

NUEVOS (Y VIEJOS) RECELOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN FRENTE A LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO (1)

CARLOS VIDAL PRADO

1. INTRODUCCIÓN. LAS REPERCUSIONES DE LA SENTENCIA DEL BVERFG SOBRE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA.—2. LA DECISIÓN MARCO DE 13 DE JUNIO DE 2002 Y SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ALEMÁN. CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL: a) *Los derechos afectados por la Orden de Detención europea en el ámbito alemán.* b) *La transposición de la Decisión Marco al ordenamiento alemán.* c) *La prohibición constitucional de extradición de los ciudadanos alemanes.*—3. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA: a) *La especial protección de los ciudadanos alemanes frente a la extradición.* b) *La Decisión Marco, norma de derecho derivado.* c) *Traslación de la decisión Marco al ordenamiento alemán conforme al art. 16.2 de la GG.* d) *Análisis de la conformidad constitucional de la ley alemana.* e) *Declaración de nulidad.*—4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA: a) *La naturaleza jurídica del art. 16.2 GG.* b) *Los argumentos del recurso de amparo.*—4. LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO.—5. CONCLUSIONES. LA POSICIÓN DEL BVERFG FRENTE AL DERECHO EUROPEO.

1. INTRODUCCIÓN. LAS REPERCUSIONES DE LA SENTENCIA DEL BVERFG SOBRE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 18 de julio de 2005, sobre la Ley alemana que traslada al ordenamiento interno germano la

(1) Este trabajo ha sido realizado durante una estancia de investigación en las Universidades de Göttingen y Colonia. Agradezco a la Fundación Alexander von Humboldt su apoyo, no sólo económico sino personal, gracias al cual el tiempo allí transcurrido se ha hecho mucho más agradable y fructífero. Agradezco también a los profesores Christian Starck y Klaus Stern, en cuyos respectivos Institutos he trabajado, su incondicional respaldo científico y personal.

Decisión Marco sobre la Orden de detención europea (2), ha supuesto, al menos a primera vista, un duro golpe para la Política de Seguridad común de la Unión Europea. Esta decisión del BVerfG ha sido recibida también con críticas por parte de la doctrina alemana, aunque, como veremos, el fundamento principal del fallo no se basa en la negación de la eficacia del Derecho europeo derivado en Alemania, sino en la incorrecta transposición de la norma europea al ordenamiento alemán.

En general, como se ha puesto de relieve en los trabajos que se han ido publicando en los últimos meses, la Sentencia del BVerfG ha defraudado (3). Además de considerarla como técnicamente defectuosa, ha vuelto a plantear, de modo seguramente innecesario, algunos problemas relativos a la relación entre el Derecho interno alemán y el Derecho europeo, que parecían ya superados. Un problema concreto sobre una determinada lesión de derechos fundamentales, como la que es objeto del recurso de amparo de un ciudadano frente a la autorización de su extradición, ha servido para que el Tribunal se plantee un control global de constitucionalidad sobre la norma, que ha dado lugar a la declaración de nulidad radical.

El Tribunal se ha detenido más en subrayar la primacía del Derecho constitucional alemán sobre el Derecho comunitario, que en entrar, por ejemplo, a estudiar las implicaciones concretas del caso que tenía entre manos, relacionado con el terrorismo internacional. Tampoco parecen haberle preocupado al BVerfG las consecuencias que su decisión puede tener de cara al proceso de integración europea. Es más, algunas de sus afirmaciones no permiten albergar expectativas demasiado favorables hacia este proceso, aunque siempre puede haber una rectificación, incluso parcial, de las posiciones que se contienen en esta sentencia.

Pero lo que preocupa también a la doctrina alemana es la poca sensibilidad europea que refleja esta sentencia. La decisión del BVerfG, que se hace

(2) *Cfr.* BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005. Todas las referencias a la Sentencia y a los Votos Particulares pueden consultarse en la página web del BVerfG, en la siguiente dirección de internet: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html

(3) CHRISTIAN TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, págs. 453-460. J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, págs. 801-809. H. BADDENHAUSEN y J. PIETSCH: «Rahmenbeschlüsse der Europäischen Union», en *DVBl.*, 2005, págs. 1562-1566. En España se ha publicado un detallado comentario de la sentencia, desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal: GUILLERMO ORMAZÁBAL SÁNCHEZ: «La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana. Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)», en *La Ley*, núm. 6394, 5 de enero de 2006.

pública después del «No» al Tratado constitucional en Francia y Holanda, no aporta ninguna idea nueva, y demuestra que el Tribunal Constitucional Federal alemán continúa anclado —si es que no ha retrocedido— en sus posiciones de la sentencia Maastricht. Del contenido de la sentencia no podemos deducir, con relación a las ideas del Tribunal alemán, nada más que lo que ya sabíamos. Es decir, que la realidad constituida por la Unión Europea va más allá del clásico «Status» de una organización internacional, pero no ha alcanzado todavía el nivel de la «estatalidad» (*Staatlichkeit*), por lo que ha de seguir siendo denominada como «Unión de Estados» (*Staatenverbund*).

Sin embargo, no puede olvidarse que, ante la lógica asunción de crecientes funciones por parte de la Unión Europea, se incrementa la tensión, puesto que se están ejerciendo competencias que afectan a los pilares esenciales de la estatalidad de los Estados miembros. Esto ocurre, por supuesto, en el caso del Derecho penal, que pertenece a ese núcleo esencial. Los argumentos con los que el BVerfG aborda el problema no parecen ser sensibles a la importancia que este proceso tiene, y se mantienen simplemente en una férrea defensa de la soberanía nacional alemana, como si las decisiones procedentes del ámbito europeo implicasen un peligro, directo o indirecto, para el propio Estado alemán.

2. LA DECISIÓN MARCO DE 13 DE JUNIO DE 2002 Y SU TRANSPOSICIÓN
AL ORDENAMIENTO ALEMÁN. CONSECUENCIAS
EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

a) *Los derechos afectados por la Orden de Detención
europea en el ámbito alemán*

El origen de la ley alemana —cuya aplicación motiva la decisión judicial que da lugar al recurso— es 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) (4). La novedad especial de la orden de detención europea, que tiene su primario fundamento jurídico para todos los Estados miembros en esa Decisión Marco, la constituye el hecho de que un acto de soberanía extranjero, como es una orden de detención («sobre la base del principio del reconocimiento mutuo»; art. 1.2), debe ser ejecutado en otro Estado. Pero no se trata de que voluntariamente se haya aceptado una

(4) DOCE 18.07.2002, págs. L/190-1 a L/190-20.

aplicación automática. La ejecución puede o debe ser rechazada bajo determinadas circunstancias, especificadas en los arts. 3 y 4 de la Decisión Marco.

La orden de detención europea se aprueba en un contexto en el cual se está produciendo un necesario incremento de la colaboración entre Estados en la lucha contra el delito, especialmente contra los de terrorismo y aquellos que sobrepasan las fronteras estatales. Esta Decisión Marco pretende ser un instrumento jurídico basado en una buena dosis de confianza, otorgada anticipadamente en el marco de las relaciones recíprocas entre los Estados miembros.

Entre las características más destacadas está que puede aplicarse también a los nacionales del Estado requerido por la orden de detención, y que se renuncia, en el caso de los 32 grupos de delitos señalados en el texto normativo, a la exigencia de la doble tipificación de los hechos, es decir, a que el hecho sea considerado como delictivo en los dos Estados. Será suficiente con que el hecho delictivo esté penado en el Estado emisor, al menos, con una condena de privación de libertad de tres años (art. 2.2 de la Decisión Marco). Se excluye la posibilidad de un juicio político por parte del Estado requerido. También se renuncia a la tradicional excepción de los «delitos políticos».

La cuestión clave es si, para conseguir una mayor eficacia y agilidad en la persecución del crimen, es necesario flexibilizar o aligerar las garantías de los derechos fundamentales. La propia doctrina alemana crítica con la sentencia reconoce no obstante que, a pesar de buscar este avance de la eficiencia en la persecución del delito, no debe hacerse a costa de disminuir la protección de los derechos de los ciudadanos. La aceleración del proceso debe servir para simplificar la innecesaria burocracia, pero no para lesionar los principios del Estado de Derecho, incluso aunque la meta de esta medida sea la intensificación de la lucha contra el terrorismo (5).

b) *La transposición de la Decisión Marco al ordenamiento alemán*

Las Decisiones Marco carecen de eficacia directa (según el art. 34.2.b) TUE), aunque, de igual modo que las Directivas (según el art. 249.3 TCE), son vinculantes para los Estados miembros en lo que se refiere al cumplimiento de sus objetivos. Por eso es necesaria la transposición al derecho interno, que en Alemania se llevó a cabo a través de la *Europäische Haftbefehlgesetz*

(5) CHRISTIAN TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 453.

(EuHbG) (6), que contiene algunos preceptos de modificación de la *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (IRG) (7).

Como se ha destacado por parte de algún autor alemán, las Decisiones Marco (8) son el instrumento principal de aplicación de la política comunitaria común en materia policial y judicial relativa a la persecución de los delitos. La Sentencia del BVerfG que estamos analizando no parece contribuir, como veremos, a favorecer esta colaboración entre los Estados miembros.

Es conocido, por ejemplo, cómo las Decisiones Marco requieren unanimidad para ser aprobadas, lo cual las hace ya no sólo vinculantes en cuanto a sus objetivos porque así lo establezca el TUE, sino que, desde el punto de vista político, la lealtad a lo acordado obliga fuertemente a los Estados miembros a poner todos los medios con diligencia para que puedan alcanzarse los objetivos unánimemente determinados, en este caso, en el Consejo.

Es evidente que las Decisiones Marco necesitan, como las Directivas, una traslación al Derecho nacional (9). Pero el legislador nacional no es libre de realizar o no la transposición, sino que está obligado a ello, según establece el TUE, y normalmente con un plazo concreto. En el caso de la Euroorden, este plazo acababa el 31 de diciembre de 2003. La decisión del BVerfG, al anular de raíz la ley de transposición, hace que Alemania no pueda responder a este compromiso, y además, debido a las circunstancias del momento (disolución del Parlamento y posteriores elecciones), se esté retrasando bastante el momento de dar cumplimiento a esta obligación.

La obligación no procede, como en el caso de las Directivas, del artículo 10 del TCE, sino de la naturaleza de las disposiciones que se aprueban en el marco de la cooperación judicial y policial en materia penal y de la propia Decisión Marco (art. 34. 2 TUE) (10). Piénsese, en este supuesto, en el principio fundamental de lealtad a la Unión que debe regir las políticas de los Estados miembros, que se han expresado de manera muy clara, con relación a las

(6) Ley sobre la Orden europea de detención, de 21 de julio de 2004, *BGBI.* I, pág. 1748.

(7) Ley sobre la asistencia jurídica internacional en causas penales, *BGBI.* I, 1982, pág. 2071.

(8) H. BADDEHAUSEN y J. PIETSCH: «Rahmenbeschlüsse der Europäischen Union», en *DVBl.*, 2005, págs. 1562-1566.

(9) Véase, a este respecto, BRECHMANN, en CALLIES y RUFFERT: *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2.ª edición, 2002, Art. 34 TUE, número marginal 7.

(10) WASMEIER, en v.d. GROEBEN y SCHWARZE: *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6.ª edición, 2005, Art. 34 TUE, número marginal 10. También GRILLER: «Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam», en Müller-Graff/Schwarze, *Rechtschutz und Rechtskontrolle nach Amsterdam*, *EuropaRecht*, 1999, Cuaderno 1, págs. 45, 64 y sigs.

Decisiones Marco, en la Sentencia del TJCE del 16 de junio de 2005, caso Pupino (11). Sobre esta jurisprudencia tendremos ocasión de retornar.

Sin embargo, como venimos exponiendo, el Alto Tribunal alemán no parece ser sensible a este tipo de apreciaciones. Ya en *Solange I* el BVerfG había insistido en la inaplicabilidad (*Unanwendbarkeit*) de cualquier disposición de Derecho comunitario necesitada de un acto de incorporación por parte del poder público alemán, en el que se produjese una colisión con una garantía definida constitucionalmente y referida a un derecho fundamental (12). Y ya entonces la decisión fue muy criticada por la mayor parte de la doctrina (13). Además, la posición del Tribunal no fue unánime. Tres magistrados disintieron en un Voto particular, en el que se decía que las normas comunitarias de derecho derivado no pueden ser sometidas a un examen de compatibilidad con las disposiciones de la Grundgesetz (GG) que regulan los derechos fundamentales (14). Ahora, sin que aparentemente fuese necesario hacerlo, retorna el Tribunal a posiciones que se asemejan mucho a las entonces sostenidas.

c) *La prohibición constitucional de extradición de los ciudadanos alemanes*

El artículo 16.2 GG, en su primera frase, prohíbe, en términos generales, la extradición de un alemán a un país extranjero: «Ningún alemán podrá ser entregado a un país extranjero». Esta rígida prohibición se flexibilizó en parte con la Ley 47 de reforma de la GG (*Änderungsgesetz zum Grundgesetz*) de 29 de noviembre de 2000 (15), que sin duda se aprobó pensando en las exigencias planteadas por el nuevo orden internacional. El reformado artículo 16.2 añadió, a continuación de la frase citada, un segundo inciso:

«Por medio de una ley puede ser aprobada una regulación divergente para la extradición a un Estado miembro de la Unión Europea o a un Tribunal internacional, en la medida en que se garanticen los principios fundamentales del Estado de Derecho».

Por lo tanto, no se autoriza la extradición de un ciudadano alemán a cualquier tercer Estado. El cambio constitucional ha querido mantenerse especial-

(11) Sentencia del TJCE, Asunto C-105/03 (Pupino), de 16.06.2005 (<http://curia.eu.int>).

(12) BVerfGE 37, 271, B. I. 7.c).

(13) Algunas de estas posiciones doctrinales pueden verse en M. HILF: «Solange II: Wie lange noch Solange?», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1987, pág. 1, notas 3 y 5.

(14) BVerfGE 37, 271, *Abweichende Meinung* (voto particular), I.

(15) Cfr. BGBl. 2000, I, pág. 1633.

mente distante de la posibilidad —sobre la que se había hablado— de considerar como suficiente para admitir la excepción a la regla general la exigencia de que el Estado solicitante fuese parte firmante del Convenio Europeo de los Derechos Humanos o incluso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de modo que esto se entendiese como elemento suficiente para reconocer una base de legitimación.

La Ley alemana de transposición de la Decisión Marco europea debe, por tanto, respetar estas exigencias de la regulación constitucional, y debe exigir algunos requisitos adicionales para la extradición de un ciudadano alemán. Dos cuestiones han de tenerse presentes además, con relación al propio texto del art. 16.2 de la GG. Para el caso de los miembros de la Unión Europea es un punto de referencia básico el art. 6 del TUE, como la propia Decisión Marco establece en su art. 1.3 (16). Para el caso de los tribunales internacionales, ha de considerarse que, en cuanto que creaciones de la Comunidad internacional, responden a todos los estándares exigidos por los principios del Estado de Derecho.

Sin embargo, según la opinión del BVerfG no se han cubierto de modo satisfactorio estos requisitos, fundamentalmente porque no se ha tenido suficientemente en cuenta el principio de proporcionalidad.

3. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El BVerfG considera fundamentado jurídicamente el objeto del recurso de amparo, y articula su sentencia en tres grandes bloques:

1. La ley sobre la orden de detención europea lesiona los derechos fundamentales y es materialmente inconstitucional.
2. La ley es, por tanto, nula.
3. Las decisiones recurridas en amparo se basan en un fundamento jurídico anticonstitucional (puesto que aplicaban la ley considerada inconstitucional) y, por tanto, resultan anuladas.

a) *La especial protección de los ciudadanos alemanes frente a la extradición.*

De los primeros apartados de la Sentencia podemos destacar los siguientes argumentos:

1. Los ciudadanos que poseen la nacionalidad alemana están protegidos frente a la extradición por el derecho fundamental reconocido en el artícu-

(16) «La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea».

lo 16.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Sin embargo, esta protección admite algunas excepciones para determinadas circunstancias, que deben aplicarse de modo muy restrictivo.

2. El derecho fundamental del artículo 16.2 GG, que garantiza la nacionalidad y la permanencia de los nacionales en el marco del propio orden jurisdiccional, tiene un rango elevado de protección. Se basa, entre otras cosas, en la propia doctrina alemana (17).

3. Las posibles limitaciones a la prohibición de la extradición se incluyeron en la *Grundgesetz* mediante la Ley de Reforma de la GG de 29 de noviembre de 2000 (18), pero con importantes restricciones, y referidas exclusivamente a la Unión Europea o a un Tribunal Internacional (19).

4. En lo que se refiere a la Unión Europea, se ha venido fortaleciendo en los últimos tiempos el Espacio Común de Libertad, Seguridad y Justicia, que conforma el «Tercer Pilar» de la Unión. Se trata de intensificar cada vez más el trabajo y la unión de las autoridades judiciales de dichos Estados miembros. Esto supone renunciar a ciertos derechos nacionales y da lugar a una mayor flexibilización de los procedimientos de actuación.

5. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán subraya que, a pesar de reconocer lo anterior:

a) La ciudadanía europea no sustituye a la alemana, sino que la complementa.

b) El Derecho europeo garantiza también la identidad nacional de cada uno de los Estados miembros y, por tanto, la ciudadanía y pertenencia a ese Estado.

c) El trabajo común (20) en el ámbito del Tercer Pilar se basa en el reconocimiento recíproco entre Estados, pero no pretende una armonización del ordenamiento penal de dichos Estados miembros, porque se está protegiendo también la identidad nacional.

En consecuencia, dice el BVerfG que el legislador alemán no puede apartarse de la prohibición de extradición de nacionales de un modo ilimitado (21).

El artículo 16.2.2 sólo permite la extradición de un nacional a través de una específica y cualificada reserva de ley, cuando se respeten los principios

(17) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado I.1.a).

(18) Cfr. BGBl. 2000, I, pág. 1633.

(19) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1.b).

(20) La expresión alemana «Zusammenarbeit» la hemos traducido, en algunas ocasiones, por la palabra española colaboración, pero en otras hemos preferido la traducción literal de «trabajo en común».

(21) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1.c).

jurídicos fundamentales del Estado alemán. No se trata sólo de los principios aplicables a cualquier limitación de un Derecho fundamental en un Estado de Derecho, especialmente el de proporcionalidad. Se trata más bien de las expectativas que ofrece el Estado miembro peticionario, o el Tribunal Internacional, en el sentido de que ofrezca una concordancia estructural con la formulada en el artículo 23.1 de la GG. Debe, por tanto, examinarse, por parte del legislador alemán, si las exigencias del Estado de Derecho se ven satisfechas por quienes solicitan la extradición (22).

El legislador debe llevar a cabo la transposición interna de la Decisión Marco de un modo exquisito. En comparación con la transposición de Directivas comunitarias, nos encontramos aquí con una especial responsabilidad, derivada de la circunstancia de que se trata de medidas tomadas en el ámbito del «Tercer Pilar» de la Unión Europea.

b) *La Decisión Marco, norma de derecho derivado*

La Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención y los procesos de entrega entre Estados miembros de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 es un acto jurídico secundario de la Unión, que colma un objetivo previsto jurídicamente en los tratados [art. 34. 2.b) TUE]. La Decisión Marco está vinculada, en relación con dicho artículo, a alcanzar un objetivo («*zu erreichenden Ziel verbindlich*»).

Según el BVerfG, con la exclusión de la aplicación directa de las Decisiones Marco prevista en el TUE, los Estados miembros quisieron impedir que la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicabilidad directa de las Directivas se ampliase también a las Decisiones Marco (sin embargo, como veremos, esto no concuerda del todo con la jurisprudencia del TJCE, especialmente la reciente del caso Pupino).

Las Decisiones Marco se mantienen, como forma de actuación del Derecho europeo, fuera de la estructura de decisión del Derecho comunitario. Aquí se remite el BVerfG a la distinción entre el Derecho de la Unión y el Derecho comunitario (*Unions- und Gemeinschaftsrecht*) que ya formulase en la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht (23). El Derecho de la Unión, dice el BVerfG, continúa siendo, a pesar de los progresos del proceso de integración, un ordenamiento jurídico parcial, que como es sabido se rige por el Derecho

(22) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1.c), aa).

(23) BVerfGE 89, 155, [196].

Internacional. Por eso se requiere la unanimidad para la aprobación por el Consejo de una Decisión Marco, ésta necesita una transposición por parte de los Estados miembros, y dicha transposición no es jurídicamente exigible (24). El Tribunal Constitucional Federal alemán destaca cómo, en un proceso semejante, el único órgano directamente legitimado desde el punto de vista del principio democrático, el Parlamento Europeo, será solamente escuchado en el proceso de creación de la norma (cfr. art. 39.1 TUE). Lo destaca para justificar que, para responder del todo a las exigencias del principio democrático, también en el ámbito del «Tercer Pilar», los parlamentos nacionales deben conservar una cierta capacidad de influencia. Los órganos legislativos de los Estados miembros conservan el poder político de decisión y configuración, en lo que se refiere a la transposición, e incluso, si fuese necesario, la negación de la transposición interna.

c) *Traslación de la decisión Marco al ordenamiento alemán conforme al art. 16.2 de la GG*

Según el art. 4.7, letras *a* y *b* de la Decisión Marco que estamos estudiando, la ejecución de la orden de detención europea puede denegarse cuando el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas las infracciones en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo; o también cuando las infracciones se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio (25).

Estas disposiciones abren la puerta para establecer, en el ámbito de cada Estado miembro, ciertas limitaciones a la autorización de la extradición por medio del Derecho interno. El legislador interno alemán debe tener en cuenta, por ejemplo, que es indispensable que la limitación al derecho fundamental de prohibición de la extradición respete el principio de proporcionalidad. En especial debe analizar detenidamente si la intervención sobre el ámbito de protección del artículo 16.2 GG respeta la garantía del contenido esencial de ese derecho fundamental. Debe tenerse en cuenta que con la prohibición de la extradición prevista en la Norma Fundamental alemana se está atendiendo, fundamentalmente, a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza de

(24) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1.c), *bb*).

(25) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1.c), *cc*).

cualquier ciudadano alemán amenazado por una posible extradición. La seguridad del ordenamiento jurídico es un requisito esencial para la libertad, es decir, para la autonomía de decisión sobre el desarrollo de su personalidad y su propia puesta en práctica. Se ha de respetar, por tanto, el principio del Estado de Derecho, si se quiere evitar que, a la postre, comportamientos semejantes referidos a estos derechos fundamentales puedan considerarse como contrarios a derecho (26).

Dice literalmente el BVerfG: «La confianza del perseguido en su propio ordenamiento jurídico se encuentra protegida de manera muy especial a través del artículo 16.2 GG en conexión con el principio del Estado de Derecho, cuando la petición de extradición se fundamenta en hechos que se han cometido en todo o en parte en territorio alemán, en barcos o aviones alemanes o en lugares que se encuentren bajo la autoridad soberana alemana».

Más adelante, continúa el Alto Tribunal federal alemán: «Quien como alemán lleva a cabo una acción en el propio ámbito jurídico no debe pagarlo, por principio, con la extradición a otro poder estatal diferente. Si se actuase de otro modo, se caería en una limitación tal de la protección ante la extradición que nos llevaría a las proximidades del contenido esencial del derecho fundamental. Para el perseguido, el sometimiento al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro, aunque se haya visto aproximado más cerca a través de la integración, significa no sólo una peor posición desde el punto de vista jurídico-procesal, en la cual puede encontrarse con barreras lingüísticas, diferencias culturales, así como con modos jurídico-procesales y posibilidades de defensa diferentes a los propios. Significa también, en definitiva, su vinculación a un Derecho penal material, sobre el que el perseguido no estaba en situación de decidir democráticamente, que además —a diferencia del derecho penal alemán— no tiene el deber de conocer, y que incluso, en muchos casos, como consecuencia de la falta de familiaridad con el correspondiente entorno social nacional, no permite a un profano en la materia calibrar (paralelamente) las consecuencias de su actuación de modo seguro y suficiente» (27).

Distinta cosa sucede cuando el hecho imputado tiene un marcado carácter extranjero, es decir, se ha cometido esencialmente en otro país. Si se actúa al amparo de otro ordenamiento jurídico, se debe responder conforme a él. También debe asumirse ese carácter extranjero cuando los hechos gozan de una dimensión típicamente transfronteriza y por ello es más difícilmente perseguible, como ocurre con los hechos propios del terrorismo internacional

(26) Cfr. BVerfGE 45, 142 [167 y sigs.]; 63, 343 [357].

(27) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1.c), cc).

o con el tráfico organizado de drogas o personas. Quien estuviese implicado en este tipo de estructuras delictuales no puede reclamar de modo absoluto la protección ante la extradición que le proporciona la posesión de la nacionalidad alemana.

El BVerfG recuerda al legislador alemán que, en la medida en que el art. 4.7.a) de la Decisión Marco europea no detalla suficientemente los hechos a los que se abre la posibilidad de extradición, debe entrar a ponderar cuáles son las posiciones jurídicas concretas que permitiría esa extradición. En este sentido, recuerda el BVerfG que la GG exige de modo complementario, para la extradición de personas, especialmente de los propios nacionales, el examen concreto en cada caso individual, para comprobar si los correspondientes derechos del perseguido se encuentran garantizados. Este examen es, según el Tribunal, asimismo necesario porque la autoridad penal soberana de otros Estados no está, en principio, vinculada al principio de territorialidad, y se ve limitada en función del clásico concepto de Derecho internacional, junto a la necesidad de que exista una mínima relación con la acción que es objeto de incriminación por parte del Estado condenante. De esta manera, todos los demás Estados son libres de decidir si prestan la asistencia jurídica en la causa penal (28).

En definitiva, dice el Tribunal alemán, la Decisión Marco europea contiene una decisión política no controlable jurídicamente, y ha aplazado para un momento posterior la correspondiente ponderación jurídica, en la que se ha de tener en cuenta el objetivo de simplificación de los procedimientos de entrega de los procesados pretendido por la Decisión Marco.

d) *Análisis de la conformidad constitucional de la ley alemana*

d.1) *El artículo 16.2 de la GG*

El BVerfG sostiene en su sentencia que la Ley alemana no satisface las exigencias derivadas de la GG que hasta este momento había venido exponiendo, puesto que interviene de modo desproporcionado en el ámbito de protección frente a la extradición previsto constitucionalmente (29).

(28) El Tribunal alemán cita, para sustentar esta afirmación, a MAIERHÖFER: «Weltrechtsprinzip und Immunität: das Völkerstrafrecht vor den Haager Richtern: Besprechung des Urteils des IGH vom 14. Februar 2002 <Demokratische Republik Kongo gegen Belgien>», en *EuGRZ* 2003, págs. 545 ff.).

(29) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1. d).

Dice el Tribunal que el legislador no ha tenido en cuenta la especial protección que merecen los intereses de los ciudadanos alemanes ante la aplicación de los criterios de la Decisión marco europea. Además, explica que se debía tener también en cuenta lo previsto por la propia Ley Alemana que regula la Asistencia judicial internacional (*Internationales Rechtshilfe Gesetz*), reformada precisamente por la ley de transposición de la Decisión Marco. En su artículo 80, dicha Ley permite la extradición de un alemán solamente cuando el Estado solicitante se compromete a ofrecer al procesado, en el caso de recibir una condena firme de privación de libertad, la posibilidad de cumplir la pena en su propio país de procedencia. El art. 5.3 de la Decisión Marco sólo dice que la entrega «podrá supeditarse» a esta condición, pero la citada Ley alemana establece la condición, que la Ley de transposición debía haber tenido también en cuenta.

Resulta un tanto sorprendente, teniendo en cuenta todo el bagaje del derecho europeo en materia de igualdad y de no discriminación, otro párrafo de la sentencia del BVerfG, en el que manifiesta su desconfianza en este ordenamiento. Así, dice, expresamente, que el legislador alemán debe tener también en cuenta, al trasladar al derecho interno la Decisión Marco europea, que la extradición no estaría permitida cuando, por causa de ella, el procesado pudiese sufrir discriminación por razón de su raza, religión, nacionalidad, su pertenencia a un determinado grupo social o sus ideas políticas. Y, expresamente, dice que este derecho de protección es válido también en el caso de una Orden de detención europea, según lo establecido en el artículo 82 de la IRG (30). ¿Quizá desconfía el BVerfG de alguno de los nuevos Estados miembros?

También se daría, según el Tribunal Constitucional federal alemán, una consecuencia especialmente lesiva del derecho fundamental en el caso de que no fuese esperable para el ciudadano que una acción ejecutada en Alemania tuviese un efecto lejano en el ámbito de un Estado miembro de la Unión Europea. Que le pudiese llevar a tener que asumir allí responsabilidades, sobre todo cuando se trata de una acción que en Alemania no está contemplada como delito en la legislación penal. El BVerfG sostiene que el legislador alemán debía haber aprovechado la posibilidad prevista en el art. 4.7 de la Decisión Marco, para evitar la extradición de ciudadanos alemanes en esos casos.

El Tribunal, como digo, va repasando todos los posibles motivos de rechazo de la extradición, partiendo de los contemplados en la propia Decisión Marco europea, pero haciendo continuas alusiones a la GG y a la IRG. En definitiva, dice finalmente el BVerfG, debe asegurarse que un alemán que no

(30) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1. d), aa).

ha abandonado la República Federal de Alemania, y cuyas acciones no son punibles con relación a la legislación alemana, no sea extraditado (31). Esto supondría, en mi opinión, vaciar de contenido uno de los elementos clave de la Decisión Marco.

Si el legislador alemán hubiera excluido en la transposición al ordenamiento interno las distintas posibilidades y espacios abiertos que deja la Decisión Marco europea, entonces se habría evitado, dice el BVerfG, la lesión de los derechos fundamentales a través de la Ley alemana de aplicación de la Euroorden. El legislador no estaba autorizado a omitir esta exclusión de los ámbitos de actuación previstos en la Decisión Marco europea, ni siquiera teniendo en cuenta el ámbito de libre actuación legislativa. El legislador está vinculado al art. 16.2 de la GG, y no ha observado la tarea de ponderación que dicho artículo exige, a la hora de aplicar la decisión marco europea (32).

En la medida en que fuesen garantizadas las necesarias diferencias —derivadas de la Constitución— entre un hecho penal imputable con repercusiones internas y uno similar con determinantes implicaciones externas, se excluiría de antemano una colisión con la especial prohibición de retroactividad establecida en el artículo 103.2 GG. Esta prohibición constituye una especial garantía de la confianza en la seguridad del ordenamiento jurídico, que se orienta a conocer qué acciones son punibles y cuáles no (33).

Los déficits que ofrece la ley impugnada, según el BVerfG, no se ven compensados suficientemente por lo dispuesto en el artículo 80.1 de la IRG, según el cual sólo es admisible la extradición de un alemán por motivos de un procesamiento penal, cuando se asegura que el Estado solicitante, después de la imposición de una condena firme de privación de libertad o una sanción similar, ofrece al condenado la posibilidad de cumplir dicha condena, si es su deseo, en Alemania. Ciertamente es que la ejecución de la condena en el propio país es fundamentalmente una medida de protección para los ciudadanos del propio Estado, pero dicha medida afecta solamente a la ejecución, y no a la persecución penal.

Además, tendría que haber examinado el legislador si el impedimento de admisibilidad que supone el hecho de que no exista el compromiso, por parte del Estado solicitante, de volver a trasladar al perseguido penalmente al Estado requerido, es una medida suficiente. Con la exigencia de la devolución se está tratando de atender, según la voluntad del legislador, el objetivo fundamental de la resocialización. El legislador ha admitido ya, sin embargo, que

(31) *Cfr.* BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1. *d)*, *bb)*.

(32) *Cfr.* BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1. *d)*, *cc)*.

(33) *Cfr.* BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I.1. *d)*, *dd)*.

podría haber casos concretos en los cuales la devolución de la persona extraditada podría malograrse ante la ausencia de punibilidad en Alemania de la conducta por la que ha sido condenada. El mero compromiso de una devolución es, en definitiva, insuficiente, porque con él no se dice nada todavía sobre la posibilidad de cumplimiento efectivo de la condena en Alemania.

El BVerfG introduce aquí una sutil diferenciación entre dos conceptos que, aparentemente, podrían ser casi sinónimos: la *Strafvollstreckung* (ejecución de la condena) y *Strafverbüßung* (cumplimiento de la condena). Es decir, que distingue entre la decisión de poner en marcha la propia ejecución de la condena, y el cumplimiento de la misma. Ambas pueden regirse por criterios diferentes, en un caso la decisión corresponde al juez que determina la condena que corresponde aplicar, en otro será la autoridad penitenciaria que se encarga de dar cumplimiento a la decisión del juez.

d.2) *El artículo 19.4 de la GG*

Según el Tribunal Constitucional federal alemán, la ausencia de impugnabilidad de la decisión de autorización en un proceso relativo a la extradición a otro Estado miembro de la Unión Europea, según lo dispuesto en la octava parte de la IRG (arts. 78 y sigs.), viola el art. 19.4 GG. Es cierto que la impugnabilidad jurídica de la decisión de autorizar un procedimiento de extradición ha sido rechazada por la praxis y la doctrina hasta el momento, porque los aspectos de la política exterior y política general pertenecen al núcleo sustancial del Poder Ejecutivo. Pero este rechazo no puede seguir sosteniéndose, cuando la decisión que autoriza la extradición lleva consigo una limitación legal de un derecho fundamental (34).

El artículo 19.4 garantiza un derecho fundamental a la tutela penal efectiva frente a actos de los poderes públicos, en la medida en que aquéllos lesionen derechos del afectado (35).

La Ley relativa a la orden de detención europea ha ampliado las oportunidades reales de apreciación relativas a la extradición a otros Estados miembros de la Unión Europea. Estas disposiciones sirven también a la protección del perseguido, y por eso están sometidas a la garantía de la tutela jurídica. Según el BVerfG, resulta obligada la previsión de una tutela judicial efectiva en este procedimiento, para que pueda hablarse de la existencia plena de fundamen-

(34) *Cfr.* BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I. 2.

(35) *Cfr.* BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I. 2, a).

tos para la extradición (36). Y, sin embargo, considera que con la ley no se ha satisfecho esta exigencia.

e) *Declaración de nulidad*

Culmina el BVerfG su argumentación declarando la nulidad de la Ley sobre la orden de detención europea. Descarta también una interpretación conforme con la Constitución o el establecimiento de una nulidad parcial, porque el legislador alemán debe poder decidir de nuevo, en el ejercicio de su libertad normativa y bajo el respeto de las normas constitucionales, sobre la realización práctica del contenido esencial cualificado del artículo 16.2 GG. En tanto en cuanto el legislador no promulgue ninguna nueva ley en ejecución del artículo 16.2 GG, no está permitida la extradición de un alemán a otro Estado europeo miembro (37).

El Tribunal alemán sabe que su decisión puede interpretarse como un síntoma de desconfianza hacia el Derecho comunitario, y que al impedir que siga en vigor la totalidad de la norma, está demorando la necesaria colaboración alemana a este proceso. Por eso, sin duda, el Tribunal intenta lavar su conciencia, con una especie de «complejo de culpa», anticipándose a las posibles críticas. En este sentido, reconoce ser cierto que el Derecho comunitario originario aborda en el artículo 6 del TUE la cuestión de la homogeneidad de estructuras entre Estados miembros. Sin embargo, el BVerfG sostiene que la mera existencia de este precepto, el que se refiere a los mecanismos sancionatorios que aseguren los principios estructurales (art. 7 TUE) y un *standard* común europeo de protección de derechos humanos a través del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales no justifican, sin embargo, la aceptación de que las estructuras jurídicas estatales estén sincronizadas materialmente con relación a los Estados miembros de la Unión Europea, y que con ello sea superfluo el correspondiente examen nacional de los casos singulares. En este sentido, la entrada en vigor de un principio de reconocimiento recíproco, y la consecuente mutua manifestación de confianza entre los diversos Estados, no puede suponer una limitación de las garantías de los derechos fundamentales (38).

(36) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. I. 2, b).

(37) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. II.

(38) Cfr. BVerfG, 2BvR 2236/04 de 18.7.2005, Apartado Nr. II, 1. El BVerfG cita aquí la jurisprudencia del TEDH, en concreto los casos «Waite y Kennedy» (cfr. NJW 1999, págs. 1173 [1175]), y el caso «Matthews» (cfr. NJW 1999, págs. 3107 [3108]).

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

a) *La naturaleza jurídica del art. 16.2 GG*

El Tribunal elige como punto de partida de sus consideraciones una perspectiva que consiste en considerar que el trabajo en común de los Estados miembros de la Unión, siguiendo lo previsto en el Título VI del TUE, para lograr una flexibilización del tráfico de extradiciones supone, esencialmente, una disminución de las garantías propias del Estado de Derecho.

Se trata de una valoración previa de la que parte el BVerfG que, como ya hemos señalado, sigue en esta sentencia el modelo de ejecución que suele utilizar en el caso del control normativo abstracto, sin entrar a analizar con demasiada atención el caso concreto y sus especiales repercusiones sobre el recurrente. No realiza, en ningún caso, una valoración concreta de la afectación de los derechos fundamentales del recurrente, sino que la violación jurídica se argumenta exclusivamente a partir de que la redacción de la EuHbG, con las consiguientes modificaciones en la IRG, no satisface las exigencias derivadas del art. 16.2 de la GG ni las del art. 19.4 GG, y con ello los arts. 2.1 y 20.3 GG.

La primera base de la argumentación del BVerfG es que la «libertad ante la extradición», según lo dispuesto en la primera parte del art. 16.2 GG, sólo permite admitir como excepción la posible extradición a otros países de la Unión Europea o a un Tribunal internacional contemplada en la segunda parte de dicho artículo (Apartado B.I.1 de la Sentencia). No aporta nada más el Tribunal, pues a esta afirmación siguen, como ya hemos visto, vastas explicaciones sobre los valores que protege la prohibición de extradición y los fundamentos históricos de la misma. El punto de vista que toma el Tribunal es claramente negativo, y continúa en ese tono cuando reflexiona sobre el contenido y trascendencia del art. 16.2 GG, pues se aborda el estudio de la norma sólo desde una consideración negativa. Se describe la norma como una apertura hacia una especie de «permiso de intervención» en el derecho fundamental a la protección frente a la extradición, hasta ahora protegido sin reserva alguna.

Es más, de modo muy significativo el Tribunal se plantea incluso que el cambio constitucional llevado a cabo a través de la Ley del año 2000, posiblemente tendría de haberse considerado como anticonstitucional, por lesionar el art. 79.3 de la GG [Apartado B.I.1.b) *aa*)]. Como ha puesto de relieve Tomuschat, es llamativo cómo el Tribunal rechaza esa posibilidad en pocas frases, y a continuación se introduce en unos párrafos relativamente áridos, en los que se sitúa la aprobación de la Orden de detención europea en el marco del proceso de integración europea, y esencialmente se refiere a los límites que ésta supone, en el marco de la construcción del «espacio de libertad, seguri-

dad y justicia» de los Estados miembros a través de una colaboración en el ámbito del derecho penal, que les lleva a renunciar a la capacidad de decidir sobre el derecho de extradición. Este trabajo común, sin embargo, es analizado por el Tribunal casi exclusivamente en clave económica, haciendo especial hincapié en la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Parece, según Tomuschat, que el Tribunal ignora el importante ámbito político abierto a través del Tratado de Maastricht, ya hace más de diez años, y «permanece encerrado en la lógica del Tratado de la Comunidad Económica Europea» (39). Este planteamiento es el que explica que se vuelva a plantear la posibilidad de la posible lesión del art. 79.3 GG a través de un agresión a la «estatalidad» [Apartado B.I.1.b), cc)].

El único límite que podría mencionarse a la integración, según pone de relieve, como parte esencial de su crítica, el magistrado Broß en su Voto particular, es art. 23.1 GG, por lo que se refiere al principio de subsidiariedad allí incluido (40). En el artículo 23.1 GG se deja claro que la RFA contribuye al desarrollo de la Unión Europea. Desde los años 1992/93 se superó ya, en el ámbito de la Unión Europea, el plano puramente económico, y se dio el trascendental paso de dar un marco político estable a la Unión Europea, de modo que los Estados miembros querían ir más allá de lo que era una mera dimensión económica de la Unión. La introducción de la Ciudadanía europea con sus correspondientes derechos era una clara señal de este objetivo. Pero también la colaboración que ya por entonces se inició en el ámbito de Justicia e Interior (Título VI del TUE en la versión de Maastricht) representaba una parte integrante importante en el proyecto político europeo, que se incrementaba de modo cualitativo y sustancial.

Estas ideas no encuentran ningún tipo de reflejo en los fundamentos de la sentencia del BVerfG. El artículo 23.1 está en estrecha vinculación con el art. 16.2, y tendría que haber sido contemplado en la argumentación del Tribunal. El artículo 23.1 es el que permitiría también dar una interpretación positiva al artículo 16.2 y a su segunda parte. El artículo 16.2, en esa segunda parte, si se considera aisladamente, puede interpretarse como una especie de anomalía, un mero límite al contenido esencial de la primera parte del artículo (es decir, la prohibición de extradición). Pero el edificio constitucional de la GG guarda una coherencia interna. Si consideramos el artículo 23.1 y el compromiso alemán con la construcción europea, la segunda parte del

(39) CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 454.

(40) Abweichende Meinung des Richters Broß zum Urteil des Zweiten Senats vom 18. Juli 2005.

art. 16.2 se revela como una consecuencia necesaria del objetivo proclamado en el artículo 23.1. Por eso cae en el error la sentencia de hablar de las características de la estatalidad de la RFA y su especial sistema de protección jurídica, en lugar de referirse de nuevo a la apertura que el sistema jurídico alemán experimentó en 1993 a través del art. 23.1 GG (41).

Es evidente que la extradición a una autoridad penal extranjera supone una intervención sobre un derecho fundamental. Por eso el constituyente alemán se preocupó de proteger los derechos del afectado, señalando que sólo se permitirá la extradición cuando sean garantizados los principios del Estado de Derecho. Entre ellos, uno de los principales es el principio de proporcionalidad, como el propio BVerfG en distintas ocasiones ha manifestado (42).

Sin embargo, tal y como afirma Tomuschat, parece que el BVerfG, al menos, ha incurrido en una formulación mal entendida de esta garantía, cuando afirma que debe ser el propio legislador el que compruebe y examine si las exigencias del Estado de Derecho se satisfacen por parte de la parte solicitante de la extradición. Como dice la magistrada Lübbe-Wolff en su Voto Particular, la tarea de analizar si, en cada caso particular, se cumplen dichas exigencias, será de los tribunales, pero no puede corresponder al legislador (43).

Es cierto que no puede haber una confianza ciega en que todos los demás Estados miembros de la Unión satisfagan las garantías del Estado de Derecho. Esto viene, por otra parte, respaldado por el § 73 de la IRG, según el cual no puede prestarse dicha asistencia jurídica si la regulación propia de esos países entrase en contradicción con los principios del ordenamiento jurídico alemán, pero es que también entraría en contradicción con el propio artículo 6 del TUE, que es norma básica del Derecho común de la Unión. También el art. 7 del TUE exige al legislador que tome medidas generales de protección frente a los actos jurídicos.

b) *los argumentos del recurso de amparo*

Dos reproches principales son los que el recurrente en amparo plantea frente a los preceptos de la IRG que habrían sido erróneamente reformados a través de la ley de la orden de detención europea:

(41) CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 455.

(42) BVerfGE 110, 1 (28 y ss); BVerfGE 109, 96 (111 y sigs.).

(43) Abweichende Meinung der Richterin Lübbe-Wolff zum Urteil des Zweiten Senats vom 18. Juli 2005, Apartado 4. CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 455.

a) En primer lugar, que el principio democrático habría sido lesionado, puesto que el Parlamento europeo sólo fue escuchado en el trámite de aprobación de la Decisión Marco europea;

b) En segundo lugar, sostiene el recurrente que la orden de detención europea sería una medida que lesionaría claramente el artículo 23.1 GG, pues estaría contribuyendo a una des-estatalización (*Entstaatlichung*).

Ambas argumentaciones son rechazadas por el Tribunal.

b.1) *El supuesto déficit democrático*

La posibilidad de una ruptura del principio democrático es descartada por el Tribunal en pocas palabras, con la aseveración de que, en el ámbito del Tercer Pilar, los órganos legislativos de los Estados miembros conservan el poder de decisión de cara a la posibilidad de traslación o no de una Decisión Marco [Apartado B.I.1.c), *bb*)]. Pero, como acertadamente sostiene Tomuschat, la objeción debía de haber sido tratada con más precaución. También la magistrada Lübbe-Wolff echa de menos algún tipo de respuesta por parte del Tribunal a este tipo de cuestiones.

Según el modelo estructural que encuentra concreción en el art. 59.2 GG, y que en todo caso tiene su correspondiente aplicación práctica en la costumbre constitucional europea, al menos los Tratados internacionales más importantes necesitan una aprobación parlamentaria, antes de que los representantes internacionales competentes puedan dar su consentimiento a la ratificación de dicho Tratado. Parece evidente que una decisión de esta importancia, como es la que afecta a la extradición —y todavía en mayor medida en el caso especial de Alemania—, requiere esta aprobación, pues afecta a una limitación de un derecho fundamental. A través del sistema establecido por la orden de detención europea, el ciudadano se ve sometido al poder penal de Estados extranjeros, en un total de 32 grupos de delitos, sin la garantía tradicional de que deba tratarse de hechos que también estén contemplados por la legislación penal del propio país.

Los parlamentos de los Estados miembros deberían haber prejuzgado ya, en el momento de la aceptación de la Decisión Marco, en cualquier caso, los elementos esenciales que se refieren a la orden de detención europea, que únicamente puede permitirse cuando las modalidades de ejecución estuviesen en armonía con el derecho nacional. A pesar de que el Tribunal Constitucional federal alemán no profundiza en esta cuestión, no parece difícil, como afirma Tomuschat, argumentar que el legislador nacional ha concedido su consentimiento en forma anticipada.

Al programa de actuaciones que el Tratado ha esbozado en el art. 31.1.b), corresponde aplicar las exigencias que el BVerfG había definido en la Sentencia Maastricht (44). En la medida en se admite la legitimación que procede del acto democrático de aceptación de los Tratados constitutivos, a través de los parlamentos nacionales, que está permitiendo la transferencia de competencias a los órganos de la Unión, no puede volver a ponerse en cuestión si se trata realmente de una transferencia de competencias que corresponden a derechos soberanos, en cuyo ejercicio los parlamentos nacionales ya no ejercen ningún tipo de papel, o se se trata de una competencia para negociaciones intergubernamentales, en la que los parlamentos nacionales sí pueden tener todavía una función de traslación a nivel interno de dichas decisiones.

Después de los complicados procesos de negociación de un acuerdo o Tratado internacional, se aplica en el ámbito del Derecho internacional el principio de que los textos, una vez acabados, sencillamente deben respetarse: «les jeux sont faits». En ese momento, el Parlamento se sitúa, en sustancia, nada más que como un espectador cercano cualificado, al que le queda sólo la posibilidad de contemplar con detalle lo que ocurre (45). Por eso los parlamentos nacionales y los órganos democráticamente legitimados deben contribuir, como bien dice Tomuschat, con sus aportaciones e interpretaciones al proceso negociador, antes de que éste haya concluido. Sólo así podrán estar en situación de culminar después con éxito el proceso normativo. Por eso es muy importante que se aprovechen los canales de información y de colaboración previstos. En el caso alemán esto debe lograrse, especialmente, a través de dos leyes: la Ley sobre colaboración del Gobierno Federal con el Parlamento federal en lo relativo a la Unión Europea (46), y la Ley sobre colaboración entre la Federación y los *Länder* en lo relativo a la Unión Europea (47). Por medio de estas dos leyes, el Parlamento puede influir en el contenido de cualquier tipo de normas europeas.

Según Tomuschat, es evidente que algo ha fallado en el proceso de elaboración de la orden europea de detención. Los parlamentos de los 15 Estados miembros no han aprovechado las oportunidades de participar en la determi-

(44) BVerfGE 89, 155 (187 y sigs.).

(45) Tomuschat utiliza el término «Nachbetrachtung», es decir, contemplación o seguimiento detallado. CH. TOMUSCHAT: «Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen», en *VVDStRL* 36 (1978), pág. 31.

(46) *Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union* vom 12.3.1993, BGBl., I, pág. 311.

(47) *Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union* vom 12.3.1993, BGBl., I, pág. 313.

nación de los contenidos de dicha orden. Sólo así puede entenderse que en la orden de detención europea se hayan incluido hechos delictivos tan vagos, tan poco delimitados jurídicamente como el delito informático, el racismo, la xenofobia o el sabotaje (48). Tomuschat critica también la propia labor de los ministros de Justicia (a los que quizá habría que añadir los de Interior), inmediatos responsables de la redacción de la Decisión Marco, que no tuvieron en cuenta las cuestiones clave que permanecen sin resolver en dicho texto, relativas a la protección los derechos fundamentales de los ciudadanos, y cuya falta de concreción amenaza su libertad.

La tarea del Parlamento, en el caso alemán, como señala Tomuschat, se revela todavía más importante. El nivel de garantía de los derechos, en el ámbito comunitario, debe situarse a un nivel similar al que existe en el ámbito interno alemán. La existencia de parámetros equivalentes es la que permite al BVerfG no tener que intervenir, puesto que, como ha dicho en su reiterada jurisprudencia, y especialmente en la sentencia Maastricht, considera que está suficientemente garantizado el ejercicio de los derechos fundamentales. Pero justamente uno de los criterios es el de la legitimación democrática, que dependerá, en buena parte, del grado de participación que los parlamentos (incluyendo, en su caso, el Parlamento Europeo) tengan en la elaboración de las normas de Derecho europeo. La soberanía nacional de cada Estado debe mantener un difícil equilibrio con los poderes comunitarios o de la Unión.

El problema, sin embargo, no parece que sea muy peligroso, pues en realidad los mecanismos de participación parlamentaria están previstos. La cuestión es, más bien, que los parlamentos, según Tomuschat, no han comprendido todavía hasta qué punto tienen numerosas posibilidades de influencia, y

(48) Esta supuesta vaguedad de la orden de detención europea se ha criticado ampliamente en Alemania. Algunos hablan de una ridiculización de la política penal criminal europea (H. ALBRECHT: «Freier Personenverkehr innerhalb der Europäischen Union in Auslieferungssachen. Die Umsetzung des Europäischen Haftbefehls in das deutsche Rechtshilferecht», en *Straftverteidiger*, 2005, pág. 41). Puede verse también: E. M. GUZIK MAKARUK: «“Ne bis in idem”», *Europäischer Haftbefehl und der Verfassungsentwurf für Europa aus polnischer Sicht*, *ZStw* 116 (2004), pág. 374; B. SCHÜNEMANN: «Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene», *ZRP* 2005, pág. 188. Asimismo ha habido críticas también en Italia, Francia y Bélgica, por la imprecisión de la lista del art. 2.2 de la Decisión Marco sobre la Orden de detención Europea. Pueden verse las aportaciones recogidas en el volumen coordinado por MARIE-ELISABETH CARTIER: *Le mandat d'arrêt européen*, Bruselas, 2005. Vid. también, en España, el citado artículo de GUILLERMO ORMAZÁBAL SÁNCHEZ: «La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana. Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)», en *La Ley*, núm. 6394, 5 de enero de 2006.

arrastran por tanto la consiguiente responsabilidad de su ejercicio o no, en el ámbito del proceso europeo, lejos de los meros procedimientos rutinarios de transposición casi automática de las normas europeas al ámbito interno. No sólo influencia directa sobre las instituciones europeas, sino sobre sus propios gobiernos en el momento de la negociación de los contenidos de las diferentes normas comunitarias. La única y loable excepción, dice Tomuschat, la constituye el Parlamento danés, que desde el principio sí ha cumplido esta función (49).

b.2) *La supuesta pérdida de las garantías propias del Estado de Derecho*

En cuanto al segundo reproche formulado frente a la Decisión Marco, consiste en sostener que contribuye a la desestatalización o a la pérdida de dimensión estatal (*Entstaatlichung*) (50). El BVerfG rechaza dicha tesis, basándose en las fronteras que habían sido ya claramente fijadas por la Sentencia Maastricht (51). Al Estado deben seguir correspondiendo algunas tareas de importancia sustancial, que pueden ser consideradas tareas esenciales del Estado. Sin embargo, en el ámbito de esta argumentación, el Alto Tribunal alemán muestra de nuevo su recelo frente al Derecho europeo. El BVerfG rechaza, de alguna manera, la armonización de ordenamientos jurídicos penales entre los Estados miembros, afirmación que, cuando menos, muestra una escasa sensibilidad y cierta desconfianza hacia el proceso de integración europea. Dice Tomuschat, con toda razón: «¿Por qué una «Unión de Estados», que se basa en caracteres comunes y que parte de sistemas de valores semejantes, tiene que rechazar la posibilidad de armonización del derecho penal, que es evidentemente un instrumento al servicio de la protección de esos valores comunes?» (52).

(49) CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 456.

(50) El término *Entstaatlichung* significa la pérdida de las características propias del Estado de Derecho, es decir, el poder tomar las decisiones sin que existe una legitimidad democrática previa que fundamenta esa capacidad de decidir, la posibilidad de ejercer el poder legítimamente. Esto podría producirse si Estados de Derecho como son los Estados miembros ceden competencias a una organización internacional como es la Unión Europea, en la cual no pueden identificarse (al menos, todavía) todos los rasgos propios de un Estado de Derecho.

(51) BVerfGE 89, 155 (186).

(52) CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 457.

Una cosa es que el catálogo incluido en la Decisión Marco sea criticable por su excesiva generalidad, por su vaguedad, y porque refleja un pobre trabajo de los parlamentos nacionales, incluyendo los órganos alemanes responsables, que no han sabido ejercer correctamente sus competencias. Otra cosa es que ello justifique la negación a los órganos competentes de la posibilidad de ejercer dichas facultades.

La posición del BVerfG nos lleva a recordar dos elementos necesarios para que la integración europea se desarrolle de modo armónico. Por un lado, sería necesario que no existiese tanto temor a la pérdida de competencias estatales de un Estado miembro como Alemania. Por otro, la doctrina alemana insiste, siguiendo la jurisprudencia de la sentencia Maastricht, en que los órganos de la Unión tienen que ser conscientes de que sólo y únicamente pueden actuar dentro de sus ámbitos competenciales, y que no pueden pretender una extensión de sus competencias, puesto que no es a ellos a quienes corresponde la «competencia de las competencias», es decir, la competencia de determinar cuáles son las competencias que ejerce cada cual, la *Kompetenz-Kompetenz* de la que hablan los alemanes. La última palabra la tienen siempre los Estados miembros, lo cual ha encontrado, por cierto, un claro reflejo en el art. I-60 del Tratado constitucional europeo.

No puede, en estas circunstancias, predicarse la «estatalidad» de una organización supraestatal como es la Unión, y por supuesto no puede hablarse de ello en contra de la voluntad declarada de todos sus miembros. En conclusión, dice Tomuschat, «cuando la Unión se encuentra todavía tan lejos de las puertas de la «estatalidad», no cabe hablar de ningún tipo de «desestatalización» que pueda estar siendo soportada por Alemania» (53). Sin embargo, como hemos visto, el BVerfG se aleja de una posición semejante, que desde luego contribuiría mucho más a favorecer el proceso de integración europea.

b.3) *El principio de proporcionalidad*

Por último, Tomuschat critica también que no se encuentren en la Sentencia más explicaciones sobre la proporcionalidad o no de la medida concreta. En este caso, sobre la extradición de una persona que había cometido delitos en el extranjero, total o parcialmente. De los antecedentes se puede deducir claramente que ha habido acciones cometidas en otros países, lo que le dan al hecho una dimensión que trasciende las fronteras del país germano. En la

(53) CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 457.

sentencia, sin embargo, no se presta atención a este aspecto, y aunque se habla del carácter interno de estas acciones, tampoco se detalla en qué basa el BVerfG estas apreciaciones. Para casos en los que se da un carácter mixto, como puede ser éste en concreto, exige el Tribunal una ponderación concreta y equilibrada. Pero, sin embargo, el mismo Tribunal no se ocupa de analizar si, en este caso, se ha respetado esa necesaria ponderación, ni se para a examinar las garantías determinadas para este supuesto. Más bien, como denuncia Tomuschat, utiliza un caso concreto para abordar un control abstracto de constitucionalidad de la propia ley de transposición de la decisión marco europea al ordenamiento alemán interno.

El Tribunal reprocha al legislador, a partir de ahí, que no ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de permitir en la Ley las intervenciones sobre algunos derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes, puesto que no se ocupa de fijar las garantías necesarias para evitar las violaciones de los artículos de la GG citados.

Sin embargo, tampoco esta parte de la sentencia es técnicamente muy acertada, y a veces convencen más los argumentos del voto particular de Gerhardt. En este sentido, la cuestión en última instancia sería plantearse si se debía haber declarado la nulidad radical de la norma, no aceptando las modificaciones introducidas en la IRG, como efectivamente se hizo, o simplemente habría que haber declarado una nulidad parcial, y establecer una interpretación de la norma que fuese conforme con la Constitución.

4. LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO

Las críticas doctrinales a la sentencia se han venido sucediendo en Alemania en los últimos meses, salvo contadas excepciones (54). Además de las incluidas en los propios Votos Particulares de Lübke-Wolff y Gerhardt, y de las ya comentadas de Tomuschat (55), Vogel también ha escrito recientemente que el Tribunal no ha sabido extraer del problema las consecuencias jurídico-constitucionales más importantes (56), y que no tiene en cuenta las repercusiones relativas al proceso de integración europea.

(54) Desde fuera del ámbito universitario, el magistrado Klaus Michael Böhm, del Oberlandesgericht de Karlsruhe ha saludado favorablemente la sentencia. *Cfr.* «Das Europäische Haftbefehlsgesetz und seine rechtsstaatlichen Mängel», *NJW* 2005, págs. 2588-2590.

(55) CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, págs. 453-460.

(56) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, págs. 801-809.

El Tribunal Constitucional Federal alemán debería haberse planteado el problema, sobre todo, teniendo en cuenta que los métodos de traslación al Derecho interno de las Decisiones Marco comunitarias son bastante similares a los de una Directiva, como ya hemos apuntado. El TJCE lo había afirmado recientemente en el caso Pupino (57), y el propio Gerhardt manifiesta su sorpresa y decepción en el Voto Particular, al reprochar a sus colegas en el Tribunal que no hubieran tenido en cuenta esta jurisprudencia, producida poco antes de la Sentencia alemana, a la hora de determinar el fallo (58). También Vogel reclama un necesario acercamiento por parte del BVerfG a las posiciones de la reciente jurisprudencia europea (59).

Según se ha sostenido en parte de la doctrina alemana, no serían aplicables al caso de la Decisión Marco sobre la Euroorden los criterios jurisprudenciales expuestos en las sentencias *Solange I*, *Solange II*, *Maastricht* o *Bananenmarktornung* sobre las relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho alemán interno, en las que el BVerfG se reserva su facultad de examinar aquellos actos que se basen en el derecho comunitario. La diferencia entre el supuesto que estamos analizando y los contemplados por las otras sentencias radicaría, según esta tesis, en que la jurisprudencia previa se refiere al ámbito de competencia supranacional de la Unión Europea, pero en el caso de la orden de detención europea, estamos analizando un aspecto muy sensible de la integración europea, como es la cooperación en materia de seguridad interior y política judicial, así como de la política exterior y de seguridad común.

Lo que ocurre es que, como el propio BVerfG pone de relieve en la Sentencia, a diferencia del caso de las Directivas, en este supuesto, las Decisiones Marco son aprobadas por el Consejo, pero el Parlamento Europeo no tiene ninguna posibilidad de co-decidir. Por eso, la citada jurisprudencia fijada por el TJCE en el caso Pupino, sería en este sentido discutible, puesto que apoyándose en una supuesta obligación de mantener una actitud amistosa hacia la Unión, se estaría justificando que los parlamentarios nacionales, al llevar a cabo la transposición de una Decisión Marco, no ejerciesen la obligada tarea de control para asegurar que los objetivos marcados en las Decisiones Marco se puedan alcanzar sin lesionar derechos fundamentales.

De hecho, en Alemania se ha criticado este carácter vinculante de las Decisiones Marco en el ámbito del Tercer Pilar de la Unión Europea, puesto que

(57) Sentencia de 16.06.2005, caso Pupino, C-105/03, en EuGRZ 2005, págs. 383 y sigs.

(58) Abweichende Meinung des Richters Gerhardt zum Urteil des Zweiten Senats vom 18. Juli 2005, Apartado I.1.

(59) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en JZ, 2005, pág. 809.

los legisladores nacionales parece que simplemente tendrían como misión la de ser meras correas de transmisión de unas decisiones que vienen tomadas desde instancias europeas. Si fuese real esta falta de libertad de decisión por parte de los parlamentarios, estaríamos ante una situación difícilmente compatible con el principio democrático proclamado en la GG (60).

Este tipo de tesis son las que ha condensado el BVerfG en su Sentencia, al establecer cuáles son los deberes que debe cumplir el legislador alemán. Es decir, debe realizar una labor de traslación de la Decisión Marco tal, que permita alcanzar los objetivos marcados en el contenido de esa Decisión, pero respetando los límites que ofrecen los derechos fundamentales, teniendo en cuenta siempre el control de proporcionalidad. Entre otras cuestiones, resulta infranqueable el límite del contenido esencial de los derechos. De manera que, según el BVerfG, si el Parlamento alemán no puede realizar la traslación de una Decisión Marco al Derecho interno de modo que sea compatible con la Constitución, entonces no puede cumplir con su obligación de traslación.

En directa contradicción con la jurisprudencia del TJCE, que habla de una obligación de mantener una actitud de lealtad hacia la Unión, el BVerfG mantiene la posición de que la transposición de Decisiones Marco está sometida a la reserva constitucional (61).

Como ya hemos dicho, a diferencia del caso de las Directivas, en el que el TJCE ha considerado que pueden tener, en determinadas y excepcionales circunstancias, efecto directo, y dar lugar a indemnización por daños y perjuicios si la ausencia de transposición es perjudicial para terceras personas, el art. 34 del TUE parece que es bastante contundente, al disponer que las Decisiones Marco no tienen efecto directo:

Art. 34. TUE

(...)

2. El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad:

(...)

b) adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán

(60) U. DI FABIO: «Die "Dritte Säule" der Union», *DÖV*, 1997, pág. 90.

(61) H. BADDEHAUSEN y J. PIETSCH: «Rahmenbeschlüsse der Europäischen Union», en *DVBl.*, 2005, pág. 1565.

a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo».

Sin embargo, en la citada sentencia del caso Pupino, el TJCE mantiene que las Decisiones Marco no están privadas de eficacia de modo absoluto. En dicha sentencia, el TJCE sostiene que las autoridades nacionales están obligadas no sólo a interpretar el Derecho nacional conforme a las Directivas, sino también de acuerdo con las Decisiones Marco (62). El fundamento de esta posición es la necesidad de cooperación leal entre Estados que debe existir en la Unión Europea, y a partir de aquí el Tribunal europeo construye un paralelismo entre el Derecho comunitario y la jurisprudencia del «efecto útil».

Esta interpretación conforme al Derecho europeo estaría sometida a dos límites:

a) El primero, el de garantizar una interpretación jurídicamente permitida del Acto jurídico nacional,

b) El segundo, que el resultado interpretativo no puede entrar en contradicción con los principios jurídicos básicos del derecho europeo.

En este sentido, se estaría por ejemplo aludiendo al art. 6.1 del TUE, y, con ello, en el marco de la política penal, se estaría admitiendo el límite de la irretroactividad de la ley penal. Esta frontera afecta al ordenamiento jurídico nacional interno. Fronteras de este tipo son las que representan la diferencia entre la aplicación directa o indirecta de la Decisión Marco.

Una primera consecuencia de la sentencia Pupino habría debido quizá observarse en la Sentencia del BVerfG sobre la orden de detención europea. Como dice el magistrado Gerhardt en su Voto Particular (63), el BVerfG no debería haber anulado en su totalidad la Ley, sino, en atención a la eficacia objetiva de la Decisión Marco, debería haber anulado solamente una parte. El resto de los apartados de la Ley deberían de haberse mantenido, asegurando una interpretación conforme con la GG. Una posición similar sostiene la magistrada Lübbe-Wolff en su correspondiente Voto Particular (64).

En concreto, Gerhardt dice que la prohibición de extradición regulada en

(62) Sentencia del TJCE, Asunto C-105/03 (Pupino), números marginales 34, 38 y 43. Puede consultarse en *EuGRZ* 2005, págs. 383 y sigs. Vid. también HERMANN: «Comentarios a la Sentencia Pupino», en *EuZW* 2005, pág. 438.

(63) Abweichende Meinung des Richters Gerhardt zum Urteil des Zweiten Senats vom 18. Juli 2005.

(64) Abweichende Meinung der Richterin Lübbe-Wolff zum Urteil des Zweiten Senats vom 18. Juli 2005.

el artículo 16.2 GG debe, por un lado, impedir que la autoridad estatal alemana contribuya a hacer valer preceptos penales de otros Estados que no encuentren una correspondencia con las previsiones del ordenamiento jurídico alemán. Por otro lado, debe proteger al imputado ante las previsibles circunstancias y múltiples dificultades que se derivan de una condena penal recibida en el extranjero. Pero entiende este magistrado que ambos objetivos de protección se encuentran plenamente satisfechos con una interpretación constitucionalmente conforme de la aplicación de la Ley sobre la Orden de detención europea, observando lo previsto en el Derecho de la Unión (65).

Según Gerhart, la declaración de nulidad de la Orden europea de detención viola el mandato de Derecho europeo, según el cual los objetivos perseguidos por las Decisiones Marco deben alcanzarse en la medida de lo posible. Cita en este punto la Sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005 (66). Este mandato se presenta aquí, en primer lugar, como tarea estatal interna del BVerfG, para permitir la voluntad del legislador de acuerdo con las previsiones constitucionales tan amplia como sea posible, y en paralelo como mandato dirigido a la posición del poder normativo.

Desde el ámbito doctrinal, Tomuschat también se inclina, con el juez Gerhardt, por que el Tribunal no hubiese declarado la nulidad absoluta de la norma, teniendo en cuenta el interés en el proceso de integración europea y la reciente jurisprudencia, y admitir su aplicación quizá sólo en el caso de determinadas situaciones (67). No ha sido el único. También Vogel ha sostenido que el Tribunal Constitucional federal alemán ha ido demasiado lejos (68), apoyándose, asimismo, en las opiniones de dos de los magistrados disidentes: Lübke-Wolff y Gerhardt. Como dice Vogel, al tratarse de una Decisión Marco cuyos objetivos vinculan a Alemania, debía haberse buscado una solución-puente, una regulación transitoria que permitiese al Estado alemán cumplir con dicha tarea (69).

De hecho, dándose cuenta del problema que puede plantear la declaración de nulidad absoluta de la Ley, el propio Tribunal Constitucional federal

(65) Abweichende Meinung des Richters Gerhardt zum Urteil des Zweiten Senats vom 18. Juli 2005, Apartado Nr. I.

(66) Sentencia del TJCE, Asunto C-105/03 (Pupino), números marginales 43 y 47. Puede consultarse en *EuGRZ* 2005, págs. 383 y sigs.

(67) CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 458.

(68) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, pág. 801.

(69) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, pág. 804.

alemán alega que pueden seguir dándose las extradiciones, respetando lo establecido en la IRG. Pero esta argumentación, como ponen de relieve los dos magistrados disidentes, no es en absoluto convincente, puesto que dicha norma se refiere a la extradición de no alemanes, cuestión que ahora no entra aquí en discusión (y que, por cierto, supone la mayoría de peticiones de extradición), sino que lo que está en cuestión es la extradición de alemanes. Vogel reprocha al BVerfG que esté intentando imponer, incluso, sus propias valoraciones a los políticos, pues afirma, con razón, que no figura entre sus tareas la de emitir juicios de valor en este ámbito (70).

Lo contrario ha producido, además, la sensación en la opinión pública de que se ha bloqueado la posibilidad de extradición entre España y Alemania, sobre todo a la vista de que el *Bundestag* sería disuelto y vendrían nuevas elecciones, lo que indicaba que habría que esperar largo tiempo hasta tener una nueva norma en vigor (71). Como el propio Vogel dice, el legislador recién constituido en Alemania debe aprobar una nueva ley de modo urgente (72), para no defraudar a los demás Estados miembros y no perjudicar los avances en la lucha contra el delito a nivel europeo, especialmente en lo que se refiere al terrorismo.

5. CONCLUSIONES. LA POSICIÓN DEL BVERFG FRENTE AL DERECHO EUROPEO

Desde el punto de vista práctico, de los problemas planteados por la sentencia alemana se pueden deducir algunas consecuencias concretas, que habrán de tenerse en cuenta en el futuro, si se quiere avanzar en la integración europea con responsabilidad y resultados fructíferos. Y son consecuencias que se refieren tanto a las instituciones europeas, como a las de los propios Estados miembros.

Desde la perspectiva de las instituciones europeas, quizá debería haberse elaborado con menos prisas y con más rigor el texto de la Decisión Marco. En este aspecto, la responsabilidad es de los directamente implicados en la redacción del texto, tanto dentro de los órganos europeos responsables como

(70) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, pág. 805.

(71) CH. TOMUSCHAT: «Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *EuGRZ* 2005, pág. 458.

(72) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, pág. 801.

también por parte de los ministros y altos cargos de los Estados miembros implicados en las negociaciones, así como los propios Parlamentos nacionales, que deben aprovechar los mecanismos de colaboración y de información de los que disponen en el propio proceso de elaboración de las normas comunitarias.

De este modo, quizá la Decisión Marco europea debería ser revisada en su artículo 2.2, para garantizar mejor los derechos de los ciudadanos europeos, sin que parezca que queda la puerta abierta a decisiones no excesivamente conformes con los principios del Estado de Derecho y que puede haber incluso decisiones tomadas por motivos ideológicos, que lleven a una persecución política. Pero también los legisladores nacionales deben tomar nota de que, de cara a la transposición de las normas comunitarias que necesitan ser trasladadas al ordenamiento interno, no pueden actuar como una especie de legislador automático, al servicio de un tercero, sino que deben asumir su responsabilidad, estableciendo, en su caso, las fronteras y limitaciones necesarias, dentro de su ámbito competencial.

Por otra parte, desde el punto de vista del Tribunal Constitucional federal alemán, se pueden apuntar dos tipos de cuestiones. Algunas son muy concretas, como son las que se refieren al estudio más detallado de las consecuencias concretas que la decisión tiene para el supuesto que se plantea en el recurso de amparo. Como hemos dicho, el Tribunal se preocupa más de un control abstracto de la norma, pero no tanto de las consecuencias concretas. Además de las ya comentadas hasta ahora, podemos señalar, a modo de ejemplo, otra cuestión: la prohibición de discriminación prevista en el ordenamiento europeo (73) parece llevar a que no pueda admitirse que un ciudadano de un Estado pueda ser más fácilmente extraditable que otro, en aplicación de la orden de detención europea; sin embargo, lo que se deriva de la sentencia del BVerfG es esto. Este tipo de cuestiones es el que, en todo caso, según Vogel, debería haber aclarado el BVerfG por medio del planteamiento de una cuestión prejudicial. Además, como acertadamente apunta Vogel, no se entiende que toda la argumentación sobre las generalidades e inseguridades jurídicas que ofrece la Decisión Marco sobre la orden de detención europea se apliquen sólo, por el BVerfG, a los alemanes, sin pensar que también los extranjeros tienen derecho a que se respeten sus derechos fundamentales. Llama la atención, dice Vogel, la discriminación de la que éstos son objeto en la argumentación del Tribunal (74).

(73) Art. 12.1 TCE, Art. 6 TUE.

(74) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, pág. 805.

Vogel acaba reclamando un trabajo constructivo en común con las instituciones europeas (75), cosa a la que el BVerfG no contribuye en exceso con este tipo de decisiones. Y con esto llegamos al segundo tipo de cuestiones que deberían abordarse por la jurisprudencia del BVerfG, y que tienen que ver con su actitud frente a la aplicación del Derecho europeo. El mismo Vogel reprocha al Tribunal que no haya profundizado más en las relaciones entre Derecho interno y Derecho comunitario, aunque sea, como en este caso, derecho derivado, sobre todo teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJCE. Incluso plantea la conveniencia de, en su caso, haber presentado una cuestión prejudicial para resolver el problema de un modo más leal con las instituciones europeas. Comparto esta opinión: el instrumento de la cuestión prejudicial es uno de los más adecuados para articular la colaboración entre tribunales, pero ya conocemos los recelos del BVerfG y de otros Tribunales constitucionales (entre ellos el nuestro) a plantear estas cuestiones.

Vogel también recuerda que no existe una reserva constitucional que garantice la primacía del Derecho alemán de rango constitucional sobre el Derecho derivado europeo [art. 34.2.b)] TUE, en contraste con la letra d). La primacía del Derecho Constitucional alemán que defiende el BVerfG frente al derecho derivado sólo podría admitirse en un ámbito limitado, y en todo caso no puede contradecir, en este sentido, lo establecido en el ordenamiento europeo y la jurisprudencia ya consolidada del TJCE.

En este sentido, el celo por mantener la idea de que los Estados miembros continúan siendo *Herren der Verträge* y que, por tanto, a ellos corresponde la *Kompetenz-Kompetenz* es, en algunos casos, exagerado, y puede distorsionar las relaciones de cooperación necesarias entre el TJCE y los tribunales constitucionales nacionales, en concreto, el BVerfG. La actitud negativa a plantear la cuestión prejudicial por parte del BVerfG y de otros Tribunales constitucionales es un claro reflejo de ello.

Como se decía en la sentencia Maastricht, los Estados miembros pretenden, a través de la Unión Europea, el ejercicio conjunto de una serie de competencias en ámbitos concurrentes, de tal manera que se llega a un ejercicio conjunto de la soberanía, por ello el TUE recoge este enfoque de la integración competencial restringida (que, sin duda, está íntimamente relacionado con el principio de subsidiariedad), y establece el compromiso de la Unión a respetar las identidades nacionales y la soberanía de los distintos Estados miembros (76). Se entiende, además, que las funciones atribuidas se ejercen a

(75) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, pág. 809.

(76) Arts. 6 y 7 TUE

través del principio de la *Einzelzuständigkeit*, es decir, de la competencia determinada para ámbitos concretos y específicos (77), y a través del reconocimiento del principio de subsidiariedad tanto para la Unión (78), como para la Comunidad Europea (79), que de este modo se convierte en un principio de actuación vinculante para ambas, como se decía en la misma sentencia (80).

En este contexto, el BVerfG recordaba, una vez más, que la RFA es miembro de esta Unión de Estados, que el poder de esta Unión deriva de los propios Estados miembros, y en Alemania se puede ejercer en virtud de la autorización otorgada por medio de la *Zustimmungsgesetz*, de la que dependen también la validez y aplicación del derecho comunitario. En este sentido, Alemania es, en plano de igualdad con el resto de los países que ratifiquen el Tratado de la Unión (81), uno de los señores de los Tratados —*Herren der Verträge* (82)—, que se compromete temporalmente a través del TUE, pero que puede revocar su pertenencia a la Unión a través del ejercicio de un acto soberano de signo contrario. Alemania protege de este modo su cualidad de Estado soberano y se sitúa en un plano de igualdad con el resto de los Estados miembros.

Por ello, la expresión «señores de los tratados» (*Herren der Verträge*) parece que se utiliza por parte del BVerfG como una especie de recordatorio a las instituciones comunitarias, a las que se advierte que su actividad encuentra su última legitimación no en el TUE en sí, sino en los Estados firmantes. La Unión no es un ser que tome vida propia y tenga la capacidad de autodeterminarse sin el consentimiento y el conocimiento de quien le dotó de competencias, y por ello, el BVerfG no es más que un instrumento de control sobre el correcto ejercicio de la atribución competencial.

Lo que ocurre es que resulta contradictorio, como pone de relieve Tomuschat (83), afirmar, por una parte, la primacía del Derecho comunitario, y, por otra, establecer su sumisión a los imperativos constitucionales internos relativos a los derechos fundamentales, cuyo núcleo esencial tiene que ser en todo caso respetado. La primacía no es un concepto que admita limitaciones individualizadas, restricciones puntuales, eventuales compromisos. Tiene en este sentido una cierta similitud con el término soberanía. No se puede pretender

(77) Art. 5 TUE, Art. 5.1 TCE

(78) Art. 2 TUE

(79) Art. 5 TCE

(80) BVerfGE 89, 155, C. II. 1. a).

(81) BVerfGE 89, 155, C. II. 1. a).

(82) BVerfGE 75, 223.

(83) H. P. IPSEN: «Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil», *Europarecht*, Heft 1, 1994, págs. 2 y sigs.; Tomuschat, Ch.: «Aller guten Dinge sind III?» *Europarecht*, Heft 4, 1990, págs. 340 y sigs.

que el Derecho comunitario ostente una primacía en el plano teórico-doctrinal, y sin embargo negarle ese carácter, en el ámbito de su aplicación práctica, acudiendo a razonamientos de corte constitucional.

Hay que determinar qué entendemos por primacía y actuar en consecuencia: si es un concepto relativo, susceptible de modulaciones circunstanciales, tendremos que redefinirla. Si aceptamos hasta sus últimas consecuencias sus postulados, tendremos que tolerar las intromisiones correspondientes dentro de otros ámbitos de poder.

También Nicolaysen explica cómo, según la peculiar estructura de la Unión Europea, los Estados miembros no pueden considerarse «*Herren der Verträge*», como pretende el BVerfG. La posición de los Estados en la Comunidad se define a través de su denominación como Estados miembros y ello significa que no se presentan como Estados nacionales soberanos (84). Los Estados miembros no son «*Herren der Verträge*», sino que más bien ven determinados sus derechos y obligaciones a través del Tratado (85).

En el marco de este permanente recelo hacia la integración se enmarcan otras decisiones jurisprudenciales del Tribunal, a partir de la propia sentencia Maastricht, y encuentran también reflejo en algunos planteamientos de la sentencia sobre la Euroorden. Como la doctrina alemana ha puesto de relieve en diversas ocasiones, la propia admisión a trámite por parte del Alto Tribunal alemán de una *Verfassungsbeschwerde* como consecuencia de la aplicación de normas comunitarias tiene unas consecuencias evidentes (86). Cada vez que actúa así, el BVerfG está reconociendo implícitamente su competencia para someter a control el conjunto del Tratado, ya que el contenido democrático del art. 38 GG abarca también la participación en el ejercicio legítimo de poderes soberanos atribuidos a organizaciones supranacionales, en la medida que las disposiciones legislativas de estas últimas tengan una pretensión de aplicabilidad directa interna. Además, al considerarse expresamente legitimado para comprobar si una determinada actuación comunitaria está o no respaldada por la cobertura que la *Zustimmungsgesetz* otorga al Tratado, el BVerfG se atribuye la facultad de conocer sobre todo el Derecho derivado, y, por lo tanto, la doctrina *Solange II* se estaría revocando de una manera tácita.

Como se recordará, ya cuando se produjo la sentencia Maastricht se criti-

(84) G. NICOLAYSEN: «Der Streit zwischen dem detschen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof», en *Europarecht*, 2000, Heft 4, pág. 501.

(85) G. NICOLAYSEN: «Der Streit zwischen dem detschen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof», en *Europarecht*, 2000, Heft 4, pág. 504.

(86) CH. TOMUSCHAT: «Karlsruhe zu Europa: Ja unter Vorbehalten», en *Tagesspiegel*, 19 de octubre de 1993.

có además que, una vez admitida a trámite la *Verfassungsbeschwerde*, se sometiese todo el Tratado a revisión. El BVerfG se estaba atribuyendo un protagonismo y una competencia —a través de la declaración de admisibilidad— que podría haberse ahorrado en términos de economía jurídica, si, *ab initio*, hubiese considerado el fenómeno integrador como una consecuencia de lo que se recoge en los arts. 23 y 24 GG y en el Preámbulo de la misma desde su redacción en 1949.

Los posibles pasos futuros en el proceso europeo habían sido objeto de reservas en los informes redactados por el Gobierno alemán y por el *Bundestag* previos a la sentencia de Maastricht (87). En ambos se aludía a las reservas planteadas por países como Inglaterra y Dinamarca, y de alguna manera se sostenía la opinión de que Alemania se reservaba también la posibilidad de abandono unilateral de la Unión (un derecho de abandono, *Austrittrecht*), si se producían cambios sustanciales en la misma, no refrendados por las instituciones alemanas. El BVerfG admitió veladamente esta posible revocación de la pertenencia a la Unión (88), en contra de la opinión del Tribunal de Luxemburgo.

Se parte de concepciones básicas contrapuestas (89) y, por lo tanto, de principios fundamentales que son prejurídicos y que no pueden encontrar una base en los textos normativos que cada uno de los actores tiene que tomar como punto de referencia a la hora de resolver los conflictos. De aquí la importancia que tiene saber interpretar correctamente el significado del principio elaborado por el BVerfG, que se basa en el concepto de la *Kooperationsverhältnis* entre ambas instancias jurisdiccionales (90).

Ya en la sentencia de Maastricht se percibía un cierto pesimismo hacia la integración europea o, en palabras de Everling (91), una cierta introversión nacional (*nationalen Introvertiertheit*). Ésta consistiría no en una supuesta

(87) *Stellungnahme* del Bundesregierung de 15.01.93, *Stellungnahme* del Bundestag de 5.04.93, citadas en la BVerfGE 89, 155.

(88) BVerfGE 89, 155, C.II.1.a).

(89) M. HEINTZEN: «Die Herrschaft über die Europäischen Gemeinschaftsverträge-Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?», *AöR* 1991, págs. 564 y sigs.

(90) M. HEINTZEN: «Die Herrschaft über die Europäischen Gemeinschaftsverträge-Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?», *AöR* 1991, págs. 564-565.

(91) U. EVERLING: «Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht-Urteil», en *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, Munich, 1995, págs. 58-75. Vid. también CREMER: «Integrationspessimismus und Misstrauen des BVerfG», *Europarecht*, 1995, págs. 21 y sigs.

descomunitarización de lo ya atribuido, pero sí en una cierta desconfianza hacia lo comunitario, hacia el ejercicio de las potestades por parte de las instituciones, a un relanzamiento de lo nacional frente a lo integrador, a un escepticismo respecto a que se pueda lograr la articulación de un verdadero mecanismo que permita realmente una cooperación entre lo nacional y lo comunitario.

Estos recelos encuentran, como ha ocurrido de nuevo con la sentencia de la Euroorden y sus consideraciones sobre el Derecho europeo, resistencia y crítica por parte de amplios sectores doctrinales. Años atrás Tomuschat (92) comparaba la Unión Europea con un ciclista, que necesita siempre ir hacia adelante, ya que si no perdería el equilibrio e irremediablemente se caería. De modo semejante, la Unión Europea tiende necesariamente hacia la unidad política, aunque sea a costa de improvisaciones, de falta de puntos de referencia, del abandono de esquemas clásicos, que —a pesar de sus fallos— han demostrado una coherencia con la evolución de los derechos en Occidente.

Sin embargo, desde el BVerfG se ha defendido siempre que no existe ese pretendido cambio de posición en la sentencia Maastricht con relación a la doctrina sentada en Solange II. Se dice que el BVerfG sólo actuaría si el TJCE abandonase el «*standard*» de protección de derechos fundamentales similar al que está vigente en Alemania (*Grundrechtsstandard*). Esta línea jurisprudencial se completa con la sentencia sobre el «mercado del plátano» (93) (*Bananenmarktordnung*). Según Limbach esto supondría que el BVerfG practicaría una cooperación basada en el control (*eine als Kooperation verbrämte Kontrolle*) sobre el TJCE. Y, en todo caso, corresponde al Tribunal alemán «el derecho a la interpretación auténtica y, con ello, a tener la última palabra» (94).

Limbach no discute la obligación del TJCE de asegurar la unidad jurídica en los ámbitos de competencia comunitaria. Pero el TJCE puede equivocarse (citando a Kirschel, dice que «tiene derecho a cometer errores»). Cuando, según el criterio del BVerfG, el TJCE ha cometido un fallo, se considera a sí mismo como Tribunal super-revisor para todo el territorio alemán. Entonces, y sólo entonces, cuando ya no puedan garantizarse de otra manera los derechos fundamentales, podría admitirse una *Verfassungsbeschwerde*. Según Limbach, este criterio no sería contrario a la idea de que el TJCE tiene la

(92) CH. TOMUSCHAT: «Das Endziel der europäischen Integration Maastricht ad infinitum?», DVBl. 1996, Heft 19, pág. 1077.

(93) BVerfGE 102, 147 (163). También en *NJW* 2000, 3121, y en *NVwZ* 2000, 1280.

(94) «Das Recht der authentischen Interpretation und damit das letzte wort haben», *Cfr.* J. LIMBACH: «Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa», en *NJW* 2001, pág. 2917.

competencia para resolver de modo definitivo, ni a la idea de Primer Tribunal, sino que se trataría de una relación de cooperación entre ambos tribunales. Esta reserva competencial del BVerfG no sería ninguna espada de Damocles sobre el TJCE, sino de que los poderes públicos encuentran en los derechos de las personas y ciudadanos las fronteras de su actuación (95).

Como hemos dicho, el mismo Vogel reclama al BVerfG, al hilo de sus reflexiones sobre su reciente sentencia relativa a la Euroorden, un trabajo constructivo en común con las instituciones europeas (96). Hemos recordado también cómo el Tribunal Constitucional alemán, utiliza precisamente el concepto de «cooperación» para definir el tipo de relación que debe haber con el TJCE. La clave del problema está en interpretar qué se quiere decir con este concepto (97). Nicolaysen sostiene que una correcta interpretación del concepto mismo de relación de cooperación debe llevar consigo la consecuencia de que la protección frente a actos jurídicos de Derecho comunitario corresponderá siempre, en última instancia, al TJCE. El punto de apoyo fundamental para los tribunales de los estados miembros, también para el BVerfG, viene fijado por el artículo 234 TCE: las cuestiones referentes a la interpretación y validez del Derecho comunitario deben ser planteadas ante el TJCE por el BVerfG, y éste queda vinculado a la decisión que tome aquél (98). En el concreto ámbito de los derechos fundamentales, corresponde también al TJCE la tarea de protegerlos y asegurarlos, según lo dispuesto por las normas comunitarias.

¿Qué ocurriría si un tribunal nacional se niega a obedecer el Derecho comunitario? Según Nicolaysen, la Comunidad podría reaccionar planteando un proceso de los previstos en el artículo 226 TCE para remediar una violación del Tratado. Este procedimiento sería también aplicable al caso de una violación o incumplimiento del Tratado por parte de un Tribunal nacional (99). Por lo tanto, la última palabra en cuestiones referentes al Derecho comunitario la tendría siempre el TJCE, y no el BVerfG, como se pretende sin embargo desde el Alto tribunal alemán.

(95) Cfr. J. LIMBACH: «Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa», en *NJW* 2001, pág. 2918.

(96) J. VOGEL: «Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht», en *JZ*, 2005, pág. 809.

(97) Puede verse, sobre este problema, el artículo de G. HIRSCH: «Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?», en *NJW*, 1996, págs. 2457 y sigs.

(98) G. NICOLAYSEN: «Der Streit zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof», en *Europarecht*, 2000, Heft 4, pág. 509.

(99) G. NICOLAYSEN: «Vertragsverletzung durch mitgliedstaatliche Gerichte», en *Europarecht*, 1985, pág. 386.

En última instancia, como puede comprobarse, el BVerfG vuelve a demostrar, en su sentencia de 18 de julio de 2005 sobre la Ley alemana de transposición de la decisión Marco sobre la orden de detención europea, que sus rece- los frente al Derecho europeo se mantienen y que, probablemente en coherencia con esta posición, la propia relación de cooperación con el TJCE es comprendida de un modo que, como ha dicho parte de la doctrina alemana en alguna ocasión (100), todavía no se sabe muy bien si se trata de una coope- ración leal o más bien de una relación de competencia o confrontación entre ambos tribunales.

(100) G. HIRSCH: «Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?», en *NJW*, 1996, págs. 2457 y sigs.