

Preferencia aplicativa y diálogo judicial

¿Contradictio in terminis?

Cristina Izquierdo Sans

Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid. Ex letrada del Tribunal Constitucional

Abstract

El trabajo analiza un tema de permanente actualidad desde hace décadas, como es el diálogo judicial entre el TJUE y los tribunales nacionales en materia de derechos fundamentales y su valor está en hacerlo desde una perspectiva crítica y a partir del estudio de la jurisprudencia más reciente. A lo largo del trabajo están presentes dos objetivos: 1) identificar las claves de relación entre ellos, incorporando inevitablemente al TEDH, pues es siempre invitado a los pronunciamientos judiciales de ambas jurisdicciones y 2) identificar si puede defenderse la existencia de un verdadero diálogo judicial entre el TJUE y los tribunales nacionales está cuestionada, sobre todo, porque se encuentra inevitablemente determinada por el parámetro que impone el sistema normativo de la Unión, a saber, un régimen de preferencia aplicativa o la primacía del DUE.

The article analyzes a topic that has been current for decades, as is the judicial dialogue between the CJEU and national courts about fundamental rights scope. Its importance lies in it does it from a critical perspective and from the study of the most recent jurisprudence. Throughout the work two objectives are present: 1) identify the keys of relationship between them, inevitably incorporating the ECHR, as it is always invited to judicial pronouncements of both jurisdictions and 2) identify whether the existence of a true judicial dialogue can be defended between, above all, because it is inevitably determined by the parameter imposed by the European Union Law, it mean, an application preferential regime, also called primacy principle of the Union law.

Title: Application preference and judicial dialogue: Contradictio in terminis?

Keywords: ECHR, CJEU, constitutional courts, fundamental rights, primacy, dialogue, ne bis in ídem, principle of legality in criminal law, undefended, inhuman treatment.

Palabras clave: TEDH, TJUE, tribunales constitucionales, derechos fundamentales, primacía, diálogo, ne bis in ídem, legalidad penal, indefensión, tratos inhumanos.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Las variables en la relación entre el TJUE y los tribunales nacionales**
- 3. El dialogo en acción**
 - 3.1. La prohibición del *bis in idem***
 - 3.2. El principio de legalidad penal**
 - 3.3. El derecho de defensa**
 - 3.4. La prohibición de tratos inhumanos o degradantes**
- 4. Conclusiones: un diálogo a tres bandas**

1. Introducción

El diálogo judicial entre el TJUE y los tribunales nacionales fue el objeto de la ponencia que me fue encargada en el Seminario sobre el *Diálogo judicial internacional en la protección de los derechos humanos*, que se celebró en Salamanca el 27 y 28 de noviembre de 2017¹. De nuevo ante el triángulo institucional que en Europa tiene atribuida la función de garantizar el respeto a los derechos fundamentales —tribunales nacionales, TEDH y TJUE—. Estas tres instancias judiciales procuran convivir en el equilibrio entre el mutuo respeto y el firme y sostenido ejercicio de las competencias que cada uno de ellos tiene atribuida, generándose —no sin detractores—, la expresión *diálogo judicial* para hacer referencia a tan debatidas relaciones². Aunque se trata de relaciones complejas, el paso del tiempo está cumpliendo su función y hoy ya están identificadas muchas de las claves de relación entre ellos, siendo tales claves —precisamente—, el objeto del presente estudio.

La existencia de un verdadero diálogo judicial entre el TJUE y los tribunales nacionales está cuestionada, sobre todo, porque se encuentra inevitablemente determinada por el parámetro que impone el sistema normativo de la Unión, a saber, un régimen de preferencia aplicativa o la primacía del DUE. En realidad, el régimen de preferencia aplicativa puede predicarse de cualquier sistema normativo que forme parte del ordenamiento jurídico de un Estado pero que tenga un origen extra estatal, pues también puede afirmarse la preferencia aplicativa del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH. A lo largo de las páginas que siguen intentaremos determinar, no sólo las mencionadas claves de relación entre los tribunales nacionales y el TJUE, sino, igualmente esclarecer si se deriva de esas claves la existencia de un diálogo real, válido como tal, entendiendo por éste una exposición alternativa de ideas en aras a alcanzar un consenso relativo al contenido y alcance de los derechos fundamentales. Quizás la preferencia aplicativa no excluya ni impida la existencia de un diálogo pues, teniendo en cuenta que el contenido y alcance de un derecho fundamental puede dar lugar a resultados muy dispares, la primacía será sólo uno de los elementos del marco en el que el diálogo se desarrolla³ y más, después de la previsible no adhesión de la UE al CEDH⁴.

¹ La publicación de las Actas del Congreso tendrá lugar a lo largo del año 2019 con el título “Diálogo judicial en la protección internacional de los derechos fundamentales”, editado por José Martín y Pérez de Nanclares.

² Uno de los primeros autores que analiza el fenómeno del diálogo como categoría es Juan Antonio Xiol Rios. Para el autor, la negación del fenómeno se funda especialmente en que tiene carácter unilateral. Pero, a su parecer, las razones que se esgrimen no son suficientes ni, desde luego, concluyente, en la medida en que no dan cuenta del nuevo fenómeno. Véase: XIOL RIOS (2013), “El diálogo entre Tribunales”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Ed.), *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales*, CEPYC, Colección *Cuadernos y Debates*, Madrid.

³ El Tribunal Constitucional ya declaró en un momento muy inicial de su andadura que los perfiles exactos del contenido constitucional y alcance de los derechos fundamentales también se han de buscar en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que permiten incorporar aspectos no explicitados en la Constitución. STC 28/1991, 14.2.1991, FJ 5 (ECLI:ES:TC:1991:28; MP: Jesús Leguina Villa). Véase al respecto SAIZ ARNAIZ (2009), “Artículo 10.2 CE”, en CASAS y RODRÍGUEZ PIÑERO (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, págs. 193 y ss.

⁴ Sobre el tema véase: ALONSO GARCIA (2015), “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014”, *WP IDEIR*, núm. 26; MARTIN Y PEREZ DE NACLARES, “El TJUE pierde el rumbo

2. Las variables en la relación entre el TJUE y los tribunales nacionales

REQUEJO⁵ afirma acertadamente que el Derecho de la Unión Europea es un sistema normativo creado a partir de una norma constitutiva propia que se integra en un conjunto normativo de cuya norma primera no recibe la condición de su existencia —su validez—, sino su condición de sistema aplicable en un territorio determinado. Así, expresa la realidad de que la Constitución española —o cualquiera que sea la norma fundamental de un Estado miembro— determina la aplicabilidad del sistema normativo de la Unión en el territorio nacional de cada Estado, pero el origen de la validez de las normas de la Unión se encuentra en los Tratados constitutivos. La importancia de esta afirmación reside en que, inevitablemente, también esas normas constitutivas propias que le han dado la condición de ser al sistema normativo de la Unión, son las que van a disponer el modo en que esas normas deban aplicarse en el territorio de cada Estado miembro. Es decir, el régimen de aplicación en el territorio de los Estados miembros del Derecho de la Unión viene determinado en el propio Derecho de la Unión Europea⁶, que declara —como es sabido— el principio de aplicación preferente de sus propias normas o, la primacía del Derecho de la Unión.

No obstante la aplicación preferente admitida, no debemos olvidar que también se deriva de lo expuesto la inexistencia de una relación de jerarquía entre la pluralidad de jurisdicciones que se generan en un ordenamiento donde conviven distintos sistemas normativos. Como hemos explicado, no existe jerarquía porque no existe entre ellos relación subordinada de validez⁷. Pero la inexistencia de una relación de jerarquía convive con la cuestión prejudicial, denominada piedra angular del sistema de la Unión, a la que el juez nacional puede verse obligado —aunque no siempre— cuando se encuentre con una dificultad de interpretación o de validez de la norma europea que debe aplicar. Es así como, de manera inevitable, la cuestión prejudicial nos devuelve —de nuevo— a un presunto diálogo. Y digo presunto porque, en realidad, el órgano judicial nacional a través de la cuestión prejudicial de interpretación plantea, en la mayoría de los casos,

en el Dictámen 2/13. ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *RDCE*, núm. 52, septiembre-diciembre 2015; y URÍA GALÁN (2018), *La adhesión de la Unión Europea al CEDH*, Barcelona.

⁵ REQUEJO (2018), “El futuro de un vértice jurisdiccional cada vez más complejo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)*, núm. 22, 2018. Para el origen de esa afirmación de este autor, véase también *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento*, Mc Graw-Hill, 1995. En esta dirección, véase también DIEZ-HOCHLEITNER, que refleja perfectamente esta diferenciación cuando, en los comentarios a la Ley de tratados internacionales trata en el comentario al art. 28 exclusivamente la integración de los tratados en el ordenamiento español y, en el comentario al artículo 31 de la Ley, la prevalencia de los tratados en la Constitución, descartando en este caso el juego del principio de jerarquía normativa. Véase: SAENZ DE SANTAMARÍA, DIEZ-HOCHLEITNER y MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (2015), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales*, Madrid, págs. 509 y ss.

⁶ El juicio de REQUEJO, la Constitución es más una norma sobre la aplicación de normas que sobre la producción de normas válidas y eso es lo que hace de ella una Constitución, es decir, lo que hace de ella norma constitutiva de un ordenamiento. Ahondando en su argumentación, el autor cita a MALENOVKY cuando afirma que recuerda que las normas internacionales comprometen la responsabilidad internacional de los Estado, de donde se derivaría que es sensato que su régimen de aplicabilidad no dependa del sistema interno. Véase REQUEJO (2018), “El futuro de un vértice jurisdiccional cada vez más complejo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)*, núm. 22, y MALENOVSKY (2017), “L’agonie sans fin du principe de non invocabilité de droit interne”, *RGDIP*, vol. 121.2, págs. 291 y ss.

⁷ REQUEJO señala también que pretender la aplicación del principio de jerarquía en un ordenamiento jurídico formado por distintos sistemas normativos presupone una relación de validez que entre los diferentes sistemas normativos que no puede existir, pues en la medida en que no comparten el origen de su existencia, nada puede establecer entre ellos relaciones de jerarquía. REQUEJO, “El futuro de un vértice jurisdiccional cada vez más complejo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)*, núm. 22, 2018.

un control de la actividad normativa de los Estados miembros, como fruto de una dinámica prejudicial en la que un tribunal nacional solicita la interpretación de la norma de la Unión porque, algo en su derecho nacional, le impide aplicar correctamente la norma europea⁸. El órgano judicial nacional expone sus ideas al TJUE, pero ello no genera comentarios sobre las mismas por ambas partes de forma alternativa y no existe la intención de llegar a un acuerdo entre las partes, sino que el TJUE dicta la solución de forma unilateral y si bien se cuida de articular su respuesta como una cuestión de interpretación, es claro que formula un juicio sobre la legalidad de la norma nacional cuestionada.

Pero la aplicación de lo expuesto al ámbito de los derechos fundamentales tiene alguna peculiaridad más. Tras el Tratado de Lisboa, el artículo 6 del TUE en su apartado 1 afirma que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. El mismo art. 6 TUE dispone que “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados” adelantando así lo que después explicita el art. 51 de la propia Carta⁹: sólo se trata de un compromiso de respeto de los derechos fundamentales en el ejercicio de las competencias normativas atribuidas a la Unión en otros ámbitos, pero no existe transferencia de competencias en esta materia¹⁰. Partiendo de esta carencia de competencia, el art. 6 en su último párrafo remite a los arts. 52 y 53 de la Carta para determinar los criterios de interpretación y aplicación de la Carta¹¹ por parte del TJUE.

Por su parte, el artículo 52¹² arranca con un mensaje que pretende ser tranquilizador: la Unión Europea declara que en su proceso normativo va a incidir en los derechos fundamentales, pero asegura que ello no va a tener un efecto limitador de los contenidos sustantivos de los mismos, salvo que sea imprescindible para el *interés general*, casos en los cuales cualquier limitación será

⁸ SARMIENTO expone de forma muy clara cómo la cuestión prejudicial de interpretación no se ha limitado a actuar como un simple mecanismo hermenéutico de auxilio judicial, pues en la mayoría de los casos las cuestiones prejudiciales de interpretación se plantean como cuestiones de compatibilidad entre dos normas, una europea y otra nacional. Véase: SARMIENTO (2016), *El Derecho de la Unión Europea*, Madrid, p. 398.

⁹ Artículo 51 de la Carta. *Ámbito de aplicación*. 1.../... 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

¹⁰ A salvo lo dispuesto en el art. 52.2 de la Carta. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. Este precepto advierte que existen en los Tratados –no en la Carta– disposiciones que se refieren a derechos fundamentales –el derecho a la igualdad o a la no discriminación son un ejemplo de ello– y que su ejercicio debe llevarse a cabo en las condiciones y límites que establezcan los propios Tratados, lo que vuelve a ser una referencia a la contención para las Instituciones de la Unión.

¹¹ Art. 6 TUE, 2º párrafo: Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

¹² Art. 52.1 Carta. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

establecida por ley. El artículo 53 de la Carta es especialmente expresivo en esta misma línea al afirmar que, en relación con el nivel de protección “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros¹³.

Declarado su compromiso de no limitación de los derechos fundamentales por parte de las Instituciones comunitarias, la Carta enumera cuales van a ser los criterios interpretativos que utilizará para dar contenido a los derechos fundamentales y las menciones no producen sorpresa alguna: la suma del CEDH, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y las explicaciones que fueron aprobadas en la elaboración de la Carta de Niza. No obstante, el apartado 3 del art. 52 advierte que el sentido y el alcance de los derechos fundamentales de la Carta podrán ser superiores a los que les confiera el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo demás, el Tratado de Lisboa incorporó un nuevo art. 4 del TUE que declara el respeto de la Unión a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros¹⁴ y, como por todos es sabido, incorpora en su art. 6 un compromiso de adhesión al CEDH¹⁵. Ninguno elemento es sorprendente, pero todo ellos ponen de manifiesto una implicación de la Unión con los pilares de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales, a saber, sus propias Constituciones, el CEDH y el TEDH.

¹³ El TJUE interpretó por primera vez el artículo 53 de la CDFUE en la conocida STJUE, 26.2.2013, asunto Melloni (C-399/11). En ella, el TJUE afirmó que el principio de primacía del Derecho de la Unión es una característica esencial del ordenamiento jurídico europeo y, dicho principio, implica que el Estado miembro no puede invocar las disposiciones de derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, para afectar la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado y que el artículo 53 de la Carta confirma que cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, pero esa aplicación no puede afectar al nivel de protección previsto por la Carta, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión” (parágrafos 59 y 60).

¹⁴ La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.

¹⁵ Art. 6.2 TUE. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales. Véase: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (2015), “El TJUE pierde rumbo en el Dictamen 2/13”, *RDCE*, núm.52, septiembre-diciembre. Para una visión muy crítica del Dictamen: URÍA GALÁN, *La adhesión de la Unión Europea al CEDH*, Madrid, 2018. Para una perspectiva de la cuestión previa al dictamen 2/13 del TJUE puede verse PASTOR RIDRUEJO (2008), “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y libertades Fundamentales”, MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, pág. 151.

En este contexto no podemos dejar de introducir la variable del artículo 10.2¹⁶ de la Constitución española, pues obliga a que los jueces nacionales a incorporar en el ordenamiento español las normas internacionales que garantizan los derechos humanos y, lo que es más relevante, la jurisprudencia de los tribunales protectores de esas normas. Es importante aquí señalar el relevante papel que adquiere el juez nacional, pues el TJUE dictará jurisprudencia en la mayoría de las ocasiones a instancias de los tribunales nacionales —a través de la cuestión prejudicial— y será el juez nacional el que deberá afrontar a la contradicción normativa y el que, en el ámbito del Derecho de la Unión, es garante de su aplicación eficaz frente a las normas nacionales¹⁷. En esa dirección, el Tribunal Constitucional español ya ha aceptado que el Derecho de la Unión debe ser uno de los elementos que forme el canon de constitucionalidad¹⁸. En conclusión, el artículo 10.2 CE pone de manifiesto que, en el ámbito de los derechos fundamentales, los órganos judiciales nacionales son encargados de unificar los contenidos de los diversos enunciados normativos y la configuración constitucional de los derechos operará como un sistema de objetivos, principios y límites, que proporcionan una orientación de la aplicación normativa tanto desde una perspectiva negativa como positiva¹⁹. De nuevo, en palabras de REQUEJO, habrá que *aplicarse a la búsqueda de la armonía, para articular el funcionamiento de las diferentes jurisdicciones alrededor de un denominador común o, lo que es lo mismo, un *ius commune* en materia de derechos fundamentales.*

En definitiva, Tribunal de Justicia y tribunales nacionales articulan su relación sobre la base de un régimen de aplicación preferente del DUE que es admitido por el orden interno. No obstante este punto de partida y en el concreto ámbito de los derechos fundamentales, la relación se torna mucho más compleja en la medida en que: 1) la convivencia de ambos sistemas normativos se lleva a cabo con cúspides judiciales entre las que no existe relación de jerarquía y en las que la dinámica que ha arrastrado la cuestión prejudicial permite al TJUE ejercer un control de la

¹⁶ En relación con el art. 10.2 CE véase SAIZ ARNAIZ (2009), “Artículo 10.2 CE”, en CASAS y RODRÍGUEZ PIÑERO (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, págs. 193 y ss.; GÓMEZ FERNÁNDEZ (2005), *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho internacional*, Valencia, págs. 416 y ss.; QUERALT (2007), “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, pág. 443.

¹⁷ REQUEJO se manifiesta en este sentido y afirma que tan incómoda posición tiene el juez nacional respecto del sistema normativo del CEDH, pues es al juez nacional al que le va a corresponder la ejecución de las sentencias del TEDH. Véase REQUEJO, “El futuro de un vértice jurisdiccional cada vez más complejo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)*, núm. 22, 2018.

¹⁸ El Tribunal admite esto por primera vez en el Auto mediante el que interpone la cuestión prejudicial ante Luxemburgo en el Asunto Melloni. ATC 86/2011, 9.6.2011 (ECLI:ES:TC:2011:86A), FJ 4.b): *En el presente recurso de amparo este Tribunal se enfrenta a un problema cuya solución depende, en gran parte, de la interpretación y de la validez de las disposiciones relevantes de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, así como de la interpretación del art. 53 CDFUE y de las consecuencias que se deriven de esta disposición. Ello trae causa, en particular, de la circunstancia de que, en virtud de la doctrina constitucional relativa a las vulneraciones indirectas del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), anteriormente expuesta, el canon de control que debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, por el que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas, ha de ser integrado a partir, entre otras, de las normas de Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega, de donde deriva claramente la trascendencia constitucional de la interpretación que haya de darse a esas disposiciones del Derecho de la Unión, a diferencia de los casos resueltos, entre otras, en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8 y 265/1994, de 3 de octubre, FJ 2.*

¹⁹ CAMARA VILLAR (2004), “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión y su valor en el Tratado Constitucional”, *RDCE*, núm. 4, págs. 9-42.

actividad normativa de los Estados miembros, aunque eso sí, siempre a instancias de los tribunales nacionales vía cuestión prejudicial; 2) en materia de derechos fundamentales, las competencias de la UE son muy escasas y su acción respecto de ellos pivota en torno a tres compromisos: compromiso de respeto en su acción normativa, compromiso de no limitación de derechos salvo interés general y compromiso de interpretación conforme a los pilares de los Estados miembros en tal materia (constituciones, CEDH y TEDH); y 3) A partir del cumplimiento de sus compromisos —por parte de la UE y del TJUE—, el juez nacional retoma el principio de aplicación preferente y, en España, el artículo 10.2 CE y adquiere un papel protagonista en aras de unificar e integrar los contenidos de los diversos enunciados normativos en materia de derechos fundamentales. A esto se denomina diálogo judicial europeo, que veremos en acción en los siguientes epígrafes.

3. El diálogo en acción

3.1. La prohibición del *bis in idem*

Como advierte PEREZ MANZANO, la prohibición de incurrir en *bis in idem* ha alcanzado una amplia protección en el marco de convenios internacionales y constituciones estatales. Sin embargo, ello no obsta para que más allá del acuerdo esencial del reconocimiento del derecho fundamental al ciudadano, se perciban profundas discrepancias en el contenido y alcance del derecho²⁰ y ello se ha puesto de manifiesto de forma muy especial en la jurisprudencia del TJUE. Éste derecho fundamental adquirió muy pronto protagonismo en el seno de la Unión y no fue cuestionada su incorporación en el art. 50 de la CDFUE. Punto de partida de las discrepancias es la admisión generalizada de una concepción amplia del *ius puniendi*, comprensiva de toda sanción impuesta por el Estado, que incluye, por tanto, las sanciones administrativas y las penales²¹. Es importante señalar, que esa concepción amplia del *ius puniendi* iba a chocar con muchas legislaciones nacionales europeas, en la medida en que éstas últimas disponían con mucha frecuencia una doble sanción administrativa y penal en la lucha contra el fraude fiscal²².

²⁰ Véase el excelente estudio de PEREZ MANZANO (2016), “La prohibición de incurrir en *bis in idem*, en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)”, en PÉREZ MANZANO y LASCURAIN SÁNCHEZ (Dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid, págs. 149 y ss. PÉREZ MANZANO (2018), “The Spanish connection: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en *bis in idem*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*.

²¹ Esta concepción amplia del *ius puniendi* se percibe tanto en la jurisprudencia del TJUE como en la del TEDH. Para un desarrollo jurisprudencial del alcance del derecho en la UE, véanse las conclusiones del Abogado General Kokott en el asunto Toshiba y otros (C-17/10), presentadas el 8 de septiembre de 2011, apartado 117.

²² Tan es así, que el Abogado General CAMPOS SANCHEZ BORDONA inicia de forma directa sus Conclusiones en el asunto Menci Luca con la siguiente pregunta: *¿En qué condiciones se aplica el principio ne bis in idem cuando las legislaciones de algunos Estados permiten acumular las sanciones administrativas y las penales para castigar los impagos del impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA») de elevada cuantía? Este es, en síntesis, el problema al que, una vez más, se enfrenta el Tribunal de Justicia. Téngase en cuenta que los impagos del IVA afectan a los intereses financieros de la UE, por lo que el TJUE ha ido poco a poco tendiendo a una concepción más restrictiva del derecho. Véase: asunto C-524/15, Conclusiones del Abogado General CAMPOS presentadas el 12 de septiembre de 2017. Por lo demás, es importante señalar que este principio ha dado también un importante juego en el ámbito del derecho de la competencia y en el marco de la cooperación judicial penal.*

Con su sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson²³, el TJUE marcó la línea que habían de seguir los órganos jurisdiccionales nacionales sobre el derecho de una persona a no ser juzgada dos veces por un mismo incumplimiento de la obligación de pagar el IVA. Lo hizo incorporando soluciones desarrolladas por el TEDH, pero la aplicación de la respuesta dada en aquella sentencia no estuvo exenta de críticas. El asunto *Akerberg* hacía referencia a una medida nacional de ejecución del ordenamiento de la Unión en Suecia, en el que el órgano judicial nacional se preguntaba si el principio del *non bis in idem* era aplicable ante la doble sustanciación de procedimientos sancionador y de condena²⁴, por una infracción fiscal grave en materia de IVA. El TJ se planteaba si el principio *non bis in idem* establecido en el artículo 50 de la Carta se oponía a que el ordenamiento nacional de un Estado miembro entablara una acción penal por infracción fiscal contra una persona a la que ya se le ha impuesto un recargo fiscal por los mismos hechos de declaración falsa. Contra lo resuelto en el asunto *Melloni* que veremos más despacio en el epígrafe siguiente, el TJ no marca el nivel de protección del derecho fundamental en juego y deja un margen de actuación al Estado. Declara que el artículo 50 de la Carta no se opone a que el Estado miembro imponga, por los mismos hechos de incumplimiento de obligaciones declarativas en el ámbito del IVA, una combinación de recargos fiscales y sanciones penales, pues se trata de medidas para garantizar la percepción de todos los ingresos procedentes del IVA y, de este modo, proteger los intereses financieros de la Unión. En este contexto, el TJ afirma que los Estados miembros disponen de libertad de elección de las sanciones aplicables y dichas sanciones puede ser sanciones administrativas, sanciones penales o, una combinación de ambas. Para el TJ, sólo cuando la sanción fiscal tenga carácter penal y no pueda ser objeto de recurso podrá considerarse que el artículo 50 de la Carta se opone a una acción penal por los mismos hechos contra la misma persona. Como puede observarse, en el presente asunto el TJ entiende que son los Estados los que tienen que elegir los medios para las sanciones aplicables en aras de la protección de los intereses financieros de la Unión y que, en esa elección de medios, no están limitados por principio *non bis in idem*, consagrado en artículo 50 de la Carta, salvo que la sanción fiscal tenga carácter penal y no pueda ser objeto de recurso. Lo relevante de esta afirmación y por lo que más críticas recibió el TJUE, es que el Tribunal reenvía al órgano judicial nacional la determinación de si el procedimiento sancionador de la legislación sueca tiene o no carácter penal²⁵, si bien aclara que debe hacerlo conforme con tres criterios, los cuales son

²³ STJUE, 26.2.2013, asunto C- 617/10, *Akerberg Fransson*.

²⁴ No obstante el asunto preocupaba por una cuestión que ahora no es relevante a efectos de nuestro interés, pues se trataba de determinar si, en el caso de que ambas vías fueran compatibles, la sanción administrativa debería ser descontada de la condena penal. La sentencia *Akerberg* ha sido criticada, entre otros motivos, por la solución que dio a esta cuestión. Véase: de PEREZ MANZANO (2015), "La prohibición de incurrir en *bis in idem*, en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)", *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, p. 175.

²⁵ La doctrina ha criticado esta posición del TJUE porque entiende que era función del TJ determinar el carácter penal de la sanción administrativa en la legislación sueca, en la medida en que, de alcanzar una conclusión positiva, debía después determinar si existían motivos de interés general que pudieran justificar la limitación del derecho a *non bis in idem*. la autora habla de la oportunidad perdida del TJUE para realizar una interpretación más concluyente de un principio de vital importancia para el ordenamiento sancionador tributario. Véase al respecto: MARTÍNEZ MUÑOZ (2013), "La interpretación del principio del *non bis in idem* en el Derecho de la Unión. Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de febrero de 2013", *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, núm. 4, Instituto de Estudios Fiscales, págs. 21 y ss.

perfectamente identificables con los criterios Engel, con origen en el TEDH²⁶. Claro ejemplo, por tanto, de una armonización escasamente intensa en la UE en la que serán los Estados miembros los que determinen el estándar de protección del principio de *non bis in ídem* en los ordenamientos nacionales en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/112, sobre el IVA y del artículo 325 TFUE. El TJUE conformaba así un margen de actuación para los tribunales nacionales europeos que se ha entendido a veces excesivo²⁷.

La determinación del contenido de la prohibición del *bis in ídem* resurge de forma abrupta en tres sentencias dictadas el 20 de marzo de 2018 adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tienen por objeto la interpretación del artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Los tres asuntos son decisiones prejudiciales que se presentan en el contexto de un proceso penal. El primero de ellos es el asunto *Luca Menci*²⁸, relativo a infracciones en materia de Impuesto sobre el Valor Añadido; el segundo es el asunto *Puma y Zecca*²⁹, relativo a la legalidad de las sanciones administrativas pecuniarias impuestas en razón de operaciones con información privilegiada y el tercero de ellos, es el asunto *Real Estate*³⁰ que afectaba a la legalidad de una sanción administrativa pecuniaria que se impuso a la empresa demandante en el proceso principal en razón de infracciones de la normativa sobre manipulación de mercado. El órgano remitente en el primero de los supuestos es el Tribunal de Bérgamo, que pregunta si se opone el artículo 50 de la Carta, interpretado a la luz del artículo 4 del Protocolo número 7 al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH la posibilidad de tramitar un proceso penal, que tenga por objeto unos hechos de impago del IVA, por los cuales ya se ha impuesto a la persona imputada una sanción administrativa irrevocable. El órgano remitente de los otros dos casos es el Tribunal Supremo de casación, en Italia. En el asunto *Real Estate*, el órgano judicial remitente pregunta al Tribunal de Justicia si lo dispuesto en el artículo 50 de la Carta, interpretado a la luz del artículo 4 del Protocolo 7, se oponía a la posibilidad de tramitar un procedimiento administrativo, que tenga por objeto una conducta ilícita de manipulación del mercado, por la que ya se ha impuesto a la misma persona una condena penal irrevocable. En realidad, podemos observar que se trata de una cuestión inversa a la que se plantea en el asunto *Luca Menci*, con la peculiaridad de que en éste último, era la sanción administrativa la que ya había recaído y lo que se pretendía era tramitar un proceso penal y, en el asunto *Real Estate* ya existe una condena penal irrevocable y lo que se pretende es tramitar un procedimiento administrativo sancionador. Finalmente, en el tercero de los asuntos mencionado, asunto *Puma y Zecca*, el órgano judicial remitente de la

²⁶ Los criterios Engel fueron ofrecidos por el TEDH en su Sentencia, 8.6.1976, Engel y otros c. Países Bajos, párg. 82. El TJUE se refiere a ellos, sin mencionarlos en esta ocasión, en el párrafo 35 y 36 de la STJUE Akerberg.

²⁷ Aunque se parte de la preferencia del orden jurisdiccional penal sobre el administrativo, el TJUE no soluciona la cuestión de qué ocurre cuando el proceso penal pretende abrirse una vez finalizado el procedimiento sancionador administrativo, pero no se pronuncia sobre los casos en los que la sanción administrativa quiere imponerse tras un proceso penal. Véase al respecto: MARTÍNEZ MUÑOZ, "La prohibición de incurrir en *bis in ídem*, en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)", *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, p. 24.

²⁸ C-524/15. STJUE, 20.3.2018.

²⁹ Asuntos acumulados C-596/16 y C-597/16, STJUE, 20.3.2018.

³⁰ C-537/16. STJUE, 20.3.2018.

cuestión prejudicial pregunta el Tribunal de Justicia si, el artículo 50 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que la declaración firme de la inexistencia de una conducta constitutiva de infracción penal tiene –de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH–, efecto preclusivo con respecto a la apertura de un procedimiento posterior, por los mismos hechos, dirigido a la imposición de sanciones administrativas que tienen carácter penal.

Lo primero que llama la atención de los asuntos mencionados es la conexión que hacen los órganos judiciales de la interpretación del art. 50 de la Carta con el art. 4 del Protocolo 7 al CEDH. En este contexto resultan muy clarificadoras las conclusiones del Abogado General, CAMPOS³¹, en el asunto *Luca Menci*, en las que explica que la proliferación de normas de derecho administrativo sancionador de carácter represivo en los ordenamientos nacionales había provocado un giro importante en la jurisprudencia del TEDH, que tenía a los órganos judiciales nacionales inquietos y algo confusos, pues se había restringido de manera notable el ámbito de aplicación de la prohibición del *bis in idem*. El Abogado General estaba en desacuerdo con la nueva jurisprudencia del TEDH y proponía al TJUE mantener su propia jurisprudencia, en la medida en que establecía una protección más elevada del principio *ne bis in idem* y con fundamento en la autonomía del TJUE³².

En efecto, el TEDH, en su sentencia de 15 de noviembre de 2016, *A y B c. Noruega*, se cuestiona su doctrina sobre la imposibilidad de acumular sanciones administrativas y penales si las primeras tenían carácter penal, lo que se determinaba conforme a los ya clásicos criterios Engel. El TEDH reafirma la utilización exclusiva de los criterios Engels³³, pero también admitió la realidad de que, al aplicar estos criterios a sanciones fiscales acumuladas con sanciones penales, en la mayoría de las ocasiones las sanciones administrativas tienen “carácter penal”, en el sentido de los artículos 6 y 7 del CEDH y, por extensión, del artículo 4 de su Protocolo n.º 7. Así las cosas, el TEDH reconoce que la vis expansiva de esa jurisprudencia ha estado favoreciendo la protección de los particulares frente al poder represivo de las autoridades nacionales y, para evitar tales efectos, el TEDH en la sentencia *A y B c. Noruega* acepta que, en presencia de sanciones formalmente administrativas que tengan carácter penal, el artículo 4 del Protocolo n.º 7 no se viola por la acumulación de procedimientos penales y administrativos sancionadores, siempre que haya *un vínculo material y temporal suficientemente estrecho entre ellos*³⁴. Si el Estado

³¹ Conclusiones del Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, presentadas el 12 de septiembre de 2017, en el asunto C-524/15, *Menci Luca*. Parágrafos 44-56.

³² Conclusiones del Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, parágrafos 74 a 77.

³³ El primer criterio “Engel” atañe a la calificación de la infracción según el derecho nacional, que el TEDH considera solo como punto de partida para discernir si una sanción tiene “carácter penal”. El segundo criterio “Engel” concierne a la naturaleza de la infracción. El tercer criterio “Engel” atiende a la naturaleza y al grado de severidad de la sanción.

³⁴ Según el TEDH, para discernir si hay un nexo material suficientemente estrecho entre los procedimientos penales y administrativos sancionadores, se ha de atender especialmente a los siguientes criterios: las finalidades complementarias de los procedimientos, la dualidad, jurídica y en la práctica, de los procedimientos, la complementariedad en la instrucción de los procedimientos y el cómputo y la consideración de la sanción recaída en el primer procedimiento. En cuanto a las pautas para demostrar el vínculo temporal suficiente entre los procedimientos, el TEDH es menos preciso. Se limita a indicar que no es necesario que el procedimiento penal y el administrativo se desarrollen simultáneamente, desde el comienzo al final, y añade que más difícil será la

prueba que estos procedimientos tienen esa vinculación temporal y material, no existirá repetición de procedimientos o de penas. Esta jurisprudencia restrictiva de la prohibición del *bis in ídem* es reiterada en la STEDH de 18 de mayo de 2017³⁵.

Y este cambio jurisprudencial operado por el TEDH fue el que planteó un importante desafío al Tribunal de Justicia, que debía decidir si adoptaba esta nueva orientación, más restrictiva de la prohibición *bis in ídem*, o si mantenía un nivel de protección mayor. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aprovecha los tres casos mencionado para sentar jurisprudencia en la materia. Avanzando en las conclusiones, podemos afirmar que el Tribunal de Justicia falla declarando: 1) el artículo 50 de la Carta se opone a que se abra un procedimiento administrativo de carácter penal contra una persona que ya ha tenido una condena penal por los mismos hechos; 2) no obstante, en sentido contrario, el Tribunal de Justicia declara en el asunto *Luca Menci*, que sí cabe la apertura de un proceso penal que se inicia cuándo se ha concluido un procedimiento administrativo que tenía carácter penal, si puede probarse la existencia de un interés general que justifique la limitación del derecho fundamental al *ne bis in ídem*; y 3) la tercera conclusión que se puede extraer de estos tres asuntos es que la obligación de los Estados miembros de establecer sanciones administrativas efectivas, proporcionadas y disuasorias, no puede llevar a descartar la fuerza de cosa juzgada que una sentencia penal absolutoria reviste, de forma que no podrá continuar un procedimiento administrativo sancionador que tiene por objeto los mismos hechos que una sentencia penal ha considerado no probados. En definitiva, los efectos de cosa juzgada recaerán también sobre el procedimiento administrativo sancionador que, en el asunto *Puma y Zecca*, estaba abierto por los mismos hechos.

En relación con la cuestión más relevante a efectos de nuestro objeto de estudio -la existencia de un diálogo entre los tribunales europeos en materia de derechos fundamentales-, estas tres sentencias resultan muy enriquecedoras. Más allá de que quede asentada y aclarada la doctrina en relación con la prohibición del *bis in ídem*, la importancia de estas tres sentencias desde la perspectiva del diálogo judicial se concreta en varias cuestiones: 1) los órganos judiciales nacionales han iniciado, a través de la cuestión prejudicial, una relación con el TJUE en la que la jurisprudencia del TEDH está cada vez más presente, lo que también se observa en otros ámbitos que trataremos a continuación; 2) El propio TJUE regala una actitud de respeto nada desdeñable al TEDH, como prueba la apuesta por el mantenimiento de los criterios Engel para determinar si un procedimiento administrativo tiene carácter penal, criterios cuyo origen es el TEDH y que el *leiv motiv* para plantearse el cambio de doctrina es que, a su vez, ha operado un cambio jurisprudencial en la jurisprudencia del TEDH; 3) el TJUE restringe el derecho fundamental al *ne bis in ídem* en virtud del artículo 52.1 de la Carta y, es decir, alegando la existencia de un interés general, marcando con ese fundamento un determinado nivel de protección de un derecho fundamental y no sobre la base de los objetivos de la acción -como había hecho en el asunto Melloni-. Para el TJUE el interés general, en orden a proceder a la limitación del principio *ne bis in ídem* se localiza en el objetivo de la normativa nacional cuestionada, que tan sólo pretende

prueba para el Estado cuanto más amplio sea el desfase temporal entre ambos procedimientos. STEDH, 15.11.2016, *A y B c. Noruega*, párrafos 132, 133 y 134.

³⁵ STEDH, 18.5.2017, asunto *Johannesson y otros c. Islandia*.

garantizar la percepción de la totalidad del IVA devengado³⁶. Dada la importancia que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia concede a la lucha contra las infracciones en materia de IVA³⁷, una acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal puede justificarse cuando, para alcanzar dicho objetivo, estos tengan objetivos complementarios relativos, en su caso, a distintos aspectos del mismo comportamiento infractor de que se trate, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

En relación con esta última cuestión, me parece importante señalar que en un momento muy inicial de la sentencia en el asunto *Luca Menci* y, a mi juicio, como respuesta a los términos en los que estaba formulada la pregunta de la cuestión prejudicial³⁸, el TJUE quiso deshacerse de un vínculo con el TEDH y afirma: *si bien, como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3, los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales y el artículo 52, apartado 3, de la Carta dispone que los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH tienen el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, este no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión*³⁹. No obstante esta afirmación, cuando finalmente decide optar por declarar la normativa nacional cuestionada conforme al derecho al *ne bis in ídem*, adoptando la misma posición restrictiva de la prohibición del *bis in ídem* que el TEDH, retoma la jurisprudencia del Tribunal Europeo y declara: *A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la acumulación de procedimientos y sanciones tributarios y penales que repriman la misma infracción de la ley tributaria no viola el principio ne bis in ídem consagrado en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al CEDH cuando los procedimientos tributarios y penales de que se trate presenten un vínculo material y temporal suficientemente estrecho*⁴⁰. En definitiva, la jurisprudencia del TEDH como uno de los elementos de apoyo del TJUE para restringir el ámbito de aplicación de un derecho fundamental, pero ahora fundamentada la restricción en un interés general vía art. 52. CDFUE y, además, restricción realizada en un ámbito en el que la armonización no es completa y existe un margen de actuación para el Estado miembro, pues se trata de ámbitos materiales en los que la norma europea requiere medidas de ejecución de derecho nacional.

3.2. El principio de legalidad penal

En la sentencia *Taricco*⁴¹, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 160, último párrafo, del Código Penal italiano, en relación con el artículo 161 del mismo Código, en la medida en que preveían que la interrupción de la prescripción en el marco de un procedimiento penal relativo a fraudes graves en materia de IVA tiene como consecuencia ampliar el plazo de prescripción en tan sólo una cuarta parte de su duración inicial, podían ser contrarios a las obligaciones que el

³⁶ La normativa nacional cuestionada permitía la acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal.

³⁷ Véase, en este sentido, la STJUE, 5.12.2017, M.A.S. y M.B., asunto C-42/17, apartado 34 y jurisprudencia citada.

³⁸ Recordemos que la cuestión prejudicial planteaba la interpretación del art. 10 CDFUE conforme al art. 4 del Protocolo 7 al CEDH.

³⁹ STJUE, 20.3.2018, asunto *Luca Menci*, C-524/15, párrafo 22.

⁴⁰ STJUE, 20.3.2018, asunto *Luca Menci*, C-524/15, párrafo 61

⁴¹ STJUE, 8.9.2015, C-105/14, asunto *Taricco*.

artículo 325 TFUE impone a los Estados miembros⁴², ya que podían impedir imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave de IVA⁴³. En coherencia con ello, el TJUE declaró también que, en virtud del principio de primacía del DUE, correspondía al órgano jurisdiccional nacional competente garantizar la plena eficacia del artículo 325 TFUE dejando, si es preciso, sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que le impidan dar cumplimiento a las obligaciones que le imponen las mencionadas disposiciones del TFUE⁴⁴.

No obstante, la aplicación del principio de primacía en esta ocasión soslayaba un posible conflicto de la posición del TJ con el principio de legalidad penal, en la medida en que la inaplicación de la normativa nacional en materia de prescripción de los delitos fiscales se alejaba de la previsibilidad de la ley penal que, como es por todos conocido, forma parte de los derechos que se derivan del principio de legalidad penal. En aras de defender su posición, la argumentación que desarrolla el TJUE se apoya de nuevo y de manera nuclear en la jurisprudencia del TEDH. El TJ sostiene que es posible cuestionarse la contradicción entre la conclusión alcanzada y el principio de legalidad penal⁴⁵, por lo que debe tenerse presente la jurisprudencia del TEDH relativa a dicho principio, que corrobora su conclusión, pues, en efecto, con arreglo a esa jurisprudencia, la prórroga del plazo de prescripción⁴⁶ y su aplicación inmediata no constituyen una vulneración de los derechos garantizados por el principio de legalidad penal⁴⁷.

Tempranamente, el TJUE tuvo la ocasión de pronunciarse de nuevo sobre esta cuestión. El

⁴² Relativas a la cooperación con los intereses financieros de la UE en sus apartados 1 y 2.

⁴³ Se trataba de una cuestión prejudicial interpuesta por los órganos judiciales de Cuneo. Según el órgano jurisdiccional remitente, los procedimientos penales relativos al fraude fiscal, como el que supuestamente cometieron los imputados, implican por regla general investigaciones muy complejas, de manera que el procedimiento requiere mucho tiempo en la fase de instrucción y, si se toman en consideración todas las instancias, la duración del procedimiento es de tal magnitud que, en Italia, la impunidad de hecho no es la excepción, sino la norma. En ese contexto, el órgano jurisdiccional remitente estima que las disposiciones nacionales controvertidas autorizan indirectamente la competencia desleal por parte de determinados operadores económicos establecidos en Italia y la impunidad que suponen vulnera el principio rector consagrado en el artículo 119 TFUE, según el cual los Estados miembros deben velar por la solidez de sus finanzas públicas. El órgano judicial nacional plantea que, si se le permitiera dejar sin aplicación las disposiciones nacionales controvertidas, sería posible garantizar la aplicación efectiva del Derecho de la Unión en Italia.

⁴⁴ Como estudio doctrinal acerca de la STJUE en el asunto Taricco, véase: RODRÍGUEZ BEREIJO LEON (2016), "La STJUE en el asunto Taricco y otros y la aplicación extensiva del principio de efectividad en relación con la persecución del fraude en el IVA", REDE, núm. 58, págs. 171 y ss. La autora destaca que tratándose de un caso en el que la armonización no es completa, el TJUE decide cuál es el alcance del principio de efectividad del DUE y analiza las reglas procesales nacionales desde una perspectiva mucho más dura de la que correspondería conforme al principio de autonomía procesal, poniendo en cuestión valores constitucionales.

⁴⁵ A este respecto, algunos de los interesados que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia se remitieron al artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, "Carta"), que consagra los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, según los cuales, en particular, nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Parágrafo 54 a 57 de la STJUE, 8.9.2015, asunto Taricco.

⁴⁶ La inaplicación de la ley nacional italiana, es decir, de las disposiciones del CP que preveían los plazos de preinscripción en los delitos de fraude fiscal, suponían una prórroga del plazo de preinscripción en aras de evitar la impunidad de los delitos graves ante procesos de instrucción muy complejos y muy largos.

⁴⁷ Véanse, en este sentido, STEDH, 22.7.2000, Coëme y otros c. Bélgica, parágrafo 149 y STEDH, 17.9.2009, Scoppola c. Italia, Gran Sala, parágrafo 110.

Tribunal Supremo de Casación italiano y el Tribunal de Apelación de Milán, plantearon sendas cuestiones de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en la medida en que consideraban aplicable la regla establecida en el asunto Taricco a los dos procedimientos pendientes ante ellos, pues las infracciones que estaban juzgando habrían prescrito si fuesen aplicables las disposiciones del Código Penal controvertidas, mientras que, de no aplicarse, dichos procedimientos podrían desembocar en una condena. Los órganos judiciales expresan sus dudas sobre la compatibilidad de la mencionada solución con los principios superiores del ordenamiento constitucional italiano y con el respeto de los derechos inalienables de la persona. En concreto, dicha solución podría menoscabar el principio de legalidad de los delitos y las penas, que exige, en particular, que las disposiciones penales se determinen con precisión y no puedan ser retroactivas. En estas circunstancias, el Tribunal Constitucional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial⁴⁸, en el denominado asunto M.A.S, M.B.

El 2 de diciembre de 2017 el TJUE dicta sentencia en el asunto M.A.S. En su pronunciamiento, el TJ determina el nivel de protección del principio de legalidad penal, pese a encontrarnos -de forma muy obvia- en un ámbito de actuación en el que no existe una armonización completa y los Estados miembros tienen un margen de apreciación. En esta dirección, el TJUE concluye en que el juez nacional está obligado a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al IVA, disposiciones internas en materia de prescripción que impidan la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en los casos en los que se encuentren afectados los intereses financieros de la Unión. El TJ acepta la existencia de casos en los que la inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone una responsabilidad penal más severas que la vigente en el momento de la comisión de la infracción. No obstante, el TJ afirma que, en el caso de que el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, corresponde por tanto al legislador nacional adoptar las medidas necesarias para evitar esa contradicción entre las obligaciones que impone el DUE y la

⁴⁸ Las preguntas que planteaba el Tribunal Constitucional italianos fueron las siguientes: "1) ¿Debe interpretarse el artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, en el sentido de que obliga a los órganos jurisdiccionales penales a abstenerse de aplicar una normativa nacional en materia de prescripción que, en un número considerable de casos, impide castigar fraudes graves que afecten a los intereses financieros de la Unión o que prevé plazos de prescripción más breves para los fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión que para los fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado, incluso cuando la no aplicación carezca de una base legal suficientemente definida?; 2) ¿Debe interpretarse el artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, en el sentido de que obliga a los órganos jurisdiccionales penales a abstenerse de aplicar una normativa nacional en materia de prescripción que, en un número considerable de casos, impide castigar fraudes graves que afecten a los intereses financieros de la Unión o que prevé plazos de prescripción más breves para los fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión que para los fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado, incluso cuando en el ordenamiento jurídico del Estado miembro la prescripción forme parte del Derecho penal material y esté sujeta al principio de legalidad? 3) ¿Debe interpretarse [la sentencia Taricco] en el sentido de que obliga a los órganos jurisdiccionales penales a abstenerse de aplicar una normativa nacional en materia de prescripción que, en un número considerable de casos, impide el castigo de fraudes graves que afecten a los intereses financieros de la Unión o que prevé plazos de prescripción más breves para los fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión que para los fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado, incluso cuando la no aplicación sea contraria a los principios superiores del ordenamiento constitucional del Estado miembro o a los derechos inalienables de la persona reconocidos por la Constitución del Estado miembro?"

legislación en materia de prescripción de los delitos fiscales⁴⁹. En apoyo de su argumentación, el TJ señala que la jurisprudencia del TEDH admite que cada Estado disponga los requisitos de accesibilidad y de previsibilidad tanto en lo que respecta a la definición de la infracción como a la determinación de la pena⁵⁰. De esta forma, el TJ está llamando a la reforma de la legislación procesal penal en Italia en pro de la ampliación de los plazos de prescripción en el delito fiscal y, en consecuencia, el ordenamiento interno no impida al órgano judicial nacional cumplir con la obligación de proteger los intereses financieros de la Unión. De nuevo una rebaja de las garantías procesales que se reclama por el TJUE con el apoyo de la jurisprudencia del TEDH.

3.3. El derecho de defensa

El Tribunal Constitucional español planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la primera cuestión prejudicial de su historia, mediante Auto de 9 de junio de 2011. La controversia giraba en torno a la incompatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de las garantías del proceso y la normativa europea reguladora de la orden de detención y entrega. Para el TC, la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía, debe someterse siempre a la condición de que la persona condenada tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión y, en estos casos, la entrega de los reclamados por parte de la Audiencia Nacional en aplicación de las normas reguladoras de la orden europea de detención y entrega, vulneraba el artículo 24 de nuestra Constitución. Ello se explica con la doctrina del contenido absoluto de los derechos fundamentales, cuyo mayor exponente es la STC 91/2000 de 30 de marzo, que básicamente declaraba que acceder a la extradición para el cumplimiento de una condena por delito grave dictada en ausencia del imputado, vulnera indirectamente el derecho a un proceso con todas las garantías, salvo que la entrega se supedita a unas garantías que sean suficientes para subsanar el déficit inicial. La vulneración indirecta se deriva del reconocimiento -sin condiciones- de una resolución judicial extranjera dictada en vulneración “directa” de un derecho fundamental⁵¹. Hasta el caso Melloni, el TC consideró que no había, en ese momento, nada en el Derecho de la Unión que le impidiera la aplicación a la euroorden de la doctrina del contenido absoluto de los

⁴⁹ Es preciso recordar que, en el apartado 58 de la sentencia Taricco, se consideró que las disposiciones nacionales controvertidas podían ser contrarias a las obligaciones que el artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, impone al Estado miembro de que se trate, en el supuesto de que dichas disposiciones impidan imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión o establezcan en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate.

Son los párrafos 41 y 42 de la STJUE de 2 de diciembre de 2017, M.A.S., en los que el TJ declara que: Incumbe principalmente al legislador nacional establecer reglas de prescripción que permitan cumplir con las obligaciones que resultan del artículo 325 TFUE, a la luz de las consideraciones expuestas por el Tribunal de Justicia en el mencionado apartado 58 de la sentencia Taricco. Corresponde, en efecto, al citado legislador garantizar que el régimen nacional de prescripción en materia penal no conduzca a la impunidad de un número considerable de casos de fraude grave en materia de IVA o no sea, para las personas acusadas, más severo en casos de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate que en los que afecten a los intereses financieros de la Unión.

⁵⁰ Véanse SSTEDH, sentencias de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia*, § 29; de 7 de febrero de 2002, *E.K. c. Turquía*, § 51; de 29 de marzo de 2006, *Achour c. Francia*, § 41, y de 20 de septiembre de 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, §§ 567 a 570.

⁵¹ SSTC, 30/2006 (ECLI:ES:TC:2006:30; MP: Ramón Rodríguez Arribas), 177/2006 (ECLI:ES:TC:2006:177; MP: Eugeni Gay Montalvo) y 199/2009 (ECLI:ES:TC:2009:199; MP: Manuel Aragón Reyes).

derechos fundamentales. Pero en el momento temporal en que se presenta el asunto Melloni, el marco jurídico de la orden de detención y entrega europea había cambiado con la aprobación de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Esta norma, en aras a limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, excluye expresamente la posibilidad de denegar la entrega cuando se tenga conocimiento de que el imputado conocía la causa o hubiera dado mandato a Letrado, que actuara en su defensa. La imposibilidad de una interpretación conforme de nuestra jurisprudencia constitucional con el art. 4 bis de la Decisión Marco 2009/299 era palmaria, pues mientras ésta última excluía expresamente la posibilidad de denegar la entrega cuando se tenga conocimiento de que el imputado conocía la causa o hubiera dado mandato a Letrado de que actuara en su defensa, la jurisprudencia constitucional hacía de la presencia del imputado una garantía esencial del proceso que, de no ser respetada, lesionaba el contenido absoluto del derecho a un juicio justo. Dando un paso más, la STC 91/2000 había declarado que la entrega de un condenado que en otro Estado hubiera sido juzgado en ausencia vulneraba indirectamente el mismo derecho fundamental.

En efecto, el artículo 4 bis, apartado 1 a) de la Decisión marco 2002/584/JAI⁵² prevé sobre ese particular que, cuando esta persona tuvo conocimiento de la celebración prevista del juicio y dio mandato a letrado para que le representara y defendiera en aquél, la entrega no puede someterse a una condición de esa clase. En este contexto, el TC solicitó la interpretación y cuestiona la validez del artículo 4 bis de la DM; e instó al TJ a precisar -por primera vez- el alcance del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵³, que dispone que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por .../... las Constituciones de los Estados miembros”. Conviene añadir que el TC español aunó ciertas razones para iniciar el diálogo con Luxemburgo⁵⁴. Por un lado, era consciente de que con la jurisprudencia del TEDH en la mano no se produce una vulneración del derecho de defensa si la falta de presencia en un juicio del condenado es voluntaria y éste ha sido defendido de forma efectiva en el proceso por un abogado⁵⁵. En este sentido, el TC español se

⁵² A partir de ahora DM 2002/584. El artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584 tiene su origen en la modificación de dicha Decisión que lleva a cabo la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

⁵³ En lo sucesivo Carta.

⁵⁴ ARROYO JIMÉNEZ justifica con acierto la remisión prejudicial del TC y explica cómo el Tribunal rechaza la negativa del Ministerio Fiscal para la interposición de la cuestión porque entendía la no aplicación *ratione temporis* de la DM 2009/299 al recurso de amparo que la origina. Véase, ARROYO JIMÉNEZ (2011), “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional, bases, contenido y consecuencias”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4.

⁵⁵ En relación con la jurisprudencia del TEDH relativa a la incomparecencia del imputado, PÉREZ MANZANO ha llamado la atención sobre el hecho de que tampoco la DM 2002/584 se adecuaba realmente a la jurisprudencia de Estrasburgo. La autora observa bien que el estándar de protección del TEDH es más protector que el de la UE. Véase PÉREZ MANZANO (2012), “El Tribunal Constitucional ante la tutela de multinivel de derechos fundamentales en Europa”, *REDC*, núm. 95, págs. 311 y ss.

sentía aislado en su interpretación de las garantías del proceso pero, lo que es más grave, se había producido en su interior una división interna en relación con el mantenimiento de la doctrina de las vulneraciones indirectas en una Europa unida e integrada⁵⁶. Por otro, se trataba de una cuestión –la incomparecencia del imputado en un proceso penal–, en que las situaciones pueden ser muchas y los matices que derivan de cada una de ellas también⁵⁷; y siendo la primera vez que surgía claro el conflicto del TC con el TJ en relación con el nivel de protección de un derecho fundamental, el TC inicia el alejamiento de la vieja doctrina que predicaba la no pertenencia del Derecho de la Unión al canon de constitucionalidad y declara que el ordenamiento de la Unión puede ser uno de los elementos a tener en cuenta para elaborar aquél⁵⁸. La interposición de la cuestión prejudicial ha sido, en términos generales, bien recibida por la doctrina española, aunque no puede decirse que suscitara unanimidad⁵⁹; ciertos sectores, han declarado que no era el caso, precisamente por ser una cuestión de matiz, en la que el TC no estaba avalado por la doctrina del TEDH. Personalmente, soy de la opinión contraria y creo que, precisamente por ser una cuestión de matiz, *Melloni* se convertía en “el caso”. Cuestión distinta, es que el TJ no haya dado el juego que en el TC español deseaba, no tanto para sí mismo, sino en beneficio general del diálogo europeo en materia de derechos fundamentales. Como ha dicho ANDRÉS, el ATC 86/2011 era un texto bien estructurado y cuidado en su contenido, con abundantes citas de la jurisprudencia tanto clásica como reciente del TEDH y del TJUE⁶⁰ y resultaba, por ello, un buen punto de partida.

El 2 octubre 2012, el Abogado General⁶¹, M. Yves Bot, hizo públicas sus conclusiones en el asunto *Melloni*, conclusiones que fueron en términos generales bien recibidas. Sobre si el artículo 4 bis, apartado 1 a) de la DM permitía a la autoridad nacional de ejecución condicionar la orden de entrega a la condición de que la persona afectada tuviera derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión, el AG respondió de forma tajante que no compartía la visión expuesta por el TC español. El AG declara que la modificación de la DM 2002/584 quería subsanar la falta de equilibrio entre los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal y el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros, pues existía mucha incertidumbre respecto de cuándo podría de negarse la ejecución y ello reducía la eficacia del mecanismo, siendo necesario definir motivos comunes claros de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del

⁵⁶ Véase voto particular del magistrado Pablo Pérez Tremps en la STC 199/2009, 28.9.2009 (ECLI:ES:TC:2009:199; MP: Manuel Aragón Reyes).

⁵⁷ Véase PÉREZ MANZANO (2012), pág. 324.

⁵⁸ En este sentido y coincido con ella, véase ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA (2005), “Un nuevo paso del diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial”, en *Homenaje a D. RUIZ JARABO*, CGPJ y Universidad Carlos III, Madrid, 2012, págs. 191 y ss.

⁵⁹ En relación con el ATC 86/2011, 9.6.2011, que planteaba la cuestión prejudicial al TJ véase también REVENGA (2012), “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia”, REDE, núm. 41, págs. 135 y ss. Para un análisis más global sobre el marco de las relaciones entre el Derecho de la Unión y las Constituciones nacionales, véase DIEZ-HOCHLEITNER (2013), “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, en CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES (Ed.), *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, págs. 57-130.

⁶⁰ Véase ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA (2005), pág. 193

⁶¹ A partir de ahora AG.

imputado⁶². En realidad, el AG hace girar toda su argumentación para la interpretación del artículo 4 bis, apartado 1 a) en torno al objetivo que perseguía el acto normativo de la Unión, a saber, eliminar la facultad de la autoridad judicial de los Estados miembros para denegar la ejecución de la orden europea de detención y determinar los supuestos en que la entrega era obligada e incondicional, pues condicionarla a un nuevo juicio equivaldría, en muchos casos, a denegar la ejecución. Parece deducirse que, a juicio del AG, es el objetivo el que justifica el alcance y/o la intensidad de la acción.

El 26 febrero de 2013, el TJUE dictaba sentencia en el asunto Melloni⁶³, pretendiendo dar respuesta a la petición prejudicial del TC al TJ. El TJ declaró que el artículo 4 bis, apartado 1 a) de la DM 2002/584 debe interpretarse en el sentido de que no permite que la autoridad judicial de ejecución de una orden de detención europea que pretende el cumplimiento de una pena, someta dicha ejecución a la condición de un nuevo juicio⁶⁴. El TJ se ha apoyado en el objetivo de la acción: la orden europea de detención tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembros por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas que se basa, esencialmente, en el principio de reconocimiento mutuo. Para el TJ, la DM había pretendido establecer un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal -al objeto de facilitar y acelerar la consecución de un espacio de libertad y seguridad y justicia- basándose en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros y, desde ese prisma, debe interpretarse el artículo 4 bis, apartado 1, de la DM. El TJ añade que si, a este objeto, el precepto prevé cuatro excepciones a la facultad de denegar la entrega cuando el imputado no compareció, esta enumeración exhaustiva es incompatible con el mantenimiento de la facultad de condicionar la entrega (pagr. 44). Para el TJ, el órgano judicial nacional únicamente puede supeditar la ejecución de una orden de detención europea a los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Decisión marco⁶⁵. Cómo se ha visto, el TJ recoge la idea del objetivo de la acción de la Unión, pero es muy escueto en la argumentación y no alcanza a explicar el resultado que puede deducirse: es el objetivo de la acción el que impone la necesidad de la definición común de este aspecto concreto del derecho de defensa que lleva a cabo el artículo 4 bis 1 a) de la DM.

Más escasa aún ha sido su respuesta y argumentación en relación con la validez del artículo 4 bis de la DM 2002/584, pues el TJ declara que la interpretación realizada es conforme con el contenido del derecho de defensa establecido en la Carta, en concreto los artículos 47 y 48, apartado dos. Como motivación para sostener su validez manifiesta únicamente que es la misma interpretación que el TEDH ha dado a los derechos garantizados en el artículo 6, apartados 1 y 3 del CEDH, además de que la armonización de las condiciones de ejecución de las órdenes de detención europea realizada por la DM 2009/299 tiende -como se pone de relieve en el propio

⁶² Considerando cuarto de la DM 2009/299 y párrafos 67 a 70 se las conclusiones.

⁶³ STJUE, 26.2.2013, asunto Melloni (C- 399/11).

⁶⁴ Párrafo 35.

⁶⁵ Los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Decisión marco 2002/584, fueron analizados por el TJ en su STJUE, 29.1.2013, asunto Radu (C-396/2011, pagr. 33).

artículo 1-, a reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal⁶⁶.

Finalmente, el TJ se pronuncia a favor de la compatibilidad del art. 4 bis así entendido con el artículo 53 de la Carta y declara que el artículo 53 de la Carta no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía, a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, con fundamento en evitar una vulneración de su Constitución⁶⁷. El problema de este pronunciamiento, no es el fondo del mismo -pese a que esta interpretación implicaba una reducción del nivel de protección de las garantías del proceso establecido para el TC español-, sino el corto camino que el TJ recorre para llegar hasta él. Así, el TJ se limita a afirmar que el principio de primacía del Derecho de la Unión es una característica esencial del ordenamiento jurídico europeo y, dicho principio, implica que el Estado miembro no puede invocar las disposiciones de derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, para afectar la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado. A continuación, el TJ declara “es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, pero esa aplicación no puede afectar al nivel de protección previsto por la Carta, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión⁶⁸; para continuar recordando que, en el presente caso, el artículo 4 bis de la DM no reclama medidas nacionales de ejecución y, por tanto, no atribuye a los Estados miembros la facultad de denegar la ejecución en aplicación de los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales. Aunque por todos conocido, conviene advertir que el artículo 53 de la Carta sólo dice “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por .../... las Constituciones de los Estados miembros”. En los tres párrafos siguientes el TJ retoma el objetivo de la acción y afirma que la modificación de la DM 2009/299 trataba de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas sin la comparecencia del imputado, derivadas de la existencia en los Estados miembros de diferencias en la protección de los derechos fundamentales y que la armonización realizada no hace sino reflejar el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto, por lo que permitir condicionar la entrega, conduciría a poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales y contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo que la Decisión marco pretende reforzar, además de comprometer su efectividad⁶⁹. El TJ sorprendió por dictar una resolución judicial escasamente argumentada y carente -en mucha medida- de matices útiles para conflictos de futuro. La posición adoptada no es lo relevante. Era claro que el valor en juego era una cuestión de matiz, así como que su posición no estaba apoyada por las tradiciones constitucionales de otros Estados miembros, como ya reflejaba la jurisprudencia de Estrasburgo. Pero es que el *leivo motiv* de la interposición de la cuestión prejudicial del TC fue la búsqueda de

⁶⁶ Parágrafos 50 a 53 de la sentencia. Es importante señalar que el TJ se apoya en la jurisprudencia del TEDH para determinar el nivel de protección de un derecho fundamental en un sentido restrictivo del derecho, es decir, reduciendo garantías.

⁶⁷ Parágrafo 64 de la sentencia Melloni.

⁶⁸ Parágrafos 59 y 60 de la sentencia Melloni.

⁶⁹ Parágrafos 62 y 63 de la sentencia Melloni.

los términos de relación de los Tribunales Constitucionales con el TJUE en materia de derechos fundamentales y, en su respuesta, el TJ no quiso dibujar todos los contornos de esa relación.

Lo cierto es que tenía magníficos mimbres para enriquecer su propia jurisprudencia - especialmente en relación con los artículos 51 a 53 de la Carta-, tanto en el propio ATC 86/2011, de interposición de la cuestión prejudicial, como en las conclusiones del Abogado General, M. Ives Bot. Pero sobre todo, como acertadamente pone de relieve DIEZ HOCHLEITNER⁷⁰, el TJ ya tenía una aproximación a la posición adoptada en su jurisprudencia anterior, pues ya en 1989, en el asunto *Hoescht*, el TJ defendió que, cuando no son necesarias soluciones uniformes en la Unión, la Unión está obligada al respeto de los niveles de protección dispuestos en el derecho nacional⁷¹ en el ámbito de los derechos fundamentales. El autor deduce de ésta jurisprudencia una interesante perspectiva competencial, afirmando que corresponde al TJ determinar si nivel de protección ofrecido por el acto cuya validez se cuestiona es adecuado, teniendo en cuenta los objetivos que persigue la acción de la Unión, lo que implica partir de las competencias armonizadoras que la UE está ejerciendo, que son muy pocas en el caso de armonización en materia de derechos fundamentales y, normalmente, sólo permiten adoptar normas de mínimos. El autor vincula así la determinación del nivel de protección de un derecho fundamental en la Unión Europea al ejercicio de competencias de la Unión y afirma que, de la colisión entre el Derecho de la Unión y los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones nacionales el TJ ha conocido en múltiples ocasiones, cuando ha llevado a cabo un control de conformidad de las normas nacionales con el Derecho de la Unión y, en particular, con las libertades básicas del mercado interior. En esa jurisprudencia el TJ ha admitido que el Estado miembro defina el nivel de protección del derecho fundamental y restrinja la libertad comunitaria, siempre que la restricción responda a un fin legítimo pero, sobre todo, en la medida en que el TJ estima que no es necesaria una medida que establezca una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades del nivel de protección del derecho fundamental considerado⁷². Así las cosas, partiendo de la no necesidad de una concepción compartida en el conjunto de los Estados miembros del nivel de protección de un derecho fundamental, el TJ admite el Estado miembro tiene margen de maniobra para disponer una medida restrictiva a las libertades comunitarias si tiene como finalidad la protección del derecho fundamental y la medida es proporcional al fin que persigue, lo que implicará su conformidad con el Derecho de la Unión. En esta línea, el autor analiza sentencias como el asunto *Omega*, el asunto *Schmidberger*, o *Winner Wetten*⁷³; en todas ellas el TJ realiza una ponderación entre dos valores en juego: por un lado, una libertad comunitaria y por otro, el nivel de protección del derecho fundamental determinado por el derecho nacional que ejecuta Derecho de la Unión. Interesante es añadir la STJ *Mangold*, pues el TJ, aun admitiendo el margen de maniobra del Estado miembro, entendió que el legislador nacional había vulnerado el principio de no discriminación, al emplear la edad

⁷⁰ DIEZ-HOCHLEITNER (2013), "El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?", en CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES (Ed.), *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, pág. 126.

⁷¹ STJUE, 21.9.1989, asunto *Hoescht* (C-46/87 y 227/88).

⁷² STJUE, 14.2.2008, asunto *Dynamic Medien* (C- 244/06, pagr. 36 y ss).

⁷³ SSTJUE, 12.6.2003, asunto *Schmidberger* (C-112/00, pagr. 65 y ss.); 14.10.2004, asunto *Omega* (C-36/02, pagr. 37 y ss.); y 8.9.2010, *Winner Wetten* (C-409/06, pagr. 60).

del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se hubiera demostrado que la fijación de un límite de edad como tal fuera objetivamente necesario para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, pues excedía de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido, no resultaba proporcional y al no conciliar el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido, vulneraba el principio de no discriminación por razón de la edad. Buen ejemplo esta sentencia de un acto del Derecho de la Unión que requiere medidas nacionales para su ejecución, en el que las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, pero esa aplicación no puede afectar al nivel de protección previsto por la Carta, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión.

La ejecución del pronunciamiento del TJUE llegó de la mano de la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014, de 13 febrero. ALONSO ha afirmado que los límites al desplazamiento de los estándares de la Carta por otros estándares superiores con origen en los ordenamientos nacionales operan de manera distinta según que exista margen de maniobra de los Estados miembros para la aplicación del derecho de la Unión o que deban actuar en términos reglados⁷⁴. Para el autor, si existe margen de maniobra cabe un desplazamiento de la Carta por los eventuales niveles de protección nacionales, siempre que no se afecte a la unidad y a la coherencia del sistema -a la esencia de la Unión-, lo que son exigencias distintas y más intensas de las que derivan del llamado "efecto útil" del ordenamiento europeo. Si los Estados miembros carecen de todo margen de maniobra, no ha lugar a desplazamiento alguno de la Carta, salvo que entre en juego la cláusula de la identidad nacional del art. 4.2 TUE. A juicio de ALONSO, acercarse desde otra perspectiva al problema y entender que los límites son los que derivarían del propio margen de maniobra, implicaría, en su opinión, un "ninguneo del discurso de los derechos fundamentales", que quedaría sometido hasta sus últimas consecuencias al análisis común practicable ante cualquier acción interior llevada a cabo en un contexto de margen de maniobra. En definitiva, defiende que el parámetro "efecto útil" debe ceder espacio a un discurso propio y *sui generis* de los derechos fundamentales: al abordar los posibles desplazamientos de los estándares de la Carta por superiores estándares nacionales; la lógica de los derechos fundamentales debe imponerse a un discurso cimentado en la pura efectividad. De no seguir tales derroteros, augura un renacimiento, desde los tribunales constitucionales de los Estados miembros, de la doctrina de los contra-límites al derecho de la Unión elaborada en Italia y en Alemania en la década de los setenta del siglo pasado. Sin embargo, a juicio de HUELIN⁷⁵, la visión que parece desprenderse de la STC 26/2014, de 13 de febrero, que desestima el recurso de amparo interpuesto por el Sr. Melloni es, sin embargo, mucho más plana, pues el TC se sitúa en un escenario en el que, simplemente, la autoridad nacional carecía de margen de maniobra. Lo cierto es que ni una cosa ni otra figuran expresadas en la STC 26/2014. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional fundamenta su decisión en elementos muy básicos.

⁷⁴ Véase ALONSO GARCÍA (2014), *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Discurso para la recepción pública como académico de número publicado por la Real Academia de jurisprudencia y Legislación, Madrid.

⁷⁵ HUELIN MARTINEZ DE VELASCO (2014), *La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014 (Melloni)*, Revista de Jurisprudencia, número 1, el 1 de julio.

Muy lejos de márgenes de maniobra, de efectos útiles y otras cuestiones competenciales o del enfoque funcional de los derechos fundamentales del TJ, el TC ha echado mano de las obligaciones que para él se derivan del art. 10.2 y ha procedido a reducir el estándar de protección en el recurso debatido, por el simple argumento de que a ello le obligaban los tratados internacionales de los que España es parte⁷⁶. En este contexto, el TC declara finalmente que “Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, el Tribunal Constitucional revisa su doctrina sobre el particular, establecida desde la STC 91/2000, y dispone que no contradice el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías «la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por letrado designado”⁷⁷. Curiosamente, sin perjuicio de que el razonamiento se ajusta al art. 10.2 CE, lo cierto es que no cita el precepto, a nuestro entender con la clara intención de no evidenciar que su argumento estaba muy lejos de la primacía y el juego de criterios de relación entre el ordenamiento de la Unión y el derecho español.

Evaluando este pronunciamiento, MARTIN⁷⁸ afirma que, sin obviar la necesidad que tenía el TC de dar cabal cumplimiento a la Sentencia Melloni del TJ, entiende que tal cumplimiento no debía limitarse a la incorporación nacional directa de los DFUE, sino muy al contrario, era la oportunidad del TC para enjaretar un sólido pronunciamiento acorde con la entidad de lo que se discutía y se debía trasladar: la preocupación de un Tribunal Constitucional porque la rebaja del nivel de garantías constitucionales de un derecho fundamental de un Estado miembro de la Unión esté absoluta y plenamente justificada. El autor encuentra consuelo en que, al menos, la STC 26/2014 dice tan poco, que no impedirá futuros pronunciamientos y desarrollos más acordes con lo que a nuestro TC es exigible en materia de integración europea. En eso tiene razón. Esa es, sin duda, su mayor virtud.

3.4. La prohibición de tratos inhumanos o degradantes

Se trata de dos cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por el Tribunal Superior Regional civil y penal de Bremen (Alemania) ante el TJUE en procedimientos relativos a ejecución de órdenes de detención europeas emitidas contra los Sres. Aranyosi y Caldararu⁷⁹.

⁷⁶ El TC procede al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la indefensión y la condena en ausencia y la del Tribunal de Justicia de la Unión en la misma materia y concluye en que para ambas instancias judiciales no se genera indefensión, en aquellos casos en los que, habiendo mediado una condena en ausencia, (i) el interesado renunció de manera inequívoca a su derecho a comparecer, (ii) el interesado había sido informado de la fecha y del lugar del juicio no compareció o, (iii) pese a no estar presente, fue efectivamente defendido por un letrado al que confirió mandato

⁷⁷ La posición del Pleno del Tribunal fue unánime en el sentido de desestimar la pretensión de amparo pero, sin embargo, se formularon tres votos particulares concurrentes, que discrepan del discurso empleado por la mayoría: las magistradas Asua Batarrita y Roca Trías y el Magistrado Ollero Tassara.

⁷⁸ También excelente trabajo en relación con esta sentencia es el realizado por MARTIN RODRIGUEZ (2014), “Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni”, RDCE, núm. 48, mayo-agosto.

⁷⁹ STJUE, 5.4.2016, asuntos C- 404/15 y 659/15, Asuntos Paul Aranyosi y Robert Caldararu. En relación con esta sentencia no ha habido excesivo tratamiento doctrinal, véase: MUÑOZ MORALES (2017), “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de

Los litigios principales que dan lugar a las órdenes de detención recibidas en el Tribunal de Bremen tienen su origen en tribunales de Estados miembros distintos de la UE. El Sr. Aranyosi es reclamado por Hungría, Estado del que es nacional, y el Sr. Caldararu es reclamado por Rumanía.

Por lo que se refiere al Sr. Aranyosi, fue el Juzgado de instrucción de Miskolc el que dictó dos órdenes de búsqueda, en noviembre y diciembre de 2014 para ejercer acciones penales contra él en Hungría. Era buscado por allanamiento de vivienda y robo por un valor de 4000 euros aproximadamente. Fue detenido en Bremen en virtud de una descripción introducida en el SIS y compareció ese mismo día ante el juzgado de instrucción de Bremen. Negó los hechos de que se le acusaba, así como su consentimiento a la entrega. Alegó residir en Alemania con mujer e hijo. El Ministerio Fiscal de Bremen solicitó al tribunal requirente que explicitará en qué centro de internamiento iba a recluírse al Sr. Aranyosi a su entrega, pues ciertos establecimientos penitenciarios de Hungría no cumplían las normas mínimas europeas. El Ministerio Fiscal de Miskolc (Hungría) respondió que, en el caso, no era necesaria ni prisión provisional ni petición de pena privativa de libertad. Añadía que, en todo caso, la decisión de la infracción y la sanción era del juez y recordó que las leyes húngaras establecían para el procedimiento penal las garantías equivalentes a los valores europeos.

Ante esa respuesta el Ministerio fiscal de Bremen declaró lícita la entrega, pues pese a la imprecisión de la respuesta, no había indicios concretos de que el encausado pudiera ser sometido a malos tratos en caso de que fuera entregado. Frente a ello, el abogado del encausado solicitó la desestimación de la entrega porque no se habían comprobado las condiciones de reclusión. El Tribunal receptor tiene dudas sobre si no existen indicios fundados para declarar ilícita la entrega, pues en casos recientes el TEDH había dictado una sentencia piloto condenando a Hungría por vulneración del artículo 3 del CEDH, ya que la sobrepoblación carcelaria de las prisiones de este país generaba una situación a los presos que, a juicio del TEDH, vulneraba el art. 3 del CEDH. El Tribunal también señala la existencia de un informe del Comité Europeo para la prevención de la tortura en el que se afirma que las condiciones de las cárceles de Hungría no cumplen las normas mínimas de Derecho Internacional.

Por lo que se refiere al Sr. Caldararu, se trata de un nacional rumano condenado por un Tribunal de Primera instancia de Fagaras a una pena privativa de libertad de un año y ocho meses y dictó una orden europea de detención y la correspondiente descripción del condenado en el sistema de información Shengen. El Sr. Cardararu fue detenido en Bremen el 8 de noviembre de 2015 e ingresó en prisión. Como en el caso Aranyosi, el Ministerio Fiscal solicitó que se declarase lícita la entrega del Sr. Caldararu a las autoridades rumanas pues, además, el Tribunal de Fagaras no estaba en condiciones de indicar en qué establecimiento penitenciario habría de ser encarcelado el

reconocimiento mutuo”, *InDret*, enero; OLLE SESÉ y GIMBERNAT DIAZ (2016), “Orden Europea de Detención y Entrega y tratos inhumanos o degradantes. STJUE de 5 de abril de 2016, C-404/ 15 y C-659/ 15 PPU: Aranyosi y Caldararu”, en: *La Ley digital, La Ley Unión Europea*, número 40, 30 septiembre, año IV.

Sr. Caldararu en Rumanía. Pese a la petición del Ministerio Fiscal, el Tribunal receptor está convencido que existen indicios fundados de que si entrega, el Sr. Caldararu podría verse sometido a condiciones de reclusión contrarias al art. 3 del CEDH, a los derechos fundamentales y a los principios generales del Derecho consagrados en el artículo 6 TUE. En esta dirección, apunta que en varias sentencias pronunciadas el 2 de junio de 2014 el TEDH condenó a Rumanía debido a la sobrepoblación carcelaria.

En ambos casos, el órgano judicial concluye en que no está en condiciones de pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la entrega e interpone cuestión prejudicial. El problema jurídico que se plantea en los dos asuntos es que la Decisión Marco afirma que los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con sus disposiciones -art. 1.2 DM-, pero declara en el apartado 3 del mismo artículo 1, que ello no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea⁸⁰. En estas circunstancias, el órgano judicial plantea al TJUE si, ante un caso en que haya razones más que fundadas para entender que la entrega provocará una vulneración de un derecho fundamental -por tanto, un incumplimiento de las obligaciones del art. 6 TUE-, el artículo 1 en su apartado 3 se constituye como fundamento para negar la entrega y evitar así la vulneración de un derecho fundamental o, en cambio, la forma de impedir la vulneración del art. 6 TUE es imponer garantías adicionales al Estado emisor? Caso de que la respuesta se dirija hacia las garantías adicionales, el órgano judicial formula una segunda pregunta relativa a quién es el órgano competente para otorgar las garantías exigidas por el órgano judicial ejecutor de la orden europea de detención, pues, con una buena lógica, tiene dudas de que la capacidad del órgano emisor por falta de competencia sobre los órganos que deben garantizar el respeto a los derechos fundamentales⁸¹.

El Tribunal⁸² dictó sentencia el 5 de abril de 2016. Se trata de un pronunciamiento extremadamente relevante que, desde mi punto de vista confirma un cambio de actitud del TJUE frente al TEDH después del aldabonazo que el TEDH sufrió con el dictamen 2/13 del TJUE. La

⁸⁰ Las cuestiones que plantea el órgano judicial emisor son exactamente las siguientes: 1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, de la [Decisión Marco] en el sentido de que es improcedente una [entrega] a efectos del ejercicio de acciones penales en caso de que existan razones de peso para creer que las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor vulneran los derechos fundamentales de la persona interesada y los principios generales del Derecho recogidos en el artículo 6 TUE, o debe interpretarse en el sentido de que en dichos casos el Estado miembro de ejecución puede o debe condicionar su decisión sobre la procedencia de la entrega a la constitución de garantías relativas al cumplimiento de las condiciones de reclusión? ¿El Estado miembro de ejecución puede o debe formular a tal efecto requisitos mínimos concretos aplicables a las condiciones de reclusión que se han de garantizar?; 2) ¿Deben interpretarse los artículos 5 y 6, apartado 1, de la [Decisión Marco] en el sentido de que la autoridad judicial emisora también ostenta la facultad de constituir garantías relativas al cumplimiento de las condiciones de reclusión o se mantiene, a tal efecto, el orden competencial interno del Estado miembro emisor? STJUE de 5 de abril 2016, parágrafo 46.

⁸¹ El órgano judicial ejecutor se plantea cuál es la capacidad del órgano judicial emisor de la orden de detención para disponer garantías respecto de organismos del Estado que no están bajo su competencias, como puede ser las instituciones penitenciarias.

⁸² El 16 de diciembre de 2015, la Sala Tercera del Tribunal de Justicia decidió atribuir el asunto C-659/15 PPU (Caldararu) a la Gran Sala y unirlo, por razón de su conexidad, confirmada durante la vista oral, al C-404/15 (Aranyosi) a efectos de la sentencia.

sentencia comienza recordando que la Decisión Marco es un mecanismo que tiene como finalidad facilitar y acelerar la cooperación judicial y se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo que, a su vez, descansa en la confianza recíproca⁸³. Para el TJ ello supone que entre los Estados miembros se impone la siguiente dinámica: uno, todos los ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales y dos, el principio de confianza recíproca obliga a que consideren que, salvo en circunstancias muy excepcionales, todos los Estados miembros de la Unión respetan los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para el Tribunal de Justicia, esos son los fundamentos para que los Estados miembros de la UE estén siempre obligados a ejecutar una orden de detención europea –pues no debe suponer un problema de vulneración de derechos fundamentales- y, únicamente podrán denegar la ejecución si se encuentran en uno de los supuestos del artículo 3, 4 y 4 bis, previstos en la propia Decisión marco.

A continuación, el TJ lleva a cabo la mayor aportación de esta Sentencia: más allá de las excepciones a la entrega que prevén los artículos 3, 4 y 4bis de la Decisión marco, el apartado 3 del artículo 1 de la DM, podría llegar a constituirse como otra causa de denegación de una orden de detención⁸⁴, en la medida en que dispone que *la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros no podrán tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como se hayan consagrados, en particular, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁸⁵. Para el TJ, ejemplo de esta afirmación es el caso que le ocupa, en el que la ejecución de la orden de entrega recibida por el Tribunal de Bremen, podría suponer una vulneración del artículo 4 de la CDFUE -prohibición de las penas o los malos tratos inhumanos o degradantes-, en la medida en que no se pueden garantizar las condiciones humanas que los reclamados van tener, en los centros penitenciarios del Estado emisor de la orden de detención. El TJ señala que la prohibición del artículo 4 CDFUE tiene carácter absoluto, ya que es indisociable del respeto a la dignidad humana recogido en el artículo 1 CDFUE, lo que queda confirmado, a su parecer, porque el derecho garantizado en el artículo 4 de la Carta es identificable al artículo 3 del CEDH y, en la medida en que el artículo 15 del CEDH niega la posibilidad de derogación alguna del artículo 3, le confiere, igualmente, carácter absoluto. En definitiva, para el TJ, la combinación de los artículos 1 y 4 de la Carta consagran uno de los valores fundamentales de la Unión y de sus Estados miembros, cuyo cumplimiento no admite excepciones.

Alcanzada esta conclusión, el TJ se inicia en el camino de fijar los requisitos para que pueda jugar la excepción del artículo 1 en su apartado 3 y los concreta en: 1) existencia de un riesgo real de

⁸³ Parámetros 74 y ss.

⁸⁴ Parágrafo 83 STJUE, 5.4.2016.

⁸⁵ En esta dirección, el Tribunal de Justicia justifica su actuación recalando que el considerando 10 de la propia Decisión marco dispone que la aplicación del mecanismo de la Orden de Detención Europea como tal sólo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente por uno de los Estados miembros de los principios contemplados en el artículo 6.1 TUE, violación constatada por el Consejo en aplicación del apartado 1 del artículo 7 del mismo Tratado de la Unión Europea y con las consecuencias previstas en el apartado dos del mismo artículo.

vulneración de un derecho fundamental evaluado conforme elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados; 2) una vez constatada la existencia tal riesgo real sobre la base de elementos objetivos, la autoridad judicial del Estado ejecutante debe comprobar que existen razones para concluir que ese riesgo real lo corre la persona reclamada, pues, a su juicio, la constatación de un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones generales de reclusión en el Estado miembro emisor, supone admitir la existencia de elementos que acreditan deficiencias sistémicas o generalizadas, que afectan a ciertos grupos de personas, pero no implica necesariamente que, en cada caso concreto, la persona de que se trate vaya a sufrir un trato inhumano o degradante en el supuesto de que sea entregada. En definitiva, la existencia de un riesgo real de vulneración de un derecho fundamental en un Estado miembro requiere, además, que se identifique ese riesgo real en la persona reclamada pues, de lo contrario, ese riesgo real no es suficiente, por si solo, para denegar la ejecución de una orden de detención y entrega.

En la aplicación de estos requisitos al caso concreto, el TJ señala que, en el presente caso, los datos sobre las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor, demuestran la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afectan a ciertos grupos de personas en ciertos centros de reclusión. Para el TJ, estos elementos objetivos pueden encontrarse en diferentes fuentes, uno de ellos las resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias de tribunales nacionales de un Estado miembro o informes o documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del Sistema de Naciones Unidas, siendo el caso que le ocupa un supuesto en el que el Estado emisor de la orden de detención ha sido condenado por el TEDH por vulneración del art. 3 CEDH⁸⁶. Por lo que se refiere al segundo de los requisitos, el riesgo real para la persona reclamada, el Tribunal de Justicia declara que, a efectos de constatar que existe un riesgo real para el caso concreto, el órgano judicial deberá utilizar el artículo 15, apartado 2 de la Decisión marco, lo que implica: 1) la autoridad judicial ejecutante debe solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor toda la información complementaria necesaria sobre las condiciones de cumplimiento del derecho fundamental en juego, en este caso, sobre las condiciones de reclusión previstas para la persona reclamada; 2) la autoridad judicial ejecutante puede solicitar también, información sobre la existencia de posibles procedimientos nacionales de control de las condiciones de reclusión, incluyendo la petición de ayuda del órgano judicial emisor a otras autoridades nacionales encargadas de las condiciones de reclusión en el estado emisor; 3) lo debe solicitar de manera urgente y debe fijar un plazo para la recepción de la información solicitada a la autoridad judicial emisora, plazo que debe respetar los tiempos que establece el artículo 17 de la Decisión marco⁸⁷. El TJ concluye declarando que sí a la luz de la información facilitada con arreglo al artículo 15 de la Decisión marco, el órgano judicial llega a la conclusión de que si existe un riesgo real de que la persona reclamada sufra la vulneración de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, el órgano judicial nacional tiene la *obligación* de aplazar la ejecución de la orden de entrega, aunque

⁸⁶ Parágrafo 89 de la STJUE, 5.4.2016.

⁸⁷ El TJ señala que la autoridad judicial emisora está obligada a proporcionar a la autoridad judicial de ejecución toda la información solicitada. Parágrafos 94 a 97 de la STJUE, 5.4.2016.

no de abandonarla por completo⁸⁸. El TJ finaliza su fallo añadiendo que, si la existencia de ese riesgo real de vulneración de un derecho fundamental protegido por la Carta no puede excluirse en un plazo razonable de tiempo, la autoridad judicial de ejecución deberá, si así lo cree conveniente, poner fin al procedimiento de entrega⁸⁹.

La sentencia que acabamos de analizar ha llamado la atención porque ha sido la primera vez que el TJUE ha aceptado la posibilidad de inaplicar el principio de reconocimiento mutuo y negarse a ejecutar una orden europea de detención y entrega con fundamento, en el caso concreto, de un riesgo real de vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Carta -la prohibición de torturas y malos tratos o tratos inhumanos o degradantes, pero utilizando como medio de prueba para justificar la existencia de ese riesgo real la jurisprudencia del TEDH. En la misma línea que veíamos al tratar la prohibición del bis in ídem, es claro el cambio de actitud del TJUE en sus relaciones con los tribunales nacionales y el TEDH.

4. Conclusiones: un diálogo a tres bandas

1. Los asuntos Melloni y Akerberg nos hicieron pensar que todo lo que jugaba en el llamado diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales se reducía a una cuestión competencial y a la primacía del Derecho de la Unión. Cuando el objetivo de la acción exigía un nivel de armonización que dejaba a los Estados miembros sin margen de actuación y la competencia de la UE se había ejercido conforme a los principios de subsidiariedad y, sobre todo, de proporcionalidad, el nivel de protección del derecho fundamental lo marcaba la UE. A sensu contrario, cuando un acto del Derecho de la Unión requería medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, pero esa aplicación no podía afectar al nivel de protección previsto por la Carta, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión.

2. Los criterios de relación marcados en esas dos señeras sentencias se ha perfilado algo más, como se pone de manifiesto en los asuntos *Luca Menci*, *Puma y Zecca* y *Real Estate*, de 20 de marzo de 2018. A partir de este singular trío, determinar el nivel de protección de un derecho

⁸⁸ Por su parte, el Estado miembro de ejecución -no el órgano judicial - informará a Eurojust de los motivos de la demora en la ejecución de la orden de detención, en virtud de la obligación derivada del artículo 17 en su apartado 7. En relación con esto, el Tribunal de Justicia se cuestiona qué ocurre con la prisión provisional en la que se encuentra la persona reclamada y declara que, de conformidad con el artículo 6 de la Carta, el órgano judicial de ejecución sólo podrá mantener la privación de libertad si el procedimiento de ejecución de la orden de detención europea se ha llevado a cabo con la suficiente diligencia y la duración de la detención no es excesiva. En este sentido, la autoridad judicial debe tener en cuenta la exigencia de proporcionalidad enunciada en el artículo 52 de la carta, a la hora de limitar cualquier derecho o libertad. Si decide la puesta en libertad, debe tomar todas las medidas que considere necesarias para evitar la fuga y velar porque se sigan cumpliendo las condiciones materiales para su entrega efectiva que pueda ocurrir en un futuro próximo. Parágrafo 100 STJUE de 56 de abril 2016.

⁸⁹ OLLE SESE y GIMBERNAT (2016), “Orden Europea de Detención y Entrega y tratos inhumanos o degradantes”. Para el autor no está justificada la conclusión del procedimiento de entrega en dos fases, pues al tratarse del núcleo duro de los derechos fundamentales debería, solo la existencia de un riesgo real para la persona reclamada, dar lugar a la finalización de la orden de entrega.

fundamental y restringir su ámbito de aplicación puede llevarse a cabo, por parte del TJUE, no sólo porque así lo justifique el objetivo de la acción, sino porque lo imponga el interés general del art 52 de la Carta. Por lo demás, ese interés general puede hacer que la restricción del ámbito de aplicación de un derecho fundamental y la determinación del nivel de protección se lleve también a cabo en ámbitos en los que existe un margen de apreciación y se requieren medidas nacionales de aplicación. Como resultado de esta reciente jurisprudencia, los asuntos Melloni y Akerberg se incorporan al conjunto de la jurisprudencia del TJUE que, de forma progresiva, dispone los diversos criterios que pueden obligar a la UE a marcar el nivel de protección de un derecho fundamental.

3. Los asuntos Taricco y M.A.S. confirman la tendencia del TJUE de participar en determinar cuál es el nivel de protección de un derecho fundamental, sin perjuicio de que exista o no armonización total o el derecho de la Unión requiera medidas de ejecución. En ambos supuestos, el TJUE hace prevalecer los intereses financieros de la Unión frente a un posible conflicto con el principio de legalidad penal y, advierte, que de darse, debe ser resuelto por el legislador nacional, en la medida en que éste está obligado a adoptar los actos legislativos que requiera el cumplimiento de las obligaciones derivadas del DUE.

4. No obstante, elemento común a toda esta jurisprudencia, es que el nivel de protección del derecho fundamental en liza ya estaba marcado por TEDH. En esta línea de seguimiento por el TJUE de la jurisprudencia del TEDH, destacan los asuntos *Aranyosi y Caldaru*: ni los objetivos de la acción, ni el interés general del art. 52.1 CDFUE han impedido que el TJUE respete el nivel de protección marcado por el TEDH en materia de malos tratos. Por encima de los objetivos de la acción y del interés general que se describen de manera minuciosa y metódica tanto en la propia STJUE, de 5 de abril de 2016, como en los considerandos de la Decisión marco que regula la orden europea de detención y entrega, está el compromiso del art. 6 TUE.

5. Andando el tiempo, la jurisprudencia más reciente hace pensar que el TJUE aplaca sus fuerzas. Quizás la conciencia de la más que probable no adhesión al CEDH ejerza una influencia decisiva en su actitud. Pero sea lo que fuere lo que la motiva, en el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales en materia de derechos fundamentales, algo está cambiando. Desde mi punto de vista, los cambios más relevantes son dos. El primero de ellos hace referencia a que los órganos judiciales nacionales han iniciado, a través de la cuestión prejudicial, una relación con el TJUE en la que la jurisprudencia del TEDH está cada vez más presente, como se pone de manifiesto en los asuntos *Luca Menci*, *Puma y Zecca*, *Real Estate* y *Aranyosi y Caldaru*. Pareciera que quieren poner de manifiesto al TJUE que, aunque la UE no se adhiera al CEDH, los Estados miembros sí son parte de él y están vinculados por su jurisprudencia, debiendo el TJUE colaborar al cumplimiento de las obligaciones que de esa membresía para ellos se deriva y no al contrario. El segundo, es la respuesta del TJUE ante ese envite: el propio TJUE regala una actitud de respeto nada desdeñable al

TEDH.

5. Bibliografía

Ricardo ALONSO GARCIA (2014), *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.

Ricardo ALONSO GARCIA (2015), "Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictámen 2/13, de 18 de diciembre de 2014", *WP IDEIR*, núm. 26.

María Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA (2012), "Un nuevo paso del diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial", en *Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, CGPJ y Universidad Carlos III, Madrid, pp. 191-205.

Luis ARROYO JIMÉNEZ (2011), "Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional, bases, contenido y consecuencias", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2011.

Gregorio CAMARA VILLAR (2004), "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión y su valor en el Tratado Constitucional", *RDCE*, núm. 4, pág. 9.

Javier DIEZ-HOCHLEITNER (2015), "Comentarios al artículo 28", en María Paz ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, Javier DÍEZ-HOCHLEITNER y José MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales*, Madrid, págs. 509 y ss.

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ (2005), *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Joaquín HUELIN MARTINEZ DE VELASCO (2014), "La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014 (Melloni)", *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1.

José MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (2015), "El TJUE pierde el rumbo en el Dictámen 2/13. ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?", *RDCE*, núm. 52, septiembre-diciembre.

Pablo MARTIN RODRIGUEZ (2014), "Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni", *RDCE*, núm. 48, mayo-agosto.

Yolanda MARTÍNEZ MUÑOZ (2013), "La interpretación del principio del non bis in ídem en el Derecho de la Unión. Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de febrero de 2013", *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, núm. 4, págs. 21 y ss.

Jiří MALENOVSKY (2017), "L'agonie sans fin du principe de non invocabilité de droit interne", *RGDIP*, vol. 121.2, págs. 291 y ss.

Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2017), "Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2017.

Manuel OLLE SESÉ y Enrique GIMBERNAT DIAZ (2016), "Orden Europea de Detención y Entrega y tratos inhumanos o degradantes. STJUE de 5 de abril de 2016, C-404/ 15 y C-659/ 15 PPU: Aranyosi y Caldararu", *La Ley digital, La Ley Unión Europea*, núm. 40, 30 septiembre, año IV.

José Antonio PASTOR RIDRUEJO (2008), "La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y libertades Fundamentales", en José MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, pág. 151.

Mercedes PEREZ MANZANO (2012a), "The Spanish connection: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in ídem", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM 2018*.

Mercedes PEREZ MANZANO (2012b), "El Tribunal Constitucional ante la tutela de multinivel de derechos fundamentales en Europa"; Sobre el ATC 86/2011, *REDC*, núm. 95, 2012, págs. 311 y ss.

Mercedes PEREZ MANZANO (2016), "La prohibición de incurrir en bis in ídem, en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)", en Mercedes PEREZ MANZANO y José Antonio LASCURAIN SÁNCHEZ (Dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, págs. 149 y ss.

Argelia QUERALT (2007), "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, p. 443.

Juan Luís REQUEJO (1995), *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento*, Mc Graw-Hill.

Juan Luís REQUEJO (2018), "El futuro de un vértice jurisdiccional cada vez más complejo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)*, núm. 22.

Miguel REVENGA (2012), "Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia", *REDE*, núm. 41, págs. 135 y ss.

María RODRÍGUEZ-BEREIJO LEON (2016), "La STJUE en el asunto Taricco y otros y la aplicación extensiva del principio de efectividad en relación con la persecución del fraude en el IVA", *REDE*, núm. 58, págs. 171 y ss.

Alejandro SAIZ ARNAIZ (2009), "Artículo 10.2 CE", en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer y La Ley, Madrid, p. 193 y ss.

