

Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6922-2008, avocado al Pleno.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, expreso mi discrepancia con la fundamentación jurídica de la Sentencia, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación de la Sala y que expongo a continuación.

Quiero subrayar que mi discrepancia no se refiere a la desestimación del recurso de amparo, criterio que comparto plenamente, sino a su fundamentación jurídica, tanto por lo que dice y hace como por lo que no dice. Comenzaré exponiendo lo que, a mi juicio, esquiva y omite la Sentencia (1) para, después, expresar las razones de mi desacuerdo con las implicaciones de lo que sí dice (2) y, finalmente, concretar mi discrepancia con lo que hace (3).

1. A la Sentencia que resuelve el presente recurso de amparo le antecedió, como es sabido, el planteamiento de nuestra primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ese planteamiento constituyó un hito en la historia de este Tribunal, al que le han seguido posteriormente el de otros tribunales constitucionales europeos. No puede sino celebrarse el diálogo directo entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales nacionales, pues a través de ese diálogo se dará cuerpo progresivamente a un constitucionalismo europeo compartido. Además, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013 que dio respuesta a nuestra cuestión prejudicial encierra aspectos cruciales para la futura articulación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Por todo ello, considero que la presente Sentencia proporcionaba una excelente ocasión para, continuando con ese diálogo, precisar la relevancia de los derechos fundamentales reconocidos en la Unión no solo en el ámbito de aplicación de nuestra Constitución sino también para la propia función jurisdiccional de este Tribunal como garante de la supremacía de esa Constitución, que se superpone parcialmente a la jurisdicción que el Tribunal de Justicia ejerce en materia de derechos fundamentales.

Recordemos que nuestro ATC 86/2011, de 9 de junio, había justificado el planteamiento de la cuestión de interpretación relativa al art. 53 de la Carta en que el Tribunal de Justicia no se había pronunciado todavía acerca de su sentido y en que dicha disposición era “verdaderamente capital de cara a la clarificación del alcance y la función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como su articulación con respecto a las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones de los Estados miembros” (FJ 7).

Sin embargo, la Sentencia aprobada por la mayoría esquiva estas cuestiones centrales y, en su lugar, se alinea con nuestra jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho comunitario no integra el canon de constitucionalidad, que este Tribunal no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho comunitario, y que el Derecho comunitario solo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales.

Así pues, la Sentencia de la mayoría desaprovecha la ocasión de reflexionar y reflejar las importantes transformaciones que la pertenencia a la Unión Europea ocasiona a nuestra función jurisdiccional y a los procesos constitucionales por medio de los cuales se realiza la preeminencia de la Constitución. En particular, no aborda las implicaciones que pueden tener las consideraciones que el Tribunal de Justicia realiza en la Sentencia de 26 de febrero de 2013 acerca del sentido del art. 53 de la Carta para las relaciones entre el ordenamiento estatal y el de la Unión y para las relaciones entre los respectivos órganos supremos de garantía.

Para realizar la necesaria reflexión en este sentido, este Tribunal tendría que haber comenzado por situar la Sentencia *Melloni* en el contexto más amplio de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, considerando otros importantes pronunciamientos como, por ejemplo, la otra Sentencia dictada por la Gran Sala el mismo día 26 de febrero de 2013 en el asunto *Åkerberg Fransson* o la posterior Sentencia de 30 de mayo de 2013 dictada en respuesta a una cuestión prejudicial promovida por el Consejo Constitucional francés en un asunto también referido a la orden europea de detención y entrega, pero sobre una cuestión no plenamente armonizada.

2. Por otra parte, considero que las referencias que se contienen en el FJ 3 son totalmente innecesarias para resolver el recurso de amparo y resultan incoherentes a la luz de la resolución finalmente adoptada.

El FJ 2 de la Sentencia recuerda los términos de las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro ATC 86/2011 así como la respuesta que nos proporcionó el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 26 de febrero de 2013. Pues bien, inmediatamente después, el FJ 3 comienza señalando que, antes de proceder a la determinación del contenido absoluto del derecho fundamental alegado por el demandante de amparo, “debemos, sin embargo, completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”. No entiendo que este Tribunal pueda o tenga que “completar” las Sentencias que el Tribunal de Justicia adopta en vía prejudicial a instancia nuestra o de otro órgano jurisdiccional de la Unión. A continuación el FJ 3 realiza diversas afirmaciones genéricas sin aportar una explicación precisa de su finalidad o utilidad en el marco del presente amparo, pero me preocupa que, por su contenido, ubicación y tono, el FJ 3 se interprete como una implícita resistencia a asumir la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, en concreto a la respuesta dada a nuestra tercera pregunta.

Con su respuesta a nuestra tercera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha aclarado que el art. 53 de la Carta no permite que España aplique un nivel de protección más alto que el de la Carta en una materia -la orden europea de detención y entrega- en la que existen normas comunes europeas. De esta forma (y así se plasma en la fundamentación de la sentencia), el Tribunal de Justicia rechaza rotundamente la interpretación que acompaña a nuestra pregunta y que nuestro Auto favorecía: el art. 53 de la Carta no autoriza a los Estados miembros a aplicar, en el ámbito de aplicación de la Carta (que es el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión), un nivel de protección más elevado.

Es sabido que la DTC 1/2004 de este Tribunal, sobre la compatibilidad de la ratificación del Tratado Constitucional con la Constitución española, adujo para sustentar la compatibilidad de la Carta de Derechos Fundamentales con la Constitución española, entre otros argumentos, una interpretación del art. 53 de la Carta que ahora ha sido rechazada categóricamente por el Tribunal de Justicia. La Sentencia de la mayoría, por tanto, al “completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este

Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, parece estar indicando que no acepta la respuesta a la tercera pregunta que le ha proporcionado el Tribunal de Justicia, y que considera que el Tribunal Constitucional está facultado para aplicar el nivel de protección eventualmente mayor que puede derivar de la Constitución española en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Pues bien, si esa lectura del FJ 3 fuera correcta, la Sentencia de la mayoría estaría formulando de forma implícita su rechazo a la primacía del Derecho de la Unión que el Tribunal de Justicia ha vuelto a confirmar precisamente en su Sentencia de 26 de febrero de 2013. Todas las citas que el FJ 3 entresaca de la DTC 1/2004 apuntan en la misma dirección: se dirigen a subrayar los límites de la integración europea. La aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada –se reitera hasta tres veces con distintas formulaciones– al respeto de los principios y valores básicos de la Constitución.

A mi juicio, es incoherente que, en un ámbito en el que no existe problema alguno de compatibilidad del Derecho de la Unión Europea con la Constitución española (pues la propia Sentencia se encarga en el FJ 4 de reinterpretar y ajustar a la baja el contenido absoluto del derecho fundamental afectado), parezca cuestionarse la primacía incondicionada de dicho ordenamiento sobre el Derecho interno y se recuerde enfáticamente sus límites. La reiteración de esos límites podría sugerir la existencia de un conflicto profundo entre ambos ordenamientos, postulado que ni se desprende de nuestra jurisprudencia ni creo que sea la opinión mayoritaria del Pleno.

Pero no acaba ahí el FJ 3. Creo apreciar además una crítica velada a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al recordarle la necesidad de “garantizar y salvaguardar *de manera efectiva un alto nivel de protección* de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (énfasis añadido). Si esta fuera la intención de esas palabras, quiero mostrar mi absoluto desacuerdo. Este Tribunal no debe recordarle al Tribunal de Justicia la necesidad de que garantice *de forma efectiva* los derechos fundamentales ni que lo haga con *un alto nivel de protección*. Cada jurisdicción debe aplicar sus propias normas de tutela de los derechos fundamentales, con el nivel de protección que dimane de ellas; no puede ni debe garantizar un nivel más alto de protección que el que esas normas consagran, ni por supuesto un nivel de protección exactamente coincidente con el dispensado por cada una de las Constituciones de los Estados miembros. Sin duda le obliga un mandato (explícito o no) de optimización de los derechos reconocidos, pero eso es distinto a

aplicar un alto nivel de protección, el cual puede chocar con otros derechos o con otros valores y fines constitucionales e incluso con garantías constitucionales reconocidas en alguno de los Estados miembros.

Que la intención de crítica al Tribunal de Justicia es real y no mero fruto de mi suspicacia, lo acredita el párrafo que sigue a continuación en el texto y que reproduce íntegramente la advertencia de la DTC 1/2004, según la cual en caso de excesos no remediados por el Tribunal de Justicia, la conservación de la supremacía de la Constitución obligaría al Tribunal Constitucional a abordar tales excesos. Sinceramente no entiendo que, en un supuesto en el que no existe un problema de interpretación divergente ni por supuesto un conflicto con norma constitucional alguna, este Tribunal recuerde y traiga a colación la doctrina formulada en la DTC 1/2004 para los casos hipotéticos y difícilmente concebibles de conflicto con la Constitución española que puedan surgir en la futura dinámica del Derecho de la Unión. Si la mayoría del Pleno consideraba que estábamos ante uno de esos supuestos, debería haberlo argumentado así lisa y llanamente; y si, por el contrario, consideraba que ese no era el caso, sobraba la advertencia.

En suma, en mi opinión la Sentencia debería haber prescindido íntegramente del FJ 3, que, en último término, parece dar a entender que este Tribunal está de alguna forma insatisfecho con la respuesta dada por el Tribunal de Justicia.

3. Para resolver el presente recurso de amparo, la Sentencia de la mayoría procede en el FJ 4 a reinterpretar *ex art.* 10.2 CE el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, con respecto a la interpretación que venía realizando este Tribunal. Considero que de esta forma se vuelve a la posición tradicional del Tribunal Constitucional, criticada desde distintos ámbitos, que considera el art. 10.2 CE como fundamento exclusivo de la eficacia, en esta sede, de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión Europea. Ello no es coherente con el propio hecho del planteamiento de nuestras tres cuestiones prejudiciales sobre la validez y la interpretación de diversas normas europeas relevantes para la resolución del recurso de amparo ni, sobre todo, con el contenido de las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia. Tanto el planteamiento de nuestras cuestiones prejudiciales como la contestación del Tribunal de Justicia coinciden en un punto: el reconocimiento de la jurisdicción exclusiva y excluyente del Tribunal de Justicia para proteger e interpretar los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión.

En efecto, en respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas en nuestro ATC 86/2011, la Sentencia del Tribunal de Justicia 26 de febrero de 2013 ha declarado que las condiciones de ejecución de una orden europea de detención y entrega están armonizadas en el Derecho de la Unión y que, por consiguiente, no es posible aplicar el nivel superior de protección derivado del ordenamiento jurídico interno, sino solo el nivel de protección de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta.

Lo que ha respondido el Tribunal de Justicia a nuestras cuestiones prejudiciales podría servir para integrar vía art. 10.2 CE nuestro canon sobre el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE para los supuestos *no relacionados con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión*. Pero en supuestos como el presente, que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no puede ser un mero criterio hermenéutico que podamos manejar con cierta libertad, en conjunción con otros, con el fin de concretar *ex art. 10.2 CE* el contenido absoluto del derecho fundamental. Por el contrario, proporciona el canon que debemos aplicar *ex art. 93 CE* en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea: estando plenamente armonizada la regulación de la ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega, lo que hay que aplicar son única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013.

En otras palabras, el fundamento jurídico de la aplicación a las personas afectadas por una orden europea de detención y entrega del nivel de protección que deriva del Derecho de la Unión no puede ser una norma interna como el art. 24.2 CE, por mucho que sea interpretada vía art. 10.2 CE de conformidad con lo que haya declarado a este respecto el Tribunal de Justicia, sino los derechos fundamentales reconocidos en la Unión, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia. Derechos fundamentales de la Unión que deben aplicarse en el ordenamiento jurídico español en virtud de la primacía del Derecho de la Unión que este Tribunal ya reconoció en la DTC 1/2004 (FJ 4) y que, por lo demás, frente a lo que pudiera sugerir el retórico FJ 3 de la Sentencia de la mayoría, no plantea en este ámbito problema alguno de divergencia con el nivel de protección que consideramos que se despliega *ad extra* del art. 24.2 CE.

4. Por las razones expuestas, considero insatisfactoria la fundamentación jurídica en que se apoya la Sentencia de la mayoría. Esa fundamentación puede alentar las ideas de que este Tribunal no reconoce la primacía del Derecho de la Unión y de que adopta una posición defensiva de su autonomía jurídica frente a aquel ordenamiento, soslayando la primacía del Derecho de la Unión mediante operaciones interpretativas que cree poder controlar con arreglo al art. 10.2 CE. La idea de que esta jurisdicción no aplica derechos de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española, si bien convenientemente interpretados de manera que coincidan indefectiblemente con el nivel de protección reconocido en la Unión, no deja de ser una ficción poco convincente.

Madrid, a trece de febrero de dos mil catorce.