

# Recepción del Derecho Internacional e interpretación conforme del Derecho Comunitario en la Jurisprudencia Constitucional reciente

Comentario crítico a las sentencias 292, de 10 de  
noviembre de 2005, y 328/2005, de 12 de  
diciembre de 2005, del Tribunal Constitucional

*Manuel Cienfuegos Mateo*

Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Instituciones de  
Derecho Comunitario). ORLA-UPF. manuel.cienfuegos@upf.edu

## SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS
  - II. LA STC 292/2005, DE 10 DE NOVIEMBRE-1. *Hechos*-2. *Razonamiento jurídico y fallo*
  - III. LA (CLÓNICA) STC 328/2005, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2005
  - IV. VALORACIÓN CRÍTICA-1. *El valor de la publicación oficial del Derecho internacional en el ordenamiento español*-2. *La calificación (incorrecta) de la declaración francesa de 12 de octubre de 2004 como retirada de una reserva*-3. *La omisión de la obligación de interpretar el Derecho español de conformidad con la orden europea de detención y entrega y el planteamiento de cuestiones prejudiciales*
-

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

En los últimos años son cada vez más (relativamente) frecuentes las decisiones del Tribunal Constitucional en las que están en juego cuestiones de Derecho internacional público y de Derecho de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea, separada e inclusive simultáneamente. En general puede decirse que va mejorando progresivamente la claridad y la calidad de su razonamiento en lo que afecta a tales ordenamientos jurídicos, si bien el Tribunal Constitucional sigue encontrándose incómodo en su papel de intérprete supremo garante de la supremacía del ordenamiento constitucional cuando las cuestiones que ante él se ventilan trascienden la legalidad interna para tocar temas internacionales y europeos<sup>1</sup>. La declaración del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004 es un buen ejemplo de este estado de cosas<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vid. en general sobre los *claroscuros* de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el Derecho internacional público y el Derecho comunitario europeo, R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Madrid: CGPJ, 2003; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Madrid: Civitas, 2002; A. MANGAS MARTÍN, «Quelques réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle espagnole et le droit communautaire», en G. VANDERSANDEN (Coord.), *Mélanges en hommage à Jean Victor LOUIS*, Bruselas: ULB, 2003, pgs. 277-287; M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Un caso test en las relaciones entre el orden internacional y el interno: la adaptación de la legislación penal española a las exigencias del Derecho internacional humanitario», en F. MARIÑO MENÉNEZ (Ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid: Trotta, 2002, pgs. 533-544; P. PÉREZ TREMPES, «La Constitución Española ante la Constitución europea», en E. ALBERTI (Dir.) y E. ROIG MOLÉS (Coord.), *El proyecto de nueva Constitución europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pgs. 485-526; A. REMIRO BROTONS, «La Constitución y el Derecho Internacional», en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*, Madrid: INAP, 1998, pgs. 227-257; J. L. REQUEJO PAGÉS, «Convenio Europeo y Tribunal Constitucional. La invariable diversidad de contenidos en los enunciados de derechos fundamentales», *Anuario Jurídico de La Rioja, 2000-2001*, núm. 8-9, pgs. 201-216; A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid: CGPJ, 1999; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «El artículo 93 CE y el bloque de constitucionalidad: algunos problemas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Madrid: Civitas, 1991, pgs. 219-250.

<sup>2</sup> Para un análisis de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, con reflexiones favorables y críticas a su *ratio decidendi* y el fallo de fondo, véase, entre otros, A. LÓPEZ CASTILLO, A. SÁIZ ARNÁIZ y V. FERRERES COMELLA, *Constitución Española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid: CEPC, 2005; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución Española», *RGDE*, núm. 7, 2005 (accesible en <http://www.iustel.com/revistas>); G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional», *RDCE*, núm. 20, 2005, pgs. 5-17.

En este comentario examinaremos dos casos recientes de esta tendencia de la jurisprudencia constitucional, las STC 292 y 328, ambas de finales de 2005, en las que se entremezclan y resuelven con suerte dispar temas de Derecho internacional público y de Derecho de la Unión Europea. Ello al socaire del análisis de sendos recursos de amparo que estiman la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española porque los autos de la Audiencia Nacional en virtud de los que se autorizaba la extradición a Francia de una persona de nacionalidad y residencia española habían aplicado normas jurídicas que no habían sido publicadas en el BOE. Normas que, por tanto, no eran parte del Derecho español, con la consecuencia de que no colmaban las exigencias de tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías de legalidad propias del procedimiento extradicional<sup>3</sup>.

Estas dos decisiones judiciales son de una apariencia formal irreprochable en su argumentación y también cuentan con algún acierto en su fondo. Pero su análisis detallado desvela igualmente la existencia de errores de bulto, así como el desconocimiento grave de determinados conceptos e instituciones propios del Derecho Internacional Público y del Derecho de la Unión Europea que son impropios de tal alta jurisdicción. Parafraseando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al control del cumplimiento del artículo 24 de la Constitución, se podría decir que en algunos extremos el Tribunal Constitucional incurre en una motivación defectuosa: en particular, porque no se refiere en ningún momento a las reglas de Derecho Internacional Público contempladas en la Convención de Viena –de la que es parte España– relativas a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, ni a las que rigen la modificación de un tratado, ni tampoco apunta la posibilidad de que el Derecho español pudiera ser interpretado de conformidad con la decisión marco de la UE por la que se aprueba la euroorden, en la medida en que ésta ha sustituido al Convenio Europeo de Extradición de 1957 en las relaciones entre los Estados miembros de la UE. Otras veces está carente de razonabilidad: así, la mención de la falta de publicación del Derecho interno francés en nuestro BOE y las consecuencias que de ello extrae. Finalmente, hay casos en que puede estar incurriendo en errores de derecho, como con la exigencia de

<sup>3</sup> La extradición es la institución procesal que posibilita que un Estado (requerente) solicite a otro Estado (requerido) que se le entregue a una persona buscada o condenada que se halla en su territorio para que sea enjuiciado por los tribunales del Estado requerente o cumpla en éste la pena ya impuesta. Como indica el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 3 de su sentencia 141/1998, de 29 de junio, «la extradición pasiva o entrega de un ciudadano extranjero a otro Estado constituye un procedimiento mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición. En el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (SSTC 102/1997, 222/1997, 5/1998; AATC 307/1986, 263/1989, 277/1997). Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado».

publicación oficial en España de la declaración francesa de 12 de octubre de 2004, en la medida en que su razón de ser es ejecutar la decisión marco por la que se aprueba la euroorden, que como acto de la Unión es automáticamente derecho vigente en España. Todo ello explica, en buena medida, la existencia de votos particulares disidentes.

Antes de comenzar, es obligado advertir que sólo se analizarán incidentalmente cuestiones que desbordan con creces el objeto de este comentario (que es el examen de las antedichas sentencias del Tribunal Constitucional desde la perspectiva del Derecho Internacional Público y del Derecho de la Unión Europea) y que, por lo demás, han sido bien estudiadas por la doctrina especializada, por lo que a ella cabe remitirse. Por un lado, la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables para los acusados<sup>4</sup>. Por otro lado, la institución de la extradición, su naturaleza procesal, sus exigencias –como la reciprocidad– y excepciones –como la no entrega de nacionales–, y el procedimiento para llevarla a cabo<sup>5</sup>. En estrecha relación, en tercer lugar, las repercusiones que en materia extradicional ha traído consigo la entrada en vigor de la orden europea de detención y entrega, a la vista de que instaura un régimen especial entre los Estados miembros de la Unión<sup>6</sup>. En cuarto lugar, el análisis de la vinculación entre la extradición y los derechos fundamentales –y de modo particular el artículo 24 de la Constitución– en la jurisprudencia constitucional<sup>7</sup>.

## II. LA STC 292/2005, DE 10 DE NOVIEMBRE

### 1. Hechos

Por medio de Nota Verbal núm. 83/NV de 10 de enero de 2002, la República de Francia solicitó la extradición del demandante, Rubén Martínez Álvarez, de nacionalidad española, para la ejecución de la orden de deten-

<sup>4</sup> Vid., en general sobre el tema, E. FRÍGOLS BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Barcelona: J. M. BOSCH Editor, 2004; J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid: Civitas, 2000; F. MADRID CONESA, *El Principio de irretroactividad de la Ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia: Universidad de Valencia, 1982.

<sup>5</sup> Vid. sobre el tema C. CEZÓN GONZÁLEZ, *Derecho extradicional. El futuro de la extradición en Europa*, Madrid: Dykinson, 2002; B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada: Comares, 2005.

<sup>6</sup> Vid., al respecto, S. CALAZA LÓPEZ, *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid: Iustel, 2005; M. CEDEÑO HERNÁN, «De la extradición a la “euroorden”: un cambio necesario (Análisis del procedimiento de detención y entrega europeo a la luz de la Ley 3/2003, de 14 de marzo)», *RGDE*, núm. 5, 2004, accesible en <http://www.iustel.com/revistas>; A. CUERDA RIEZU, *De la extradición a la euro orden de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003; F. J. FONSECA MURILLO, «La orden de detención y entrega europea», *RDCE*, núm. 14, 2003, pgs. 69-95.

<sup>7</sup> Vid. sobre el tema A. ROVIRA, *Extradición y derechos fundamentales (Comentarios al artículo 13.3 de la Constitución)*, Madrid: Civitas, 2005, especialmente pgs. 86 y ss.

ción internacional expedida el 14 de mayo de 2001 por el Tribunal de Gran Instancia de Pontoise (Francia) por hechos de «transporte no autorizado de estupefacientes, detención no autorizada de estupefacientes». Se consideraba implicado al solicitante de amparo en una importante red de traficantes de estupefacientes, en razón fundamentalmente de que, en noviembre de 1999, en la localidad francesa de Frépillon, la policía se había incautado de 14 bolsas, de 20 kilos cada una, de cannabis, en un vehículo conducido por Rubén Martínez Álvarez. Además, se habían encontrado otras 27 bolsas de la misma sustancia estupefaciente en una casa registrada que frecuentaba el demandante en compañía de un tercero, que es quien la había alquilado.

En la nota diplomática se advertía expresamente que «esta embajada agradecería al Ministerio tuviera a bien someter esta solicitud a las autoridades españolas competentes, invitándolas a precisar el curso que tendría a bien reservarle. Sin embargo, esta Embajada llama la atención de las autoridades españolas sobre el hecho que esta solicitud de extradición se refiere a uno de sus ciudadanos y que el Gobierno francés no puede acordarles la reciprocidad en este punto».

Por auto 71/2004, de 29 de julio de 2004, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó conceder la extradición de Rubén Martínez. Este se opuso, alegando la falta de la reciprocidad y el principio de irretroactividad de la Ley penal desfavorable. Por auto de 28 de enero de 2005, recaído en el recurso de súplica 148/2004, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó el recurso y confirmó que era procedente la entrega del ciudadano español a Francia.

En esencia, la Audiencia Nacional razona que la legislación aplicable en el asunto era la del Convenio Europeo de Extradición de 1957, complementado por el Segundo Protocolo Adicional de 1978, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 y la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Y motiva la procedencia de la extradición señalando, en contra del criterio de la defensa, que el principio de reciprocidad «no impide la entrega de un ciudadano español a Francia, dado que las modificaciones legislativas producidas en este país, a fin de adecuar su ordenamiento jurídico a la normativa comunitaria relativa a la euroorden, han dejado sin vigencia la reserva que en su momento hizo Francia al Convenio de Extradición respecto de la entrega de sus nacionales»<sup>8</sup>.

En consideración a este cambio legislativo, el Estado francés formuló declaración, consignada en una carta del representante permanente de Francia, de fecha 12 de octubre del año 2004, registrada en la Secretaría General del Consejo de Europa el 18 de octubre del año 2004, en virtud de la que, desde el 12 de marzo de 2004 para París y del 13 de marzo de 2004 para el resto de Francia, las disposiciones relativas a la Orden de Detención Europea, cuando puede

<sup>8</sup> Se trata de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, de adaptación de la justicia a la evolución de la criminalidad, que adapta el Derecho francés (título 10 del Libro IV del Código de Procedimiento Penal) a las exigencias de la euroorden.

ser aplicada, reemplazan a las disposiciones correspondientes del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 en los procedimientos de entrega entre Estados miembros de la Unión Europea.

A pesar de que la declaración francesa no fue publicada en el BOE hasta el 11 de mayo de 2005, en su auto de 28 de enero de 2005 la Audiencia Nacional falla que «las modificaciones [legislativas en Francia] dejan sin efecto la reserva francesa al art. 6.1 del Convenio Europeo de Extradición, siendo ya aplicables en la actualidad, y con independencia de la fecha de la Orden Internacional de Detención, que en este caso es de 14 de mayo del año 2001».

En relación con la alegación sobre retroactividad de la Ley penal, el Pleno de la Audiencia Nacional «pone de manifiesto que no se están aplicando en este caso las normas de la Decisión marco ni tampoco de la Ley española 3/2003 de 14 de marzo sobre la Orden Europea de Detención y Entrega; lo que se aduce es que en el orden interno francés, por virtud de las modificaciones normativas francesas, ya no rige la prohibición de la entrega de nacionales en el texto de la Euroorden lo que significa un cambio normativo que impide la aplicación del principio de reciprocidad en la denegación de esta extradición. Se aplican, por consiguiente, a este supuesto las normas de la extradición, pero teniendo en cuenta la normativa interna francesa».

## **2. Razonamiento jurídico y fallo**

La demanda de amparo se basa en los tres motivos siguientes. En primer lugar, la doble vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución) en la que los autos de la Audiencia Nacional habrían incurrido al aplicar una nueva normativa francesa a la que no se hace referencia detallada y que no consta en las normas que regulan la presente extradición, sin ulteriores datos. Lo que implica una insuficiencia manifiesta y arbitrariedad en la motivación, así como una flagrante indefensión, en tanto se ha aplicado normativa distinta a la enunciada, dejando huérfano el derecho de contradicción y oposición contra unas normas que ni siquiera son conocidas por la defensa. Y ello no por un desconocimiento de la legalidad, sino porque, como afirma el segundo auto recurrido, no eran aplicables al caso.

En segundo lugar, se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución) al haber concedido la extradición en virtud de la aplicación de una Ley que no ha sido publicada oficialmente en España. Dicha Ley consiste en la modificación de la legislación francesa sobre extradición, que ha supuesto la retirada de la reserva efectuada por el Estado francés al artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, por la que Francia no entregaba a nacionales franceses. Sólo con dicha modificación se satisface la garantía de la reciprocidad, pero –afirma el demandante invocando la STC 141/1998, de 29 de junio–, como la retirada de la reserva no está publicada oficialmente en el BOE, no forma parte del ordenamiento jurídico español, por lo que la extradición vulnera la garantía

fundamental de que ésta sólo pueda ser concedida en virtud de un Tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad.

El tercer motivo alegado fue la vulneración del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, en su vertiente de irretroactividad de la Ley penal desfavorable al reo, en tanto se está aplicando una normativa, la de euroorden, que no existía en el momento de producirse la reclamación extradicional.

El Ministerio Fiscal interesó el otorgamiento del amparo con argumentos similares, considerando vulnerados por los autos impugnados de la Audiencia Nacional el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante al incurrir aquéllos en falta de motivación respecto de la normativa efectivamente aplicada, lo que habría disminuido sus posibilidades de defensa, así como el principio de legalidad del art. 25.1 de la Constitución desde la vertiente de la certeza de las normas, en la medida en que la declaración francesa con que el auto del Pleno de la Audiencia Nacional fundamenta la existencia de reciprocidad no había sido publicada en el BOE al tiempo en que se decidió la procedencia de la extradición.

Aunque el Tribunal Constitucional se refiere a los tres motivos, centra su atención en la falta de publicación en el BOE, ya que «el núcleo de la controversia radica en la infracción del principio de legalidad extradicional contemplado en el art. 13.3 CE en el que habrían incurrido las resoluciones judiciales objeto de este proceso al conceder la extradición sin atender al principio de reciprocidad, en cuanto el cumplimiento de tal presupuesto se habría hecho efectivo en virtud de una normativa que, por no estar publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) en el momento de la adopción de la decisión de entrega, no era aplicable en España» (fundamento jurídico 2).

En su razonamiento, el Tribunal Constitucional comienza recordando su jurisprudencia acerca del principio de legalidad extradicional y su relevancia constitucional a los efectos del recurso de amparo<sup>9</sup>. Y, sin solución de continuidad, excluye que esté afectado en el caso de autos el principio de prohibición de retroactividad de la Ley penal desfavorable que consagra el

<sup>9</sup> En palabras del Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 2), «en cuanto a la invocación del art. 13.3 CE, debe ponerse de manifiesto que, si bien queda fuera del ámbito de este recurso (arts. 50.3 CE y 41.1 LOTC), el principio de legalidad extradicional consagrado en el citado precepto ha sido objeto de consideración por el Tribunal Constitucional en diversos procedimientos de amparo. Así, ya la temprana STC 11/1983, de 21 de febrero (F. 1), declaró que de la situación de tal precepto en el texto constitucional (art. 13.3 CE) no se infiere que absolutamente todas las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de expedientes o procesos de extradición deban quedar marginadas de la posibilidad del recurso de amparo constitucional, ya que, como sucede en el actual, cabe el planteamiento de pretendidos quebrantos de derechos y libertades constitucionalmente protegidos merced al repetido recurso; en concreto, en la hora presente, los que afectan a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, indefensión de las personas, presunción de inocencia y principio de legalidad, consagrados en los arts. 24 y 25 de la Constitución».

artículo 25 de la Constitución Española: a fin de cuentas, la extradición es «un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado» y el artículo 25 sólo se aplica a disposiciones legales de naturaleza sustantiva (fundamento jurídico 3).

Descartado este motivo, el Tribunal Constitucional examina lo que significa el principio *nulla traditio sine lege* y desglosa en dos cuestiones la demanda de amparo. Por una parte, la aplicación de una Declaración no publicada en el BOE como base habilitante para afirmar la retirada de la reserva efectuada por Francia al artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, según la cual Francia no entrega a sus nacionales. Por otra parte, y desde una perspectiva material, la consideración esgrimida por el Auto de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2005, relativa a que dicha declaración, realizada ante el Secretario del Consejo de Europa como consecuencia de la adaptación de la legislación francesa a la orden europea de Detención y Entrega, deja sin efecto aquella reserva (fundamento jurídico 2).

El Tribunal Constitucional considera obligado el respeto del principio *nulla traditio sine lege*, ya que «la primera y más fundamental garantía del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 CE: tratado o ley, atendiendo al principio de reciprocidad». Y a renglón seguido añade que la garantía expresada en la máxima *nulla traditio sine lege* «obedece a distintas finalidades», entre las que descolla que «la extradición quede sometida básicamente a reglas jurídicas y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio», según se deriva del artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del artículo 5.1 f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este principio significa también «subordinar a normas adoptadas por los legítimos representantes del pueblo la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la decisión favorable o desfavorable respecto a la entrega» y, además, permite ofrecer a los destinatarios una mayor seguridad jurídica, en atención a «la necesaria previsibilidad de las consecuencias de los propios actos, en relación con una medida como la extradición que determina efectos perjudiciales en la esfera del afectado y, en sentido amplio, en su derecho a la libertad, y que puede hacerlo también en su libertad de residencia» (fundamento jurídico 3). Todas estas finalidades forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española).

Desde la perspectiva concreta del artículo 24.1 de la Constitución Española (tutela judicial efectiva), el principio *nulla traditio sine lege* implica que toda decisión judicial de extradición sin soporte legal constituye un vacío de tutela, en cuanto decisión no fundada en derecho: «en efecto, de las finalidades acabadas de mencionar se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva viene a configurar en realidad el primer filtro de revisión constitu-

cional del respeto al principio de legalidad extradicional, en la medida en que si tal principio exige que la extradición sea acordada con arreglo a tratado o ley, con la finalidad de aportar mayor seguridad jurídica y someter a reglas jurídicas el procedimiento de entrega, su incumplimiento –esto es, acceder a la entrega sin la cobertura legal habilitante– derivará *eo ipso* en un reproche de arbitrariedad por no estar fundada en derecho». Como quiera que la extradición afecta a derechos fundamentales –como son permanecer en España o la libertad– «la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ha de ser ponderada atendiendo al canon de motivación reforzado» (fundamento jurídico 3).

Sobre esta base el Tribunal Constitucional examina el valor de la publicación en el BOE de una norma internacional. El Tribunal empieza por repasar su jurisprudencia relativa a la incidencia que sobre tales derechos tiene la publicación de la base normativa que sustenta la extradición. La mención más importante es a la STC 141/1998, de 29 de junio, según la cual «los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad», y que «una cláusula de un Tratado –y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es– no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial» (fundamento jurídico 4).

Esta tesis encuentra su fundamento en los artículos 9.3, 91 y 96.1 de la Constitución Española, los artículos 1.5 y 2.1 del Código Civil, el artículo 32.2 del Decreto 801/1972, y la jurisprudencia constitucional sobre ellos recaída. En síntesis, estos preceptos «desde la perspectiva de los ciudadanos adquieren una relevancia esencial, ya que éstos sólo podrán asegurar sus posiciones jurídicas, así como su efectiva sujeción y la de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento».

Su corolario es que «los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exigen que la concesión de la extradición» tenga su fundamento en una Ley o en un convenio que formen parte del ordenamiento interno, lo que a su vez requiere que hayan sido objeto de publicación oficial en España (fundamento jurídico 3). Este aserto faculta al Tribunal Constitucional para indagar si en el caso de autos ha habido marco jurídico habilitante y si se ha publicado en España la declaración de Francia ante el Consejo de Europa que pretendidamente ha dejado sin efectos la reserva francesa al Convenio Europeo de Extradición de 1957 (fundamento jurídico 5).

El Tribunal juzga que la extradición a Francia se ha fundamentado en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 como norma prioritaria de apli-

cación, por lo que, *prima facie*, y dado que la extradición se produce entre dos Estados signatarios del citado Convenio, cabe afirmar la existencia de un marco legal habilitante. No obstante, la controversia gira en torno a si, en concreto, el Convenio permitía la extradición en este tipo de supuestos –entrega de nacionales entre España y Francia– a la vista de la reserva de Francia al artículo 6 y de las reglas de reciprocidad expresamente previstas en el propio Convenio (artículo 26.3). De lo que se trata es, pues, de dilucidar si en relación con la entrega de nacionales entre España y Francia existía un Convenio, lo que a su vez depende de si seguía existiendo la citada reserva y, en su caso, si su pérdida de eficacia, o la norma que se estimara que la comportaba, había sido publicada, lo que permitiría la aplicación por parte de los órganos judiciales de las cláusulas del Tratado que en su día habían quedado sin vigencia por la reserva y que con tal publicación pasaban a formar parte del ordenamiento interno español.

Para la Audiencia Nacional, las modificaciones legales llevadas a cabo por Francia para adaptar su código de procedimiento penal a la decisión marco sobre la euroorden han dejado sin efecto, al menos en lo que respecta a las relaciones entre Francia y España, la reserva francesa al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, que impedía la extradición de nacionales entre ambos Estados, o han producido una transformación transitoria del sistema de extradición que conlleva la pérdida de eficacia de tal reserva. De ahí la declaración francesa al Convenio Europeo de Extradición de 12 de octubre de 2004. A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional hace hincapié en que en el caso de autos ha aplicado las normas francesas de extradición, basadas en el Convenio Europeo de Extradición, y no la propia orden europea de detención y entrega, que no sería aplicable al caso.

El Tribunal Constitucional se opone frontalmente al razonamiento de la Audiencia Nacional, estimando que para autorizar la extradición ha aplicado normas que no pertenecían al ordenamiento interno español por no estar oficialmente publicadas (si el apoyo a la extradición se sustenta en las modificaciones de la legislación procesal interna de Francia), o no había sido publicada en la fecha en que la Audiencia Nacional tomó la decisión de entrega (si el apoyo se encuentra en la declaración francesa al Convenio Europeo de Extradición, publicada en el BOE el 11 de mayo de 2005, mientras el auto por el que se accede a la entrega es de 28 de enero de 2005) –fundamento jurídico 5<sup>10</sup>–.

Todo ello conduce al Tribunal Constitucional –en su fundamento jurídico

<sup>10</sup> Para que no quepan dudas acerca de su posición, el Tribunal Constitucional añade que tampoco cabe una respuesta distinta a la cuestión clave de la publicación si la Audiencia Nacional hubiera entendido que «se ha producido una transformación transitoria del sistema extraditacional equivalente a la supresión de la reserva, pues, de nuevo, tal transformación transitoria, no contenida en la Decisión Marco que da lugar a la Euroorden, vendría apoyada en los Autos ahora recurridos en la legislación interna francesa o en la Declaración citada, publicada en España con posterioridad a la decisión impugnada en amparo».

6- a manifestar que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, «la reseñada falta de publicación oficial en España en el momento de la decisión de extradición de las normas que se invocan para proceder a la misma ha supuesto la vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Con independencia ahora de toda consideración acerca de la interpretación de dichas normas, las mismas, por su falta de publicación en el momento de su aplicación, no podían fundar la extradición acordada, por lo que no puede entenderse que esta decisión colme las exigencias de tutela y de garantía de legalidad propias del procedimiento extradicional».

Por los anteriores motivos el Tribunal Constitucional concede el amparo solicitado por don Rubén M. Á., y en su virtud reconoce sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y anula los autos de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2004 y de 28 de enero de 2005.

La *ratio decidendi* y el fallo del Tribunal Constitucional fueron cuestionados en dos votos particulares disidentes. Por un lado, Rodríguez-Zapata, con la adhesión de Jiménez Sánchez y García-Calvo, aduce que la publicación o falta de publicación en el BOE de la declaración, lejos de ser la clave del caso, resulta irrelevante para el mismo, pues en nada afecta a los Autos de la Audiencia Nacional impugnados, ya que –en su opinión– lo que se plantea en el caso «no consiste en la retirada de una reserva a un Convenio multilateral, en el sentido del artículo 2.1. d) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, sino en la distinta y sencilla de aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia en el tiempo, a que se refiere el artículo 30 de la misma Convención de Viena, sucediendo aquí el régimen de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, sobre Euroorden, al sistema del Convenio Europeo de extradición. Por su parte, para RODRÍGUEZ ARIBAS la declaración del Estado francés, «más que retirar la reserva anterior a dicho Tratado, lo que hace es sustituir, a partir de las referidas fechas, el sistema de extradición por la llamada Euroorden entre los países correspondientes que pertenezcan a la Unión Europea». En la valoración crítica volveremos sobre estas aseveraciones, cuya filosofía general compartimos.

### III. LA (CLÓNICA) STC 328/2005, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2005

Pocos días después de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional la Sala Segunda tuvo que resolver un supuesto idéntico. De hecho, afectaba también a Rubén M. Á., el cual había planteado recurso de amparo frente a otro auto de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2005, recaído en el recurso de súplica 147-2004, interpuesto contra el Auto de la Audiencia Nacional 89/2004, de 13 de octubre de 2004, por el que se concedía la ampliación de la extradición a Francia del demandante para que cumpliera

la pena de prisión impuesta por el Tribunal Jurado de París el día 17 de noviembre de 2000, por delito de robo con arma y toma de rehenes.

El razonamiento de la Audiencia Nacional y los alegatos a favor del recurso de amparo de la defensa y del Ministerio Fiscal fueron los mismos, por lo que la Sala Segunda sólo tuvo que poner de manifiesto que «el Pleno de este Tribunal, en la STC 292/2005, de 10 de noviembre, se ha ocupado muy recientemente de la cuestión suscitada resolviendo un supuesto de hecho prácticamente idéntico al que nos ocupa, siendo la resolución judicial ahora combatida ampliación de una extradición que fue aprobada por la decisión judicial objeto del recurso resuelto por la citada Sentencia».

Partiendo de esta premisa, la STC 308/2005 se remite expresamente a los razonamientos de la STC 292/2005 para concluir que procede estimar el amparo solicitado porque «las normas en las que la Audiencia Nacional funda la entrega del recurrente a Francia, dada su falta de publicación en el momento de su aplicación, no podían fundar la extradición acordada, por lo que no puede entenderse que esta decisión colme las exigencias de tutela y de garantía de legalidad propias del procedimiento extradicional», de tal suerte que se han vulnerado los derechos reconocidos por el artículo 24.

#### IV. VALORACIÓN CRÍTICA

Sintetizando y sistematizando el núcleo fundamental de la argumentación del Tribunal Constitucional, los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías *ex* artículo 24 de la Constitución reclaman que la concesión de la extradición tenga su fundamento en una Ley o en un convenio que formen parte del ordenamiento interno, lo que a su vez requiere que hayan sido objeto de publicación oficial en España. En las resoluciones impugnadas la autorización de la extradición se basó en el Convenio Europeo de Extradición de 1957, de tal suerte que existe un marco legal habilitante. Ahora bien, la cuestión fundamental era dilucidar si este convenio facultaba para la entrega de nacionales entre España y Francia porque este último país había hecho una reserva que excluía la extradición de sus nacionales y, por consiguiente, faltaba la reciprocidad a la que alude el artículo 13.3 de la Constitución Española y la Ley 4/1985, de extradición pasiva.

Para responder a esta cuestión había que decidir si seguía vigente la reserva francesa cuando la Audiencia Nacional autorizó la extradición a Francia de un nacional español (Rubén M. Á.) el 28 de enero de 2005, dado que había sido registrada en la Secretaría General del Consejo de Europa, pero no había sido publicada en el BOE (lo fue el 11 de mayo de 2005). El Tribunal Constitucional responde que la declaración francesa no se publicó en el BOE hasta una fecha posterior a la del auto en el que se aprobaba la extradición del demandante. Ello significaba que la declaración no era parte del

ordenamiento jurídico español y, por lo tanto, no podía aplicarse, de tal suerte que la reserva mantenía su vigencia en la fecha de autos.

Presentadas las cosas de este modo, ¿qué valoración merecen ambas sentencias? En términos generales se puede sostener que hay elementos valiosos porque aportan claridad y seguridad jurídica, frente a otros que son censurables, desde el punto de vista del Derecho internacional convencional y el Derecho de la Unión Europea y sus relaciones con el Derecho español<sup>11</sup>.

### 1. El valor de la publicación oficial del Derecho internacional en el ordenamiento español

El Tribunal Constitucional había afirmado el 29 de junio de 1998 que no se puede aplicar en España una reserva no publicada oficialmente porque no es parte del Derecho español, de acuerdo con lo que dispone el artículo 96.1 de la Constitución<sup>12</sup>. En el caso de autos, la retirada por Italia de la reserva al artículo 3 del segundo protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición, de 17 de marzo de 1978 –en cumplimiento del convenio europeo–, había sido comunicada al Secretario del Consejo de Europa, pero no había sido publicada en el BOE (hasta el 18 de julio de 1998). En consecuencia, el artículo 3 no podía ser aplicado –al no ser Derecho español– en

<sup>11</sup> Desde una perspectiva constitucional podría reprocharse al Tribunal Constitucional la concepción excesivamente extensiva del artículo 24 que defiende en ambas sentencias: podrá estarse de acuerdo o no con la argumentación de la Audiencia Nacional, mas no parece razonable tacharla de arbitraria, carente de razonabilidad o incurra en error de hecho; ni tampoco es insuficiente, dado su detallismo, por lo que supera el canon reforzado de control de constitucionalidad aplicable en estos supuestos. Y aunque la Audiencia Nacional se ha podido equivocar en la selección del derecho aplicable al caso, al no haber tenido en cuenta lo dispuesto por la orden europea de detención y entrega a la hora de interpretar y aplicar el Derecho español, se trataba de un problema de legalidad ordinaria que al Tribunal Constitucional no le corresponde controlar, vista su clara jurisprudencia sobre el artículo 24 y las referencias a la extradición como cuestión de legalidad ordinaria (así, SSTC 157/2005, de 20 de junio y 200/2002, de 28 de octubre). Véanse para mayores detalles los votos particulares de Rodríguez-Zapata y Rodríguez Arribas a la STC 292/2005. Más en general, sobre el canon de control en virtud del artículo 24 de la Constitución de las decisiones judiciales, véase E. ALONSO GARCÍA, «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Madrid: Civitas, 1991, pgs. 973-1026; I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, «Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (titularidad, ámbito y caracteres del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en derecho)», *CDP*, núm. 10, 2000, pgs. 13-37; C. VIVER PI-SUNYER y H. LÓPEZ BOFILL, «Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión», en C. VIVER PI-SUNYER (Coord.), *Jurisprudencia constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, en prensa (agradezco a los autores la gentileza de haberme dejado leer su manuscrito antes de la publicación).

<sup>12</sup> Las siguientes consideraciones no se aplican al Derecho comunitario europeo ni al Derecho de la Unión Europea, cuya recepción sigue un régimen distinto, como se expone después al aludir a la orden europea de detención y entrega.

las relaciones entre España e Italia para fundar una petición de extradición a Italia, a fin de ejecutar una pena de diecinueve años de prisión y multa de un millón de liras por homicidio de una mujer y tenencia ilícita de armas cometidos en Italia y que fue dictada en rebeldía en el antedicho país, del señor Borgobello (argentino residente en Milán). La sentencia resuelve finalmente que al conceder la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la extradición solicitada se había vulnerado el principio de legalidad extraditacional (*nulla traditio sine lege*) porque el artículo 3 no era aplicable en el caso de autos al no ser Derecho español, por lo que anuló la entrega<sup>13</sup>.

Para llegar a esta conclusión la Sala Segunda del Tribunal Constitucional estudió con cierto detalle las disposiciones del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados en materia de reservas, el artículo 32.2 del Decreto 801/1972, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, que obliga a la publicación en el BOE de las retiradas de las reservas formuladas por otro Estado, y el artículo 96.1 de la Carta Magna, que determina que formarán parte del ordenamiento español los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en nuestro país.

La conjunción de estos instrumentos jurídicos condujo al Tribunal Constitucional a sostener literalmente, en su fundamento jurídico 6, que «una cláusula de un Tratado –y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es– no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad. Este caso se enmarca precisamente en el ámbito de tratados que afectan a derechos fundamentales individuales, lo que se pone de relieve porque la ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición ha sido autorizada por las Cortes Generales en virtud del art. 94.1 CE. Ha de tenerse además en cuenta que en el ámbito de la extradición pasiva el derecho a la libertad no sólo está comprometido por lo que respecta a la condena a una sanción penal o, más aún como en este caso, al cumplimiento de una pena de reclusión en el Estado requirente, sino asimismo por lo que se refiere a impedir la permanencia en territorio español de un extranjero mediante su traslado forzoso a la frontera y entrega a las autoridades reclamantes. Por otra parte, el incumplimiento de las autoridades españolas de sus obligaciones respecto a la publicación de las incidencias de un Tratado no puede repercutir perjudicialmente en la esfera de intereses de un individuo reclamado de extradición».

En su fundamento jurídico 7 el Tribunal Constitucional hace hincapié en

<sup>13</sup> STC 141/1998, de 29 de junio. Vid. su comentario en M. PULIDO QUECEDO, «Publicidad de las normas, reservas a tratados internacionales y extradición pasiva (A propósito del caso Borgobello Lazuriaga, STC 141/1998)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 12, 1998, pgs. 9-12.

que «los argumentos que emplean tanto la Sección Segunda como la Sala de lo Penal en Pleno de la Audiencia Nacional para dar por válida la retirada de reserva no publicada oficialmente no modifican la conclusión que se acaba de alcanzar. En efecto, la circunstancia de que sí esté publicado en el BOE el Segundo Protocolo Adicional no sirve para paliar la ausencia de aparición en un diario oficial español de la retirada de reserva en cuestión, puesto que como ya hemos dejado sentado, tal retirada afecta a un aspecto esencial del Tratado, a saber, que las partes se encuentren vinculadas por uno de sus preceptos. A lo que hay que añadir que la publicación en el BOE de 11 de junio de 1985, del Instrumento de Ratificación del Segundo Protocolo incluyó precisamente la reserva formulada por Italia al título III, lo que daba pie a entender que el mismo no regía en las relaciones italo-españolas, y eso es lo que ocurre efectivamente hasta tanto no sea publicada oficialmente en España la retirada de esa reserva. No hace falta entrar en la cuestión de si se ha cumplido o no la necesaria notificación de la retirada de la reserva por parte del Secretario del Consejo de Europa a España, obligatoria en virtud de lo dispuesto por el art. 12.g) del Segundo Protocolo, dado que tal regla no supone en absoluto una modificación del art. 96.1 CE. Por la misma razón tampoco puede ser suplida la falta de publicación exigida constitucionalmente por el hecho de que la retirada de la reserva haya sido comunicada directamente a la Audiencia Nacional por las autoridades italianas, porque los justiciables no tienen obligación de conocer el Derecho escrito aplicable a través de los precedentes judiciales, sino, en todo caso, la posibilidad de conocerlo mediante su publicación en los diarios oficiales».

En definitiva, la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición en aplicación de un precepto que no formaba parte del ordenamiento jurídico español porque no había sido publicada oficialmente la retirada de reserva que le afectaba y, en consecuencia, vulneró la garantía fundamental de la extradición de que ésta sólo pueda ser concedida en cumplimiento de un Tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad.

Salta a la vista la analogía de la STC 141/1998 con las dos sentencias objeto de este comentario, tanto por los hechos como por la respuesta del Tribunal Constitucional. Por lo que no es de extrañar que en éstas reitere con firmeza, con una argumentación ampliada y mejorada, que la publicación es imprescindible para la recepción de las normas internacionales, puesto que si no se publican no forman parte del Derecho español y no pueden ser aplicables. Dicho de otro modo, *la publicación oficial no es sólo un presupuesto necesario para la plena eficacia* (sin publicación no sería oponible a los particulares) *sino que también es, con carácter previo, la condición formal para la integración de la norma internacional en nuestro ordenamiento* (aunque, por supuesto, sin transformar la naturaleza de la norma convencional).

Una sentencia del Tribunal Constitucional crea la jurisprudencia constitucional, y tanto la sentencia como su doctrina son obligatorias para los pode-

res públicos y los ciudadanos<sup>14</sup>. Aun así, no es baladí que el Tribunal haya intervenido otra vez en esta temática, ya que de este modo esclarece definitivamente planteamientos ambiguos de la jurisprudencia ordinaria<sup>15</sup> y, presumiblemente, conducirá a modificar ciertas acepciones de los manuales de Derecho Internacional Público de uso común. Porque, en efecto, el Tribunal Constitucional tercia en la vieja disputa entre los iusinternacionalistas españoles acerca de si España se rige por un *sistema monista moderado*—como es el caso, sin perjuicio de matices, de las escuelas de DÍEZ DE VELASCO<sup>16</sup>, GON-

<sup>14</sup> Véase en general sobre el tema, R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982, pgs. 58-60; los comentarios de A. J. GÓMEZ MONTOSO a los artículos 38 a 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en J. L. REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid: BOE, 2001, pgs. 553 y ss.; y P. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid: CEC, 1985, espec. pgs. 264-266.

<sup>15</sup> Por ejemplo, la frecuentemente invocada STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 1989 (asunto Banco de Crédito Industrial, *Aranzadi* 1989/3877), en cuyo fundamento jurídico I se lee que: «la interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito supradador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera Comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios Internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del Capítulo Tercero del Título III de la vigente Constitución Española (artículos 93 a 96, ambos inclusive) que dando reconocimiento a los Tratados y Convenios internacionales, los incorpora al Ordenamiento interno una vez que, válidamente celebrados, hayan sido publicados íntegramente en el Boletín Oficial del Estado (artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil). Frente a la antigua doctrina dominante entre los internacionalistas clásicos que sostenían el criterio de que los Tratados y Convenios Internacionales no eran en sí mismos fuente creadora de Derecho interno, sino una regla solamente vinculante entre los Estados signatarios que para dotarla de fuerza de obligar respecto de sus ciudadanos necesitaban del acto jurídico interno adecuado (Ley, Real Decreto, etc.), la práctica de las más intensas y coordinadas relaciones internacionales y la consagración plena de Organizaciones supranacionales ha llevado a ese reconocimiento de la aplicación entre los Estados signatarios como *Derecho interno, una vez cumplidas las formalidades previstas para formar parte del Ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados firmantes, sin necesidad de que se produzca ninguna otra disposición legislativa por parte de éstos, confirmadora o desarrolladora de lo que ya pasó a ser Derecho interno*» (las cursivas son nuestras). Vid. su comentario en B. RÍOS SALMERÓN, «Jurisprudencia sobre los privilegios del crédito laboral», *Aranzadi Social*, 1996, vol. I, parte Estudio, pgs. 2725-2758.

<sup>16</sup> Así, A. MANGAS MARTÍN («La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos», en M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Madrid: Tecnos, 2005, pgs. 236-238) afirma que el artículo 96 de la Constitución mantiene «la solución tradicional de la posición monista en las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno», puesto que «las normas contenidas en los tratados obligan a España desde su entrada en vigor en el orden internacional». Claro que se trata de «un monismo moderado pues se exige la publicación oficial del tratado», entendiéndose que la publicación «es un acto material que permite dar a conocer su contenido» y, por lo tanto, «es una condición para la aplicación directa de la norma internacional en cuanto condición de oponibilidad». Ello significa que sólo con la publi-

ZÁLEZ CAMPOS<sup>17</sup> y REMIRO BROTONS<sup>18</sup>-, o por el propio del *dualismo moderado* -cuyo exponente más caracterizado es PASTOR RIDRUEJO<sup>19</sup>- al decantarse de nuevo por la posición minoritaria favorable a la publicación como condición formal -y no sólo elemento material- para la incorporación de los tratados en España (dualismo moderado).

## 2. La calificación (incorrecta) de la declaración francesa de 12 de octubre de 2004 como retirada de una reserva

Nos parecen positivas las reflexiones generales del Tribunal Constitucional

cación se consigue «la plenitud de efectos» del tratado, porque «un tratado no publicado en modo alguno puede crear obligaciones para los particulares (...) pues la falta de publicación hace inoponible el tratado en vigor debido a una sólida razón basada en la seguridad jurídica. Ahora bien, el particular (nacional o extranjero) puede reclamar ante las administraciones públicas, especialmente los órganos administrativos relacionados con el contenido del tratado, aquellos derechos que el tratado crea en su favor: la administración del Estado no puede oponer como excusa para aplicar un tratado en vigor su propio incumplimiento (la falta de publicación) o su ignorancia (...). Algo distinto es la aplicación judicial de un tratado no publicado oficialmente. En el caso de invocación de un tratado ante un juez o tribunal las dificultades serían mayores pues éstos no pueden aplicar tratados que no han sido publicados oficialmente», a la vista de la STC 141/1998.

<sup>17</sup> J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M. P. Andrés SÁENZ DE SANTAMARÍA («Curso de Derecho Internacional Público», 8ª ed., Madrid: Civitas, 2003, pgs. 277-278) reconocen que «la publicación se configura en nuestro ordenamiento como una condición simple, de tracto único, para la aplicación directa de las normas contenidas en los tratados internacionales, por haber pasado a formar parte del Derecho español y devenir de esta suerte en obligatorias. Nuestro ordenamiento rechaza, por tanto, la necesidad de transformar las normas internacionales en normas internas como condición para su aplicación, ya que con la publicación se estiman cumplidas las formalidades previstas para formar parte del ordenamiento español». A pesar de que la publicación es un acto material que se verifica en el orden interno, «la publicación no supone un requisito insalvable para la aplicación de los tratados internacionales por funcionarios y otras autoridades públicas españolas, que pueden conocer de la existencia y vigencia de los mismos por otros medios, pero también debe tenerse en cuenta que resulta una condición indispensable para aquellos tratados que establecen directamente derechos para los particulares o que impongan obligaciones a las personas. En estos casos su aplicación estará supeditada a la previa publicación oficial del texto convencional, no siendo oponible en otro caso en el plano de las relaciones jurídicas entre los individuos».

<sup>18</sup> A. REMIRO BROTONS (*et alii*, *Derecho Internacional*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, pgs. 358-360) asevera que «el artículo 1.5 del Código Civil, resultante de la reforma, acabó dando certidumbre legal al régimen de recepción automática e inmediata tradicionalmente aceptado (...). El papel asignado a la publicación no ha de conducirnos, sin embargo, a la errónea conclusión de que el Derecho español ha adoptado un régimen de recepción especial. Hacer de la publicación -que es un acto material de índole administrativa- un acto de transformación sería ir demasiado lejos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo advierte que, aunque con la publicación los tratados adquieren plenitud de efectos en el ordenamiento interno (...), el sistema español es de recepción automática (...). La publicación es, en todo caso, condición esencial, aunque no la única, para la aplicación directa de las normas convencionales».

<sup>19</sup> J. A. PASTOR RIDRUEJO (*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, pgs. 177-178) señala que «el requisito de la publicación es imprescindible para que un tratado o la cláusula de un tratado forme parte del

acerca de las reservas como parte integrante del tratado y la necesidad de que tanto ellas como sus eventuales retiradas sean publicadas oficialmente. Ciertamente, una reserva es un acto unilateral aprobado en beneficio de su autor. Ello no impide que sea simultáneamente parte integrante del tratado mismo que flexibiliza su contenido material para facilitar una participación más amplia de sujetos internacionales, de tal suerte que es elemento determinante de cómo ha de aplicarse el tratado en las relaciones entre sus partes. Además, la reserva ha de ser aceptada por los otros sujetos internacionales contratantes del acuerdo, expresa o tácitamente según los casos, y si es objetada inequívocamente por alguno de los sujetos internacionales contratantes, el acuerdo no entrará en vigor entre el sujeto reservante y el objetante<sup>20</sup>.

Partiendo de esta base, el artículo 21 de la Convención de Viena regula los efectos jurídicos de las reservas y las objeciones a las mismas, y el artículo 22 se ocupa de la retirada de las reservas. Y por estos motivos los artículos 29 y 32 del Decreto 801/1972 exigen la publicación de las reservas y declaraciones formuladas, así como las retiradas de las reservas y cualquier «acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España».

El problema es que *la declaración francesa de 12 de octubre de 2004, que el Tribunal Constitucional califica como retirada de reserva al artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición, no lo es realmente*. Y ello no porque se trate formalmente de una declaración, y no una reserva: es bien conocida la clásica disquisición doctrinal entre las reservas de exclusión de cláusulas (reservas en sentido propio) y las declaraciones interpretativas de las disposiciones de un tratado internacional (reservas impropias). Pero, como apuntara hace ya años DÍEZ DE VELASCO, ambas categorías tienen cabida dentro de la institución de las reservas<sup>21</sup>. Y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados así lo reconoce en su artículo 2 d), al definir una reserva como «una declara-

Derecho español y, por consiguiente, sea aplicable por un juez interno (...). El sistema español actual sobre la aplicación interna de los tratados puede ser calificado como de dualista moderado y razonable. Dualista, porque exige un acto de recepción. Y moderado y razonable, porque tal recepción se hace por la simple publicación, no por la orden de ejecución del tratado mediante una ley».

<sup>20</sup> En general, sobre las reservas, véase J. BONET PÉREZ, *Las reservas a los tratados internacionales*, Barcelona: J. M. BOSCH Editor, 1996; C. DÍAZ BARRADO, *Reservas a la Convención sobre los tratados entre Estados*, Madrid: Tecnos, 1991; J. QUEL LÓPEZ, *Las reservas a los tratados internacionales (un examen de la práctica española)*, Bilbao: Servicio Editorial de la universidad del País Vasco, 1991; R. RIQUELME CORTADO, *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Murcia: Universidad de Murcia, 2004.

<sup>21</sup> M. DÍEZ DE VELASCO, «El séptimo dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: las reservas a la Convención de Genocidio», *REDI*, vol. IV, 1951-3, pgs. 1029-1089. A pesar de que en la actualidad la Comisión de Derecho Internacional pretende distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas condiciones, acaba reconociendo que el régimen jurídico es idéntico (Informe A/54/10, de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51 período de sesiones, Documentos oficiales de la Asamblea General, 54 período de sesiones –2000–, suplemento 10).

ción unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado».

No se trata de una retirada de una reserva porque la declaración francesa no se produce en aplicación del artículo 26.2 del Convenio europeo de Extradición (que las regula) sino del artículo 28.3 del mismo, que regula el supuesto distinto de disposiciones internas uniformes o recíprocas que regulen la extradición entre dos o varias Partes<sup>22</sup>. La decisión marco sobre la euroorden, en cuya virtud se produce la declaración francesa, no es un acuerdo bilateral ni una Ley uniforme, sino –como veremos después con mayor detalle– un acto institucional de la Unión Europea<sup>23</sup>. Pero tiene perfectamente cabida en este precepto porque su razón de ser es permitir que las relaciones entre determinadas Partes del Convenio disfruten de un régimen especial, que es precisamente lo que persigue la orden europea de detención y entrega entre los Estados de la Unión<sup>24</sup>. La propia declaración francesa de 12 de octubre de 2004 abunda en esta línea<sup>25</sup>. Por tanto, la reserva al artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición no ha podido ser retirada y sigue vigente respecto de los Estados parte en este convenio que no sean miembros de la Unión Europea, así como respecto de los mismos Estados miembros de la Unión Europea (entre ellos España) cuando,

<sup>22</sup> Sobre los artículos 26 (reservas) y 28 (relaciones entre el Convenio Europeo de Extradición y los acuerdos bilaterales), véase J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *El Convenio Europeo de Extradición*, Madrid: Bosch, 1986, pgs. 275-278 y 282-285.

<sup>23</sup> Las resoluciones de una organización internacional constituyen una fuente autónoma del Derecho internacional (son actos unilaterales de las organizaciones internacionales aprobados por sus instituciones para expresar la voluntad de la Organización, que es propia y distinta de la de sus Estados miembros) al lado de otras fuentes, como los acuerdos internacionales, de naturaleza distinta (resultan de la voluntad de dos o más sujetos internacionales), por lo que no pueden equipararse. Véase una panorámica general del tema en A. RODRIGO HERNÁNDEZ, *Las resoluciones obligatorias de las Organizaciones internacionales de cooperación. Su recepción en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Tecnos, 1997, pgs. 53-66.

<sup>24</sup> En esta línea, el informe explicativo del Consejo de Europa sobre el artículo 28.3 recuerda que «permite a las partes que tienen un sistema de extradición basado en leyes uniformes, como los países escandinavos, o en la reciprocidad, como Irlanda y el Reino Unido, regular sus relaciones mutuas exclusivamente sobre ese sistema». Y no es baladí que los Países Bajos y Luxemburgo formularan una reserva a este precepto en el sentido de que «se reserva el derecho a separarse de sus disposiciones respecto a sus relaciones con otros países miembros de la Comunidad Económica Europea». Reservas parecidas hicieron Dinamarca y Finlandia, declarando que el Convenio no se aplica a sus relaciones recíprocas y con otros Estados (como Suecia y Noruega).

<sup>25</sup> La declaración dice textualmente (con traducción propia del francés) que «el Gobierno de la República Francesa declara, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 28, del Convenio, que desde el 12 de marzo de 2004 respecto a París y el 13 de marzo de 2004 respecto al resto de Francia, las disposiciones relativas a la orden europea de detención, cuando puedan ser ejecutadas, sustituirán a las disposiciones correspondientes del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 en los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea».

por el juego de las normas de derecho transitorio (intertemporal) a las que se refiere el artículo 32 de la decisión marco sobre la euroorden, les sea aplicable todavía el régimen pleno del Convenio Europeo de Extradición de 1957<sup>26</sup>.

La conclusión que se impone es que *la publicación o falta de publicación en el BOE de la declaración francesa de 12 de octubre de 2004 no tiene la importancia que el Tribunal Constitucional le confiere para resolver el proceso y, por lo tanto, carece de sentido exigir su publicación oficial*<sup>27</sup>.

Cabe adelantar además que la declaración francesa de 12 de octubre de 2004 se efectúa para ejecutar correctamente la decisión marco por la que se aprueba la euroorden, al objeto de que entre los Estados miembros deje de aplicarse el Convenio Europeo de Extradición. La orden europea de detención y entrega es derecho vigente en España, sin necesidad de publicación, desde la fecha de su entrada en vigor (el 7 de agosto de 2002), en tanto que Derecho de la Unión Europea. Por lo que exigir la publicación oficial en España de la declaración francesa al Consejo de Europa, cuando su objeto es adecuar el Derecho francés al régimen de la euroorden, cuestiona indirectamente la naturaleza jurídica y las características definitorias de este acto de la Unión Europea, a las que nos referiremos después.

A la postre, si *lo que se plantea en el caso* no consiste en la retirada de una reserva a un Convenio multilateral (el Convenio Europeo de Extradición), en el sentido del artículo 2.1.d) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de lo que se trata es de otra cosa: *la aplicación analógica del artículo 41 de la Convención de Viena, que regula el supuesto de acuerdos para modificar tratados multilaterales entre sólo algunas de las partes*<sup>28</sup>. Aplicación que

<sup>26</sup> El artículo 32 establece la siguiente disposición transitoria: «seguirán aplicándose a las solicitudes de extradición que se reciban antes del 1 de enero de 2004, los instrumentos vigentes en materia de extradición. A las solicitudes recibidas después del 1 de enero de 2004 se aplicará la normativa adoptada por los Estados miembros en virtud de la presente Decisión marco. No obstante, los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión marco, una declaración en la que se indique que como Estado miembro de ejecución seguirá tramitando las solicitudes relativas a los actos cometidos antes de una fecha que especificarán, con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004. La fecha de que se trate no podrá ser posterior al 7 de agosto de 2002. Dicha declaración será publicada en el Diario Oficial. Podrá ser retirada en cualquier momento». En anexo a la decisión marco figuran las declaraciones de los Estados relativas al artículo 32.

<sup>27</sup> Véase en este sentido el voto particular de Rodríguez-Zapata a la STC 292/2005. Compartimos también con este magistrado que critique al Tribunal Constitucional en su exigencia de que el ordenamiento jurídico francés sea objeto de publicación formal en el BOE, porque no es de recibo exigirle como condición para que un juez interno español pueda apreciar el estado de la legislación francesa o los efectos que produce en el sistema de fuentes de este ordenamiento –que no en el Derecho español– las modificaciones legislativas producidas en el año 2004 a resultas de la transposición de una norma de la Unión Europea.

<sup>28</sup> Discrepamos en este punto del voto particular de Rodríguez-Zapata para quien lo que se plantea es la aplicación del artículo 30 de la Convención de Viena, relativa a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia en el tiempo, de tal

se produciría por analogía porque es evidente que la decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega no es –como fue expuesto– un acuerdo internacional, sino un acto institucional aprobado unilateralmente por la UE. Pero sus efectos sobre el Convenio Europeo de Extradición son los mismos que los que tendría un acuerdo celebrado para su modificación entre los Estados miembros de la UE: modifica el tratado únicamente en sus relaciones mutuas, de manera que se aplica entre los Estados miembros de la UE el régimen de la decisión marco y no el Convenio Europeo de Extradición.

Éste es el objetivo confeso de la decisión marco, toda vez que su artículo 31, relativo a la relación de la euroorden con otros instrumentos jurídicos, dispone: «1. Sin perjuicio de su aplicación en las relaciones entre Estados miembros y terceros Estados, las disposiciones contenidas en la presente Decisión marco sustituirán a partir del 1 de enero de 2004 a las disposiciones correspondientes de los convenios siguientes aplicables en materia de extradición en las relaciones entre Estados miembros: a) el Convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957, su protocolo adicional, de 15 de octubre de 1975, su segundo protocolo adicional, de 17 de marzo de 1978, y el Convenio europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977, en lo que se refiere a la extradición».

Resulta desconcertante que el Tribunal Constitucional, que tanta atención dedica a la Convención de Viena en su razonamiento, no llegara ni siquiera a mencionar una regla tan clara, que tan útil le habría sido a la hora de fallar el caso. Tampoco es comprensible que no haya ninguna mención de

suerte que la decisión marco sobre la euroorden sucedería al Convenio Europeo de Extradición. También del voto particular Rodríguez Arribas cuando, en un sentido parecido, declara que la declaración del Estado francés sustituye el sistema de extradición por la orden europea de detención y entrega entre los países de la Unión Europea.

Los artículos 30.4 y 41 de la Convención de Viena coinciden en que las partes de los tratados no son las mismas, pero se diferencian en todo lo demás: el artículo 30.4 resuelve la situación de (presunta) incompatibilidad entre el tratado posterior y el anterior cuando el círculo de las partes del tratado posterior es menor, estableciendo que en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados sólo se aplican las reglas del primer tratado que sean compatibles con las del tratado posterior (en caso contrario, el tratado anterior termina o queda suspendida su aplicación), y en las relaciones entre un Estado que sea parte entre ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno rige el tratado en el que los dos sean partes. El artículo 41 camina por otros derroteros: que el segundo acuerdo (de modificación del tratado multilateral) rija las relaciones mutuas entre las partes del mismo, sin afectar a la vigencia ni a la compatibilidad con el tratado multilateral (una de las condiciones para la celebración del acuerdo modificativo previstas por el artículo 41 es que la modificación no sea incompatible con el tratado multilateral anterior). De ahí que el artículo 30.5 disponga que el artículo 30.4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41. Para mayores detalles sobre el tema, A. REMIRO BROTONS, *Derecho de los tratados*, Madrid: Tecnos, 1987, pgs. 369-371. Vid. igualmente el comentario a los artículos 26 y 37 (que equivalen a los actuales 30 y 41) del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de la Comisión de Derecho Internacional, aprobado en su 18 período de sesiones en 1966, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1966, vol. II, pgs. 236-237 y 256-257.

la obligación de interpretar la normativa española de conformidad con los objetivos de la euroorden, que es derecho vigente en España, como veremos a continuación.

### 3. La omisión de la obligación de interpretar el Derecho español de conformidad con la orden europea de detención y entrega y el planteamiento de cuestiones prejudiciales

A estas alturas de la adhesión española a la Unión Europea puede parecer superfluo recordar que uno de los principios que guían la aplicación del Derecho comunitario europeo en los Estados miembros exige la interpretación de conformidad del Derecho nacional, de manera que se ajuste –en la medida de lo posible– a los objetivos perseguidos por la norma comunitaria<sup>29</sup>. Las jurisdicciones españolas conocen bien lo que significa este principio, en particular cuando se trata de buscar sustituto a la falta de efecto directo de las directivas<sup>30</sup>.

Lo que precede viene a colación porque: 1) la decisión marco en virtud de la que se establece la orden europea de detención y entrega es un acto jurídico de la UE de naturaleza análoga a la de la directiva, aunque no sea Derecho comunitario europeo; 2) el objetivo básico de la euroorden es sustituir los procedimientos vigentes en la época de extradición entre los Estados miembros por un procedimiento distinto, mucho más simple y casi automático<sup>31</sup>; y, 3) *la orden europea de detención y entrega debía haber sido tomada en consideración a la hora de fallar el caso* porque no se trataba de aplicarla a los hechos del litigio, que son anteriores al 1 de enero de 2004, fecha en que sustituye entre los Estados miembros al Convenio Europeo de Extradición, según dispone el artículo 31<sup>32</sup>. En juego estaba algo distinto: interpretar el Derecho español de conformidad con los objetivos de la euroorden.

<sup>29</sup> Vid., sobre el tema, P. CRAIG, «Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation», *E. L. Rev.*, 1997-6, pgs. 519-538; C. DOCKSEY y B. FITZPATRICK, «The Duty of National Courts to Interpret Provisions of national Law in Accordance with Community Law», *Industrial Law Journal*, 1991-2, pgs. 113-134.

<sup>30</sup> Vid., sobre el tema, M. P. BILLO MARTÍN-CRESPO, *Las directivas como criterio de interpretación del derecho nacional: especial consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación de las normas de Derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1999.

<sup>31</sup> A grandes rasgos, la euroorden introduce un nuevo principio (la territorialidad europea de las normas procesales penales), basada en un principio de reconocimiento mutuo que se fundamenta en el elevado grado de confianza entre los Estados miembros de la Unión a la hora de extraditar a personas buscadas y/o condenadas que se encuentran en su territorio, prescindiendo casi por completo de la intervención del poder ejecutivo (por lo que se trata de un mecanismo de cooperación estrictamente judicial), caracterizado además por una notable reducción de plazos. Vid. para mayores detalles la doctrina citada en nota a pie de página 6.

<sup>32</sup> Hay que tener en cuenta, por otro lado, que en virtud de la disposición transitoria (artículo 32) de la orden europea de detención y entrega, los Estados miembros de ejecución de una solicitud de extradición recibida antes del 1 de enero de 2004 aplicarán la normativa antigua, salvo que declaren que se aplicará el nuevo procedimiento. Es el caso de Francia, que declaró que aplicaría el nuevo procedimiento a los hechos ocurridos después del 1 de noviembre de 1993. Mas España no ha hecho declaración, por lo que

Vayamos por partes. La orden europea de detención y entrega es un acto del Derecho de la Unión Europea, en tanto que resultante del tercer pilar intergubernamental, relativo a la cooperación policial y judicial penal (artículo 34 del Tratado UE), y no del pilar de la integración (las Comunidades Europeas), que está vigente para España y los otros Estados miembros desde el 7 de agosto del 2002, por más que esté experimentando serios problemas en su todavía corta vida<sup>33</sup>. Lo que, en buena medida, es debido a la conside-

ha de continuar aplicando hasta después del 1 de enero de 2004 el sistema tradicional y no la euroorden.

<sup>33</sup> El Tribunal Constitucional polaco (sentencia de 27 de abril de 2005) ha declarado que la entrega de nacionales polacos a otros Estados miembros que contempla la euroorden está en conflicto con la Constitución, por lo que declara inconstitucional la Ley de ejecución.

En el marco de un recurso de amparo del sirio-alemán Darkanzli, cuya entrega a España había sido aceptada para ser juzgado por su pertenencia a la organización Al Qaeda y su participación directa en la financiación de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, el Tribunal Constitucional alemán (sentencia de 18 de julio de 2005) declaró contraria al artículo 16 la Ley que trasponía la euroorden al Derecho alemán, fundamentalmente porque el legislador no había agotado los medios para limitar todo lo posible la extradición de nacionales a otros Estados y, por consiguiente, suspendió la ejecución de la euroorden. Vid. su comentario en G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La orden europea de detención y entrega de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana (Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005)», *La Ley*, núm. 6394, de 5 de enero de 2006, pgs. 1-7.

La sentencia del Tribunal Constitucional alemán ha provocado secuelas al nivel de la Audiencia Nacional española, que el 21 de septiembre de 2005 declaró que los nacionales españoles no pueden ser entregados a Alemania por falta de reciprocidad. La problemática está adquiriendo además tintes constitucionales. Así, por auto de 21 de julio de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional ha suspendido la ejecución de un auto dictado por la Audiencia Nacional por el que acordaba la entrega a Francia de un nacional francés, acusado de un delito de tráfico de drogas en su país, en virtud de una orden europea de detención y entrega porque «la efectividad» de ésta «implica la inmediata entrega del recurrente a las autoridades del Estado emisor, con la consiguiente dificultad de que una eventual sentencia estimatoria de amparo pudiera surtir efectos en dicho país, lo que acredita la existencia de perjuicios que harían perder al amparo su finalidad, sin que quepa apreciar que de la misma pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de un tercero». La resolución cuenta con el voto particular de Rodríguez-Zapata y García-Calvo, que entienden que «la generalización de la suspensión cautelar de la ejecución de las euroórdenes por los tribunales constitucionales de la Unión Europea pondrá en cuestión el sistema de cooperación mediante euroorden». Y añadieron que medidas procesales cautelares como la adoptada por el Tribunal Constitucional «son incompatibles, por principio, con el régimen de la euroorden». Por estas fechas, y por motivos análogos, el Tribunal Constitucional ha dictado otras suspensiones cautelares de la ejecución de órdenes europeas de detención y entrega. En último término, la STC 30/2006, de 20 de enero, sistematiza la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el control del principio de legalidad extradicional y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, en un nuevo caso que afecta a la orden europea de detención y entrega, si bien en este caso desestima el amparo en atención a que el auto de 30 de diciembre de 2004 de la Audiencia Nacional fundamenta suficientemente la decisión de entrega de un nacional español a Francia.

El 27 de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional chipriota declaró inconstitucional la Ley de ejecución de la orden europea de detención y entrega. Y el Tribunal Constitucional checo y la Corte de Arbitraje belga tienen pendientes dos recursos al respecto.

ración de los actos resultantes de los pilares intergubernamentales como Derecho internacional de la cooperación puro y duro<sup>34</sup>.

Cierto es que los actos de la cooperación policial y judicial penal, entre los que se incluyen las decisiones marco, son Derecho internacional. Pero dentro de éste coexisten varias categorías, establecidas según sus características definitorias<sup>35</sup>. El Derecho de la Unión Europea derivado del tercer pilar está constituido por un conjunto variado de actos vinculantes –salvo excepción– aprobados por las instituciones de la Unión en ámbitos de competencia estatal con arreglo a reglas particulares, que los distinguen de los actos de las Comunidades Europeas. De ahí que, en principio, los actos derivados de esta cooperación intergubernamental institucionalizada en el contexto de la integración europea puedan englobarse en lo que viene llamándose *Derecho de la integración*, para diferenciarlo del Derecho comunitario europeo<sup>36</sup>.

Estas actuaciones judiciales parten de una reciprocidad mal entendida porque en el contexto de la Unión Europea el incumplimiento de una obligación por un Estado no justifica la infracción por otro (STJCE de 26 de febrero de 1976, núm. 52/75, *Comisión c. Italia*, Recopilación 1976, p. 284).

En general, para un examen crítico actual y claro de la jurisprudencia ordinaria y constitucional española y alemana, véase T. de la QUADRA-SACEDO JANINI, «Orden Europea de Detención, extradición y principio constitucional de reciprocidad», en este mismo número de la *REDE*.

<sup>34</sup> Basta con mirar los fundamentos jurídicos 79 y 80 de la STC alemán de 18 de julio de 2005 para constatar cómo se invoca la naturaleza intergubernamental de la orden europea de detención y entrega para sostener que las decisiones marco otorgan un amplio margen de discrecionalidad a los poderes legislativos nacionales, con la consecuencia de que el control del juez constitucional sobre la Ley de transposición es más amplio que el que lleva a cabo sobre normas nacionales de ejecución de actos de Derecho comunitario europeo. Este planteamiento casa mal con la caracterización de las decisiones marco que lleva a cabo la sentencia *María Pupino* del Tribunal de Justicia que se comenta después, a pesar de que se había dictado un mes antes y debía ser conocida por el Tribunal Constitucional alemán, por lo que es plausible que estemos en el camino hacia un nuevo conflicto judicial, a resolver en sede constitucional o incluso comunitaria.

<sup>35</sup> Vid., sobre el tema, M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, pgs. 83 y ss.; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, pgs. 76-82.

<sup>36</sup> Suele denominarse *Derecho de la integración* al ordenamiento jurídico de las Organizaciones internacionales de integración, contrapuestas a las de cooperación en función de la intensidad de los objetivos perseguidos y su grado de efectividad en la práctica. Dentro de esta tendencia, expuesta *grosso modo*, el *Derecho comunitario* sería el conjunto de normas emanadas de órganos de una Organización supranacional que tienen aplicación inmediata, directa y prevalente en el territorio de los Estados parte, mientras el *Derecho de la integración* es un concepto más amplio porque se ocupa de las normas que constituyen *Derecho comunitario* y también de las normas emanadas de órganos de composición intergubernamental de Organizaciones de integración que no presentan todas las características del *Derecho comunitario*, ya que a veces sus actos requieren de una medida nacional posterior para su incorporación y otras veces no está garantizado su efecto directo o su primacía dentro de los Estados miembros. Mientras el *Derecho comunitario* es propio de organizaciones cuya integración es profunda, como las Comunidades Europeas, el *Derecho de la integración* es característico de las integraciones de bajo y mediano perfil, como el Mercosur y la Comunidad Andina.

Véase para mayores detalles sobre el *Derecho de la integración*, H. ARBUET-VIGNALI,

y el Derecho internacional de la cooperación<sup>37</sup>. Si bien solamente en una primera aproximación porque el conjunto de actos del tercer pilar ha experimentando con el Tratado de Amsterdam de 1997 un claro y acelerado proceso de *comunitarización* en virtud del cual se les reconocen características propias de los actos del Derecho comunitario derivado y se les aplican principios del Derecho comunitario en sus relaciones con los ordenamientos nacionales. Desde esta perspectiva cobra todo su sentido la afirmación doctrinal de que los actos derivados de la cooperación policial y judicial penal se sitúan a medio camino entre los comunitarios y los de la política exterior y de seguridad común<sup>38</sup>.

Se puede verificar lo anterior teniendo en cuenta *la progresiva aproximación de las decisiones marco (intergubernamentales) a las directivas (comunitarias)*. Por un lado, las decisiones marco son obligatorias en cuanto al resultado que deba conseguirse para los Estados miembros, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. Así lo dispone el artículo 34 del Tratado UE, cuyo tenor literal recuerda poderosamente el del artículo 249 del Tratado CE respecto a las directivas. Por otro lado, son objeto de motivación y se publican con su denominación propia en el Diario Oficial de la Unión Europea (en la serie L –legislación–, lo que resalta además su carácter obligatorio)<sup>39</sup>. Y siendo publicadas oficialmente en la Unión Euro-

«Reflexiones políticas, jurídicas y epistemológicas sobre el Mercosur» y B. PALLARÉS, «La incorporación de las normas Mercosur a los derechos internos y la seguridad jurídica», en A. CIURO CALDANI, A. LATTUCA y R. RUIZ DÍAZ LABRANO (Coords.), *Economía globalizada y Mercosur*, 1998, pgs. 33-37 y 61-63 respectivamente; R. RUIZ DÍAZ LABRANO, *Mercosur. Integración y Derecho*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, pgs. 65-80 y 93-101; L. SAVID BAS, «Derecho comunitario. Consideraciones sobre los procesos de integración en América Latina», *AADI*, vol. 5, 1992-1993, pgs. 262-265.

Más particularmente, sobre las características del Derecho comunitario europeo y de la integración europea, véase J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «La nature juridique du droit juridique communautaire», *CDE*, 1969-4/5, pgs. 501-531; A. MANGAS MARTÍN, «Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la integración europea», *RJE*, 1977-2, pgs. 403-424; J. M. SOBRINO HEREDIA, «Algunas consideraciones en torno a las nociones de integración y de supranacionalidad», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 5, 2001, pgs. 853-870.

<sup>37</sup> En cambio, la generalidad de los actos del Derecho de la Unión Europea resultantes del segundo pilar intergubernamental (política exterior y de seguridad común) tiene mejor encaje en el Derecho internacional de la cooperación que en el derecho de la integración, a pesar de ser actos aprobados igualmente por instituciones comunes (básicamente, el Consejo de la Unión Europea) en ámbitos de competencia estatal, y de que se motivan y publican en el Diario Oficial de la Unión Europea, por diferentes razones: no son actos jurídicos de características comparables a los del ámbito comunitario –ni tampoco a los actos de la cooperación policial y judicial penal–, dada su (generalmente) baja intensidad jurídica, con mecanismos de flexibilización de las obligaciones asumidas por los Estados miembros, la falta de jurisdicción del Tribunal de Justicia para enjuiciarlos, etc. Vid. una panorámica general sobre estos actos en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN HOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2004, pgs. 383-385.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pgs. 385-386.

<sup>39</sup> La Declaración sobre el apartado 2 del artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, revisado en Amsterdam, dispone que los actos de la cooperación policial y judicial penal

pea cumplen las garantías de seguridad jurídica que se predicán de la publicación. *A contrario*, ello significa que no es preciso –e incluso que está prohibida– la publicación en los diarios nacionales, al igual que sucede con los actos del Derecho comunitario europeo<sup>40</sup>, cuyo régimen jurídico debe aplicarse por analogía porque están presentes las mismas razones por las que el Tribunal de Justicia ha prohibido la publicación del Derecho comunitario derivado en los Estados miembros: básicamente, obstaculizar la aplicación simultánea y uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de la Comunidad<sup>41</sup>. En tercer lugar, desde el Tratado de Amsterdam se permite, en las condiciones establecidas por el artículo 35 del Tratado UE, que el Tribunal de Justicia se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre la interpretación y validez de las decisiones marco<sup>42</sup> y la legalidad de las decisiones marco en

adoptados por el Consejo sean publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea con arreglo a lo que disponga el reglamento interno del Consejo. Por Decisión del Consejo, de 22 de marzo de 2004, se aprobó su Reglamento interno vigente. En el artículo 17 se establece que se publicarán en el Diario Oficial las decisiones marco mencionadas en el apartado 2 del artículo 34. Y en el anexo V (disposiciones relativas a la forma de los actos), apartado D (forma de las posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios contemplados en el apartado 2 del artículo 34 del Tratado de la Unión Europea) se dispone que las decisiones marco se encabezarán, respectivamente, con los títulos «decisión marco del Consejo», un número de orden (año/número/JAI), la fecha de su adopción y la indicación de su objeto». Aunque no se dispone expresamente que se aplican a los actos derivados de la cooperación judicial las disposiciones pertinentes de los reglamentos relativas a la motivación, su entrada en vigor, etc., a diferencia de lo que sucede con las directivas y las decisiones del Derecho derivado, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam se les vienen aplicando estas disposiciones.

<sup>40</sup> En efecto, el Derecho comunitario europeo tiene un régimen propio para su entrada en vigor y su recepción en España que no exige la publicación oficial en los diarios oficiales de los Estados miembros, como ha recordado el Tribunal de Justicia (STJCE de 7 de febrero de 1973, núm. 39/72, *Comisión c. Italia*, Rec. 1973, pgs. 981 y ss.) y acepta el Tribunal Constitucional español al referirse a los principios y mecanismos de garantía del Derecho comunitario (STC 28/1991, de 14 de febrero). Vid. reflexiones generales sobre el tema en G. ISAAC, «L'entrée en vigueur et l'application dans le temps du droit communautaire», en *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse: Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, pgs. 697-724; L. MILLÁN MORO, «Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho comunitario según la jurisprudencia del TJCE», *RJE* 1984-2, pgs. 445-474.

<sup>41</sup> R. ALONSO GARCÍA (*Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pgs. 218-221) señala otros motivos que justifican la prohibición de la publicación oficial interna que complementan y concretan la razón indicada en el texto, como son afectar a la competencia del Tribunal de Justicia, confundir sobre la naturaleza del Derecho comunitario, entorpecer su efecto directo, etcétera.

<sup>42</sup> El artículo 35 del Tratado UE permite que los Estados miembros formulen una declaración de aceptación de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en el momento de firmar el Tratado de Amsterdam o en cualquier otro momento ulterior (por lo que su competencia prejudicial es facultativa) y que especifiquen si limitan la facultad de plantear cuestión prejudicial a los tribunales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso judicial de Derecho interno. La mayoría de Estados miembros (14 de los 25) han aceptado la competencia prejudicial del Tribunal con arreglo al artículo 35 del Tratado UE). Cabe apuntar incidentalmente que, mientras existan estas diferencias judiciales al

recursos interpuestos por un Estado miembro o la Comisión, así como sobre cualquier litigio relativo a la interpretación y/o aplicación de una decisión marco si el Consejo no puede resolverlo en un plazo de seis meses a partir de su remisión por un Estado miembro. Finalmente, la reciente sentencia *María Puginio* del Tribunal de Justicia ha establecido la obligación de interpretación de los jueces nacionales del Derecho nacional de conformidad con los objetivos de las decisiones marco<sup>43</sup>.

Esta innovadora resolución merece unos comentarios, siquiera sucintos, por el enorme calado de las afirmaciones que contiene. En el marco de un proceso penal se había planteado al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial relativa a los efectos de la Decisión marco 2001/220/JAI, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>44</sup>. Durante el procedimiento los Gobiernos francés e italiano propusieron la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial. El Gobierno francés alegó que la respuesta del Tribunal de Justicia no sería útil para la solución del litigio principal, puesto que las decisiones marco no tienen efecto directo y sería imposible una interpretación del Derecho nacional acorde con la decisión marco, dado que el principio de interpretación conforme no puede conducir a una interpretación *contra legem* ni a empeorar la situación de un particular en un proceso penal, únicamente sobre la base de la decisión marco, lo que ocurriría en el proceso principal<sup>45</sup>. El Gobierno italiano adujo que la decisión marco y la directiva comunitaria constituyen fuentes de Derecho profundamente distintas entre sí y que, por consiguiente, la decisión marco no impone al juez nacional una obligación de interpretación conforme del Derecho nacional, como la que el Tribunal de Justicia ha desarrollado en su jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias<sup>46</sup>. En la posición contraria, los Gobiernos griego, francés, portu-

nivel interno en el acceso ante el Tribunal de Justicia, la tutela judicial no puede ser igual en todos los Estados miembros, con lo que podría acabar interviniendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por incumplimiento del derecho a un recurso judicial interno, a la vista de cómo lo concibe (así, sentencia de 20 de septiembre de 2005, asunto *Bulga c. Turquía*).

<sup>43</sup> STJCE de 16 de junio de 2005, C-105/03, *María Puginio*, todavía no publicada en la recopilación.

<sup>44</sup> En concreto, el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia pregunta al Tribunal de Justicia «con independencia de la existencia o no de un efecto directo de la normativa comunitaria», si el juez nacional debe «interpretar el Derecho nacional a la luz del tenor literal y de la finalidad de la normativa comunitaria». El juez *a quo* albergaba dudas en cuanto a la compatibilidad de los artículos 392, apartado 1 bis, y 398, apartado 5 bis, del Código de Procedimiento Penal italiano con los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco, en la medida en que las mencionadas disposiciones italianas restringen a los delitos contra la libertad sexual o de carácter sexual la facultad del juez de Instrucción de recurrir a la práctica anticipada de la prueba y a las formas particulares de obtención y verificación de la prueba, respectivamente.

<sup>45</sup> A su vez, el Gobierno neerlandés hizo hincapié en los límites impuestos a la obligación de interpretación conforme y plantea la cuestión de si, suponiendo que dicha obligación se aplique a las decisiones marco, puede aplicarse en el asunto principal habida cuenta, precisamente, de tales límites.

<sup>46</sup> Sin cuestionar expresamente la admisibilidad de la petición prejudicial, el Gobierno sueco y el del Reino Unido abundaron en la posición del Gobierno italiano, al insistir en

gués y la Comisión sostuvieron que la obligación de las autoridades nacionales de interpretar el Derecho nacional, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de las directivas comunitarias se aplica con los mismos efectos y límites cuando el acto de que se trata es una decisión marco tomada sobre la base del título VI del Tratado de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia analizó los artículos 34 y 35 del Tratado UE, así como su jurisprudencia relativa a las directivas del Derecho comunitario europeo y la razón de ser de la integración europea, entre otras cuestiones<sup>47</sup>. Y concluyó que «el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco». Así pues, la misma obligación de interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas e idénticos límites se aplican a las decisiones marco.

Comentando la sentencia *María Pupino*, SARMIENTO incide en que «abre todo un abanico de posibilidades en el sistema de fuentes diseñado por el TUE. Aunque la Decisión Marco sea un instrumento propio y exclusivo del Tercer Pilar, no deja de ser sorprendente que el Tribunal haya tenido la valentía de formular un fallo judicial tan contundente en un terreno tan poco dado a las decisiones contundentes. La Sentencia lanza una señal de firmeza a los Estados miembros, advirtiéndoles de las consecuencias derivadas de la adopción de actos en un pilar inter-gubernamental. De la misma manera, el Tribunal abre las puertas a una gradual *comunitarización* de los terrenos inter-gubernamentales allá donde el TUE se lo permita, con las consecuen-

particular en el carácter intergubernamental de la cooperación entre los Estados miembros en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea.

<sup>47</sup> De la extensa y bien motivada argumentación del Tribunal de Justicia merece destacar:

1) El fundamento jurídico 36, por la inteligencia con que aproxima los pilares intergubernamentales al pilar comunitario: «con independencia del grado de integración que el Tratado de Amsterdam pretende que se alcance en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa en el sentido del artículo 1 UE, párrafo segundo, es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan considerado necesario prever, en el título VI de dicho Tratado, el recurso a instrumentos jurídicos que produzcan efectos análogos a los previstos en el Tratado CE, con objeto de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión».

2) El fundamento jurídico 38, por la trascendencia que reconoce a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 35 UE, que «se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros».

3) Y el fundamento jurídico 42, por la inteligente manera en que vincula el principio de cooperación leal previsto por el artículo 10 del Tratado CE a los pilares intergubernamentales: «sería difícil que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea, no se impusiera también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que, por otra parte, se basa íntegramente en la cooperación entre los Estados miembros y las instituciones».

cias jurídicas y políticas que ello tiene a la hora de hacer cumplir los actos adoptados en esos ámbitos<sup>48</sup>.

En definitiva, *la única diferencia sensible entre una decisión marco y una directiva comunitaria es la falta de efecto directo*, y se debe a que el artículo 34 del Tratado UE lo prevé expresamente. Mas ello tiene que ver con la invocación de derechos y obligaciones en y sobre los particulares, y no con los caracteres de la decisión marco como norma jurídica. Y no cabe descartar efectos colaterales de la sentencia *María Pupino* que saquen a la luz la *vocación de efecto directo* de las decisiones marco<sup>49</sup>. La decisión marco (intergubernamental) juega, pues, una función normativa cada vez más parecida a la propia de las directivas (comunitarias).

En resumidas cuentas, se ha de tener en cuenta que: 1) la sentencia *María Pupino* del Tribunal de Justicia debía ser conocida por el Tribunal Constitucional cuando falló el primer recurso de amparo, pues ya había transcurrido casi medio año desde que fue dictada; 2) al ser una decisión prejudicial tiene efectos *erga omnes* sobre todos los sujetos del Derecho comunitario, entre los cuales se incluye el Tribunal Constitucional<sup>50</sup>; 3) en ella el Tribunal de Justicia proclama que el Derecho nacional debe ser aplicado a la luz de lo que dispongan las decisiones marco, y la orden europea de detención y entrega es un acto de esta naturaleza; 4) la euroorden es derecho vigente en España, en tanto acto vinculante de la Unión Europea resultante del tercer pilar intergubernamental; 5) no es evidente que en el asunto principal que falló la Audiencia Nacional fuera imposible una interpretación del Derecho nacional conforme a la euroorden; aunque así fuera, debería ha-

<sup>48</sup> D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea: la sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco», *REEI*, núm. 10, 2005, pg. 6 (accesible en <http://www.reci.org>). Véase también J. SANTOS VARA, «La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las Decisiones Marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar. Comentario a la Sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005, asunto Pupino», *RGDE*, núm. 8, 2005 (accesible en <http://www.iustel.com/revistas>).

<sup>49</sup> D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (*ibid.*: pgs. 10-11) hace hincapié en los «efectos colaterales» de la sentencia *María Pupino* que se aproximarían a lo que comúnmente se denomina invocabilidad de sustitución cuando señala que «si la Decisión Marco obliga a los Estados miembros a garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio adecuado con los principios fundamentales de su Derecho, parece evidente que una ampliación de los supuestos previstos en la Ley italiana supone una aplicación directa de la Decisión Marco. No se trata de interpretar el ordenamiento nacional, sea anterior o posterior a la Decisión Marco, de conformidad con ésta, sino de hacer efectivas las obligaciones de la norma europea, aplicándolas al caso concreto y dando una solución ajena al Derecho nacional. Así, la Decisión Marco viene a crear nuevos supuestos de hecho para la realización del incidente probatorio del artículo 392.1.bis».

<sup>50</sup> Vid., en general sobre el tema, M. CIENFUEGOS MATEO, *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia en los Estados miembros*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998.

berlo motivado<sup>51</sup>; 6) en los casos enjuiciados por la Audiencia Nacional, una interpretación conforme habría condicionado la solución de los procesos de extradición, en la medida en que la orden europea de detención y entrega cambia las reglas de juego tradicionales sobre la extradición al suprimir la prohibición de entrega de nacionales; y 7) haber llevado a cabo una interpretación de conformidad de la orden europea de detención y entrega no habría supuesto aplicarla directamente para resolver el litigio, por lo que no se habría infringido lo que dispone la propia decisión marco respecto a su aplicabilidad (artículo 31).

La conclusión que se alcanza es que *el Tribunal Constitucional debería haber reflexionado sobre esta cuestión y motivado su decisión al respecto, porque la euroorden tenía clara relevancia constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española para determinar si los autos de la Audiencia Nacional que concedían la extradición constituían una resolución fundada en derecho*<sup>52</sup>.

Probablemente realizar el examen de si cabía esta interpretación de conformidad no habría planteado tampoco ningún problema desde la perspectiva constitucional, en razón de la *naturaleza procesal* de la orden europea de detención y entrega, que lo que hace *básicamente* es establecer un régimen especial extradicional entre los Estados miembros de la Unión Europea. Lo que quiere decir que la euroorden no afectaría al principio de irretroactividad de la Ley penal desfavorable al reo y, en consecuencia, no entraría en juego el artículo 25.1 de la Constitución Española ni, por extensión, su artículo 9.3<sup>53</sup>. Claro que las cosas no siempre son tan sencillas como pueden

<sup>51</sup> Más complejas eran las circunstancias del asunto *María Pupino* porque podían hacer pensar razonablemente que no cabía una interpretación conforme porque podría chocar frontalmente con sus límites (una interpretación *contra legem* o el empeoramiento de la situación de un particular en un proceso penal). Y, sin embargo, el Tribunal de Justicia descartó que fuera imposible realizar tal interpretación, encomendó al juez nacional que lo verifique y se pronunció sobre la decisión marco sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

<sup>52</sup> A mayor abundamiento, nos causa extrañeza la intensidad del canon reforzado de constitucionalidad en las SSTC 292 y 328/2005, que –como dijimos– acaba desembocando en cuestiones de legalidad ordinaria, cuando en la doctrina más reciente la tendencia general en el marco del artículo 24 de la Constitución es aplicar este precepto con escasa profundidad y de la forma más deferente con los órganos judiciales, de manera que el control constitucional tiene una dimensión vertical limitada (vid. sobre esta tendencia el excelente análisis que llevan a cabo C. VIVER PI-SUNYER y H. LÓPEZ BOPILA, «Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión», *op. cit.*, en particular pgs. 159-160). Quizás la razón hay que buscarla en las contradicciones y ambigüedades de la jurisprudencia constitucional relativa a una resolución fundada en derecho *ex* artículo 24, por lo que ha sido justamente criticada (además de los autores antedichos, véase I. BORRAJO INIESTA, I. DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ y G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid: Civitas, 1995, pgs. 62 y ss.).

<sup>53</sup> En relación con los artículos 9.3 y 25 de la Constitución, véase F. GARRIDO FALLA, «Artículo 9.3», y J. M. SERRANO ALBERCA, «Artículo 25», en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid: Civitas, 2001, pgs. 169-184 y 499-515. Puede consultarse también la bibliografía citada en la nota a pie de página 4.

parecer a primera vista<sup>54</sup> y la respuesta podría ser otra habida cuenta de la *dimensión material* de la orden europea de detención y entrega<sup>55</sup>. El fundamento jurídico 3 del Tribunal Constitucional reflejaría esta realidad compleja al negar que la extradición afecte al artículo 25 de la Carta Magna porque se trata de un proceso sobre otro proceso, no sin agregar que una medida como ésta produce efectos perjudiciales en la esfera del interesado porque afecta –en sentido amplio– a su derecho a la libertad y puede hacerlo también a su libertad de residencia. De ahí la exigencia del canon de motivación reforzado.

Hay que tener en cuenta igualmente que los autos de la Audiencia Nacional se articulan en torno a la orden europea de detención y entrega, sea para negar que fuera aplicable al caso, sea para invocar los cambios legislativos producidos en Francia para su implementación. Lo que significa que la euoorden estuvo muy presente en la resolución de los procesos de extradición. ¿Por qué entonces la Audiencia Nacional no se atrevió a dar un paso adelante para llevar a cabo una interpretación conforme del Derecho español? Probablemente fue por considerar que este principio del Derecho comunitario no era aplicable en relación con las decisiones marco. Ahora bien, la eficacia de las decisiones marco estaba pendiente de sentencia prejudicial en la época de autos, por lo que difícilmente puede aducirse que había un acto claro que dispensaba de hacer uso del artículo 234 del Tratado CE<sup>56</sup>. En estas circunstancias, habría sido *prudente* –por no decir obligado– que la Audiencia Nacional, si no estimaba necesario elevar cuestión prejudicial, esperase a que el Tribunal de Justicia resolviese la cuestión prejudicial suscitada por el juez italiano, no fuera a ser que la sentencia prejudicial afirmase que a las decisiones marco se extiende la obligación de interpretación conforme, como así sucedió. A su vez, el Tribunal Constitucional, que sabía de la existencia de la sentencia *Maria Pupino*, debería haber examinado si esta actuación de la Audiencia Nacional vulneraba el derecho al

<sup>54</sup> R. RAGUÉS VALLÉS (*La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Barcelona: Atelier, 2004, pgs. 75 y ss.) ha denunciado que es peligroso el etiquetamiento de determinadas instituciones como procesales o materiales porque ello obedece a menudo a meras razones clasificatorias y adolece de una cierta arbitrariedad. Ello puede explicar por qué el Tribunal Constitucional ha otorgado amparos por violación del principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables en casos en que se aplicaban instituciones «procesales» como la prescripción y la ampliación de los plazos de prisión provisional.

<sup>55</sup> C. ARANGUENA FANEKO (–Coord.–, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, Madrid: Lex Nova, 2005, especialmente pgs. 79 y ss.) subraya que el sistema de la orden europea de detención y entrega, a pesar de su naturaleza procesal, presenta algunos elementos de naturaleza jurídico-material que son innegables, siquiera porque el principio de reconocimiento mutuo en que se basa se traduce en la supresión absoluta de la exigencia de la doble incriminación y en el debilitamiento sensible de la regla de la especialidad, así como en las excepciones a la extradición (no nacionales, por ejemplo) y las restricciones a la entrega (por determinados delitos).

<sup>56</sup> Vid., sobre el tema, E. VALLEJO LOBETE, «La actualización de la teoría del acto claro», *GJCI*, 1995, D-23, pgs. 81-118.

juez predeterminado por la Ley (artículo 24.2 de la Constitución)<sup>57</sup> en función del test de constitucionalidad que aplicó en la sentencia 58/2004, a la que nos referimos unos párrafos más abajo, para un supuesto similar.

El Tribunal Constitucional se encontraba, pues, frente a una situación jurídica de enorme complejidad, con entrecruzamiento de normas pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos, disposiciones de derecho transitorio, una sentencia prejudicial recién dictada cuya aplicación podía suscitar dudas, etcétera. Por lo que *habría sido razonable que plantease una cuestión prejudicial* antes de fallar sobre los recursos de amparo para dilucidar si los autos de la Audiencia Nacional cumplían con lo que exige el Derecho comunitario. A fin de cuentas, el Tribunal Constitucional es también una jurisdicción de última instancia *ex* artículo 234 del Tratado CE, a pesar de que no esté integrado en el poder judicial<sup>58</sup>.

El Tribunal Constitucional español no se considera a sí mismo jurisdicción a los efectos del artículo 234 del Tratado CE, basándose en que «el Derecho comunitario tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta este Tribunal Constitucional. Por consiguiente, ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria citada cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el artículo 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una aplicación uniforme del mismo» (fundamento jurídico 7 de la STC 28/1991, de 14 de febrero).

No compartimos este parecer porque no es difícil imaginar casos –en particular, de derechos fundamentales relacionales– en los que, por la confluencia de elementos comunitarios, la interpretación prejudicial puede revelarse necesaria para resolver un asunto pendiente ante el Tribunal Constitucional y, por tanto, que resulte obligado plantear el tema ante el Tribunal de Justicia<sup>59</sup>. A mayor abundamiento, tribunales constitucionales de otros Estados miembros se consideran a sí mismos como jurisdicciones que pueden suscitar cuestiones prejudiciales, como los de Alemania, Italia y Portugal, por

<sup>57</sup> En relación con el Tribunal de Justicia como juez predeterminado por la ley, vid. R. ALONSO GARCÍA y J. M. BAÑO LEÓN, «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia», *REDC*, núm. 29, 1990, pgs. 193-222.

<sup>58</sup> Vid., sobre el tema, entre otros muchos, M. PASTOR LÓPEZ, «El incidente prejudicial del Derecho comunitario europeo», *GJCEE* 1985, D-1, pg. 156; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, 1993, pg. 1199.

<sup>59</sup> En el mismo sentido de criticar las deficiencias de la negación del Tribunal Constitucional de su condición de jurisdicción a los efectos de la sentencia prejudicial, vid. los pertinentes comentarios de R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 255 y ss. Más particularmente, respecto al significado de los derechos relacionales, véase P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid: Civitas, 1994, pgs. 167-168.

citar algunos casos emblemáticos. Y lo han hecho ya el Tribunal Constitucional austriaco y la Corte de Arbitraje belga.

Jurisprudencia ulterior del Tribunal Constitucional recuerda que el Derecho comunitario no tiene rango constitucional, pero constituye un criterio de interpretación para determinar el sentido y alcance de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Española, en particular el respeto a la vida privada (así, STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000). Y ha otorgado el amparo por incumplimiento del artículo 234 del Tratado CE en su STC 58/2004, de 19 de abril de 2004. En este caso concreto, el juez de última instancia (el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña) había inaplicado una Ley interna (el artículo 38 de la Ley 5/1990, relativo a una tasa fiscal sobre el suelo) en razón de su presunta contradicción con el Derecho comunitario (el artículo 33 de la sexta directiva sobre el IVA) sin plantear una cuestión prejudicial previa para aclarar la interpretación de la disposición comunitaria, a pesar de que se separaba de la doctrina del Tribunal Supremo recaída sobre la materia, y de que tal jurisprudencia se había formado en aplicación correcta de los criterios sustentados por el Tribunal de Justicia. Dicho de otro modo, se trata de una incorrecta aplicación de la doctrina del acto claro porque el juez nacional, aunque declarase expresamente que no albergaba duda alguna respecto a la incompatibilidad entre la norma nacional y la comunitaria, debía haber suscitado la cuestión porque ningún otro órgano judicial había apreciado antes tal incompatibilidad y su posición colisionaba con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia, de manera que el caso, más que claro en el sentido que pretendía el Tribunal catalán, había sido aclarado en el sentido contrario por aquellos tribunales. Ello supone una violación de las garantías que otorga el artículo 24 de la Constitución, en tanto no se atiende a la prelación de fuentes del derecho y la primacía del Derecho comunitario<sup>60</sup>.

Mas el Tribunal Constitucional sigue sin plantear cuestión prejudicial. Sería deseable que esta última jurisprudencia representase un punto de inflexión en este camino de asimilación consciente del impacto de la adhesión de España a la Comunidad Europea y a la Unión Europea sobre la Constitución. Aunque no podamos ser demasiado optimistas a la vista del modo de razonar empleado en una reciente sentencia en que vuelve a estar implicada una orden europea de detención y entrega<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> STC 58/2004, de 19 de abril. Vid. la evolución y un comentario de esta sentencia en J. M. BAÑO LEÓN, «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *RDCE*, núm. 18, 2004, pgs. 465-481; J. I. UGARTEMENDIA ECHEZABARRENA, «El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo», *REDE*, núm. 11, 2004, pgs. 441-473.

<sup>61</sup> Se trata de la STC 339/2005, de 20 de diciembre de 2005. Se planteó recurso de amparo frente a diversos autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de mayo y junio de 2004 que accedieron a la entrega de un nacional español a Francia en virtud de una euroorden por delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo porque se había vulnerado su derecho a la asistencia de letrado en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, al no haber sido asistido por abogado designado libremente, y no nombrado de oficio, en la comparecencia regida

En cualquier caso, con actuaciones judiciales como las descritas en las STC 292 y 328/2005, España puede haber incumplido sus obligaciones con la Unión Europea y, por lo tanto, la Comisión podría interponer un recurso de incumplimiento en virtud del artículo 226 del Tratado CE<sup>62</sup>. Además, quien se viera afectado podría exigir daños y perjuicios al Estado en virtud del principio de responsabilidad del Estado<sup>63</sup>, aunque –todo sea dicho– no parece factible que ello ocurra en estos casos porque el incumplimiento acaba beneficiando a los afectados, cuya extradición se anula en amparo porque no se tiene en cuenta debidamente lo que dispone el Derecho comunitario.

Barcelona, 28 de febrero de 2006

por la Ley 3/2003, de ejecución de la orden europea de detención y entrega (artículo 24.2 de la Constitución Española). No hay ninguna alusión a la decisión marco de la orden europea de detención y entrega para verificar si la Ley española, cuyos preceptos examina, la ha transpuesto correctamente. A quienes han estudiado con detenimiento la decisión marco y la Ley de ejecución de la orden europea de detención y entrega les suscita no pocas dudas... que el Tribunal Constitucional no quiere ver (vid. la doctrina citada en la nota a pie de página 6).

En fase de corrección de galeradas el Tribunal Constitucional ha dictado la sentencia 83/2006, de 13 de marzo. En este caso, deniega el amparo, con referencia a la legislación española reguladora de la orden europea de detención y entrega (Ley 3/2003) y no a la decisión marco misma de la euroorden misma y sin plantear cuestión prejudicial, a pesar de que se cuestionaba, entre otras cosas, si en el caso de autos, al otorgar la entrega de un ciudadano español a Francia en aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003, se había producido una aplicación retroactiva de una disposición sancionadora o restrictiva de derechos (artículo 9.3 de la Constitución Española). El Tribunal Constitucional rechaza esta alegación, sin considerar si se ajusta la disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003, a lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la decisión marco.

Para un comentario conjunto de ambas sentencias, véase P. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, «Motivos de paralización de la orden europea de detención y entrega: denuncia y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada. Comentario a las SSTC 339/2005, de 20 de diciembre, y 81/2006, de 13 de marzo de 2006», *Revista General de Derecho Europeo* (<http://www.iustel.com>), núm. 10, abril de 2006.

<sup>62</sup> En general, sobre el recurso de incumplimiento, véase, por todos, H. AUDRETSCH, *Supervision in European Community Law. Observance by the Member States of Their Treaty Obligations. A Treatise on International and Supranational Supervision*, 2ª Ed., Amsterdam: North Holland, 1986.

<sup>63</sup> Respecto al principio de responsabilidad del Estado, véase, por todos, R. ALONSO GARCÍA, *La Responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Madrid: Civitas y Fundación Universidad Empresa, 1997.