

Pluralismo Constitucional Europeo tras la ampliación*

Un análisis de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal Constitucional polaco

*Jan Komárek***

Ministerio de Asuntos Exteriores (República Checa)
LL.M. (Universidad de Estocolmo)

SUMARIO

- I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POLACO Y SU CONCEPCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO: LA SENTENCIA DEL TRATADO DE ADHESIÓN—A) *La competencia del TCP para enjuiciar el Derecho comunitario*—B) *El carácter múltiple del ordenamiento polaco*—C) *Los límites del Derecho comunitario impuestos por la Constitución polaca*—a) La salvaguarda de los límites competenciales—b) La protección de los derechos fundamentales—D) *Solucionando conflictos constitucionales*—a) El principio de primacía – aplicando los principios de *best fit* de Kumm—b) *Institutional choice*—c) La Sentencia y los principios del contrapunto jurídico
- II. LA SENTENCIA EURO-ORDEN – ¿LOS COMPROMISOS EUROPEOS EN SERIO?—A) *La Decisión Marco reguladora de la euro-orden y la extradición de los ciudadanos del Estado requerido*—B) *La entrega como una subespecie de la extradición*—C) *Los límites temporales de los efectos de la Sentencia, como consecuencia de una ponderación entre principios*—D) *«La insoportable levedad de decidir»: ¿cumplió adecuadamente el TCP con su cometido institucional?*
- III. CONCLUSIÓN

* Traducción de Daniel Sarmiento.

** jankomarek@centrum.cz.

El 27 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional Polaco se incorporó al debate constitucional europeo con una sonora estridencia, al anular la disposición del Código Procesal Penal polaco por la que se transponía la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros¹. El fallo se hizo público al mismo tiempo que se celebraban las jornadas de trabajo «*Après Enlargement*» en el Instituto Universitario de Florencia, donde se hacía balance del primer año desde la adhesión de los diez nuevos Estados miembros y, a la inversa, de la experiencia de las Instituciones europeas con aquéllos. Algunos participantes fueron muy críticos con el Tribunal por la actitud abiertamente anti-europea de la Sentencia, lo que llevó al ponente de la misma, M. Wyrzykowski, presente en las jornadas, a comenzar su intervención definiéndose a sí mismo como «un juez acusado».

En el presente trabajo justificaré las resoluciones del Tribunal Constitucional Polaco (en adelante TCP) y las expondré en el contexto del debate constitucional que se está produciendo actualmente en Europa. Lo haré sobre la base de dos resoluciones, puesto que la Sentencia euro-orden fue seguida poco después por otro pronunciamiento que, a pesar de la poca atención que ha recibido, merece un análisis aún más detallado. La segunda Sentencia versa sobre el Tratado de Adhesión de Polonia, y en ella el TCP analizó el estado actual del Derecho de la Unión Europea bajo el parámetro de la Constitución polaca².

Estas dos Sentencias merecen nuestra atención no sólo porque el TCP fuera el primero de los Tribunales Constitucionales de los nuevos Estados miembros en pronunciarse sobre el Derecho comunitario³. Las Sentencias también reflejan el estado actual del debate constitucional europeo, poniendo el énfasis sobre los caracteres pluralistas del ordenamiento comunitario, al mismo tiempo que destacan la imposibilidad de encontrar respuestas sencillas.

¹ Sentencia de 27 de abril de 2005, P 1/05. Puede consultarse tanto el resumen como una versión íntegra y en inglés en <http://www.trybunal.gov.pl>. Al Tribunal Constitucional polaco le siguió el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su decisión de 18 de julio de 2005, 2 BvR 2236/04, disponible en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html.

² Puede consultarse un breve comentario de las Sentencias, aunque en un tono, en mi opinión, demasiado pro-europeo, en KOWALIK-BAŃCZYK, K., *Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law*, 6 German Law Journal, 1355 (2005), disponible en <http://www.germanlawjournal.org>.

³ El Tribunal Constitucional húngaro se ha pronunciado ya en un asunto relativo a la ejecución de Reglamentos comunitarios. No obstante, el caso versaba sobre unos hechos acaecidos con anterioridad a la adhesión de Hungría a la Unión. Véase el comentario crítico de SAJO, A., *Learning Co-operative Constitutionalism the Hard Way: the Hungarian Constitutional Court Shying Away from EU Supremacy*, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 3/2004, 351.

llas a los problemas que plantea la relación entre el Derecho comunitario y las Constituciones nacionales⁴. Por un lado, ambas Sentencias explicitan hasta dónde están dispuestos a llegar los Tribunales Constitucionales con el fin de conciliar conceptos tradicionales como «Estado» y «Constitucionalismo de base estatal» con el hecho de su adhesión a la Unión Europea. Por otro, y como contrapunto, las Sentencias también nos muestran la existencia de límites infranqueables que las Constituciones nacionales imponen (en opinión de estos Tribunales) sobre el proceso de integración europea.

La extensión de este trabajo no me permite desarrollar una teoría general del constitucionalismo europeo o de los conflictos constitucionales que podrán surgir tras la ampliación⁵. Sin embargo, a lo largo de estas páginas adoptaré un enfoque pluralista, con el objeto de analizar las estructuras constitucionales con la vista puesta más allá del Estado nacional, en los términos propuestos por N. MACCORMICK⁶. Emplearé como referencia los recientes trabajos de Miguel P. Maduro y Mattias KUMM, en la medida en que aplican una teoría constitucional pluralista al terreno práctico, y muy en concreto, aunque no sólo, al ámbito de los Tribunales⁷. Por tanto, podemos ahora preguntarnos: ¿qué significa el pluralismo constitucional para el TCP?

I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POLACO Y SU CONCEPCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO: LA SENTENCIA DEL TRATADO DE ADHESIÓN

La Sentencia en la que se aprecia de una forma más comprensiva la concepción que tiene el TCP del ordenamiento comunitario, es la relativa a la constitucionalidad del Tratado de Adhesión. A pesar de que fuera dictada

⁴ A lo largo de este trabajo marcaré una distinción entre el Derecho comunitario, entendido como el ordenamiento creado por las Instituciones europeas, el Derecho nacional, en relación al ordenamiento de los Estados miembros, y el Derecho europeo (u ordenamiento jurídico europeo), referido al sistema pluralista compuesto por los dos primeros.

⁵ Soy de la opinión de que las actuales corrientes del constitucionalismo europeo deben prestar una especial atención a los cambios creados por la ampliación, especialmente con la entrada de Estados con un pasado comunista y tradiciones constitucionales y jurídicas muy diversas. Véase KÜHN, Z., *Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement*, 52 *American Journal of Comparative Law* 531 (2005), aportando una visión de la judicatura post-comunista y de los condicionantes que ello puede generar en su participación en el discurso constitucional europeo. Asimismo, RODIN, S., *Discourse and authority in European and post-communistic legal culture*, 1 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 1 (2005), ofreciendo una mirada aún más amplia a la cultura judicial post-comunista.

⁶ MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty*, OUP, 1999.

⁷ MADURO, M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, en WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003 y KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty* (2005) 11 *European Law Journal* 262.

varios días después del pronunciamiento en el asunto «euro-orden», debe tomarse como punto de partida.

El análisis sobre la constitucionalidad del Tratado de Adhesión fue el resultado de un recurso planteado por tres grupos parlamentarios de la *Sejm* (cámara baja del Parlamento polaco), en el que se planteaban varias dudas sobre la compatibilidad del texto con la Constitución nacional. En las siguientes líneas no me detendré en cada una de las alegaciones, sino que me centraré en aquellas que condujeron al Tribunal a sentar las bases de su concepción del constitucionalismo y su relación con el Tribunal de Justicia⁸. Concretamente, esta doctrina se formuló al enfrentarse el Tribunal Constitucional con el principio de primacía del Derecho comunitario, así como con el papel del Tribunal de Justicia en el sistema institucional de la UE y sus relaciones con el Tribunal Constitucional.

Los tres grupos parlamentarios coincidieron al alegar la incompatibilidad del principio de primacía del Derecho comunitario con la Constitución polaca. Los recurrentes se refirieron al Preámbulo de la Constitución, en el que se enfatiza que Polonia, tras 1989, ha recuperado «la soberana y democrática determinación de su destino». Asimismo se invocó el artículo 8.1 de la Constitución, en el que se establece que la «Constitución es la norma suprema de la República de Polonia», así como el artículo 4.1, por el que se atribuye la titularidad de la soberanía a la Nación. Asimismo, se planteó la compatibilidad del Tratado con el papel que el Artículo 188 de la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional. Según los recurrentes, la posición del alto Tribunal se vería mermada para convertirse en mera «correa de transmisión» de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el territorio de Polonia. En opinión de los recurrentes, el Tribunal de Justicia construye el ordenamiento jurídico comunitario de acuerdo con su propia concepción del mismo, sin consideración alguna a los deseos de los Estados miembros. Los recurrentes se refirieron expresamente a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los asuntos *Internationale Handelsgesellschaft* y *Costa*⁹, para mostrar así cómo la construcción del ordenamiento comunitario se ha realizado a costa de los derechos soberanos de los Estados miembros, en clara contradicción con lo dispuesto por la Constitución polaca.

A) La competencia del TCP para enjuiciar el Derecho comunitario

Como punto de partida, el TCP confirmó su competencia para enjuiciar la constitucionalidad del Tratado de Adhesión, así como el Acta relativa a las condiciones de adhesión de Polonia y el Acta Final de la Conferencia de Atenas. Aunque el TCP establece que no tiene competencia para enjuiciar el Derecho originario en sí mismo considerado, sí la tiene para pronunciarse sobre la constitucionalidad de acuerdos internacionales, incluyendo

⁸ Véanse las Partes I y II de la Sentencia. Pueden consultarse las alegaciones de los recurrentes en el sumario en versión inglesa.

⁹ Asuntos *Da Costa en Schaake*, 28, 29 y 30/62, de 27-3-63 y *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, de 17-12-1970.

aquellos acuerdos que transfieren a organizaciones internacionales competencias derivadas de la Constitución en determinadas materias, de acuerdo con el artículo 90.1 de la Ley fundamental polaca¹⁰. Esta afirmación implica que, en Polonia, «la autoridad del Derecho comunitario puede aceptarse, pero sólo en la medida en que sea compatible con la identidad constitucional nacional»¹¹. La misma idea aparece reflejada en otro fragmento de la Sentencia: «El proceso de integración europea, unido a la transferencia de competencias sobre determinadas materias a favor de órganos comunitarios, encuentra su fundamento en la Constitución»¹². El TCP confirma, pues, que desde su punto de vista, el Derecho comunitario no es aplicable en territorio polaco porque su autoridad y autonomía deriven de una fuente independiente del Derecho, a su vez basada en una limitación de los derechos soberanos de Polonia¹³, sino porque lo permite la Constitución polaca. El TCP profundiza aún más en esta idea y afirma:

«la primacía de la Constitución se ve confirmada en el mecanismo jurisdiccional que permite a este Tribunal realizar un control de constitucionalidad del Tratado de Adhesión, así como de las Actas que lo integran. Este mecanismo se basa en los mismos principios que operan cuando el TCP se pronuncia sobre la constitucionalidad de acuerdos internacionales debidamente ratificados. En esta situación, y en la medida en que existen normas de Derecho originario tanto de la CE como de la UE que forman parte del Tratado de Adhesión, si bien de forma indirecta, dichas normas pueden ser objeto de un control de constitucionalidad¹⁴».

Así las cosas, ¿a qué resultados lleva este control? ¿Y hasta dónde está el TCP dispuesto a ejercerlo?

B) El carácter múltiple del ordenamiento polaco

El TCP inicia la parte sustantiva de su argumentación exponiendo su concepción del ordenamiento jurídico polaco. Según el TCP, a partir del artículo 9 de la Constitución se infiere el carácter múltiple del Derecho aplica-

¹⁰ Fundamentos 1.2 a 1.3. Asimismo confirma su jurisdicción con independencia del procedimiento empleado para otorgar el consentimiento del Estado. Algunos autores defendieron que el TCP carecería de competencia si el consentimiento se otorgara mediante referéndum. Al respecto, véase MIK, C., *State Sovereignty and European Integration: Public International Law, EU Law and Constitutional Law in the Polish Context*, en WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, op. cit., núm. 102, pg. 399.

¹¹ MADURO, M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, cit., núm. 7, pg. 507.

¹² Fundamento 7; cfr. párrafo 2 del sumario.

¹³ El TCP pone el énfasis en el hecho de que el objeto de la transferencia son «competencias determinadas de los órganos titulares de la autoridad del Estado, en relación con materias concretas». En ningún lugar se establece que Polonia ha transferido o limitado su soberanía. Véase MIK, C., *State Sovereignty and European Integration: Public International Law, EU Law and Constitutional Law in the Polish Context*, en WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, op. cit., núm. 12, pgs. 397 a 399, mostrando la importancia que ha tenido esta distinción en el debate polaco.

¹⁴ Fundamento 7, párrafo 2.

ble en el territorio de Polonia, donde operan las normas creadas por el legislador polaco, pero igualmente las normas de Derecho internacional, que llegan a gozar de una preferencia aplicativa en caso de mediar un conflicto entre ellas y una norma con rango de Ley¹⁵. Este carácter múltiple del Derecho aplicable en Polonia tiene una vocación general y fue confirmado años antes de la adhesión de Polonia a la Unión Europea, por lo que no sólo tiene su fundamento en los condicionantes de la adhesión. Sin embargo, el Tribunal distingue el Derecho comunitario respecto de otras fuentes de Derecho internacional. Según el TCP, el Derecho comunitario no es un «ordenamiento externo». Su Derecho originario fue asumido por todos los Estados miembros, incluida Polonia; el Derecho derivado se crea en cooperación con los representantes de otros Estados miembros en el seno del Consejo, junto con los representantes de los ciudadanos europeos (incluidos los polacos) en el Parlamento Europeo¹⁶. Como se mostrará más adelante, el TCP muestra cierta ambigüedad al definir la naturaleza del Derecho comunitario. Mientras que en este punto hace hincapié en la naturaleza especial de este ordenamiento, una vez que se adentra a analizar el impacto de la adhesión sobre la soberanía de la República de Polonia, el Tribunal conceptualiza el Derecho comunitario como una parte integrante más del Derecho internacional¹⁷.

La peculiar naturaleza del Derecho comunitario también puede apreciarse en el razonamiento del TCP al resaltar los mecanismos de ratificación de los instrumentos que transfieren competencias derivadas de la Constitución. Esto es: las Cámaras representativas actúan como representantes del soberano, e incluso el soberano tiene la opción de pronunciarse directamente mediante el cauce del referéndum a nivel nacional¹⁸.

El TCP subraya el carácter extraordinario del Tratado Adhesión al destacar que mientras los Tratados Internacionales ordinarios nos dan a conocer los rasgos básicos de su funcionamiento futuro en el mismo momento de la firma, el proceso de integración europeo tiene unos rasgos más dinámicos, que le permite cambiar las normas y principios de funcionamiento de la Unión incluso con posterioridad al momento de la adhesión. No obstante, los Estados miembros retienen el control sobre estos cambios en tanto en cuanto el recurso al artículo 308 TCE requiere la unanimidad de todos los

¹⁵ El artículo 91.2 de la Constitución polaca establece: «Los Tratados Internacionales ratificados, previo otorgamiento del consentimiento por Ley, tendrán prioridad respecto de las Leyes cuando aquéllos no puedan reconciliarse con las disposiciones previstas en dichas Leyes».

¹⁶ Fundamento 2.2.

¹⁷ Véanse los fundamentos 6 y 7.

¹⁸ Fundamentos 3.2 y 3.3; véase el párrafo 5 del sumario en versión inglesa. Asimismo, los Fundamentos 4.3 y 4.4 donde el TCP rechaza el argumento de que la transferencia no había sido lo suficientemente refrendada por la Nación-soberano. Asimismo, cfr. 4.6 donde el TCP insiste en que la transferencia se realizó de conformidad con las normas relativas al procedimiento y el fondo exigidas por la Constitución.

Estados miembros. En este sentido, el TCP reconoce que no hay cambio que pueda imponerse contra la voluntad de un Estado miembro¹⁹.

C) Los límites del Derecho comunitario impuestos por la Constitución polaca

Según el TCP, la propia Constitución impone límites a la transferencia de competencias prevista en su artículo 90.1. Esta transferencia debe ser limitada y no puede vaciar el contenido competencial atribuido constitucionalmente a los órganos del Estado. De la misma manera, dicha transferencia presupone una nítida delimitación de las competencias afectadas. El TCP hace hincapié en el hecho de que la Constitución no autoriza una transferencia de competencias que habilite a un órgano ajeno al Estado para adoptar normas con rango de ley, o tomar decisiones contrarias a la Constitución²⁰.

Desde este presupuesto, se crean dos barreras de contención frente al Derecho comunitario. La primera afecta a los límites competenciales entre la Constitución polaca y el Derecho comunitario. La segunda se refiere a los derechos fundamentales. Como mostraré en adelante, la postura del TCP se nutre de la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales y no se aleja demasiado de las tesis que sustentan la competencia de éstos para ejercer algún tipo de control sobre el desarrollo del Derecho comunitario y su impacto respecto de las constituciones nacionales²¹.

a) *La salvaguarda de los límites competenciales*

En primer lugar, la Constitución polaca proscribía una transferencia de competencias que pueda significar la incapacidad de la República de Polonia para seguir operando como un Estado soberano y democrático²². Por consiguiente, la existencia autónoma del Estado polaco es un límite infranqueable más allá del cual no puede traspasar el proceso de integración europea. En este punto de su argumentación, resulta muy importante la referencia expresa que hace el TCP a la «decisión Maastricht» del Tribunal Constitucional Federal alemán, así como a la resolución coetánea del Tribunal Supremo danés²³. El TCP se inspiró en estos dos pronunciamientos al reafirmar su papel como guardián último del alcance de las competencias transferidas:

¹⁹ Fundamento 5.1.

²⁰ Fundamento 4.1; párrafo 7 del sumario en versión inglesa.

²¹ Véase KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., núm. 7, pgs. 264 y 265.

²² Fundamento 4.5.

²³ 2 BvR 2134 y 2159/92, BverfGE 89, 155, cuya versión inglesa puede consultarse en OPPENHEIMER, A., *The Relationship between European Community Law and National Law: the Cases*, Volumen I, Cambridge University Press, 1994, pg. 526; *Carlsen v. Rasmussen*, I 361/1997, cuya versión puede consultarse en OPPENHEIMER, A., *The Relationship between European Community Law and National Law: the Cases*, Volumen II, Cambridge University Press, 2004, pg. 174.

«Las Comunidades Europeas y la Unión Europea operan, de acuerdo con los Tratados que establecen estas organizaciones, sobre la base de, y dentro de los límites de, poderes transferidos desde los Estados miembros. En consecuencia, las Comunidades y sus Instituciones tan sólo pueden actuar dentro del ámbito trazado por las disposiciones de los Tratados. *Los Estados miembros retienen el derecho de evaluar si, a la hora de adoptar determinadas normas, los órganos legislativos de la Comunidad actuaron dentro del margen competencial que tienen atribuido y de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.* Si la adopción de un acto jurídico infringiera este marco, el principio de primacía comunitario no sería aplicable respecto de dicho acto²⁴».

En otras palabras, el Tribunal reivindica su autoridad como garante último de los límites competenciales entre la Unión Europea y Polonia. Incluso llega a excluir, si bien implícitamente, que el Tribunal de Justicia pueda gozar de esta facultad al decir que

«los Estados miembros pueden aceptar por consenso –sea expreso o tácito– una interpretación que traspase el marco establecido por los Tratados. En tal situación, depende de los Estados miembros y de sus instituciones la toma de una posición propia al respecto. Las organizaciones internacionales deben entenderse como actores secundarios, cuyo establecimiento, funciones y estructura institucional dependen de la voluntad de los Estados miembros y de las naciones soberanas que integran dichos Estados. Al Tribunal de Justicia no se le ha conferido competencia alguna para interpretar el Derecho nacional²⁵».

Esta última frase probablemente significa que la determinación del alcance de las competencias transferidas tan sólo puede realizarse mediante la interpretación de las Constituciones nacionales, sobre las cuales el Tribunal de Justicia carece de competencia para pronunciarse. Esto último debe interpretarse junto con la valoración que hace el TCP del impacto de la adhesión sobre la soberanía de Polonia, una cuestión que fue expresamente alegada por los recurrentes. Éstos esgrimían que Polonia no estaba realizando una transferencia de competencias a una organización o institución internacional, sino a una organización *supranacional*, que no se encuentra prevista en el artículo 90.1 de la Constitución. El TCP desechó el argumento de que la CE o la UE fueran algo distinto a una organización internacional:

«El Tratado de Adhesión fue acordado por los quince Estados miembros y los entonces Estados candidatos, incluida Polonia [...]. Los Estados miembros son y seguirán siendo entes soberanos – partes contratantes de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea. Asimismo, los Estados miembros, de forma independiente y de conformidad con sus normas constitucionales, ratificaron los Tratados y gozan de la posibilidad de denunciarlos de acuerdo con los procedimientos y condiciones previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969²⁶».

A este respecto, la Sentencia merece una crítica por su hostilidad abierta

²⁴ Fundamento 10.2, último párrafo.

²⁵ Fundamento 10.2, último párrafo.

²⁶ Fundamento 8.5; párrafo 6 del sumario en versión inglesa. Más adelante añade un argumento más formalista, al considerar que el término «supranacional» no aparece mencionado en el texto constitucional.

hacia el Tribunal de Justicia y a la posibilidad de que éste pueda conocer de los conflictos de competencia entre la UE y los Estados miembros. Sin embargo, las verdaderas consecuencias de estas afirmaciones sólo podrán apreciarse una vez surjan conflictos competenciales ante el TCP. No fueron distintas las preocupaciones que surgieron después de que el Tribunal Constitucional Federal alemán se atribuyera esta competencia en su Sentencia *Maastricht*. Sin embargo, los acontecimientos posteriores (al menos hasta el momento) han demostrado que estas preocupaciones no se han visto correspondidas por la realidad²⁷.

No obstante, actualmente existe un asunto ante el Tribunal de Justicia que podría dar pie a un conflicto de estas características. A instancias del Gobierno polaco, el Tribunal de Justicia tendrá que pronunciarse sobre un recurso de anulación dirigido contra una modificación del régimen de ayudas directas, en el contexto de la política agrícola común. De acuerdo con el Acta de Adhesión, el Consejo estaba facultado para introducir dichas modificaciones con anterioridad a la adhesión de los nuevos Estados miembros, como consecuencia de la reforma de la política agrícola común. Así, y con anterioridad al 1 de mayo de 2004, el Consejo aprobó la modificación del régimen de ayudas, y por tanto sin la participación en su seno de los diez Estados candidatos. Según el Gobierno polaco, la decisión del Consejo supone un cambio sustancial en las condiciones de adhesión de Polonia, por lo que se trata de un acto *ultra vires*. El Tribunal de Justicia, en un asunto sin duda delicado, deberá pronunciarse no sólo sobre el fondo del asunto, sino también sobre la legitimación de Polonia para impugnar un acto publicado en el Diario Oficial en fechas muy anteriores a su adhesión, y una vez transcurrido el plazo para la interposición del recurso²⁸. No hay que excluir la posibilidad de que el mismo asunto se plantee ante el TCP, y ello, así como el pronunciamiento del Tribunal, dependerá de lo convincente que sea el Tribunal de Justicia en su argumentación y fallo.

b) *La protección de los derechos fundamentales*

El segundo límite impuesto por la Constitución polaca al Derecho comunitario afecta a los derechos fundamentales. Según el TCP,

«las normas constitucionales relativas a los derechos y libertades individuales,

²⁷ Después de la decisión *Maastricht*, el siguiente conflicto constitucional surgió en un asunto relativo al régimen de importación de plátanos, donde el Tribunal renunció al control de constitucionalidad del Derecho comunitario derivado. 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, cuya versión inglesa puede consultarse en OPPENHEIMER, A., *The Relationship between European Community Law and National Law: the Cases*, Volumen II, Cambridge University Press, 1994, pg. 270. Véase AZIZ, M., *Sovereignty Lost, Sovereignty Regained? Some Reflections on the Bundesverfassungsgericht's Bananas Judgment*, 9 *Columbia Journal of European Law* 109 (2002).

²⁸ Véase el asunto C-273/04 *Polonia vs. Consejo*, OJ 2004 C 239/6. En términos muy similares, véanse los asuntos planteados ante el Tribunal de Primera Instancia T-257/04, *Polonia vs. Comisión*, OJ 2004 C 251/20 y T-258/04, *Polonia vs. Comisión*, OJ 2004 C 251/21.

ponen de manifiesto la existencia de un mínimo infranqueable que no puede reducirse ni cuestionarse como consecuencia de la adopción de normas comunitarias. La Constitución cumple y debe cumplir la función de garante de los derechos y libertades en ella proclamados²⁹».

Esta afirmación es difícil de rechazar, al menos a primera vista. Más adelante en la Sentencia, el TCP reconoce que tanto la Constitución polaca como el Derecho comunitario se inspiran en los mismos valores, expresión de la esencia de un Estado democrático basado en el Estado de Derecho y en los derechos fundamentales. Asimismo, los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos forman parte del Derecho comunitario como consecuencia del artículo 6.2 TUE³⁰. Resulta de la máxima importancia la afirmación del TCP donde establece que «esta circunstancia facilita una interpretación recíproca y respetuosa tanto del Derecho nacional como del comunitario»³¹, a la que el TCP vincula un deber de velar por la «cooperación entre todos los pueblos por el bien de la familia humana», así como la «solidaridad con otros» y los valores universales, tales como la verdad y la justicia, proclamados en el Preámbulo de la Constitución, y que son plenamente aplicables en el desarrollo de las relaciones exteriores (y por tanto en las relaciones con la Unión Europea y su ordenamiento jurídico)³².

A partir de este pronunciamiento podemos deducir que el TCP no está dispuesto a enjuiciar actos de Derecho comunitario derivado y su conformidad con los derechos fundamentales previstos en la Constitución polaca. Más bien se reserva el derecho de velar por un estándar general de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, y se reserva esta facultad llegado el caso de que dicho estándar no fuera satisfactorio. Por tanto, no se aleja demasiado de la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el asunto *Solange II*³³, así como de otras resoluciones de los Tribunales Constitucionales de otros Estados miembros.

A pesar de las similitudes argumentativas con otros pronunciamientos de su entorno europeo, la Sentencia del TCP aporta algunas novedades al abordar el principio de primacía desde un enfoque pluralista, en unos términos que desarrollaré en el apartado siguiente. La cuestión de la primacía está igualmente relacionada con los conflictos constitucionales. Estos pueden surgir en supuestos como los descritos en los epígrafes a) y b) de este apartado. Recientemente, KUMM ha resaltado un tercer supuesto de conflicto constitucional que podría añadirse a los dos recién expuestos: la contradicción de una norma comunitaria con una disposición constitucional ex-

²⁹ Fundamento 6.4; párrafo 14 del resumen en versión inglesa.

³⁰ Fundamento 8.3. Asimismo, véanse los fundamentos 6.1 y 6.2, donde el TCP analiza el carácter normativo de los valores fundamentales proclamados en el Preámbulo de la Constitución.

³¹ Fundamento 8.3, inciso final.

³² Fundamento 8.2.

³³ 2 BvR 197/83 BVerfGE 73, 339. Puede consultarse la traducción inglesa en OOPENHEIMER, A., *The Relationship between European Community Law and National Law: the Cases*. Volumen I, Cambridge University Press, 1994, pg. 461.

presa³⁴. Sin embargo, considero que este tipo de conflictos constituyen subtipos de los expuestos en los apartados a) y b). Una disposición constitucional expresa puede generar un conflicto de competencia (por ejemplo, en el caso griego relativo al reconocimiento de títulos universitarios emitidos por instituciones públicas, surgiría en relación con las Directivas en materia de títulos³⁵ o un conflicto sobre derechos fundamentales (tal como ocurrió con el supuesto del aborto en Irlanda). Por tanto, este tipo de conflictos constitucionales, de *even harder cases*, puede remitirse a las categorías que acabamos de describir, por lo que no merecerán un tratamiento separado.

D) Solucionando conflictos constitucionales

a) *El principio de primacía – aplicando los principios de best fit de Kumm*

Para entender las peculiaridades y soluciones de un conflicto constitucional, debemos centrarnos ahora en la posición del TCP sobre el principio de primacía. Según el TCP, «el artículo 8.1 de la Constitución otorga al texto constitucional, de forma inequívoca, el estatus de “Derecho supremo de la República de Polonia”». Sin embargo, a continuación añade:

«esta característica viene acompañada de la obligación de respetar y mantener una predisposición constructiva hacia las normas de Derecho internacional válidamente adoptadas y vinculantes para la República de Polonia. Por deseo expreso del constituyente, el artículo 9 refleja un principio fundamental de la Constitución de la República de Polonia, en relación directa con el artículo 8.1, invocado por los recurrentes como parámetro para enjuiciar la constitucionalidad [del Tratado de Adhesión]. De acuerdo con la citada norma [art. 9], “La República de Polonia respetará el Derecho internacional vigente”³⁶».

La contraposición entre ambas normas es, en opinión del TCP, la clave que subyace bajo la articulación entre la Constitución polaca y la Constitución de la UE. En cierta medida, el TCP se aproxima a lo que KUMM ha denominado los *principles of best fit*, en virtud de los cuales

«la función de los Tribunales nacionales pasa por construir una relación adecuada entre el ordenamiento nacional y el europeo, sobre la base de la mejor interpretación de los principios que subyacen a ambos. La regla o reglas de conflicto correctas son las que permiten al juez nacional adoptar la mejor de las soluciones a la hora de hacer cumplir los ideales que subyacen en la práctica jurídica de la Unión Europea y de sus Estados miembros³⁷».

Según KUMM, estos ideales son la libertad, igualdad, democracia y el Estado de Derecho, elementos comunes a todos los Estados miembros así como a

³⁴ Cfr. KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pgs. 264, 265 y 296 a 298. Concretamente, la prohibición irlandesa del aborto; la prohibición alemana que impide a las mujeres participar en el servicio militar, o el reconocimiento exclusivo de la oficialidad de los títulos académicos emitidos por entidades pública en Grecia.

³⁵ Cfr. MAGANARIS, E., *The principle of supremacy of Community law in Greece – from direct challenge to non-application*, 24 *European Law Review* 426 (1999).

³⁶ Fundamento 2.1; párrafo 10 del resumen en versión inglesa.

³⁷ KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pg. 286.

la Unión Europea. Esta idea es asumida expresamente por el TCP cuando se aproxima al componente axiológico de la Constitución polaca y del Derecho comunitario, y muy especialmente en lo atinente a los derechos fundamentales, para llegar a la conclusión de que existe una plena coincidencia³⁸. Es precisamente esta concreción del constitucionalismo europeo, basada en principios, la que permite solventar conflictos constitucionales sin necesidad de predeterminedar una jerarquía entre normas. Siguiendo la teoría de los principios de ALEXY³⁹, y entendiendo que los derechos fundamentales son principios⁴⁰, podemos llevar a cabo su ponderación con el fin de alcanzar la mejor solución al conflicto, dando satisfacción a todos los principios en juego. La concepción de constitucionalismo que alberga el TCP puede condensarse en lo siguiente:

«El concepto y la naturaleza del Derecho comunitario han creado un nuevo marco, según el cual en cada Estado miembro coexisten ordenamientos jurídicos autónomos y simultáneamente operativos. Es probable que su interacción no pueda ser descrita recurriendo a los conceptos tradicionales, tales como monismo o dualismo, sobre los que se ha descrito la relación entre el Derecho interno y el Derecho internacional. La existencia de una autonomía relativa de ambos ordenamientos, el nacional y el comunitario, de ninguna manera presupone una ausencia de interacción entre ellos. Más bien al contrario, no puede descartarse la posibilidad de que se produzca una contradicción entre las normas comunitarias y la propia Constitución⁴¹».

Sin embargo, lo que KUMM propone al juez constitucional nacional es que renuncie a la primacía de su Constitución si así lo requieren los principios de *best fit*. En principio, KUMM considera que este cambio a favor de la primacía del Derecho comunitario es posible, en la medida en que la primacía de la Constitución nacional no es (o ya no es) «un rasgo definitorio de las prácticas jurídicas nacionales»⁴². Si lo fuera, un juez nacional que reconociera la primacía del Derecho comunitario no estaría participando en las «prácticas jurídicas nacionales». En el ilustrativo ejemplo que ofrece KUMM, esta situación se parecería a la de un jugador de ajedrez que mueve un alfil en sentido horizontal y no en diagonal, para así lograr un jaque mate. En la medida en que las reglas de movimiento de las piezas del ajedrez constituyen el núcleo del juego, quienes no obedecen dichas reglas no están jugando al ajedrez. De la misma manera, si la primacía de la Constitución nacional estuviera en el corazón de las prácticas jurídicas nacionales, un cambio a favor de la primacía del Derecho comunitario situaría al infractor al margen de dichas prácticas. KUMM no se decanta por este camino, y considera que, al contrario de lo que ocurre con el jugador de ajedrez, los jueces nacionales pueden cambiar las reglas que rigen las prácticas jurídicas nacio-

³⁸ Fundamento 8.2.

³⁹ ALEXY, R., *On the Structure of Legal Principles*, 13 *Ratio Juris* 194 (2000).

⁴⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, 1999. Véase también KUMM, M., *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice*, 2 *International Journal of Constitutional Law* 574 (2004).

⁴¹ Fundamento 6.3.

⁴² KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pgs. 269 a 274.

nales y por tanto pueden admitir la primacía del Derecho comunitario, la cual supondría «tan sólo un paso más en la senda de la integración»⁴³.

Existen razones muy convincentes para pensar que el juez nacional se negaría a reconocer la primacía constitucional europea. En primer lugar, porque este cambio supondría una revolución constitucional⁴⁴. El poder de los Tribunales no llega a tanto, al tiempo que una decisión semejante debería quedar en manos del proceso político, o, en caso contrario, dejarse sin resolver. La afirmación de KUMM según el cual «no son los actores políticos quienes están más concienciados con la cuestión de los conflictos constitucionales» es discutible⁴⁵. KUMM defiende que ningún Estado miembro ha intentado desplazar una norma de Derecho comunitario mediante la aprobación de una norma constitucional específica. Sin embargo, este hecho no significa que dicha norma de Derecho comunitario no pueda ser cuestionada constitucionalmente a nivel nacional (ante los Tribunales Constitucionales nacionales) por actores políticos en la oposición o en el gobierno. De hecho, esto es precisamente lo ocurrido en los dos asuntos que estoy analizando en este trabajo. Un «desplazamiento» del Derecho comunitario mediante la adopción de normas constitucionales nunca ha sido puesta en práctica porque los gobiernos que deben impulsar el proceso son, al mismo tiempo, quienes han participado en la adopción de la norma europea. Además, los partidos de oposición al gobierno no suele tener el poder político suficiente para impulsar reformas constitucionales. Por tanto, que no se hayan producido reformas constitucionales de este tipo no confirma que la clase política se encuentre ajena a los problemas que suscitan los conflictos constitucionales⁴⁶. En otras palabras, el problema de la primacía de la Constitución nacional no es únicamente una cuestión jurídica, y un cambio en la primacía de la Constitución a favor del Derecho comunitario impulsado por un Tribunal Constitucional, sin duda generaría una contundente reacción política.

Mi tesis se confirma más aún si atendemos a la situación de los Estados post-comunistas, cuyas Constituciones contienen disposiciones sumamente complejas en lo atinente a la soberanía⁴⁷. Es difícil imaginar que el Tribunal

⁴³ Cfr. KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pg. 285.

⁴⁴ Cfr. MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty*, op. cit., pgs. 110 a 113.

⁴⁵ Cfr. KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pg. 280.

⁴⁶ El propio KUMM ofrece otro ejemplo: el Gobierno alemán jugando «a la carta constitucional» en el marco de una negociación en la Unión Europea (KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pg. 281). Si bien éste es un argumento que en el pasado no estaría entre las cartas negociadoras, ahora, tras los pronunciamientos judiciales de los últimos años, sí lo está. La «saga de los plátanos» es un ejemplo en el que el Gobierno podría estar interesado en que se produzca el «desplazamiento». Con ello no quiero decir que esta táctica sea deseable, sino que los escenarios de conflicto constitucional pueden tener un uso estratégico en los cálculos de los Gobiernos.

⁴⁷ Cfr. ALBI, A., *Postmodern Versus Retrospective Sovereignty: Two Different Discourses in the EU and the Candidate Countries?* en WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, op. cit., pgs. 402-409.

Constitucional polaco estuviera dispuesto a consagrar un cambio de paradigma cuando la Constitución polaca establece *expresamente* que «la Constitución es la norma suprema de la República de Polonia»⁴⁸. Esta y otras «normas de soberanía» han sido introducidas en los nuevos Estados miembros como reacción a las crudas experiencias del pasado, tras muchos años como Estados satélite de la Unión Soviética. La doctrina de la «soberanía limitada» de Breznev nos muestra el nivel de degradación en el que cayeron estos Estados y sus Constituciones. Dicha doctrina se formuló en 1968 al objeto de justificar la invasión y ocupación de Checoslovaquia por las fuerzas armadas del Pacto de Varsovia, y en su virtud se habilitaba a los Estados del Pacto a intervenir en cualquier Estado parte que pusiera en riesgo el comunismo, con independencia de la voluntad del gobierno del Estado intervenido. De hecho, el ejército soviético estaba presente en el territorio de todos los Estados del Pacto, en ocasiones sin base legal alguna⁴⁹. La experiencia de los Estados bálticos, cuya existencia independiente fue negada durante aproximadamente cincuenta años, es aún peor⁵⁰. Por consiguiente, no debe sorprendernos la importancia que asume la noción de soberanía en los textos constitucionales de estos Estados⁵¹.

Asimismo, la noción de soberanía se encuentra presente en el discurso político de los nuevos Estados miembros, lo cual también puede explicarse por la utilidad de la soberanía de corte nacional a la hora de ofrecer «una base para la movilización social, sin la cual el proceso de construcción y transformación del Estado no habría sucedido, o no habría prosperado».⁵² Que aún persistan estas preocupaciones y que la noción de soberanía no haya sido replanteada tras la adhesión a la Unión Europea, es un hecho que ha quedado probado durante el debate sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El presidente checo, Václav KLAUS, se basó en el viejo y estado-céntrico concepto de soberanía cuando resumió sus «diez tesis contra la Constitución Europea»:

«Si alguien quiere un resumen aún más breve, el significado de la palabra “soberanía” –tal como la emplea el artículo 1 de la Constitución de la República Checa– es la clave de todo. Según este precepto, “la República Checa es un

⁴⁸ Artículo 8.1 de la Constitución polaca.

⁴⁹ MIK, C., *State Sovereignty and European Integration: Public International Law, EU Law and Constitutional Law in the Polish Context*, cit., pg. 394.

⁵⁰ En relación con el debate sobre la soberanía en los nuevos Estados miembros, véase ALBI, A., *The Central and Eastern European Constitutional Amendment Process in Light of the Post-Maastricht Conceptual Discourse: Estonia and the Baltic States*, 7 *European Public Law* 433 (2001).

⁵¹ ALBI, A., «Europe» articles in the constitutions of Central and Eastern European Countries, 42 *Common Market Law Review* 399 (2005) pgs. 402-404. AZIZ, cit. *supra*, nos muestra que esta preocupación en torno a la soberanía del Estado se encuentra también presente en los «antiguos» Estados miembros.

⁵² SADURSKI, W., *Constitutionalization of the EU and the Sovereignty Concerns of the New Accession States: The Role of the Charter of Rights*, EUI Working Paper Law 11/03, disponible en <http://www.iue.it/PUB/Law03-10.pdf> (30.9.2003) pg. 13, y especialmente su análisis del «rompecabezas de la soberanía» En el que se encontraron estos Estados, en pgs. 11 y 12.

Estado soberano, unitario, democrático y de Derecho [...]”. La palabra “soberanía” es de la máxima importancia a este respecto. El diccionario jurídico checo define “soberanía” como “la capacidad de un Estado para desplegar su poder al margen de cualquier otro poder desde el interior o el exterior del Estado...”. Estoy más que convencido de que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no “encaja” en esta definición del término “soberanía”⁵³.

La mención que hace KLAUS al «diccionario jurídico checo» nos muestra que el concepto de soberanía sigue siendo el mismo tras la adhesión de la República Checa a la Unión Europea. Utilizando las palabras de KUMM, la definición que ofrece el diccionario del término «soberanía» es un «rasgo característico de las prácticas jurídicas nacionales». El futuro tampoco resulta mucho más alentador, en la medida en que las Facultades de Derecho y los jóvenes juristas formados en dichos centros siguen asumiendo esa noción de soberanía como paradigma comprensivo del Derecho constitucional y de la teoría del Estado⁵⁴.

Todo ello se confirma por el TCP. De forma expresa, niega la posibilidad de que la regla de precedencia a favor del Derecho internacional respecto de la Ley⁵⁵ se interprete en términos más amplios, en el sentido de que los acuerdos internacionales que transfieren competencias soberanas puedan desplazar a la Constitución⁵⁶. Según el TCP, los conflictos constitucionales «se producirían en el supuesto de una contradicción irreconciliable entre una norma comunitaria y una norma constitucional nacional, imposible de solucionar sin recurrir a una interpretación que violente la autonomía del Derecho comunitario o el nacional»⁵⁷. La interpretación «constructiva hacia el Derecho comunitario»⁵⁸, gracias a la cual cabe respetar la autonomía de

⁵³ Prólogo de Václav KLAUS a la obra «*Shall we say our Yes or No to the European Constitution*» disponible en lengua inglesa en <http://www.klaus.cz/klaus2/asp/clanek.asp?id=A1esXWD27Wvb> (10.8. 2005).

⁵⁴ Este argumento nos llevaría al terreno de la formación jurídica y su relación con el proceso de integración europea, sobre el que no me detendré aquí. No obstante, véase TUCKER, *Reproducing Incompetence: the Constitution of Czech Higher Education, East European Constitutional Review* 94 (2000), donde se dibuja un retrato sumamente negativo de la formación judicial checa y su (im)posible reforma.

⁵⁵ Artículo 90.2 de la Constitución polaca.

⁵⁶ Fundamento 4.2.

⁵⁷ Fundamento 6.3.

⁵⁸ La obligación de «interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario» ha sido desarrollada por la jurisprudencia del TCP. Lo abordó por vez primera en el asunto K33/03 de 21 de abril de 2004 (asunto *bio-componentes*), cuya versión inglesa puede consultarse en formato de resumen, si bien omitiendo los principales argumentos del Tribunal, especialmente aquéllos en los que analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (asuntos *Von Colson & Kamman*, 14/83, de 10-4-1984 y *Marleasing*, C-106/89, de 13-11-1990 (véase la Parte III, fundamento 9 de la Sentencia en su versión original polaca). A primera vista, el TCP parece concebir esta obligación como una carga que recae sobre los Tribunales nacionales, que incluso les obliga a aplicar el Derecho comunitario de oficio. Véase el asunto P 10/04, de 26 de enero de 2005 (asunto *entidades financieras*), en su Parte III, Fundamento 7. La obligación de «interpretación conforme» aparece igualmente en la Sentencia relativa a la euro-orden, sobre la que me centraré más adelante.

JAN KOMÁREK

ambos ordenamientos hasta su máximo nivel, tiene sus límites en la Constitución:

«De ninguna manera [una interpretación *pro-communitate*] puede conducir a unos resultados que contradigan la literalidad de las disposiciones constitucionales, o que resulten irreconciliables con las garantías mínimas que hace posible la Constitución. En particular, las normas constitucionales relativas a los derechos y libertades fundamentales marcan una frontera mínima e infranqueable que no puede ser minorada o cuestionada como consecuencia de la incorporación de normas comunitarias⁵⁹».

A continuación el TCP niega con vehemencia que esté dispuesto a dar cobertura a una revolución constitucional, y niega la primacía del Derecho comunitario respecto de la Constitución:

«Un contradicción semejante *en ningún caso* podría ser resuelta recurriendo a la primacía de la norma comunitaria sobre la norma constitucional. Aún más, ello no podría conducir a una situación en la cual la norma constitucional pierde su fuerza vinculante y es sustituida por una norma comunitaria, ni tampoco puede desembocar en una aplicación restrictiva y acotada de la norma constitucional, reducida a las áreas ajenas al ámbito de aplicación del Derecho comunitario. *Ante una situación semejante, la Nación, como soberano, o una autoridad del Estado apoderado por la Constitución para representar a la Nación, debería optar por: o una modificación de la Constitución; o una modificación de las normas comunitarias cuestionadas; o, en último caso, la retirada de Polonia de la Unión Europea⁶⁰».*

b) *Institutional choice*

A primera vista, parece que el TCP quiere eludir la responsabilidad de tomar una decisión que podríamos calificar de trágica, y que le obligaría a rebelarse frente a los principios fundamentales del Derecho comunitario tal como han sido trazados por el Tribunal de Justicia, o a afrontar una revolución constitucional al negarle la primacía a la Constitución polaca. En principio, el TCP ha dejado esta decisión en manos de los actores políticos. Estoy de acuerdo con KUMM cuando afirma que los Tribunales constitucionales deben hacer frente al conflicto e intentar darle solución⁶¹. Sin embargo, llegado el caso de una contradicción expresa, parece difícil que un Tribunal Constitucional venga a decir «A» si la Constitución dice «no A», sólo porque lo establezca el Derecho comunitario. KUMM propone que los Tribunales Constitucionales nacionales deben dar prioridad a sus Constituciones nacionales sólo en el supuesto de que la norma constitucional sea clara y específica y refleje un compromiso nacional constitucionalmente tasado⁶². Sobre esta base, KUMM reconocería la primacía de la prohibición constitucional

⁵⁹ Fundamento 6.4.

⁶⁰ Fundamento 6.4. La cursiva es mía.

⁶¹ Cfr. KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pg. 286. Véase asimismo su brillante análisis sobre la necesidad de que sean los Tribunales nacionales quienes tengan la última palabra en aquellos asuntos de relevancia constitucional, en pgs. 269 a 281.

⁶² Cfr. KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pg. 298.

irlandesa del aborto⁶³, en la medida en que refleja un compromiso semejante, pero, en cambio, negaría que la norma de la Ley Fundamental alemana que prohíbe la participación de las mujeres en las fuerzas armadas deba prevalecer sobre la interdicción comunitaria de la discriminación por razón de sexo⁶⁴. Aunque las diferencias entre ambos casos saltan a la vista, sigue sin dar a los Tribunales nacionales un fundamento sólido para que sustituyan la primacía de la Constitución nacional a favor de la primacía fáctica del Derecho comunitario.

Así las cosas, la pregunta sobre la última autoridad en el ordenamiento jurídico europeo deja de centrarse en *qué Tribunal* tiene esa última palabra, sino *cuáles son los límites del Derecho*. En otras palabras, debemos plantearnos hasta qué punto el conflicto debe resolverse ante los Tribunales y qué márgenes debería reconocerse a otros actores constitucionales, entendiendo como actores constitucionales no sólo a quienes protagonizan el proceso político, sino también a la doctrina jurídico-constitucional y el público en general. Ello no quiere decir que los Tribunales deberían mantenerse al margen de los conflictos constitucionales ni que la cuestión de la primacía deba resolverse únicamente por los actores políticos. Efectivamente, los conflictos surgen y surgirán y los Tribunales no podrán eludirlos. Sin embargo, su papel debería centrarse en determinar hasta qué punto cabe resolver el conflicto dentro de los límites admitidos por el Derecho, y cuándo debería dejarse al margen de las soluciones jurídicas⁶⁵. A este respecto, la aportación de KUMM es de la máxima utilidad, en tanto en cuanto ofrece un marco para el análisis de los conflictos constitucionales y del papel que el Derecho y los procesos judiciales pueden desempeñar. Sin embargo, la conclusión a la que llegaré tras aplicar el modelo de KUMM es diferente, probablemente porque las consecuencias de la ampliación deben sumarse a los factores que han condicionado el resultado.

c) *La Sentencia y los principios del contrapunto jurídico*

Los principios del contrapunto jurídico de Miguel P. MADURO pueden contribuir también a ofrecernos una base más sólida a la hora de evaluar la decisión del TCP y su actual contribución al constitucionalismo europeo. Estos

⁶³ Cfr. asunto *Attorney General vs. X*. El asunto versaba sobre una joven de 14 años, embarazada como consecuencia de una violación. Las autoridades irlandesas prohibieron su salida con destino al Reino Unido, por entender que se dirigía a este país con el fin de someterse a un aborto, a lo que la joven se opuso alegando una lesión de la libertad de prestación de servicios. El Tribunal Supremo irlandés resolvió el asunto sin hacer mención alguna al conflicto constitucional entre las libertades comunitaria y la prohibición constitucional irlandesa.

⁶⁴ Ésta era la cuestión detrás del asunto *Tanja Kreil*, C-285/98, de 11-1-2000, donde el Tribunal de Justicia consideró que esta prohibición era contraria al Derecho comunitario.

⁶⁵ De hecho, los dos ejemplos de conflicto constitucional antes citados fueron resueltos en sede política. En el caso de Irlanda, mediante la aprobación de un Protocolo, y en Alemania a través de una reforma constitucional. Cfr. KUMM, M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., pg. 270.

principios varían respecto de los principios de *best fit* de KUMM en la medida en que están dirigidos a condicionar la aplicación diaria del Derecho comunitario, y no tanto los supuestos (excepcionales) planteados en el contexto de un conflicto constitucional⁶⁶. Por este motivo nos resultarán de un valor limitado al aplicarlos a la Sentencia del TCP, pues un control de constitucionalidad del Tratado de Adhesión sin duda no se trata de un caso habitual y frecuente de aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, puede ser útil contrastar hasta qué punto estos principios se cumplieron en este «caso especial».

MADURO propone que estos principios sean atendidos por los Tribunales (tanto nacionales como comunitarios) cuando apliquen Derecho comunitario. En primer lugar, los Tribunales deben suscribir la noción de pluralismo: «cualquier ordenamiento jurídico (nacional o europeo) debe respetar la identidad de los demás ordenamientos; su identidad no puede reconocerse en unos términos que puedan cuestionar la identidad de los demás ordenamientos o del ordenamiento europeo en sí mismo»⁶⁷.

En segundo lugar, los Tribunales deberían maximizar la consistencia y la coherencia, tanto vertical como horizontal, del ordenamiento europeo en su conjunto, lo cual es una propuesta muy ambiciosa, en tanto MADURO propone que «cuando los Tribunales nacionales aplican Derecho comunitario no lo hacen de tal forma que sus decisiones se adecuan con las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia, *sino también por cualquier otro Tribunal nacional*»⁶⁸. Puede añadirse a esta afirmación que, por otra parte, el Tribunal de Justicia debería igualmente tomarse las decisiones de los Tribunales nacionales en serio.

En tercer lugar, los Tribunales deberían argumentar en términos universales, y por tanto asumiendo el contexto europeo en su conjunto. «Cualquier órgano jurisdiccional (nacional o europeo) debería estar obligado a argumentar y justificar sus decisiones en el contexto de un ordenamiento europeo coherente e integrado»⁶⁹. Estos dos principios pueden resumirse de la siguiente manera: los Tribunales nacionales no pueden argumentar únicamente desde la óptica de su propio ordenamiento nacional, sino que deben incorporar al otro –siendo este «otro» el ordenamiento europeo así como los ordenamientos de los demás Estados miembros. Esta afirmación podría

⁶⁶ MADURO, M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, cit., pg. 532.

⁶⁷ MADURO, M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, cit., pg. 526.

⁶⁸ MADURO, M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, cit., pg. 528, cursiva mía. Una tesis algo más ambigua, en la que se tiene presente a todos los actores constitucionales, puede encontrarse en BESSON, S., *From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?*, 10 *European Law Journal* 257 (2004).

⁶⁹ MADURO, M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, cit., pgs. 529 y 530.

resumirse como un principio de integridad del Derecho europeo⁷⁰. A este respecto, los principios del contrapunto jurídico y los principios de *best fit* de KUMM están muy unidos entre sí. El objetivo de ambas teorías va dirigido a que los jueces piensen y razonen más allá de sus ordenamientos y tengan en cuenta elementos (principios) comunes para todos. Los principios de *best fit* de KUMM se caracterizan por la importancia que ofrecen al plano normativo, y por tanto nos dice lo que los Tribunales deberían hacer y cómo deberían razonarlo. Por otra parte, los principios del contrapunto jurídico de MADURO nos ofrecen un retrato más vivo de los principios estructurales que están en juego cada vez que un Tribunal adopta una decisión.

Por último, es importante resaltar que, según MADURO, «cada ordenamiento y sus respectivas instituciones deben ser plenamente conscientes de las opciones institucionales en juego en una comunidad de Derecho pluralista», y que «la importancia de las opciones institucionales, en un contexto de pluralismo jurídico, tan sólo sirven para reforzar la necesidad de adecuar los análisis institucionales comparados, para que, en última instancia, éstos tengan la capacidad de orientar a los Tribunales y otros actores en la toma de decisiones»⁷¹.

¿Cómo se adecua el razonamiento del TCP al esquema propuesto por MADURO? La concepción pluralista del ordenamiento jurídico europeo asumida por el TCP fue expuesta más arriba⁷². El TCP la desarrolla llegado el momento de analizar su papel en la relación de cooperación entablada con el Tribunal de Justicia⁷³. Según el TCP:

«El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el máximo, pero no el único, titular de la función jurisdiccional en lo concerniente a la aplicación de los Tratados constitutivos en el ordenamiento de las Comunidades y de la Unión. La interpretación del Derecho comunitario realizada por el Tribunal de Justicia debe ubicarse bajo la órbita de las funciones y competencias que le han sido transferidas a las Comunidades por los Estados miembros. De la misma manera, debe tener presente el principio de subsidiariedad. Asimismo, esta interpretación debería estar basada en un presupuesto: la lealtad recíproca entre las Instituciones de la Comunidad-Unión y los Estados miembros. Este presupuesto crea una obligación a cargo del Tribunal de Justicia, según la cual éste debe enfrentarse a los ordenamientos jurídicos nacionales en términos constructivos, al tiempo que los Estados miembros están igualmente obligados a mostrar el más elevado estándar de respeto hacia las normas comunitarias⁷⁴».

Con esta afirmación, el TCP está basándose en trabajos doctrinales sobre el papel de los Tribunales en un ordenamiento jurídico pluralista⁷⁵.

⁷⁰ BESSON, S., *From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?*, cit.

⁷¹ MADURO, M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, cit., pg. 530.

⁷² Cfr. Fundamento 6.3.

⁷³ Esta argumentación viene a responder a las tesis de los recurrentes, en relación con la inconstitucionalidad de la cuestión prejudicial.

⁷⁴ Fundamento 10.2, párrafo 2.

⁷⁵ Cfr. BARCZ, *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w świetle postanowień Konstytucji z 1997 r.*, *Kwartalnik Prawa Publicznego*, 2/2004 y MAYER, F.C., *The European Constitution and*

Al mismo tiempo, el TCP no incurre en ninguna afirmación aislacionista cuando defiende la supremacía de la Constitución polaca. De hecho, el TCP se refiere expresamente a la versión europea de la primacía del Derecho comunitario trazada por el Tribunal de Justicia:

«El principio de primacía del Derecho comunitario respecto del Derecho nacional ha sido firmemente establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Semejante estado de cosas tiene plena justificación desde la óptica de la integración europea y desde la necesidad de establecer un espacio jurídico común. El principio refleja indubitadamente un compromiso con la aplicación y ejecución uniforme del Derecho europeo⁷⁶».

Así, el TCP respetó la autonomía del Tribunal de Justicia y su concepción de la primacía al renunciar a hacer un examen de constitucionalidad de su jurisprudencia sobre dicho principio⁷⁷. Los recurrentes alegaron el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, donde se destaca el papel del Tribunal de Justicia a la hora de definir el alcance de estos principios. Igualmente se basaron en las Sentencias *Costa* e *Internationale Handelsgesellschaft*⁷⁸, del Tribunal de Justicia, para demostrar que la jurisprudencia de éste es contraria a la Constitución polaca. El Tribunal no se detuvo demasiado a la hora de renunciar a realizar este control, limitándose a decir que el Protocolo citado se circunscribe únicamente a dos principios, y que el TCP «reconoce plenamente la importancia del Tribunal de Justicia y de su jurisprudencia». Esta postura es comprensible: *si nos limitamos a la Constitución polaca*, es cierto que no nos ofrece un fundamento sólido a la hora de reconocer la autonomía del Derecho comunitario y el carácter pluralista del constitucionalismo europeo. El silencio del TCP demuestra, en definitiva, el pragmatismo y la voluntad de preservar el pluralismo en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

No obstante estas declaraciones pluralistas, cuya finalidad pasa por mostrar un grado de respeto hacia la integridad del Derecho comunitario, no pueden faltar los recordatorios y las salvaguardas. El TCP declara que tanto para él como para Polonia, la norma suprema sigue siendo la Constitución. Esta declaración guarda coherencia con lo ya expuesto en líneas anteriores: hay que ponderar dos principios en tensión: el deber de Polonia de respetar sus compromisos internacionales, tal como prescribe el artículo 9 de la Constitución, y la primacía de la Constitución polaca consagrada en el artículo 8.1, prevaleciendo este último en caso de producirse «una contradicción irreconciliable entre una norma comunitaria y una norma constitucional nacional»:

the Courts – Adjudicating European constitutional law in a multilevel system, The Jean Monnet Program Working Paper 9/03, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-03.html> (11.1. 2004).

⁷⁶ Fundamento 7, último párrafo.

⁷⁷ Fundamento 9.1 a 9.3.

⁷⁸ Asuntos *Da Costa en Schaake*, 28, 29 y 30/62, de 27-3-63 y *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, de 17-12-1970.

«el principio [de primacía del Derecho comunitario] no es la única disposición que determina las decisiones a adoptar por los Estados miembros soberanos en caso de producirse una hipotética colisión entre el ordenamiento jurídico comunitario y una disposición constitucional nacional. En el ordenamiento jurídico polaco, una decisión semejante debería adoptarse de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8.1 de la Constitución. De acuerdo con el artículo 8.1 de la Constitución, es ésta la norma suprema de Polonia⁷⁹».

Pronunciamientos como éste, en relación a la competencia de un Tribunal Constitucional para conocer de los conflictos competenciales entre la Unión Europea y los Estados miembros, y en los que se muestra implícitamente una falta de confianza en el papel que desempeña el Tribunal de Justicia, pueden ser aún más graves que una negación del pluralismo que caracteriza al ordenamiento europeo. Sin embargo, vuelvo a insistir: el verdadero significado de esta afirmación sólo podrá conocerse cuando el TCP se pronuncie por primera vez en un asunto concreto. La misma apreciación debe realizarse en lo tocante al análisis institucional. El TCP declara que en el caso de producirse un conflicto irreconciliable, deberán ser los actores políticos quienes tomen una decisión al respecto, y por tanto se niega a ofrecer criterio alguno para que el TCP se pronuncie en el futuro. Si queremos conocer hasta qué punto el TCP se ajusta a los principios del contrapunto jurídico, debemos volver la mirada sobre otros pronunciamientos. El más importante hasta la fecha afecta a la transposición polaca de la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

II. LA SENTENCIA EURO-ORDEN – ¿LOS COMPROMISOS EUROPEOS EN SERIO?

A) La Decisión Marco reguladora de la euro-orden y la extradición de los ciudadanos del Estado requerido

La Decisión Marco 2002/584/JAI (en adelante, la Decisión Marco) ha sido considerada como el primer y más impactante ejemplo de una cooperación judicial integral en asuntos penales, al amparo del Tercer Pilar de la Unión Europea⁸⁰. Surgió como reacción a la necesidad de dar respuesta a las amenazas del terrorismo y la criminalidad transfronteriza, agudizadas tras los atentados del 11 de septiembre de 2001. Su objetivo principal es la simplificación y aceleración de los procedimientos de extradición de sujetos condenados o acusados por la comisión de delitos en el territorio de la Unión

⁷⁹ Fundamento 7, último párrafo.

⁸⁰ Cfr. ALEGRE, S. & LEAF, M., *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant*, 10 *European Law Journal* 200 (2004); DOUGLAS-SCOTT, S., *The rule of law in the European Union – putting the security into the Area of freedom, security and justice*, 29 *European Law Review* 219 (2004) y WOUTERS, J. & NAERTS, F., *Of arrest warrants, terrorist offences and extradition deals: an appraisal of the EU's main criminal law measures against terrorism after «11 September»*, 41 *Common Market Law Review* 909 (2004).

Europea. Sustrae el procedimiento de extradición de las manos de la instancia política, convirtiéndolo en un asunto puramente judicial, en el que sólo los Tribunales de los Estados miembros tendrían voz y voto, sin necesidad de remitir la cuestión al gobierno, cuya participación en los procedimientos de extradición venía siendo tradicional⁸¹.

Sin embargo, la transposición de la Decisión Marco ha causado problemas constitucionales en varios Estados miembros, principalmente por las prohibiciones constitucionales que proscriben la extradición de los propios nacionales⁸², algo que puede llegar a suceder con la transposición de la Decisión Marco. Podría discutirse hasta qué punto esta prohibición se encuentra arraigada en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. De hecho, al contrario de lo ocurrido en el continente⁸³, la prohibición no tiene ningún fundamento constitucional en la tradición jurídica anglosajona⁸⁴.

Tal como ha observado la doctrina, «el fundamento de esta prohibición constitucional tiene su origen en una concepción exagerada de la soberanía nacional, y presupone la existencia de diferencias y contrastes muy agudos entre las distintas administraciones de justicia de los Estados miembros, con lo que podría causarse un tratamiento desigual y por tanto injusto»⁸⁵. Como es bien sabido, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia constituido en el marco del Tercer Pilar se basa en un principio de confianza recíproca en los sistemas judiciales de los Estados miembros⁸⁶. Mientras que el Convenio

⁸¹ Tal como señala DOUGLAS-SCOTT, S., *The rule of law in the European Union*, el procedimiento de extradición es político por naturaleza, tal como lo mostró el asunto Pinochet: *R. v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others Ex p. Pinochet Ugarte (No.2)* [2000] 1 A.C. 119.

⁸² Véase el análisis de esta norma en el Derecho nacional e internacional que realiza PLACHTA, M., *(Non-)Extradition of Nationals: A Neverending Story?*, 13 *Emory International Law Review* 77 (1999). Véase asimismo el listado de Estados miembros que contaban con una prohibición de estas características con anterioridad a la entrada en vigor de la Decisión Marco, en el citado trabajo de PLACHTA, M., cit. pg. 109.

⁸³ Aunque con algunas excepciones, como en el caso de los países escandinavos, que prevén una excepción a la prohibición cuando la extradición se efectúa entre ellos. Cfr. PLACHTA, M., cit., pgs. 99 y 100.

⁸⁴ Fue rechazada expresamente en el Reino Unido desde 1878 por una Comisión Real relativa a la Extradición. En los Estados Unidos, véase el asunto *Neely v. Henkel*, 180 U.S. 109, 123 (1900). Cfr. PLACHTA, M., cit., pgs. 86 y 87.

⁸⁵ PLACHTA, M., cit., pgs. 87 y 88. La prohibición de extradición de nacionales también ha sido ampliamente discutida en el plano internacional, especialmente tras la creación del Tribunal Penal Internacional. Cfr. DEEN-RACSMÁNY, Z., *A New Passport to Impunity? Non-Extradition of Naturalized Citizens versus Criminal Justice*, 2 *Journal of International Criminal Justice* 761 (2004). También se ha discutido si la prohibición es una norma de Derecho Internacional. Cfr. PLACHTA, M., cit., pg. 77.

⁸⁶ Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 October 1999, párrafo. 33. Véase igualmente el 6º y 10º párrafo de la Exposición de Motivos de la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, así como el asunto *Gözütok and Brügge*, C-187 y 385/01, apartado 38. Asimismo, ALEGRE S. & LEAF, M., cit. y WOUTERS J. & NAERTS, F., cit., pgs. 919 a 923.

europeo de extradición de 1996 (el antecedente directo de la Decisión Marco) salvaguardaba la negativa a extraditar a los nacionales del Estado requerido mediante la introducción de reservas, la Decisión Marco no permite este tipo de excepciones⁸⁷. Y mientras algunos Estados miembros introdujeron reformas constitucionales para llevar a cabo la transposición, Polonia no adoptó medidas del estilo⁸⁸. Así, la Constitución polaca decía, y dice, en su artículo 55.1 que «los ciudadanos polacos no podrán ser extraditados».

B) La entrega como una subespecie de la extradición

No tardó mucho tiempo en plantearse una cuestión de inconstitucionalidad ante el TCP, poniendo en duda la constitucionalidad de las disposiciones del Código Criminal Procesal por las que se transpone la Decisión Marco. Fue la Corte regional de Gdansk la encargada de plantear la cuestión al TCP el 27 de enero de 2005, sobre la base de una petición de entrega a cargo de los Países Bajos, recaída sobre un ciudadano de nacionalidad polaca.

El TCP descartó que careciera de competencia para conocer de la cuestión por tratarse de un acto de transposición de una Decisión Marco. El TCP estableció que «el deber de adaptar las Decisiones Marco al ordenamiento nacional es un imperativo constitucional previsto en el artículo 9 de la Constitución, cuya realización no supone que exista una conformidad sustancial y mecánica entre los actos de Derecho derivado de la Unión Europea y las disposiciones de la Constitución»⁸⁹.

A la vista de la autonomía de la que goza la Constitución, el significado, alcance y contenido de sus disposiciones no pueden determinarse a través del Derecho «ordinario». Por tanto, el TCP tuvo que establecer, en primer

⁸⁷ La entrega sólo puede excepcionarse cuando el Estado miembro requerido considere que se cumplen algunas de las previsiones contenidas en el artículo 4 de la Decisión Marco, e incluso se prevé la posibilidad de que la ejecución de la pena se realice en el Estado de origen del arrestado.

⁸⁸ No obstante, se esperaba que tarde o temprano surgirían dudas sobre la constitucionalidad de la Decisión Marco. Véase WEIGEND E. & GÓRSKI, A., *Die Implementierung des Europäischen Haftbefehls in das polnische Strafrecht*, 117 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 193 (2005) pgs. 196 y 197. Estos autores destacaron también otro problema de la Decisión Marco (en pgs. 197 a 199), concretamente la exigencia de reciprocidad en la relación de delitos enumerados por la norma comunitaria, que por su naturaleza vaga e indeterminada podría colisionar con el principio de legalidad consagrado en el artículo 42 de la Constitución Polaca. Sin embargo, esta cuestión no fue planteada ante el TCP. Véase también ALEGRE S. & LEAF, M., cit., pgs. 208 y 209. Sobre esta cuestión sí se pronunció el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 18 de julio de 2005, disponible en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html, pero también lo hará el Tribunal de Justicia, una vez que la *Cour d'Arbitrage* belga haya planteado una cuestión prejudicial de validez e interpretación al respecto (asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*).

⁸⁹ Fundamento 2.4. La doctrina polaca se ha pronunciado en un sentido contrario. Véase WEIGEND E. & GÓRSKI, A., cit., pg. 195, discutiendo las posturas de dicha doctrina.

JAN KOMÁREK

lugar, si el concepto «extradición» incluye asimismo el concepto de «entrega», a pesar de que las disposiciones del Código Criminal Procesal hubieran distinguido entre ambos regímenes con el fin de acabar con las dudas de constitucionalidad que suscitaba la entrega de nacionales polacos⁹⁰. Según el TCP, una distinción legal como la establecida en el Código no resulta determinante a los efectos de la interpretación constitucional, como tampoco lo es el hecho de que la Decisión marco emplee el término «entrega» (como alternativa de «extradición»).

A continuación, el TCP se introduce en uno de los puntos más relevantes de la Sentencia, al analizar las consecuencias de «la obligación de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario» aplicada a la prohibición constitucional de extradición de nacionales polacos. El TCP examina si el deber de interpretación conforme también existe en el Tercer Pilar y, concretamente, en el caso de las Decisiones Marco, para llegar a la conclusión de que *probablemente* sea así. A la vista del grado de profundidad con el que el TCP abordó la cuestión de la interpretación conforme en su Sentencia del asunto «*bio-componentes*», donde hizo un detallado repaso a las Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos *Van Colson* y *Marleasing*⁹¹, resulta sorprendente que en el asunto euro-orden el TCP ignorara por completo las Conclusiones de la Abogado General J. Kokott en el asunto *Maria Pupino*, presentadas con anterioridad a la Sentencia, y posteriormente confirmadas por el propio Tribunal de Justicia⁹².

Sin embargo, el TCP consideró que la obligación de interpretación conforme no era aplicable al caso, entendiendo que la obligación ya había sido matizada anteriormente por el propio Tribunal de Justicia, al negar que una Directiva «pueda agravar la situación jurídica de un particular, especialmente en lo que afecta al ámbito de la responsabilidad penal»⁹³. Desgraciadamente, el TCP no hizo referencia alguna a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, por lo que desconocemos sobre qué fundamentos exactos crea esta excepción a la obligación de interpretación conforme. Existen tres contra-argumentos con los que podemos combatir la tesis del TCP. En primer lugar, resulta dudoso que el principio comunitario de interpretación conforme, desarrollado jurisprudencialmente en el contexto de normas nacionales, con el fin de remediar la no transposición o la transposición defectuosa, sea de aplicación al presente caso, donde la Decisión Marco había sido transpuesta correctamente, suscitándose únicamente un problema de interpretación de una norma nacional contradictoria. Desde la perspectiva del Derecho comunitario, más que un deber de interpretación conforme, lo que existe es una cuestión de primacía, y, concretamente, una cuestión sobre la aplicación de la primacía en el ámbito del Tercer Pilar. En segundo

⁹⁰ Fundamentos 3.2 y 33.

⁹¹ Cfr. nota 58.

⁹² Conclusiones de la Abogado General Kokott al asunto *Pupino*, C-105/03, de 11-11-2004. Sentencia de 16-6-2005.

⁹³ Fundamento 34.

lugar, incluso si el principio comunitario de interpretación conforme fuera aplicable al caso, el TCP no acierta en su afirmación, pues no hay que olvidar que la obligación de interpretación conforme ha contribuido, en ocasiones, a «agravar una situación individual» cuando ha resultado aplicable entre particulares y cuando ha sido necesario garantizar el efecto útil del Derecho comunitario⁹⁴. Es cierto que en el asunto *Arcaro* el Tribunal de Justicia declaró que la interpretación conforme «encuentra su límite cuando su resultado conduce a la imposición de una carga a un particular, prevista en una Directiva no transpuesta»⁹⁵. Sin embargo, en dicho asunto estaba en juego la responsabilidad penal de un particular⁹⁶. Este hecho hay que tenerlo en cuenta al analizar un tercer contra-argumento: la entrega de un particular no condiciona ni determina su responsabilidad penal. La responsabilidad del sujeto es una cuestión que sólo el Derecho del Estado requiriente podrá determinar, sea entregado o no. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual queda proscrito un efecto interpretativo sancionador⁹⁷, no puede alcanzar al Derecho procesal⁹⁸, al cual queda circunscrita la orden de detención europea⁹⁹. Por tanto, el TCP hace una lectura superficial de la jurisprudencia comunitaria cuando decide excluir el deber de interpretación conforme. Ahora bien: probablemente habría llegado a la misma conclusión si se hubiera sustentado únicamente en los límites interpretativos que permite la Constitución polaca. Como ya sabemos, el TCP admitió el deber de interpretación conforme con una importante limitación: una lectura contraria a una disposición expresa de la Constitución, cuando el estándar de protección de un derecho fundamental supone un «límite infranqueable»¹⁰⁰. Esta interpretación nos habría llevado al mismo

⁹⁴ Cfr. PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2005, pgs. 184, 214 y 215.

⁹⁵ Asunto *Arcaro*, C-168/95, de 26-9-1996, pg. 42.

⁹⁶ Véanse los argumentos a favor de que la obligación de interpretación conforme incluya la imposición de deberes a particulares, incluso por parte de los poderes públicos, expuestos en PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, op. cit., pgs. 203 a 208.

⁹⁷ Asunto *Kolpinghuis*, 80/86, de 8-10-87, confirmado recientemente en el asunto X, C-60/02, de 7-1-2004.

⁹⁸ En el asunto *Pupino*, la Abogado General Kokott también hizo la distinción entre Derecho penal sustantivo, mediante el que se determina la responsabilidad penal y donde no cabe la obligación de interpretación conforme, y el Derecho procesal criminal, donde sí es posible. Véase el p. 42 de sus Conclusiones.

⁹⁹ De la sentencia *Pupino* se deduce claramente que la obligación de interpretación conforme queda excluida si es aplicada en el ámbito penal (al contrario de lo ocurrido con las normas de Derecho procesal). Al respecto, cfr. pp. 45 y 46. También podría añadirse que este tipo de conflictos atañen a contradicciones con *normas de Derecho interno*, al contrario de lo ocurrido cuando debe subsanarse una laguna o una transposición incorrecta, donde la obligación de interpretación conforme permite cierta flexibilidad.

¹⁰⁰ Fundamento 6.4. Lo que no queda del todo claro en este punto es la naturaleza del derecho emanado de la prohibición de extradición. El TCP estimó que se trataba del derecho fundamental al juez natural y no el derecho a una tutela judicial efectiva en un Estado democrático basado en el Estado de Derecho. Si la respuesta hubiera sido la contraria, la prohibición de extradición debería haber sido acatada y no se habría planteado conflicto constitucional alguno.

resultado, haciendo uso únicamente del texto constitucional como parámetro de interpretación.

El TCP descartó que el constituyente polaco tuviera en mente la distinción entre «extradición» y «entrega» y que la prohibición de extradición de nacionales polacos excluyera, al mismo tiempo, a quienes fueran sujeto pasivo de una orden de entrega. Según el TCP, lo primero a tener en cuenta es el tratamiento idéntico que ambos términos habían recibido durante varios años, al mismo tiempo que el constituyente no hizo distinción alguna entre ambos. En segundo lugar, en el momento de la entrada en vigor de la Constitución (1997), la Decisión Marco, donde se emplea el término «entrega» y no «extradición», no existía aún¹⁰¹. A continuación el TCP desarrolla un conjunto de consideraciones con el fin de aclarar si una entrega es, en esencia, la misma figura jurídica que la extradición. La argumentación de la Sentencia no resulta del todo coherente, pues dedica un gran esfuerzo para mostrar las diferencias entre ambas figuras¹⁰², tan sólo para terminar afirmando que las diferencias existen en el plano de la legislación ordinaria, la cual no puede determinar el alcance de la interpretación constitucional que merece el término «extradición». Llegado a este punto, el TCP concluye que la entrega es un subtipo de la extradición, en la medida en que ambas figuras tienen por objeto el traslado de una persona acusada, o condenada, con el fin de desarrollar un proceso penal o ejecutar una Sentencia de condena. Por este motivo, la normativa del Código Criminal Procesal es contraria a la Constitución¹⁰³.

C) Los límites temporales de los efectos de la Sentencia, como consecuencia de una ponderación entre principios

Hasta aquí, el fallo puede ser objeto de crítica, dado el margen interpretativo que podría haber empleado el TCP a la hora de solventar el conflicto constitucional. Sin embargo, los esfuerzos que hace el TCP para evitar un conflicto concreto e impedir que su resolución genere incoherencia en el ordenamiento europeo, así como la argumentación sobre la que se sustenta, nos sirve como ejemplo de lo que deben hacer los Tribunales Constitucionales ante contradicciones irreconciliables entre las Constituciones nacionales y el Derecho comunitario¹⁰⁴.

El TCP consideró que la anulación de la norma nacional no contribuía a

¹⁰¹ Fundamento 3.1.

¹⁰² Fundamento 3.5. Según el TCP, se trata de las siguientes: la limitación al principio de reciprocidad, las diferencias entre la organización y las competencias (siendo la extradición un procedimiento ejecutivo, mientras que la entrega es un procedimiento judicial sin intervención política alguna), la simplificación y expeditividad de la orden de entrega y la eliminación de dos condiciones clásicas propias de la extradición: la nacionalidad del sujeto pasivo y la naturaleza política de los delitos.

¹⁰³ Fundamento 4.4.

¹⁰⁴ Véase la discusión relativa a la (im)posibilidad de que el juez nacional sustituya la primacía de su Constitución nacional por la primacía del Derecho comunitario.

solventar el conflicto entre el Derecho constitucional y el Derecho comunitario, por lo que era prioritaria una intervención de los actores políticos. Así, el TCP hace expresa referencia al artículo 9 de la Constitución, en virtud del cual se establece que «La República de Polonia respetará el Derecho internacional vigente»¹⁰⁵. La anulación de la normativa del Código Criminal Procesal supondría, pues, una violación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución. Por tanto, para lograr el cumplimiento íntegro de la Constitución, la solución pasaría por la reforma del artículo 55.1 de la Constitución y la consiguiente reincorporación de la disposición anulada al ordenamiento jurídico polaco¹⁰⁶.

Así las cosas, el TCP encontró la solución recurriendo a la limitación de los efectos temporales de la Sentencia, al efecto de que el constituyente introduzca los cambios constitucionales necesarios, mientras las disposiciones cuestionadas se mantienen temporalmente en vigor¹⁰⁷. El TCP puso un especial énfasis al declarar que esta limitación temporal de los efectos de la Sentencia «genera un deber inmediato a cargo de las autoridades legislativas de iniciar la tramitación parlamentaria pertinente»¹⁰⁸, al tiempo que los Tribunales ordinarios siguen obligados a aplicar temporalmente una norma declarada inconstitucional¹⁰⁹.

Haciendo uso del período máximo previsto en el artículo 190.3 de la Constitución, el TCP limitó los efectos de su Sentencia durante dieciocho meses. Al objeto de justificar esta limitación máxima recurrió a los valores constitucionales,

«en especial a la obligación de Polonia de respetar el cumplimiento del Derecho internacional, pero también el orden público y la seguridad, para cuya consecución contribuye la entrega de personas arrestadas a otros Estados [...]. Al mismo tiempo, debe tenerse presente el hecho de que Polonia y otros Estados miembros de la Unión Europea están vinculados por unos principios estructurales comunes, relativos a la buena administración de justicia y la tutela judicial efectiva ante un órgano jurisdiccional independiente, incluso cuando los hechos afecten a ciudadanos polacos y tenga como consecuencia la privación de garantías derivadas de la prohibición de extradición, si ello contribuye en la medida necesaria para hacer efectiva la entrega sobre la base de una orden de detención. La atención que merece el cumplimiento de un valor, como lo es la credibilidad de Polonia en sus relaciones exteriores y su imagen como Estado que respeta la regla fundamental *pacta sunt servanda*, contribuye firmemente a reforzar nuestra decisión¹¹⁰».

¹⁰⁵ Fundamento 2.1.

¹⁰⁶ Fundamento 5.

¹⁰⁷ La limitación del efecto temporal de las Sentencias es un mecanismo en manos de varias jurisdicciones constitucionales europeas. Que el Tribunal de Justicia disponga de este poder es una cuestión actualmente sometida a debate en el asunto *Banca Popolare di Cremona*, C-475/03, concretamente en las Conclusiones del Abogado General Jacobs, presentadas el 17-3-2005, pgs. 81 a 88.

¹⁰⁸ Fundamento 5.3, párrafo segundo.

¹⁰⁹ Fundamento 5.5.

¹¹⁰ Fundamento 5.2, último párrafo.

Llegados a este punto, podemos evaluar hasta qué punto el TCP cumplió con los principios del contrapunto jurídico¹¹¹. El primer principio (respeto al pluralismo en el ordenamiento jurídico europeo) no fue objeto de esta Sentencia, en tanto en cuanto el TCP no acometió un control de constitucionalidad de la Decisión Marco, sino de la legislación nacional de transposición¹¹². El segundo principio (coherencia) probablemente no se cumplió en su integridad en lo atinente a la obligación de interpretación conforme, y la versión que hizo de la misma el TCP¹¹³. Por otra parte, el TCP se refirió expresamente a aquellos Estados miembros que acometieron reformas constitucionales con el fin de acomodar sus Constituciones al Derecho comunitario¹¹⁴. Por tanto, el TCP emplea las prácticas constitucionales de otros Estados miembros como justificación, a la hora de encomendar al constituyente la decisión de llevar a cabo una adaptación del ordenamiento polaco y así ajustarlo al contenido de sus compromisos europeos.

Lo que debe apreciarse es la atención que pone el TCP a las peculiaridades del contexto europeo en el que está actuando, cumpliendo así las exigencias del principio de universalidad. Esta afirmación se refuerza cuando comparamos la Sentencia con la resolución adoptada semanas después por el Tribunal Constitucional Federal alemán, al anular la legislación nacional de transposición de la Decisión marco. El TCP ponderó la posibilidad de una aplicación de la llamada «cláusula disciplinaria» prevista en el artículo 39 del Acta de Adhesión. Sin embargo, afirmó que

«es necesario constatar con carácter expreso que la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Sentencia tienen consecuencias más allá de lo jurídico y –llegado el caso de adoptarse sanciones contra Polonia– lo económico.

El aumento de la criminalidad, especialmente la criminalidad organizada y transfronteriza, nos obliga a buscar medios procesales adecuados y acordes con su extensión, intensidad y peculiaridad, lo cual justifica tomas de decisión inmediatas por parte de los Tribunales. La efectividad de la lucha contra la criminalidad depende, en gran medida, de la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea en un nivel más desarrollado que el que actualmente proporciona la institución de la extradición¹¹⁵. Ello es posible a partir de un elevado grado de confianza y lealtad en el desarrollo y aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales, todos ellos sustentados sobre la base de principios estructurales que garantizan la protección de los derechos y libertades fundamentales. La existencia de estándares comunes de protección justifica la excepción de

¹¹¹ Cfr. *supra*.

¹¹² De hecho, excluyo la posibilidad de realizar este tipo de control en su Decisión relativa al Tratado de Adhesión, antes estudiada, concretamente en el fundamento 18.9.

¹¹³ Cfr. *supra*.

¹¹⁴ Fundamento 5.7, aludiendo expresamente a la modificación de la Constitución francesa al objeto de ratificar el Tratado de Maastricht, al igual que en España, y finalmente Alemania, para eliminar las limitaciones de acceso de las mujeres a los empleos militares tras la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Kreil*, cit.

¹¹⁵ Uno no puede dejar de observar que el TCP admite, implícitamente, que la extradición y la orden de detención son instituciones diferentes (la extradición como «medida tradicional», mientras que la orden de detención es «algo más avanzado») y por tanto contradice la conclusión a la que finalmente llega.

determinadas garantías formales, previstas en las medidas clásicas de cooperación judicial internacional.

El sistema de entrega diseñado por la Decisión Marco debe servir no sólo para la realización de los objetivos de la Unión, entre los que se encuentra la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Este Tribunal quiere insistir de nuevo en la importancia de la orden de detención europea para el funcionamiento de la justicia en Polonia, pero también por su función en el fortalecimiento de la seguridad interior; la consecución de este objetivo debe ser una de las principales prioridades del legislador polaco».

En unos términos bien diferentes, el Tribunal Constitucional Federal alemán eludió las consecuencias de su Sentencia desde la perspectiva europea, y declaró nula la Ley de transposición de la Decisión Marco reguladora de la orden de detención europea, y todo ello con efectos inmediatos. La Sentencia provocó unas graves distorsiones en el ordenamiento jurídico europeo que podrían haberse evitado si se hubiera adoptado un enfoque como el asumido por el TCP.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional Federal provocó una sonora reacción por parte de la Audiencia Nacional de Madrid, cuya orden de detención se vio rechazada como consecuencia de la Sentencia del Tribunal alemán. Mediante Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal, la Audiencia Nacional consideró que Alemania se había autoexcluido del sistema de detención europea, por lo que entendió que resultaba de aplicación el régimen supletorio de la extradición, en el que cobraba plena vigencia el principio de reciprocidad¹¹⁶. Sin perjuicio del incumplimiento en el que ha incurrido la Audiencia Nacional, lo cierto es que se trata de una reacción a una decisión de otro Tribunal nacional que genera un vacío en el ordenamiento europeo.

Otra consecuencia, probablemente incluso más grave, surge igualmente: el vacío creado por la Sentencia del Tribunal alemán llega a ser mucho más profundo, pues, después de la Sentencia, ningún Estado miembro puede solicitar una extradición al amparo de los Convenios Internacionales anteriores a la orden de detención. De acuerdo con el artículo 31 de la Decisión Marco, los convenios firmados por los Estados miembros sobre esta materia quedaron sustituidos por el nuevo régimen. Se crea, así, una situación circular de la que no cabe salir: Alemania no puede dictar órdenes de detención al amparo de la Decisión Marco, puesto que se ha auto-excluido del régimen común desde el momento en que se dicta la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Por otra parte, los restantes Estados miembros tampoco pueden solicitar la entrega a las autoridades alemanas, si no es bajo la cobertura de la Decisión Marco y su correspondiente normativa nacional. Y desde un punto de vista estrictamente jurídico, los Estados miembros deberían denegar las peticiones de extradición alemanas dictadas al amparo de los antiguos convenios internacionales, puesto que la Decisión Marco prohíbe la aplicación de dichos instrumentos.¹¹⁷

¹¹⁶ Resolución de 21 de julio de 2005.

¹¹⁷ El mismo problema ha surgido en la República Checa, que no acató el límite temporal previsto para la aplicación de la Decisión Marco. Mientras que el ordenamiento comu-

JAN KOMÁREK

A partir de esta breve comparación podemos observar claramente que el TCP asumió su responsabilidad europea con una seriedad mucho mayor que el Tribunal Constitucional Federal alemán. Sin embargo, queda por esclarecer si se ha cumplido el último de los principios del contrapunto jurídico de MADURO: la elección institucional adoptada por el TCP, al dejar la decisión en manos del legislador y, más ampliamente, al proceso político en general.

D) «La insoportable levedad de decidir»: ¿cumplió adecuadamente el TCP con su cometido institucional?

En páginas anteriores, se ha destacado que la referencia del TCP a la Nación como soberano, o a sus representantes, en caso de producirse un conflicto irreconciliable, puede justificarse en la medida en que los Tribunales no siempre están lo suficientemente legitimados o institucionalmente bien posicionados a la hora de introducir un cambio que sustituya la primacía de la Constitución a favor de la primacía del Derecho comunitario. Al mismo tiempo, también se ha destacado que la pregunta pertinente no gira en torno a qué Tribunal debe decidir (el Tribunal de Justicia o un Tribunal Constitucional nacional), sino hasta qué punto el Derecho puede dar respuesta al conflicto. Sin embargo, el problema no se soluciona con una mera referencia a los límites del Derecho, sino que requiere un análisis que nos indique qué instituciones son más eficientes y legítimas a la hora de tomar este tipo de decisiones. Por tanto, surge la necesidad de hacer un análisis institucional, si bien vinculado al anterior: los límites del Derecho pueden determinar qué institución está llamada a intervenir en el caso de un conflicto. Pero no podemos perder de vista un dato: en el momento en que un Tribunal interpreta el Derecho y llega a la conclusión de que éste tiene límites, se está llevando a cabo un análisis institucional. Si un Tribunal considera que es imposible dar una salida interpretativa al conflicto normativo, al mismo tiempo está delegando la decisión a favor del proceso político, y por tanto existe un pronunciamiento por parte de aquél.

Existe un riesgo inherente siempre que se otorga a los Tribunales la facultad de decidir: éstos pueden eludir su papel institucional como árbitros de las discusiones sobre el Derecho, y por tanto fracasar en su misión de crear un ordenamiento jurídico coherente y consistente. Es indudable que resulta muy fácil decir «esta cuestión no me compete a mí resolverla». A este respecto, el TCP argumenta en unos términos excesivamente escuetos. Su justificación gira alrededor de la auto-restricción judicial, en tanto el TCP defiende que la limitación de efectos de su Sentencia le permite eludir una

nitario impuso la fecha del 7 de agosto de 2002, la República Checa decidió no dictar ni ejecutar órdenes de detención sobre delitos cometidos con anterioridad al 1 de noviembre de 2004. Ello implica que no cabe dirigir órdenes de detención a otros Estados miembros que hubieran transpuesto correctamente la Decisión Marco. Al respecto, véase el informe de la Comisión, relativo al artículo 34 de la Decisión Marco [COM (2005), 63 final] así como su Anexo, donde se apuntan otros problemas transitorios como consecuencia de la incorrecta transposición de la Decisión Marco.

intromisión en la esfera política e internacional, donde la representación del Estado corresponde exclusivamente al Presidente de la República¹¹⁸. Sin embargo, si los motivos que justifican una actitud deferente se basan en la inmisión de un Tribunal en el terreno de la política o del Derecho internacional, siempre habría motivos para ejercer un *self-restraint*.

III. CONCLUSIÓN

Sería muy sencillo afirmar que el TCP demostró tener un desconocimiento del Derecho comunitario al negarle su primacía sobre la Constitución polaca. El ordenamiento jurídico europeo no se estructura jerárquicamente alrededor de los Tratados, y, si aceptamos su naturaleza pluralista, debemos también estar preparados para reconocer que, en ocasiones, existen conflictos imposibles de resolver. Según el TCP, la norma suprema del Estado sigue siendo la Constitución. Pero su actitud demuestra que los nuevos Estados miembros están dispuestos a plantearle nuevos retos a la doctrina tradicional comunitaria, que ha interiorizado la no-aceptación de la primacía del Derecho comunitario por parte de los Tribunales Constitucionales como un fenómeno patológico, cuya cura se encontraría en una profundización en el proceso de integración europea¹¹⁹. Si la concepción pluralista del Derecho comunitario tiene ventajas o desventajas, es algo que sólo podrá evaluarse con el paso del tiempo, cuando tengamos la ocasión de observar el impacto de la jurisprudencia del TCP en la resolución práctica de cada caso, y en el día a día de los Tribunales y de la clase política de Polonia.

¹¹⁸ Fundamento 5.3, párrafo segundo.

¹¹⁹ MADURO, M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, cit., pg. 503.