

Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)

Miguel Revenga Sánchez

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz

RESUMEN:

El trabajo es un comentario del Auto 86/2011 del Tribunal Constitucional español. El autor mantiene que el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, por vez primera en la historia del Tribunal Constitucional, responde al deseo de rectificar una posición jurisprudencial con respecto a la Euroorden que resulta incompatible con el principio de la confianza mutua en el que ésta se asienta.

Palabras Clave: Orden Europea de Arresto y Entrega, cuestión prejudicial, condena en ausencia.

Keywords: European Arrest Warrant, requests for a preliminary ruling.

ABSTRACT:

The essay is a commentary of the Decision 86/2011 ("Auto") of the Spanish Constitutional Court. The author argues that the decision to refer a question to EU Court for a preliminary ruling, for the first time in the Spanish Constitutional Court history, is a consequence of the intent to overrule a jurisprudential position concerning the European Arrest Warrant that is incompatible with the principle of mutual trust inherent to this mechanism.

Fecha recepción original: 22 de enero de 2012

Fecha aceptación: 27 de enero de 2012

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LOS ANTECEDENTES: NARRANDO EL CASO
 - III. LOS ANTECEDENTES DE LOS ANTECEDENTES: RESUMIENDO UNA JURISPRUDENCIA «CONTESTADA»
 - IV. LA INTERPRETACIÓN EN SU CONTEXTO
 - V. PARA TERMINAR: ELOGIO DEL RECONOCIMIENTO POR EL TC DE LAS VIRTUDES DEL DIÁLOGO
-

I. INTRODUCCIÓN

Mediante el Auto 86/2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, por vez primera en la historia de la institución, decidió plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un incidente prejudicial –al hilo del Recurso de Amparo 6922/2008– concretado en el enunciado de tres preguntas. Las dos primeras inquietan sobre la interpretación y sobre la validez de una determinada disposición de la Decisión Marco en la que la Unión reguló la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE, en adelante); la tercera cuestión se interesa por el alcance que, en relación con las dudas anteriores, y según cual fuere la respuesta obtenida frente a ellas, pudiera llegar a tener el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en lo que dicho artículo tiene de regla de colisión para resolver hipotéticas discordancias en el grado o nivel de protección de los derechos, esto es, en el contenido declarado, de un determinado derecho fundamental dentro de los respectivos ámbitos nacional o europeo.

En el presente comentario defendemos la tesis que mostramos en el título: la decisión del TC de acudir al TJ parece insertarse, de modo natural, en una cadena de resoluciones sobre el contenido del derecho a la tutela sin indefensión, con ocasión de solicitudes de extradición, y más tarde de Entrega Europea, que se han ido revelando como de encaje problemático, por no decir incompatible, con los imperativos de un orden supranacional de integración tan peculiar como el europeo. El planteamiento de las cuestiones se nos aparece así como una especie de culmen, o *salida airosa* del TC, ante una situación de conflicto encaminada al *choque de trenes*, y en un aspecto especialmente sensible para el acomodo de dos sistemas entrelazados de derechos y sus correspondientes zonas circundantes de principios, valoraciones y objetivos en los que uno y otro operan. La rectificación a través de la pregunta, o más bien mediante una concatenación de preguntas que es por sí sola una declaración de principios, lo es no sólo desde la perspectiva concreta del asunto en examen, sino también –y esto tiene quizá más interés– desde la óptica del posicionamiento del TC ante lecturas o interpretaciones del derecho europeo, originario y derivado, susceptibles de desmentir, o contradecir, los fundamentos mismos, implícitos o *declarados*, de nuestra integración.

Para desarrollar la tesis que acabamos de anunciar, comenzaré por relatar sucintamente las circunstancias del caso que desembocan en el Amparo y en el Auto de planteamiento; enmarcaré éste en la cadena de pronunciamientos del TC sobre el alcance del derecho a la tutela sin indefensión en los casos de condena en ausencia que desemboquen en solicitudes de extradición o entrega; situaré el mecanismo de la OEDE en el *embrollo* de la protección de los derechos en niveles plurales, y concluiré –muy a propósito

del momento en el que escribo— brindando por la larga vida del diálogo, del *diálogo/summit* valdría decir, entre los *praetores* situados en los vértices del triángulo de los mecanismos de protección: los Tribunales Supremos y/o Constitucionales de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. LOS ANTECEDENTES: NARRANDO EL CASO

Partiré de una constatación: por muy técnica y neutral que se pretenda la reconstrucción de los avatares de un proceso que siempre suele ser largo y tortuoso cuando se desemboca en instancias últimas de protección o amparo de derechos, no es fácil que la reconstrucción no acabe por estar imbuida de ciertas tomas de partido que se pueden dejar sentir en el enfoque, la importancia o la extensión que se dedica a la narración de cada uno de los pasos. En el proceso que aquí examinamos, lo que resulta más llamativo es que los reparos que la mayoría del tribunal opone para la ejecución en sus propios términos de la OEDE interesada y que, por consiguiente, están en el origen de las dudas que se plantean ante el Tribunal de Luxemburgo, guarden relación directísima con las posibilidades de defensa del imputado en un proceso penal de cuya sustanciación éste había tenido directa (y desagradable) noticia en algún momento anterior a mayo de 1993, que es cuando un tribunal de Ferrara emite la primera de las órdenes de detención relacionadas con los hechos que están en el origen de la causa. Del relato que obra en el Auto que comentamos, se deduce que en octubre de 1996 hay un Auto de la Audiencia Nacional que declara procedente la extradición a Italia del recurrente en amparo, pero también se aprecia, con meridiana claridad, cuál es la estrategia de defensa elegida por el prófugo, y exteriorizada con ocasión de la comparecencia ante la Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: «nunca pensó —leemos en el relato— que las irregularidades (*sic*) fuesen de carácter penal, sino que creyó que se trataba de una crisis económica con responsabilidades exclusivamente civiles»; una manifestación de buena fe que el encausado llevó al extremo de ofrecer, a cambio del Auto de libertad, el voluntario regreso a Italia para rendir ante la Justicia las cuentas que se le reclamaban. Una vez prestada con inusitada celeridad (al día siguiente a aquel en el que se le notificó la Resolución) la caución impuesta por la Audiencia (5.000.000 de las pesetas de 1996), inferimos que los propósitos del encausado debieron experimentar alguna modificación no menor, pues lo cierto es que la Justicia española nada volvió a saber de él hasta la OEDE emitida en su contra por la Fiscalía italiana en 2004.

En el período de tiempo transcurrido entre 1996 y 2004 se culminó el procedimiento penal de doble instancia, ante el Tribunal de Ferrara, y ante el de Apelación de Bolonia, y el de casación ante la Corte Suprema, del que resultó una condena en rebeldía del acusado a diez años de prisión por el delito de quiebra fraudulenta. En las tres instancias, leemos en el relato de hechos relevantes, intervinieron abogados designados (y suponemos que

pagados) por el encausado, a quienes se les acabó notificando la OEDE contra su representado. Una vez que éste fue detenido por la policía española en 2008, el Juzgado Central 6 de la Audiencia Nacional incoó el correspondiente procedimiento, que culminó en el Auto de la Sala, de 12 de septiembre de 2008, objeto del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional. El Auto objeto del Amparo rebate las alegaciones del encausado en el sentido de que ciertos cambios en la designación de abogados defensores habrían determinado errores en la notificación de las actuaciones ante la Justicia italiana y establece, por el contrario, sobre la base de un Informe complementario requerido a la Fiscalía italiana, que el encausado dispuso de abogados de su confianza, para su representación y defensa, durante las tres instancias en las que se desarrolló el litigio principal, por lo que acuerda la entrega.

III. LOS ANTECEDENTES DE LOS ANTECEDENTES: RESUMIENDO UNA JURISPRUDENCIA «CONTESTADA»

A la vista de los antecedentes, no deja de resultar un poco «chirriante», y perdón por la expresión, que la demanda invoque la dignidad de la persona como uno de los valores que podrían verse afectados como consecuencia de la aminoración de garantías en la que se traduciría una entrega del recurrente a la Justicia italiana no sujeta a la condición de la reapertura del proceso y la repetición del juicio. Bien sabemos que, en el tránsito desde los avatares del debate en sede de jurisdicción ordinaria hasta la sede de las jurisdicciones constitucional (y supranacional) acontece que la perspectiva subjetiva, o de defensa de los intereses asociados a los derechos fundamentales de que se trate, se debilita en la misma medida en la que se acrecienta y engrandece la importancia de la dimensión objetiva de estos. Ello no obstante, la defensa de los derechos fundamentales en sede jurisdiccional no debería nunca, a juicio de quien suscribe, perder el hilo conductor que vincula los razonamientos sobre el derecho aplicable con las circunstancias particulares del caso, a riesgo de convertir la resolución en una maraña de reglas y sub-reglas sobre el contenido de los derechos, de impronta jurisprudencial, y con un resultado que se desliza hacia un entendimiento de aquellos *dogmático* y alejado del sentido común.

La doctrina jurisprudencial aplicable al caso que examinamos arranca de la bien conocida tesis, sostenida por la mayoría del Tribunal, sobre la vulneración *indirecta* de los derechos fundamentales y, en concreto del derecho a la tutela sin indefensión, en la que incurrirían las autoridades españolas al acceder al cumplimiento de requerimientos de extradición con desentendimiento de las garantías procesales observadas por el requirente durante el proceso. Esta preocupación del Tribunal, que así expresada resulta consecuente con la dimensión constitucional de los derechos y el compromiso asumido frente a ellos, alcanzó las dimensiones de regla jurisprudencial sólidamente expresada y asumida hasta sus últimas consecuencias con ocasión del célebre caso *Paviglianiti*, resuelto por el TC en 2000. El tono empleado

por la mayoría del Tribunal (STC 91/2000), en la *ratio decidendi* que condujo, con gran escándalo político y mediático, a otorgar el amparo a miembros convictos de diversas encarnaciones de la Mafia, autores de graves delitos, y a denegar su extradición a Italia, aparece ya trufado de aquella impronta dogmática que continúa dificultando al cabo de los años, y no obstante los cambios acaecidos desde entonces, una aproximación más porosa a las peculiaridades de cada caso: «constituye una vulneración *indirecta* de las exigencias *absolutas* dimanantes del derecho proclamado en el artículo 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 caso de delitos muy graves, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa». Obviamente las cursivas son nuestras, y tienen por objeto destacar la manera mediante la cual el TC entremezcla en el razonamiento conceptos constitucionales (dignidad, contenido esencial) con categorías dogmáticas (vulneración indirecta, exigencias absolutas) hasta conformar el parámetro del que se valdrá en ésta, y en posteriores Resoluciones (SSTC 177/2006 y 199/2009, entre otras), para resolver, siempre en sentido unívoco, los problemas de compatibilidad de la entrega de condenados en ausencia con nuestro sistema de derechos fundamentales.

Es un modo de ver las cosas que tiene como presupuesto un determinado entendimiento del significado de la presencia física del acusado en el acto del juicio oral que no estoy seguro que suscribieran, en los términos utilizados por el Tribunal, quienes prestan habitualmente asistencia letrada en las Salas de Justicia. En primer lugar porque dista de ser claro que la salvaguarda del principio de contradicción durante la celebración de la vista, esté tan vinculado a la presencia del acusado en la Sala, como pretende el Tribunal. Y además, porque en el artículo 24 de la Constitución, y en el diseño de nuestras leyes procesales, cuesta encontrar un derecho a la auto-defensa de tan vigoroso contenido como el que defiende el Tribunal, en el FJ 13 de la STC 91/2000. Parece como si el derecho a la última palabra, que el TC toma como manifestación señera de la garantía de la autodefensa, pasara a ser una especie de *momentum mori* de trascendencia decisiva para el sentido de la decisión y el curso del entero proceso. Aunque lo que de verdad llama la atención no es que la ausencia del acusado en el acto de la vista pueda ser contemplada como una aminoración de las garantías procesales exigibles, susceptible de sujetarse a ponderaciones o valoraciones secundarias en función, por ejemplo, de su comportamiento procesal, sino el salto dialéctico que realiza el Tribunal al incrustar el derecho a la revisión de las condenas en ausencia dentro de un contenido absoluto del proceso justo, cuya vulneración (indirecta) por medio de la entrega incondicionada vendría a afectar al núcleo esencial de la garantía y a menoscabar de manera irremediable la dignidad del condenado. La contraposición entre entendimientos absolutos y relativos del contenido esencial de los derechos, y la proyección de tales contenidos sobre la dimensión *ad extra* del vínculo los

derechos fundamentales por parte de los poderes públicos españoles actúan como *lecho de Procusto* de un razonamiento circular. Y el valor de la dignidad opera en él como un *deus ex machina* que lo pone en marcha y lo orienta hacia su sino, esto es, el establecimiento de una regla resistente a condicionantes, cambios de circunstancias y/o mudanzas normativas capaces de cuestionar la lógica estructural sobre la que tal razonamiento descansa.

No es de extrañar que, desde el mismo momento en el que la mayoría se decantó por esta lectura de las exigencias del proceso justo, frente a las demandas de extradición, hubiera votos particulares que se apartaron de ella con diferentes razones y argumentos. En la STC 91/2000, 4 de los 12 magistrados del Pleno firmaron votos de esa naturaleza. Uno, el del entonces presidente del Tribunal, Pedro Cruz Villalón, objetando que esa novedosa categoría del contenido *absoluto* del derecho fundamental a la defensa, con proyección necesaria *ad extra*, sobre la base de la idea de las vulneraciones indirectas, pudiera alcanzar tal magnitud; esto es, un alcance desentendido del marco jurídico de referencia y de las pautas de comportamiento del Estado requirente, y máxime tratándose de «Estados –dice el voto aludiendo a la pertenencia de Italia al Consejo de Europa– integrados desde hace medio siglo en una misma comunidad de derechos y libertades». Y los otros tres, agrupados en torno al firmado por Manuel Jiménez de Parga, contemporizando con la aportación del contenido *absoluto*, pero objetando el empleo, por parte de la mayoría, del argumento de la dignidad de la persona, cosa, al decir de los firmantes del voto, dudosamente compatible con la jerarquización de incidencias sobre la dignidad según el tipo, más o menos grave, del delito objeto de juicio. Jiménez de Parga y quienes le acompañan allí en la discrepancia perciben con acierto el obstáculo que, para semejante modo de ver las cosas, supondría la admisión de vistas sin la presencia del acusado en nuestro ordenamiento procesal. Y, por otra parte, y al hilo del incipiente espacio judicial europeo, que se atisbaba en aquel momento a raíz del Consejo de Támpere, muestran su desacuerdo con las lecturas de los textos internacionales (y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) realizadas por la mayoría, a resultas de las cuales la defensa técnica mediante letrado no vendría a ser más que un apéndice o complemento de la autodefensa del acusado.

IV. LA INTERPRETACIÓN EN SU CONTEXTO

En los años transcurridos desde 2000 hasta el momento en el que el TC se decide a elevar a Luxemburgo sus dudas sobre la validez y la interpretación del derecho aplicable a las solicitudes de entrega emitidas por los Estados de la Unión, ocurrieron muchas cosas en el seno de ésta. La mayoría, por cierto, bien poco favorables al entendimiento de los derechos fundamentales como el «suelo» a partir del cual la Unión pudiera obrar una mudanza de naturaleza en sentido genuinamente constitucional. Estaría de más aprovechar el comentario para engrosar el repositorio de las lamentaciones por lo que pudo haber sido y no fue. Pero un cabal entendimiento de las razo-

nes por las que consideramos que, para el TC, plantear la cuestión era un imperativo ineludible en el asunto que examinamos, sí conviene decir algo del significado de la OEDE y de los avatares que ha experimentado desde que entrara en vigor en 2002. De todas las respuestas producidas en el seno de la Unión como consecuencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre, quizá la OEDE es el «producto» de más hondo impacto jurídico. Y lo es por muchas razones: entre ellas, por lo que tiene de alternativa radical a un instituto como el de la extradición, verdadera piedra de toque del alcance de la soberanía de los Estados frente al ejercicio exterior del *ius puniendi*, pero también, y desde la lógica específica de la integración europea, en lo que supone de concreción bien palpable del compromiso de cooperación judicial en materia penal. Eliminar de un plumazo los requisitos tradicionales de la doble incriminación y la imposibilidad de extraditar nacionales no es poca cosa, sobre todo cuando el empeño procede de un instrumento de eficacia tan debilitada como la Decisión Marco. No es de extrañar que desde su entrada en vigor las rebeliones nacionales contra ella y/o las correspondientes normativas internas de transposición hayan sido una fuente inagotable de conflictos, resueltos con pronunciamientos de las más altas instancias jurisdiccionales, incluido el TJ, sin que ello, ni las reformas constitucionales provocadas en algún caso por el impacto de la OEDE, den la impresión de haber asentado, más allá de cualquier duda razonable, los contornos de esta novedosa forma de cooperación comunitaria. Las «rebeliones» contra la OEDE, en cuya cadena se inserta, a nuestro juicio, la posición (que ya es tradicional) del TC español frente a ella, acredita cuan difícil resulta extraer valor *performativo* de las estipulaciones incluidas en el artículo 6 del Tratado de la Unión. Parece como si la comunidad de tradiciones constitucionales y la seriedad del compromiso de los Estados miembros con los derechos no resistieran la prueba del contraste entre concepciones nacionales sobre el contenido de las garantías. Y si en algún momento ello pudo achacarse a los déficits de concreción normativa, ante la ausencia de una Carta de derechos y la consecuente necesidad de tomar como espejo el Convenio y la jurisprudencia del TEDH, hoy se ha perdido la coartada. La Carta incorporada con el mismo valor que el derecho originario empuja exactamente en la dirección marcada por el Considerando 10 de la Decisión Marco, con su ingenua llamada a «un grado de confianza elevado entre los Estados miembros»; lo opuesto de lo que denotan ciertos conflictos a propósito de la OEDE, que quizá ahora, y para lo sucesivo, irán perdiendo, mediante la Carta *interpretada*, las razones que aducen quienes los alientan.

Hasta desembocar en las preguntas que ahora dirige el TC al Tribunal de Justicia, ha habido que pasar por alto todo el empeño que en su día puso éste para solicitar de los Estados miembros una interpretación de las Decisiones Marco en el sentido más favorable para su efectividad. La célebre Decisión *Maria Pupino*, que es de junio de 2005, parece hoy una muestra de «arqueología» jurídica, con efectos «colaterales» poco propicios para una inserción de los pilares de la cooperación intergubernamental en la lógica

normalizada de la integración comunitaria. *Pupino* actuó como acicate para los desmentidos *estatalistas* que el Tribunal Constitucional alemán apuntó en su sentencia sobre la ley de transposición de la OEDÉ y culminó en la Decisión sobre el Tratado de Lisboa. Y ello por no hablar del desentendimiento, o abierta puesta en cuestión, de la ulterior voluntad del legislador sobre el problema de marras, que ha quedado plasmada, por medio de la Decisión Marco 2009/299/JAI, en el vigente artículo 4 *bis* de la OEDÉ. Este es, creemos que justificadamente, uno de los hilos conductores del voto particular suscrito en el Auto y anteriormente en la STC 199/2009, por el magistrado Pérez Tremps. Porque, en efecto, tal Decisión Marco no tiene otro objetivo que el de enfrentarse a la cuestión de las condenas en ausencia y establecer unos «motivos comunes claros de denegación del reconocimiento» de las resoluciones correspondientes. El Considerando 10 no lo puede expresar de manera más contundente: «No deberán denegarse el reconocimiento ni la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado cuando este, conociendo la fecha prevista del juicio, haya sido defendido en él por un letrado al que haya dado el correspondiente mandato, garantizando con ello que la asistencia letrada es real y efectiva». Y añade el siguiente aserto, que ya nos resulta mucho más discutible: «En este sentido será indiferente que el letrado haya sido escogido, nombrado y pagado por el imputado o haya sido designado y pagado por el Estado, dándose por supuesto que el imputado deberá haber optado deliberadamente por que lo represente un letrado en lugar de comparecer personalmente en el juicio». Nos parece mucho más discutible, porque las diferencias entre una no comparecencia sin más, y una no comparecencia acompañada de la designación de un letrado de la confianza del imputado, siempre bajo el presupuesto del conocimiento de la citación y de las consecuencias que se derivan de ella, son bien relevantes si tomamos desde el punto de vista de una jurisprudencia bien delimitada por nuestro TC. Puestos a discutir sobre contenidos *absolutos* o *esenciales* del derecho a la tutela sin indefensión, y a aducir vulneraciones *indirectas*, no se nos alcanza la razón por la que el TC guarda silencio sobre los factores diferenciales de una y otra situación, que es una cuestión detenidamente analizada entre nosotros a propósito de la designación obligatoria de asistencia de oficio durante las diligencias policiales en supuestos de terrorismo, por contraste a las exigencias de la asistencia letrada del artículo 24 de la Constitución.

También choca un poco, por lo que tiene de forzamiento *leguleyo* de las disposiciones que rigen la OEDÉ en el ordenamiento español, esa categoría espuria de la *entrega condicionada* que la mayoría del TC (si se me permite la expresión) se saca de la chistera para auto-generarse las dudas cuya resolución demanda del TJ. En la Ley 3/2003 las categorías son las que son y los motivos por los que la autoridad judicial puede negarse a la ejecución están tasados, porque el principio de reconocimiento mutuo lleva implícito, como así lo expresa la Exposición de Motivos de la propia ley, una ejecución prácticamente automática y sin necesidad de un nuevo examen para verifi-

car la conformidad de la solicitud con el ordenamiento interno. Dado que, con ocasión de la sustanciación de otros amparos, no han faltado las ocasiones para plantear la posible inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley (causas de denegación), por lo que calla u omite en punto a exigencias garantistas, la respuesta que ahora se materializa en el Auto que comentamos representa un auténtico giro copernicano en el reconocimiento por parte del TC del lugar que ocupa el Tribunal de Justicia en la arquitectura constitucional europea.

V. PARA TERMINAR: ELOGIO DEL RECONOCIMIENTO POR EL TC DE LAS VIRTUDES DEL DIÁLOGO

Pese a las reservas sobre las razones y sobre la oportunidad misma de las cuestiones planteadas por el TC a propósito de la Euroorden, y (aunque esto importe poco) pese a la desazón frente a la deriva cobrada por el proceso de integración y, por qué no decirlo, hacia el papel y la responsabilidad que al TJ le incumbe en todo ello, creo que la aportación de los argumentos del TC ante Luxemburgo es una buena noticia para la comunidad de los operadores jurídicos. Mantener contra viento y marea que las condenas en ausencia, sean cuales fueren los avatares de la causa en la que aquella se produjo, y con independencia de la conducta procesal observada por los encausados, obliga a las autoridades españolas a someter la entrega a condición, para no incurrir en una vulneración indirecta de derechos fundamentales, es tanto como impugnar de raíz la lógica que alienta el instrumento de la OEDE. Una lógica que resultó reafirmada en 2009 precisamente para atender a la contingencia de lo que pudiéramos llamar condenas en ausencia por voluntad del imputado y sin déficit de garantías. Frente a una determinación de tal naturaleza, la STC 199/2009 decidió continuar por la senda de los absolutos jurídicos, esto es, por la de la impugnación frontal de la OEDE *reconfigurada* y contemplada a la luz de categorías jurisprudenciales que se decidieron mantener incólumes.

Desde la Sentencia 141/1998 (caso *Borgobello*) en adelante, el TC se ha valido de ciertas lecturas de la jurisprudencia del TEDH para descubrir los contenidos absolutos de la tutela sin indefensión, primero frente a solicitudes de extradición y más tarde frente a las sustanciadas a través del sistema OEDE. En esas pesquisas (que son consecuentes con el canon interpretativo del artículo 10.2 CE) el caso *Colozza contra Italia*, fallado por el TEDH en 1985, fue en algún momento decisivo para el otorgamiento del amparo. *Colozza* evalúa las exigencias del proceso justo del artículo 6.1 del Convenio a la luz de un proceso en el que hubo recurrentes problemas de citación del imputado y en el que la defensa de éste, durante el acto de la vista, corrió a cargo de un abogado de oficio. Y por cierto que en ese caso, al desgranar las condiciones para que una condena en ausencia pueda reputarse conforme con los imperativos del proceso debido, el TEDH indica que es al interesado a quien incumbe demostrar que no quiso sustraerse, de modo deliberado, a la acción de la justicia. En el Auto que comentamos, y

en la STC 199/2009, es un caso resuelto por la Gran Sala en 2006, *Sedjovic contra Italia*, el que actúa como *faro* y parámetro del descubrimiento de exigencias y contenidos. Pues bien, tal y como no deja de señalarlo el Voto particular de PÉREZ TREMPs, así como la doctrina que se ha ocupado, de la manera más solvente, de esta cuestión (véase el trabajo de Aida TORRES, en el n° 35 de esta misma Revista), la doctrina *Sedjovic* no puede ser leída como aquella que impone, siempre y en todo caso, la repetición del juicio en el caso de condenas *in absentia*, sino como una decisión que pondera el derecho a estar presente en la vista con otros intereses y señaladamente como una decisión que contempla la indicación inequívoca de que el acusado conocía la existencia del proceso penal, su propósito de sustraerse a la acción de la justicia y su renuncia a comparecer, como otros tantos factores susceptibles de anular la exigencia de un nuevo juicio.

Sea como fuere, una doctrina como la de las vulneraciones indirectas de los contenidos absolutos del artículo 24 de nuestra Constitución, apoyada en interpretaciones y lecturas más o menos fidedignas de las «cascadas» de razonamientos del TEDH, enfrentada a la conjetura o *terra ignota* de la posición sobre el particular del TJ, desemboca ahora en el camino que quizá debiera haber emprendido el TC mucho antes, para ser consecuente con su posición de órgano jurisdiccional nacional frente a cuyas decisiones no cabe un ulterior recurso de Derecho interno (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión). Es curioso, o más bien paradójico, que, con el fin de rebatir la alegación del Ministerio Fiscal en el sentido de que la Decisión Marco de 2009 no sería aplicable *ratione temporis* al caso en examen, el TC traiga a colación el ya citado caso *Maria Pupino* para reafirmar que concurren los presupuestos del reenvío prejudicial. Que la cuestión se replantee ahora como un asunto sobre la (posible) contradicción entre disposiciones claras de la Decisión Marco y el compromiso con el respeto de los derechos –en el que, por ende, entran en juego las Disposiciones dichas «horizontales» de la Carta– y que el reenvío se concrete en la tríada de cuestiones sucesivas planteadas al TJ, una sobre la interpretación del artículo 4 *bis* de la OEDe en su actual versión, y las otras dos sobre la validez del mismo a la luz de las implicaciones de los derechos a la tutela y a la defensa, *versión Carta*, y sobre el alcance del artículo 53 de la misma, relativo al nivel de protección de los derechos contemplados en ella, no deja de parecernos una manera en cierto modo retórica y artificiosa de presentar las cosas.

Por mejor decir, una concatenación *táctica* de cuestiones que trasluce una defensa de posiciones propias. En el FJ 7 del Auto, el Tribunal hace un brillante ejercicio didáctico con el fin de resumir las interpretaciones posibles sobre la disposición de la Carta relativa al nivel de protección. Allí aparecen las tres concepciones por la que se ha decantado la doctrina, como cláusula de estándar mínimo «mejorable» por los Estados, como cláusula de delimitación de ámbitos de aplicación, o bien como cláusula permeable a las particulares circunstancias que se den en cada caso, de manera que la alternativa entre claudicar a que el contenido del derecho de la Carta se

vea desplazado por un contenido más elevado del derecho interno, o bien reclamar la aplicación uniforme y la identidad de contenidos (aún a costa de rebajar estándares nacionales), dependerá de «las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate». Y añade, quizá dejando asomar cierto pronóstico sobre el contenido de la respuesta, que ésta «no tiene por qué plantearse en términos abstractos, sino que acaso pudiera configurarse a partir de las características del concreto problema de protección de los derechos fundamentales que se plantea en este proceso constitucional».

Las preguntas están planteadas, y las características del problema, también: cierto contenido *declarado* de un derecho fundamental que choca con el espíritu y la letra de la OEDE. En el modo elegido para rotular el comentario, ya se adivinaba lo que hemos razonado. El TC acude al TJ para que éste le dé justificación del cambio de tal contenido como consecuencia de la respuesta obtenida. Y lo interesante es que, a propósito de ello, el TC comparece ante el TJ y hace valer sus razones, poniendo con ello fin a la anómala renuencia a embarcarse en diálogos jurisdiccionales que vayan más allá de la pesquisa interesada en citas de autoridad. Al optar por la vía de la cooperación discursiva, en lugar de por la reafirmación de lo que recientemente (refiriéndose al Tribunal Constitucional alemán) alguien ha llamado un «ego judicial» reflejo de un *silly status complex*, el TC refuerza su prestigio y autoridad en tanto que relevantísimo tribunal europeo.