

KARLSRUHE RECHAZA LA DOCTRINA MELLONI DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y ADVIERTE CON EL CONTROL DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015, 2 BVR 2735/14)

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN

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

Revista Española de Derecho Europeo 58
Abril – Junio 2016
Págs. 109 – 141

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015 (2 BVR 2735/14). 1. *El control de identidad constitucional (números marginales 36 a 50)*. 2. *El principio de culpabilidad como parte integrante de la dignidad humana y de la indisponible identidad constitucional de la Ley Fundamental; consecuencias para el examen de la orden de detención europea (números marginales 52-75)*. 3. *La decisión marco y la Ley alemana de transposición cumplen con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental (números marginales 84-108)*. 4. *Al aplicar la decisión marco y la Ley alemana de transposición el Tribunal Superior de Justicia de Düsseldorf ha vulnerado el principio de culpabilidad y, con ello, el Derecho fundamental consagrado en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental (números marginales 109-124)*. 5. *No es necesario promover una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia (número marginal 125)*. III. ANÁLISIS. 1. *La jurisprudencia constitucional previa relativa al control del derecho derivado de la Unión Europea*. 2. *El desarrollo del control de la identidad constitucional*. 2.1. Alcance del control de la identidad constitucional. 2.2. La indeterminación del contenido de la dignidad humana resistente a la integración europea. 2.3. La (difícil) compatibilidad del control de identidad constitucional con la primacía del Derecho de la Unión. 2.4. Un control de identidad constitucional que de momento se queda en mera advertencia. 3. *La interpretación unilateral de la decisión marco sobre la euroorden, sin planteamiento de la cuestión prejudicial*. IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO. 1. *¿Qué diálogo con el Tribunal de Justicia?* 2. *¿De dónde obtiene su legitimidad el activismo judicial alemán?*

RESUMEN: La sentencia de 15 de diciembre de 2015 del Tribunal Constitucional Federal alemán representa un nuevo hito en la jurisprudencia constitucional alemana sobre la integración europea. Rechaza algunos de los pronunciamientos de la sentencia *Melloni* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y desarrolla el control de la identidad constitucional en relación con el núcleo indisponible derivado de la dignidad humana: aunque no lo ejerce en el caso concreto, sienta las bases para un eventual ejercicio en el futuro. El presente comentario expone el contenido de la sentencia y analiza los elementos de ruptura con la jurisprudencia constitucional previa y los puntos de fricción con el derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Orden de detención europea, identidad constitucional, dignidad humana, jurisprudencia constitucional, Tribunal Constitucional Federal alemán.

ABSTRACT: The German Federal Constitutional Court has delivered a new landmark decision with regard to the European integration. Its ruling of 15 December 2015 modifies its traditional reluctance to control the compatibility of EU secondary law with German fundamental rights. The new basis is the development of its previous case-law on the constitutional identity control, in connection with the respect for human dignity: although the German court does not bring into full effect the identity control in this judgment, it shows its readiness to do so when the time arrives. The content, consequences and consistency of the ruling with both German constitutional law and EU law and the ECJ's case-law are the subject matter of this commentary.

KEY WORDS: European arrest warrant, constitutional identity, human dignity, constitutional case-law, German Federal Constitutional Court.

Fecha de recepción del original: 29 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2016

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación del derecho de la Unión Europea relativo a la orden europea de detención y entrega ha suscitado en las jurisdicciones de los Estados miembros dificultades interpretativas e incluso conflictos de orden constitucional. De todos son conocidas las vicisitudes del asunto *Melloni* en la jurisdicción constitucional española y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹. No es ni la única cuestión prejudicial en esta materia promovida por un Tribunal Constitucional², ni la única sentencia del Tribunal de Justicia sobre la ejecución de la orden de detención europea³.

1. La amplia bibliografía existente sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio (RTC 2011, 86), la STJ [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013 y la STC 26/2014 está recogida en ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015, pp. 28 (nota 67), 31 (nota 75) y 87 (nota 223), respectivamente. En las páginas subsiguientes de dicha obra se analizan las mencionadas resoluciones.
2. Sobre la cuestión prejudicial planteada por el Consejo Constitucional francés en abril de 2013 y la posterior Sentencia del TJ de 30 de mayo de 2013, C-168/13 PPU, *Jeremy F. c. Primer Ministro*, vid. DYEYRE, A., «If You Can't Beat Them, Join Them. The French Constitutional Court's First Reference to the Court of Justice (Jeremy F. v. Premier minister, 4 April 2013)», *European Constitutional Law Review*, vol. 10, 2014, pp. 154-161; y MILLET, F.-X., «How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice», *Common Market Law Review*, vol. 51, núm. 1, 2014, pp. 195-218.
3. STJ de 28 de junio de 2012, as. C-192/12 PPU, *West*; STJ [Gran Sala] de 29 de enero de 2013, as. C-396/11, *RADU*; STJ [Gran Sala] de 16 de julio de 2015, as. C-237/15 PPU,

Hasta hace poco el Tribunal Constitucional Federal alemán se había mantenido alejado del tema, parapetado detrás de una doctrina que le procuraba una amplia distancia de seguridad en relación con el control iusfundamental del derecho de la Unión⁴. Sin embargo, una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal de 15 de diciembre de 2015, hecha pública el 26 de enero de 2016, confirma la creencia de algunos observadores de que Karlsruhe no estaba ausente, sino solo agazapado a la espera del momento adecuado para lanzarse sobre su presa, la interpretación del contenido de los derechos fundamentales que realiza el Tribunal de Justicia⁵. La Sentencia, que resuelve un recurso de amparo, no solo contiene elementos de ruptura con la jurisprudencia constitucional previa, sino también importantes puntos de fricción con el derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La importancia de la Sentencia fue inmediatamente advertida en los «nuevos medios» de comunicación y discusión jurídica (blogs y revistas digitales), que publicaron análisis de urgencia con reacciones contrapuestas y vehementes. Unos la criticaron⁶ y otros la recibieron con alborozo⁷; donde unos vieron «confrontación» con el Tribunal de Justicia⁸,

Francis Lanigan; STJ [Gran Sala] de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15 PPU, *Pál Ranyosi y Robert Căldăraru*.

4. *Vid. infra* apartado 3.1.
5. En los «nuevos medios» de comunicación se venía especulando con la posibilidad de un *Solange III* a corto plazo, esto es, con la posibilidad de que Karlsruhe enseñara los dientes a Luxemburgo en materia de derechos fundamentales, a la vista de algunas publicaciones recientes del magistrado constitucional y catedrático de Derecho público en Múnich Peter M. HUBER, responsable de Derecho europeo e internacional de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal. *Vid. STEINBEIS, M.: «Peter M. HUBER in nationaler Mission, oder: Wann kommt das dritte Solange-Urteil aus Karlsruhe?», Verfblog, 2015/10/01, <http://verfassungsblog.de/peter-m-huber-in-nationaler-mission-oder-wann-kommt-das-dritte-solange-urteil-aus-karlsruhe/>. En los comentarios al citado artículo que se realizan en el blog se especula expresamente con la idoneidad del asunto 2 BvR 2735/14 (incluido entonces en la lista de asuntos pendientes de la Sala Segunda) como candidato a una eventual *Solange III*.*
6. STEINBEIS, M., «Europarechtsbruch als Verfassungspflicht: Karlsruhe zündet die Identitätskontrollbombe», *Verfblog*, 26 de enero de 2016, <http://verfassungsblog.de/europarechtsbruch-als-verfassungspflicht-karlsruhe-zuendet-die-identitaetskontroll-bombe/>. Resulta recomendable la lectura de los 42 comentarios que se insertan en el blog a continuación del artículo.
7. SARMIENTO, D., «Awakenings: the “Identity Control” decision by the German Constitutional Court», *Verfblog*, 27 de enero de 2016, <http://verfassungsblog.de/awakenings-the-identity-control-decision-by-the-german-constitutional-court/>; HONG, M., «Human Dignity and Constitutional Identity: The Solange-III-Decision of the German Constitutional Court», *Verfblog*, 18 de febrero de 2016, <http://verfassungsblog.de/human-dignity-and-constitutional-identity-the-solange-iii-decision-of-the-german-constitutional-court/>.
8. BILZ, C., «Konfrontation statt Kooperation? Solange III und die Melloni-Entscheidung des EuGH», www.juwiss.de/26-2016/.

otros apreciaron «comunicación»⁹ e incluso «diálogo»¹⁰; en la Sentencia se ha visto la «activación de la bomba del control de identidad»¹¹, una Sentencia «Solange III»¹² o una Sentencia «Solange 2 y medio»¹³ y «una decisión que revoluciona el orden establecido»¹⁴.

Los hechos del caso se pueden sintetizar de la siguiente forma. En 1992 un ciudadano norteamericano fue condenado en ausencia en Italia a treinta años de cárcel por tráfico y posesión de cocaína. En 2014 fue detenido en Alemania como consecuencia de una orden de detención europea emitida por las autoridades italianas. En el procedimiento posterior de entrega el ciudadano detenido alegó que, de ser entregado a las autoridades italianas, conforme a derecho italiano no podría obtener una nueva valoración de los hechos. Con fecha de 7 de noviembre de 2014 el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf (Tribunal Superior de Justicia del *Land* de Renania del Norte-Palatinado) resolvió que la entrega era lícita. Esta decisión judicial fue objeto de un recurso de amparo. Del recurso de amparo se dio traslado al Parlamento Federal, al *Bundesrat*, al Gobierno Federal, a todos los Gobiernos de los *Länder*, al Fiscal General de la Federación y a la Fiscalía General de Düsseldorf: solo el Fiscal General de la Federación compareció en el procedimiento e hizo alegaciones a favor de la desestimación del recurso de amparo. Mediante sentencia de 15 de diciembre de 2015, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal, formada por ocho magistrados, estimó, aparentemente por unanimidad¹⁵, el recurso por vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana del demandante de amparo y, en consecuencia, anuló la decisión judicial y reenvió el asunto al órgano judicial para que procediera a examinar de nuevo si el Estado que solicita la entrega reúne las garantías procesales mínimas vinculadas a la dignidad humana.

Este comentario comenzará con una exposición detallada del contenido de la Sentencia alemana, recogiendo sus líneas argumentales con la máxima fidelidad al texto original. A continuación, tras una breve incursión contextualizadora en la jurisprudencia constitucional previa, se procederá a analizar sus principales ejes: la nueva formulación del control de la identidad constitucional

9. SCHORKOPF, F., «BVerfG aktiviert Identitätskontrolle: Karlsruhe will Kommunikation, nicht Konfrontation», *Legal Tribune Online*, 29 de enero de 2016, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-2bvr273514-eu-haftbefehl-auslieferung-verfassungsidetitaet-menschenwuerde-gg-eu-recht-emrk/>.
10. GUIRESSE, M., «Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux», <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08/cooperation-judiciaire-penale/quand-le-juge-constitutionnel-allemand-encadre-la-confiance-mutuelle-reflexions-sur-le-juge-europeen-des-droits-fondamentaux/>.
11. STEINBEIS, «Europarechtsbruch...», *cit.*
12. HONG, «Human Dignity...», *cit.*; BILZ, «Konfrontation...», *cit.*
13. GOOS, C., «Solange Zweieinhalb-Teil I», www.juwiss.de/14-2016/, y «Solange Zweieinhalb-Teil II», www.juwiss.de/15-2016/.
14. GUIRESSE, «Quand le juge constitutionnel...», *cit.*
15. La resolución no indica otra cosa conforme a la facultad reconocida en el § 30.2 BVerfGG, ni se acompaña de votos particulares.

y la interpretación de la decisión marco sobre la orden de detención europea. El comentario concluirá con unas perspectivas de futuro, indagando en el tipo de relación que se entabla con el Tribunal de Justicia y en la cuestión de la legitimidad del Tribunal Constitucional Federal alemán para controlar el derecho derivado de la Unión Europea.

II. LA SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015 (2 BVR 2735/14)

1. EL CONTROL DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL (NÚMEROS MARGINALES 36 A 50)

La Sentencia comienza recordando el fundamento y el límite de la primacía del derecho de la Unión en el territorio de la República Federal: el artículo 23, apartado 1, inciso primero, de la Ley Fundamental. En virtud de dicho precepto constitucional se autorizó la transferencia de competencias a la Unión; con las leyes de ratificación de los Tratados constitutivos se reconoció al derecho de la Unión una «primacía de aplicación» (*Anwendungsvorrang*) con respecto al derecho interno, que incluye el derecho constitucional nacional, y que en caso de conflicto conduce por regla general a su inaplicación.

Con base en el artículo 23, apartado 1, inciso primero, de la Ley Fundamental, el legislador de la integración no solo ha liberado a los órganos y organismos de la Unión Europea, en la medida en que ejercen poder público en suelo alemán, de una vinculación plena a los derechos fundamentales y a las demás garantías de la Ley Fundamental. También ha liberado de esa vinculación a las autoridades alemanas cuando ejecutan el derecho de la Unión Europea. Ello rige también para los legisladores de la Federación y de los *Länder* cuando transponen derecho secundario o terciario de la Unión, sin disponer para ello de margen de apreciación alguno. Por el contrario, cuando existe un margen de apreciación en su desarrollo, los actos jurídicos que se adopten pueden ser objeto de un control de constitucionalidad.

La primacía aplicativa del derecho de la Unión solo rige en la medida en que la Ley Fundamental y la Ley de ratificación autoricen o prevean la transferencia de competencias, y está limitada esencialmente por la identidad constitucional de la Ley Fundamental que se configura en el artículo 23, apartado 1, inciso tercero, en conexión con el artículo 79.3, ambos de la Ley Fundamental, y que es resistente frente a la reforma constitucional y frente a la integración europea. El control de la identidad que ejerce el Tribunal Constitucional Federal sirve para garantizarlo.

En el marco del control de la identidad debe examinarse si los principios declarados intangibles por el artículo 79.3 LF han sido afectados por una medida de la Unión Europea. Al igual que la reserva *Solange* o que el control *ultra vires*, el control de la identidad puede conducir al resultado de que se declare que el derecho de la Unión sea inaplicable en Alemania en casos concretos muy delimitados (*in eng begrenzten Einzelfällen*). No obstante, para evitar que las autoridades y los órganos judiciales alemanes hagan sin más caso omiso de la pretensión de validez del derecho de la Unión, una aplicación del artículo 79.3 LF que sea deferente con el derecho de la Unión (*europarechtsfreundlich*) exige, para proteger la capacidad de funcionamiento

del ordenamiento jurídico de la Unión y con respeto a la concepción jurídica que se expresa en el artículo 100.1 LF¹⁶, que la determinación de una vulneración de la identidad constitucional quede reservada al Tribunal Constitucional Federal. Este Tribunal puede ocuparse del control de la identidad también en el marco de un recurso de amparo.

El control de la identidad no vulnera el principio de cooperación leal en el sentido del artículo 4.3 TUE. Se encuentra más bien establecido en el artículo 4.2, inciso primero, TUE y se corresponde también con la realidad especial de la Unión Europea. La Unión Europea es una Unión de Estados, de Constituciones, de Administraciones y de Jurisdicciones (*ein Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*), cuyos fundamentos se encuentran en último término en los tratados internacionales concluidos entre los Estados miembros. Como señores de los Tratados, los Estados miembros deciden en el marco de sus órdenes nacionales de validez si, y en qué medida, el derecho de la Unión puede gozar de validez y de primacía en el respectivo territorio.

Para el Tribunal alemán, no hay contradicción alguna con el criterio de deferencia con el derecho europeo que consagra la Ley Fundamental (preámbulo, artículo 23.1 LF) si el Tribunal Constitucional Federal, bajo requisitos muy estrictos, declara excepcionalmente inaplicable en Alemania la medida de un órgano u organismo de la Unión.

Tampoco se deriva un peligro sustancial para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión: por un lado, porque una vulneración de los principios aquí concernidos del artículo 1 solo se producirá raramente, pues el artículo 6 TUE, la Carta de los Derechos Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia garantizan por regla general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente a las medidas de los órganos, las instituciones y los demás organismos de la Unión Europea; por otro lado, porque el Tribunal Constitucional Federal ejercerá sus potestades de control de forma cautelosa y deferente con el derecho europeo (*zurückhaltend und europafreundlich*). En caso necesario su control estará precedido por el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia: esto rige no solo en el marco del control *ultra vires*, sino también antes de determinar la inaplicabilidad en Alemania de una medida de la Unión Europea que afecta a la identidad constitucional protegida por el artículo 79.3 en conexión con los artículos 1 y 20 LF.

La compatibilidad con el derecho de la Unión del control de la identidad se subraya también mediante las salvaguardias de derecho constitucional introducidas en numerosos otros Estados miembros para la protección de la identidad constitucional y los límites a la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea. La gran mayoría de los Tribunales Constitucionales o Supremos de los demás Estados miembros comparten para su ámbito respectivo de competencias la concepción del Tribunal Constitucional Federal alemán de que la primacía (aplicativa) del derecho de la Unión no rige de manera ilimitada, sino que está sometida a los límites impuestos por el derecho (constitucional) nacional: la Sentencia menciona explícitamente

16. Se trata de la disposición constitucional que regula la cuestión de inconstitucionalidad.

la jurisprudencia dictada a este respecto por hasta nueve altos tribunales europeos, incluida la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español¹⁷.

Entre los bienes tutelados por la identidad constitucional contemplada por el artículo 79.3 LF, también protegidos frente a interferencias del poder público ejercido por una instancia supranacional, se encuentran los principios del artículo 1 LF, esto es, la obligación de todo poder estatal de respetar y proteger la dignidad humana (artículo 1, apartado 1, inciso segundo, LF). Los objetos de protección declarados resistentes frente a la integración en el artículo 23, apartado 1, inciso tercero, en conexión con el artículo 79.3 LF, no toleran relativización alguna en el caso concreto. Esto rige en especial con respecto al artículo 1.1 LF: la dignidad humana representa el valor jurídico superior dentro del ordenamiento constitucional. Su respeto y protección pertenecen a los principios constitutivos (*Konstitutionsprinzipien*) de la Ley Fundamental, a los cuales también tiene que atender el mandato de integración y el criterio de deferencia con el derecho europeo de la Ley Fundamental que se expresan en el preámbulo y en el artículo 23, apartado 1, inciso primero, LF. Con este trasfondo, el Tribunal Constitucional Federal garantiza de forma ilimitada y con carácter singular, por la vía del control de la identidad, la protección de los derechos fundamentales que resulta indisponible de conformidad con el artículo 23, apartado 1, inciso tercero, en conexión con los artículos 79.3 y 1.1 LF.

Los requisitos estrictos para la activación del control de la identidad se traducen –afirma la Sentencia– en exigencias cualificadas de admisibilidad de los correspondientes recursos de amparo. En particular ha de expresarse suficientemente de qué forma se ha vulnerado en el caso concreto la garantía de la dignidad humana protegida por el artículo 1 LF. Esto es lo que, según el Tribunal, había hecho el propio demandante de amparo¹⁸.

2. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO PARTE INTEGRANTE DE LA DIGNIDAD HUMANA Y DE LA INDISPONIBLE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LA LEY FUNDAMENTAL; CONSECUENCIAS PARA EL EXAMEN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA (NÚMEROS MARGINALES 52-75)

El principio de culpabilidad, que rige en todo el ámbito del derecho penal, está consagrado en la garantía de la dignidad y la autorresponsabilidad del ser humano

17. La jurisprudencia citada en el apartado núm. 47 de la Sentencia incluye a los siguientes Estados, en el orden alfabético alemán en el que se citan en la sentencia: Dinamarca, Estonia, Francia, Italia, Letonia, Polonia, España, Chequia y Reino Unido.

18. De acuerdo con la Sentencia, el demandante de amparo había abordado en su escrito de recurso los aspectos jurídico-constitucionales de las condenas penales adoptadas en ausencia del condenado y los deberes de esclarecimiento que incumben a los órganos judiciales a este respecto, y había alegado verosímilmente la posibilidad de que, en caso de ser entregado a Italia, carecería de recurso alguno para poder impugnar la condena dictada en su ausencia de acuerdo con la garantía de los derechos de defensa que se desprenden de la garantía de la dignidad humana protegida por el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn.

así como en el principio de Estado de Derecho. A través de ese fundamento, el principio de culpabilidad se incluye en la identidad constitucional indisponible en virtud del artículo 79.3 LF.

La realización del principio de culpabilidad corre peligro si no se garantiza la averiguación de los hechos. El objetivo central del proceso penal es la averiguación de los hechos, sin la cual no puede realizarse el principio material de culpabilidad. La finalidad y la tarea del proceso penal es determinar una pena adecuada al autor y al hecho. En el ámbito jurídico alemán, la pena no solo representa una injerencia jurídica limitativa o un mal infligido al autor, sino también una tacha o reproche socio-ético. De ello se deriva que una pena que no tome en consideración ampliamente la personalidad del autor, no puede ser una pena adecuada a su dignidad. Esto implica que el órgano judicial, en la vista pública y en presencia del acusado, ha de tener una visión de su personalidad y sus motivaciones, una perspectiva del hecho, de la víctima y de las circunstancias del hecho. En todo caso debe garantizarse el derecho del acusado a exponer personalmente al órgano judicial las circunstancias justificativas, eximentes o atenuantes, pues el reproche de una conducta errada desde la perspectiva social y ética es un reproche que toca a la personalidad del acusado, que afecta a su aspiración, basada en la dignidad humana, a ser valorado y respetado.

El principio de culpabilidad exige, por tanto, determinadas garantías mínimas del acusado en el proceso penal, que deben también respetarse a la hora de decidir sobre la entrega para la ejecución de una condena penal dictada en ausencia del acusado. Se trata, recuerda el Tribunal Constitucional Federal, de jurisprudencia reiterada. Para que el acusado no se convierta en el Estado solicitante de la entrega en mero objeto de un procedimiento estatal que le afecta, debe tener la posibilidad de intervenir en el procedimiento, de manifestarse personalmente sobre los reproches que se le han formulado, de exponer circunstancias de descargo y obtener su comprobación y, en su caso, también su consideración.

Los órganos judiciales competentes para resolver sobre la entrega son, en esa medida, también responsables del trato que reciba el acusado en el Estado solicitante. El poder público alemán no puede tender la mano a vulneraciones de la dignidad humana por otros Estados. El órgano judicial que decide sobre la entrega tiene, por tanto, el deber de esclarecer de oficio los hechos, deber que también está subordinado a la protección del artículo 1.1 LF. El alcance y el grado de las averiguaciones a las que está obligado el órgano judicial con vistas al cumplimiento del principio de culpabilidad dependen de la naturaleza y la gravedad de los indicios expuestos por el acusado en relación con el incumplimiento del estándar mínimo exigido por el artículo 1.1 LF.

Esto no significa que los fundamentos de la solicitud de entrega tengan que ser siempre revisados plenamente por los jueces alemanes. El acusado tiene la carga de exponer a las autoridades competentes indicios suficientes para que lleven a cabo sus averiguaciones. Así, la circunstancia de que una sentencia penal extranjera, para cuya ejecución se solicita la entrega, haya sido dictada en ausencia del condenado

justifica una comprobación de si la entrega es compatible con el estándar mínimo de protección. La emisión de la correspondiente promesa vinculante desde la perspectiva jurídico-internacional¹⁹ es, en principio, idónea para excluir recelos sobre la licitud de la entrega, siempre que no quepa esperar en el caso concreto que no se cumplirá dicha promesa. Tiene que haber una considerable probabilidad de que en el Estado solicitante no se respetarán los estándares mínimos internacionales.

Los principios que rigen para la extradición en el plano internacional son trasladables también, por lo que atañe a la cuestión aquí abordada, a las entregas en el ámbito de ejecución de la decisión marco sobre la orden de detención europea. Justamente en el marco europeo de las entregas rige el principio de la confianza mutua. La confianza sobre el cumplimiento de los principios del Estado de Derecho y de la protección de los derechos humanos se extiende a los datos consignados en la orden de detención europea emitida por el Estado solicitante. Esta confianza, no obstante, puede ser erosionada si existen indicios fácticos de que, en caso de entrega, no se respetarán las exigencias irrenunciables de protección de la dignidad humana. Por ello, el órgano judicial tiene el deber de realizar indagaciones con respecto a la situación jurídica y a la práctica del Estado miembro solicitante. Justificación para ese examen no existe solo por el hecho de que la sentencia penal haya sido dictada en ausencia del acusado. Un Estado miembro que, de acuerdo con el artículo 4a.1 de la decisión marco, solicita la entrega de una persona para la ejecución de una resolución dictada en su ausencia, declara mediante los datos debidamente consignados en el modelo oficial de solicitud que, o bien el acusado fue informado del procedimiento en curso y de que podía dictarse una sentencia en su ausencia [artículo 4a.1, letra a)], o bien el acusado con conocimiento del procedimiento estuvo representado por un abogado [artículo 4a.1, letra b)], o bien el acusado está facultado para interponer un recurso contra la condena mediante el cual los hechos se podrán examinar de nuevo, con proposición de nuevas pruebas, y la decisión original podrá ser revocada [artículo 4a.1, letras c) y d)].

3. LA DECISIÓN MARCO Y LA LEY ALEMANA DE TRANSPOSICIÓN CUMPLEN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA LEY FUNDAMENTAL (NÚMEROS MARGINALES 84-108)

La decisión marco sobre la orden de detención europea goza de primacía aplicativa en el ordenamiento jurídico alemán. El principio de interpretación conforme al derecho de la Unión exige que las autoridades judiciales internas hagan todo lo posible en el ámbito de sus competencias, atendiendo al derecho interno en su conjunto y aplicando los métodos de interpretación allí reconocidos, para garantizar la plena eficacia del derecho de la Unión y para alcanzar un resultado coherente con la finalidad perseguida por la decisión marco.

El Tribunal de Justicia ha reiterado en diversas ocasiones que las autoridades judiciales de los Estados miembros solo pueden rechazar la ejecución de una orden

19. El TCF alemán se refiere a la técnica de la promesa vinculante emitida por un Estado de que cumplirá con determinadas exigencias constitucionales o legales del Estado del que se solicita la entrega, con vistas a posibilitar la entrega de una persona por dicho Estado.

europea en los supuestos expresamente previstos en la decisión marco (se alude, entre otras, a la sentencia *Melloni* de 26 de febrero de 2013). No obstante, hasta la fecha no ha desarrollado los límites de la interpretación conforme de las decisiones marco, aunque el Tribunal Constitucional español fundamentó su cuestión prejudicial en que la entrega para la ejecución de sentencias dictadas en ausencia representaba una vulneración del contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de la Constitución española, de una forma tal que afectaba a la dignidad humana; en cualquier caso, el Tribunal Constitucional español subrayó posteriormente que en el caso de que el derecho de la Unión Europea en su desarrollo ulterior no fuera conciliable con la Constitución española, el mantenimiento de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución exigirían en última instancia abordar los problemas resultantes mediante los procedimientos constitucionales pertinentes (STC 26/2014, de 13 de febrero [RTC 2014, 26], FJ 3).

En el asunto *Melloni* el Tribunal de Justicia señaló en relación al artículo 4a de la decisión marco que la ejecución de una orden europea no puede subordinarse a la revisión de la condena dictada en ausencia en el Estado miembro solicitante, si el afectado entra dentro de una de las cuatro situaciones enumeradas en dicha disposición. Además, afirmó que el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales no autoriza a los Estados miembros a supeditar la entrega de una persona condenada en ausencia a la condición de que la condena pueda ser objeto de una revisión en el Estado solicitante (STJ de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, apartados 46 y 64).

Estas determinaciones, afirma el Tribunal, no eximen a las autoridades y jueces alemanes de la obligación de garantizar los principios del artículo 1.1 LF también en la entrega para la ejecución de una orden de detención europea. Así pues, el principio de confianza mutua que rige en el ámbito de la euroorden queda limitado por la garantía de la dignidad humana. En esa medida recae sobre el órgano judicial el mencionado deber jurídico-constitucional de averiguación.

Sin embargo, en el presente supuesto no es necesario acudir a la limitación de la primacía aplicativa de la decisión marco que deriva del artículo 79.3 LF en conexión con el artículo 1.1 LF, porque tanto la decisión marco como la Ley alemana sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal que la transpone permiten una interpretación que tenga en cuenta las garantías mínimas de los derechos del acusado en caso de entrega que derivan del artículo 1.1 LF.

El deber de ejecutar una orden de detención europea está limitado por el derecho de la Unión. La confianza entre los Estados miembros, que según el décimo considerando del preámbulo de la decisión marco constituye el fundamento del mecanismo de la orden europea de entrega, puede ser erosionada. Según los parámetros del derecho de la Unión, una orden de detención europea no debe ser ejecutada si no cumple con las exigencias de la decisión marco o si la entrega representa una vulneración de los derechos fundamentales de la Unión. Por tanto, también desde la perspectiva del derecho de la Unión el principio de confianza mutua no rige de forma ilimitada, por lo que el rechazo a una entrega derivada de una orden de detención

europea para ejecutar una sentencia penal adoptada en ausencia puede estar justificado bajo determinadas condiciones.

La Sentencia dedica especial atención a la correcta interpretación del artículo 4a.1 d) de la decisión marco²⁰. Utilizando los criterios de interpretación gramatical, histórico (la voluntad del legislador europeo) y teleológico, llega a la conclusión de que el precepto, apartado y letra mencionados no contemplan discrecionalidad alguna en la decisión del órgano judicial facultado para la revisión del juicio: en otras palabras, el acusado tiene derecho a que los medios de prueba que aporte para su descargo sean examinados de nuevo o por primera vez.

A favor de dicha interpretación militan también, siempre según el Tribunal alemán, la vinculación de los Estados miembros de la Unión a los derechos fundamentales, la eficacia irradiante de la Carta de Derechos Fundamentales sobre el derecho derivado y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha de tenerse en cuenta para la determinación del alcance objetivo del artículo 4a.1 de la decisión marco. El Tribunal desarrolla con extensión los tres aspectos mencionados²¹.

En particular arguye que la elaboración de la decisión marco confirma que, aunque se descartara la propuesta de recoger como motivo posible de rechazo de la entrega la incompatibilidad con los principios básicos del Estado de ejecución o con el orden público, ello fue porque tanto el artículo 1.3 como los considerandos 10, 12, 13 y 14 se refieren a que se velará por la estricta observancia de los derechos fundamentales y las libertades individuales, tal como las garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y se desprende de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario (artículo 6.2 TUE).

En suma, las autoridades judiciales nacionales están facultadas y obligadas, cuando existan los correspondientes indicios, a comprobar el respeto de las exigencias del Estado de Derecho, incluso cuando la orden de detención europea cumpla los requisitos formales de la decisión marco. El derecho de la Unión no solo no está en contra de averiguaciones, a cargo de las autoridades judiciales nacionales, relativas al respeto de las exigencias del Estado de Derecho garantizadas en la Carta, sino que las exige.

De acuerdo con el considerando duodécimo del preámbulo, la decisión marco deja a los Estados miembros la libertad de aplicar sus disposiciones constitucionales relativas a un proceso ordenado y justo. Además, las decisiones sobre la ejecución de las órdenes de detención europeas están sujetas a un control suficiente por parte de los jueces de los Estados miembros. Un control judicial efectivo en el sentido de los artículos 47 y 52.3 de la Carta y 6 y 13 CEDH presupone, también desde la perspectiva del derecho de la Unión, que el juez competente puede llevar a cabo las correspondientes averiguaciones, siempre que no se ponga en cuestión la eficacia práctica del sistema de entrega erigido mediante la decisión marco.

20. Vid. apartados 86-90.

21. Vid. apartados 92-104, de ellos seis se dedican a exponer la jurisprudencia del TEDH (apartados 98-104).

Por todo ello, las exigencias del derecho de la Unión en cuanto a la ejecución de una orden de detención europea no se quedan a la zaga de las garantías mínimas de los derechos del acusado que se derivan del artículo 1.1 LF. Así pues, no es necesario determinar si, y en qué medida, para la interpretación de la decisión marco ha de acudirse al artículo 4, apartado 2, inciso primero, TUE (cláusula de respeto de la identidad nacional de los Estados miembros).

Tampoco la Ley alemana sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal, que transpone la decisión marco, suscita duda alguna en cuanto al principio de culpabilidad y su contenido garantizado mediante la cláusula constitucional del respeto de la dignidad humana. El artículo 73.2 de dicha Ley prevé que no se accederá a la cooperación jurídica solicitada cuando su realización fuera contraria a los principios contenidos en el artículo 6 TUE. Cualquiera que sea el significado concreto de esta remisión, cuando menos no impide a las autoridades y a los jueces tener en cuenta las directrices del artículo 1.1 LF a la hora de interpretar los artículos 78 y ss. de la mencionada Ley.

4. AL APLICAR LA DECISIÓN MARCO Y LA LEY ALEMANA DE TRANSPOSICIÓN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE DÜSSELDORF HA VULNERADO EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y, CON ELLO, EL DERECHO FUNDAMENTAL CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 1.1 DE LA LEY FUNDAMENTAL (NÚMEROS MARGINALES 109-124)

Según la Sentencia, el demandante había expuesto al órgano judicial elementos suficientes para activar su obligación de realizar de oficio las necesarias averiguaciones. Entre otros elementos, le había proporcionado el contenido, en italiano y alemán, del correspondiente precepto legal italiano (el artículo 603 del Código Procesal Penal), tanto en la redacción dada por la Ley de 28 de abril de 2014 como en la versión vigente con anterioridad; también le había proporcionado bibliografía en lengua alemana sobre el derecho procesal italiano.

El Tribunal Constitucional Federal analiza el precepto legal italiano y concluye que solamente se ordena un nuevo periodo probatorio cuando el órgano judicial lo considera imprescindible (apartado 3), o cuando lo solicita una parte y el proceso no puede resolverse con ayuda de las actuaciones realizadas (apartado 1) o bien las nuevas pruebas que se aducen han surgido o han aparecido después del procedimiento de primera instancia (apartado 2).

Según el Tribunal, el demandante había expuesto de forma verosímil (con una sentencia reciente de la *Corte di Cassazione*) que, no obstante, a su situación le era de aplicación la versión anterior del artículo 603, que preveía que el juez solo podría ordenar la repetición del periodo probatorio en el proceso principal cuando la persona juzgada en ausencia en la primera instancia lo solicitara y acreditara que no había podido comparecer ante el juez por circunstancias fortuitas o de fuerza mayor o porque no tuvo conocimiento de la citación, siempre que esto último no se hubiera debido a su culpa o a que voluntariamente se hubiera substraído al conocimiento del procedimiento penal.

Para el Tribunal, tanto con la nueva como con la anterior redacción del precepto legal italiano que regula la repetición del periodo probatorio se puede afirmar que el demandante no tiene una posibilidad efectiva de defenderse. Las dudas expuestas por el demandante en relación con el procedimiento italiano de apelación se refuerzan además con los pronunciamientos de diversos tribunales alemanes que en el pasado han rechazado la entrega a Italia de condenados en ausencia con el argumento de que el procedimiento italiano de apelación no garantiza una nueva y plena revisión judicial de la decisión material (se especifican cuatro precedentes de 1983, 1985, 1986 y 1994). Similares dudas se expresan en la doctrina (con cita de un comentario de la legislación alemana sobre cooperación jurídica internacional en materia penal).

Para el alto Tribunal alemán, el Tribunal Superior de Justicia de Düsseldorf tenía que haber comprobado las objeciones detalladas y verosímiles que le había expuesto el demandante. Sin embargo, dicho órgano judicial decidió que debía accederse a la entrega con el argumento de que un nuevo periodo probatorio en Italia «no estaba descartado en todo caso». Para sustentar esa opinión se basó en una única referencia bibliográfica, que el Tribunal Constitucional Federal examina de cerca y concluye que dicha referencia no avala la conclusión extraída por el Tribunal de Düsseldorf.

Tampoco puede fundamentar esa conclusión la aseveración de que no existe un derecho a repetir íntegramente el juicio, sino únicamente a un nuevo proceso ante el juez de la segunda instancia. De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha de tenerse en cuenta en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, se desprende –siempre según el Tribunal Constitucional Federal– que el juez está obligado a examinar de nuevo desde la perspectiva fáctica y jurídica los reproches dirigidos a la persona condenada (TEDH, *Colozza c. Italia*, sentencia de 12 de febrero de 1985, §29; y *Einhorn c. Francia*, decisión de 16 de octubre de 2001, § 33). Además, las posibilidades procesales según el derecho y la práctica del Estado en cuestión tienen que resultar efectivas (TEDH, *Colozza c. Italia*, § 30; *Medenica c. Suiza*, sentencia de 14 de junio de 2011, § 55). Si bien es cierto que, como afirma el Tribunal de Düsseldorf, según la decisión en el asunto *Colozza c. Italia* no existe derecho a que se repita el procedimiento de primera instancia, ello no significa que a la persona juzgada en ausencia, que no ha tenido conocimiento del procedimiento desarrollado en primera instancia, se le excluya de antemano el derecho a realizar un periodo probatorio. Lo que, por el contrario, subraya el Tribunal Europeo en jurisprudencia reiterada es el derecho que emana del artículo 6.1 CEDH a proponer medios de prueba y a poder declarar sobre todas las pruebas aportadas o las alegaciones realizadas que puedan influir en la decisión del órgano judicial (TEDH, *Mantovanelli c. Francia*, sentencia de 18 de marzo de 1997, § 44; *Lietzow c. Alemania*, sentencia de 13 de febrero de 2001, § 44). Así pues, concluye el de Karlsruhe, resulta demasiado reducida la concepción del Tribunal Superior de Düsseldorf de que bastaría con que en el procedimiento italiano de apelación tuviese lugar una amplia revisión fáctica y jurídica de la sentencia dictada en ausencia, en el

marco de la cual «no estaba descartado en todo caso» un nuevo periodo probatorio²². Por todo ello, el Tribunal Constitucional Federal declara que se han vulnerado los derechos del demandante que derivan del artículo 1.1 LF.

5. NO ES NECESARIO PROMOVER UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (NÚMERO MARGINAL 125).

Finalmente, en un apartado relativamente breve el Tribunal Constitucional Federal excluye la necesidad de elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Señala que «la correcta aplicación del derecho de la Unión es tan manifiesta que no hay espacio alguno para una duda razonable («acte clair», STJ de 6 de octubre de 1982, C.I.L.F.I.T., C-283/81, Rec. 1982, apartado 16 y ss.); y que el derecho de la Unión no entra en conflicto con la protección mínima de la dignidad humana de la Ley Fundamental. La decisión marco sobre la orden de detención europea no obliga a los jueces y autoridades alemanes a ejecutar una orden de detención europea sin verificar su compatibilidad con las exigencias que dimanen del artículo 1.1 LF. El hecho de que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se hayan aclarado los límites del deber de esclarecimiento, en particular por lo que respecta al alcance de las averiguaciones admisibles según el derecho de la Unión y las eventuales demoras que pueden así resultar de cara a la ejecución de la orden de detención europea, no cambia nada. En todo caso, en el presente caso no se aprecia en el derecho de la Unión elemento alguno que esté en contra del deber del Tribunal Superior de Düsseldorf de examinar con atención la protección de los derechos del demandante.

III. ANÁLISIS

La Sentencia de 15 de diciembre de 2015 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal tiene dos ejes principales: el desarrollo del control de la identidad constitucional (3.2.) y la interpretación que realiza de las garantías inherentes a la decisión marco (3.3.). Antes de comenzar con el examen del primer aspecto, conviene que recordemos el estado de la cuestión, en la jurisprudencia constitucional previa, sobre las posibilidades de control constitucional de la integración europea, por lo que respecta al derecho derivado de la Unión (3.1.).

22. En relación con la obligación de esclarecimiento del órgano judicial, el Tribunal Constitucional Federal señala que también hay que considerar que la situación jurídica en Italia no era de fácil interpretación para un juez alemán, a la vista de los casos suscitados por Italia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el pasado y de las numerosas modificaciones de la legislación penal italiana. Y que tampoco había contribuido a ese esclarecimiento la respuesta del Fiscal Jefe de Florencia a la solicitud del Tribunal de Düsseldorf de información adicional sobre el conocimiento efectivo del demandante de la citación y de su asistencia jurídica (casillas que, en todo caso, no había rellenado en el modelo oficial de orden de detención europea enviado a las autoridades alemanas) y, en su caso, sobre una eventual promesa de revisar plenamente en su presencia los reproches formulados contra él.

1. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PREVIA RELATIVA AL CONTROL DEL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

La concepción del Tribunal Constitucional Federal sobre la relación entre derecho de la Unión y derecho interno ofrece una visión contrapuesta a la del Tribunal de Justicia. En la propia sentencia objeto de análisis se reitera que el fundamento de la «primacía de aplicación» del derecho de la Unión no proviene del carácter autónomo del ordenamiento jurídico europeo, como sostiene el Tribunal de Justicia, sino de la disposición constitucional que autoriza al poder público alemán a transferir competencias a una organización supranacional y de las leyes que ratifican los correspondientes tratados constitutivos. Ese fundamento estrictamente constitucional implica a su vez que existen límites constitucionales al contenido y alcance de las medidas que puedan adoptar las instituciones y órganos de la organización supranacional de integración. La tutela del respeto de esos límites se encauza mediante tres técnicas desarrolladas por el Tribunal Constitucional Federal, que conforman el instrumental del control constitucional sobre la integración europea.

La primera técnica, conocida como «reserva *Solange II*», consiste en la afirmación de una reserva de jurisdicción. En la Sentencia *Solange II* de 1986 el Tribunal Constitucional Federal declaró que, en tanto en cuanto el ordenamiento comunitario (en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) garantizara de manera general una protección equivalente a la derivada del ordenamiento constitucional alemán, el Tribunal Constitucional Federal renunciaría a aplicar los derechos fundamentales alemanes a los actos de derecho derivado. Este es el punto de partida de una jurisprudencia que se ha mantenido de forma coherente hasta hoy, confirmada y completada en sentencias posteriores (las sentencias *Maastricht* de 12 de octubre de 1993 y «*Bananas*» de 7 de junio de 2000).

Así, en la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht el TCF señaló que mediante sus competencias garantiza que se asegure *de modo general* una protección eficaz de los derechos fundamentales para los habitantes de Alemania incluso frente a la soberanía de las Comunidades, y que esta protección debe observarse *en lo esencial*, puesto que la protección de los derechos fundamentales que exige inexcusablemente la Ley Fundamental garantiza de forma general el contenido esencial de los derechos fundamentales. Esa jurisdicción sobre la aplicabilidad del derecho derivado en Alemania se ejercerá en una «relación de cooperación» con el Tribunal de Justicia, por cuanto este último garantiza la protección de los derechos fundamentales *en cada caso particular* para la totalidad del territorio de la Comunidad y, por ello, el Tribunal Constitucional Federal puede limitarse a garantizar *de manera general* un nivel de derechos fundamentales irrenunciable²³.

23. Sentencia de 12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134/92 y 2159/92, BVerfGE 89, 155 (175). Versión castellana completa en *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 975-1030. Un comentario en castellano puede verse en ALÁEZ CORRAL, B., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pp. 243-278;

No obstante, en la práctica la llamada «reserva *Solange II*» no ha supuesto tanto una *reserva* como una *renuncia* al control de la compatibilidad con la Ley Fundamental del nivel europeo de protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal inadmite los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad que le plantean los jueces alemanes fundados en infracción de los derechos fundamentales alemanes, salvo que acrediten que la evolución del derecho de la Unión incluyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no garantiza un nivel de protección esencialmente equivalente al que dispensa la Constitución alemana. En treinta años de vigencia de esta doctrina, el Tribunal Constitucional Federal nunca ha apreciado que el derecho de la Unión no garantice una protección equivalente.

En cualquier caso, la «reserva *Solange II*» ha tenido efectos importantes para la depurada concepción del ámbito de la jurisdicción constitucional. Por un lado, implicó el reconocimiento constitucional del Tribunal de Justicia como «juez predeterminado por la ley» en su ámbito competencial, en el sentido de la Ley Fundamental. Por otro lado, contribuyó a desarrollar una concepción estricta del objeto y del parámetro de control de la jurisdicción constitucional alemana en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales²⁴. El Tribunal de Karlsruhe no controla ni directa ni indirectamente los actos y normas de las instituciones y órganos de la Unión, por ejemplo con ocasión de los actos y normas que adoptan las autoridades alemanas en ejecución del derecho de la Unión. Su objeto de control se circunscribe a los actos y normas de las autoridades alemanas no vinculados con el derecho de la Unión. También se proyecta a los actos y normas de las autoridades alemanas vinculados con el derecho de la Unión, en la medida en que no estén plenamente determinados por éste: en otras palabras, los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de Bonn son plenamente vigentes y aplicables al margen de maniobra que se reconoce a las autoridades internas a la hora de transponer o ejecutar las normas europeas. Y en la práctica el alto Tribunal alemán ejerce con sumo rigor su control sobre dicho margen de maniobra. De hecho, la primera Ley alemana de transposición de la orden de detención europea fue declarada parcialmente inconstitucional por esa razón²⁵. En suma, en materia de derechos fundamentales el ámbito de control de la jurisdicción constitucional alemana se diferencia y no se solapa con el del Tribunal de Justicia.

también puede consultarse LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 357-360.

24. Al respecto, con más detalle, *vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, *La tutela...*, *cit.*, pp. 41-50.

25. *Vid.* BVerfG 2BvR 2236/04 de 18 de julio de 2005 (www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html); versión inglesa en *Common Market Law Review* (2006), vol. 43, núm. 1, p. 16. Para un análisis doctrinal puede leerse HINAREJOS PARGA, A., «Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court), Decision of 18 July 2005 (2 BvR 2236/04) on the German European Arrest Warrant Law», *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 583-595. Al respecto también puede consultarse la profusa documentación recogida en SCHORKOPF, F., *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2006.

Las otras dos técnicas, en cambio, sí constituyen instrumentos de control jurisdiccional en sentido estricto: se trata, por un lado, del control del respeto de los límites competenciales por las instituciones de la Unión (control de los actos *ultra vires*) y, por otro lado, del control del respeto de la identidad constitucional frente a un desarrollo eventualmente desbordante de la integración europea²⁶. Ambos controles pueden conducir a que el derecho de la Unión sea declarado inaplicable en Alemania²⁷. En ambos planos el TCF mantiene la guardia y ello ha dado lugar a importantes pronunciamientos: entre otras, y hasta ahora, las sentencias *Maastricht* de 12 de octubre de 1993, *Lisboa* de 30 de junio de 2009 y *Honeywell* de 6 de julio de 2010. La reciente sentencia de 21 de junio de 2016 sobre la validez del programa de adquisición de títulos de deuda pública emitidos por los Estados de la eurozona, conocido con el nombre de *Outright Monetary Transactions* (OMT), se inserta también en esa saga. De momento el conflicto ha sido evitado: a pesar de expresar ciertas objeciones sobre la forma en que el Tribunal de Justicia aborda las dudas de legalidad del referido programa, Karlsruhe se conforma con las explicaciones que le ha proporcionado Luxemburgo²⁸ y renuncia a ejercer el control *ultra vires* anunciado en la resolución de planteamiento de la cuestión prejudicial²⁹.

-
26. Al respecto puede verse SAUER, H., «Kompetenz- und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 7, 2009, pp. 195-198; KOTTMANN, M. y WOHLFAHRT, C., «Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 69, 2009, pp. 443-470; WALTER, M., «Integrationsgrenze Verfassungsidentität-Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 72, 2012, pp. 177-200; DEDERER, H.-G., «Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts - Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, *Ultra-vires*- und Identitätskontrolle», *Juristen-Zeitung*, núm. 7, 2014, pp. 313-322; NETTESHEIM, M., «Kompetenzdenken als Legitimationsdenken. Zur *Ultra-vires*-Kontrolle im rechtspluralistischen Umfeld», *Juristen-Zeitung*, núm. 12, 2014, pp. 585-692; POLZIN, M., «Irrungen und Wirrungen um den pouvoir constituant - Die Entwicklungen des Konzepts der Verfassungsidentität im deutschen Verfassungsrecht seit 1871», *Der Staat*, vol. 53, 2014, pp. 61-94; SCHWERTFEGGER, A., «Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - Grundrechts-, *ultra-vires*- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem», *Europarecht*, núm. 3, 2015, pp. 290-309. En castellano puede consultarse ALÁEZ CORRAL, B., «Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 359-385.
27. Sentencia *Lisboa* de 30 de junio de 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08, núm. marginal 241.
28. STJ [Gran Sala] de 16 de junio de 2015, as. C-62/14, *Peter Gauweiler y otros/Deutscher Bundestag*. Al respecto véase SARMIENTO, D., «La sentencia Gauweiler (C-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 57, 2016, pp. 63-74.
29. En la resolución de 14 de enero de 2014, que planteaba la (primera) cuestión prejudicial de ese Tribunal al Tribunal de Justicia, se encuentra una recapitulación de la doctrina sobre los controles que puede ejercer el TCF en relación con el derecho de la Unión. BVerfG, 2 BvR 2728/13 de 14 de enero de 2014, núm. marginales 22-31; http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140114_2bvr272813.html.

Tanto en el ámbito de la reserva *Solange II* como en el de los dos controles mencionados, el TCF alemán introduce elementos de consideración y deferencia respecto a la integración europea que él mismo debe tener en cuenta a la hora de valorar la protección que dispensa el Tribunal de Justicia o de apreciar un acto *ultra vires* o una vulneración de la identidad constitucional. Así, como se ha indicado más arriba, en la Sentencia *Maastricht* aludió a la «relación de cooperación» (*Kooperationsverhältnis*) con el Tribunal de Justicia para el control en materia de derechos fundamentales, y en la Sentencia *Lisboa* acuñó en el ámbito de los otros dos controles el criterio de «apertura al derecho de la Unión» (*Europarechtsfreundlichkeit*) así como el concepto de «responsabilidad con la integración» (*Integrationsverantwortung*)³⁰. Otros instrumentos de coordinación son: la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional Federal para los controles *ultra vires* y de la identidad constitucional; y la exigencia del carácter manifiesto del exceso competencial³¹.

2. EL DESARROLLO DEL CONTROL DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

2.1. Alcance del control de la identidad constitucional

Hasta la Sentencia de 15 de diciembre de 2015 los derechos fundamentales de la Constitución alemana se podían entender incluidos también de alguna forma en el «núcleo esencial intangible de la identidad constitucional de la Ley Fundamental»³², en cuanto que la resistencia frente a la reforma constitucional (y, por tanto, también frente a la integración europea) que consagra el artículo 79.3 LF se extiende al carácter federal y a los principios reconocidos en los artículos 1 y 20 LF. Ahora bien, se suscitaban numerosas dudas: por ejemplo, sobre el tipo de vulneración y de gravedad exigibles para considerar afectada la identidad constitucional, sobre la relación de la reserva *Solange II* con el control de la identidad constitucional, etc. No todas las dudas existentes se han despejado, pero sí se han ofrecido algunas precisiones.

Desde una perspectiva formal, la Sentencia de 15 de diciembre de 2015 no deroga o modifica la reserva *Solange II*, sino que continúa la elaboración de la doctrina constitucional relativa a la identidad constitucional, que es autónoma con respecto a aquella³³. Por tanto, la consideración de la Sentencia como una nueva entrega de la saga *Solange*, en particular como una «*Solange III*», no sería correcta si con ello se pretendiera expresar una modificación, ruptura o cambio formal de la doctrina

30. Sobre el contenido y la función de estos conceptos como criterios directivos en la función de coordinación y mediación entre la Constitución alemana y el ordenamiento de la Unión *vid.* VOSSKUHLÉ, A., «Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Suplemento núm. 1, 2013, pp. 27-31.

31. Sentencia *Lisboa* de 30 de junio de 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08, núm. marginales 240, 241, 339.

32. Sentencia *Lisboa* de 30 de junio de 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08, núm. marginal 240.

33. BENDER, P., «Entscheidungsanmerkung», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, núm. 2, 2016, p. 263.

acuñada en la Sentencia *Solange II* o incluso una especie de retorno a la doctrina inicial contenida en la Sentencia *Solange I*³⁴.

Desde una perspectiva material, no obstante, la situación no está tan clara. La nueva formulación del control de la identidad constitucional no deroga, pero sí permite circunvalar el férreo veto que la reserva *Solange* impone en la práctica al control del derecho derivado de la Unión, que solo podría alzarse en el hipotético caso de que, desde una perspectiva general, se acreditara que el derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no garantizan una protección de los derechos fundamentales esencialmente equivalente a la que deriva de la Constitución alemana. En la técnica del control de identidad constitucional resuena, transformada, la vieja aspiración germana a supervisar la protección que la Unión Europea ofrece respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales alemanes³⁵. Si antes se ponía la línea de defensa constitucional en el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, ahora se sitúa en la preservación del núcleo vinculado a la dignidad humana. La fundamentación es distinta, y cambia la definición del contenido material resistente frente a la integración. Pero el propósito y el resultado práctico son muy similares.

El alcance de la formulación del control de la identidad constitucional se puede resumir en la afirmación contenida en el apartado 49 de la Sentencia: «el Tribunal Constitucional Federal garantiza de forma ilimitada y en el caso concreto, por la vía del control de la identidad, la protección de los derechos fundamentales que resulta indisponible de conformidad con el artículo 23, apartado 1, inciso tercero, en conexión con los artículos 79.3 y 1.1 LF». En esta fórmula se contiene las líneas principales del nuevo control de identidad.

La primera precisión importante de la Sentencia de 15 de diciembre de 2015 es que el control de la identidad constitucional no garantiza la tutela de todos y cada uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental, pues solo se activa para garantizar el núcleo indisponible, que ahora se identifica inequívocamente en el contenido que dimana de la garantía de la dignidad humana consagrada por el artículo 1.1 LF. En realidad, ya la Sentencia *Lisboa* había subrayado la relevancia del principio de culpabilidad en relación con la transferencia de nuevas competencias a la Unión en materia penal, afirmando que «forma parte de la identidad constitucional indisponible de conformidad con el artículo 79.3 LF, el cual también está protegido de las intervenciones del poder público ejercido a nivel supranacional»³⁶.

34. La «reserva *Solange*» fue esencialmente constitucionalizada en el artículo 23.1 LF con ocasión de la reforma constitucional relacionada con la ratificación del Tratado de Maastricht. Así pues, difícilmente podría el TCF modificar una línea jurisprudencial, como la «reserva *Solange*», incorporada al texto constitucional.

35. En este sentido LÓPEZ CASTILLO, A., «Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del Tribunal Constitucional Federal alemán en perspectiva», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, 2014, p. 127.

36. BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009, núm. marginal 364.

La segunda precisión importante es el carácter concreto del control de la identidad constitucional. Como se ha indicado, la nueva formulación del control de la identidad constitucional permite circunvalar el veto que la reserva *Solange* impone en la práctica al control del derecho derivado de la Unión. Ahora resulta viable controlar caso por caso el derecho derivado de la Unión con el parámetro constitucional de la identidad constitucional.

Otras precisiones adicionales son: a) el control de identidad constitucional sobre el derecho derivado de la Unión se llevará a cabo por la vía del recurso de amparo³⁷; b) las potestades de control del Tribunal Constitucional Federal se ejercerán de forma cautelosa y deferente con el derecho europeo³⁸; y c) antes de declarar la inaplicabilidad en Alemania de una medida europea que vulnere la identidad constitucional protegida por el artículo 79.3 en conexión con los artículos 1 y 20 LF se promoverá la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia³⁹.

Las nuevas precisiones del control de la identidad constitucional tienen, a su vez, implicaciones para los requisitos de admisibilidad de los correspondientes recursos de amparo: «Los requisitos estrictos para la activación del control de la identidad se traducen en exigencias cualificadas de admisibilidad de los correspondientes recursos de amparo. En particular ha de expresarse suficientemente de qué forma se ha vulnerado en el caso concreto la garantía de la dignidad humana protegida por el artículo 1 LF» (núm. marginal 50).

2.2. *La indeterminación del contenido de la dignidad humana resistente a la integración europea*

En el ordenamiento constitucional alemán la dignidad humana tiene una doble dimensión: es al mismo tiempo principio objetivo que informa todo el ordenamiento jurídico y derecho fundamental individual⁴⁰. Su peculiaridad estriba en que no es un derecho fundamental como los demás: en la práctica funciona como un «derecho fundamental fuente». La Sentencia objeto de análisis afirma que el principio de culpabilidad y las garantías procesales del acusado en el proceso penal pertenecen al contenido indisponible de la dignidad humana que consagra el artículo 1.1 LF. Pero esto no agota, ni mucho menos, el abanico de manifestaciones que puede cubrir y proteger la dignidad humana, ya sea como principio objetivo o como derecho fundamental. En la jurisprudencia constitucional alemana la garantía de la dignidad

37. Sentencia de 15 de diciembre de 2015, núm. marginal 43. En la sentencia *Lisboa*, de 30 de junio de 2009, núm. marginal 214, la cuestión se dejaba abierta, aunque se apuntaba la posibilidad de acudir a los controles concreto y abstracto de normas, al conflicto entre órganos constitucionales, al conflicto entre la Federación y los *Länder* y al recurso de amparo.

38. Sentencia de 15 de diciembre de 2015, núm. marginal 46.

39. Sentencia de 15 de diciembre de 2015, núm. marginal 46.

40. La dimensión jurídico-subjetiva de la dignidad humana, acogida por el TCF, tiene importantes críticos en la doctrina. Para un estado de la cuestión puede verse (el también crítico) ISENSEE, J., «§ 87 Würde des Menschen», en D. MERTEN y H.-J. PAPIER (Eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Vol. IV, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, pp. 69-76.

humana se ha proyectado sobre una extensísima serie de ámbitos y temas⁴¹. La amplitud de la tutela constitucional derivada de la dignidad humana tiene en Alemania raíces históricas y filosóficas; pero viene propiciada también por una circunstancia jurídico-formal, la relativa concisión del catálogo constitucional de derechos fundamentales, elaborado en 1949⁴².

Pero eso no es todo. La cláusula de la dignidad humana se relaciona también, y doblemente, con las demás disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Por un lado, según la jurisprudencia constitucional la garantía de la dignidad humana se proyecta materialmente sobre el ámbito de protección de los demás derechos fundamentales reconocidos en la Constitución alemana; en otros términos, todos los derechos fundamentales incorporan aspectos conectados con la dignidad humana. Por otro lado, el artículo 79.3 LF delimita el núcleo constitucional resistente a la reforma constitucional y, por ende, a la integración europea mediante la remisión a los artículos 1 y 20 LF. Y el artículo 1 no se reduce a la proclamación de la inviolabilidad de la dignidad humana (apartado 1); también declara que, «por tanto» (*darum*), el pueblo alemán se compromete con los derechos humanos invulnerables e inviolables (apartado 2) y que los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 2 y siguientes vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (apartado 3). Por tanto, puede sostenerse que, por vía del

-
41. Se incluyen los siguientes ámbitos y temas: identidad e integridad corporal (tortura, tratos degradantes e inhumanos; prohibición de expulsión o extradición a Estados en los que se practica la tortura; uso excesivo de la fuerza por funcionarios de policía; castigos corporales; tratamientos sanitarios; problemas de biomedicina, biotecnología y genética humana; embriones, inseminación artificial, clonación, importación de células madre; problemas con la eutanasia; trasplante de órganos; problemas con la interrupción del embarazo), identidad e integridad psíquico-moral (desarrollo de la personalidad y pena perpetua de reclusión, exigencias para el procedimiento y la ejecución penales; género y filiación; honor y personalidad; protección de la dignidad humana después de la muerte); requisitos mínimos para una existencia humana digna (límites al embargo; límites a la imposición fiscal; mínimo socio-cultural; mínimo existencial ecológico); igualdad jurídica básica; prohibición de interferencias estatales excesivas (principio de culpabilidad [pena de muerte, pena perpetua, medidas de seguridad, ejecución penal], servicio militar obligatorio, relaciones de sujeción especial, uso policial de armas de fuego, seguimiento policial, investigación de rasgos de la personalidad). Al respecto puede verse en detalle STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IV/1, C. H. BECK, Múnich, 2006, § 97 Die Würde des Menschen, pp. 23-59. Dos importantes sentencias sobre la dignidad humana (interrupción del embarazo y seguridad aérea) pueden leerse íntegramente en castellano en ALÁEZ CORRAL, B. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, CEPC-BOE, Madrid, 2008, pp. 727 y 886 y sigs. Debe destacarse que diversos autores alemanes critican la inflación del contenido de la garantía de la dignidad humana. Al respecto puede verse en inglés UNGER, S., "Human Dignity Shall Be Inviolable"- Dealing with a Constitutional Taboo», en K. S. ZIEGLER y P. H. HUBER (Eds.), *Current Problems in the Protection of Human Rights*, Hart, Oxford, 2013, pp. 189-201.
42. Así, el principio de culpabilidad o las garantías procesales básicas, que en la Constitución española se ubican en derechos fundamentales específicos (artículos 24.2 y 25 CE) se reducen en Alemania al ámbito de protección de la dignidad humana.

artículo 1 LF, todos los derechos fundamentales de la Constitución alemana podrían ser inmunes a la integración europea.

Ante este complejo escenario normativo la pregunta que surge inmediatamente es: ¿qué extensión material asumirá el contenido indisponible de la garantía de la dignidad humana como parámetro alemán de control del respeto de la identidad constitucional? ¿Un contenido mínimo, básico y esencial de la dignidad humana? ¿El contenido pleno del artículo 1.1 LF, esto es, la dignidad humana como derecho fundamental individual? ¿Un contenido mínimo de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental? Diversos autores alemanes suscriben esta última posición⁴³, lo que augura enormes dificultades para acotar de forma segura y previsible el ámbito de aplicación del control de la identidad constitucional. En qué medida la nueva formulación del control de la identidad constitucional supone una ruptura con la tradicional doctrina de la equivalencia de la protección dispensada por Luxemburgo, dependerá del criterio estricto o amplio con el que en el futuro se interprete el contenido indisponible de la dignidad humana que emana del artículo 1 LF.

2.3. *La (difícil) compatibilidad del control de identidad constitucional con la primacía del derecho de la Unión*

La mayor o menor extensión del contenido indisponible de la garantía de la dignidad humana en el ordenamiento constitucional alemán complica más o menos, pero no modifica, en cualquier caso, la cuestión principal: la difícil compatibilidad con la autonomía del derecho de la Unión de ese control material de constitucionalidad.

En el asunto *Omega*⁴⁴ el Tribunal de Justicia admitió la protección de la dignidad humana como causa legitimadora de una restricción estatal (alemana) al ejercicio de las libertades que presiden y enmarcan el mercado único. Esa Sentencia fue recibida favorablemente en la doctrina como una relativización importante de la tradicional «razón de integración» dominante en el discurso jurídico y político de la integración europea en beneficio de una lógica más afín a los valores de los derechos fundamentales. No obstante, hasta la fecha ese precedente jurisprudencial no ha evolucionado hasta convertirse en una forma de reserva de identidad nacional reconocida por el derecho de la Unión Europea⁴⁵.

No obstante, la Sentencia analizada afirma que el control de la identidad constitucional está establecido en el derecho primario de la Unión, en referencia al artículo 4.2 TUE. Ya la Sentencia *Lisboa* había argumentado que «la garantía de la identidad constitucional nacional en el Derecho constitucional y en el Derecho de la Unión

43. SCHARKOPF, «BVerfG aktiviert...», *cit.*; BENDER, «Entscheidungsanmerkung», p. 264; Goos, «Solange Zweieinhalb-Teil II», *cit.*

44. Vid. STJ de 14 de octubre de 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, as. C-36/02, p. I-9609.

45. Al respecto *vid.* KALBHEIM, J., «The National Identity of the Member States in Europe and the Jurisprudence of the European Court of Justice: Starting from *Omega*?», en K. S. ZIEGLER y P. H. HUBER (eds.), *Current Problems in the Protection of Human Rights*, Hart, Oxford, 2013, pp. 203-217.

van de la mano en el espacio jurídico europeo»⁴⁶. Sin embargo, el artículo 4.2 TUE impone el «respeto de la identidad *nacional*». Para algunos autores, la identidad nacional puede moderar la absoluta primacía del Derecho de la Unión en ciertas circunstancias a favor del derecho constitucional de uno o varios Estados miembros⁴⁷. La cuestión no ha sido todavía resuelta. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia emanada desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa parece excluirlo de forma implícita⁴⁸, entre otras, mediante la sentencia *Melloni*⁴⁹.

En cualquier caso, la «identidad nacional» de los Estados miembros es un concepto de derecho de la Unión que ha de interpretarse como tal y de forma unitaria para todos los Estados miembros⁵⁰. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la noción de «identidad nacional» se relaciona explícitamente con las «estructuras fundamentales políticas y constitucionales» de los Estados miembros, «también en lo referente a la autonomía local y regional». La orientación de la noción está dirigida a los principios básicos de la organización estatal y los valores básicos de cada Estado miembro⁵¹. Si las estructuras fundamentales y los valores básicos son comunes a todos los Estados miembros, no necesitan un respeto especial, pues constituirían el propio fundamento común de la Unión en virtud del artículo 2 TUE. Por eso, la cláusula del respeto de la identidad nacional ha de referirse a aquellas singularidades que tienen importancia para un determinado Estado miembro, entre las que se debe incluir en todo caso el núcleo constitucional resistente a la integración⁵². La interpretación de la noción de identidad nacional obliga al Tribunal de Justicia a cooperar de forma estrecha con los órganos constitucionales de los Estados miembros, a quienes corresponde un papel prioritario y determinante en la identificación

46. Sentencia *Lisboa*, BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009, núm. marginal 240.

47. Atendiendo a su ubicación y contenido, VON BOGDANDY, A. y SCHILL, S., «Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1417-1454, argumentan que el artículo 4.2 TUE es la cláusula de apertura de la primacía del Derecho de la Unión hacia el Derecho constitucional de los Estados miembros y que modula el absoluto rigor del principio de primacía; en términos similares, WENDEL, M., «Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives», *European Constitutional Law Review*, vol. 7, 2011, p. 135.

48. OBWEXER, W., «Artikel 4 EUV», en H. VON DER GROEBEN, J. SCHWARZE y A. HATJE (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7ª ed., vol. 1, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 80-81.

49. Vid. STJ [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, *Stefano Melloni*, apartado 60; a pesar del criterio contrario sostenido por el Abogado General Y. BOT en sus conclusiones (punto 139).

50. OBWEXER, «Artikel 4 EUV», *cit.*, p. 79.

51. OBWEXER, «Artikel 4 EUV», *cit.*, p. 79.

52. OBWEXER, «Artikel 4 EUV», *cit.*, p. 79. Así, en Alemania, ese núcleo se identifica con los principios reconocidos en el artículo 20 LF (democracia, república, Estado federal, Estado social, división de poderes, Estado de derecho y vinculación a los derechos fundamentales) y protegidos por el artículo 79 LF; a ello se añadiría la condición de Estado (VEDDER, C., «Artikel 4 EUV», en C. VEDDER y W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 60). Pero ello está, en gran parte, absorbido por el artículo 2 TUE.

y delimitación de los contenidos que cabe incluir en la noción jurídico-europea de identidad nacional.

Pero la cuestión de hasta qué punto el derecho de la Unión puede y debe limitar, en su caso, su primacía sobre el derecho constitucional de los Estados miembros sigue siendo una cuestión a determinar por el Tribunal de Justicia, de acuerdo con el derecho de la Unión⁵³. La cláusula de «respeto de la identidad nacional» del artículo 4.2 TUE no habilita ni reconoce competencia alguna a los órganos de los Estados miembros encargados de garantizar la supremacía de la respectiva Constitución para controlar la compatibilidad del derecho derivado de la Unión con el núcleo constitucional indisponible.

2.4. *Un control de identidad constitucional que de momento se queda en mera advertencia*

La Sentencia de 15 de diciembre de 2015 fundamenta un control de identidad constitucional, pero, una vez activado, concluye que la identidad constitucional no ha sido vulnerada en el caso concreto. La extensa formulación del control de identidad constitucional cumple dos funciones que operan en dos planos distintos: una función material y *ad extra* y una función procesal y *ad intra*. La primera es, como veremos, la más controvertida, pero sin la segunda se habría producido una importante e injustificada ruptura de una línea jurisprudencial asentada desde 1986.

La función procesal y *ad intra* consiste en la justificación de la apertura del control de constitucionalidad, en el marco del recurso de amparo, sobre un acto realizado por un poder público interno. De acuerdo con la reserva *Solange II*, el Tribunal Constitucional Federal no controla los actos y normas de los poderes públicos alemanes dictados en ejecución del derecho de la Unión. No obstante, excepcionalmente, la doctrina sobre el control de la identidad constitucional le permite al Tribunal alemán entrar a conocer un acto interno de ejecución del derecho de la Unión (en este caso, la decisión marco relativa a la euroorden)⁵⁴. Por esa misma razón, el recurso de amparo está sujeto a requisitos de admisibilidad más estrictos que de ordinario. En definitiva, la invocación del control de la identidad constitucional le permite al Tribunal levantar la barrera autoimpuesta en la Sentencia *Solange II* y que fue sancionada por el poder constituyente constitucionalizado, al reformar la dicción del artículo 23.1 LF, que le impide controlar los actos de aplicación del derecho de la Unión adoptados por los poderes públicos alemanes, en tanto en cuanto la Unión

53. WENDEL, «Lisbon Before the Courts...», *cit.*, p. 135; en términos similares, MILLET, F. X., «The French Constitutional Council and the CJEU: Between Splendid Isolation, Communication and Forced Dialogue», en M. CLAES, M. DE VISSER, P. POPELIER y C. VAN DE HEYNING (Eds.), *Constitutional Conversations in Europe*, Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2012, p. 263.

54. Así se reconoce expresamente en el apartado 34: «con independencia de su jurisprudencia previa relativa a la inadmisibilidad de recursos de amparo y de las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante las cuales se alega la vulneración de derechos fundamentales de la Ley Fundamental por el Derecho derivado de las Comunidades Europeas o de la Unión Europea».

garantice una protección de los derechos fundamentales equivalente en lo esencial a la de la Ley Fundamental.

La paradoja es que una vez superada la barrera de la admisibilidad, el recurso de amparo sigue su curso como si se tratara de un recurso ordinario, con independencia de que se haya determinado que la decisión marco contiene garantías equivalentes a las de la Ley Fundamental y que, por tanto, no vulnera la identidad constitucional alemana. La Sentencia concluye con un pronunciamiento estimatorio por una vulneración «ordinaria» de un derecho fundamental alemán, originada por una incorrecta aplicación de la norma por el juez alemán, que incumple el deber, extraído de la decisión marco, de comprobar los indicios que alegue la parte sobre la insuficiencia de las garantías procedimentales existentes en el Estado solicitante⁵⁵. La Sentencia deja, por tanto en el lector, un poso de artificialidad. Por otro lado, el control de la identidad *constitucional* desarrollado en la Sentencia sirve en último término, en una nueva paradoja, ipara garantizar que los jueces alemanes cumplen efectivamente con el derecho *de la Unión!* (eso sí, debidamente interpretado para que coincida con la Ley Fundamental)⁵⁶.

La invocación y desarrollo del control de la identidad constitucional tiene también repercusiones *ad extra*. Karlsruhe enarbola la identidad constitucional alemana como límite de la integración europea y advierte de que está dispuesto, llegado el caso, a ejercer ese control. Diversas interpretaciones en cuanto al objeto real de la preocupación del Tribunal alemán son posibles: la doctrina *Melloni*, el principio de confianza mutua, el nivel de protección de los derechos fundamentales en general, el dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia en particular, el procedimiento entonces pendiente de resolución sobre la constitucionalidad del OMT⁵⁷, etc. Probablemente de todo hay un poco.

55. BILZ, «Konfrontation...», *cit.*

56. El resultado final podría avalar los planteamientos defendidos recientemente por algunos autores alemanes sobre la conveniencia de incorporar la garantía de los derechos fundamentales de la Unión al canon alemán de constitucionalidad. *Vid.* THYM, D., «Separation versus Fusion- or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice», *European Constitutional Law Review*, vol. 9, 2013, pp. 391-419; GRIEBEL, J., «Doppelstandards des Bundesverfassungsgerichts beim Schutz europäischer Grundrechte», *Der Staat*, núm. 3, vol. 52, 2013, pp. 371-399; BÄCKER, M., «Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte», *Europarecht*, núm. 4, 2015, pp. 389-414. Un resumen de dichos planteamientos puede encontrarse en mi libro *La tutela de los derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 143-147, en una discusión más amplia sobre las ventajas e inconvenientes de los modelos de separación y de incorporación de los estándares europeos al canon de constitucionalidad. Debe subrayarse que fue la reciente sentencia *Åkerberg Fransson* del Tribunal de Justicia (2013) la que empezó a socavar el terreno en el que hasta entonces se había fundamentado la (estricta) doctrina de la separación de objetos (y parámetros) de control que proviene de *Solange II*.

57. BENDER, «Entscheidungsanmerkung», *cit.*, p. 264.

Ante todo, es evidente el amplio rechazo a la doctrina de la Sentencia *Melloni* del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013⁵⁸. Una Sentencia, que junto a la Sentencia *Åkerberg Fransson*, ambas adoptadas en formación de Gran Sala el mismo día, establecieron «las normas básicas de un nuevo marco de derechos fundamentales en Europa»⁵⁹. El Tribunal alemán no esconde su rechazo, sino que lo proclama solemnemente. En el apartado 83 de la Sentencia analizada declara que dos postulados centrales sentados por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* (la ejecución de una euroorden no puede condicionarse a la revisión de la condena impuesta en ausencia en el Estado miembro solicitante⁶⁰; «el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor»⁶¹) *no eximen a las autoridades y jueces alemanes de garantizar los principios del artículo 1.1 LF en una entrega para la ejecución de una euroorden.*

El Tribunal alemán también se desvincula del valor preponderante asignado al principio de confianza mutua en la Sentencia *Melloni* del Tribunal de Justicia⁶². El principio de confianza mutua es una de las «víctimas» de la Sentencia. Para Karlsruhe, el principio de confianza mutua no es más que una presunción *iuris tantum*, que puede destruirse si se alegan indicios de que, en el caso concreto, no se reúnen las garantías mínimas para la protección de la dignidad humana. En suma, reformula el principio de confianza mutua como mera presunción *iuris tantum* y lo dota de un régimen de oposición que él mismo podrá apreciar a través del recurso de amparo. Con ello, se pone en cuestión el sistema de armonización practicado en diversas materias dentro del espacio de seguridad, libertad y justicia; sistema en el cual, si la regulación sustantiva es exhaustiva y así ha sido declarado por el Tribunal de Justicia, no hay ya margen alguno para rechazar su aplicabilidad.

-
58. En la Sentencia de 24 de abril de 2013, 1 BvR 1215/07, la Sala Primera del TCF alemán también puso reparos a la interpretación expansiva del ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales sentada en la STJ [Gran Sala] también de 26 de febrero de 2013, as. C-617/10, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*. Al respecto puede consultarse ARZOZ SANTISTEBAN, *La tutela...*, cit., p. 47, nota 116.
59. SARMIENTO, D., «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, p. 1269.
60. STJ [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, *Stefano Melloni*, apartado 46.
61. STJ [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, *Stefano Melloni*, apartado 64.
62. El Tribunal de Justicia había afirmado que «poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco» vendría «a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco». Vid. STJ [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, *Stefano Melloni*, apartado 63.

Además de las advertencias dirigidas al Tribunal de Justicia, también se busca la complicidad de otros altos tribunales europeos. Es muy ilustrativa la lista de resoluciones de hasta nueve Tribunales Constitucionales o Supremos de Estados miembros que, de alguna manera, han proclamado en el pasado los límites de la integración europea en perspectiva constitucional. También es reveladora la amplia referencia al contenido del FJ 3 de la STC 26/2014, de 13 de febrero (RTC 2014, 26), relativa al asunto *Melloni*, en la que se reitera la doctrina de los «contralímites» de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre. Esas consideraciones de derecho comparado, que constituyen una novedad en una jurisprudencia constitucional eminentemente autorreferencial, tendrían dos objetivos: por un lado, apuntalar la legitimidad de la puesta a punto de su control de identidad constitucional; por otro, persuadir a otros tribunales constitucionales –¿especialmente al español?– a sumarse a la protección de la identidad constitucional en el marco de la integración europea.

3. LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL DE LA DECISIÓN MARCO SOBRE LA EURO-ORDEN, SIN PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El otro aspecto llamativo de la Sentencia analizada es la interpretación que realiza sobre el derecho de la Unión, en particular sobre la decisión marco relativa a la orden de detención europea. Las reflexiones del Tribunal Constitucional Federal, que incluyen no solo el derecho de la Unión, sino también, y ampliamente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, están bien construidas y sin duda resultarán sugerentes para quienes abogan por un alto nivel de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Rebasaría el marco de este comentario analizar el contenido de esas garantías en ese triple marco de protección y su efectiva coincidencia. Por ello, el siguiente análisis se centrará en los problemas de esa argumentación.

Desde una perspectiva material, los razonamientos y las conclusiones del Tribunal alemán pueden no ser tan evidentes e imponerse con tanta claridad para un observador externo. Hay dos aspectos problemáticos. El primero es que, según la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea: «dichos Estados solo pueden negarse a ejecutar tal orden en los supuestos de no ejecución enumerados en los artículos 3, 4 y 4 bis de la Decisión marco y únicamente pueden supeditar su ejecución a las condiciones definidas en el artículo 5 de dicha Decisión marco»⁶³. Sin embargo, el Tribunal alemán no acepta esa jurisprudencia y busca límites implícitos a la ejecución de la decisión marco. El segundo aspecto problemático es la afirmación de un nivel de protección en la Unión Europea coincidente con el derivado del Convenio y de la Constitución alemana. El Tribunal Constitucional Federal afirma

63. STJ [Gran Sala] de 16 de julio de 2015, C-237/15 PPU, *Francis Lanigan*, apartado 36, citando las SSTJ *West* de 28 de junio de 2012, C-192/12 PPU, apartado 55, *Melloni* de 26 de febrero de 2013, C-399/11, apartado 38, y F. de 30 de mayo de 2013, C-168/13 PPU, apartado 36.

con rotundidad que la dignidad humana, en relación con las garantías procedimentales del acusado, está *igualmente* protegida por la Ley Fundamental, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el derecho de la Unión. Toda la argumentación del Tribunal alemán viene a proyectar sobre la decisión marco una interpretación conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴. Si se aceptan los argumentos de Karlsruhe, la decisión marco puede considerarse compatible con la Ley Fundamental. El alto Tribunal alemán proclama una coincidencia en el nivel de protección de los tres instrumentos normativos de protección de los derechos humanos/fundamentales que operan en suelo alemán (la Carta, el Convenio y la Constitución), pero no cabe duda de que la perspectiva realmente relevante es la de la Constitución alemana; no, en vano, es el control de la identidad constitucional lo que está en liza. En la argumentación late la amenaza de que, si no se aceptaran los argumentos de Karlsruhe, tampoco valdría la conclusión alcanzada de compatibilidad con la Constitución alemana de la decisión marco y, entonces, estaría plenamente justificada la futura activación del control de identidad constitucional.

Incluso aunque se las considere razonables⁶⁵, el otro problema de las reflexiones del Tribunal Constitucional Federal es que las realiza un tribunal de un Estado miembro, no la única instancia competente según los tratados constitutivos para interpretar el derecho de la Unión: el Tribunal de Justicia. Si el alto Tribunal alemán pretendía matizar el criterio del Tribunal de Justicia de que los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea salvo en los supuestos previstos en la decisión marco de forma que en el ámbito de la decisión marco se aceptasen garantías análogas a las de la Ley Fundamental, lo preceptivo para un Tribunal Constitucional que se considera «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» en el sentido del artículo 267 TFUE⁶⁶ habría sido promover la cuestión judicial ante el Tribunal de Justicia, proponiéndole la interpretación en cuestión, y esperar a su confirmación o rechazo. En lugar de plantear la cuestión prejudicial como su homólogo español,

64. Vid. núm. marginal 84: no es necesario acudir a la limitación de la primacía aplicativa de la decisión marco, «porque tanto la propia decisión marco como la Ley alemana de transposición [...] permiten una interpretación que tenga en cuenta las garantías mínimas de los derechos del acusado en caso de entrega que derivan del artículo 1.1 LF».

65. Una propuesta interpretativa similar había sido sugerida ya en relación con la sentencia *Melloni* del Tribunal de Justicia. Entonces el Tribunal de Justicia tenía la opción entre, por un lado, continuar por la vía de la aplicación estricta de la decisión marco, sin más excepciones que las previstas por el texto, y, por otro, entreabrir la posibilidad de indicar que la confianza mutua en la que se basa la orden de detención europea no es más que una presunción y no puede cerrar los ojos a la hipótesis de una violación de los derechos fundamentales, al igual que había hecho en la *Sentencia MSS* en el ámbito del asilo, también regido por la confianza mutua en el respeto de los derechos fundamentales por los demás Estados miembros. Vid. H. LABAYLE, «Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle», 3 de marzo de 2013, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/03/cooperation-judiciaire-penale/mandat-darret-europeen-et-degre-de-protection-des-droits-fondamentaux-quand-la-confiance-se-fait-aveugle/>.

66. Vid. *supra* nota 29.

se ocupa él mismo de extraer del derecho de la Unión interpretado de conformidad con el Convenio –y, por tanto, *para todo el ámbito del derecho de la Unión*– garantías iusfundamentales equivalentes a las que se desprenden del artículo 1.1 LF.

De toda la construcción que efectúa la Sentencia, el punto más débil es seguramente la expeditiva forma en que justifica el rechazo a promover una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En la peor tradición de ciertos tribunales de última instancia en algunos Estados miembros, se limita a invocar de forma lapidaria dos argumentos: a) la interpretación del derecho de la Unión en este punto es clara; y b) el derecho de la Unión no está en conflicto en esta materia con la protección de la dignidad humana que dimana de la Ley Fundamental.

El primer argumento se agota en la Sentencia en la citada afirmación. No hay siquiera referencia a si la materia se incardina dentro del ámbito de aplicación del derecho de la Unión. Con arreglo a los criterios consolidados la conclusión debía haber sido la opuesta: se trata de un caso de ejecución del derecho de la Unión, en el que las disposiciones internas están totalmente determinadas por aquel, y la interpretación que realiza el alto Tribunal alemán sobre la decisión marco no puede considerarse «acto claro» en el sentido de la jurisprudencia *Cilfit*⁶⁷. El planteamiento de la cuestión prejudicial era insoslayable⁶⁸.

El segundo argumento es irrelevante desde la perspectiva europea. Ese supuesto de planteamiento no está basado en el artículo 267 TFUE o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino que deriva de la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional Federal, en conexión con el criterio de interpretación de la Ley Fundamental favorable al derecho europeo. Al igual que anunció en la Sentencia *Lisboa* de 30 de junio de 2009⁶⁹ y llevó a la práctica en el asunto *OMT*⁷⁰, el Tribunal Constitucional Federal reitera, al final

67. Compárese, por ejemplo, con las consideraciones que efectúa a este propósito la Sentencia de la Sala Primera del TCF de 24 de abril de 2013, 1 BvR 1215/07, núm. marginales 88-89.

68. STEINBEIS, «Europarechtsbruch...», *cit.*; GUIRESSE, «Quand le juge constitutionnel allemand...»; BILZ, «Konfrontation...», *cit.* El primer autor citado, en un comentario del mismo día de publicación de la sentencia, abogaba incluso por que el Tribunal de Düsseldorf, tras conocer la anulación por el TCF de su resolución sobre la ejecución de la orden de detención europea, promoviese una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. La fuerza vinculante de la sentencia constitucional no es óbice para ello. Como se recordará, de acuerdo con la doctrina de la sentencia *Rheinmüllen* del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 1974, as. 166/73, «una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas» (apartado 4). Así pues, el Tribunal de Düsseldorf podría inquirir al de Luxemburgo sobre la compatibilidad con el derecho de la Unión de los fundamentos de su autorización judicial de la entrega anulada por Karlsruhe. Salvo error por mi parte, hasta la fecha no se ha planteado una cuestión prejudicial en ese sentido. No cabe imaginar el conflicto constitucional que se abriría si el Tribunal de Düsseldorf elevara una cuestión prejudicial de ese calado.

69. BVerfG, 2 BvE 2/08, núm. marginal 234.

70. Vid. BVerfG, 2 BvR 2728/13, de 14 de enero de 2014.

de la resolución comentada, que promoverá la cuestión prejudicial antes de declarar que una medida de la Unión vulnera la identidad constitucional consagrada en la Ley Fundamental y que, por tanto, resulta inaplicable en Alemania. En otras palabras: un nuevo recordatorio de que, todavía, no ha llegado el momento.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. ¿QUÉ DIÁLOGO CON EL TRIBUNAL DE JUSTICIA?

Al igual que hiciera en su planteamiento de la cuestión prejudicial el 14 de enero de 2014, el Tribunal Constitucional Federal alemán se pone de nuevo en la Sentencia de 15 de diciembre de 2015 en su papel de «comprometido garante de la identidad constitucional mediante asunción de una posición de intérprete informado que, bien indirecta o mediatamente, bien en diálogo inmediato y directo con el TJUE, se permite adelantar interpretaciones del [derecho de la Unión Europea], en su opinión, compatibles con el programa de integración y al efecto de eludir, en todo caso, lecturas que fuesen a resultar incompatibles con una cláusula de identidad constitucional de cuya salvaguardia constitucionalmente responde»⁷¹.

En la Sentencia de 15 de diciembre de 2015 el alto Tribunal alemán utiliza con el Tribunal de Justicia la vieja estrategia del palo y la zanahoria. La zanahoria es una oferta de interpretación de la decisión marco conforme a las garantías reconocidas de forma coincidente en un triple ámbito de protección de los derechos humanos (la Carta, el Convenio y la Constitución). La oferta de Karlsruhe solo puede aceptarse o rechazarse en bloque. El palo es la amenaza de ejercer el control de identidad constitucional sobre los actos de los poderes públicos alemanes que no respeten las garantías básicas que dimanen del artículo 1.1 LF, con la consiguiente declaración de inaplicabilidad parcial de la decisión marco en el territorio alemán.

¿Puede interpretarse la Sentencia en su conjunto como una invitación al diálogo, como sostienen algunos autores⁷²? Ciertamente el Tribunal alemán toma precauciones para acotar el impacto de la Sentencia. Pero la prudencia y la moderación que refleja la Sentencia no deben confundirse con voluntad de diálogo, que es otra cosa. La determinación y la gravedad de las declaraciones que contiene la Sentencia, que afectan a elementos estructurales del derecho de la Unión (primacía del derecho de la Unión, principio de confianza mutua) y a pronunciamientos importantes de la concepción del Tribunal de Justicia sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales (sentencia *Melloni*), sin plantear previamente una cuestión prejudicial reclamada en todo caso por el artículo 267 TFUE, en conexión con la amenaza directa de ejercer en caso contrario el control de la identidad constitucional, ponen de relieve que el

71. LÓPEZ CASTILLO, «Entre europeización...», *cit.*, p. 135. En su ensayo sobre la jurisprudencia constitucional alemana relativa a la integración europea el autor destaca el activismo del TCF alemán.

72. SCHORKOPF, «BVerfG aktiviert...», *cit.*, subtítulo su comentario «Karlsruhe quiere comunicación, no confrontación»; M. GUIRESSE, «Quand le juge constitutionnel...», *cit.*

concepto de diálogo que se propicia es, en todo caso, muy particular. En su descargo puede aducirse que Karlsruhe ya ha escarmentado primero en cabeza ajena (Tribunal Constitucional español) y luego en cabeza propia (la cuestión prejudicial sobre el mecanismo de la OMT) el trato ofrecido en Luxemburgo a las cuestiones prejudiciales provenientes de los tribunales constitucionales y, en consecuencia, ha preferido imponer «su» interpretación del derecho de la Unión, sin pasar por el Tribunal de Justicia.

En una reciente Sentencia de 5 de abril de 2016⁷³, el Tribunal de Justicia, en formación de Gran Sala, ha admitido por primera vez una relativización del principio de confianza mutua y, por ende, de la aplicación estricta de la decisión marco, en respuesta a dos peticiones de decisión prejudicial promovida por un juez alemán. Las personas detenidas habían alegado contra su entrega a los Estados miembros (Rumania y Hungría) emisores de las correspondientes órdenes de detención europea las condiciones de reclusión en esos Estados. Además de la violación grave y persistente por un Estado miembro de los principios contemplados en el artículo 2 TUE, el Tribunal de Justicia admite dos bases para una eventual relativización de la decisión marco: las «circunstancias excepcionales» (dictamen 2/13, punto 191) y «la obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como se hallan consagrados, en particular, en la Carta». Acudiendo a esta última vía recuerda el carácter absoluto de la prohibición de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, establecida en el artículo 4 de la Carta, «indisociable del respeto de la dignidad humana», recogido en el artículo 1 de la Carta. Esos artículos consagran, al igual que el artículo 3 CEDH, «uno de los valores fundamentales de la Unión y de sus Estados miembros». Por tanto, el respeto del artículo 4 de la Carta es una obligación de los órganos judiciales de los Estados miembros cuando aplican la Carta. En consecuencia, la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución, basándose en «elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados» que demuestren deficiencias sistémicas o generalizadas, deberá apreciar la existencia de un riesgo real de que se pueda infligir un trato inhumano o degradante a la concreta persona de que se trate, debido a las condiciones de reclusión previstas en el Estado miembro emisor.

¿Es una reacción de Luxemburgo a la sentencia de Karlsruhe aquí analizada? No necesariamente. Por un lado, el Tribunal de Justicia inserta su decisión en su jurisprudencia previa, invocando expresamente tanto la sentencia *Melloni* como el dictamen 2/13; y nada permite acreditar «cesión» o «doblegamiento». Por otro lado, recuerda que, según su doctrina, «el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante» son derechos que rigen en el derecho de la Unión con carácter absoluto⁷⁴. Además, la sentencia de 5 de abril de 2016 tiene un precedente importantísimo en materia de asilo, que, sorprendentemente, no se menciona: la STJ de 21 de diciembre de 2011, as. ac.

73. STJ [Gran Sala] de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15 PPU, Pál Aranyosi y Robert Căldăraru.

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

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

2. ¿DE DÓNDE OBTIENE SU LEGITIMIDAD EL ACTIVISMO JUDICIAL ALEMÁN?

El control de la identidad constitucional formulado en la Sentencia de 15 de diciembre de 2015 trasciende al ámbito de la orden de detención europea. Viene para quedarse. En los términos formulados por el Tribunal Constitucional Federal alemán (vinculación material a la garantía constitucional de la dignidad humana, carácter concreto, y tramitación a través del recurso de amparo), implica una importante forma de control sobre el derecho derivado de la Unión.

Uno puede dar por bueno y hasta alegrarse por el resultado final pretendido –una interpretación de los derechos fundamentales de la Unión al más alto nivel de protección– pero eso no significa que el medio para alcanzar ese resultado sea el adecuado.

La integración europea tiene límites, eso es indudable. Lo acredita el artículo 23.1 de la Ley Fundamental, y de forma explícita o implícita se indica también en disposiciones constitucionales de otros Estados miembros. El problema es la construcción jurídica que se quiere erigir sobre esa base. Los límites constitucionales no conforman por sí mismos competencias de control⁷⁶. El silencio del texto constitucional a este respecto es elocuente: «Sostener que en esa tarea se está actualizando la legitimidad del poder constituyente exige, sin duda, grandes dosis de flexibilidad mental»⁷⁷. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán no solo fundamenta en los límites constitucionales expresos de la Ley Fundamental una responsabilidad

75. La doctrina ha atribuido una relevancia «constitucional» a esta sentencia *vid.* CANOR, I., «*My brother's keeper? Horizontal Solange: "An ever closer distrust among the peoples of Europe"*», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 383-422.

76. GOOS, «*Solange Zweieinhalb-Teil II*», *cit.*

77. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Sobre la utilidad contemporánea del concepto de poder constituyente», en M. A. GARCÍA HERRERA, J. ASENSI SABATER y F. BALAGUE CALLEJÓN (Dir.), *Constitucionalismo crítico. Liber Amicorum Carlos de Cabo Martín*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 854.

abstracta de velar por su observancia⁷⁸. También extrae competencias concretas de control plenamente acabadas y operativas, con un contenido preciso, que, como se aprecia en el presente caso, está dispuesto a utilizar cuando llegue el momento.

Ahora bien, qué, cuándo y cómo se controla el derecho derivado de la Unión y, por tanto, el alcance de la integración europea no es una cuestión meramente jurídica a resolver por un Tribunal Constitucional, sino una cuestión de hondo calado político, que necesita un respaldo constitucional inequívoco y, cuando menos, una intervención del legislador competente⁷⁹. La Ley Fundamental de Bonn encomienda al legislador la tarea de regular los procedimientos que se desarrollan ante el Tribunal Constitucional (artículo 94.2 LF) y de atribuirle, en su caso, funciones adicionales a las constitucionalmente previstas (artículo 93.3 LF). Ni la Constitución ni ninguno de los procedimientos regulados en la Ley del Tribunal Constitucional Federal contemplan el derecho derivado de la Unión como objeto de control, ni la dignidad humana como parámetro cualificado de control. De la misma forma que la doctrina *Solange II* se incorporó al texto constitucional, también el control de identidad constitucional y sus límites deberían quedar plasmados en la Constitución. La facilidad del procedimiento alemán de reforma constitucional lo permite y exige. Hasta la fecha el legislador alemán ni siquiera ha seguido la sugerencia realizada en la Sentencia *Lisboa* de prever «un procedimiento contencioso adicional, diseñado esencialmente para el control *ultra vires* y el control de identidad constitucional, a fin de garantizar la obligación de los órganos alemanes de dejar de aplicar en Alemania, en casos concretos, los actos jurídicos de la Unión que sobrepasen las competencias de la Unión o violen la identidad constitucional»⁸⁰. Todo ello no ha impedido al Tribunal Constitucional Federal continuar con su propia hoja de ruta, como se desprende de la Sentencia analizada en este comentario. Con ello se corre el peligro de que el juez constitucional, definiendo el perímetro de su propia jurisdicción, deje de operar como poder constituido y se vuelva dueño de la Constitución por encima de los demás poderes. La misma soberanía que afirma salvaguardar frente a la integración europea, «radicada en la prerrogativa de la Constitución alemana de mantener la última palabra, en tanto que derecho de un pueblo a decidir de un modo constitutivo sobre las cuestiones fundamentales relativas a su propia identidad»⁸¹, le debería llevar al Tribunal Constitucional Federal a considerar la necesidad de que sea el pueblo quien determine de un modo constitutivo qué, cuándo y cómo se controla el derecho derivado de la Unión.

78. Sentencia *Lisboa*, BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009, núm. marginal 336: «En el marco de sus competencias, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes para el control constitucional no se les puede privar –al menos esta es la concepción de la Ley Fundamental– de la responsabilidad que tienen para fijar los límites que se imponen a la habilitación constitucional para la integración y para la salvaguardia de la identidad indisponible de la Constitución».

79. Goos, «Solange Zweieinhalb-Teil II», *cit.*

80. BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009, núm. marginal 241.

81. BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009, núm. marginal 340.