

Auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011. Las tres cuestiones prejudiciales

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DEL AUTO.—III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL AUTO.—IV. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.—V. EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—5.1. Primer problema.—5.2. Segundo problema.—5.3. Tercer problema.—5.4. Cuarto problema.—5.5. Quinto problema.—VI. EL JUEZ CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—VII. LA JUSTIFICACIÓN DEL REENVÍO PREJUDICIAL POR LA APROBACIÓN DE LA NUEVA DECISIÓN MARCO.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante Auto de 86/2011 de 9 de junio, el Tribunal Constitucional ha acordado por primera vez plantear tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este Auto se considera relevante por muy distintos motivos y entre ellos quiero destacar los siguientes: primero porque con él parece que el Tribunal Constitucional se plantea revisar o cuanto menos matizar su jurisprudencia anterior no sólo acerca de un derecho fundamental (como es el del art. 24.2 de la Constitución) a la luz de la evolución del Derecho de la Unión Europea, en lugar de dejar de aplicar el derecho derivado como efectuó en la sentencia 199/2009 de 28 de septiembre, sino también porque con esta resolución el Tribunal Constitucional deja de considerar que la primacía del Derecho de la Unión Europea lo es entre normas infraconstitucionales o no constitucionales y ajeno a su control; y segundo porque con estas cuestiones prejudiciales el Dere-

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

cho comunitario en España pasa a un plano distinto pues se da una nueva relación hasta ahora desconocida entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional. Cuestiones todas ellas que hacen necesario referirse a la posición que ocupan los tribunales constitucionales nacionales de los Estados miembros en relación con el Tribunal de Justicia de la Unión y los problemas que el Derecho de la Unión como fuente de Derecho genera en los ordenamientos jurídicos nacionales y en concreto, si de la aplicación de un precepto europeo se deriva perjuicio para un derecho fundamental garantizado por una Constitución de un Estado miembro cual es la solución. Es decir, la existencia de este pluralismo constitucional en la Unión Europea y que alude a un marco integrado por órdenes jurídicos separados pero interdependientes cuyas normas fundamentales no se encuentran claramente ordenadas en virtud de una regla de jerarquía no sólo genera debates entre juristas y politólogos sino también una serie de dudas en cuanto la normativa aplicable y la solución jurídica aplicable. A todas estas cuestiones me referiré a continuación.

II. ANTECEDENTES DEL AUTO

El Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto de 9 junio 2011, ha planteado tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Auto referido trae causa de un recurso de amparo interpuesto por la representación procesal de un ciudadano italiano *D. Stefano Melloni*, contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por el que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas para el cumplimiento de la condena de diez años de prisión impuesta en rebeldía por el Tribunal de Ferrara en el marco de la orden europea de detención y entrega.

Los antecedentes recogidos en dicho Auto pueden resumirse en lo siguiente:

- 1.º La Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró procedente, por Auto de 1 de octubre de 1996, la extradición a Italia de *D. Stefano Melloni*, con la finalidad de que fuese juzgado por los hechos que se recogían en las órdenes de detención emitidas por el Tribunal de Ferrara, pero el demandante se dio a la fuga por lo que no llegó a ser entregado a Italia.
- 2.º Mediante Decreto de 27 de marzo de 1997, el Tribunal de Ferrara declaró en estado de rebeldía al demandante al estar fugado de la justicia y acordó que las notificaciones fueran efectuadas en lo sucesivo a los abogados que éste había designado de su confianza. Por sentencia de 21 de junio de 2000, y la posterior de 14 de marzo de 2003, (del Tribunal de Ferrara y del Tribunal de Apelación de Bolonia respectivamente) el demandante fue condenado en rebeldía como autor del delito de quiebra fraudulenta a la pena

- de 10 años de prisión. En ambos procedimientos intervinieron sus abogados de confianza a quienes en esa condición se les notificó el Decreto por el que se acordaba la apertura del juicio oral previo a la condena por el Tribunal de Ferrara, así como la orden europea de detención y entrega dictada el 8 de junio de 2004, por la cual se iniciaba el procedimiento que da origen al Auto del procedimiento constitucional. Mediante sentencia de 7 de junio de 2004, la Sección Penal de la Corte Suprema de Casación italiana rechazó el recurso presentado por los abogados del demandante en amparo.
- 3.º La policía española detiene al demandante el 1 de agosto de 2008, y el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 incoa el procedimiento de orden de detención y entrega en relación con la orden europea de detención de 2004 expedida por la Fiscalía General de la República Italiana, para el cumplimiento de la condena. Mediante Auto, el mismo Juzgado de Instrucción eleva la orden europea de detención y entrega a la Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, habiéndose opuesto a la entrega el recurrente en amparo aduciendo que en la fase de apelación había designado otro abogado, revocando el nombramiento de los anteriores y que la ley procesal italiana no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en ausencia, por lo que la orden de detención y entrega debería en su caso, condicionarse a que Italia garantizase un recurso contra la sentencia. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó su petición mediante Auto de 16 de junio de 2008.
- 4.º El recurrente invoca en su demanda de amparo la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), alegando en particular, que el Auto recurrido constituye una vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el mencionado artículo 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de una manera que afecta a la dignidad humana, pues acceder a la extradición a países que, en caso de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar su derecho a la defensa, constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Añade además el recurrente que el Auto recurrido se separa de una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual en el caso de las condenas por delitos graves impuestas en ausencia del acusado la entrega del condenado al país reclamante ha de condicionarse a la posibilidad de revisión de la sentencia condenatoria, citando al efecto las SSTC 91/2000 de 30 de marzo y 177/2006 de 5 de junio.

El Auto cuenta con el voto particular del magistrado Pablo Pérez Tremps.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL AUTO

El Tribunal Constitucional toma como punto de partida su doctrina constitucional en esta materia que fue elaborada en principio para las extradiciones y que ya fue muy discutida incluso en sus orígenes.¹ Esta doctrina puede resumirse en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, mientras que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE vincula a los poderes públicos españoles de modo incondicionado *ad intra*, tal y como éste está consagrado en la Constitución, el contenido vinculante de estos derechos fundamentales cuando se proyecta *ad extra* es más reducido: no son todas y cada una de las garantías, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales «*las que pueden proyectarse sobre la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando en su caso la «inconstitucionalidad indirecta de la actuación de la jurisdicción española»* (STC 91/2000 FFJJ 7 y 8).

En segundo lugar para precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta es necesario partir del contenido constitucionalmente protegido por ese derecho para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona que, de acuerdo con el artículo 10.1 CE constituyen el fundamento del orden político y de la paz social. En este proceso de determinación revisten especial relevancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas de las disposiciones constitucionales que los reconocen, expresando con ello la afirmación de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugne la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado (STC 91/2000, FJ 7). Entre ellos se encontrarían pues, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el propio Derecho de la Unión Europea.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo esencial del derecho a la defensa que consagra el artículo 24 CE (STC 91/2000, FJ 13), por lo que constituye una vulneración indirecta de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el artículo 24.2 CE que se proyecta *ad extra*, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que en caso de delitos muy graves den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega

¹ Ver a este respecto los votos particulares que formulan el Presidente don Pedro Cruz Villalón a la Sentencia 91/2000, de 30 de marzo y el discrepante que formula don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhieren don Rafael de Mendizábal Allende y don Vicente Conde Martín de Hijas.

a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar su derecho a la defensa. En el proceso penal el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa frente a la acusación.

Esta doctrina que en principio se diseñó para las extradiciones es la que posteriormente se ha aplicado al procedimiento de ejecución de órdenes europeas de detención y entrega reguladas en la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega. Así ocurrió con la STC 177/2006, de 5 de junio, o la más reciente STC 199/2009, de 28 de septiembre.

Ahora bien, en aquel momento la Decisión Marco en su artículo 5 contemplaba la posibilidad de que la ejecución de una orden europea de detención y entrega dictada para cumplir una condena impuesta en rebeldía fuera supeditada *«con arreglo al derecho del estado miembro de ejecución, entre otras, a la condición de que la autoridad judicial emisora de garantías de que la persona que sea objeto de la orden de detención europea 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»*.

Sin embargo la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero, ha modificado la regulación de la orden de detención y entrega europea que contiene la Decisión Marco 2002/584/JAI, introduciendo un nuevo artículo 4 bis, apartado 1 que impide *«denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución»* si, *«teniendo conocimiento de la celebración previa del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio»*.

Si a ello le añadimos que el 1 de diciembre de 2009, entró en vigor la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) con el mismo valor jurídico que los Tratados, el Tribunal Constitucional justifica encontrarse ante un problema de interpretación cuya solución depende de otra institución por cuanto depende de la interpretación que se de al artículo 53 CDFUE.

El Ministerio Fiscal entendió que era innecesario plantear las cuestiones prejudiciales por parte del Tribunal Constitucional en relación con las dudas suscitadas respecto a la Decisión Marco de 2009, pues la misma no era aplicable en el momento de dictarse el Auto impugnado en este recurso de amparo. Pero, el Tribunal Constitucional entiende que lo que se dirime en este Auto no es si la Decisión Marco entró o no en vigor en el momento de dictarse el Auto en cuestión, sino si el Derecho de la Unión Europea opera como un instrumento que permite delimitar la parte del contenido de un derecho fundamental cuando despliega sus efectos *ad extra*, puesto que el Derecho de la Unión Europea ha de tenerse en cuenta a la hora de integrar

el canon de constitucionalidad. Esto es, lo que plantea el Tribunal Constitucional es si la Audiencia Nacional vulneró indirectamente la Constitución por el significado que el Derecho de la Unión da actualmente *ad extra* al contenido de un derecho fundamental.

IV. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

En el recurso de amparo, el Tribunal se enfrenta a un problema cuya solución depende, en gran parte, de la interpretación y de la validez del nuevo artículo 4 bis, apartado 1 de la Decisión Marco 2009/299/JAI, pues el demandante de amparo había estado representado en el proceso penal en el que fue condenado por dos Abogados de su confianza. Y el juicio sobre la interpretación y validez del Derecho de la Unión Europea corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La primera de las cuestiones que el Tribunal Constitucional plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea versa sobre la interpretación del citado artículo 4 bis de la Decisión Marco 2009/299/JAI. Tras exponer en el Auto de planteamiento las interpretaciones posibles del citado precepto, el Tribunal Constitucional le formula al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión: el artículo 4 bis, apartado 1 de la Decisión Marco 2009/299/JAI «¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de 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 se responda afirmativamente la primera, versa sobre la validez del citado artículo 4 bis, apartado 1 de la Decisión Marco 2009/299/JAI, a la luz de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a los derechos de defensa garantizados en los artículos 47 II y 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

«¿Es compatible, se pregunta en el Auto, dicho artículo 4 bis, apartado 1, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?».

La tercera cuestión, que, al igual que la anterior, sólo se plantea si se da una respuesta afirmativa a la segunda pregunta, no versa sobre el citado artículo 4 bis, apartado 1 de la Decisión Marco 2009/299/JAI, sino sobre el artículo 53 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prevé que «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por [...] las Constituciones de los Estados miembros».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se dice en el Auto de planteamiento, no se ha pronunciado todavía acerca del sentido de este precepto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que «*es verdaderamente capital de cara a la clarificación del alcance y la función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como de su articulación con respecto a las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones de los Estados miembros*». La pregunta se fórmula en los siguientes términos: «¿*permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos 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 de ese Estado miembro?*»

En definitiva, si se admite la validez del artículo 4 bis de la Decisión Marco 2009/299/JAI, un Estado miembro puede condicionar la entrega de un condenado en ausencia a que la condena sea sometida a revisión por exigirlo así un derecho fundamental: el derecho a un proceso con todas las garantías, en nuestro caso reconocido en la Constitución de ese Estado miembro.

El planteamiento de la cuestión supone la suspensión de la tramitación del recurso de amparo en la que se suscita hasta su resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

V. EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La doctrina de la primacía del Derecho de la Unión Europea, que se fue desarrollando ampliamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia², no siempre ha sido pacíficamente admitida por los Estados miembros, sobre

² Esta doctrina es conocida también como doctrina *Simmenthal* por la temprana sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Simmenthal* 106/77, de 9 de marzo de 1978, que ya afirmaba que todos los jueces, en la medida en que hayan de resolver casos concretos a los que resulte aplicable el Derecho de la Unión, están obligados a dejar de lado, por su propia autoridad, toda ley nacional que a su juicio contravenga lo dispuesto en el Derecho de la Unión. El proceso de interiorización de la doctrina *Simmenthal* ha introducido en Europa un llamativo dualismo: el control de constitucionalidad de las leyes nacionales que se sigue reservando a los tribunales constitucionales y el control de la comunitariedad o de la Unión de esas mismas leyes que se deposita en manos de los tribunales ordinarios, a los efectos de resolver los correspondientes pleitos, lo que ha llevado a la falsa creencia de que los tribunales constitucionales no son los encargados de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, sino que este es un problema de los tribunales ordinarios, que como regla general y de acuerdo con los Tratados [art. 19.3 b) TUE y art. 267 TFUE] son los que tienen la facultad, que no la obligación, de plantear cuestiones prejudiciales sobre los problemas planteados por el Derecho comunitario. Es decir son los órganos jurisdiccionales ordinarios los únicos que han de colaborar y cooperar con el Tribunal de Justicia para conseguir la integración de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en unos mínimos rasgos comunes que son los que poco a poco van incorporándose a las distintas normas comunitarias.

todo por parte de los tribunales constitucionales, que más bien defienden un principio dualista entre Derecho comunitario y derecho constitucional interno, lo que ha generado y genera muchos problemas.

Si bien la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno infraconstitucional está generalmente admitida por todos los tribunales, no ha ocurrido lo mismo con el derecho constitucional. Los tribunales constitucionales, no quieren reconocer la prioridad del Derecho de la Unión sobre el propio derecho constitucional, lo que, como comenta algún autor³ no debe sorprendernos, pues la función de los tribunales constitucionales es precisamente la de la garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución, supremacía, que por otro lado constituye el presupuesto de la existencia del control de constitucionalidad. Basándose en esta tarea se han resistido a asumir la de ser garantes del respeto del Derecho comunitario, lo que en opinión de otros autores, es incongruente con la necesidad de integrar todos los ordenamientos jurídicos europeos en unos mínimos rasgos comunes.⁴

Al partir estos tribunales constitucionales de la premisa de que el Derecho comunitario no es canon directo de constitucionalidad y de que su misión específica consiste en garantizar el respeto no de aquél, sino de la Constitución, es decir, de la consideración de las normas comunitarias como infraconstitucionales, se han negado al dialogo con el Tribunal de Justicia y a la posibilidad de ser considerados como órganos jurisdiccionales comunitarios a los efectos de dirigirse a este Tribunal de Luxemburgo a través de la activación de la cuestión prejudicial. E incluso han entendido que la primacía del Derecho comunitario tiene una serie de límites: el núcleo duro de la Constitución del Estado miembro de que se trate⁵.

Desde esta perspectiva, este continuo tira y afloja que se produce entre el Tribunal de Luxemburgo y los tribunales constitucionales ha supuesto, en el fondo un enriquecimiento de los distintos ordenamientos jurídicos en

³ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. «Tribunales Constitucionales y derecho comunitario. Hacia un nuevo orden internacional y europeo». Estudio homenaje al profesor don MANUEL DíEZ DE VELASCO, Ed. Tecnos Madrid, 1993.

⁴ Ver CARLOS VIDAL PRADO «Tribunales constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.» O también, «la compatibilidad del Tratado Constitucional europeo con la Constitución Española» Persona y Derecho 55, 2006.

⁵ El ejemplo más evidente de ello se encuentra en Alemania donde la primacía del Derecho comunitario tiene como límite las garantías de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, así como la distribución competencial que en ella se establece. Concretamente la sentencia de 30 de junio de 2009, del Tribunal constitucional alemán, sobre el Tratado de Lisboa, no sólo desaparece cualquier referencia al principio de cooperación entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional alemán, sino que además se hace una reserva competencial a favor del propio Tribunal Constitucional para poder realizar un control *ultra vires* de actos adoptados por las instituciones comunitarias en contradicción con el principio de atribución expresa de competencias, lo que entra en contradicción con los principios del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y supone arrogarse poderes de control jurisdiccional de legalidad de actos comunitarios cuya competencia recae en el Tribunal de Justicia. Esta sentencia plantea la duda (aunque no llega a negarlo) de si el Tribunal constitucional alemán puede presentar la cuestión prejudicial; Italia es otro país junto con Francia donde también se han establecido límites a la primacía del Derecho comunitario, en concreto, en los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de las personas. Ver El Tribunal Constitucional alemán y la Unión Europea «una relación entre soberanos y la solución de ambigüedades» de MATTHIAS HANTWIG, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra 27/28, de noviembre de 2008.

los que ambos tribunales son sus respectivos máximos intérpretes. Ha operado como un juego de pesos y contrapesos de los que ambos ordenamientos han terminado beneficiándose. El europeo con los derechos humanos y el sistema de competencias o la democratización interna progresiva. Pero también los Estados miembros ya que, al margen de su presencia indiscutible en el debate europeo, esta relación ha provocado nuevas regulaciones constitucionales, en cuanto a reformar la Constitución se refiere.⁶ No en vano la doctrina viene hablando de sendos procesos de europeización de las constituciones nacionales y de una constitucionalización de los Tratados constitutivos de la Unión en lo que se articula una interacción necesaria y enriquecedora entre los tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Incluso la nueva referencia expresa de los Tratados constitutivos al respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros debería verse como un guiño en este sentido⁷.

Ahora bien, este enriquecimiento jurídico mutuo entre ambos ordenamientos jurídicos, el nacional y el de la Unión se debe basar en un equilibrio respetuoso de las posiciones respectivas entre sus máximos intérpretes constitucionales. Se comprende por ello que existan dificultades para insertar armónicamente en el Derecho nacional un ordenamiento como el de la Unión, que aspira a preservar su principio de primacía como regla elemental para resolver los conflictos en el ámbito de las competencias que los Estados miembros le han atribuido voluntariamente. Equilibrio que no siempre se ha dado y que ha generado situaciones conflictivas y de tensión.

Esta tensión entre ambas dualidades ha aumentado, tras la aprobación del Tratado de Lisboa, al reconocerse en su artículo 6 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*», pues aun cuando el citado Tratado no sea más que la plasmación de muchas de las tesis que tanto el Tribunal de Justicia como los Estados miembros venían aplicando, el reconocimiento de estos preceptos como Derecho originario de la Unión y su carácter vinculante está llevando a que se den cada vez más problemas entre el Derecho comunitario y el derecho de los Estados miembros en materias constitucionales. Ello ha llevado a la doctrina a entender que es necesario y de vital importancia en la formación del Derecho constitucional europeo que se de ese diálogo entre los jueces constitucionales y comunitarios. Diálogo, que como ya he dicho, se articula en el espacio de la Unión Europea, a través de la cuestión prejudicial.

Así las cosas es necesario pues referirme a los problemas que esta dualidad de ordenamientos está con carácter general generando en la mayoría de

⁶ Como la modificación del artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn, tras su reforma por la Ley de reforma de 21 de diciembre de 1992 o la posterior modificación por la Ley de 28 de agosto de 2006. Igualmente con la adhesión al Tratado de Lisboa se ha añadido un nuevo apartado.

⁷ En este sentido se pronuncia JOSÉ MARTÍN y PÉREZ NANCLARES en su trabajo «*Órdo del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)*».

los Estados miembros. Y cual según la doctrina sería la forma más adecuada de resolverlo, así como los problemas que con esta forma de resolución se pueden encontrar los Estados miembros.

5.1. Primer problema

El primero de los problemas se refiere a las disposiciones de rango legal que por vulnerar el Derecho comunitario no podrían aplicarse y, que sin embargo siguen estando en vigor pues los jueces ordinarios no pueden declararlas inválidas, pero no existe mecanismo alguno para la eliminación *erga omnes* de esa ley contraria al Derecho comunitario. La mayor parte de los Estados miembros tienen asumido una especie de control difuso de conformidad de la ley con el Derecho comunitario por el juez del litigio concreto, pero no han resuelto el problema residual de la pervivencia de la ley infractora del Derecho comunitario. Ello genera una inseguridad jurídica que ha hecho aumentar no sólo los recursos ante el Tribunal de Justicia, en concreto las cuestiones prejudiciales, sino además confusión entre los ciudadanos de los Estados miembros.

La mayor parte de los países como Francia, Alemania o Italia lo han resuelto parcialmente mediante la interposición por el juez ordinario de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo cuando se den los requisitos establecidos para ello y de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional de su país, si la ley pudiera ser contraria a la constitución⁸. Sin embargo, este procedimiento genera muchos problemas sobre todo cuando la supuesta contradicción de una disposición de rango legislativo de desarrollo del Derecho comunitario entra en colisión con un precepto constitucional, pues podría llevar al resultado de una posible contradicción entre ambas jurisprudencias. En este sentido no puede un tribunal constitucional en su fallo dictar una declaración de inconstitucionalidad que elimine el cumplimiento del Derecho comunitario. De ahí que algún autor⁹ considere que la única solución en estos casos

⁸ Así en Francia, por medio de la Ley Orgánica núm. 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009, cuando el vicio en que pueda incurrir una Ley nacional sea doble, es decir cuando el juez nacional se encuentre con una ley que pueda ser contraria, al mismo tiempo, a la Constitución nacional y al Derecho de la Unión, los jueces ordinarios deben examinar con carácter prioritario la cuestión de si la ley nacional aplicable al caso es conforme con los derechos y libertades que la Constitución nacional garantiza elevando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Consejo Constitucional francés. Procedimiento éste que también se lleva a cabo en Italia a través de la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad, donde en sentencias como la *Frontini* (reiterada en la sentencia *Granital*) deja claro que si la hipótesis del conflicto se realiza, con el control de constitucionalidad no cabe afectar al Derecho comunitario, pero tampoco a la Constitución italiana, deberá dejarse de aplicar la ley de ejecución del Tratado. Para un estudio más profundo del Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales nacionales, ver: «*El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales*» GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y ALEJANDRO VALLE GÁLVEZ.

⁹ Ver «*El Tribunal constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*», MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

será una reforma de la Constitución o de los Tratados de la Unión. En mi opinión, la solución no debería ser tan compleja y quizá si los tribunales constitucionales abandonasen sus teorías de garantes últimos de la Constitución y colaborasen con el Tribunal de Justicia mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial el problema se resolvería.

Por otro lado la solución de que se interponga previamente la cuestión de inconstitucionalidad antes que la prejudicial ya ha tenido respuesta por parte del Tribunal de Justicia en la sentencia de los asuntos acumulados *Aziz Melki* (caso 188/2010) y *Sélim Abdeli* (caso 189/2010) de 22 de junio de 2010¹⁰, en la que admite esta posibilidad pero con matices, al decir que una legislación nacional que establece la mencionada prioridad sólo resulta conforme con el Derecho de la Unión si cumple determinadas condiciones, tales como que los jueces ordinarios puedan plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo; que puedan adoptar las medidas necesarias para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión y puedan dejar inaplicada, una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad, la ley nacional controvertida, si la consideran contraria al Derecho de la Unión y ello aunque el tribunal constitucional haya descartado la inconstitucionalidad de la Ley.

5.2. Segundo problema

No hay que olvidar el segundo problema que estas cuestiones suscitan pues, las sentencias prejudiciales vinculan con autoridad de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión. A ello hay que añadirle el recurso por incumplimiento establecido en los artículos 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permite declarar incurso en responsabilidad a un Estado miembro como consecuencia de que no se haya ejecutado una sentencia del Tribunal de Justicia o porque el Estado haya vulnerado cualquier obligación que le venga impuesta por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea considerado en su conjunto. En consecuencia tanto el incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial, como el incumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia constituyen causa suficiente para responsabilizar al Estado por incumplimiento de los Derechos de la Unión, imputable a un órgano jurisdiccional.

5.3. Tercer problema

A los problemas planteados se les ha unido otro desde que se aprobó el Tratado de Lisboa, por la nueva y especial responsabilidad que incumbe al

¹⁰ En relación con estos asuntos, ver VÍCTOR FERRERES COMELLA «“El problema del doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki.» Foro de Actualidad.

Tribunal de Luxemburgo en materia de derechos fundamentales, ya que al aprobarse la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el responsable de su correcta aplicación e interpretación es ahora el Tribunal de Luxemburgo.

El Tribunal de Justicia partió de una primera fase negativa, en el sentido de no admitir como argumento para anular una medida comunitaria el hecho de que la misma violara los derechos fundamentales tal y como estaban conformados en las Constituciones de los Estados miembros, incluso en la sentencia *Stauder* (caso 19/1969, de 12 de noviembre), aun no teniendo atribuida competencia alguna por los Tratados en materia de derechos fundamentales, llegó a afirmar que le competía proteger los derechos fundamentales de la persona, por estar comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario, y, en la sentencia posterior (caso 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre) afirmó que la afectación de los derechos fundamentales por un acto institucional de la Unión Europea no podía ser apreciado más que en el marco del propio Derecho comunitario. Sin embargo, estos argumentos le fueron rebatidos en la sentencia BGH de 22 de octubre de 1976, del Tribunal Constitucional alemán, quien afirmó la primacía de las Constituciones de los Estados miembros sobre el Derecho comunitario.¹¹ Esta decisión que pudo causar una seria brecha entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales hizo cambiar la doctrina del Tribunal de Justicia, pues ante la postura de los tribunales constitucionales, el Tribunal de Luxemburgo entendió que los tribunales constitucionales tenían derecho a mantener la primacía de la Constitución nacional sobre cualquier otra norma, fuere comunitaria o no, por lo que los principios generales del Derecho comunitario debieran ser aplicados de conformidad con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Ahora bien, tras las sentencias de los tribunales constitucionales lo que quiso poner de manifiesto no era su falta de legitimación para controlar estos derechos fundamentales sino que el derecho constitucional interno de cada uno de los Estados miembros no podía ser tomado aisladamente como parámetro de definición de la protección de determinados derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, sino que todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros y, especialmente, sus normas constitucionales, tenían que ser tomadas en consideración para definir el parámetro común de protección. Será ésta la línea jurisprudencial que ha venido practicando en sus distintas resoluciones judiciales, intentando mantener un equilibrio entre el respeto por parte de los Estados miembros al Derecho comunitario y advirtiendo así a las instituciones comunitarias que cualquier acción tomada por ellas debe ser lo más escrupulosa posible con los parámetros comunes de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales

¹¹ En el mismo sentido que la república Federal Alemana se han pronunciado otros Tribunales constitucionales europeos. El Tribunal Constitucional italiano en la sentencia de 5 de junio de 1984. Esta parece ser también la postura inicial de nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia de 14 de febrero de 1991.

«las normas comunitarias en cuestión no otorgan todas las garantías procesales para la protección del individuo que puede existir en algunos sistemas legales nacionales»¹².

Tras la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea la responsabilidad de los parámetros comunes de protección ha recaído con mayor fuerza sobre el Tribunal de Justicia, pues se dota a esta Carta del mismo valor jurídico que los Tratados. Se parte ahora de la premisa de que los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales deben interpretarse de conformidad con la Carta y la interpretación que de la misma haga el Tribunal de Luxemburgo. Ello ha supuesto que, salvo Alemania que sigue manteniendo la primacía de su Constitución en materia de derechos fundamentales, haya aumentado el número de tribunales constitucionales que acudan al Tribunal de Justicia planteando una cuestión prejudicial en aras a llegar a una interpretación uniforme de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea.¹³ Tal es el caso de España con el Auto que me ocupa.

Es pues claro que una gran parte de los problemas existentes en la aplicación del Derecho comunitario en la mayor parte de los Estados miembros desaparecerían, al menos en parte, si la comunicación entre el Tribunal de Luxemburgo y los tribunales constitucionales se diese con más fluidez a través del reenvío prejudicial.

5.4. Cuarto problema

Ahora bien, ni la propia Unión Europea, con sus nuevos Tratados ha dejado claro que los tribunales constitucionales puedan acudir al reenvío prejudicial pues, el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que sean los órganos jurisdiccionales los que puedan plantear una cuestión prejudicial. Es bien sabida la naturaleza especial, en razón de su función constitucional, de los tribunales constitucionales en

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso 49/88 *Al Jubail Fertilizer*.

¹³ Tal es el caso del Tribunal Constitucional austriaco, belga, italiano o portugués como se desprende de la sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2001 (caso 143/99) que se dicta como consecuencia de una cuestión prejudicial dirigida al TJ por parte del Tribunal Constitucional austriaco sobre la interpretación del artículo 92 TCE o la STJUE de 20 de mayo de 2003, en los asuntos acumulados (caso 465/00, caso 38/01 y caso 39/01) que tienen por objeto una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Destaca también la STJUE de 16 de julio de 1998 (caso 93/97) como decisión prejudicial interpuesta por la Corte de Arbitraje belga, posteriormente Corte Constitucional o la de 3 de mayo de 2007 (caso 303/05) cuyo fallo responde al reenvío prejudicial interpuesto por la Corte Constitucional belga; es también de destacar el auto de la Corte Constitucional italiana 103-2008 de 13 de febrero, resuelto por la STJUE de 17 de noviembre (caso 169/08). No puedo dejar de nombrar por su estrecha relación con el Auto que nos ocupa a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte Constitucional belga de 31 de julio de 2009, relativas a la orden de detención europea dictada para la ejecución de una condena impuesta por una resolución dictada en rebeldía sin que la persona condenada haya sido informada del lugar o la fecha de la vista y contra la que aun pueda interponerse recurso.

relación con todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales incluidos los de carácter supremo, que les sitúa en una posición netamente diferenciada. A este respecto es particularmente evidente que, a diferencia de los órganos del Poder Judicial, los tribunales constitucionales no pueden ser considerados, en principio, como órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del Derecho comunitario, aunque puedan desempeñar una importante labor de garantía en esta aplicación. En el sentido literal y formal del precepto no cabría pues entender que los tribunales constitucionales puedan plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha dicho y reiterado en todas sus resoluciones judiciales que corresponde a su exclusiva competencia dilucidar la legitimación del juez que plantea la cuestión prejudicial, por considerar que se trata de un asunto de Derecho comunitario y no de derecho nacional. En este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2006 (caso 96/04, asunto *Standesamt Stadt Nieüll*) declaró que para valorar si el órgano remitente tiene las características de un órgano judicial en el sentido del artículo 267 TFUE, cuestión que es únicamente de Derecho comunitario, el Tribunal tiene en cuenta un conjunto de elementos, como el origen legal del órgano, su carácter permanente, el carácter obligatorio de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria del procedimiento, el hecho de que el órgano aplique normas jurídicas y de que sea independiente¹⁴.

Parece pues indudable, que con esta interpretación tan laxa, los tribunales constitucionales deben ser calificados como órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento y, por consiguiente estarían también sometidos a la obligación de plantear la cuestión prejudicial si se diese ante ellos los presupuestos contemplados en el citado artículo.

5.5. Quinto problema

Resuelta la pregunta de si los tribunales constitucionales pueden plantear una cuestión prejudicial en sentido afirmativo, habría que concretar en que supuesto pueden hacerlo. Aunque en mi opinión debería ser posible en todos los casos en que exista una duda razonable de la constitucionalidad de una norma de desarrollo del Derecho comunitario, no es ésta la opinión mayoritaria de los propios tribunales constitucionales pues como ya he dicho, alguno como el Alemán no consideran que quepa el sometimiento de su Tribunal Constitucional a planteamiento prejudicial alguno. Otros sin embargo, como el italiano han cambiado de opinión y tras la reforma de su

¹⁴ Véanse, en particular, las sentencias de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrija y otros*, C-110/98 a C-147/98; de 14 de junio de 2001, *Salzmann*, C-178/99, y de 15 de enero de 2002, *Lutz y otros*, C-182/00. Es también muy interesante MANUEL CIENFUEGOS MATEO ¿Pueden las jurisdicciones internacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia? De nuevo sobre la noción comunitaria de jurisdicción de un estado miembro. REDE n.º 41, enero/marzo-2012.

Norma Fundamental el 30 de mayo de 2003, incluyendo un artículo 117.1 con el siguiente contenido: «*la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones dentro del respeto a la Constitución, así como a los vínculos derivados del ordenamiento comunitario*», permite afirmar que el Derecho de la Unión es un parámetro de constitucionalidad y por ello deja de ser un problema infraconstitucional para pasar a ser constitucional por lo que la Corte Constitucional italiana podrá como el resto de los tribunales ordinarios plantear una cuestión prejudicial y, si bien ya lo hecho, habrá que esperar a que lo haga respecto a todo aquello que pueda ser constitucionalmente conflictivo y no sólo en relación con determinadas materias.

Por su parte algún autor¹⁵ entiende que hay que diferenciar entre la parte orgánica y la dogmática de la Constituciones, pues tras la aprobación del Tratado de Lisboa donde la Unión reconoce los derechos libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados, los derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados miembros deberían interpretarse de conformidad con esta Carta y con la interpretación que de los mismos haga el Tribunal de Luxemburgo. Ello supone que, en caso de duda o controversia entre el entendimiento de un derecho fundamental por parte de un tribunal constitucional y el Derecho comunitario, estos tribunales constitucionales deberían acudir al TJUE para que a través de la cuestión prejudicial resuelva el conflicto. Por lo que hace referencia a la parte orgánica es más difícil que los tribunales constitucionales acudan a una cuestión prejudicial, pero cabe concebir una reinterpretación de las Constituciones que les permita el planteamiento de una cuestión prejudicial, como en el caso de Italia con la reforma de su Constitución en el sentido expuesto.

VI. EL JUEZ CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

En España el Tribunal Constitucional frente a la actitud de los tribunales constitucionales alemán o italiano no tiene muy en cuenta el Derecho comunitario para la resolución de los conflictos jurídicos que se le presentan, a diferencia de lo que le ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que sí cita con frecuencia en sus decisiones. Nuestro alto Tribunal ha entendido que primacía del Derecho comunitario no significa supremacía. En este sentido en la Declaración 1/1992, de 1 de julio, y en la posterior 1/2004, de 13 de diciembre, dicen que el artículo 93 CE es el cauce previsto para transferir o atribuir a las organizaciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma, y por

¹⁵ En este sentido se pronuncia PEDRO TENORIO SÁNCHEZ «*El Tribunal constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*», Diario la Ley, núm. 7520, Sección Tribuna, año XXXI, Ref. D-366, Ed. La Ley.

ello el cauce adecuado de la adhesión de España a la Unión Europea ya sus distintos Tratados. Añadiendo a continuación que la cesión de competencias impone unos límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho establecido en la Constitución nacional. Por lo que la cesión de competencias se hace con unos límites materiales implícitos en nuestra Constitución: respeto de la soberanía del Estado, de las estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la CE. Nuestro Tribunal Constitucional ha llegado incluso a sostener que la colisión entre el Derecho de la Unión y el derecho constitucional no puede darse, ya que el propio Tratado de la Unión Europea descarta la posibilidad de esa colisión con el núcleo duro constitucional de los Estados miembros al asumir en su artículo 2 que estos valores son comunes a los Estados miembros y en su artículo 5.2 que La Unión respetará la identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, lo que también afecta a la autonomía local y regional y al respeto de las funciones esenciales del Estado. La eficacia y primacía del Derecho de la Unión es un problema de aplicación del Derecho por los jueces y magistrados y no un problema de constitucionalidad¹⁶. Nuestro Tribunal Constitucional llega incluso a afirmar en la sentencia 28/1991 de 14 de febrero, que una eventual infracción de las normas comunitarias por una disposición española no entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado artículo 93 CE, pues quienes deberían aplicar el Derecho comunitario al caso concreto son los tribunales ordinarios y en el ámbito de su labor, no puede intervenir el Tribunal Constitucional a través de una hipotética cuestión de inconstitucionalidad pues, tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho de la Unión, la primacía de éste exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho.

Sin embargo, y a pesar de esta postura tan radical, el Supremo intérprete de la Constitución es consciente de la posibilidad de que en el seno de la Unión su dinámica de acción permita a las instituciones europeas dictar Derecho comunitario que llegue a resultar inconciliable con la Constitución, y por ello en esta misma sentencia afirma que *«En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea*

¹⁶ Así en la sentencia 41/2002 de 25 de febrero, dice el Tribunal Constitucional que *«la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del Ordenamiento comunitario, y, en su caso al TJ a través del recurso por incumplimiento... La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales, es, así pues, una cuestión de carácter infra constitucional, y por ello excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales.»* Ver JOSÉ M.^º BAÑO LEÓN «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004) RDCE, n.º 18, mayo-agosto 2004.

fuera remediado 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 suscitara, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes».

Este planteamiento jurisprudencial ha sido interpretado por la doctrina de manera negativa, pues el Tribunal Constitucional da a entender que el Derecho comunitario es un puro problema de legalidad ajeno al propio Tribunal y cuyo control compete exclusivamente a los tribunales ordinarios de acuerdo con el artículo 117.3 CE y, en todo caso al Tribunal de Justicia, pero no al Tribunal Constitucional. Como puede verse el Tribunal Constitucional se esfuerza por distanciarse de la argumentación que si admiten otros tribunales constitucionales como el alemán o el italiano respecto a que pueden existir conflictos entre el Derecho comunitario y el derecho interno que pueden afectar al ámbito constitucional, es decir los Tribunales constitucionales alemán, italiano o francés consideran posible que normas comunitarias sean supuestamente contrarias a la Constitución, lo que les obliga a intervenir y resolver (admitiendo a trámite muchos de estos recursos de sus tribunales ordinarios), aunque luego no sometan esta cuestión al Tribunal de Luxemburgo.

Si bien es cierto que no todas las normas comunitarias adquieren rango constitucional por el hecho de que su puerta de entrada en el ordenamiento sea el artículo 93 CE, no está tan claro que la contradicción entre una norma interna y otra comunitaria no afecte a dicha habilitación constitucional. El Tribunal Constitucional español, como los tribunales constitucionales de los países de nuestro entorno, debería plantearse la posibilidad de admitir su competencia para remediar estos supuestos.

El Tribunal Constitucional entiende que cuando el juez estima, razonadamente que no alberga dudas sobre la interpretación que ha de darse a la norma comunitaria, ni sobre su falta de aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio, no es necesario que plantee la cuestión prejudicial, máxime si el caso ha sido ya objeto de otras cuestiones prejudiciales similares. Ahora bien, es obligatorio que lo plantee en los demás supuestos, hasta el punto de que en la sentencia 58/2004, de 19 de abril, llega incluso a afirmar la obligatoriedad de plantear la cuestión prejudicial por parte de los tribunales ordinarios cuando el juez que este conociendo del caso concreto aprecie la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario, pues *«está, de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho de la Unión donde hasta ese momento no existía, en consecuencia, dado que existe esa contradicción, debe plantear la cuestión prejudicial»*. Lo que vuelve a reiterar en la sentencia 194/2006, de 19 de junio, donde estimó el recurso de amparo interpuesto por la inexistencia de un título que justificara la inaplicación de la ley y afirmó que el juez ordinario no se ajustó al sistema legalmente previsto para el control de las leyes, pues dejó de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el ordenamiento jurídico arbitra para el control de su acomodación a la Constitución o al Derecho de la

Unión. Sin embargo, en esta sentencia, a diferencia de la del 2004, el Tribunal Constitucional se limitó a sancionar la inaplicación de la ley sin título habilitador para ello por parte del órgano judicial y no concretó porqué la inaplicación de la Ley no era conforme a Derecho. En esta misma línea en la sentencia 78/2010, de 20 de octubre, el Tribunal Constitucional declara de manera muy tajante que cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial están sujetas a regímenes distintos y se ajustan a exigencias distintas: un problema de inconstitucionalidad jamás lo resolverá una cuestión prejudicial, esto quiere decir que sólo se planteará la cuestión prejudicial cuando la resolución del problema por el órgano judicial permita la resolución del proceso principal. En su defecto, lo que hay detrás es un problema de inconstitucionalidad¹⁷.

La jurisprudencia constitucional declara que, en principio, la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio, por el artículo 117.3 CE y que ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24 CE cuando el juez o tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho de la Unión. En consecuencia, la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del artículo 267 TFUE, al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del artículo 163 CE no implica per se la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 CE. Ahora bien, como dice algún autor¹⁸, esa falta de planteamiento puede suponer la lesión del artículo 24 CE si es un supuesto vinculado a la inaplicación de un acto de la Unión Europea sin interponer cuestión prejudicial de validez, en cuyo caso no se ha de exigir más que la inaplicación de la norma comunitaria por contradicción con el derecho originario, o bien la inaplicación de una ley nacional sin interponer la cuestión prejudicial de interpretación, supuesto en el que se exigirá, además de la inaplicación de la Ley, la existencia de una duda objetiva y clara, no admitida por el órgano judicial. En ambos casos el derecho vulnerado será el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, en la medida en que la parte se haya encontrado con una alteración del sistema de fuentes que no era previsible y ante la que no se pudo defender, de manera que la cuestión prejudicial se erige como el derecho de defensa de la parte ante la preterición del sistema de fuentes por el órgano judicial.

El Tribunal Constitucional está dispuesto a ejercer un cierto control sobre la aplicación que los órganos judiciales hacen del Derecho de la Unión y revisar la justificación del juicio de compatibilidad que el tribunal ordinario aprecia para no plantear cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de justicia. Ahora bien, nada dice respecto de la Ley que sigue en vigor y no se puede aplicar por no ser conforme al Derecho comunitario.

¹⁷ Sobre el artículo 24 CE y la cuestión prejudicial ver «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española». CRISTINA IZQUIERDO SANS, Revista@iustel.com, Revista General de Derecho Europeo núm. 23, marzo 2011.

¹⁸ IZQUIERDO SANS, op. cit.

En España, al igual que en los países de nuestro entorno, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sólo permite al juez nacional plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando la norma de desarrollo comunitario es contraria a la Constitución. En estos casos, el juez ordinario además de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, a diferencia de la cuestión prejudicial, dicha facultad, para decidir sobre la necesidad o no del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, es una facultad discrecional.¹⁹ Es decir, el juez nacional puede hacer un juicio positivo de constitucionalidad, entendiendo que la norma contraria al Derecho de la Unión Europea es conforme a la Constitución pero, no puede, si la norma cuestionada es postconstitucional, hacer un juicio negativo de la misma, es decir considerarla inconstitucional e inaplicarla sin más trámites. Sólo si considera que la norma puede ser contraria a la Constitución deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, si la norma fuese preconstitucional, si podría enjuiciarla e inaplicarla por considerarla inconstitucional, o de así decidirlo plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido en la Sentencia 78/2010 de 20 de octubre, el Tribunal Constitucional distingue así la obligación que tiene el juez nacional de plantear la cuestión prejudicial en los términos establecidos en los Tratados de la Unión y la discrecionalidad de la que goza en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que sin embargo, sigue sin resolver los dos problemas: el que el Tribunal de Justicia considere que la ley española es contraria al Derecho comunitario y que por tanto no pueda aplicarse al caso concreto objeto de la cuestión prejudicial, aunque siga en vigor, y el posible conflicto entre lo dicho en la cuestión prejudicial por el Tribunal de Justicia y la resolución dictada por el Tribunal Constitucional al resolver la cuestión de inconstitucionalidad, pues como a reiterado el Tribunal de Luxemburgo, el Derecho de la Unión no puede dejar de aplicarse aun cuando sea contrario a las normas constitucionales, ya que su incumplimiento da lugar a la apertura del procedimiento de responsabilidad por incumplimiento²⁰. La única solución vendrá cuando el Tribunal Constitucional asuma que la aplicación del Derecho comunitario,

¹⁹ El problema del doble vicio, en España no tendría el mismo impacto que en Francia, pues el ordenamiento jurídico español no contiene una norma como la francesa que explícitamente ordena al juez dar prioridad a la cuestión de inconstitucionalidad. En ausencia de una regla explícita en tal sentido, por el artículo 117 CE se da prioridad de examen al Derecho comunitario, planteando la cuestión prejudicial y si el Tribunal de Luxemburgo desplaza a la ley nacional por chocar con la normativa europea, evidentemente para el fallo de la sentencia que el juez debe dictar deviene irrelevante la cuestión de inconstitucionalidad. Muchos son los casos en España en que los órganos judiciales han dado prioridad a la cuestión prejudicial, tales como la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona por Auto de 15 de septiembre de 2009 o la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo como motivo del recurso 104/2004, planteado por la Unión de Televisiones comerciales Asociadas, aunque en este caso, tras resolverse las dudas por el Tribunal de Justicia el Tribunal Supremo planteó ante el Tribunal constitucional, por Auto de 9 de diciembre de 2009, una cuestión de inconstitucionalidad.

²⁰ RICARDO ALONSO GARCÍA en el libro *«sistema jurídico de la Unión Europea»* Ed. Civitas de 2007 y en su escrito *«Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva: A propósito de las sentencias del Tribunal*

su interpretación e integración en el derecho español no sólo compete a los tribunales ordinarios sino también a su propia jurisdicción.

Solución a la que nos vamos acercando por el planteamiento por el Tribunal Constitucional de estas cuestiones prejudiciales. La decisión del Tribunal Constitucional de solicitar, mediante este Auto, al Tribunal de Justicia un pronunciamiento prejudicial no sólo ha resuelto muchas de las dudas que se suscitaban, sino que ha contribuido a reforzar su legitimidad institucional.

Se ha puesto fin a la controversia doctrinal basada en la indiscutible jurisprudencia anterior de que el Tribunal Constitucional no quedaba incluido en la noción de órgano judicial conforme a los criterios del Tribunal de Luxemburgo, en cuanto a que no forma parte del poder judicial. Hay que recordar que, además de los órganos jurisdiccionales que integran el Poder judicial y que son jurisdicciones desde la perspectiva del artículo 267 TFUE, que de hecho su inmensa mayoría ha planteado una cuestión prejudicial, el Tribunal de Luxemburgo también ha considerado con esta naturaleza al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia,²¹ ya los Tribunales Económicos Administrativos.²² Con la admisión del Auto 86/2011 de 9 de junio, que estoy comentando, el Tribunal de Justicia admite como órgano judicial también a nuestro Tribunal Constitucional.

Por otro lado, respecto a las materias que pueden ser objeto de la cuestión prejudicial, ninguna duda cabe respecto a la parte dogmática, en concreto en materia de derechos fundamentales cuando se esté aplicando el Derecho comunitario. En efecto en relación con los derechos, debe traerse a colación lo dispuesto por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, que autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa y el artículo 6 del Tratado de Lisboa. Parece pues claro que si los derechos fundamentales de nuestra Constitución deben interpretarse de conformidad con la Carta Europea de Derechos y la interpretación que de la misma haga el Tribunal de Justicia, será verosímil pensar que antes o después pueda plantearse algún conflicto entre la interpretación que de los mismos haga el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Luxemburgo. De hecho éste es el argumento seguido por el Tribunal en el Auto de referencia y la razón por la que haya ha planteado tres cuestiones prejudiciales.

Es más El Tribunal Constitucional, en este Auto no considera que haya roto con su jurisprudencia anterior sino más bien la confirma al entender que en las sentencias anteriores al no referirse a un caso como el presente,

Constitucional 58/2004, 194/2006 y 78/2010» WPIDER núm. 4 (2011) nos explica con más detalles todos estos problemas.

²¹ STJ de 16 de julio de 1992 en el asunto Asociación Española de Banca Privada (caso 67/90).

²² STJ de 1 de marzo de 1993, en el asunto *Divesinte e Iberlacta* (casos 260 y 261/91). A pesar de la concluyente jurisprudencia comunitaria, la sentencia de 25 de noviembre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional niega el carácter al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Asturias, como también alguna parte de la doctrina. Para más información sobre esta cuestión ver «¿Pueden las jurisdicciones internacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia? De nuevo sobre la noción comunitaria de jurisdicción de un estado miembro». MANUEL CIENFUEGOS MATEO, REDE núm. 41 enero-marzo 2012.

pues no estaba en vigor el Tratado de Lisboa, no constituían un problema constitucional. En este caso los problemas relativos al principio de primacía del Derecho comunitario, al plantearse en relación con la tutela de los derechos fundamentales, han de dar lugar necesariamente a la activación de los mecanismos a los que se refiere la Declaración 1/2004, que, en supuestos en los que esté afectado el núcleo del orden de valores constitucionalmente protegidos, el diálogo judicial no sólo se ha de articular a través del mecanismo formalizado que representa la cuestión prejudicial ante los tribunales ordinarios, sino también, por el propio Tribunal Constitucional mediante el acompasamiento de la interpretación constitucional a la evolución de la doctrina emanada por el Tribunal de Justicia, es decir mediante la activación de un dialogo entre ambos tribunales que será a través de la cuestión prejudicial.

El Tribunal Constitucional entiende que será necesario plantear la cuestión prejudicial, pues así lo ha hecho en el Auto objeto de análisis. Ahora bien, en este Auto deja claro que *«los poderes públicos españoles se hayan vinculados de modo incondicionado ad intra por los derechos fundamentales, tal y como están consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de estos derechos fundamentales cuando se proyectan ad extra es más reducido: no son todas y cada una de las garantías anudadas..., sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales... determinando en su caso la inconstitucionalidad indirecta de la actuación de la jurisdicción española que es la que propiamente constituye el objeto de nuestro control»*. Es decir el Alto Tribunal entiende que él no es el competente para resolver las dudas que se le susciten en la interpretación de los derechos fundamentales cuando sus efectos hayan de producirse fuera del país o ad extra, como consecuencia de la aplicación de una norma comunitaria, siempre y cuando se respete un mínimo esencial. Mínimo cuya lesión determina una vulneración indirecta y que es necesario recoger a partir del contenido constitucionalmente protegido por ese derecho y en la medida en que sea inherente a la dignidad de la persona que de acuerdo con el artículo 10.1 CE constituye el fundamento del orden político y de la paz social. En este proceso reviste de especial importancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, a los que remite el artículo 10.2 CE cómo *«cualificado criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales que los reconocen»*. Es decir nuestro Tribunal Constitucional hasta la fecha sólo considera que debe haber dialogo entre el Tribunal de Luxemburgo y él cuando en materia de derechos fundamentales tengan una proyección exterior. Falta por ver si en un futuro el Tribunal Constitucional, como dice el voto particular del Magistrado Pérez Tremps en el citado Auto, abandona estériles disputas de jerarquías jurisdiccionales para integrarse en un mucho más fructífero dialogo de instancias jurisdiccionales de la Unión Europea²³. Lo aconsejable sería que este Supremo intérprete de

²³ En opinión de JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ las cuestiones prejudiciales suscitadas carecen de relevancia pero la oposición a las mismas es por distintos motivos que los del Magistrado. Ver «Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el Auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea» laleydigital.es, 5/7/2012.

la Constitución dialogue con el Tribunal de Luxemburgo para que se refuerce la legitimación de las decisiones del propio Tribunal Constitucional pues se incrementaría el nivel de legitimación del sistema y no sólo del Tribunal de Justicia. Una mayor comunicación e intercambio de argumentos permite obtener mejores resultados, menos conflictos en el ejercicio de las funciones de interpretación y creación del Derecho, así como generar mayor seguridad jurídica en los ciudadanos.

VII. LA JUSTIFICACIÓN DEL REENVÍO PREJUDICIAL POR LA APROBACIÓN DE LA NUEVA DECISIÓN MARCO

El reenvío se ha considerado necesario por el Tribunal Constitucional para determinar el alcance y el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías a que se refiere el artículo 24 CE, capaz de dar lugar a una vulneración indirecta y con ello integrar el canon de control de constitucionalidad aplicable al Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008. La preocupación del Tribunal arranca por la tesis sostenida por la mayoría del Tribunal sobre la vulneración indirecta de los derechos fundamentales, en concreto el de la tutela judicial sin indefensión, en la que incurrirían las autoridades nacionales si accedieran a la extradición sin cumplimiento de las garantías procesales observadas por el requirente durante el proceso²⁴.

En efecto el Tribunal Constitucional consolidó una doctrina con ocasión de la sentencia 91/2000 de 30 de marzo, donde en la *ratio decidendi* otorgó el amparo a miembros convictos de diversas encarnaciones de la mafia, autores de graves delitos y denegó su extradición a Italia por entender que constituía una vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el artículo 24.2 CE al menoscabar el contenido esencial del proceso justo, de un modo que afecta a la dignidad humana, acceder a la extradición a países que en casos de delitos muy graves den validez a las condenas en ausencia y sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa. En posteriores Resoluciones, tales como las sentencias 177/2006 y 199/2009, resolverá siempre en este sentido²⁵.

En Europa, por otro lado y primordialmente desde los atentados del 11 de septiembre, el compromiso de cooperación judicial en materia penal y

²⁴ Ver a este respecto LUIS ARROYO JIMÉNEZ «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias». WP IDEIR, n.º 8 (2011), Cátedra Jean Monnet. Prof. Ricardo Alonso García.

²⁵ En relación con este tema ver FERNANDO REY MARTÍNEZ, «El Problema Constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes». UNED, Teoría y Realidad Constitucional, n.º 5, 2000. Ver también, MARÍA CEDEÑO HERNÁN «Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 199/2009, de 28 de septiembre» RGDE (20) 2010.

posteriormente las Euro órdenes de extradición han eliminado los requisitos tradicionales de la doble incriminación y la imposibilidad de extraditar nacionales a través de Decisiones Marco. Decisiones que desde su entrada en vigor han suscitado enormes problemas y son fuente inagotable de conflictos, resueltos por las más altas instancias jurisdiccionales incluido el Tribunal de Justicia, sin que ello, ni las reformas constitucionales provocadas en algún caso por el impacto de las Órdenes den la impresión de haber asentado los contornos de esta forma de cooperación comunitaria.

Es más, en España ya la sentencia 91/2000 tuvo varios votos particulares como el del Presidente del Tribunal Pedro Cruz Villalón que objetó que esa novedosa categoría del contenido absoluto del derecho fundamental a la defensa, con proyección necesaria *ad extra*, sobre la base de la idea de la vulneración indirecta pudiera alcanzar tal magnitud, era un alcance desentendido del marco jurídico de referencia y de las pautas de comportamiento del estado requirente, máxime tratándose de Estados integrados desde hace medio siglo en una misma comunidad de derechos y libertades. Otro voto particular de otros tres magistrados en torno al firmado por Manuel Jiménez de Parga objetaba el argumento de la dignidad de la persona dudosamente compatible con la jerarquía de incidencias sobre la dignidad según el tipo, más o menos grave del delito objeto de juicio. Y por otra parte mostraron su desacuerdo con la lectura que de los Textos del Tribunal Europeo de Derechos humanos realizaba la mayoría, a resultas de las cuales la defensa técnica mediante letrado no vendría a ser más que un apéndice o complemento de la autodefensa del acusado.

Las rebeliones contra las órdenes europeas de extradición, en cuya cadena se incluye el Tribunal Constitucional español, acreditan la debilidad del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, aunque algún Tribunal como el nuestro se apoya en este artículo y en la Carta de Derechos Fundamentales para entender que han cambiado las circunstancias anteriores, reaccionar y al menos cuestionarse su doctrina anterior, dando como dice el Considerando 10 de la Decisión Marco *un grado de confianza elevado entre los Estados miembros*²⁶.

El Tribunal constitucional en este Auto parte de que el derecho aun proceso con todas las garantías debe ser interpretado, teniendo en cuenta, entre otras, las normas del Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como las que regulan la Orden europea de protección y entrega. De ahí deriva según el Tribunal Constitucional la trascendencia constitucional de la interpretación que haya de darse a esas disposiciones de la Unión Europea, a diferencia de lo resuelto en otras sentencias como la 28/1991 de 14 de febrero, 265/1994 de 3 de octubre.

Ello supone que el artículo 24.2 CE debe actualmente interpretarse conforme al nuevo material normativo: por un lado la Decisión Marco

²⁶ Respecto del cambio de criterio del Tribunal constitucional ver «Rectificar preguntando. El Tribunal constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)», MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, REDE núm. 41 enero-marzo-2012.

2009/299/JAI del Consejo que ha modificado la regulación de la Orden de detención y entrega europea que contenía la anterior Decisión Marco 2002/584/JAI con la finalidad de armonizar la regulación de los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de los juicios celebrados sin la comparecencia del imputado; y de otro lado, debido a que el 1 de diciembre de 2009, entró en vigor, con el mismo valor jurídico que los Tratados, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional justifica de este modo encontrarse ante un problema cuya solución depende de la interpretación y de la validez de las disposiciones relevantes de la Decisión Marco y del artículo 53 de la Carta, así como de las consecuencias que se deriven de esta disposición. Es decir lo que se plantea en estas cuestiones prejudiciales no es si se ha vulnerado el Derecho de la Unión por parte de la Audiencia Nacional, sino si la misma vulneró la Constitución. El canon de control de constitucionalidad es, por tanto, el artículo 24.2 CE.

Así el Tribunal Constitucional en la primera cuestión prejudicial lo que plantea son dos dudas interpretativas en relación con el alcance de la obligación impuesta por el artículo 4 bis de la Decisión Marco. En el sentido de que lo que acaso pudiera interpretarse es que en un supuesto como el descrito se deniegue la ejecución de la Orden, pero no necesariamente su condicionamiento, que es precisamente la exigencia que se deriva de nuestra doctrina constitucional del derecho del artículo 24.2 CE, puesto que el tenor literal del precepto excluye, la denegación de la Orden, pero no su ejecución condicionada. Luego plantea la duda de si no podría alcanzarse una interpretación sistemática del artículo 4 bis, en relación con el 1.3 de la propia Decisión Marco en cuya virtud la obligación que recae sobre los Estados miembros consiste en ejecutar toda Orden de detención europea sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la Decisión Marco, que no podrá, sin embargo, «*tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea*». En relación con este segundo interrogante es conveniente realizar dos precisiones. Por un lado, el Tribunal parece ser plenamente consciente de que una interpretación tal supondría el reconocimiento de una importante excepción al alcance de la obligación de reconocimiento mutuo consagrado en el artículo 1 de la Decisión Marco, tal y como se deduce del hecho de que recoja la afirmación del Abogado General Cruz Villalón en el sentido de que: «*la interpretación que ha de hacerse del tenor y de los fines de la Decisión Marco debe tomar en consideración todos los objetivos que persigue el texto. Si bien es verdad que el reconocimiento mutuo es un instrumento que fortalece el espacio de seguridad, libertad y justicia, no es menos cierto que la protección de los derechos y libertades fundamentales constituye un prius que legitima la existencia y el desarrollo de dicho espacio. La Decisión Marco así lo expresa reiteradamente en sus considerandos 10, 12, 13 y 14, así como en su artículo 1, apartado 3*».

Por otro lado el Tribunal Constitucional lo que sugiere es que en vez de cuestionarse la validez del artículo 4 bis de la Decisión Marco en los

términos de la segunda cuestión prejudicial, se someta el citado artículo a las excepciones que regula el artículo 1.3 de la Decisión de habilitar a los estados miembros para inaplicar la obligación de ejecución por razón de la necesidad de proteger los derechos fundamentales.

Si se responde afirmativamente a la primera cuestión prejudicial, la segunda que se plantea es no la interpretación de las disposiciones de la Decisión Marco sino la validez de las mismas a la luz de las disposiciones de la Carta. Para ello el Tribunal Constitucional expone con precisión la propia interpretación del contenido del derecho fundamental del artículo 24 CE, proporcionando así al Tribunal de Justicia una imagen del nivel de protección que tienen en España, para a continuación exponer las dudas que le surgen respecto a ese nivel de protección en el seno de la Unión Europea, en concreto de los artículos 47. II y 48.2 de la Carta. Razón por la cual el Tribunal Constitucional trae a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el asunto *Sejdovic c. Italia* de 1 de marzo de 2006. A la vista de este contenido jurisprudencial y del artículo 52.3 de la Carta se pregunta si cabe en el Derecho de la Unión el derecho a la defensa y, en especial, el derecho a estar presente y a participar en la vista penal, limitando los supuestos en los que se requiere un nuevo pronunciamiento.

La tercera y última cuestión prejudicial también se plantea con carácter subsidiario y para el caso de que la segunda se responda afirmativamente, se trata de que se permita por vía del artículo 53 interpretado sistemáticamente con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor grado de protección que el que deriva del Derecho de la Unión, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de un Estado miembro. El Tribunal Constitucional entiende que la Carta debe ser entendida como una garantía de mínimos y que la ratificación por España del Tratado de Lisboa y de la propia Carta se entendió conforme a la Constitución porque el propio Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que sea parte la Unión o todos los Estados miembros y, en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, así como las constituciones de los Estados miembros.

VIII. CONCLUSIONES

Con el planteamiento de tres cuestiones prejudiciales el Tribunal Constitucional reconoce, por primera vez, que la aplicación del Derecho co-

munitario deja de ser una mera cuestión de legalidad para poder ser una cuestión de evidente carácter constitucional. Ahora bien, sigue sin reconocer este Alto Tribunal que el Derecho comunitario sea una cuestión de carácter constitucional y siguiendo su doctrina anterior entiende que la cuestión objeto del recurso por la aplicación del Derecho de la Unión Europea como puede afectar al núcleo indisponible constitucional, hace necesario su intervención. Es decir, el Tribunal, planteando estas cuestiones prejudiciales parece entre otras cosas que pretende hacer una apreciación rigurosa, en el sentido de no admitir modulación alguna, de la razonable pretensión de uniformidad del Derecho de la Unión Europea en aquello que afecta al núcleo indisponible de la Constitución. Pero, la realidad lo desmiente pues en el propio Auto llega a preguntarse si acaso pudiera tener alguna relevancia el hecho de encontrarse ante un conflicto entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental y algún otro principio general del Derecho de la Unión reconocido fuera de la Carta de Derechos Humanos, igual o más importante en cuanto a su aplicación pues, supone colocarlo al mismo nivel que el contenido esencial de la Constitución, hasta el punto de que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia puede llevar a modular la doctrina que el Tribunal Constitucional. Lo que según el Voto Particular del magistrado Pérez Tremps puede afectar al contenido absoluto de los derechos fundamentales, generando una ruptura con su jurisprudencia anterior.

Por otro lado con este Auto el Tribunal Constitucional ya no puede mantener que el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJ no es un problema constitucional, pues en esta resolución acudiendo a la doctrina de las vulneraciones indirectas conduce a que las dudas y significado y la validez de las disposiciones de Derecho europeo adquieran una relevancia constitucional mediata, en cuanto contribuyan a delimitar el alcance de un derecho fundamental reconocido en la CE.

A primera vista podría parecer que el Tribunal Constitucional viene a asumir con este Auto el planteamiento hecho por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia de 2 de agosto de 2010, en la que se afirma que, antes de declarar *ultra vires* un acto o disposición de Derecho de la Unión, planteará una cuestión al Tribunal de Justicia en caso de que aquel no se hubiera pronunciado aún acerca de su validez o significado.

Sin embargo, no parece que nos encontremos en un escenario semejante. Antes al contrario con el planteamiento de estas cuestiones prejudiciales se puede afirmar que a diferencia de lo que hizo en la sentencia 199/2009 de 28 septiembre, (en la que optó por remitir el potencial conflicto a los tribunales ordinarios), el Tribunal Constitucional pretende el diálogo entre el ordenamiento de la Unión Europea y el de los Estados miembros, diálogo judicial que opera como fuente de legitimación de las decisiones adoptadas por las jurisdicciones que operan en un marco de pluralismo jurídico. Es decir el Tribunal Constitucional acude al reenvío como fruto de su voluntad de cooperación leal con la UE y de su apertura al reconocimiento no sólo de un espacio propio de la jurisdicción del TJ, sino también

de que la interpretación de los Derechos fundamentales en la UE, y por tanto también en España es una tarea compartida.

Resta por ver si en el futuro el Tribunal Constitucional circunscribirá este planteamiento a los casos en los que los derechos fundamentales generan efectos *ad extra*, o si terminará extendiendo con carácter general la decisión de promover cuestiones prejudiciales de interpretación de las disposiciones de la Carta sobre las cuales el TJ no se haya pronunciado todavía y en las que su interpretación del Derecho de la Unión pueda generar efectos en el Derecho interno, ya sea en virtud del artículo 10.2 CE o en los términos del artículo 93 CE.

La postura mantenida por estos Tribunales ha sido la de mantener un dialogo judicial para reducir el potencial de conflictos que surge en un contexto de pluralismo constitucional al servir como elemento de integración de la pretensión de imposición que despliegan tanto el derecho interno como el Derecho de la Unión Europea, toda vez que ambos descansen en su propia norma fundamental o regla de reconocimiento. Este dialogo debe darse entre los tribunales nacionales.

Con el planteamiento de tres cuestiones prejudiciales el Tribunal Constitucional como dice Balaguer²⁷ se ve avocado a considerar el problema de la primacía del Derecho de la Unión Europea como un problema constitucional, puesto que está en juego la propia Constitución como cabeza del Ordenamiento jurídico español, ya que aunque se pueda diferenciar de un lado las relaciones entre ambos ordenamientos en dos niveles distintos: en un nivel infraconstitucional (cuando la colisión se produce con una norma dictada por órganos españoles y subordinada a la Constitución), y, de otro, las que se plantean en el nivel constitucional (cuando la colisión tiene lugar con un precepto de la Constitución aplicable al caso litigioso) en ambos casos está en juego la interpretación combinada de los artículos 93 y 96.1 CE y por ello involucrada siempre la Norma Fundamental.

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F «El Derecho europeo. Relaciones con el ordenamiento interno» en la obra colectiva, Manual de Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 2005, Vol. I, pp. 192 y ss.