta se deriva de reconocer sin condiciones una resolución judicial extranjera dictada en vulneración directa de un derecho fundamental. Del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 177/2006 se deduce que, en ese momento, el Tribunal nada encontró en la regulación de la orden europea de detención y entrega que le impidiera, en los casos de vulneración del derecho de defensa conforme al derecho español, condicionar la entrega de nacionales a un nuevo juicio. Para Irurzun y Mapelli, el razonamiento debía haber ido más lejos, porque tal interpretación ponía sobre la mesa que la ley de trasposición resultaba contraria a las garantías constitucionales del derecho español y contraria a la Decisión Marco, si bien esto último quedaría fuera de las posibilidades de enjuiciamiento del TC⁴⁴. En todo caso, entra abiertamente en escena el problema de la diversidad de las garantías procesales aplicables a los procedimientos penales nacionales.

Recorrido este camino, no deja de sorprender la STC 2009/299/JAI, de 28 de septiembre. El 27 de abril de 2007 la Audiencia Nacional había accedido a la entrega a Rumania de un nacional británico para el cumplimiento de una condena de cuatro años impuesta por los tribunales rumanos en ausencia del imputado, que no obstante había concedido apoderamiento a un abogado que compareció en el juicio como su defensor particular. El marco jurídico de la orden de detención y entrega europea algo había cambiado, pues había sido aprobada la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, *destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado*. Esta norma, en aras a limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, excluye expresamente la posibilidad de denegar la entrega cuando se tenga conocimiento de que el imputado conocía la causa o hubiera dado mandato a Letrado, que actuara en su defensa. Así las cosas, el supuesto presentaba ciertos problemas para la aplicación, sin más, de la doctrina del contenido absoluto de los derechos fundamentales, pues si bien es cierto que su artículo 8 otorga a los Estados hasta el 28 de marzo de 2011 como plazo para adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la misma y hasta esa fecha su cumplimiento no es exigible a

mientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho», *Cuadernos Civitas*, 2004. En defensa de la postura del TC: R. BELLIDO PENEDÉS, «La condena en rebeldía en el proceso español de extradición pasiva», *REDC*, n.º 57, 1999.

⁴⁴ Los autores añaden que ahí se desaprovechó la primera ocasión de plantear no sólo la autocuestión de la Ley 3/2003, sino una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo al objeto de decidir sobre la interpretación y validez de dicha Ley.

España⁴⁵, durante el plazo de adaptación del derecho interno al Derecho de la Unión, los Estados miembros destinatarios del mismo deben abstenerse de realizar interpretaciones de su derecho interno que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por el Derecho de la Unión⁴⁶. Por lo demás, mantenerse en una posición radicalmente contraria a la establecida por el Derecho de la Unión pendiente de trasposición, sólo comporta retrasar la solución al conflicto pendiente.

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

Es en este contexto en el que la STC 199/2000 afirma: «Conviene advertir que la referida Decisión Marco de 13 de junio de 2002 ha sido modificada, como antes se indicó, por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, que, en aras a limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, excluye expresamente la posibilidad de denegar la entrega cuando se tenga conocimiento de que el imputado conocía la causa o hubiera dado mandato a Letrado, que actuara en su defensa. En todo caso no nos corresponde aquí pronunciarnos sobre el alcance de esta modificación introducida por la Decisión Marco de 26 de febrero de 2009, aun pendiente de incorporación a nuestro Derecho interno, y que no resulta aplicable al presente supuesto, en el que la orden europea de detención y entrega fue expedida por Rumania bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial»⁴⁷.

⁴⁵ En todo caso, el acceso al Tribunal de Justicia en relación con la aplicación del los actos del Tercer Pilar estará limitado al apartado 7 del antiguo artículo 35 TUE, hasta el 1 de diciembre de 2014, fecha en que se aplicará a la CPJP el régimen general de recursos ante el Tribunal de Justicia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias, adoptado junto con el Tratado de Lisboa.

⁴⁶ El TJ ha sido prudente y no ha afirmado expresa y directamente la obligación de interpretación conforme durante el período de trasposición de las directivas, sino que se ha limitado a una obligación en negativo «abstenerse de interpretar su derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación al derecho interno, la realización del objetivo perseguido». Véase: STJ, s. Adeneler, C-212/04, de 4 de julio de 2006, FJ 123.

⁴⁷ STC 99/2009, de 28 de septiembre, FJ 3.

El Tribunal Constitucional sortea así el conflicto entre su propia jurisprudencia y la Decisión Marco 2009/299: a su juicio, la fecha de aprobación de esta última norma es posterior a los hechos del supuesto, lo que vuelve la norma inaplicable. El Tribunal Constitucional no hace ninguna referencia a la obligación de interpretar el derecho interno de forma que no se comprometa el objetivo perseguido por la Decisión Marco y se pronuncia en el siguiente sentido: «el recurrente en amparo fue condenado en Rumania a una pena grave sin haber estado presente en el juicio, por lo que la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega del recurrente a las autoridades rumanas para el cumplimiento de la condena, sin someter dicha entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías» (art. 24.2 CE)⁴⁸.

La STC 2009/299/JAI presenta dos elementos más que conviene tener en cuenta. Por un lado, afirma que la doctrina del contenido absoluto de los derechos fundamentales «ha sido considerada aplicable por la STC 177/2006, de 27 de junio, tal como hemos anticipado, al procedimiento de orden europea de detención y entrega, que en los Estados miembros de la Unión Europea —de la que forma parte Rumania desde el 1 de enero de 2007— sustituye al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957»⁴⁹. Como ya expusimos en párrafos precedentes, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional había sido muy exquisito en el análisis que realizaba en la STC 177/2006 y teniendo presente en todo momento el marco jurídico en el que estaba enjuiciando, consideró que no había, en ese momento, nada en el desarrollo legislativo de la euroorden que le impidiera la aplicación a ese supuesto de la doctrina expuesta en la STC 91/2000. No se trata pues, de una extensión, sin más, de la doctrina de la STC 91/2000 a la eurorden como ahora el Tribunal ha afirmado, sino de algo bastante más matizado, e inevitablemente anudado a los relevantes cambios introducidos con la aprobación de la Decisión Marco 2009/299/JAI.

También es relevante la afirmación que se realiza en relación con la doctrina del TEDH, pues el Tribunal afirma que sus conclusiones vienen sustentadas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recordando que el tenor literal del artículo 6.3.c) del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), en el que se reconoce el derecho «a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor», expresa con claridad que quien ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado, mientras que el Letrado se limita a «asistirle» técnicamente en el ejercicio de su derecho y cita jurisprudencia que lo apoya⁵⁰. Al respecto, es importante señalar que la Decisión Marco 2009/299/JAI afirma

⁴⁸ STC 2009/299/JAI, de 28 de septiembre, FJ 4.

⁴⁹ STC 2009/299/JAI, de 28 de septiembre, FJ 3.

⁵⁰ La STC 2009/299/JAI cita, por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido. STC 2009/299/JAI, FJ 4.

en sus considerandos exactamente lo contrario, pues declara que para el Tribunal de Estrasburgo el derecho del acusado de un delito a comparecer en el juicio no es un derecho absoluto y que, en determinadas condiciones, el acusado puede renunciar libremente a él de forma expresa o tácita, pero inequívoca⁵¹. Es más, la Decisión Marco 2009/299 utiliza la jurisprudencia del TEDH como un argumento definitivo para fundamentar la reforma que lleva a cabo de la Decisión 2002/584/JAI. Se deduce de ello que la jurisprudencia del TEDH, en relación con el derecho del acusado a estar presente en el juicio ha sido mucho más matizada que lo que quiere dar a entender la STC 199/2009 y, desde luego, el TEDH no admite que el juicio en ausencia comporte, *per se*, una lesión de las garantías básicas del proceso conforme al CEDH. M. Cedeño Herman, crítica con la STC 2009/299/JAI, afirma que de la doctrina sentada por el TEDH se infiere que si el acusado ha sido correctamente citado y, por tanto, ha tenido conocimiento del proceso, pero ha decidido voluntariamente no comparecer y, además, ha contado con una adecuada defensa letrada, como sucedió en el caso de la mencionada STC 199/2009 ni se infringe el artículo 6.3 del CEDH, ni es exigencia de la jurisprudencia del TEDH que la entrega se condicione a que el Estado de emisión de la orden garantice la revisión de la sentencia de condena dictada en ausencia de la persona reclamada⁵². Para la autora, el problema que plantea la STC 199/2009 no se reduce simplemente a la aplicación o no en términos generales de la doctrina de la aplicación indirecta de los derechos fundamentales a la orden de detención y entrega, sino que la resolución del Tribunal Constitucional yerra al defender que la circunstancia de que la persona no haya estado presente en el juicio justifique, por sí sola, la denegación de la ejecución de la orden de detención y entrega. A su juicio, la jurisprudencia más reciente del TEDH va claramente en otra dirección⁵³.

⁵¹ Es bastante extensa la jurisprudencia del TEDH que se ha pronunciado sobre la posibilidad de renuncia del imputado a su presencia en el juicio y, a través de ella, se percibe como el Tribunal de Estrasburgo partiendo de reconocer el derecho del acusado a estar presente en el juicio y obligar a los Estados miembros a garantizar ese derecho en sus legislaciones internas, permite un amplio margen de discrecionalidad a la hora de concretar el modo en que se llevará a cabo esa garantía. Para un estudio del juicio en ausencia y de la evolución del TEDH en relación con la presencia del imputado como garantía esencial del proceso, véanse: A. de la OLIVA y otros, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, pp. 157 ss.; A. J. PÉREZ CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Penal*, Cívitas, 2009, pp. 136 ss.; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, 2009, pp. 645 ss.

⁵² M. CEDEÑO HERNAN, «Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 2009/299/JAI, de 28 de septiembre», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 20, 2010. También la autora hace un análisis de la jurisprudencia del TEDH en relación con los juicios en ausencia.

⁵³ La STEDH de 1 de marzo de 2006, asunto Sejdovic c. Italia, Grande Chambre, n.º 56581/00, es muy expresiva de la interpretación que Cedeño Hernán atribuye al TEDH en

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

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

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

el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión.

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

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

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

En primer término Pérez Tremps plantea la posibilidad de haber interpuesto una cuestión prejudicial en la que el Tribunal constitucional cuestionara la validez de la Decisión Marco 2002/584/JAI por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. El razonamiento que utiliza para alcanzar esta conclusión es el siguiente: la Decisión Marco 2002/584/JAI no es en exceso acertada, pues si bien es cierto que facultaba al legislador de los Estados miembros a condicionar la ejecución de una euroorden a un nuevo juicio, siempre que existiera una condena privativa de libertad dictada en rebeldía o en un proceso en el que la persona afectada no fue citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia, el carácter potestativo de la norma ha creado de hecho situaciones diferenciales entre los Estados miembros⁵⁴. Así, si un Estado miembro considera que la no condena en ausencia es una garantía esencial del justiciable, condicionará la entrega a un nuevo juicio. *A sensu contrario*, un Estado que admite el juicio en ausencia no impondrá tal condición. Ello hace posible que la condena en ausencia pueda en unos casos comportar la inejecución de una euroorden, y en otros casos no. Más allá de que esto implique una vulneración del principio de igualdad de los ciudadanos de la Unión, Pérez Tremps estima que si para el Tribunal Constitucional español la condena en ausencia supone una lesión de las garantías del proceso, siempre y en todo caso, es claro que la Decisión Marco 2002/584/JAI vulnera este último derecho fundamental, lo que corresponde dirimir al TJ y a él debía haberse dirigido.

En segundo lugar, Pérez Tremps, pone en solfa la constitucionalidad de la Ley 3/2003 por la omisión del legislador español en la Ley 3/2003 de la condena en rebeldía como motivo para denegar la ejecución de una euroorden y advierte que, para esos casos, la LOTC ofrece al Tribunal el instrumento de la autocuestión. A su juicio, cuando la Ley 3/2003, de 14 de marzo da cumplimiento a la Decisión Marco 2002/584/JAI y no recoge la excepción potestativamente prevista en el artículo 5 de la Decisión Marco, ignoró la jurisprudencia

⁵⁴ El artículo 5 de la Decisión Marco 2002/584/JAI permite condicionar la ejecución de una euroorden en dos supuestos más. El segundo se concreta en que la infracción en que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea podrá estar sujeta a la condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido al menos veinte años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida. El tercero dispone que cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiere en él, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiese pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor.

cia constitucional y vulneró por omisión el artículo 24.2 pues, entre otras cosas, es discutible que los órganos judiciales puedan denegar la ejecución de una euroorden por tal motivo si no existe previsión legal para ello. Así las cosas, Pérez Tremps afirma que el Tribunal debería haber interpuesto una auto-cuestión en relación con la Ley 3/2003.

Y, en tercer lugar, el Magistrado opina que el Tribunal tenía mimbres suficientes para desestimar el amparo por no existir vulneración del artículo 24.2 CE. En el FJ 8 del voto, pone de relieve que la Decisión Marco 2002/584/JAI no hubiera planteado dudas de interpretación si se hubiera tenido en cuenta —como procedía— la Decisión Marco 2009/299/JAI que había modificado el texto de 2002, precisamente al objeto de clarificar que no cabía rechazar la entrega cuando el imputado tenía conocimiento de la celebración del juicio y dio mandato a Letrado⁵⁵. A su parecer, la pura lógica metodológica de la STC 91/2000 le permitía utilizarla como criterio hermenéutico del artículo 24.2 CE de acuerdo con el artículo 10.2 CE, en cuyo ámbito ha de incluirse el Derecho de la Unión.

IV. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

⁵⁵ La Decisión Marco 2009/299, de 26 de febrero, fue publicada en el *DOCE* de 27 de marzo, acordándose —como es habitual— su entrada en vigor al día siguiente de su publicación. Cuestión distinta a su vigencia, es que al tratarse de una norma que necesita ejecución, la propia Decisión Marco establece en su artículo 11 la fecha de 28 de marzo de 2011 como fecha límite, por lo que hasta esa fecha no es posible exigir a España su cumplimiento. No obstante ello, la norma está en vigor y, desde luego, no puede negarse su valor a efectos interpretativos, tal y como afirma el TJ para los actos del Tercer Pilar en la Sentencia, STJ, asunto *María Pupino* (C-105/03), de 16 de junio de 2005. Véase, al respecto, D. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea; la Sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las Decisiones Marco», *REEI*, 2005.

que el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución judicial, siempre que el imputado haya tenido conocimiento de la celebración del mismo y diera mandato a letrado para su defensa, la doctrina constitucional, con fundamento en la STC 91/2000 afirma que, en esos mismos supuestos, la ejecución de una orden supondría una vulneración indirecta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), tal y como éste ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

En supuestos como éste, es difícil pensar que la solución llegue de la mano del legislador. En efecto, pensemos que si en cumplimiento de la Decisión Marco 2009/299/JAI que obliga a España a la adopción de una norma de desarrollo⁵⁶, nuestro legislador dispusiera por ley la prohibición de denegar la entrega a un país de la Unión Europea en los casos de juicio en ausencia, no cabe duda que situaría en una difícil posición a los órganos judiciales. Cabría que el juez nacional, conocedor de que tradicionalmente la jurisprudencia constitucional no admitía tales entregas, interpusiera cuestión de inconstitucionalidad contra la ley de desarrollo de la Decisión Marco de 2009/299/JAI⁵⁷. Así las cosas, el proceso sería suspendido y el conflicto habría llegado al Tribunal Constitucional a través de una cuestión de inconstitucionalidad.

Podría ocurrir, aunque es más difícil de imaginar, que el asunto alcanzara el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo, siempre que el órgano judicial hubiera procedido, sin más, a la aplicación de la ley nacional que desarrolló la Decisión Marco 2009/299/JAI. Lógicamente, autorizada la entrega de un sujeto condenado en ausencia, el sujeto entregado procedería a interponer un recurso de amparo contra la resolución judicial que ejecutó la orden de entrega. No es plausible que el Tribunal Constitucional asumiera un cambio

⁵⁶ Caso que el legislador no procediera a la adopción de la ley de desarrollo de la Decisión Marco 2009/299/JAI, la posibilidad de que se condene a España por incumplimiento será mayor tras la entrada en vigor —el 1 de diciembre de 2014— de las disposiciones del Tratado de la Unión Europea sobre el control judicial de la cooperación policial y judicial en materia penal, que aplica a la CPJP el régimen general de recursos ante el Tribunal de Justicia. Mientras tanto, el acceso al Tribunal de Justicia en relación con la aplicación de los actos del Tercer Pilar estará limitado al apartado 7 del antiguo artículo 35 TUE.

⁵⁷ Descarto la interposición de una cuestión prejudicial ante Luxemburgo por parte del juez nacional. No procede una cuestión de interpretación a la luz de la Decisión 2009/299/JAI, pues no es plausible una duda interpretativa en el concreto asunto que conocemos. Podría, en principio, ser tentadora una cuestión de validez en la que planteara la conformidad de la Decisión Marco 2009/299/JAI con los derechos fundamentales del ordenamiento de la Unión, en concreto con la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 47 de la Carta, pero lo cierto es que no es un supuesto en el que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada, pues si el órgano judicial obtuviera de Luxemburgo una respuesta negativa, no podría resolver el proceso, pues no puede inaplicar la ley por su propia autoridad y se vería obligado a interponer cuestión de inconstitucionalidad. Si, por el contrario, la respuesta confirmara la validez de la Decisión Marco, ¿aplicaría la norma nacional que sabe inconstitucional?

de jurisprudencia en tan delicada cuestión. Más al contrario, de acuerdo con lo afirmado en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, *en el caso en que la ulterior dinámica del Derecho de la Unión llegase a irreconciliable con la Constitución, el Tribunal acudiría al procedimiento constitucional pertinente...* En todo caso, el legislador no ha podido con esta batalla y el problema estaría en sede del Tribunal Constitucional. Y en ese contexto, ¿qué podría hacer el Tribunal Constitucional?

El conflicto descrito en el epígrafe anterior volvió a presentarse ante el Tribunal a través de un nuevo recurso de amparo. Y en estas circunstancias, el 9 de junio de 2011 el Pleno del Tribunal Constitucional español aprobó el Auto de interposición de la primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es un hito en la historia del Tribunal Constitucional español y su relación con el Tribunal de Luxemburgo.

Los hechos del caso se concretan en que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante Auto de 12 de septiembre de 2008 acordó la entrega del recurrente en amparo a las autoridades italianas para el cumplimiento de la condena que le había sido impuesta por el Tribunal de Ferrara como autor de un delito de quiebra fraudulenta. La Audiencia Nacional rechazó la alegación de indefensión porque constaba en la orden de entrega que el reclamado era conecedor de la futura celebración del juicio, se situó voluntariamente en rebeldía y designó dos abogados de su confianza para su representación y defensa, los cuales intervinieron en esa calidad, en la primera instancia, en la apelación y en la casación, agotando así las vías de recurso. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en que la Audiencia Nacional se había separado de la consolidada doctrina del TC conforme a la cual las condenas por delitos graves impuestas en ausencia del acusado han de condicionarse a la posibilidad de revisión de la sentencia.

En este recurso de amparo el Tribunal se enfrentaba a un problema cuya solución dependía, en gran parte, de la interpretación y de la validez de las disposiciones relevantes de las dos Decisiones Marco sobre euroorden, así como de la interpretación del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales. El Tribunal Constitucional entendió que si, en este supuesto, obviara el diálogo con Luxemburgo situaría al Estado español ante un conflicto en el cumplimiento de sus obligaciones con la Unión y arriesgaría a que el conflicto llegara al Tribunal de Justicia de la mano de una cuestión prejudicial interpuesta por cualquier tribunal ordinario y podría acabar situado en una más incómoda posición. El Tribunal Constitucional siempre puede alegar la Declaración 1/2004 para justificar su posición, pero también es cierto que era consciente de que la propia Declaración remite de forma indirecta a la cuestión prejudicial, al afirmar que «el Tribunal Constitucional permitiría el funcionamiento de los ordinarios cauces previstos en la Unión ante los hipotéticos excesos del Derecho europeo», siendo la cuestión prejudicial el mecanismo más relevante que el ordenamiento de la Unión ofrece para la cooperación con los órganos jurisdic-

cionales nacionales. Por lo demás, no resultaba baladí la interpretación que debía darse a los artículos 52 y 53 de la propia Carta de Derechos fundamentales que, *a priori*, parecen proteger los estándares de protección establecidos por las Constituciones de los Estados miembros, con la salvedad de que sea imprescindible para el interés general.

Todo lo expuesto colocaba al Tribunal Constitucional español en una situación ventajosa que debía aprovechar. Si el criterio de mayor progresividad anunciado por el TJ para la selección de los derechos fundamentales le puede llevar a inclinarse por el menor nivel de protección en los casos divergencias entre los ordenamientos nacionales porque resulte imprescindible para el interés general —artículo 52 de la Carta— qué menos que explicar a los Estados miembros que se enfrentan a la limitación de un derecho fundamental de su tradición constitucional, la ponderación que le ha podido conducir a rebajar el nivel de protección de un concreto supuesto. Sólo así se podrá hablar de verdadero diálogo entre tribunales.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional español ha formulado tres preguntas. La primera de ellas es una cuestión interpretativa relativa a si cabe interpretar las Decisiones Marco sobre euroorden en el sentido de que impida a las autoridades judiciales nacionales condicionar la ejecución de una orden europea de detención y entrega a que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado. La segunda cuestión, que sólo se plantea para el caso de que la primera se responda afirmativamente, se refiere a la validez del artículo 4 bis de la Decisión Marco 2002 a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa previstos en la Carta en los artículos 47.II y 48.2. Se ha preguntado al Tribunal de Luxemburgo si es compatible el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco de 2002 sobre euroorden con tales preceptos. Sólo si el TJ entendiera que sí, ha de entrar en la última y más compleja cuestión (de nuevo interpretativa): ¿Puede el artículo 53 CDFUE, en cuya virtud «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en [...] las constituciones de los Estados miembros», interpretarse de forma que permite que un Estado miembro condicione la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser revisada en el Estado requirente, otorgando así a los derechos de defensa en este caso un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro? Sin duda, es esta última cuestión una clave de lo que pueden ser las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales. Pero su respuesta no es nada sencilla e, inevitablemente, resultará muy comprometida. Quizás no sea aún necesario enfrentarse a ella. Creo que puede ser muy positivo la realización *ad casum* de muchos ejercicios de equilibrio interinstitucional —como predicó D. Sarmiento

de la Sentencia Melki⁵⁸—, antes de proceder a la interpretación de ese precepto. El autor también habla de lealtad. Lealtad y/o respeto mutuo. Es por ello que creo que debe existir primero un diálogo constitucional europeo *de facto*, que se asiente lentamente a través del mecanismo procesal de la cuestión prejudicial.

El caso elegido por el Tribunal Constitucional español para el inicio, por su parte, del diálogo constitucional europeo ha sido cuestionado. Botón de muestra es el propio voto particular del Magistrado Pérez Tremps, que entiende que tenía cabida una interpretación conforme y que podía haberse dictado sentencias sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJ, si bien se felicita por ello. Personalmente me encuentro lejos de percibirlo así. Y ello porque el «decalage» existente en los niveles de protección en el supuesto concreto no es en exceso relevante y no nos enfrentamos a que el ordenamiento comunitario pueda imponer la entrega de un condenado en rebeldía, sino sólo a un juicio en contumacia, lo que es muy distinto. A mi parecer, ello hace más fácil asumir cualquier respuesta para el Tribunal Constitucional español y también facilita el recurso al principio de proporcionalidad por parte del TJUE. En cualquier caso, el diálogo constitucional europeo ya es una realidad.

V. EL FUTURO CON LOS NUEVOS CONTEXTOS NORMATIVOS

El Tratado de Lisboa otorga carácter vinculante a la Carta de Niza en su versión de 12 de diciembre de 2007, al incorporarla al texto de los tratados, si bien a través de una incorporación por referencia, técnica ya conocida en el Derecho Internacional, que no altera en absoluto la obligatoriedad del texto que se evita transcribir al tratado. En efecto, el nuevo artículo 6 del TUE en su apartado 1 afirma que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Pero no sólo vincula a la Unión, pues en virtud del artículo 51 de la propia Carta, sus disposiciones están dirigidas también a los Estados miembros, si bien únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

El recién estrenado carácter vinculante de la Carta, frente a su hasta ahora carácter político, puede aparentemente no evidenciar un cambio muy relevante, en la medida en que la Carta no hacía sino recoger y codificar los derechos fundamentales del Derecho de la Unión que el TJ había consagrado en su jurisprudencia como «principios generales del Derecho de la Unión». Pero, lo

⁵⁸ D. SARMIENTO, «Cuestión prejudicial y control previo de de constitucionalidad. Comentario a la Sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *REDE*, n.º 37.

cierto es que las referencias del TC español a los derechos fundamentales de la UE ha cambiado mucho⁵⁹. La fase final llegó con la adopción del Tratado de Lisboa y finalmente con su entrada en vigor. El TC español aprecia claramente el cambio: antes los derechos fundamentales formaban parte del ordenamiento de la Unión y este ordenamiento obligaba a nuestro país, pero ahora el TC español está vinculado a título interpretativo a los pronunciamientos del TJ, *ex* artículo 10.2 CE, lo que hasta ahora sólo podía predicarse de los derechos de igualdad y no discriminación. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa nos encontramos con influencia de la jurisprudencia del TJ en ámbitos materiales muy dispares. Así, la STC 60/2010, de 7 de octubre, declara que la pena de alejamiento no vulnera el derecho a la intimidad familiar, sobre la base del artículo 7 de la CDFUE en relación con el artículo 6 del Tratado de la Unión. También la STC 77/2010, de 19 de octubre, que analiza el alcance del principio de *non bis in idem* y señala que nuestra doctrina se perfila en concordancia con el expreso reconocimiento que de tal principio hace el artículo 50 de la CDFUE, que recoge la prohibición de la doble sanción. Finalmente, importante es la STC 133/2010, de 2 de diciembre, que, en materia de educación, analiza la obligatoriedad de la escolarización, pues el TC se detiene incluso a explicar que, a su parecer, a pesar de que en el artículo 14 la CDFUE reconoce el «derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas», esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, pues la referencia a las convicciones pedagógicas no se encuentra en las explicaciones de la Carta referidas al dere-

⁵⁹ El primer cambio se produce con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza y finalmente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Hasta la adopción de la Carta en Niza, el Tribunal Constitucional español sólo utilizó la jurisprudencia del TJ como canon hermenéutico de los derechos fundamentales en los casos particulares en que los tratados otorgaban competencias a la entonces Comunidad Europea. Puede observarse como, en efecto, toda la jurisprudencia constitucional que utiliza jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo a efectos interpretativos antes de la adopción de la Carta, son supuestos en los que se debate sobre la posible vulneración del derecho de igualdad y no discriminación. Siendo la primera la STC 132/1989, en la que menciona el artículo 6 del Tratado de Roma a los efectos de interpretar el artículo 14 CE, posteriormente son muchas las sentencias que, en el marco de los derechos socioeconómicos y siempre en relación con los principios de igualdad y no discriminación, han citado jurisprudencia del TJCE (SSTC 58/1994, 240/1999, 196/2000, 199/2000, 250/2000, 41/2002, 17/2003 y 253/2004). Tras la adopción de la Carta de derechos fundamentales en Niza, nos encontramos que el TC español va más allá del principio de igualdad y no discriminación y sí realiza menciones a los derechos fundamentales tal y como están configurados en la Unión Europea, si bien advierte que tiene presente que la Carta no posee fuerza jurídica vinculante. Así ocurre en la STC 138/2005, de 26 de mayo, cuando afirma: «en relación con los derechos del menor, el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (aún sin fuerza jurídica vinculante)». Esta coletilla desapareció con la adopción del Tratado de Lisboa, antes de su entrada en vigor.

cho a la educación, explicaciones que han de servir a una interpretación genética de los derechos reconocidos en la Carta. Finalmente, conviene advertir que en los futuros recursos de amparo ante el TC español, la Carta podrá ser invocada como fundamento jurídico de tales recursos en su calidad de derecho convencional vinculante⁶⁰. En esa línea, recientemente la STC 37/2011, de 28 de marzo, afirma que entre los elementos hermenéuticos para el TC español está, en primer lugar, la CDFUE y reenvía al derecho de toda persona a la integridad física y psíquica en ella reconocida. En definitiva, como ya ha advertido CRUZ VILLALÓN *aunque siga vigente la declaración contenida en Mangold según la cual la discriminación por razón de la edad es un principio general del Derecho de la Unión, el principio ha sido objeto de positivización en la Carta de Lisboa y es «desde esa sede desde la que el principio debe desplegar las posibilidades y los límites de su eficacia»*⁶¹.

La reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo es el siguiente eslabón en los cambios normativos producidos. Sentó las bases para modificar el carácter subjetivo predicable hasta entonces del recurso de amparo constitucional y establecer un recurso objetivo, aunque sólo en su fase de admisión. Como por todos es sabido, la reforma se articuló exigiendo para la admisión de la demanda de amparo el requisito de la trascendencia constitucional. El fin declarado de esta reforma fue reforzar la subsidiariedad del recurso de amparo, como medida para frenar el uso abusivo que justiciables y abogados habían hecho de él. El Tribunal registraba cientos y cientos de recursos que tan sólo escondían cuestiones de legalidad ordinaria y carecían de toda relevancia —no trascendencia— constitucional. El recurso de amparo se había convertido en una instancia más de los procesos jurisdiccionales y absorbía un porcentaje muy alto de los medios técnicos y humanos del Tribunal Constitucional. Apparentemente, la reforma pretendía sólo dar solución al problema de la sobrecarga producida por el recurso de amparo.

La misma LO 6/2007 también reformó la LOPJ. Y ahí tenemos la tercera reforma. Al objeto confesado de reforzar la subsidiariedad del recurso de amparo, que permitiría equilibrar la función de garante de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional con sus demás funciones, la LO 6/2007 dispone una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex* artículo 241.1 de la LOPJ y otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales, fundamentando el cambio en que la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que, muy al contrario, los tribunales ordinarios son sus primeros garantes en nuestro ordenamiento jurídico y deben

⁶⁰ Así lo advierte MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

⁶¹ As. Prigge. Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, C-447/09, parág. 26.

desempeñar el papel esencial que se les ha encomendado. Así justificado, se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, y se abre su interposición a cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, superando la limitación a las alegaciones de indefensión o incongruencia, hasta entonces prevista.

Pero si la introducción del amparo objetivo —aunque sólo fuera en su fase de admisión— restaba hueco al recurso de amparo subjetivo, hasta entonces practicado, se iba a generar un efecto muy importante de la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que no coincidía exactamente con el objetivo confesado. Y es que así, sin excesivo ruido, se eliminaba el carácter esencialmente reparador que hasta esa fecha caracterizaba el recurso de amparo constitucional en nuestro país. Creo que ese resultado no era necesariamente pretendido, sí sé que no fue abiertamente declarado y también estoy convencida de que el legislador era consciente de ese riesgo. Tal vez el legislador lo contemplaba como un posible peaje que podría pagarse en el objetivo de reducir la carga que el amparo suponía para el Tribunal Constitucional, pero no descartaba que su pago pudiera evitarse. Al fin y al cabo, el desarrollo de la reforma legislativa quedaba en manos del Pleno del Tribunal y a la postre, también en él su definitivo alcance. Como ha puesto de relieve acertadamente L. Bachmaier Winter, «si en la reforma de la LOTC se considera que la tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria requiere ser reforzada, no es porque en la legislación que existía faltaran mecanismos procesales, o se apreciara una merma de la subsidiariedad del amparo, sino con la intención de compensar la restricción del acceso al amparo como consecuencia de que los nuevos requisitos de admisibilidad», pues dicha restricción era reductora de las posibilidades de reparación.

Un último acontecimiento iba a dar el golpe de gracia y otorgar al incidente excepcional de nulidad de actuaciones un protagonismo para el que no nació. La entrada en vigor del Protocolo XIV CEDH, abierto a la firma en el año 2004 y que pendía de la sola voluntad de la Federación Rusa desde el año 2006, se produjo el 1 de junio de 2010. Es la segunda gran reforma de la historia del CEDH y se forja a parecido objeto que la modificación de la LOTC, a saber, evitar el colapso del TEDH. El Protocolo incorpora un nuevo criterio de inadmisión: la ausencia de un perjuicio importante. Como recuerda A. Saiz Arnaiz, se da al Tribunal una herramienta adicional que le ayude en su tarea de filtrado, para permitirle dedicar más tiempo a los casos que merecen un análisis sobre el fondo, bien desde la perspectiva del demandante o desde el Derecho del propio Convenio.

Y así queda dibujado nuestro escenario. Algún tiempo después de que se llevara a cabo en España la reforma de la LOTC se empezó a murmurar sobre que el recurso de amparo había perdido su cualidad de recurso útil que fuera exigible ante Estrasburgo para considerar agotados los recursos internos. Salvo

que fuera muy clara su trascendencia constitucional, podía ser un recurso prescindible para acudir a Estrasburgo. De esta forma nace el binomio incidente de nulidad/demanda ante el TEDH sin pasar por el TC, en los casos de vulneraciones de derechos fundamentales que se produzcan en la última instancia de la jurisdicción ordinaria y frente a las que el justiciable ya no tenga recurso alguno. Pero ahora, el TEDH puede dar por toda respuesta: «en el caso no existe un perjuicio importante». Y la garantía de tutela de los derechos fundamentales del justiciable habrá terminado con el incidente de nulidad de actuaciones.

