

# APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA Y EN OTROS PAÍSES DE LA UE (DICIEMBRE 2010-DICIEMBRE 2011)

Antonio Lazari\*

Sumario: I. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. II. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

## I. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El juez tejedor es un sujeto complejo y perplejo. Ambos términos proceden etimológicamente de la raíz latina *plectere*, que significa entrelazar. En la epistemología de la complejidad, Morin explica que la interdependencia produce nudos, redes que pueden ser resueltos o irresueltos; los nudos irresueltos son *complexi*, los nexos de difícil solución son los *perplexi*<sup>1</sup>. Tal metáfora textil es significativamente empleada también por Ost para delinear los entornos de la red en la dialéctica jurídica. Sostiene Ost que la red ha sido «*[u]tilisé au XVIIe siècle pour désigner l'entrecroisement des fibres textiles ou végétales, il se référerait à une sorte de tissu de fil ou de soie. L'usage du terme évoque dès lors d'abord, à la lumière de ses origines, une métaphore textile, impliquant la présence d'un constitué de fils et de nœuds*»<sup>2</sup>.

El diálogo entre jueces, objeto principal de esta Crónica, se inserta de lleno en esta óptica textil-conceptual. Como en un cuento borgesiano, la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Constitucional español ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**Auto 86/2011, de 9.6.2011 (RTC 2011\86 auto; MP: Javier Delgado Barrio)**) cierra también el círculo de esta Crónica que empezó hace cinco años con el comentario de la igualmente relevante decisión de la misma corte DTC 1/2004, de 13.12.2004 (RTC 2004\256; MP: Vicente Conde Martín de Hijas). El dialogo judicial comporta no tanto la activación del cauce procedimental de las cuestiones prejudiciales, previsto por el actual art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>3</sup>, cuanto la posibilidad de establecer un paradigma dialéctico de intercambio de modelos jurídicos.

---

\* Profesor Contratado Doctor del Área de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

<sup>1</sup> *Ex multis*, cfr. E. Morin, *Introducción al Pensamiento Complejo*, Gedisa Editorial, 1990.

<sup>2</sup> F. Ost – M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002

<sup>3</sup> Melki, 189/10. Cfr. J. Komárek, *Federal Elements in the Community Judicial System—Building Coherency in the Community Legal Order*, en [2005] *Common Market Law Review* 9, 21.

«*Pas de doute, voilà le souverain, titulaire d'un pouvoir sans partage, qui irradie jusqu'aux confins les plus reculés de l'État. Son pouvoir est absolu, non pas tant au sens de tyrannique ou de totalitaire, mais en cela qu'il présuppose une perspective unique, monologique, qui détermine toute perception possible*»<sup>4</sup>. En esta decisión, como también en los votos particulares de los jueces Zapata y Pérez Tresp en un caso análogo **199/2009, de 28 de Septiembre**<sup>5</sup>, la *ratio decidendi* adoptada está impregnada de una visión dialógica del derecho. Es, por tanto, muy significativo que la primera cuestión de prejudicialidad acerca de la interpretación del derecho de la Unión Europea evidencie poderosos matices constitucionales.

*Prima facie*, el auto se basa en el ya analizado factor hermenéutico elaborado en base al principio de equivalencia respecto de los derechos fundamentales. No se trata de establecer prioridades jerárquicas, sino de determinar el parámetro jurídico variable que salvaguarde más adecuadamente los derechos fundamentales del ciudadano. En esta óptica no existe - ni hay espacio para que exista - un criterio jerárquico apriorísticamente superior a otro existente en el mismo sistema; aquí retumba aún la eco del método Solange, revisitado otrosí por la declaración 1/2004 por el propio Tribunal Constitucional, elaborado por las cortes constitucionales nacionales y metabolizado por el propio Tribunal de Justicia en el *arrêt* Kadi. Aquí se opera el entrelazamiento de cuerdas, constitucional y supranacional, del que hemos venido hablando a lo largo de esta Crónica y de asuntos tratados por las cortes nacionales y comunitaria. Esa impresión de *déjà vu* jurídico, en efecto, emerge cuando se llamen a colación los asuntos Kadi sobre la tutela judicial efectiva, la anterior decisión del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre (anteriormente 120/2008, 30/2006 y 292/2005) en materia de orden europea de detención y entrega ya analizada en una previa Crónica<sup>6</sup> y la reciente modificación de la Decisión Marco 2002/584/JAI por parte de la Decisión Marco 2009/299/JAI, amén de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión el asunto C-306/99, *IB*, donde la Corte Constitucional belga interpuso diversas cuestiones de interpretación y validez de las disposiciones de la Decisión Marco 2002/584/JAI, correspondiéndose alguna de ellas con las ahora planteadas por el Tribunal Constitucional de España<sup>7</sup>. El auto en objeto constituye, por tanto, un paradigma límpido del fenómeno de diálogo judicial, que puede asumir matices negativos, es decir de rechazo frontal a la conversación sistémica, pero que puede también (sin que tal dialéctica se interprete deterministamente en términos positivos) desembocar en un interacción conceptual entre ordenamientos y jueces de distintos sistemas.

---

<sup>4</sup> F. Ost – M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, ct., 3..

<sup>5</sup> Ya comentada en la Crónica n. 20/2010.

<sup>6</sup> A. Torres Pérez, *Euroorden y conflictos constitucionales: A propósito de la STC 199/2009, de 28.9.2009*, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 35, 2010, pp. 441-471.

<sup>7</sup> Sin embargo, en su sentencia de 21.10.2010, recaída en el citado asunto, el Tribunal de Justicia no llegó a pronunciarse sobre esas cuestiones debido a que el órgano remitente condicionó su planteamiento a que la respuesta del Tribunal de Justicia a otros interrogantes fuera diferente de la que la sentencia, finalmente, proporcionó.

En el ámbito de la tutela judicial efectiva, se entrelazan paradigmáticamente las cuerdas constitucionales-nacionales y protoconstitucionales-supranacionales de la protección de los derechos fundamentales de la persona con las cuestiones relacionadas con el ámbito europeo de libertad, seguridad y justicia. Sin embargo, los términos esenciales de la cuestión no son tampoco simples en la medida en que entorno a la tutela judicial efectiva el Tribunal de Luxemburgo ya se había pronunciado en la famosa sentencia Kadi, en la que tal principio, considerado parte del patrimonio constitucional común a los Estados miembros, había sido empleado al fin de relativizar el mito absolutista del principio jerárquico de supremacía del derecho internacional respecto del sistema europeo. Hay que preguntarse si este parámetro valdrá para relativizar la primacía del principio de *primauté* dentro de sus límites territoriales europeos, reconociendo por primera vez el criterio de los *controlimiti* nacionales en las aulas de Luxemburgo?

Procedemos por orden. La orden europea de detención y entrega representa el primer instrumento de cooperación judicial penal en la Unión Europea que se construye sobre la base del reconocimiento mutuo. Ese reconocimiento, sin embargo, no es absoluto, previendo, tanto en la normativa comunitaria como en las legislaciones estatales de transposición, motivos de denegación o de condicionamiento de la entrega de la persona reclamada, fundados en normas constitucionales nacionales.

El Tribunal Constitucional plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales: "1ª. El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?". "2ª. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?". "3ª En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?"

Se interceptan, entonces, algunas líneas conceptuales de vital relevancia en la protección del ciudadano proporcionada en los sistemas constitucionales nacionales, *in primis* el principio de tutela judicial efectiva en conexión directa con las sentencias

dictadas en rebeldía<sup>8</sup>, por un lado, y la efectividad del antiguo pilar de la cooperación judicial y policial en materia penal, por otro.

Ya con anterioridad la sentencia del **18 de julio 2005 del *Bundesverfassungsgericht*** en el controvertido caso *Darkanzali* (2BvR 2236/04) había anulado integralmente la ley de recepción de la Decisión Marco 2002/584 JAI sobre la orden de busca y captura europea. La relevancia de la decisión reside sustancialmente en la doble dirección de las relaciones entre ordenamiento interno y comunitario y de la opción de tinte político adoptada en el tema de la conciliación de los intereses a la represión del terrorismo a escala mundial y la tutela nacional de los derechos fundamentales<sup>9</sup>. A diferencia de la decisión del Tribunal Constitucional polaco ya antes referida en un caso análogo, la corte alemana parece asestar en una posición más próxima a las instancias nacionales. El caso muy complejo afecta también las autoridades españolas en tanto que hacia el demandante Z., ciudadano alemán y sirio, la Audiencia Nacional había emitido el 16 de septiembre 2004 una orden europea de detención y entrega por ser una presunta figura clave en la rama europea de la red terrorista Al Qaeda. La respuesta nacional al dilema entre la protección nacional de corte constitucional y la Decisión Marco 2002/584 se sustancia allí donde se sostiene que los órganos legislativos nacionales conservan un poder político de conformación democrática en caso de necesidad, también mediante el rechazo de la transposición de la Decisión Marco. Se trata, por tanto, de una desestimación de aplicación de las normas comunitarias, justificada por el respeto de la garantía carente del principio democrático por parte del llamado tercer pilar, que el tribunal alemán considera en términos de ordenamiento parcial de Derecho Internacional. A distancia de horas, mientras la sentencia *Maria Pupino* (C-105/03), dictada por el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2005, relanza el intento de constitucionalización del tercer pilar mediante la afirmación de la *primaute* hermenéutica de las Decisiones Marco, advirtiendo a los Estados miembros de las consecuencias derivadas de la adopción de actos en un pilar inter-gubernamental, el tribunal alemán invierte la dirección estratégica protegiendo márgenes de maniobras para las autoridades nacionales que son difícilmente compatibles con la estructura del tercer pilar. De esta disconformidad se percata el juez Gerhardt en su voto particular, insinuando la duda sobre la aplicación del Derecho Comunitario, que debería obligar a los jueces de última instancia a acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia, *a fortiori* tras el fallo comunitario *Traghetti del Mediterraneo*<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> L. Rodríguez Sol, *Sentencia dictada en rebeldía*, AA.VV., en *La orden de detención y entrega europea*, editado por L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN, Cuenca, 2006, 284, que sostiene que “ la problemática de la ejecución de condenas en rebeldía no puede desconectarse de la afección del derecho de defensa, de tal manera que el mero dato fáctico de que una persona haya sido condenada sin estar presente en la vista no resulta el factor definitivo, sino el hecho de que dicha ausencia haya supuesto una merma efectiva de sus posibilidades de defenderse de la acusación» y, añade, «... la ausencia no tendrá ninguna trascendencia si está permitida por las normas procesales y responde a una decisión voluntaria y libre del condenado, convenientemente informado de sus consecuencias”.

<sup>9</sup> Cfr. la Crónica n. 12/2006.

<sup>10</sup> También en la decisión irlandesa **Kenneth Dundon v. Governor of Cloverhill Prison and Minister for Justice, Equality and Law Reform de 19 de diciembre 2005** la *Supreme Court* aborda el asunto de la compatibilidad de la ley nacional irlandesa de 2003 con la Decisión Marco 2002/584 JAI. El demandante pide la nulidad de la medida preventiva contra su persona por vulnerar la normativa irlandesa

A diferencia de la primera cuestión prejudicial, elevada por el Tribunal Constitucional italiano, donde significativamente no hay traza de diálogo judicial a nivel hermenéutico<sup>11</sup>, si bien con diferentes matices y resultados finales, la aprobación de la Decisión Marco ha suscitado un sólido diálogo judicial, manifestado tanto en las propias decisiones como en las argumentaciones de los votos particulares adoptados por los jueces disidentes.

No se trata, entonces, simplemente de valorar la importante cuestión de la legitimidad democrática de normas contenidas en las constituciones nacionales que va a chocar contra no un procedimiento tradicional de extradición, sino un sistema de reconocimiento mutuo de órdenes emitidas por jueces de otros Países en tema de restricción de la libertad personal, sino más aún de variar profundamente el punto de vista interno en tema de tutela judicial efectiva que se proyecta ad extra, salvaguardando solo algunos principios básicos internos.

Argumental al respecto la corte constitucional en el auto en objeto:

En primer lugar, mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales, tal y como éstos han sido consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan ad extra es más reducido: no son todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad "indirecta" de la actuación de la jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control (STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8).

Mientras en el paradigma tradicional internacional el ordenamiento nacional, la *black box* conceptual, contempla claramente un punta di vista interno y otro distinto externo, en el paradigma supranacional se registra una porosidad de las fronteras conceptuales, capaz de encauzar el principio constitucional del art. 24 Constitución Española (a partir de ahora designada con el acrónimo CE) en el acervo constitucional europeo mediante

---

los plazos máximos de detención prevista en la mencionada Decisión Marco. En la valoración de la compatibilidad entre las dos normativas se menciona la sentencia del Tribunal de Justicia Pupino, ya reportada arriba, apostillando que la corte nacional debe interpretar la disciplina nacional según los objetivos fijados en la Decisión Marco. *“Thus the national court when applying the national law should do so as far as possible in light of the Council Framework Decision, to attain the result sought. This can not be done if it is contrary to the national law, but the national court should consider the whole of the national law to see if it can be applied so as not to produce a result contrary to the Council Framework Decision”*. La recomendación de un plazo expedito de tiempo para la ejecución del orden de detención no representa una obligación jurídica: *“There is no mandated time limit of 60 days (or 90 days) prior to the final order. Consequently the applicant is not in unlawful custody”*. Una cuestión análoga se plantea ante la High Court, **The Minister for Justice, Equality and Law Reform v. Robert Ostrovskij**, 26 de junio 2006, [2006] IEHC 242, esgrimiendo la corte de grado inferior un planteamiento similar al analizado arriba. Cfr también la House of Lords Judgments - Dabas (Appellant) v. High Court of Justice, Madrid (Respondent) (Criminal Appeal from Her Majesty's High Court of Justice) [2007] UKHL 6

<sup>11</sup> Corte Costituzionale 102 y 103/2008.

un mecanismo de compuertas jurídicas comunicantes. Tal apertura es, empero, posible mientras las normas y la jurisprudencia constitucionales nacionales pueden ser trasvasadas en ámbito europeo y, por otro lado, este último permita unas derogaciones *ad melius* a favor de los sistemas constitucionales nacionales más avanzado en la protección del ciudadano, de la misma guisa que ocurre en sede de armonización legislativa prevista por el antiguo art. 95. 3, 4 y 5 TCE. Se trata del principio de equivalencia en materia de derechos fundamentales, concepción distinta conceptualmente al rígido principio de supremacía elaborada por las Tribunales Constitucionales nacionales y por la propia corte de Luxemburgo en la famosa decisión *Costa c. Enel*.

Esta apertura al Otro está incluso constitucionalmente contemplada en la válvula jurídica del art. 10.2 de la Constitución Española, anejo significativamente al primer párrafo del art. 10 CE, "fundamento del orden político y de la paz social". La misma esencia de los valores fundamentales ya *ab imis* va determinada gracias a la aportación de los conceptos transfundidos por el panorama jurídico internacional. La cuerda de Ulises, de las que hemos venido hablando desde la primera Crónica, es decir la autolimitación bajo forma de normas internas constitucionales y la autolimitación soberana con la participación en organizaciones internacionales, ya *ab urbe condita* son destinadas a entrelazarse.

Sostiene el Tribunal Constitucional en el auto 86/2011: "En este proceso de determinación revisten especial relevancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como cualificado criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales que los reconocen, expresando con ello la afirmación de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7)".

La apertura al Otro ha de ser modulada y calibrada según el respeto de los principio fundamentales del art. 10 CE. De no ser así, se vulnera el núcleo mínimo de protección de los derechos fundamentales, se verifica, es decir, una vulneración indirecta de las exigencias establecidas en el derecho proclamado por el art. 24.2 CE, como ha aseverado la STC 91/2000, de 30 de marzo.

Desde la perspectiva del procedimiento tradicional de extradición se proyecta *ad extra*, al afectar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa.

Esta operación conceptual y jurídica ha sido aplicada también al procedimiento de detención y entrega fijado con Decisión Marco 2002/584/JAI con sentencias STC

177/2006, de 5 de junio y STC 199/2009, de 28 de septiembre, suscitando sólidas objeciones formuladas en los mencionados votos particulares de los jueces Rodríguez-Zapata Pérez y Pérez Tremps en tema de constitucionalidad del procedimiento de orden europea de detención y entrega, por el que se acuerda la entrega a Rumania del demandante de amparo para cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión, ya comentadas en la Crónica 20/2010.

En opinión del Tribunal Constitucional el hecho de que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, promulgada en cumplimiento de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, no haya incorporado expresamente a su articulado una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión de la euroorden, no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, pues, además de que la misma se contiene en el preámbulo de la propia Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, en cuyo apartado 13 se dispone que «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes», nos hallamos ante uno de los “valores fundamentales de las sociedades democráticas”.

A esta idea, fruto del paradigma nacional, se oponen dos votos particulares, el primer de los cuales, formulado por el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, distingue dos visiones de la extradición en base al mecanismo tradicional de cooperación entre Estados, que permite denegar la entrega y verificar, al hacerlo, las garantías de cada sistema, y “la euroorden, que es un mecanismo propio de la Unión Europea del siglo XXI”. Para el magistrado disidente se trata de paradigmas distintos, de culturas jurídicas diferentes, pues “la Decisión Marco 2002 ha supuesto un cambio trascendental en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea. Hemos pasado de un sistema arcaico de mantenimiento de tecnicismos particulares nacionales, representado emblemáticamente por la institución de la extradición, a la cultura de una Europa nueva, basada en el reconocimiento cuasi automático de resoluciones, la confianza mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas que, en definitiva, han experimentado y compartido ya experiencia, en el primer pilar o pilar comunitario, en la aplicación de un mismo ordenamiento alentado en los principios y valores de respeto y salvaguardia de los derechos y libertades públicas que garantiza, entre otros instrumentos, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

El paradigma comunitario impone una distinta idea a la hora de plantear excepciones fundadas en valores democráticos. “España - sostiene Rodríguez-Zapata - no puede imponer su propio ordenamiento como si fuera un espejo en el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión. No hay, por principio, vulneración indirecta de derechos reconocidos en el ordenamiento del foro en el marco de la Unión Europea, por lo que la nueva doctrina habría necesitado, para ser convincente, una justificación más amplia de la que se ofrece en los precedentes que se

invocan”. En la misma línea filo-europeísta se colocan las observaciones formuladas por Pablo Pérez Tremps.

“Los países miembros de la Unión Europea comparten una cultura de los derechos fundamentales, tal y como se deriva de su pertenencia a este ente supranacional (art. 49 en relación con el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea. Dicha cultura se ha elaborado y se sigue elaborando en su seno a través del parámetro común (art. 6.2 TUE) derivado de diversos elementos: las previsiones normativas del Derecho comunitario, las tradiciones constitucionales comunes, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de todos esos países al sistema de protección y garantía que ofrece, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), y la tarea que a su amparo lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En la cultura común de los derechos fundamentales en que ese entramado jurídico-institucional se enmarca, la equivalencia en la protección de esos derechos no se traduce, o no debe traducirse, en una mera equivalencia formal, sino también en la aceptación de la suficiencia de «las garantías sustanciales ofrecidas y [de] los mecanismos previstos para su control» ( STEDH Bosphorus c. Irlanda, de 30 de junio de 2005, § 155), coronado en todo caso, como ya se ha indicado, por la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ese principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la Unión Europea, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la confianza legítima en las instituciones comunitarias y en los demás Estados miembros. En definitiva, y por lo que ahora importa, un Estado, en principio, no pueden imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él no debe esperar repararse en otro Estado sino que, por la propia lógica del Convenio europeo, exige acudir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados” [énfasis añadida].

En el supuesto de dudas acerca de la interpretación de la normativa comunitaria, el magistrado del Tribunal Constitucional destaca la necesaria intervención del sistema judicial comunitario. La teoría de integración entre ordenamientos implica necesariamente un mayor e incisivo uso del sistema de las cuestiones prejudiciales en el frecuente caso de dilucidaciones sobre una materia mayormente tutelada en ámbito doméstico respecto del europeo. En estos supuestos, “correspondería depurarlo al propio ordenamiento comunitario, contando con la colaboración de los tribunales nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, cuando concurrieran las condiciones materiales y procesales del art. 35 TUE, aceptadas por España (disposición adicional única de la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre). Si el Tribunal Constitucional entiende, como ha hecho, que la condena en ausencia supone siempre una lesión del «contenido absoluto» de las garantías procesales y, por tanto, imposibilita la entrega, debiera haberlo planteado al Tribunal de Justicia a través de una cuestión prejudicial de validez para que éste apreciara que la Decisión Marco vulnera el

correspondiente derecho fundamental. Lo que no puede la autoridad nacional, en este caso el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales al seguir su doctrina, es incumplir una obligación impuesta por el Derecho comunitario, incumplimiento imputable a España y que puede generar la correspondiente responsabilidad frente a las instituciones comunitarias y al resto de los Estados, según la doctrina fijada en las SSTJCE de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 292) (asunto Köbler C-224/01) y de 13 de junio de 2006 (TJCE 2006, 163) (asunto Traghetti del Mediterraneo C-173/03)".

Cuanto en las referidas opiniones representaba una argumentación minoritaria, se convierte en la base de fondo de las dudas interpretativas formuladas en el auto 86/2011 por el pleno del Tribunal Constitucional acerca de la normativa interna al derecho de la Unión Europea. Ella se compone de la reiteradamente citada Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, posteriormente modificada por Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero. El perfil de incompatibilidad comunitaria versa sobre la relación de esta legislación de segundo grado respecto de los artículos 6 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) y diversos preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), cuales el art. 47 II CDFUE, 48.2 CDFUE, 52.3 CDFUE, 53 CDFUE.

Por lo que respecta a los avatares procesales en la base de la cuestión prejudicial, el ordenamiento comunitario, a raíz de las decisiones nacionales ya mencionadas arriba, ha experimentado una importante evolución, culminada en la revisión operada la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero, que ha modificado la regulación de la orden de detención y entrega europea que contiene la Decisión Marco 2002/584/JAI con la finalidad, precisamente, de armonizar la regulación de los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado. En particular, la Decisión Marco de 2009 introduce un nuevo art. 4 bis:

"Resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin comparecencia del imputado

1. La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión, que el imputado:

a) con suficiente antelación:

i) o bien fue citado en persona e informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o bien recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y

ii) fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o

b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un Letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le

defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio".

En base a esta legislación es el propio Derecho de la Unión Europea que opera como un instrumento que permite delimitar la parte del contenido del derecho constitucional interno que despliega eficacia ad extra, avalando además tal normativa de reciente cuño con en el principio de **interpretación conforme** a las Decisiones Marco esculpido por la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2005, Maria Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, apartado 43, "[c]uando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 TUE, apartado 2, letra b)".

En el ámbito de esa normativa europea la primera cuestión prejudicial concierne la redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, en la parte en que se puede inferir que impide que los órganos judiciales españoles condicionen la entrega del recurrente a la posibilidad de que la condena en cuestión pudiera ser revisada. Sin embargo, a este respecto la Decisión Marco suscita dudas interpretativas en relación con la posibilidad para los Estados miembros de denegar o, en su caso, condicionar la ejecución de una orden europea de detención y entrega con el fin de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Esta afirmación derivaría, en primer lugar, de la remisión sistémica al art. 6 TUE, así como de la interpretación del derecho derivado también tal como aparecen recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo valor jurídico es, tal como proclama el artículo 6.1 TUE, idéntico al de los Tratados constitutivos. En este sentido, ha de reclamarse el criterio elaborado recientemente por el Abogado General Cruz Villalón, según el cual "la interpretación que ha de hacerse del tenor y de los fines de la Decisión Marco debe tomar en consideración todos los objetivos que persigue el texto. Si bien es verdad que el reconocimiento mutuo es un instrumento que fortalece el espacio de seguridad, libertad y justicia, no es menos cierto que la protección de los derechos y libertades fundamentales constituye un prius que legitima la existencia y el desarrollo de dicho espacio. La Decisión Marco así lo expresa reiteradamente en sus considerandos 10, 12, 13 y 14, así como en su artículo 1, apartado 3" (conclusiones presentadas en el asunto I.B., de 6 de julio de 2010, C-306/09, punto 43).

La segunda cuestión prejudicial se plantea para el caso de que la primera se responda afirmativamente y se refiere a la validez del art. 4 bis de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47 II CDFUE, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 CDFUE. Aquí entran en juego un valores constitucionales protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que están también recogidos por el art. 24 de la Carta Magna española: el principio de tutela judicial efectiva. La referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales constituye la plataforma de diálogo entre jueces, que disponen de

referentes normativos distintos y autónomos, pero que, a la vez, tratan de entrelazar sus cuerdas. Aclara el auto 86/2011: “ La referencia al art. 24 de la Constitución española no significa, claro está, que esa garantía deba resultar igualmente comprendida en el contenido de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, así como de los derechos de la defensa reconocidos, respectivamente, en los arts. 47 II y 48.2 CDFUE. Esos derechos son principios generales del Derecho de la Unión Europea que se derivan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que han sido consagrados en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”. Se trata, en el caso de auto, de depurar si el Derecho de la Unión concede al derecho a la defensa y, en especial, al derecho a estar presente y a participar en la vista penal, una protección más extensa que la que se deriva del art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, limitando, por ejemplo, los supuestos en los que no se requiere un nuevo pronunciamiento.

La interpretación de los arts. 47 II y 48.2 CDFUE ha de realizarse a la luz de la doctrina jurisprudencial vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del art. 6.1 y 3 CEDH. Se asoma, en este punto, el juez *complexus*: la corte que nutre su auto de las argumentación extrapoladas por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 1.3.2006 (JUR 2006\83513), recaída en el asunto *Sejdovic c. Italia*, en la que sistematiza su doctrina sobre las condenas en ausencia admitiendo, por excepción, que la renuncia del acusado a comparecer en juicio puede hacer innecesaria la exigencia de que la condena se someta a revisión. No obstante, para ello es necesario que “se pueda establecer de manera inequívoca que hubiere renunciado a su derecho a comparecer y a defenderse ... o que hubiere tenido la intención de sustraerse a la justicia” (apartado 82). Por otro lado, la renuncia “ha de haberse realizado de manera inequívoca y estar rodeada de una serie de garantías acordes con su importancia” (apartado 86). Finalmente, para poder “concluir que un acusado ha renunciado implícitamente, a raíz de su comportamiento, a un derecho importante reconocido en el artículo 6 de la Convención, es necesario que aquel razonablemente hubiera podido prever las consecuencias de su actuación” (apartado 87).

A la vista de esta doctrina jurisprudencial y del contenido del art. 52.3 CDFUE, antes transcrito, el Tribunal Constitucional considera que “[c]abe preguntarse, por ejemplo, si el Derecho de la Unión concede al derecho a la defensa y, en especial, al derecho a estar presente y a participar en la vista penal, una protección más extensa que la que se deriva del art. 6 CEDH, limitando, por ejemplo, los supuestos en los que no se requiere un nuevo pronunciamiento. En caso de que no fuera así, aún cabría plantearse si, en un supuesto como el del litigio principal, en el que concurren las circunstancias previstas en el art. 4 bis de la Decisión Marco, debe considerarse que el reclamado ha renunciado tácitamente a su derecho a comparecer y defenderse, en los términos y con las consecuencias a los que se acaba de aludir. La respuesta que el Tribunal de Justicia ofrece a estos interrogantes permitirá delimitar el contenido protegido por los derechos reconocidos en los arts. 47 II y 48.2 CDFUE y, con ello, apreciar la compatibilidad con esos derechos del art. 4 bis de la Decisión Marco 2002/584/JAI.

La tercera cuestión prejudicial se plantea para el caso de que la segunda se responda afirmativamente y se refiere a la interpretación del art. 53 CDFUE, en cuya virtud "[n]inguna 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". Hemos llegado, pues, a la encrucijada diseñada por el Tribunal Constitucional. De concebir la aplicabilidad del art. 4 bis de la Decisión Marco *sic et simpliciter*, se interroga el tribunal de las leyes si cabe la posibilidad de proponer unas excepciones ad melius en base art. 53 CDFUE. Las tres posibilidades esbozadas por la corte española apuntan a tres diversas ideas del principio de primauté constitucional:

- a) **Primauté crítica o templada.** La primera versión interpretativa dell'art. 53 CDFUE consiste en equiparar la norma a una cláusula de estándar mínimo de protección característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como la contenida en el propio art. 53 CEDH, en cuya virtud "[n]inguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte". La metodología jurídica promocionada tiende a una armonización de mínimos, al igual que en la vertiente privatista, en detrimento de la consecución de un sistema más uniforme y difuso de tutela de la persona, dejando un margen de maniobra apreciable a las Carta y a las Cortes Constitucionales nacionales.

En este caso el art. 53 CDFUE permitiría, en efecto, a un Estado miembro justificar la licitud de su ejecución condicionada al objeto de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por su Constitución, sin que, por lo demás, ese mayor nivel de protección característico de un determinado sistema nacional tenga necesariamente que generalizarse mediante su asunción por parte del Tribunal de Justicia.

En efecto, ya *illo tempore* en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, el Tribunal de Madrid concluyó que no existía contradicción entre la Constitución española y los arts. II-111 y II-112, entre otras razones, por la razón que "el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la 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 miembros', con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y

libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno” (FJ 6º).

- b) **Supremacía sic et simpliciter.** “La segunda interpretación del art. 53 CDFUE lo alejaría de la cláusula del estándar mínimo de protección para convertirlo en un precepto cuya finalidad sería delimitar el ámbito de aplicación respectivo de la Carta y, por lo que aquí interesa, el de las Constituciones de los Estados miembros, reiterando (cfr. art. 51 CDFUE) que, fuera del ámbito de aplicación de la primera -y, por lo tanto, allí donde por definición no se plantea conflicto alguno entre ambos sistemas de protección-, el Derecho de la Unión Europea no impide el despliegue de la protección constitucional que los derechos fundamentales merezcan en cada Estado miembro (vid., la STJUE de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98, Rec. p. I-69)”. Esta lectura del precepto citado encontraría su fundamento en una apreciación rigurosa de la razonable pretensión de uniformidad del Derecho de la Unión, en una idea de primauté que, desactivando el mecanismo de vasos comunicantes dialógico entre cortes, terminaría por reducir en los Estados miembros el nivel de protección de los derechos fundamentales previsto por sus normas constitucionales.
- c) **Primacía variable.** “La tercera pasa por alguna forma de integración de las dos primeras, conforme a la cual el art. 53 CDFUE operaría, bien como una cláusula de estándar mínimo de protección -capaz, por tanto de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental-, o bien como una cláusula que impone una solución común uniforme en todo el territorio -aun a costa de posibilitar, en su caso, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales-, según las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate”.

Tal nueva forma de conversación judicial con el Tribunal de Justicia y con el propio Derecho de la Unión Europea contribuye a relegitimar a nivel supranacional al Tribunal Constitucional, ubicándolo en la misma senda luego recorrida por la **petición de decisión prejudicial planteada por la Curte de Apel Constanța (Rumanía) el 27 de julio de 2011 - Proceso penal contra Ciprian Vasile Radu, Asunto C-396/11**. En este auto del tribunal rumano, sin embargo, si bien abordando el tema de la compatibilidad de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, no se perfila la cuestión prejudicial en los términos hermenéuticos detectados por el art. 53 CDFUE<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> “Las disposiciones del artículo 5, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y del artículo 6, en relación con los artículos 48 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en relación con los artículos 5, apartados 3 y 4, y 6, apartados 2 y 3, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ¿son normas de Derecho comunitario primario, contenidas en los Tratados constitutivos?

Como se apuntaba al principio, la cuestión prejudicial versa sobre el acomodamiento de la normativa europea de 2009 en materia de la orden de detención y entrega respecto de principios fundamentales del orden constitucional de la Unión Europea; además el conflicto se desarrolla en un plano emblemáticamente interpretativo, donde resulta ausente la pieza clave del mosaico del diálogo judicial de la referencia a la tutela judicial efectiva, esbozada en la sentencia Kadi.

De acuerdo con aquella construcción, el cambio de la doctrina constitucional sobre las condenas en ausencia sería, por tanto, una consecuencia lógica de la evolución del propio derecho de la Unión Europea, en la doble dirección de la modificación de la Decisión Marco acaecida en 2009, de un lado, y de la entrada en vigor de la Carta de los

---

La actuación de la autoridad judicial competente del Estado de ejecución de una orden de detención europea, que consiste en la privación de libertad y la entrega coactiva, sin el consentimiento de la persona contra la que se ha dictado la orden de detención europea (la persona buscada para ser detenida y entregada), ¿constituye una injerencia, por el Estado de ejecución de la orden, en el derecho a la libertad individual de la persona buscada para su detención y entrega, reconocido por el Derecho de la Unión, en virtud del artículo 6 TUE, en relación con lo dispuesto en el artículo 5, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en virtud del artículo 6, en relación con los artículos 48 y 52, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en relación asimismo con el artículo 5, apartados 3 y 4, y el artículo 6, apartados 2 y 3, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales?

La injerencia del Estado de ejecución de una orden de detención europea en los derechos y garantías previstos en el artículo 5, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el artículo 6, en relación con los artículos 48 y 52, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación asimismo con el artículo 5, apartados 3 y 4, y el artículo 6, apartados 2 y 3, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ¿debe cumplir el requisito de necesidad en una sociedad democrática y de proporcionalidad con respecto al objetivo que se persigue en concreto?

¿La autoridad judicial competente del Estado de ejecución de una orden de detención europea puede desestimar la solicitud de entrega, sin incumplir las obligaciones establecidas en los Tratados constitutivos y en otras normas de Derecho comunitario, porque no concurren todos los requisitos necesarios según el artículo 5, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 6, en relación con los artículos 48 y 52, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en relación asimismo con el artículo 5, apartados 3 y 4, y el artículo 6, apartados 2 y 3, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales?

¿La autoridad judicial competente del Estado de ejecución de una orden de detención europea puede denegar la solicitud de entrega, sin incumplir las obligaciones establecidas en los Tratados constitutivos y en otras normas de Derecho comunitario, por falta de transposición o transposición incompleta o incorrecta (en el sentido de incumplimiento de los requisitos de reciprocidad) de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI),<sup>1</sup> por parte del Estado emisor de la orden de detención europea?

El artículo 5, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 6, en relación con los artículos 48 y 52, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación asimismo con el artículo 5, apartados 3 y 4, y el artículo 6, apartados 2 y 3, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al que remite el artículo 6 TUE, ¿se oponen a la legislación nacional de un Estado miembro de la Unión Europea -Rumanía- en particular al título III de la Ley nº 302/2004? ¿Estas normas han adaptado correctamente el Derecho interno a la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI)?"

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de otro. Sin embargo, tal *bouleversement* judicial español pretende ser preclusión de un cambio judicial también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, donde se debería fijar el mecanismo de equivalencia en los derechos fundamentales, esculpido por la norma del art. 53 CDFUE. El diálogo entre cortes se desarrollaría, pues, según el cauce institucional de las cuestiones prejudiciales, pero tendría como plataforma dialéctica la citada regla de oro del art. 53.

El Tribunal Constitucional, además, enseña el camino, ya precedentemente batido por la corte comunitaria desde el arrêt Nold, de la doble perspectiva del método comparativo con las tradiciones jurídicas nacionales y con la puntual referencia a la jurisprudencia del homólogo juez europeo del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Es la vía maestra que el tribunal de Luxemburgo debe perseguir a falta de una Carta Magna europea.

En concreto, el tribunal de Madrid fundamenta una modulación de su propia anterior doctrina mediante el hecho de que en auto analizado se realiza también una lectura más precisa que en resoluciones anteriores de la jurisprudencia vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del art. 6 CEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha establecido que las entregas incondicionadas para cumplir condenas impuestas en ausencia no conlleva automáticamente un *vulnus* de los derechos reconocidos en ese precepto en los casos en los que el reclamado haya renunciado a su derecho a participar en la vista o se haya sustraído a la acción de la justicia.

El mismo juez ha considerado un incumplimiento del citado art. 6 CEDH cuando el acusado no ha sido citado correctamente al juicio o la vista y no ha tenido conocimiento de la sustanciación del proceso o cuando no ha tenido una efectiva defensa a cargo de un abogado o cuando no existe en el ordenamiento del Estado algún remedio para garantizar un nuevo proceso o recurso que permita revisar la sentencia de condena si concurre cualquiera de las anteriores circunstancias. Por tanto, el juicio en ausencia *per se* no necesariamente conlleva una lesión de las garantías básicas del CEDH 11.

No sería desencaminado afirmar que de la doctrina del TEDH se infiere que si el acusado, aun habiendo sido correctamente citado y habiendo tenido conocimiento del proceso, ha decidido voluntariamente no comparecer y además ha contado con una adecuada defensa letrada (supuesto análogo al caso resuelto en la STC 199/2000) no se infringe el artículo 6.3,d) del CEDH, ni a luz de la jurisprudencia del TEDH se puede condicionar la entrega a la circunstancia de que el Estado de emisión de la orden garantice la revisión de la sentencia de condena dictada en ausencia de la persona reclamada. Aún más honda resulta la consideración de que las cuerdas del derecho constitucional nacional y del derecho de la Unión Europea se van progresivamente entrelazando. Las afirmaciones formuladas por el tribunal español se dirigen claramente a la corte comunitaria claramente en un plano vigorosamente constitucional, abandonando aquellas preclusiones iniciales mediante las cuales en la STC 28/1991, de 14.2.1991 (RTC 1991\28; MP: *Jesús Leguina Villa*): “Nada hemos dicho ni nada es menester declarar en este proceso constitucional acerca de la acomodación o no del art.

211.2 d) LOREG a lo dispuesto en el art. 5 del Acta Electoral Europea, pues el problema de esa acomodación no es un problema constitucional”. La *ratio decidendi* de esta última conclusión ahonda sus raíces en una metodología monológica excluyente, intrínseca en una visión cerrada del Estado y del Derecho Internacional. En el auto en análisis - lo repetimos *ad abundantiam* – significativamente no se plantea una tradicional cuestión prejudicial en la que se llama al tribunal de Luxemburgo a pronunciarse acerca de la interpretación o aplicación de una norma de Derecho interno supuestamente contraria al Derecho de la Unión Europea. Hasta ahora en estos supuestos el Tribunal Constitucional había considerado que “el problema de esa acomodación no es un problema constitucional”. Sin embargo, la cuestión suscitada en el caso del ATC 86/2011 tiene implicaciones de naturaleza constitucional nacional, puesto que la de su respuesta en sede comunitaria se remodelará la doctrina de las vulneraciones indirectas, delimitando el alcance del derecho reconocido en el art. 24.2 CE.

En este entrelazamiento textil y constitucional se ha de recordar la interpretación del art. 53 CDFUE que avanzó el Tribunal Constitucional en la declaración TC 1/2004, de 13.12.2004 (RTC 2004\256; MP: *Vicente Conde Martín de Hijas*), conforme a la cual este precepto representaría una cláusula de estándar mínimo de protección. A tenor de la solución primera y tercera perfilada por el tribunal madrileño en el auto 86/2011, la armonización sobre derechos fundamentales sería mínima, en acorde asimismo con la idea neurálgica formulada en la misma declaración entorno a la concepción de primacía del derecho de la Unión Europea.

El entrelazamiento de las dos cuerdas - nacional y supranacional – no implica ningún tipo de confusión ámbito, como aclara a todas luces la sentencia del pleno del **Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 136/2011 de 13 septiembre.**

“La contradicción entre una norma estatal y una norma europea es una tarea que este Tribunal ha excluido, en principio, de los procesos constitucionales [ SSTC 64/1991, de 22 de marzo ( RTC 1991, 64) , F. 4.a); y 329/2005, de 15 de diciembre ( RTC 2005, 329) , F. 6], habida cuenta que ni el derecho comunitario originario ni el derivado «poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley» ( SSTC 292/2000, de 30 de noviembre [ RTC 2000, 292] , F. 3; y en el mismo sentido, entre otras muchas, STC 372/1993, de 13 de diciembre [ RTC 1993, 372] , F. 7). Lo anterior no impide, sin embargo, que las disposiciones tanto de los tratados y acuerdos internacionales, como del derecho comunitario derivado, a tenor del art. 10.2 CE, en la medida que «pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales» ( STC 254/1993, de 20 de julio [ RTC 1993, 254] , F. 6), puedan constituir «valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce» ( SSTC 292/2000, de 30 de noviembre [ RTC 2000, 292] , F. 3; y 248/2005, de 10 de octubre [ RTC 2005, 248] , F. 2; Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, F. 6; y en sentido similar, STC 254/1993, de 20 de julio [ RTC 1993, 254] , F. 6), convirtiéndose así en «una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional» [ SSTC 64/1991, de 22 de

marzo ( RTC 1991, 64 ) , F. 4 a); y 236/2007, de 7 de noviembre ( RTC 2007, 236 ) , F. 5], quien precisará su concreto contenido, entonces, «a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas» (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, F. 6)”.

Sin embargo, el planteamiento de la cuestión prejudicial abre horizontes jurídico-institucionales, que la corte comunitaria no debería desechar. Tal diálogo toma forma bien en el ámbito del principio de primacía templada, como de su estructuración mediante el empleo de la norma-cremallera sistémica del art. 53, como *in fine* la posible coparticipación del Tribunal Constitucional en la tarea de interpretación de los derechos fundamentales en la Unión Europea y, por tanto, también en España<sup>13</sup>. La dirección emprendida por el auto 86/2011 es claramente europea, al contrario de las justas observaciones dirigidas a la sentencia 199/2009: “en lugar de contribuir a avanzar en la integración armónica de ordenamientos a través del planteamiento de la cuestión prejudicial, optó por remitir el potencial conflicto a los tribunales ordinarios, evidenciando su autismo hacia el Derecho europeo”<sup>14</sup>.

La compleja trama argumental seguida por el auto del Tribunal Constitucional no está aislada en el panorama judicial español. Es ya una realidad que se refleja *mutatis mutandis* en otras sentencias, como la decisión emitida por el **Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 17 de diciembre de 2010, Ponente: MERCEDES MORADAS BLANCO**, en relación con el recurso contencioso administrativo interpuesto contra resoluciones que desestiman la reclamación de reconocimiento y abono de trienios por los servicios prestados en calidad de personal temporal.

Sin adentrarnos en los meandros técnicos de la cuestión de derecho laboral, conviene reclamar la atención sobre la Cláusula 4, punto 1 , del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE, y el CEEP sobre el Trabajo de Duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1.999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70 / CE del Consejo, de 28 de junio.

Por su parte, el art. 2 de la Directiva 1999/70 /CE, establece respecto a la puesta en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma por parte de los Estados Miembros, como fecha límite el 10 de julio de 2001 o se asegurarán de que, como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo, adoptando los Estados miembros todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. Es evidente que en la fecha límite el Estado Español no había procedido a asumir el derecho comunitario de la directiva, por lo que al ser la cláusula 4, apartado 1 , del

---

<sup>13</sup> R. Alonso García, “Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005núm. 73, pp. 339-364

<sup>14</sup> Aida Torres Pérez, *Conflicts of Rights. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009; IDE, *Euroorden y conflictos constitucionales: A propósito de la STC 199/2009, de 28.9.2009*”, cit., pp. 441-471.

Acuerdo marco, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular, podía serlo en base al denominado efecto directo vertical, tal y como se dispone en la Sentencia del Pleno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de abril de 2008.

Por otro lado, el mismo Tribunal de 13 de septiembre de 2007 afirma que la Directiva únicamente permite justificar un trato diferente a los trabajadores con un contrato de duración determinada cuando existen razones objetivas. En el apartado 59 la sentencia concluye que en la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinado y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador.

Una vez llamada a colación la relevante jurisprudencia comunitaria, el tribunal madrileño pasa a transfundir tal normas pretorianas en la sistema español, afirmando prejudicialmente que “la cuestión debe resolverse desde el prisma de la primacía del derecho comunitario, lo que significa a tenor de la jurisprudencia constitucional, 1/2004, de 13 de diciembre”.

Una vez sentada la primacía del derecho comunitario sobre el interno en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución, la corte de Madrid afirma que “la Directiva Comunitaria 1999/70 /CE, al no haber sido transpuesta en el plazo marcado, despliega la eficacia directa vertical (reconocida jurisprudencialmente), por tanto, existe una obligación del Juez nacional de aplicar las disposiciones de una directiva cuyo contenido sea preciso e incondicional”. De una visión absolutista del principio de primacía se pasa a una versión hermenéutica mediante la realización de una exégesis normativa que sea conforme a las normas comunitarias. Es la doctrina de la interpretación conforme. Cuando dicha interpretación conforme no pueda llevarse a cabo, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario.

“Pues bien, en este estadio de la argumentación, debemos partir de la aplicabilidad de la Directiva de referencia al personal estatutario español, como expresamente ha reconocido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia 2007/229, de 13 de septiembre. Dicho pronunciamiento aborda el significado y alcance de la cláusula cuarta mencionada, al resolver tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 1 de San Sebastián, en el marco de un litigio entre una trabajadora de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud que solicitaba el pago de los trienios vencidos durante el año anterior a su nombramiento como personal fijo de plantilla y en el que tuvo la condición de personal estatutario temporal”. En dicha sentencia el Tribunal declaró que “1º El concepto de «condiciones de trabajo» a que se refiere la

cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70 /CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión como la controvertida en el procedimiento principal, dirigida a que se asigne a un trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el Derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos. 2º La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador".

A su vez, se reclama también la aplicación de otra decisión de la TJCE (Gran Sala) de 15 abril 2008 donde se contestó a una cuestión prejudicial planteada por la Labour Court (Irlanda), relativa a si la cláusula cuarta, apartado 1 del acuerdo marco aplicado por la directiva 1999/70 /CE del Consejo es incondicional y suficientemente precisa, de modo que puede ser invocada por los particulares ante sus tribunales nacionales. El TJCE resolvió la cuestión declarando que "la cláusula referida "es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional." En igual sentido el tribunal añadió que "la cláusula 4 del acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que las condiciones de trabajo a las que se refiere dicha disposición incluyen las condiciones relativas a la retribución" y ello con fundamento en el punto 130 de la sentencia en el que se explicita que "al determinar tanto los elementos constitutivos de la retribución como el nivel de estos elementos, las autoridades nacionales competentes deben aplicar a los trabajadores con contratos de duración determinada el principio de no discriminación como está recogido en la cláusula 4 del Acuerdo marco".

Tomando como punto de partida el efecto directo vertical de la cláusula cuarta de la Directiva 1999/70 /CE, el paso siguiente seguido por la corte madrileña consiste en analizar la existencia de una justificación de un trato diferente por razones objetivas que excepcione el mandato contenido en la misma. A este respecto, ha de significarse que si bien existe una distinción normativa consagrada constitucionalmente entre el personal fijo y el personal temporal (por ejemplo, ATC de 14 de abril de 2008 y de 3 de julio de 2008), sin embargo, tal distinción es puramente normativa y fundada en el régimen estatutario de la función pública que aparece como un sistema configurado legal y reglamentariamente.

La conclusión de ese complejo silogismo pretoriano, incardinado en normativa y jurisprudencia de la Unión Europea, es sencillo: "Finalmente, al amparo de la doctrina sentada por el TJCE, antes reflejada, la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco impide el establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de estar prevista por una disposición legal o reglamentaria, ya que una solución

contraria implicaría dejar virtualmente sin vigencia la normativa comunitaria de igualdad en el ámbito de la Administración pública. dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de las que debe disfrutar todo trabajador sea del sector público o privado, al ser disposiciones protectoras mínimas, lo cual ha llevado al Tribunal Supremo (Sala de lo Social) ha reconocer su aplicabilidad, incluso como mero criterio interpretativo, cuando por razones cronológicas no era aún aplicable al caso litigioso”.

Este compleja trama argumentativa, como se decía anteriormente, no está aislada y se extiende ya a modo de mancha de aceite. El diálogo judicial, con toda su contrastada dialéctica también opositiva, es una realidad jurídica, que se va extendiendo en general y en particular en algunos campos, como es el derecho laboral<sup>15</sup>.

En esta óptica, se coloca la decisión del **Tribunal Superior de Andalucía, sección segunda, de 9 de junio de 2011, ponente: LUIS GONZAGA ARENAS IBÁÑEZ**

Sin repetir pedisecuamente los pasajes argumentales con anterioridad referidos, ha de destacarse que la corte andaluza añade a fortiori una reciente sentencia Tribunal de Justicia Europeo (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010, recaída en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra. Estas peticiones de decisión prejudicial versan sobre la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, "Acuerdo marco"), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70 / CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 , relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43).

Aplicando esta jurisprudencia al caso de autos se concluye la procedencia de estimar el recurso interpuesto con fundamento en lo dispuesto en la Directiva 1999/70 /CE del Consejo, pues a tenor de la misma el personal funcionario interino de la Administración del Estado está incluido en el ámbito de aplicación personal de la mencionada Directiva 1999/70 /CE del Consejo; y el complemento salarial por trienios está incluido en la cláusula 4, apartado 1 , del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la referida Directiva 1999/70. Esa afirmación no se contrastada por ninguna justificación objetiva de un trato diferente en el pago de esos trienios con fundamento único en la naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos; ni se opone a lo anterior el hecho de que la normativa nacional no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70, o la circunstancia de que aquella normativa nacional excluya la aplicación retroactiva del pago de trienios a los funcionarios interinos, pues la referida cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada

---

<sup>15</sup> Cfr. A. LAZARI, *La aplicación judicial del derecho comunitario en España: el diálogo entre jueces tejedores*, en AA.VV., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea*, Tomo IV, Aranzadi / Thomson Reuters, 2011, 432 ss.

frente al Estado por funcionarios interinos ante un tribunal nacional -sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional en materia de prescripción, y está dotada de efecto directo, confiriendo efectos retroactivos al pago de trienios, desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno.

Siempre en ámbito iuslaboral se ubica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 14 de septiembre de 2011, **Ponente:** FERNANDO SEOANE PESQUEIRA, donde se reproducen las idénticas *rationes decidendi* anteriores.

“Únicamente en este supuesto, y en la medida en que la ley nacional de adaptación del Derecho interno hubiera excluido la atribución de efecto retroactivo a sus disposiciones, el Tribunal de Justicia indicó, como se desprende del apartado 93 de la presente sentencia, que el Derecho de la Unión, en particular la exigencia de interpretación conforme, no podía, so pena de obligar al tribunal remitente a realizar una aplicación *contra legem* del Derecho nacional, interpretarse en el sentido de que obliga a dicho órgano jurisdiccional a conferir a la norma nacional de adaptación del Derecho interno un alcance que se retrotrae a la fecha de expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva" y concluye en el apartado 96 que: "Sin embargo, contrariamente al asunto que dio lugar a la sentencia Impact, antes citada, se desprende de la información aportada por el tribunal remitente que en el litigio principal no se plantea ninguna dificultad respecto a su propia competencia para conocer de las pretensiones de la demandante en el litigio principal relativas al pago de trienios, en la medida en que el recurso de la demandante está directamente basado en las disposiciones de la Directiva 1999/70 ".

En consecuencia, se termina por aplicar directamente la Directiva 1999/70 /CE, en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia comunitaria, también en lo que se refiere a los efectos retroactivos de los trienios de los funcionarios interinos. En este punto conviene incidir en el criterio del Tribunal de Justicia comunitario, teniendo en cuenta que su jurisprudencia es fuente de Derecho interno bajo los principios de primacía de Derecho comunitario y que comporta incluso bajo ciertas condiciones la inaplicación de leyes internas en contrario. Y junto al mismo, el principio de interpretación conforme con el derecho comunitario que deposita en el órgano jurisdiccional la obligación de "hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva". En definitiva, la formula de estilo que emplean muchas cortes nacionales radica en que “el Derecho interno no claudica ante el Derecho comunitario sino que se integra y orienta bajo sus determinaciones, evitando interpretaciones que lo vacíen de efecto útil”.

## **II. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Tratamiento aparte merece el principio de la responsabilidad del Estado por violación del derecho de la Unión Europea. La **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 17 diciembre 2010**, luego confirmada

con **sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2011, Ponente: OCTAVIO JUAN HERRERO PINA** en tema de responsabilidad del Estado derivada de acto legislativo, a saber de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor añadido. Tal legislación nacional entraría en colisión con la regla de la prorrata del IVA, impuesta por la Sexta Directiva del Consejo. Se trata de la sentencia de actuación de la decisión del **Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de enero de 2010, C-10/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L., y Administración del Estado**. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Autopista Central Gallega Concesionaria Española, S.A., contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 1 de junio de 2007, por el que se desestimaba la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por la recurrente, en fecha 6 de octubre de 2006, como consecuencia de la limitación del derecho a la deducción del IVA soportado correspondiente a las subvenciones percibidas. El Tribunal Supremo declara la responsabilidad patrimonial del Estado, reconociendo el derecho de Autopista Central Gallega Concesionaria Española, S.A. a ser indemnizada en la cantidad de un millón cuatrocientos catorce mil setecientos nueve euros con ochenta y siete céntimos de euro. La cuestión objeto de la dialéctica judicial en cuestión ha sido posteriormente abordada por la sentencia del **Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 9 de junio de 2011, C-285/10, Campsa Estaciones de Servicio, S.A., y Administración del Estado**, que condena la legislación española por vulnerar el derecho de la Unión Europea.

Las dos sentencia del Tribunal Supremo tienen por objeto el Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 1 de junio de 2007, por el que se desestima la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por "Autopista Central Gallega Concesionaria Española, S.A." en fecha 6 de octubre de 2006, como consecuencia de la limitación del derecho a la deducción del IVA soportado correspondiente a las subvenciones percibidas en el ejercicio 2004, y con fundamento en el incumplimiento por parte del Estado Español de las obligaciones que le incumben en esta materia en virtud del Derecho Comunitario y, en particular, de los arts. 17, apartados 2 y 5, y 19 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977 (Sexta Directiva en materia de IVA). Las deducciones constituyen un elemento esencial en la mecánica del Impuesto sobre el Valor Añadido y vienen obligadas por la neutralidad de este impuesto para los empresarios y profesionales que intervienen en las distintas fases de los procesos productivos, permitiéndoseles deducir las cuotas soportadas en la adquisición o importación de bienes y servicios. En el Derecho Comunitario esta materia viene regulada en la Sexta Directiva del Consejo de 17 de mayo de 1977 , Directiva 77/388/CEE, que tiene por objeto la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, dedicando su Título XI, arts. 17 a 20 , a las deducciones.

La Ley 37/1992, de 28 de diciembre ( RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) , del Impuesto sobre el Valor Añadido, regula en sus artículos 92 a 114 el régimen de deducciones de este impuesto, expresando en el artículo 102.1 que la regla de prorrata será de aplicación cuando el sujeto pasivo, en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, efectúe conjuntamente entregas de bienes o prestaciones de servicios que

originen el derecho a la deducción y otras operaciones de análoga naturaleza que no habiliten para el ejercicio del citado derecho, fijando en el artículo 104 el sistema de determinación del porcentaje de deducción en los casos de aplicación de la regla de prorata.

La colisión entre la normativa europea y la ley española se hace patente cuando, una vez conocida la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005, C-204/03, la parte hoy recurrente formuló, al amparo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, a los efectos de resarcir los perjuicios económicos que entendía le habían sido ocasionados como consecuencia de la limitación que sufrió de su derecho a la deducción del IVA soportado, al haber incumplido el Estado Español las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho Comunitario y, en particular, de los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de IVA.

El Consejo de Ministros mantiene que la legislación nacional no es la única llamada a resolver la reclamación, pues ésta se funda en la vulneración del Derecho comunitario y este ordenamiento puede prever mecanismos compensatorios ordenados con arreglo a principios diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento jurídico interno, y en este sentido el Acuerdo recuerda la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho Comunitario, responsabilidad que se extiende también a los casos en que el incumplimiento le es atribuido al legislador nacional. También opone el Acuerdo impugnado a la existencia de responsabilidad la no concurrencia de relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que se imputa al Estado y el daño producido. Esta ausencia de relación causal se fundamenta en el hecho de que la reclamante no mostró oposición alguna a los ingresos realizados en plazo en aplicación de los preceptos de la Ley del IVA citados, con lo que tales ingresos ya tienen en la vía administrativa (y, por consiguiente, también en la judicial) el carácter de firmes y, por tanto, se trata de "situaciones consolidadas", según las sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989 y 14 de diciembre de 1995, a efectos de considerarlas "no susceptibles de ser revisadas". En este punto el Consejo de Ministros trae a colación lo que considera una situación equiparable, sino idéntica, como es la declaración de inconstitucionalidad de una ley, que encuentra según su criterio como muro de contención a los efectos del establecimiento de la responsabilidad patrimonial el principio de la intangibilidad de las situaciones firmes, ex art. 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. En las sentencias de la misma Sala de 29 de enero de y 24 de mayo de 2005, donde encuentra su más firme bastión para entender roto el nexo causal entre el daño patrimonial invocado y el acto del legislador. Tras una prolija citación de decisiones del Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo ha venido aplicando la doctrina sobre la responsabilidad del Estado legislador cuando se le han planteado demandas de responsabilidad patrimonial por vulneraciones del Derecho Comunitario, como se pone de manifiesto en la STS de 12 de junio de 2003. Sin embargo, en relación con sentencias del Tribunal de Justicia que se refieren a normas de contenido tributario incompatibles con el Derecho Comunitario, la

Alta Corte “ha *modulado* y precisado la anterior doctrina en relación con la establecida para el ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración de la Constitución Española” [énfasis añadida]. Esta operación llevada a cabo por el Tribunal Supremo concretiza la labor de conjugación del paradigma comunitario en las declinaciones nacionales; ejercicio que, de todas formas, ha de desarrollarse cumpliendo con las coordenadas de equivalencia y efectividad, trazadas por la propia corte de Luxemburgo.

El correctivo adoptado por este último juez con la mencionada sentencia de 26 de enero de 2010, C-118/08, responde a la cuestión planteada por el Tribunal Supremo español en el sentido de que "el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 TCE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente."

Prosigue el tribunal español: “Así las cosas, hemos de detenernos en el examen de la vinculación de esta sentencia del Tribunal de Justicia, dictada en respuesta a nuestro reenvío prejudicial, y en qué medida nos obliga a rectificar nuestra jurisprudencia tal como se manifestó en las citadas sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 pues, **como es sabido no existe propiamente entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales una relación de subordinación institucional ni jerárquica sino de cooperación y colaboración**”[énfasis añadida]. Es la esencia del diálogo judicial. De aquí el motivo del cambio judicial dictado por las aulas de Luxemburgo y asumido por el Tribunal Supremo de esta forma: “La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 , que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expreso, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad”. Pasando a analizar los requisitos básicos de la responsabilidad del Estado, la Alta Corte sostiene que “la valoración del alcance de la infracción, atendiendo a la definición de la situación por las normas comunitarias y la justificación por el Estado de la opción legislativa adoptada conducen a estimar concurrente el requisito de vulneración suficientemente caracterizada, pues los

pronunciamientos del Tribunal dejan pocas opciones para justificar la postura del Estado, al señalar que en este caso no existía incertidumbre en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión, afirmación que por lo demás resulta del examen de las mismas que se efectúa en la sentencia y que pone de manifiesto que la regla de prorrata de la deducción establecida en el art. 19 de la Directiva viene referida al art. 17.5 de la misma, es decir, a los sujetos pasivos mixtos y es a ellos a los que va referida la facultad de los Estados miembros para introducir en el denominador la cuantía de subvenciones no enunciadas en el art. 11.1 .a). El margen de apreciación del Estado al efecto es muy reducido y no se justifica por error en la interpretación del precepto, acudiendo a la finalidad de la Sexta Directiva , que no permite alterar sus previsiones en perjuicio de los contribuyentes. Menos justificación tiene la introducción de la regla especial del art. 104 de la Ley 37/1992 , que introduce un criterio de deducción, también en perjuicio del contribuyente, sin apoyo alguno en la normativa comunitaria, que se ve alterada limitando el derecho a deducción establecido. Tal planteamiento del Estado, cuya voluntariedad e intencionalidad se refleja en sus propias alegaciones que tratan de justificar la opción adoptada, no puede atribuirse, por lo tanto, a una incertidumbre objetiva e importante de la normativa comunitaria, como se señala en la sentencia, ni aparece provocada por la actitud de alguna Institución comunitaria que haya podido contribuir a ello. [...] No existía, por tanto, ninguna incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión. Todo lo cual lleva a concluir que estamos ante una violación suficientemente caracterizada al haberse vulnerado por el Estado, en el ejercicio de su facultad normativa, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades.

El criterio discriminante del nexo de causalidad retorna en otra sentencia que se ocupa de dilucidar la responsabilidad del Estado por violación del derecho de la Unión Europea. En la sentencia del **Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 13 octubre 2011**, se desestima la petición de indemnización por los perjuicios ocasionados como consecuencia de disminución de pensión complementaria. En esta decisión se niega la existencia de la vinculación entre la infracción de la normativa comunitaria derivada de la no transposición de la Directiva y el perjuicio sufrido por los recurrentes, que la sentencia recurrida atribuía al convenio de conciliación que posee la misma eficacia que un auténtico convenio colectivo, y no a la infracción, siquiera sea por omisión, resultante de esa transposición tardía de la Directiva comunitaria. La relación etiológica viene a ser desplazada hacia otra normativa de la siguiente forma: “Y adviértase que, en todo caso, esa directa vinculación entre el citado convenio y el daño sufrido al particular, se intentó remediar por los pensionistas afectados que, como resulta de la sentencia que antes mencionábamos del Tribunal Constitucional, eligieron una vía procesal inadecuada para impugnar el citado convenio, para lo que carecían de legitimación, en lugar de intentar, como en la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de abril de 2001 se declara, reaccionar frente a concretas actuaciones de la empresa para que se declarare que tales cláusulas le son inaplicables, lo que hubiera incluso permitido que el órgano jurisdiccional entrara a valorar la posible nulidad de éstas.

En definitiva, de ello se deduce la inexistencia de responsabilidad de la Administración por faltar el requisito esencial en relación con el nexo causal entre la inactividad derivada de la falta de transposición de la directiva al ordenamiento jurídico español y el perjuicio ocasionado a los recurrentes, el cual se deriva, no de dicha infracción de falta de transposición, sino directamente de la aplicación de un acuerdo conciliatorio aprobado por la Sala de los Social de la Audiencia Nacional con el alcance previsto en el artículo 153.2 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 24 de mayo de 1995 , y a consecuencia de cuya directa aplicación vieron disminuido el importe de sus pensiones los recurrentes"<sup>16</sup>.

La aplicación del super-principio de igualdad resulta válido también hacia los acuerdos laborales colectivos, como testimonia la jurisprudencia de la corte comunitaria sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981, confirmada en las posteriores Viking (Gran Sala), 11.1.2007, C-438/05; Laval (Gran Sala). 18.12.2007, C-341/05, Rüffert (Sala Segunda), 3.4.2008, C-346/06, Sentencia Gran Ducado de Luxemburgo. 19.6.2008, C-319/06; y en las actuaciones nacionales como recuerda el arrêt de Cour de cassation, Chambre sociale 4 mayo 2011:

*“aux motifs propres que selon la stipulation critiquée par les salariés, les femmes de moins de vingt et un ans au 30 avril de l'année précédente bénéficient de deux jours de congé supplémentaire par enfant à charge, l'enfant devant avoir moins de quinze ans au 30 avril de l'année en cours et vivre au foyer ; que d'abord l'article 119 du Traité de Rome, devenu l'article 141 du Traité des Communautés européennes, interdit toute discrimination en matière de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins ; qu'en application du principe de primauté du droit communautaire , tant l'article 51 de la convention collective des industries métallurgiques de l'arrondissement d'Ales repris par l'article IV-11 de la convention collective Gard et Lozère que l'article L. 223-5, devenu L. 3141-9 du code du travail, ne peuvent faire obstacle à l'application du principe d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins résultant de l'article 141 précité et mis en oeuvre par la directive 76/ 207/ CEE du 9 février 1976 en raison de la primauté du droit communautaire , sans qu'il soit nécessaire de prononcer la nullité des textes conventionnels”.*

La red de contención de los efectos del sistema de responsabilidad comunitario, que en el ordenamiento español se ubica principalmente en el nexo de causalidad, encuentra en otros modelos nacionales diferentes formas. Por ejemplo en Italia, la **Corte di Cassazione civile sez. trib., 17 junio 2011, n. 13329** desestima la petición de indemnización de los daños ocasionados por incompatibilidad de la legislación nacional la normativa comunitaria, caso análogo al antes citado español, sólo que en este supuesto la red de contención reside en que las normas comunitaria sería directamente aplicables, anulando la posibilidad de pedir el correspondiente remedio compensatorio.

---

<sup>16</sup> Al margen de la argumentaciones esta vez bastantes ambiguas, queda bastante opaca la afirmación según la cual “resulta, pues, indiscutible que en el sistema de fuentes del derecho comunitario el contenido de un Reglamento prevalece sobre una Directiva, así como que respecto a aquel los Estados deben limitarse a aplicarlo sin proceder a reproducirlo en normativa interna”.

Sostiene la corte italiana: *“la restituzione dell'imposta indebitamente versata non potrebbe neppure avere luogo - come ha erroneamente ritenuto, nella specie, la Corte di appello di Caltanissetta - sub specie di risarcimento del danno per omesso recepimento di una direttiva comunitaria, quando questa - come nel caso concreto - è direttamente ed immediatamente applicabile nell'ordinamento nazionale, avendo un contenuto positivo, chiaro, preciso e dettagliato (direttiva c.d. self executing). Deve, invero, rilevarsi, al riguardo, che il diritto del cittadino di uno degli Stati dell'Unione Europea di ottenere il diritto al risarcimento del danno, in caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore, nel termine prescritto, delle direttive comunitarie applicabili in una determinata materia, postula che le direttive stesse siano non autoesecutive, si che si richieda necessariamente un'attività dello Stato di adeguamento dell'ordinamento interno alla normativa comunitaria (Cass. S.U. 9147/09, Cass. 5842/10).*

Otro límite resarcitorio consiste en la naturaleza de los daños. Recientemente la *mass tort litigation* en torno a la indemnización de los ex médicos especializandos (en la terminología española, los MIR) no remunerados conforme a la normativa comunitaria en materia, anteriormente comentada en las Crónicas 18 y 19, desplaza el eje jurídico del principio de responsabilidad había la cuestión de la naturaleza contractual y extracontractual de la lesión. En efecto, la **Corte di Cassazione civile sez. III, 17 mayo 2011, n. 10813, n. 10814, 10815, 10816**, con bien cuatro decisiones gemelas de complejo y prolijo contenido. Cuyo núcleo esencial reside en la posibilidad de reconocer un plazo de prescripción del derecho a la indemnización decenal, según que se verifique la naturaleza contractual, o quinquenal, relativa a la prescripción extracontractual. La falta de actuación de las directivas comunitarias 75/362/CEE y 82/76/CEE asumiría, por tanto, una dimensión de *indennizzo per obbligazione "ex lege o per atto lecito*, no verificándose las condiciones para poder hallar los extremos del art. 2043 código civil italiano, en tema de responsabilidad extracontractual.

La argumentación medular de la corte italiana se halla en la diferenciación entre el ámbito del ilícito comunitario y su correspondiente recepción en el sistema nacional. Esta operación de conjugación del modelo interfacial comunitario se obstruye en la jurisprudencia de la Alta Corte italiana. Mientras la corte comunitaria elucubra en torno al ilícito extracontractual, el juez transalpino considera que hay que referirse *“allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come antiggiuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'idonea compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione ex lege riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione”*.

Tal planteamiento no está compartido ni por la anterior sentencia del Pleno de la Corte di Cassazione **17.04.2009 n. 9147**, ni por los jueces ordinarios que, en cambio, recurren a la conjugación del art. 2043 c.c. A modo de ejemplo, la Corte d'appello Roma sez. I., 7 marzo 2011, n. 945, sostiene que *“ritenendo azionato il diritto al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.. per violazione dell'obbligo dello Stato di dare attuazione alle direttive comunitarie valutate sotto il profilo dell'obbligo di adeguata remunerazione per il medico per la frequenza di un corso di specializzazione, aveva dichiarato inammissibile l'eccezione di prescrizione sollevata dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 2948 n. 4 c.c.. (accolta invece dal Tribunale), poiché formulata in termini non pertinenti al rapporto giuridico dedotto in giudizio In quanto non si trattava di impiego pubblico e di responsabilità contrattuale”*.

La tesis de las cuatro sentencias de la Cassazione de 2011 se funda en la *"considerazione che, stante il carattere autonomo e distinto tra due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento dei legislatore è suscettibile di essere qualificato come anti-giuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno. In continuità con l'indirizzo richiamato, il giudice di legittimità, precisato che "il diritto al risarcimento deve essere riconosciuto allorché la norma comunitaria, non dotata del carattere self - executing, sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli", pone quindi l'obbligazione dello Stato "fuori dello schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione ex lege dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica", tale da "porre riparo effettivo e adeguato al pregiudizio subito dal singolo"*.

La naturaleza contractual del ilícito se encuentra ya reconocida en recientes decisiones de la jurisprudencia francesa, como, por ejemplo, el arrêt del **Conseil d'État 8ème et 3ème sous-sections réunies, 3 agosto 2011**, según el cual *“qu'en conséquence, l'administration ne pouvait mettre à la charge des sociétés établies en France qui achetaient des antennes à la société requérante la taxe prévue par ces dispositions du code général des impôts ; que cette illégalité est de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Considérant que, pour faire partiellement droit à la demande présentée par la société Sirio Antenne SRL, la cour a, après avoir fait mention de l'arrêt du 22 avril 1999 de la Cour de justice des Communautés européennes, jugé que la responsabilité de l'Etat du fait des lois était engagée en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques »*. Los jueces ordinarios también en Francia mantienen una postura distinta, allí donde, como en la decisión de la Cour Administrative d'Appel de Lyon, 2ème chambre, 22 mars 2011, creen que la violación del derecho de la Unión Europea implique una ruptura sustancial de la norma comunitaria: un ilícito. *“Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, l'illégalité des mesures précitées d'interdiction puis de restriction de la commercialisation du ris de veau, qui ont été édictées en violation des obligations communautaires qui s'imposaient à la France, est fautive et engage la responsabilité de l'Etat »*.