

Euroorden y conflictos constitucionales: A propósito de la STC 199/2009, de 28-9-2009

*Aida Torres Pérez**

Profesora de Derecho Constitucional.
Universidad Pompeu Fabra (Yale Law School, JSD 2006)

RESUMEN

Este artículo analiza críticamente la STC 199/2009, de 28-9-2009, que resuelve un recurso de amparo contra la ejecución de una euroorden en un caso de condena en ausencia, sin condicionarse la entrega a la garantía de un nuevo juicio sobre el fondo. En este contexto, se examinarán los distintos niveles de protección otorgados al derecho a un proceso con todas las garantías por los diversos ordenamientos superpuestos: nacional (CE), internacional (CEDH) y supranacional (UE). A continuación, se desarrollará un análisis crítico de las vías de resolución posibles para el TC ante el potencial conflicto entre la Constitución y el Derecho Europeo. El artículo concluye con una reflexión desde la perspectiva del diálogo como forma de interacción judicial en caso de conflicto.

Palabras clave: Euroorden, condena en ausencia, derecho a un proceso con todas las garantías, cuestión prejudicial, diálogo.

Keywords: European arrest warrant, judgment in absence, right to due process, preliminary question, dialogue.

ABSTRACT

This article examines the decision of the Spanish Constitutional Court, STC 199/2009, 28-9-2009. The Constitutional Court, which decides an individual complaint against the execution of a European arrest warrant in a case in which the individual was condemned in his absence, without securing a new judgment. Within this framework, the different levels of protection granted to the right to due process by the overlapping legal systems will be examined: national (Spanish Constitution), international (ECHR) and supranational (EU). Next, the article will develop a critical analysis of the avenues for action available to the Constitutional Court in the face of the potential conflict between the Constitution and EU law. The article will conclude with a reflection from the standpoint of dialogue as an a way of judicial interaction in case of conflict.

Fecha recepción original: 17 de mayo de 2010

Fecha aceptación: 4 de junio de 2010

* Agradezco a Víctor Ferreres Comella y Alejandro Saiz Arnaiz por sus sugerentes comentarios y por la estimulante discusión.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
 2. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC 199/2009, de 28-9-2009)
 3. LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS EN EUROPA—3.1. *El nivel de protección constitucional*—3.2. *El nivel de protección definido por el TEDH*—3.3. *El nivel de protección en el ordenamiento europeo*
 4. EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA EUROORDEN—4.1. *Interpretación conforme a la Constitución*—4.2. *Interpretación conforme al Derecho Europeo*—4.3. *Declaración de inconstitucionalidad sin nulidad*—4.4. *Cuestión prejudicial*
 5. CONSIDERACIONES FINALES: UNA APROXIMACIÓN A LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES DESDE EL DIÁLOGO
-

1. INTRODUCCIÓN

La denominada «euroorden», creada a través de la *Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros* (Decisión marco 2002), es sin duda uno de los mecanismos más relevantes de los que se ha dotado la Unión Europea (UE) en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal. Su principal objetivo es simplificar los procesos de entrega de personas acusadas o condenadas por un delito entre Estados miembros, estableciendo un procedimiento exclusivamente judicial. Sustituye a todos los instrumentos anteriores de extradición y pretende superar sus deficiencias¹. En el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, y a partir del Consejo Europeo de Tampere de 1999, la Comisión inició los trabajos para elaborar una propuesta, impulsada en su última fase por los dramáticos atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos². Este mecanismo supone la concreción del principio de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de la UE, que a su vez tiene su fundamento en la confianza mutua³. Al mismo tiempo, se trata de una materia que se proyecta de lleno sobre la soberanía de los Estados y sus ordenamientos constitucionales, de modo que la implementación de la Decisión marco 2002 ha generado una sucesión de conflictos constitucionales en los distintos Estados miembros⁴.

La Decisión marco 2002 fue implementada en España a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, *sobre la orden europea de detención y entrega*⁵. La aplicación de esta Ley por la Audiencia Nacional (AN) a una petición de entrega formulada por las autoridades judiciales rumanas constituye el supuesto de hecho que dará lugar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) en la STC 199/2009, de 28-9-2009. Esta sentencia ofrece una ocasión excepcional para reflexionar sobre la interacción entre los diversos ordenamien-

¹ CEDEÑO HERNÁN, M., «De la extradición a la 'euroorden': un cambio necesario (Análisis del procedimiento de detención y entrega a la luz de la Ley 3/2003, de 14 de marzo)», *RGDE*, nº 5, 2004, p. 3, indicaba como principales problemas la excesiva dilación temporal y el amplio margen de discrecionalidad política.

² Para el análisis del proceso de aprobación y aportaciones de la euroorden, véase, FONSECA MORILLO, F.J., «La orden de detención y entrega europea», *RDCE*, nº 14, 2003.

³ Decisión Marco 2002, para. 5, 6, 10.

⁴ Véase KOMÁREK, J., «European constitutionalism and the European arrest warrant: in search of the limits of 'contrapunctual principles'», *CMLR*, nº 44, 2007; GUILD, E. (ed.), *Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant*, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2006.

⁵ Para el análisis de la Ley 3/2003, ver ARANGÜENA FANEGO, C., «La orden europea de detención y entrega. Análisis de las leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco sobre la 'Euroorden'», *Revista de Derecho Penal*, nº 10, 2003.

tos jurídicos que se solapan en su ámbito de aplicación en Europa y los dilemas a los que se enfrentan los jueces internos, en este caso el TC.

La eficacia de la Decisión marco 2002 requiere la transposición y ejecución por parte de las autoridades estatales. En su actuación, las autoridades estatales están vinculadas por los derechos contenidos en la Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y también por los derechos de la UE. Los conflictos constitucionales surgen cuando los diversos ordenamientos confluyen en su ámbito de aplicación y el nivel de protección otorgado a un mismo derecho diverge. La solución no puede buscarse en la decisión por parte de un tribunal con autoridad última, porque no existe una relación jerárquica entre los respectivos tribunales con el poder último de interpretación dentro de cada sistema: el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Por consiguiente, nos situamos en un escenario de «pluralismo constitucional», en el que por definición no existe una relación jerárquica entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial⁶.

En este marco, en primer lugar, se expondrán brevemente los argumentos y la decisión del TC. En segundo lugar, se examinarán los distintos niveles de protección otorgados por los diversos ordenamientos superpuestos al derecho a un proceso con todas las garantías en el supuesto de condena en ausencia. En tercer lugar, se desarrollará un análisis crítico de la decisión adoptada por el TC y de las diversas vías de resolución posibles ante el potencial conflicto entre la Constitución y el Derecho Europeo. Concluiremos con una reflexión desde la perspectiva del diálogo como forma de interacción judicial en casos de conflicto.

2. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC 199/2009, de 28-9-2009)

La AN, mediante Auto de 27 de abril de 2007, acordó la entrega a Rumania de Wilson Adran John, nacional británico, en virtud de una euroorden para el cumplimiento de una pena de prisión de cuatro años por un delito de explotación sexual infantil. Esta decisión fue objeto del recurso de amparo que resuelve la STC 199/2009.

El recurso se fundamentaba en dos alegaciones. Por un lado, el recurrente alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Consideraba insuficiente la motivación para rechazar las alegaciones sobre el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes du-

⁶ MACCORMICK N., «The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now», *ELR*, nº 1, 1995, pp. 264-265; N. MACCORMICK, «Risking Constitutional Collision in Europe», *Oxford Journal of Legal Studies*, nº 18, 1998, pp. 528-532; WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *The Modern Law Review*, nº 65, 2002; POIARES MADURO, M., «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en N. WALKER, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oregon, 2006.

rante el cumplimiento de la pena privativa de libertad en Rumania, en concreto por la persecución a la que se encuentra sometida la población homosexual. El TC rechazó estas alegaciones por su carácter genérico, sin que el recurrente hubiese aportado pruebas o indicios racionales de que existiera un riesgo real y efectivo de sufrir un trato vejatorio⁷. El TC, en línea con su argumentación subsiguiente, añadía que pese a que la Ley 3/2003 no hubiese incluido expresamente como causa de denegación el riesgo serio y fundado de sufrir tratos inhumanos o degradantes, en ese caso la entrega debería ser denegada, ya que la protección contra tratos inhumanos o degradantes constituye uno de los «valores fundamentales de las sociedades democráticas»⁸.

En segundo lugar, y éste es el núcleo de nuestro análisis y discusión, el recurrente alegaba la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En Rumania, tanto el juicio de primera instancia como el de apelación fueron celebrados en su ausencia, aunque estuvo representado por un abogado de su elección. El recurrente consideraba vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías porque no se había condicionado la entrega a la revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia.

La argumentación del TC se sostiene en su jurisprudencia anterior, básicamente en dos sentencias, cuyas conclusiones reproduce literalmente en el FJ 3. De acuerdo con la STC 91/2000, de 30-3-2000, acceder a la extradición de un condenado en ausencia sin condicionarla a la posibilidad de impugnación, constituía una vulneración «indirecta» del artículo 24.2 CE, «al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana». Posteriormente: en la STC 177/2006, de 5-6-2006, el TC extendió esta doctrina a la ejecución de una euroorden. El TC declaró vulnerado el derecho del artículo 24.2 CE al accederse a la entrega del recurrente a Francia sin condicionarla a la posibilidad de revisión. El TC sostuvo que aunque la Ley 3/2003 no había incluido como condición a la entrega la garantía de impugnación de la condena en ausencia y la celebración de un nuevo juicio, tal y como la Decisión marco 2002 permitía, la autoridad judicial debía dar satisfacción a la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías. El TC consideró que la exigencia de impugnación y garantía de un nuevo juicio era «inherente al contenido esencial» del derecho fundamental al proceso con todas las garantías⁹.

En el FJ 4, el TC examina el caso concreto. La AN consideró que no procedía condicionar la entrega porque el recurrente había estado representado en el juicio por un abogado de su elección, que en ningún momento alegó la vulneración de derechos fundamentales por la ausencia de su defendido. El TC, separándose de la AN, considera que la presencia del abogado no es

⁷ STC 199/2009, de 28-9-2009, FJ 2.

⁸ *Id.*, FJ 2.

⁹ *Id.*, FJ 3.

suficiente para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, argumenta, con cita de la STC 91/2000, que «el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa»¹⁰. El TC afirma que sus conclusiones se sustentan en la doctrina del TEDH sobre el artículo 6 CEDH.

Por estos motivos, el TC declara vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y declara nulo el Auto de la AN. Ahora bien, el TC entiende que el fallo tiene un alcance meramente declarativo, en la medida en que el Auto impugnado ya había sido ejecutado¹¹. Los magistrados J. RODRÍGUEZ-ZAPATA y P. PÉREZ TREMPs formularon sendos Votos Particulares apuntando soluciones diversas. Incorporaremos su análisis en el apartado 4, referido a las vías de acción alternativas que se planteaban ante el TC.

3. LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS EN EUROPA

Este caso ofrece una ocasión magnífica para mostrar el potencial conflicto como resultado de la divergencia de interpretaciones de los derechos fundamentales en los diversos ordenamientos jurídicos que se superponen en Europa. El derecho a un proceso con todas las garantías se protege tanto en la Constitución española (art. 24.2), como en el CEDH (art. 6), como en la Carta de derechos fundamentales de la UE (art. 47). Estos tres ordenamientos convergen en su aplicación a la actuación de las autoridades estatales. Cuando la el alcance de protección otorgado a un mismo derecho diverge, se manifiesta el potencial para el conflicto.

3.1. El nivel de protección constitucional

En la STC 199/2009, el TC parte de la STC 91/2000 para la delimitación del contenido al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)¹². En este último caso, la AN había autorizado la extradición de un nacional italiano a Italia para la ejecución de dos sentencias condenatorias por delitos graves dictadas en su ausencia, así como para el enjuiciamiento de otras causas contra él. Entre los motivos de amparo, se alegaba la vulneración del artículo 24.2 CE, por haber sido condenado en su ausencia. De la argumentación del TC nos interesan dos elementos: el concepto de vulneración «indirecta» de un derecho fundamental, y la determinación del «contenido absoluto» del mismo.

¹⁰ *Id.*, FJ 4.

¹¹ Como consta en los antecedentes, y para desgracia del recurrente, el TC acordó con carácter provisional la suspensión del Auto de la AN el mismo día en que se ejecutó la entrega, el 14 de mayo de 2007.

¹² Debe destacarse que en la STC 91/2000, de 30-3-2000, el recurso de amparo fue resuelto por el Pleno del TC.

En primer lugar, de acuerdo con jurisprudencia reiterada, la STC 91/2000 confirma la posibilidad de vulneración «indirecta» de un derecho fundamental por parte de los poderes públicos españoles, cuando reconozcan, homologuen o den validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras que se consideran lesivas de derechos fundamentales, tanto en supuestos de extradición como de exequátur¹³. En estos casos, no obstante, deberá determinarse qué parte del derecho queda protegida. De manera no muy afortunada, el TC distingue entre la eficacia *ad intra* y *ad extra* de los derechos fundamentales, y sobre esta base distingue entre el contenido esencial y el contenido absoluto de los derechos. El contenido absoluto de un derecho fundamental es el contenido del derecho vinculante con proyección universal, definido como el «núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona»¹⁴. Para la determinación del contenido absoluto del derecho, el TC se remite al concepto de dignidad humana, y a lo establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, en particular el CEDH.

A continuación, el TC procede a la identificación del contenido absoluto del derecho del artículo 24.2 CE. El TC afirma que no todas las garantías del mismo se proyectan universalmente, sino sólo «sus principios básicos o, dicho de otro modo, la esencia misma del proceso justo»¹⁵. El TC argumenta que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del artículo 24 CE. El derecho a estar presente no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa. Además, el TC se remite a diversos textos internacionales, especialmente el CEDH, en la interpretación dada por el TEDH¹⁶. Esto no significa que en todo caso quede excluida la condena *in absentia*, que puede responder a intereses legítimos. Ahora bien, en palabras del TC, el respeto al contenido absoluto del derecho a un juicio justo exige que se garantice la «posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves»¹⁷.

Aunque, en el caso concreto, el condenado por la justicia italiana había sido citado debidamente y representado por un abogado, el TC concluyó que: «constituye una vulneración 'indirecta' de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana [...] acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den

¹³ STC 91/2000, de 30-3-2000, FJ 6.

¹⁴ *Id.*, FJ 8. El Voto Particular del magistrado JIMÉNEZ DE PARGACRÍTICA la distinción entre la eficacia *ad extra* y *ad intra* sobre la base de la dignidad.

¹⁵ STC 91/2000, de 30-3-2000, FJ 8.

¹⁶ *Id.*, FJ 13.

¹⁷ *Id.*, FJ 14.

validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa»¹⁸.

La STC 91/2000 cuenta con dos Votos Particulares¹⁹ que no comparten la determinación del contenido absoluto del derecho. Sostienen que la ausencia del acusado no puede ser considerada automáticamente una vulneración del contenido absoluto del derecho, especialmente en un caso en el que el acusado fue representado de manera efectiva por un abogado de su elección. También se apartan de la interpretación que el TC otorga a los textos internacionales, particularmente el Voto del magistrado CRUZ VILLALÓN en relación con la lectura que la mayoría hace de la jurisprudencia del TEDH.

La conclusión anteriormente citada de la STC 91/2000 será reproducida literalmente por la STC 199/2009, con una diferencia de detalle, pero relevante²⁰. En la STC 199/2009 se omite el término «absolutas» (en la frase «constituye una vulneración 'indirecta' de las exigencias absolutas dimanantes del derecho...»²¹), y en toda la sentencia no se hace referencia al concepto de «contenido absoluto». Parece que la mayoría haya querido separarse nominalmente de la noción de «contenido absoluto», pero conserva la doctrina establecida sobre esa construcción²².

Por su parte la STC 177/2006, de 5-6-2006, también citada por la STC 199/2009, aplica la doctrina anterior a un caso de euroorden. La STC 177/2006 resuelve un recurso de amparo contra el Auto de la AN que accede a una orden de detención y entrega solicitada por las autoridades francesas, dirigida a un ciudadano español condenado en su ausencia a una pena de prisión de 20 años. Entre los diversos motivos de amparo, el recurrente alegaba vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías porque el Auto recurrido no había condicionado la entrega a la revisión de la sentencia. El TC se remite a las conclusiones de la STC 91/2000 en relación con el contenido absoluto del derecho del artículo 24.2 CE, sin añadir otras consideraciones.

La atención se centra en la Decisión marco 2002 y la Ley 3/2003 que la implementa. Aunque la Ley 3/2003 no ha previsto la posibilidad de condicionar la entrega en casos de condena en ausencia, el TC sostiene que es una garantía inherente al «contenido esencial» de un derecho fundamental, y que por lo tanto debe ser respetada, «implícita o explícitamente», por

¹⁸ *Id.*, FJ 14.

¹⁹ El primero del magistrado P. CRUZ VILLALÓN, y el segundo del magistrado M. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, al que se adhieren R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE y V. CONDE MARTÍN DE HIJAS.

²⁰ STC 199/2009, de 28-9-2009, FJ 3.

²¹ STC 91/2000, de 30-3-2000, FJ 14.

²² Tanto el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA (para. 3) como sobre todo el magistrado PÉREZ TREMPES (para. 1), en sus Votos Particulares a la STC 199/2009, se muestran muy críticos con la noción y la construcción del contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, excluyendo además su aplicación a las decisiones judiciales de países de la UE en la ejecución de la euroorden.

toda Ley nacional que se dicte al efecto²³. Respecto a la Decisión marco 2002, el TC se limita a constatar que, aunque no lo exige, prevé la posibilidad de condicionar la entrega en casos de condena en ausencia. Al final, el TC declaró vulnerado el derecho, anuló el Auto de la AN y retrotrajo las actuaciones al momento de dictar la resolución²⁴.

En suma, de acuerdo con la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías, el contenido absoluto (y también el contenido esencial que vincula al legislador) exige que se garantice la presencia física del acusado para el ejercicio de sus derechos de defensa. Por consiguiente, si se dictó una condena en su ausencia, aunque tuviese conocimiento del proceso y estuviese representado por un abogado de su elección, debe garantizarse la posibilidad de un nuevo juicio sobre el fondo. Este contenido del derecho debe protegerse tanto en procesos de extradición, como de ejecución de una euroorden. La STC 199/2009 aplicará esta doctrina al caso que nos ocupa.

3.2. El nivel de protección definido por el TEDH

A continuación procederemos a examinar cómo el TEDH ha interpretado el artículo 6 CEDH, para elucidar si alcanza a proteger a condenados en ausencia, pese a tener conocimiento del proceso y estar representados por un abogado de su elección. En la STC 199/2009, así como también en la anterior STC 91/2000, el TC sustenta sus conclusiones en la jurisprudencia del TEDH²⁵. Sin embargo, como se demostrará, el TC hace un uso, cuando menos, descuidado de la jurisprudencia del TEDH.

La STC 199/2009 parte del tenor literal del artículo 6.3 c) CEDH, para distinguir entre el derecho a «defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor». Cita, por todas, y de manera sorprendente, la STEDH, asunto *T y V vs. Reino Unido*, de 16-12-1999. En esta decisión, el TEDH sostuvo que, en las circunstancias del caso, el acusado no había podido participar efectivamente en el proceso penal contra él, sin ser suficiente a efectos del artículo 6.1 CEDH el hecho de que hubiera sido representado por abogados de reconocida capacidad y experiencia²⁶. Ahora bien, éste no era un caso de condena en ausencia, sino un caso en el que los acusados tenían 11 años! El TEDH sostuvo que, pese a algunas modificaciones en el desarrollo del proceso atendiendo a su temprana edad, las condiciones del juicio les impedían comprenderlo, tomar decisiones para sus mejores intereses, y testificar adecuadamente para su defensa. Por lo tanto, resulta difícil extraer conclusiones para el caso que nos ocupa.

²³ STC 177/2006, de 5-6-2006, FJ 7 b).

²⁴ Para una crítica de esta sentencia, ver DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (Reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio)», *REDC*, nº 78, 2006.

²⁵ STC 199/2009, de 28.9.2009, FJ 4; STC 91/200, de 30-3-2000, FJ 13.

²⁶ STEDH, as. *T y V vs. Reino Unido*, de 16.12.1999, para. 88-89.

La STC 91/2000, que es la sentencia de la que parte el TC para la determinación del contenido del derecho, incluye referencias a diversas sentencias del TEDH²⁷. En la STEDH, asunto *Colozza vs. Italia*, de 12-2-1985, el TEDH afirmó que el derecho del acusado a estar presente y defenderse por sí mismo durante el proceso penal forma parte del artículo 6 CEDH. A la vez, admitía la posibilidad de un proceso *in absentia*, con la condición de que, una vez el acusado tuviera conocimiento del mismo, pudiera obtener un nuevo juicio sobre el fondo, tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho (para. 29). Ahora bien, en el caso concreto, el TEDH destacaba que el acusado no había tenido conocimiento del proceso penal contra él y consideró que los intentos de notificación habían sido inadecuados (para. 28). Además, constató que en el ordenamiento italiano no se garantizaba de manera suficiente la posibilidad de un juicio de revisión sobre el fondo en el que el individuo pudiera defenderse adecuadamente. Por ende, declaró vulnerado el artículo 6 CEDH.

Tal como el TEDH expresamente remarca, en este caso no se trataba de un individuo que hubiese sido notificado en persona, y que, conociendo los motivos de la acusación, hubiese renunciado al ejercicio de su derecho a estar presente y defenderse por sí mismo. Por consiguiente, este caso no puede ser utilizado para sostener que la condena *in absentia* de una persona que tuvo conocimiento del mismo y designó a un abogado de su elección vulnera el derecho a un juicio justo.

En la STEDH, asunto *FCB vs. Italia*, de 28-9-1991, el juicio se desarrolló en ausencia del imputado, pero con la presencia de su abogado. Ahora bien, el demandante ante el TEDH alegaba que no había tenido conocimiento de la fecha del juicio, y que cuando se desarrolló estaba privado de libertad en Holanda. El TEDH consideró innecesario determinar si tuvo conocimiento indirecto del juicio, porque no constaba que el individuo, expresamente o como mínimo de manera inequívoca, pretendiera renunciar a su derecho a comparecer en el juicio y defenderse por sí mismo²⁸. Por lo tanto, de la presencia de abogado no puede deducirse automáticamente que el acusado tuviera conocimiento y renunciara a comparecer. Ahora bien, tampoco pueden extraerse conclusiones para el caso en el que el individuo efectivamente tuvo conocimiento del juicio.

En el resto de casos citados, *Poitrimol*²⁹, *Lala*³⁰ y *Pelladoah*³¹, el imputado claramente expresó su voluntad de no comparecer, pero designó abogado para su defensa. No obstante, en aplicación de la normativa interna, la falta de comparecencia implicó la pérdida del derecho a ser defendido a través de abogado. El TEDH resolvió que no se podía penalizar la falta de comparecencia con la denegación del derecho de defensa a través de abogado. De

²⁷ STC 91/2000, de 30-3-2000, FJ 13.

²⁸ STEDH, as. *FCB vs. Italia*, de 28-8-1992, para. 33.

²⁹ STEDH, as. *Poitrimol vs. Francia*, de 23-11-1993, para. 35.

³⁰ STEDH, as. *Lala vs. Holanda*, de 22-9-1994, para. 27.

³¹ STEDH, as. *Pelladoah vs. Holanda*, de 22-9-1994, para. 40.

esta argumentación cabe deducir que, según el TEDH, el juicio en ausencia de una persona que tuvo conocimiento del proceso y renunció a comparecer, designando abogado para su defensa, no violenta el artículo 6 CEDH, sino que la vulneración del derecho se produce al impedirse la intervención de los abogados libremente designados.

En suma, ninguna de las sentencias citadas examinadas permite sostener que el artículo 6 CEDH, interpretado por el TEDH, protege a los condenados en ausencia que tuvieron conocimiento del proceso, y decidieron libremente no comparecer, designando abogado para su defensa.

Una decisión de la Gran Sala ha recapitulado y aclarado la jurisprudencia del TEDH sobre juicios *in absentia*. En la STEDH, asunto *Sejdovic vs. Italia*, de 1-3-2006, tal como había sostenido con anterioridad, el TEDH declara que, de acuerdo con el objeto y finalidad del artículo 6 CEDH, aunque no se establezca expresamente, una persona acusada de un delito tiene derecho a estar presente en el juicio³². La clave para nuestra discusión está en el párrafo 82, del cual pueden extraerse las siguientes conclusiones: i) la condena *in absentia* no vulnera el artículo 6 CEDH si se garantiza la posibilidad de obtener un nuevo juicio sobre aspectos de hecho y de derecho; y ii) no será necesario garantizar la revisión del juicio cuando quede establecido que el acusado ha renunciado a su derecho de estar presente y defenderse a sí mismo o ha intentado sustraerse del proceso. El TEDH desarrolla un conjunto de consideraciones sobre la renuncia a comparecer. La renuncia a la presencia en el juicio debe ser formulada de manera inequívoca y contar con un mínimo de garantías. Así, la ausencia de un individuo que no ha sido notificado en persona no puede interpretarse como la renuncia a comparecer y a defenderse por sí mismo³³. Por otro lado, reconoce la posibilidad de que determinados hechos, en las circunstancias del caso, proporcionen una indicación inequívoca de que el acusado conocía la existencia de un proceso penal y las acusaciones en su contra, y decidió no participar en el proceso o intentó escapar a la acción de la justicia³⁴.

En *Sejdovic*, el TEDH consideró que en las circunstancias del caso no se había demostrado que el imputado tuviera un conocimiento suficiente del proceso contra él, y por lo tanto, no podía concluirse ni que renunció a comparecer, ni que pretendía escapar a la acción de la justicia. Además, el TEDH consideró que el ordenamiento interno no ofrecía garantías suficientes para la realización de un nuevo juicio sobre el fondo.

Caso distinto es el resuelto por la STEDH, asunto *Medenica vs. Suiza*, de 12-12-2001. El TEDH decidió que, en la medida en que el demandante había recibido la información sobre los cargos en su contra y la fecha del juicio, y estuvo representado por un abogado de su elección, la condena en ausencia y la denegación de un juicio de revisión, no vulneraron el derecho a un

³² STEDH, asunto *Sejdovic vs. Italia*, de 1-3-2006, para. 81.

³³ *Id.*, para. 86-88.

³⁴ *Id.*, para. 99.

juicio justo³⁵. En este caso no hubo una renuncia explícita a comparecer, pero tal como hizo constar el tribunal interno, el acusado ni justificó su ausencia, ni podía entenderse que estuviere ausente por razones que escaparan a su control.

Analizada la jurisprudencia del TEDH, podemos concluir que el nivel de protección otorgado por el TC al derecho a un juicio con todas las garantías es superior al otorgado por el TEDH³⁶. De acuerdo con el TC, el artículo 24.2 CE protege a las personas condenadas en ausencia, aunque tuvieran conocimiento del juicio, sin alegar imposibilidad alguna para asistir, y hubieran sido representadas por un abogado de su elección. Por su parte, el TEDH exige conocimiento del juicio y derecho a la asistencia letrada, pero no protege cuando, garantizado lo anterior, el imputado decide no comparecer³⁷.

Esta divergencia entre niveles de protección no es necesariamente disfuncional. No debe olvidarse que la protección otorgada por el CEDH es un mínimo que los Estados pueden superar. De acuerdo con el artículo 53 CEDH, los Estados miembros pueden dar un alcance más amplio a la protección otorgada por sus constituciones respectivas³⁸. Ahora bien, la interpretación defendida por el TC no es una interpretación exigida ni por el CEDH ni por el TEDH, tal como pusieron de manifiesto los magistrados CRUZ VILLALÓN en su Voto Particular a la STC 91/2000, y el magistrado PÉREZ TREMPs a la STC 199/2009.

3.3. El nivel de protección en el ordenamiento europeo

Una vez analizado el nivel de protección otorgado al derecho a un proceso con todas las garantías por parte del TC y del TEDH, a continuación examinaremos en qué medida la configuración que establece la Decisión marco 2002 del supuesto de condena en ausencia es compatible con el nivel de protección establecido por esos dos tribunales.

Como indicamos en la introducción, el principal objetivo de la Decisión marco 2002 es el establecimiento de un procedimiento que facilite la entrega de personas para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución

³⁵ *Id.*, para. 59.

³⁶ QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 335-341.

³⁷ Otro tema es cómo constatar la renuncia a comparecer. De la lectura de *FBC* y *Sejdovic*, parece que la renuncia no puede deducirse automáticamente del conocimiento del juicio, pero puede deducirse de los hechos del caso de manera inequívoca.

³⁸ SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 222-223, desde la perspectiva del artículo 10.2 CE, argumenta que la exigencia de «conformidad» debe entenderse como ausencia de contradicción (compatibilidad), y no como plena identidad. Precisamente, la idea de conformidad como ausencia de contradicción se sustenta en el artículo 53 CEDH.

de una condena entre los diversos Estados miembros de la UE, sustituyendo a todos los instrumentos anteriores de extradición. De manera expresa, la Decisión marco, en su artículo 1.3, establece que la misma «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»³⁹. Por lo tanto, aunque se tratara de una medida adoptada en el ámbito del tercer pilar, se sometía expresamente a los derechos fundamentales comunitarios, sobre la base del CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Además, en el Preámbulo, se hace remisión expresa a la Carta de derechos fundamentales de la UE, en particular a su capítulo VI (Justicia), que finalmente con el Tratado de Lisboa ha adquirido fuerza jurídica obligatoria. El artículo 47 de la Carta, apartado segundo, establece que «Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar». De acuerdo con las *Explicaciones* a la Carta, este apartado se corresponde con el artículo 6.1 del CEDH.

La Decisión marco 2002 configura la euroorden como una resolución de tipo judicial, que debe ser ejecutada por el Estado receptor, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo (art. 1). La propia Decisión marco prevé un conjunto de motivos que justifican la no ejecución de la euroorden por parte de la autoridad judicial, que pueden ser de carácter obligatorio (art. 3) o facultativo (art. 4). Además, en el artículo 5 se establece la posibilidad de condicionar la ejecución de la euroorden. Entre las condiciones posibles, nos interesa el apartado 1, que establece:

«cuando la orden de detención europea se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía, y si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista».

El «supuesto de hecho» que permite condicionar la entrega es la condena en rebeldía, siempre que la persona afectada no haya sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y lugar del juicio. La «condición» a la que puede supeditarse la ejecución de la euroorden es que el Estado emisor dé garantías suficientes de la posibilidad de realizar un nuevo juicio en presencia del imputado y con salvaguardia de sus derechos de defensa.

³⁹ En la reforma de 2009, la Decisión marco añade en su artículo 1.2, «incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán inmutables».

La redacción de este supuesto planteó algunas dudas durante el proceso de elaboración de la Decisión marco 2002, ya que el concepto de «rebeldía» varía en cada ordenamiento jurídico, y las garantías ofrecidas por los diversos Estados divergen. La Comisión propuso introducir una definición común de las sentencias en rebeldía⁴⁰. Pese a lo denso del redactado de la propuesta, quedaba clara la voluntad de excluir los casos en los que el acusado había sido citado debidamente, y deliberadamente decidió no comparecer. En el texto final se optó por no definir el concepto de rebeldía⁴¹. Pero, en cualquier caso, se excluyó expresamente la posibilidad de condicionar la entrega en el supuesto en el que la persona hubiera sido citada personalmente o informada de otra manera.

La reforma que introduce la *Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009* (Decisión marco 2009) todavía es más clara sobre la posición del «legislador europeo». En el Preámbulo se pone de manifiesto la voluntad de «definir motivos comunes claros de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado»⁴². Por otro lado, también refleja la voluntad de respeto del CEDH, con una remisión a la jurisprudencia del TEDH, según la cual, se indica, el derecho a comparecer no es un derecho absoluto⁴³.

Esta reforma suprime el apartado 1 del artículo 5, y añade un nuevo artículo 4 bis, titulado «Resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin comparecencia del imputado». En primer lugar, desaparece el concepto «rebeldía», y se utiliza el más genérico de «ausencia». En segundo lugar, la condena en rebeldía ya no se trata como un supuesto en el que se puede condicionar la entrega a un nuevo proceso, sino que la no comparecencia en el juicio se considera una causa de denegación (facultativa) de la entrega. En tercer lugar, se incluye un conjunto de supuestos en los que la entrega del condenado en ausencia no podrá denegarse (y por lo tanto, deviene obligatoria).

De acuerdo con el apartado 4bis.1.a), no se podrá denegar la entrega si, con suficiente antelación, el individuo fue citado en persona e informado del juicio, o recibió esa información por otros medios, de manera que

⁴⁰ El redactado propuesto era el siguiente: «por sentencia en rebeldía se entenderá cualquier sentencia dictada por un tribunal en un procedimiento penal en cuya vista no hubiera comparecido la persona condenada. En esta definición no se incluirán las sentencias dictadas en procedimientos en los que haya quedado claramente acreditado que se citó realmente a la persona con el tiempo suficiente para que pudiera comparecer y preparar su defensa, pero ésta decidió deliberadamente no comparecer o estar representada, a menos que se demuestre que su ausencia y el hecho de que no pudiera informar al juez al respecto se debió a razones de fuerza mayor», en FONSECA MORILLO, «La orden de detención y entrega europea», *op. cit.*, p. 79.

⁴¹ *Id.*, p. 80, este autor criticó la falta de definición en la versión final y vaticinó: «A largo plazo, estas diferencias pueden conducir a que las autoridades judiciales nacionales hagan primar su propia definición y la impongan a los demás».

⁴² Decisión Marco 2009, para. 4.

⁴³ Decisión Marco 2009, para. 1.

pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de su celebración, fecha y lugar, y además se le informó de que podría dictarse una resolución en su contra en caso de incomparecencia. Por lo tanto, en estas circunstancias, la entrega es obligatoria, sin posibilidad de condicionarla a la celebración de un nuevo juicio.

De acuerdo con el apartado 4bis.1.b), no se podrá denegar la entrega si, teniendo conocimiento del juicio, el imputado estuvo representado por un abogado, designado por él o por el Estado, y fue efectivamente defendido. Así pues, no es suficiente que el condenado en ausencia hubiere estado representado por un abogado para exigir la ejecución de la euroorden, sino que se requiere también que tuviere conocimiento del juicio (con lo que este supuesto se solapa parcialmente con el anterior)⁴⁴.

Por consiguiente, de acuerdo con la visión del «legislador europeo», la condena en ausencia, si el individuo fue notificado o tuvo conocimiento del proceso, no requiere la revisión de la condena, y por lo tanto los Estados miembros no podrán exigirla como condición a la entrega. Lo que es más, desde la perspectiva del legislador europeo, la posibilidad de condicionar (2002), o la denegación de la entrega (2009) en casos de condena en ausencia es facultativa para los Estados. Por lo tanto, la Decisión marco admite la entrega incluso en casos en los que el condenado en ausencia no hubiese sido notificado debidamente, ni hubiese tenido conocimiento del juicio, aunque no se garantice la revisión. En otras palabras, desde la perspectiva del legislador europeo la condena en ausencia, sin prever la posibilidad de un juicio rescisorio, no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (en ningún caso).

Si analizamos la Decisión marco desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías, tal como ha sido interpretado por el TEDH y por el TC respectivamente, podemos extraer las conclusiones siguientes. En primer lugar, podría cuestionarse la compatibilidad con el CEDH de la configuración de la denegación de entrega como una condición, y no como una obligación⁴⁵ (como mínimo en los casos en los que la persona no hubiere tenido conocimiento del juicio). Podría objetarse que la Decisión marco no es de aplicación directa, y que la concreción de ese supuesto depende de los Estados miembros. Ahora bien, eso no implica que su propio texto no deba respetar los derechos fundamentales (art. 1.3 Decisión marco 2002). Si todos los Estados miembros incluyeran la condición del

⁴⁴ Como no podemos entrar en el análisis de todos los apartados, sólo mencionaremos que la posibilidad de un nuevo proceso de revisión ya no se configura como una condición que puede exigir el Estado de ejecución, sino que si en la euroorden remitida por el Estado emisor consta que se le informó del derecho a un nuevo juicio, a lo que renunció o no contestó; o no se le notificó ese derecho, pero tras la entrega se le informará de su derecho a un nuevo juicio, la entrega no podrá ser denegada (artículo 4 bis.1. c) y d)).

⁴⁵ En este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El encaje constitucional...», *op. cit.*, pp. 297-300.

artículo 5.1 Decisión Marco 2002, el estándar de protección del CEDH sería respetado (como mínimo en abstracto). Ahora bien, si un Estado no lo hiciera, nada excluye que pudiera ser demandado ante el TEDH por vulneración del artículo 6 CEDH por una persona, que no tuvo conocimiento del juicio, sometida a una euroorden que se ejecuta sin exigir la garantía de un juicio de revisión. El Estado miembro habría actuado al amparo de la Decisión marco, de modo que indirectamente se estaría sometiendo a revisión la propia Decisión marco. En la actualidad, esta situación resulta muy comprometida porque el TEDH no tiene jurisdicción sobre los actos de las instituciones europeas⁴⁶.

En segundo lugar, dejando de lado la cuestión referida al carácter facultativo de la condición a la entrega, la definición del supuesto en el que los Estados podrían condicionar la entrega, ¿se ajusta al nivel de protección otorgado por el CEDH y por la CE? En relación con el CEDH, no puede deducirse de la jurisprudencia del TEDH que el artículo 6 CEDH otorgue protección en los casos en los que el individuo tenía conocimiento del proceso y decidió no comparecer. Por lo tanto, en principio, el margen que la Decisión marco otorga a los Estados permitiría dar cumplimiento al nivel de protección establecido por el TEDH. Por otro lado, el TEDH ha puesto énfasis en que la renuncia sea inequívoca, y ésta no puede deducirse automáticamente del hecho de que la persona tuviera conocimiento del juicio. En este sentido, podrían plantearse algunas dudas, sobre todo tras la reforma de 2009. Por ejemplo, de acuerdo con el apartado 4bis.1.b), si la persona tuvo conocimiento y estuvo representada por un abogado, la entrega sería obligatoria. Ahora bien, en un caso como *FBC*, en el que el acusado estuvo representado por un abogado, el TEDH no entró a considerar si existió conocimiento porque, aunque así fuera, no podía constatarse la renuncia inequívoca.

En relación con el nivel de protección otorgado por la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías, la divergencia es clara. De acuerdo con el artículo 5.1 Decisión marco 2002 (y más todavía después de 2009), los Estados no pueden condicionar la entrega si el individuo tuvo conocimiento del proceso. Por consiguiente, el margen disponible para el legislador nacional no permite dar cumplimiento a la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías en toda su extensión.

El TJUE no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre estas cuestiones en particular, aunque la Decisión Marco 2002 ha sido objeto de diversas cuestiones prejudiciales. Deben destacarse las dos presentadas por el Tribu-

⁴⁶ El TEDH ha intentado eludir este tipo de situaciones a través de la doctrina *Bosphorus*, con todos sus problemas. La adhesión de la UE al CEDH, tal como se prevé en el Tratado de Lisboa (art. 6.2), supondría reconocer jurisdicción al TEDH para enjuiciar los actos de las instituciones comunitarias (desaparecido además el Tercer Pilar).

nal Constitucional belga⁴⁷. La primera fue resuelta por la STJUE, asunto *Advocaten* (C-303/05), de 3-5-2007. El Tribunal Constitucional belga cuestionó la validez de la Decisión marco desde la perspectiva del respeto al principio de legalidad y el derecho a la igualdad y no discriminación en relación con la enumeración de las categorías de delitos del artículo 2.2, para las cuales se suprime el requisito de la doble tipificación. Por un lado, el TJUE admitió que las instituciones europeas, aun cuando actúen en el ámbito del tercer pilar (y los Estados miembros en su aplicación), estaban sujetas a los derechos fundamentales comunitarios⁴⁸. Por el otro, con una argumentación ciertamente parca⁴⁹, el TJUE concluyó que la Decisión marco no vulneraba estos derechos, y que en todo caso correspondía a los Estados miembros concretar los tipos delictivos para salvaguardar el principio de legalidad. Quizás podría ser la línea de respuesta al problema detectado sobre el carácter facultativo de la condición a la entrega en caso de condena en ausencia, aunque no resulte plenamente satisfactoria porque no elimina la posibilidad de conflicto si los Estados deciden no incorporar esa condición.

La segunda cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional belga, planteada en julio de 2009, todavía no ha sido resuelta⁵⁰. La pregunta se refiere a la interpretación de los supuestos previstos en los apartados 4.6 y 5.3 de la Decisión marco 2002. En particular, se plantea si en un caso de condena en ausencia, contra la que todavía cabe recurso, la entrega puede condicionarse a que, tras la condena definitiva, el condenado sea devuelto a Bélgica para el cumplimiento de la misma. Dependiendo de la respuesta del TJCE, se plantea la compatibilidad de estos artículos con el artículo 6.2 TUE, y en concreto con el principio de igualdad y no discriminación. La última pregunta, de carácter más general, plantea si los artículos 3 y 4 de la Decisión marco se oponen a que las autoridades judiciales estatales puedan denegar la ejecución de la euroorden «cuando existen motivos fundados para creer que su ejecución lesionaría los derechos fundamentales de la persona afectada consagrados en el artículo 6, apartado 2 del Tratado de la Unión Europea»⁵¹. Por lo tanto, se está preguntando sobre la posibilidad de denegar la ejecución de la euroorden por motivos no previstos en los artículos 3 y 4, sobre la base de la protección de los derechos humanos.

No hay que olvidar que en el Preámbulo de la Decisión Marco 2002 (para. 12) se establece que la misma «no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso

⁴⁷ CLOOTS, E., «Germes of Pluralist Judicial Adjudication: *Advocaten voor de Wereld* and Other References from the Belgian Constitutional Court», *CMLR*, n° 47, 2010.

⁴⁸ STJUE de 3-5-2007, as. *Advocaten* (C-303/05), apartados 45-46 y 52-53. SARMIENTO, D., «European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence», *International Journal of Constitutional Law*, 3.1.200, p. 8.

⁴⁹ SARMIENTO, D., «European Union: The European Arrest Warrant...», *op. cit.*, p. 12-13.

⁵⁰ Cour Constitutionnelle, Arret n° 128/2009, du 24 juillet 2009.

⁵¹ *Id.*, p. 21; Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour constitutionnelle (Bélgica), asunto *I.B. / Conseil des ministres*, C-306/09, de 31-7-2009.

equitativo»⁵². Sin embargo, admitir que cada Estado pueda libremente decidir sobre la ejecución de una euroorden en función de la propia interpretación de los derechos fundamentales sería tanto como poner en riesgo la eficacia de un mecanismo basado en la confianza mutua. Esto no quiere decir que, más allá de las garantías previstas en la propia euroorden, no deba considerarse seriamente el riesgo de vulneración de un derecho constitucional concreto en un Estado miembro y explorar las vías para evitar el potencial conflicto.

En resumen, el nivel de protección otorgado por el TC al derecho a un proceso con todas las garantías está por encima del nivel de protección otorgado por el TEDH y por la legislación europea, al proteger a los condenados en ausencia incluso cuando teniendo conocimiento del litigio y estando representados por un abogado de su elección, decidieron no comparecer. Un nivel de protección más elevado no es problemático desde la perspectiva del CEDH, porque la finalidad del CEDH es garantizar un nivel de protección mínima. Nada impide que los Estados sean más garantistas. Ahora bien, sí que resulta problemático desde la perspectiva del derecho de la UE. Una interpretación más garantista por parte de los Estados miembros puede obstaculizar la eficacia y aplicación uniforme de la euroorden.

4. EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA EUROORDEN

En un contexto pluralista, en el que se superponen diversos ordenamientos jurídicos, cuando el nivel de protección otorgado a un mismo derecho fundamental diverge, los jueces internos se enfrentan a un dilema de difícil resolución. En este caso, la ley interna aplicable implementaba la Decisión marco 2002. Esta ley está sujeta a la CE, al CEDH y al derecho de la UE. Si la aplicación de la ley puede suponer la vulneración de un derecho fundamental, cuando existen divergencias interpretativas entre los diversos ordenamientos, ¿qué debe hacer el juez interno? ¿Plantear una cuestión de inconstitucionalidad, una cuestión prejudicial, o resolver directamente (aplicando o no la ley)? En un escenario pluralista, en el que se asume la ausencia de una autoridad última, no existe una respuesta unívoca para todos los casos.

La AN resolvió el caso aplicando la Ley 3/2003, y por lo tanto ejecutando la euroorden. Ahora bien, ante el potencial conflicto con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) habría podido optar por ele-

⁵² De acuerdo con el *Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, COM(2005) 63 final, 23-2-2005, dos tercios de los Estados miembros han incluido en la ley de transposición cláusulas generales que permiten denegar la entrega en caso de violación de derechos fundamentales o discriminación; MITSILEGAS, V., «The Constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU», *CMLR*, nº 43, 2006, p. 1293.

var la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC o la cuestión prejudicial ante el TJUE. Debe destacarse que la AN, desde 1986 hasta 2009, sólo ha elevado una única cuestión prejudicial⁵³. No podemos entrar ahora en el análisis de la actuación de la AN, sino que nos centraremos en la respuesta del TC al recurso de amparo que la persona sujeta a la euroorden planteó contra el Auto de la AN. A continuación evaluaremos críticamente el camino que tomó el TC en la STC 199/2009, y las diversas vías posibles de actuación.

4.1. Interpretación conforme a la Constitución

Aunque la AN se limitó a aplicar la Ley 3/2003, el TC consideró que la AN había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías al ejecutar la euroorden sin condicionar la entrega a la garantía de un nuevo juicio. Esta conclusión, no fue acompañada del enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley, sino de una suerte de «interpretación conforme» de la Ley, a través del planteamiento de una auto-cuestión de inconstitucionalidad, 3/2003 a la Constitución. Tal como se ha puesto de manifiesto críticamente, pese a que el recurso de amparo no es técnicamente la sede para el control de constitucionalidad de las leyes (más allá de la posible auto-cuestión), «se ha convertido, justamente a través de la decisión interpretativa, en la verdadera fuente de enjuiciamiento indirecto de la ley»⁵⁴.

En concreto, en el FJ 3 de la STC 199/2009, y pese al silencio de la Ley 3/2003, el TC sostiene (con cita de la STC 177/2006): «ha de entenderse que la exigencia en cuestión [la garantía de un nuevo juicio], dimanante del alcance dado por este Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega [...] y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho». De este modo, dirige a la AN el mandato de complementar la Ley 3/2003 con las exigencias constitucionales derivadas del artículo 24.2 CE en los casos de condena en ausencia⁵⁵. Esta decisión puede conceptualizarse como una suerte de interpretación conforme de tipo aditivo, en la que el TC añade una condición no establecida en la ley para garantizar el respeto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

⁵³ *Informe Anual 2009*, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/ra09_stat_cour_final_es.pdf, p. 111. A favor del planteamiento de la cuestión prejudicial por la AN véase ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., «Derechos y garantías en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», que se publicará en la Actas del VIII congreso de la ALE (San Sebastián, 2010)

⁵⁴ LÓPEZ BOFILL, H., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 331, pone de manifiesto, de manera crítica, esta situación; DÍAZ REVORIO, F.J., *Interpretación de la constitución y justicia constitucional*, Porrúa, México, 2009, p. 175, cita diversos ejemplos de «amparos de efectos aditivos».

⁵⁵ Como en este caso la euroorden ya había sido ejecutada, el TC anuló el Auto de la AN con efectos meramente declarativos, pero en la STC 177/2006, de 5-6-2006, ordenó la retroacción de actuaciones.

Esta línea de argumentación y solución plantea una serie de problemas, tanto desde el punto de vista del ordenamiento interno, como europeo. En el ordenamiento interno, las sentencias interpretativas, por su propia naturaleza, han generado una amplia polémica desde la perspectiva de la función del TC como «legislador negativo». No es el momento de profundizar en este debate, así que nos limitaremos a algunas consideraciones en relación con el caso. Entre las sentencias interpretativas, las aditivas han suscitado especiales críticas al añadir un supuesto previamente inexistente en el texto interpretado. El TC ha recurrido a este tipo de sentencias interpretativas en ocasiones diversas⁵⁶, sobre todo para suplir omisiones legislativas⁵⁷, y especialmente en casos de vulneración de la igualdad, para extender al grupo discriminado el beneficio legislativo del que quedaba excluido⁵⁸. Por otro lado, se ha defendido que las sentencias aditivas no deben recibir un tratamiento diferente del resto de sentencias interpretativas⁵⁹; y hasta se ha cuestionado el énfasis de la crítica hacia la legitimidad del TC en el uso de sentencias interpretativas. Como ha argumentado FERRERES COMELLA, ante las consecuencias de la nulidad de la ley, existen razones de peso para que el TC busque alternativas que permitan evitar la nulidad a través de la vía interpretativa⁶⁰. En el marco de este debate general, nos centraremos en los problemas concretos que plantea en este caso la opción por una «interpretación conforme solapada».

Como apuntábamos con anterioridad, la «interpretación conforme» de la Ley 3/2003 se realiza a través de un recurso de amparo, de forma que no queda reflejada en el fallo. El menoscabo del principio de seguridad jurídica se acentúa al dificultarse el conocimiento del contenido de la ley por parte de los destinatarios de la misma. Para conocer en qué casos debe condicionarse la entrega, no será suficiente con el texto de la ley, o el fallo de la sentencia, sino que deberá indagarse entre sus fundamentos jurídicos. Por otro lado, se excluye al legislador del debate sobre la constitucionalidad de

⁵⁶ Véase las sentencias citadas por DÍAZ REVORIO, *Interpretación de la constitución...*, *op. cit.*, pp. 174-175, notas 262 y 263.

⁵⁷ *Id.*, pp. 174-175.

⁵⁸ Por ejemplo STC 74/1987, de 25-5-1987 (derecho del detenido a la asistencia de un intérprete); STC 222/1992, de 11-12-1992 (subrogación arrendaticia de las parejas de hecho), ver GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 118-124; LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas...*, *op. cit.*, pp. 301-305; DÍAZ REVORIO, *Interpretación de la constitución...*, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁹ LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas...*, *op. cit.*, pp. 290, 302-303, sostiene que en ambos casos se produce una modificación del significado de la disposición normativa que se examina.

⁶⁰ FERRERES COMELLA, V., «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 65, 2003, p. 90: «Si la justicia constitucional puede plantear un problema desde el punto de vista democrático, no es por los posibles usos y abusos del poder del TC de 'legislar positivamente', sino por su función estructural de controlar negativamente la validez de la ley»; LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas...*, *op. cit.*, pp. 266-288, 381-403.

la ley, a diferencia de los procesos de control de constitucionalidad. Además, del fallo no se desprende ninguna llamada a la intervención del legislador, que, como mínimo, fue «negligente» al no hacer uso del margen de discrecionalidad otorgado por la Decisión marco, lo que obstaculiza el diálogo entre el legislador y la jurisdicción constitucional⁶¹. Al final, son los tribunales ordinarios, en este caso la AN, los que reciben la «sanción de inconstitucionalidad»; y son los tribunales ordinarios los llamados a resolver la deficiente constitucionalidad de la ley en el futuro.

A parte de los problemas que se plantean desde la perspectiva interna, la resolución por la que se decantó el TC lo sitúa en rumbo de colisión con el ordenamiento europeo. Una primera objeción podría ser que la euroorden sólo podría condicionarse por las causas previstas por la ley de implementación. Ahora bien, esa objeción podría salvarse argumentando que el artículo 5.1 Decisión marco 2002 se remite en general a lo establecido por el «Derecho del Estado miembro de ejecución», y esta referencia incluye a la propia Constitución, interpretada por el TC⁶².

El mayor problema que se plantea en el caso concreto es que la interpretación conforme de la ley a la CE requerida por el TC no es necesariamente conforme a la Decisión marco 2002, y todavía menos a la reforma de 2009. El TC se limita a constatar que la Decisión marco 2002 prevé la posibilidad de condicionar la entrega de los condenados en ausencia a un nuevo juicio. Ahora bien, tal como se ha mostrado, el apartado 1 del artículo 5, requiere además que la persona afectada no haya sido «citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía». Podría plantearse alguna duda interpretativa, pero parece claro que este supuesto se añade a la condena en rebeldía para poder condicionar la entrega.

En este caso, el TC no cuestionó que el recurrente en amparo hubiese tenido conocimiento del juicio y que hubiese estado representado por un abogado de su elección. Incluso en esas circunstancias, el TC consideró vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al no condicionarse la entrega a un nuevo juicio. Pero en esas circunstancias, hay razones para pensar que la Decisión marco no permitía condicionar la entrega. Por lo tanto, la decisión del TC salva el conflicto con la Constitución, pero entra en contradicción con el Derecho de la UE. Además, después de la reforma de 2009, el conflicto es todavía más evidente, podría pensarse que el propio TC es consciente de ello. En la STC 199/2009 «advierte» de la modificación de 2009, aunque considera que no le corresponde pronunciarse en este momento⁶³.

⁶¹ LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas...*, *op. cit.*, pp. 331-332.

⁶² Aunque, como hemos visto, ésta es una opción que no garantiza la seguridad jurídica, y ello podría llegar a afectar la eficacia del derecho europeo.

⁶³ STC 199/2009, de 28-9-2009, FJ 3.

4.2. Interpretación conforme al Derecho Europeo

De acuerdo con el Voto Particular del magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA, una interpretación conforme al Derecho Europeo hubiese conducido a la desestimación del recurso de amparo. En su Voto Particular, después de recordar que la Decisión marco no exigía condicionar la entrega, y que el legislador español optó por no hacerlo, admite la posibilidad de hacer una interpretación de Ley 3/2003 conforme a la Decisión marco, citando a *Pupino*. Ahora bien, en sus propias palabras, «la interpretación que se hace resulta más ‘disconforme’ que ‘conforme’ con la Decisión Marco»⁶⁴, ya que la Decisión marco excluye el caso de las personas citadas y que tuvieron información del proceso. Concluye que la interpretación que el TC realiza de la Decisión marco no sólo es contraria al texto de la misma, sino también a su eficacia y objetivos.

Este Voto Particular confirma la resolución de la AN, que se limitó a aplicar la Ley 3/2003. Ahora bien, aunque podamos estar de acuerdo con la crítica dirigida a la lectura que el TC hace de la Decisión marco, no podemos compartir totalmente las conclusiones del Voto Particular. Esta posición resuelve la compatibilidad con el Derecho de la UE, pero no da respuesta a la compatibilidad entre la ley y la Constitución, en el contexto de la integración europea. De hecho, el Voto Particular parte de considerar inaplicable al caso la doctrina del TC en materia de extradición, y en concreto la doctrina sobre la vulneración indirecta del contenido absoluto de los derechos fundamentales. Destaca la diferente naturaleza de la extradición y la euroorden, enfatizando que la última es un mecanismo propio de la UE basado en el reconocimiento y la confianza mutua.

También creemos que la extradición y la euroorden no pueden tratarse del mismo modo, que es necesario tomar en consideración los presupuestos y objetivos de la euroorden, así como el nuevo marco de relaciones entre Estados en el espacio de libertad, seguridad y justicia; así como también que la noción misma de «contenido absoluto» de un derecho es problemática. Ahora bien, ello no implica una renuncia absoluta y automática a la protección constitucional. No en vano, una de las grandes cuestiones pendientes es el papel de las constituciones nacionales (y los tribunales constitucionales) como garantes de la protección de derechos en el contexto de la UE.

En este caso concreto, el primer problema es que el legislador español no ha condicionado la entrega de los condenados en ausencia en ningún caso, aunque la Decisión marco 2002 lo permitía. Por lo tanto, una decisión que simplemente declarara no vulnerado el derecho, como la que defiende el Voto Particular de RODRÍGUEZ-ZAPATA, sin ningún otro pronunciamiento, implicaría mantener en el ordenamiento una ley inconstitucional.

La segunda cuestión es si el TC debería renunciar al «exceso» de protección, tomando en consideración el contexto de la integración europea.

⁶⁴ STC 199/2009, Voto Particular del magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA, para. 8.

Como sugieren los magistrados RODRÍGUEZ-ZAPATA y también PÉREZ TREMPs, existen razones para un cambio interpretativo a nivel constitucional. En este sentido, el magistrado PÉREZ TREMPs propone una construcción distinta del contenido absoluto del derecho⁶⁵. En la medida en que el contenido absoluto se construye a partir de fuentes internacionales, argumenta que en este caso la única que expresamente se refiere a este tema es la propia Decisión marco 2002, teniendo en cuenta también la reforma de 2009, que aunque no estuviera vigente en aquel momento, podría utilizarse desde un punto de vista interpretativo⁶⁶. Podríamos añadir que el TC debería tomar en consideración la evolución de la jurisprudencia del TEDH, que se ha ido refinando y ofrece argumentos persuasivos para entender que la condena en ausencia de una persona que tuvo conocimiento del juicio y renunció a comparecer, siempre y cuando se le garantizara la asistencia letrada, no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, aunque no se contemple la posibilidad de un nuevo juicio sobre el fondo.

4.3. Declaración de inconstitucionalidad sin nulidad

Si la Sala que resolvió el recurso de amparo consideró que la ley aplicada lesionaba el derecho a un proceso con todas las garantías, debería haber elevado una cuestión al Pleno, de conformidad con lo previsto en el artículo 55.2 LOTC. Técnicamente, la vulneración del derecho se produciría por omisión, al no haber incluido el legislador la exigencia de un nuevo juicio como condición para la entrega⁶⁷. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad puede romperse «cuando la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión»⁶⁸.

Por consiguiente, en este caso, el fallo podría haber declarado la inconstitucionalidad sin nulidad⁶⁹ del precepto que prevé la entrega condicional (art. 21 Ley 3/2003), indicando al legislador la necesidad de reformar la ley de implementación para hacerla compatible con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. La alternativa de declarar la nulidad del precepto que prevé la entrega condicional (o las causas de denegación),

⁶⁵ Al inicio de su Voto (para. 1) es más tajante, al sostener que el control del contenido absoluto no puede ejercitarse respecto de decisiones judiciales de países miembros de la UE, en la medida en que comparten una cultura común de los derechos fundamentales, derivada de su pertenencia a la UE y al CEDH. Si no, sostiene, los Estados acabarían imponiendo su parámetro de protección de derechos a los demás.

⁶⁶ STC 199/2009, de 28-9-2009, Voto Particular del magistrado PÉREZ TREMPs, para. 8.

⁶⁷ *Id.*, para. 4.

⁶⁸ STC 138/2005, de 26-5-2005, FJ 6, con cita de las SSTC 222/1992, de 11-12-1992, FJ 7; 96/1996, de 30-5-1996, FJ 22; y 235/1999, de 20-12-1999, FJ 13; JIMÉNEZ CAMPO, J., «Qué hacer con la ley inconstitucional», en AAVV, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 34-36; GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 40-47, DÍAZ REVORIO, *Interpretación de la constitución...*, *op. cit.*, pp. 178-186.

⁶⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «El encaje constitucional...», *op. cit.*, pp. 293-294.

daría lugar a una situación todavía peor desde la perspectiva de la protección individual, ya que entonces no podría denegarse o condicionarse la entrega en ningún supuesto.

En principio, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad habría permitido garantizar el respeto de la Constitución, al declarar la inconstitucionalidad de la ley, a la vez que garantizar el cumplimiento del Derecho Europeo, al no declarar la ley nula. Ahora bien, quedaría pendiente la cuestión sobre la norma aplicable durante el período de tiempo hasta la reforma de la Ley 3/2003. ¿Debería seguir aplicándose una ley que vulnera un derecho fundamental? Esta cuestión no ha recibido una respuesta unívoca por parte del TC o la doctrina⁷⁰. En otros ordenamientos, existe la posibilidad de diferir la nulidad en el tiempo, siguiendo el modelo austriaco. La fijación de un plazo a partir del cual la norma declarada inconstitucional deviene nula evita el vacío legal y es un incentivo para la actuación del legislador. Ahora bien, tampoco resuelve el problema de la aplicación de la ley inconstitucional en el periodo interino.

En ocasiones, al declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, el TC ha emplazado a los tribunales a integrar el ordenamiento con la propia jurisprudencia constitucional hasta la reforma legislativa⁷¹. Esta opción puede cuestionarse desde la perspectiva de la concreción de la norma aplicable y por ende la afectación de la seguridad jurídica, así como también del riesgo de decisiones heterogéneas por parte de los tribunales ordinarios. Por lo tanto, habría que evaluar si en las circunstancias del caso concreto, antes que perpetuar la vulneración del derecho en la aplicación de la ley, podría justificarse que los tribunales ordinarios aplicaran directamente la CE, de acuerdo con la interpretación establecida por el TC. Así, en el caso examinado, una hipotética declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, podría ir acompañada del mandato a los tribunales ordinarios de garantizar el cumplimiento de la Constitución, condicionando la entrega de los condenados en ausencia⁷². La STC 199/2009, en su FJ 3 contiene ese mandato, pero recordemos que se vierte en un recurso de amparo, sin que el TC llegue a plantearse la auto-cuestión, ni que por lo tanto revise expresamente la constitucionalidad de la ley. Además, el pleno respeto al Derecho de la UE, como apuntábamos en el apartado anterior, exigiría un cambio en la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías, que excluyera los casos de los condenados en ausencia que teniendo conocimiento del proceso decidieron no comparecer.

⁷⁰ Véase el análisis de GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional.*, *op. cit.*, pp. 239-194, en el contexto de la reparación de la igualdad.

⁷¹ *Id.*, pp. 214-215; JIMÉNEZ CAMPO, «Qué hacer con la ley inconstitucional», *op. cit.*, pp. 56-57.

⁷² En la discusión de la STC 177/2006, DE LA QUADRA-SALCEDO, «El encaje constitucional...», *op. cit.*, p. 294, sostenía que el TC debería haber declarado la inconstitucionalidad sin nulidad, acompañada de un pronunciamiento declarando la aplicabilidad directa del artículo 24.2 CE por parte de los tribunales ordinarios hasta la intervención del legislador.

En cualquier caso, una vez resuelta la hipotética auto-cuestión de inconstitucionalidad por parte del Pleno, todavía la Sala debería de resolver el recurso de amparo. La declaración de inconstitucionalidad de la ley no significa necesariamente que en este caso debería estimarse el amparo, lo que puede resultar contradictorio a la luz de la letra del artículo 55.2 LOTC. La Ley es inconstitucional «en abstracto», al no condicionar la entrega en casos de condena en ausencia, pero todavía debería examinarse si en el caso concreto se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías. Como vimos, existen razones para revisar la interpretación constitucional de este derecho. En la medida en que el recurrente fue debidamente informado y estuvo representado por un abogado, si el TC optara por revisar su interpretación anterior, debería denegar el amparo. Podría objetarse que un cambio interpretativo desfavorable para el individuo está vedado por el principio de irretroactividad del artículo 9.3 CE. Ahora bien, la doctrina mayoritaria y el TC se inclinan por excluir la extensión de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables a la jurisprudencia⁷³. Pero incluso si se defendiese la extensión de la irretroactividad al cambio jurisprudencial desfavorable, debe tenerse en cuenta que no se trata de la interpretación de una ley penal sustantiva, sino procesal.

4.4. Cuestión prejudicial

Las consideraciones anteriores conducen necesariamente al análisis del problema desde la perspectiva de la relación entre el ordenamiento constitucional y el europeo. Ante el potencial conflicto entre la Constitución y el Derecho Europeo, el TC podría haber planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE, ya sea de validez⁷⁴ o interpretación⁷⁵.

Desde la perspectiva constitucional, la previsión del artículo 5.1 Decisión marco 2002 plantea dos problemas, el carácter facultativo de la condición y el carácter restrictivo del supuesto de hecho definido. Por supuesto, los derechos constitucionales individualmente considerados no vinculan a las instituciones europeas, pero éstas deben respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan por el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (art. 6 TUE); y después de la ratificación del Tratado de Lisboa, los establecidos en la Carta. Como hemos analizado en la sección 3, el nivel de protección otorgado por el TC está por encima del TEDH. Pero de todos modos, de acuerdo con el TEDH, el derecho del artículo 6 CEDH requiere la garantía de un nuevo juicio sobre el fondo en casos de condena en ausencia, a no ser que la persona afectada tuviese conocimiento del juicio y renunciara a comparecer. Por consiguiente, en la

⁷³ Para esta discusión, ver FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 186-187.

⁷⁴ Tal como sugiere el magistrado PÉREZ TREMPs en su Voto Particular, para. 3.

⁷⁵ Tal como indica el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA en su Voto Particular, para. 8; aunque considera que la interpretación de la Decisión marco planteaba pocas dudas.

medida en que la Decisión marco se limita a establecer esa condición con carácter facultativo, está admitiendo que se pueda proceder a la entrega incondicionada, incluso cuando no se tuvo conocimiento del juicio. Por lo tanto, el TC podría haber elevado una cuestión prejudicial de validez sobre el carácter facultativo de la condición.

Más allá de la objeción general a la configuración de este supuesto como una condición facultativa, también es problemática la delimitación de la extensión del ámbito de protección. La redacción del artículo 5.1 Decisión marco 2002 excluye los casos en los que la persona haya sido citada o informada. El TC parece asumir la compatibilidad de su interpretación del artículo 24.2 CE con la posibilidad de condicionamiento del artículo 5.1 de la Decisión marco. Sin embargo, como se ha argumentado, el tenor literal del artículo 5.1 lo pone seriamente en duda. Por consiguiente, el TC podría haber elevado también una cuestión prejudicial de interpretación para elucidar en qué medida el legislador interno tiene margen para poder dar satisfacción a la vez a la interpretación constitucional del derecho y a la Decisión marco⁷⁶. Si el TJUE confirmara la interpretación que excluye la posibilidad de condicionar la entrega en los casos en que el condenado hubiese sido informado, subsidiariamente el TC podría plantear una cuestión de validez al restringirse el ámbito de protección que desde la perspectiva constitucional otorga el derecho a un proceso con todas las garantías.

En suma, en el caso concreto, el TC debería haber elevado una cuestión prejudicial sobre la validez e interpretación del artículo 5.1 Decisión marco 2002.⁷⁷ De este modo, podría haber explicitado las razones que sustentan la interpretación constitucional; y a su vez habría ofrecido al TJUE la oportunidad de pronunciarse sobre la validez de la normativa europea y la interpretación del derecho de defensa en conexión con las condenas en ausencia.

Aunque sólo sea una especulación, en relación con el carácter facultativo de la condición, el TJUE podría escudarse argumentando que corresponde a los Estados, en la transposición de la Decisión marco, hacer uso del margen previsto para dar protección al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Sin embargo, aunque los Estados no introdujeran esa condición en ningún caso, su opción sería avalada por la Decisión marco, en contradicción con el CEDH.

En cualquier caso, aunque el TJUE efectivamente considerara que la condición debía ser obligatoria y no facultativa, todavía debería pronunciarse sobre el alcance de la protección. No parece que existan razones poderosas para asumir en el ordenamiento europeo el nivel más elevado de protección

⁷⁶ Tal como sugiere el Voto Particular del magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA, para. 8.

⁷⁷ CIENFUEGOS MATEO, M., «Recepción del Derecho Internacional e interpretación conforme del Derecho Comunitario en la Jurisprudencia Constitucional Reciente. Comentario crítico a las sentencias 292, de 10 de noviembre de 2005 y 328/2005, de 12 de diciembre de 2005, del Tribunal Constitucional», *REDE*, n.º 18, 2006, pp. 258-260, ha reclamado el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del TC en casos anteriores relacionados con la euroorden.

defendido por el TC, cuando el CEDH tampoco protege en esos supuestos. Por otro lado, la deferencia con el nivel de protección constitucional más elevado⁷⁸ supondría excepcionar el régimen de la euroorden para un Estado en concreto. El interés en proteger al que teniendo conocimiento del juicio y estando representado por un abogado decide no acudir no justificaría tal excepción. Debe garantizarse siempre el conocimiento del juicio, pero puede resultar hasta abusivo proteger al que voluntariamente decide no comparecer, teniendo también en cuenta los intereses en la eficaz persecución y castigo de los delitos y la seguridad pública.

El TC, en lugar de contribuir a avanzar en la integración armónica de ordenamientos a través del planteamiento de la cuestión prejudicial, optó por remitir el potencial conflicto a los tribunales ordinarios, evidenciando su autismo hacia el Derecho Europeo. En este caso concreto, la euroorden ya había sido ejecutada. Ahora bien, si hubiera sido posible retrotraer las actuaciones, la AN se habría encontrado ante el dilema de dar cumplimiento a la sentencia en amparo, que conminaba a condicionar la entrega, o de cumplir con el Derecho de la UE, que en este caso concreto excluía tal condición, ya que la persona afectada había sido informada del proceso y representada por un abogado. No cabe excluir que entonces la AN se decidiera a elevar la cuestión prejudicial. Después de la reforma de 2009, la Decisión marco claramente obliga a la entrega (sin posibilidad de condicionarla), si el individuo tuvo conocimiento del proceso y estuvo representado por un abogado. Por consiguiente, el dilema sigue abierto. En un futuro no muy lejano, cuando un caso de estas características se plantee de nuevo ante la AN, sería deseable que ésta superara sus propias reticencias y elevara la cuestión prejudicial.

5. CONSIDERACIONES FINALES: UNA APROXIMACIÓN A LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES DESDE EL DIÁLOGO

La eficacia de la Decisión marco sobre euroorden depende de su transposición y ejecución por parte de las autoridades estatales. En su actuación, las autoridades estatales están vinculadas por los derechos fundamentales reconocidos en la CE, el CEDH y la UE. En este caso, se planteaba la posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en un supuesto de condena en ausencia. Cuando los distintos niveles de protección divergen, no existen guías claras para la actuación judicial, situación especialmente compleja cuando además está en juego la eficacia del Derecho Europeo. En un marco pluralista, los conflictos de tipo constitucional no pueden resolverse a través de la imposición jerárquica de una autoridad última, que por definición no existe. Por consiguiente, la búsqueda de soluciones armónicas exige la cooperación judicial a través del diálogo⁷⁹.

⁷⁸ En la línea de las decisiones del TJUE de 14-10-2004, as. *Omega*, (C-36/02); y de 14.2.2008, as. *Dynamic Medien* (C-244/06).

⁷⁹ Nos hemos ocupado ampliamente del diálogo judicial en otro lugar TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, Oxford, 2009.

Brevemente, el diálogo se entiende como una forma de comunicación consistente en el intercambio de argumentos con el fin de llegar a una solución compartida. El diálogo judicial no resuelve los conflictos interpretativos de una vez por todas, sino que se desarrolla de manera fragmentaria, en tanto que el intercambio de argumentos entre tribunales nacionales y supranacionales se realiza caso por caso. Así, el diálogo debe concebirse desde una perspectiva dinámica. El resultado interpretativo no permanece fijo, sino que siempre existe la oportunidad de redefinir la interpretación previa a la luz de nuevos y mejores argumentos. La debilidad del diálogo está en la persistencia de cierto grado de indeterminación, pero no es necesariamente disfuncional. Precisamente, el potencial para el conflicto, en un contexto de respeto y reconocimiento mutuo, puede incentivar el intercambio de argumentos y la oportunidad de alcanzar resultados interpretativos más adecuados a la comunidad en su conjunto.

El diálogo nos ofrece el marco teórico para la formulación de criterios de actuación ante los conflictos constitucionales, criterios dirigidos tanto a los tribunales internos como al TJUE. No pretendemos sostener que la cuestión prejudicial debe plantearse en todo caso, sino que deberá evaluarse si es necesario plantearla, cómo hacerlo, y cómo responderla, desde esa perspectiva.

El potencial de la cuestión prejudicial para un diálogo robusto depende del uso que se haga de la misma. La cuestión prejudicial ofrece la oportunidad de poner en conocimiento del TJUE la interpretación constitucional de un determinado derecho. Este mecanismo no se limita a la formulación de una pregunta, sino que los tribunales estatales deben proporcionar información sobre los elementos de hecho y de derecho que sean relevantes. Por lo tanto, la formulación de la cuestión ofrece la posibilidad de explicitar ante el TJUE el nivel de protección otorgado por la Constitución a un determinado derecho y desarrollar las razones para esa interpretación. De este modo, el TJUE conocería plenamente los términos del potencial conflicto. La cuestión prejudicial es la ocasión para persuadir de la adopción de la interpretación constitucional en el ordenamiento europeo, o como mínimo reclamar deferencia hacia un nivel de protección constitucional más elevado. Además, si la cuestión la eleva un tribunal constitucional, el debate se centra en la interpretación de los derechos fundamentales. El caso recibirá también una mayor atención por parte de otros Estados (no debe olvidarse que las cuestiones prejudiciales se comunican a todos los Estados miembros), y podría propiciar una amplia participación ante el TJUE⁸⁰.

Por otro lado, si la cuestión la eleva el intérprete último de la Constitución, el TJUE debería tomar en especial consideración los argumentos que fundamentan la interpretación constitucional. El TJUE ha sido criticado por la

⁸⁰ GRIMM, D., «The European Court of Justice and National Courts: The German Constitutional Perspective after the Maastricht Decision», *Columbia Journal of European Law*, n.º 3, 1997, p. 238.

parquedad de su argumentación y un estilo silogístico poco discursivo⁸¹. Sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales, y especialmente si la cuestión es elevada por un tribunal constitucional, al TJUE le es exigible una motivación reforzada, que dé respuesta a los argumentos esgrimidos y demuestre que fueron valorados⁸², así como que examine las posibilidades de acomodar las reclamaciones constitucionales en el marco del ordenamiento europeo.

El derecho comparado muestra que las soluciones en este contexto no son unívocas. Los tribunales constitucionales que se han enfrentado a la euroorden han optado por soluciones diversas⁸³. Sólo el belga elevó la cuestión prejudicial (y por partida doble). La problemática planteada ante los Tribunales Constitucionales polaco, alemán, checo, y el Tribunal Supremo de Chipre⁸⁴, a grandes rasgos, versaba sobre la ejecución de la euroorden contra los propios nacionales. En todos los casos, se cuestionó la constitucionalidad de la norma de implementación de la Decisión marco. El TC polaco descartó la interpretación conforme por ser perjudicial para el individuo. Además, la letra de la Constitución la excluía, ya que claramente se prohibía la extradición de los propios nacionales. El TC declaró la inconstitucionalidad de la normativa de implementación. Ahora bien, difirió en el tiempo los efectos de la nulidad, para que se procediera a la reforma constitucional⁸⁵. En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn había sido reformada para posibilitar la entrega de nacionales a Estados miembros de la UE. No obstante, el TC federal alemán declaró la ley de implementación inconstitucional por vulneración del principio de proporcionalidad, al no haberse hecho uso del margen previsto por la Decisión marco para proteger a los ciudadanos alemanes⁸⁶. Rechazó una interpretación conforme a la Constitución sobre la base del principio de seguridad jurídica, argumentando que la legislación interna debía ser suficientemente clara en sí misma, y declaró la ley

⁸¹ WEILER, J.H.H., «Epilogue: The Judicial Après Nice», in DE BURCA, G. y WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Court of Justice*.

⁸² *Id.*, p. 225; DE WITTE, B., «The Past and Future of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en ALSTON, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, OUP, Oxford, 1999; TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights...*, *op. cit.*, pp. 177-178.

⁸³ Para su análisis, ver KOMÁREK, «European constitutionalism...», *op. cit. Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision; of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States COM(2007) 407 final, 11.7.2007*, pp. 5-6.

⁸⁴ Decisiones disponibles en inglés en: Tribunal Constitucional polaco, P 1/05, de 27-4-1005, http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf; Tribunal Constitucional federal alemán, BVerfG, 2 BvR 2236/04, de 18-7-2005, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604en.html; Tribunal Supremo chipriota, Ap. No. 294/2005, de 7-11-2005, http://www.asser.nl/eurowarrant-webroot/documents/cms_eaw_id778_1_CouncilDoc.14281.05.pdf; Tribunal Constitucional checo, Pl. ÚS 66/04, de 3-5-3006, <http://www.concourt.cz/file/2276>.

⁸⁵ KOMÁREK, «European constitutionalism...», *op. cit.*, pp. 16-21.

⁸⁶ TOMUSCHAT, C., «Inconsistencias: La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 sobre la orden europea de detención y entrega», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 18, 2006, pp. 264-267.

nula en su integridad⁸⁷. En Chipre, el Tribunal Supremo rechazó una interpretación de la ley de implementación conforme a la Constitución, que prohibía la extradición de los propios nacionales, y posteriormente se procedió a la reforma constitucional⁸⁸. El TC checo, argumentando desde el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima de los ciudadanos, optó por la interpretación conforme de la ley a la Constitución. Pese a las diferencias de resultado, las decisiones de los Tribunales Constitucionales polaco y checo buscaron mecanismos de solución ante el conflicto entre el ordenamiento constitucional y el europeo, a través, respectivamente, de la nulidad diferida y la interpretación conforme. Además, tanto en Chipre como en Polonia, se procedió a la reforma constitucional para poner remedio a la incompatibilidad entre ambos ordenamientos. Por su parte, el TC federal alemán fue cauteloso al circunscribir el análisis de constitucionalidad a la ley de implementación, dentro del ámbito de discrecionalidad del legislador interno. De todos modos, optó por la anulación de toda la ley ante opciones menos drásticas⁸⁹, y en ocasiones utilizó un tono escéptico hacia el principio de reconocimiento mutuo, reclamando su función como garante de los derechos fundamentales en cada caso concreto⁹⁰.

En la STC 199/2009, el TC optó por una suerte de interpretación conforme, que en el caso concreto resulta problemática tanto desde un punto de vista interno como externo. En las circunstancias del caso, y desde la perspectiva de la integración armónica entre ordenamientos, la opción más idónea habría sido el planteamiento de la cuestión prejudicial ya que el conflicto constitucional derivaba no sólo de la omisión legislativa, sino también del carácter restrictivo de la previsión contenida en la Decisión marco. Como hemos argumentado, la cuestión prejudicial hubiese permitido al TC poner en conocimiento del TJUE el nivel de protección constitucional, y los argumentos que la sustentan. Por otro lado, hubiese ofrecido al TJUE la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación, y en su caso validez, del artículo 5.1 de la Decisión marco, teniendo en cuenta el nivel de protección del CEDH.

El Tribunal Constitucional no planteó la cuestión prejudicial, pero tampoco atendió de manera concienzuda a las relaciones entre los ordenamientos estatal y europeo. No sólo optó por ignorar el conflicto, sino que lo remitió a los tribunales ordinarios, al requerir una interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías que, en casos como el analizado, es incompa-

⁸⁷ *Id.*, pp. 267-268, criticando la declaración de inconstitucionalidad de toda la ley.

⁸⁸ http://www.asser.nl/eurowarrant-webroot/documents/cms_eaw_id778_1_CouncilDoc.14281.05.pdf

⁸⁹ SATZGER, H. y POHL, T., «The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant. 'Cryptic Signals' from Karlsruhe», *Journal of International Criminal Justice*, nº 4, 2006, pp. 695-696; HINAREJOS, A., «*Bundesverfassungsgericht* (German Constitutional Court), decisión of 18 July 2005 (2 BvR 2236/04) on the German European Arrest Warrant Law», *CMLR*, nº 43, 2006.

⁹⁰ SATZGER y POHL, «The German Constitutional Court...», *op. cit.*, pp. 699-700; KOMÁREK, «European constitutionalism...», *op. cit.*, pp. 21-25.

tible con el derecho europeo. En definitiva, ha situado a los tribunales ordinarios ante el dilema de cumplir con la Constitución o con el Derecho Europeo, en lugar de contribuir a alcanzar una solución compartida.

En general, la reticencia del TC a elevar la cuestión prejudicial otorga a los tribunales ordinarios, en su caso, el papel protagonista en el diálogo con el TJUE, deviniendo el TC un mero convidado de piedra. Cuando el núcleo del debate es la interpretación de un derecho fundamental, sería deseable que el propio TC elevara la cuestión prejudicial, ya que está en la mejor posición para explicitar y defender la interpretación constitucional directamente ante el TJUE.

La construcción de los derechos fundamentales en Europa es una actividad en la que participan los tribunales de distintos ordenamientos jurídicos. El TC, como último intérprete de los derechos constitucionales, debería jugar un papel clave en la articulación de los diversos ordenamientos que convergen en su aplicación a los poderes públicos estatales. Pero para poder participar en el proceso de construcción europea debe superar el autismo demostrado y participar en un diálogo constructivo que busque la acomodación mutua de los distintos ordenamientos en Europa.