

EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DEL NUEVO SISTEMA EUROPEO DE DETENCIÓN Y ENTREGA

(Reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio) (1)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA FALTA DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE ACERCA DE LA EXIGENCIA DE RECIPROCIDAD.—3. LA FALTA DE CONDICIONAMIENTO DE LA ENTREGA A LA EXIGENCIA DE REVISIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN AUSENCIA DEL CONDENADO.—A MODO DE CODA: LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL RUIZ-JARABO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2006.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto varios recursos de amparo planteados frente a resoluciones de la Audiencia Nacional que acuerdan la entrega a otros Estados miembros de la Unión Europea de personas acusadas o condenadas por un delito en aplicación del nuevo sistema de detención y entrega establecido en el marco del Tercer Pilar mediante la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden europea de detención y los procedimientos de entregas entre Estados miembros de la Unión Europea.

Al contrario de lo que ha ocurrido en otros países en los que los Tribunales Constitucionales se han planteado la constitucionalidad de determinados aspectos contenidos en las leyes nacionales de transposición de tal Decisión Marco, en nuestro país el Alto Tribunal ha preferido «sortear» tales cuestiones.

(1) Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación, «Los límites de los derechos fundamentales», dirigido por el Prof. Solozábal Echavarría con ref. SEJ2004-07767.

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006, de 5 de junio, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional es un claro exponente de la actitud «evasiva» de nuestro Alto Tribunal.

En aquella ocasión el demandante de amparo, de nacionalidad española, recurre ante el Tribunal Constitucional el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2005 que acordó acceder a la entrega del actor a Francia en virtud de una orden europea de detención, de fecha 19 de julio de 2004, emitida por la Fiscalía de Perpignan con la finalidad de permitir el cumplimiento de una condena a pena privativa de libertad por tiempo de veinte años que le había sido impuesta al demandante en su ausencia por la Sentencia 14/1998, de 26 de octubre, dictada por la Sala de lo Criminal de los Pirineos Occidentales por un delito de robo a mano armada cometido el 4 de abril de 1988 en la oficina de cambio de moneda de la empresa SAPSA en Le Perthus.

El demandante de amparo considera que la decisión de la Audiencia Nacional acordando su entrega a Francia ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías por distintas razones que el Tribunal Constitucional enuncia y ordena de la manera siguiente: 1) por haber infringido el principio de cosa juzgada; 2) por falta de motivación suficiente acerca de la exigencia de reciprocidad; 3) por falta de motivación suficiente acerca de la no apreciación de la prescripción del hecho delictivo determinante de la solicitud de entrega; 4) por no haber condicionado la entrega a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia; 5) por falta de motivación suficiente acerca de la aplicación retroactiva de la Ley 3/2003, de 14 de marzo; 6) por falta de consideración y motivación acerca de su condición de nacional español, ya que ni se menciona en la resolución impugnada como posible causa de denegación de la extradición ni fue oído en ningún momento acerca de la posibilidad de denegarla para que el cumplimiento de la pena impuesta se hiciese efectivo en España; 7) por no haber sido oído por la Sala ni haber gozado ésta de inmediación en relación con las pruebas; 8) por no haber tenido su Abogado tiempo suficiente para preparar el trámite de audiencia; 9) por no haberse previsto recurso alguno contra la decisión de entrega; y 10) por haber contado el Ministerio Fiscal con un trámite procesal de informe del que no gozó la defensa, con el consiguiente quebranto del principio de igualdad de armas.

No obstante, en el comentario crítico que vamos a realizar en estas páginas de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006 únicamente nos centraremos en aquellas de las razones alegadas por el demandante que pueden resultar más polémicas por ser razones que muestran las dificultades de encaje constitucional que tiene la aplicación del nuevo sistema de entrega

directa entre las autoridades judiciales de los Estados miembros establecido por la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 (2).

Más concretamente analizaremos dos de las razones alegadas: la falta de motivación suficiente en el Auto de la Audiencia Nacional acerca de la exigencia de reciprocidad y la falta de condicionamiento de la entrega en el Auto de la Audiencia Nacional a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en ausencia del condenado.

2. LA FALTA DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE ACERCA DE LA EXIGENCIA DE RECIPROCIDAD

En relación con la falta de motivación suficiente del Auto de la Audiencia Nacional en relación con la inexistencia de reciprocidad, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado al considerar que la resolución judicial no ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE.

En virtud de la declaración realizada por la República de Francia al artículo 32 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, Francia, como Estado de ejecución de solicitudes de entrega, seguirá tramitando con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004 (esto es conforme al sistema del Convenio Europeo de Extradición de 1957) todas aquellas solicitudes provenientes del resto de Estados miembros de la Unión Europea referidas a actos cometidos antes del 1 de noviembre de 1993 (3).

Ello significa que Francia tramitará todas aquellas peticiones de entrega

(2) Un análisis sobre estas y otras cuestiones referidas al encaje constitucional del nuevo sistema y al principio de reciprocidad en T. QUADRA-SALCEDO JANINI: «La Orden europea de detención y el principio constitucional de reciprocidad», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 18, 2006, Civitas, y en C. MAPELLI MARCHENA: «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea», tesina presentada en la UAM en octubre de 2006.

(3) El artículo 32 de la Decisión Marco es una Disposición transitoria en la que se establece que «seguirán aplicándose a las solicitudes de extradición que se reciban antes del 1 de enero de 2004, los instrumentos vigentes en materia de extradición. A las solicitudes recibidas después del 1 de enero de 2004 (caso de la solicitud francesa en el asunto analizado) se aplicará la normativa adoptada por los Estados miembros en virtud de la presente Decisión Marco. No obstante, los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco, una declaración en la que se indique que como Estado miembro de ejecución seguirá tramitando las solicitudes relativas a los actos cometidos antes de una fecha que especificarán, con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004. La fecha de que se trate no podrá ser posterior al 7 de agosto de 2002. Dicha declaración será publicada en el *Diario Oficial*. Podrá ser retirada en cualquier momento».

que reciba de los demás Estados miembros relativas a actos cometidos antes del 1 de noviembre de 1993 conforme al sistema de extradición establecido por el Convenio Europeo de Extradición de 1957 y únicamente aplicará el nuevo sistema de entrega establecida por la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 a aquellas peticiones de entrega que se le planteen por otros Estados miembros relativas a actos cometidos después del 1 de noviembre de 1993.

En relación con la aplicación por Francia del sistema de extradición establecido por el Convenio Europeo de Extradición a aquellas peticiones de entrega relativas a actos cometidos antes de noviembre de 1993, Francia, de acuerdo con la reserva realizada al artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición (4), no extraditará a sus nacionales.

A juicio del demandante, el principio de reciprocidad establecido en el artículo 13.3 de la Constitución española obliga a que tampoco España aplique la orden europea de detención y entrega en relación con peticiones de entrega realizadas por Francia por razón de hechos cometidos con anterioridad al 1 de noviembre de 1993, lo que sería aquí el caso pues el hecho delictivo que dio lugar a orden de detención y entrega cursada por el Estado francés fue perpetrado en 1988 (5). Respecto de los delitos cometidos antes de esa fecha, 1 de noviembre de 1993, debería regir respecto a Francia la anterior normativa, esto es, el Convenio Europeo de Extradición de 1957, pero también entonces habría de denegarse por los tribunales españoles la entrega del actor a Francia por razón del principio de reciprocidad establecido en el artículo 13.3 de la Constitución española dada su condición de nacional español, toda vez que Francia no concede la extradición de sus nacionales a otros Estados firmantes del Convenio en virtud de haber realizado una reserva.

La exclusión por Francia de toda entrega de sus nacionales cuando se trate de hechos cometidos antes de noviembre de 1993 supondría que, en virtud del principio de reciprocidad, España no debería entregar a sus nacionales cuando se dé la misma circunstancia: el que los hechos cometidos por un nacional español sean anteriores a noviembre de 1993.

Considera el demandante en amparo que el Auto de la Audiencia Nacional que accedió a la entrega de un ciudadano español a Francia carece de una motivación suficiente sobre la exigencia de reciprocidad, dado que no puede considerarse como tal el razonamiento expresado por la Sala en el sentido de que los hechos anteriores a 1993 se regían por otra normativa (Convenio Euro-

(4) Reserva por la que Francia declara que no entregará a quienes fueran nacionales franceses en el momento de comisión de los hechos.

(5) De acuerdo con el artículo 13.3 CE «la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad».

peo de Extradición) puesto que también en tal caso, alega el demandante, debía aplicarse el principio de reciprocidad a la vista de la reserva hecha por Francia al art. 6.1 CEEEx respecto de la no entrega de sus nacionales. Para el demandante, la ausencia de motivación suficiente constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE).

Por el contrario, el Ministerio Fiscal considera que no se habría producido tal vulneración como consecuencia de considerar que el Auto de la Audiencia Nacional se ha dictado en aplicación de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, que en su Disposición Transitoria segunda establece ser «aplicable a las ordenes europeas de detención y entrega que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieren a hechos anteriores a la misma» (6). La Ley española de transposición no habría hecho uso de la posibilidad que le brindaba el artículo 32 de la Decisión Marco de limitar la aplicación del nuevo sistema de entrega a hechos cometidos con posterioridad a una determinada fecha, por lo que el nuevo sistema de entrega sería, en opinión del Ministerio Fiscal, plenamente aplicable al caso concreto.

En este punto es necesario diferenciar dos aspectos del problema planteado: el primero tiene que ver con el hecho de si la Ley 3/2003 puede ser considerada contraria a la Constitución por vulneración de la exigencia constitucional de reciprocidad para poder consentir una extradición, el segundo tiene que ver con el hecho de si una extradición realizada sin cumplir con la exigencia constitucional de reciprocidad traspasa los límites de la legalidad ordinaria para constituirse en una vulneración de un derecho fundamental como es en este caso del derecho a la tutela judicial efectiva (7).

(6) El Ministerio Fiscal utiliza un argumento incomprensible al considerar que «la reserva formulada por Francia lo fue en virtud de la facultad que en dicho sentido le concedía el art. 32 de la Decisión Marco del Consejo que, por no ser ni un Tratado ni una Ley, no estaría sujeta a la exigencia de reciprocidad establecida en el art. 13.3 CE».

(7) Siempre que se accediese por las autoridades judiciales españolas a una entrega sin que se respetase por el Estado solicitante el principio de reciprocidad, se estaría vulnerando el artículo 13.3 de nuestra Constitución. Sin embargo, el artículo 13.3 CE no es un precepto que reconozca por sí mismo un derecho fundamental. Es por ello por lo que para permitir que el Tribunal Constitucional pueda proteger a los particulares frente a eventuales infracciones del principio de reciprocidad debe poder vincularse la vulneración del 13.3 CE con la de un derecho fundamental. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que la vulneración del principio de legalidad extradicional, que incluye la reciprocidad, podría conllevar simultáneamente, si se cumplen determinadas condiciones, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Derecho susceptible de ser protegido mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En relación con la primera cuestión, España no ha establecido, en su Ley 3/2003 que transpone en nuestro país la Decisión Marco, limitación alguna a las entregas en relación con el momento temporal de comisión de los hechos tal y como le permitía el artículo 32 de la Decisión Marco. La decisión de la Audiencia Nacional accediendo a la entrega sería, por tanto, aparentemente conforme con la Ley 3/2003 que declara ser aplicable a aquellas ordenes europeas de detención que se refieran a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley. Sin embargo, una aplicación mecánica de la Ley española podría desconocer la exigencia constitucional del cumplimiento de la reciprocidad para poder autorizar una extradición pues aunque España haya decidido no limitar los actos susceptibles de dar lugar a una entrega en función de su fecha de comisión, otros Estados miembros, como Francia, si lo han hecho.

Ciertamente la Audiencia Nacional podría haberse planteado la posible inconstitucionalidad de la Ley 3/2003. Inconstitucionalidad derivada de la ausencia de previsión, en la propia norma de transposición española, del principio de reciprocidad en relación con su aplicación temporal, y que podría haber llevado a la Audiencia Nacional a plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Hipotética cuestión de inconstitucionalidad que, sin embargo, no se ha planteado y lo que se ha planteado es un recurso de amparo por lo que es necesario referirse a la segunda cuestión señalada: la relativa a si la decisión de la Audiencia Nacional que concede la entrega a Francia de un ciudadano español ha vulnerado la condición de reciprocidad y si ello ha supuesto una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

Sin embargo, en la práctica el Tribunal Constitucional para resolver esta cuestión resuelve la primera: la relativa a si la Ley española vulnera el artículo 13.3 CE que exige el cumplimiento de la reciprocidad a las extradiciones y al responder negativamente a ésta cuestión, responde negativamente a la segunda cuestión: la relativa a si la decisión de la Audiencia Nacional ha supuesto una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución por conceder la entrega a Francia de un ciudadano español vulnerando la exigencia de reciprocidad pues precisamente considera que la vulneración de tal exigencia no se habría producido.

El Tribunal Constitucional concluye que el Auto de la Audiencia Nacional no ha producido una quiebra del principio de reciprocidad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva pero en realidad concluye mucho más, concluye que el nuevo sistema de entrega establecido por la Decisión Marco en el marco del Tercer Pilar no se ve sometido a la exigencia constitucional de la reciprocidad.

En efecto, argumenta el Tribunal Constitucional que la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad «pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia» (8).

Para el Tribunal Constitucional al nuevo sistema de detención y entrega no se le aplicaría la exigencia constitucional de reciprocidad, lo que supone considerar al nuevo sistema europeo de entrega como un sistema, en cierta manera, superador de la tradicional extradición, con la consecuencia de que tales entregas quedan excluidas de tener que sujetarse al principio constitucional de reciprocidad al que quedan sometidas, por el contrario, todas las extradiciones por exigencia constitucional.

La trascendencia de la afirmación del Alto Tribunal es evidente, pero consideramos que profundamente errada, pues, en realidad, el nuevo sistema de euroorden es una nueva forma de entrega *extradicional* directa entre autoridades judiciales, en la que efectivamente se suprimen la tradicional intervención de las autoridades administrativas o el control de la doble incriminación para determinados delitos, pero sin que ello haya supuesto la superación de la institución de la extradición condicionada en nuestra norma fundamental a la exigencia de reciprocidad.

El Tribunal Constitucional al afirmar que en el nuevo sistema el principio de reciprocidad «pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella (con la orden europea de detención y entrega) se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia» simplemente está haciendo supuesto de la cuestión pues está presuponiendo aquello a lo que debía dar respuesta.

Parece olvidar la Sala segunda del Tribunal Constitucional que la intención del constituyente de 1978 al condicionar la extradición en el artículo 13.3 CE al cumplimiento de la reciprocidad no fue condicionar un tipo concreto y preciso de entrega entre Estados soberanos de personas acusadas o condenadas por un delito que es lo que se denominaría extradición. Tipo concreto de entrega caracterizado por unos rasgos procedimentales muy concretos y definidos (entre los que se encontrarían, por ejemplo, la necesaria intervención de las autoridades gubernativas o el control de la doble incriminación) que ahora en el nuevo sistema habrían desaparecido; sino más bien la intención consti-

(8) FJ. 5.

tuyente fue referirse a una extradición caracterizada por un rasgo esencial que subsistiría en el nuevo sistema: la entrega entre Estados soberanos de una persona con la finalidad de posibilitar una persecución penal. Esta nota de soberanía estatal persiste como elemento del nuevo sistema de entrega (9) por mucho espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que se quiera promover en el marco del Tercer Pilar. La permanencia de la característica esencial de la institución de la extradición en el nuevo procedimiento de entrega —la entrega de una persona entre Estados soberanos— excluye que se haya producido realmente la superación del sistema extradicional.

Frente a lo afirmado por el Tribunal Constitucional, el principio constitucional de reciprocidad también es plenamente exigible en el nuevo sistema de entrega, precisamente porque la Constitución exige la reciprocidad para una institución —la extradición— que no se limita a un procedimiento o a una forma específica de entregar a otro país a una persona sino que la Norma fundamental se refiere a la idea misma de entregar por España, Estado soberano, a una persona a otro Estado por razón de una persecución penal. El Tribunal Constitucional no explica por qué lo que la Constitución consideró necesario para esas entregas —la reciprocidad— ha dejado de ser exigible en virtud de un mero cambio de nombre. La posición del Tribunal Constitucional nos lleva a un juego de palabras —a una logomaquia— donde lo importante no es la sustancia sino el nombre. Juego de palabras que habría sido propiciado por la propia Decisión Marco que en su Preámbulo parece afirmar la supresión de la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea y su sustitución por un sistema de entrega entre autoridades judiciales (10).

Es el propio Tribunal Constitucional el que en la STC 177/2006 —sólo

(9) Nuevo sistema de entrega que se encuentra muy lejos de un verdadero sistema de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales puesto que permite el establecimiento facultativo por parte de cada Estado miembro de una serie de motivos de denegación y condicionamiento de las entregas que ponen en cuestión el automatismo de las entregas y la existencia misma de reciprocidad. Las relaciones entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, a efectos de la entrega de un delincuente que se establecen en el sistema europeo, distan mucho todavía de la relación que se da, a estos efectos, entre las autoridades judiciales de un mismo Estado. v. T. QUADRA-SALCEDO JANINI: «La Orden europea de detención y el principio constitucional de reciprocidad», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 18, 2006, Civitas.

(10) De acuerdo con el considerando 5 de la Decisión Marco: «El objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales». Así se afirma, igualmente, en el Preámbulo de la Ley 3/2003 que transpone en nuestro país la Decisión Marco: «La presente Ley tiene por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión marco establece para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega».

unos párrafos después de haber considerado que en el nuevo sistema el principio de reciprocidad «pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito— se refiere al «derecho a un proceso —en este caso extradicional— con todas las garantías» (11); referencia que resulta sorprendente (la referencia a un «proceso extradicional») tras haber considerado que no cabe aplicar la reciprocidad que nuestra Constitución exige a las extradiciones al nuevo sistema de entrega pues si es un «proceso extradicional» evidentemente queda sometido a la exigencia constitucional de reciprocidad.

Igualmente señala el Tribunal Constitucional que si bien Francia ha hecho uso de la posibilidad restrictiva que le brindaba el art. 32 de la Decisión Marco de salirse del referido sistema comunitario en relación con hechos anteriores a una determinada fecha, al haber España omitido hacer lo propio en la Ley 3/2003 que transpone la Decisión Marco «ha de concluirse que permanece dentro del sistema y que, por consiguiente, ha de atender la solicitud de entrega cursada por Francia en relación con hechos anteriores al 1 de noviembre de 1993 aun a sabiendas de que este último país no procedería a entregar a sus nacionales en esas mismas circunstancias, pues la permanencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega excluye toda posibilidad de reclamar una reciprocidad a la que se ha renunciado voluntariamente» (12).

Sin embargo, a la exigencia constitucional de reciprocidad para proceder a una extradición (que es lo que es, en definitiva, una entrega conforme a al nuevo sistema) no cabe renunciar voluntariamente por parte del legislador español que transpone la Decisión Marco, ni siquiera por parte del legislador español que mediante la Ley Orgánica exigida por el artículo 93 autoriza la cesión del ejercicio de competencias a la Comunidad; pues ello supondría la vulneración de la Constitución. Si la norma fundamental exige para la entrega de una persona a otro país, caracterización de una extradición que, reiteramos, se mantiene plenamente en el nuevo sistema de entrega, el cumplimiento del principio de reciprocidad, no cabe la renuncia voluntaria por parte de nuestros poderes constituidos a tal exigencia.

Sea como fuere, para argumentar la desaparición de la condición de reciprocidad en el nuevo sistema de entrega acude, igualmente, el Tribunal Constitucional a la jurisprudencia comunitaria y señala que las obligaciones que el Derecho derivado, en el caso la Decisión Marco, imponen a los Esta-

(11) FJ. 7.b).

(12) FJ. 5.

dos miembros no pueden ser sometidas a la exigencia de reciprocidad por parte de estos.

Sin embargo, la exigencia de reciprocidad en el caso que estamos analizando es bastante peculiar pues se trata de una exigencia de reciprocidad directamente establecida en la norma fundamental, en la Constitución, y no una exigencia de reciprocidad establecida en cualquier norma nacional de carácter infraconstitucional. Es cierto que la jurisprudencia comunitaria viene afirmando reiteradamente que el cumplimiento de las obligaciones que el Tratado o el Derecho derivado imponen a los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad (13), pero en el caso analizado nos debemos encontrar necesariamente ante una excepción a tal jurisprudencia pues la reciprocidad es, en el caso de España, una exigencia constitucional. Al aplicarse mecánicamente la doctrina comunitaria que establece la imposibilidad de someter a condición de reciprocidad el cumplimiento de las obligaciones que el Derecho derivado impone a España se estaría vulnerando la Constitución que impone tal condición para el caso de las extradiciones. Quizás la Audiencia Nacional podría haber planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con la finalidad de que este se pronunciase acerca de la posibilidad de que en el ámbito del nuevo sistema de entrega se exceptuase la exclusión de la exigencia reciprocidad (14). En todo caso, de considerar el Tribunal de Justicia que el Derecho europeo excluye la posibilidad de establecer una condición de reciprocidad en este supuesto concreto, nos podríamos encontrar ante la posibilidad de una colisión directa entre el Derecho europeo y la Constitución. En efecto, un hipotético pronunciamiento del Tribunal de Justicia avalando indirectamente la adecuación de la norma estatal al Derecho europeo colisionaría con una hipotético consideración por el Tribunal Constitucional de la Ley 3/2003 como inconstitucional por no haber sometido a las entregas al principio de reciprocidad. Colisión que parece haber querido ser eliminada por el Tribunal Constitucional de un plumazo al haber sostenido que el nuevo sistema de entrega no cae bajo el artículo 13.3 de la Constitución y

(13) Entre otras muchas los dos casos citados por la STC 177/2006: las SSTJCE de 30 de junio de 2005, *Tod's*, C-28/04, apartado 34 y de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española*, C-405/01, apartado 61.

(14) Al amparo del artículo 35 del TUE nuestro país, mediante la oportuna declaración, ha aceptado la competencia prejudicial del TJCE para pronunciarse sobre la validez e interpretación de las Decisiones Marco, si bien, de acuerdo con el art. 35 del TUE, ha elegido que sólo pueden plantear cuestiones prejudiciales los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso. En el caso de órdenes europeas de entrega, la Audiencia Nacional sería competente para plantear la cuestión prejudicial, porque frente a sus decisiones sólo cabe el planteamiento del recurso de amparo.

por tanto no se encuentra condicionado por la exigencia constitucional de reciprocidad.

Finalmente, la Sentencia 177/2006 reitera un error ya cometido por la misma Sala en la STC 30/2006 (15) al afirmar que la previsión de que la extradición se conceda «atendiendo al principio de reciprocidad» (art. 13.3 CE) «es una garantía de protección... de los derechos del ciudadano... que *sólo* en caso de un posible menoscabo de esos derechos (en el país solicitante de la entrega) habría de ser activado (el principio de reciprocidad) como causa vinculante de denegación».

El Tribunal Constitucional yerra absolutamente al afirmar que únicamente (sólo) en caso de un posible menoscabo de los derechos fundamentales por el país requirente pueda activarse el principio de reciprocidad, pues tal principio también se activa como causa de denegación de una entrega incluso aunque el Estado requirente sea totalmente respetuoso con los derechos fundamentales del entregado.

La reciprocidad no es una mera exigencia de respeto de los derechos fundamentales de los extraditados por el Estado requirente, que por supuesto también, sino que es algo más: es una exigencia de correspondencia en el trato sin que tal correspondencia se vincule singularmente con el respeto de los derechos fundamentales por ese Estado requirente. Si un Estado plenamente respetuoso con los derechos fundamentales de los detenidos (caso de cualquier país de la Unión Europea) no extradita a sus nacionales, el principio de reciprocidad se activa como causa de denegación de las extradiciones de nacionales españoles a ese Estado sin que ello suponga poner en cuestión el respeto de los derechos fundamentales por ese Estado (16).

Ciertamente, la ausencia de respeto de los derechos fundamentales de los detenidos por el Estado requirente es uno de los motivos que puede llevar a la denegación de una entrega, pero el principio de reciprocidad no se reduce únicamente a la comprobación de tal motivo como parece desprenderse de la lectura de las SSTC 177/2006 y 30/2006.

(15) STC 30/2006, de 30 de enero.

(16) La limitada interpretación del alcance del principio de reciprocidad lleva al Tribunal a afirmar una obviedad que «la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma... no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos (en esos países), dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio». Lo que ocurre es que ese no era el problema suscitado.

La cuestión suscitada en el supuesto de hecho no era si la decisión de la Audiencia Nacional de entregar a Francia a un ciudadano español compromete derechos fundamentales del recurrente como consecuencia de considerar que el Estado solicitante no respeta los derechos humanos (algo evidentemente descartable en el ámbito de la Unión Europea), sino que la cuestión era si Francia cumple con la condición constitucional de reciprocidad como consecuencia de no permitir la extradición de sus nacionales por hechos cometidos con anterioridad a noviembre de 1993.

3. LA FALTA DE CONDICIONAMIENTO DE LA ENTREGA A LA EXIGENCIA DE REVISIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN AUSENCIA DEL CONDENADO

En relación con el hecho de no haber condicionado el Auto de la Audiencia Nacional la entrega del demandante a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en rebeldía, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado al considerar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE (17).

(17) El Tribunal Constitucional otorga el amparo por un segundo motivo: por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE) como consecuencia de la falta de consideración en el Auto de la Audiencia Nacional de la condición de nacional español del demandante como posible causa de denegación de la extradición puesto que el cumplimiento de la pena impuesta en Francia se podía hacer efectivo en España.

De acuerdo con el artículo 12.2 de la Ley 3/2003 «la autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea en los casos siguientes ... f) Cuando la orden europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España».

En el Auto de la Audiencia Nacional no se ha tenido en cuenta tal precepto acordándose la entrega sin haber oído en este punto al demandante y ello lleva al Tribunal Constitucional a considerar que se ha producido una falta de tutela judicial sin indefensión (art. 24.1) al haberse decidido su entrega a Francia sin tener en cuenta que, siendo la finalidad de la misma la de cumplir condena, era obligado oírle al efecto de que prestase para ello el debido consentimiento. Sin ser necesario para el otorgamiento del amparo —pues bastaba con considerar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como consecuencia de no haberse siquiera planteado la Audiencia Nacional la posibilidad de denegación de la entrega, con audiencia del reclamado, en un supuesto como este de solicitud de una entrega para el cumplimiento de una pena en el Estado emisor— realiza el Tribunal Constitucional una interpretación cuando menos discutible del artículo 12.2 de la Ley 3/2003.

Señala el Tribunal Constitucional que aunque aparentemente la denegación de la entrega en el supuesto contemplado —cuando la orden europea se haya dictado a efectos de ejecución de

El Tribunal Constitucional, de conformidad con la doctrina establecida a partir de la STC 91/2000, de 30 de marzo, considera que la omisión en el Auto de la Audiencia Nacional de toda alusión al condicionamiento de la entrega a que el Estado requirente haya de ofrecer al reclamado la posibilidad de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia, constituye una vulneración de las exigencias dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.

De acuerdo con la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ. 14, «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 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».

Ciertamente, el Tribunal Constitucional recuerda que la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden europea de detención y entrega en su art. 5 prevé la posibilidad de que, en el caso de que la orden europea de detención y entrega se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedite «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución», entre otras, 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

una pena o medida de seguridad privativas de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española— es discrecional pues el artículo 12.2 afirma que la autoridad judicial de ejecución española «podrá» denegar la entrega, en realidad no cabría realizar una entrega en el supuesto de que no lo consienta el penado español pues el propio artículo 12.2 establece que este debe consentir en cumplir la pena en el Estado de emisión de la orden pues en otro caso, «deberá» cumplir la pena en España.

Tal interpretación no resulta, sin embargo, del todo evidente pues cuando el artículo 12.2 afirma que la autoridad judicial podrá denegar la entrega de un nacional cuando la orden europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena salvo que el condenado consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión está estableciendo, frente a la interpretación del Tribunal Constitucional, una potestad facultativa del órgano judicial que podrá denegar la entrega de un nacional discrecionalmente salvo en un supuesto: si el condenado quiera cumplir la pena en el Estado de emisión en cuyo caso deberá entregarlo. Caso contrario el órgano judicial español podrá denegar la entrega de un nacional. En el caso de que el órgano judicial decidiese denegar la entrega de un nacional para cumplir la pena fuera, el artículo 12.2 establece lógicamente que el condenado deberá cumplir la pena en España. Esta interpretación del artículo 12.2, frente a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, supone que cabría realizar la entrega de un condenado español a otro Estado miembro aún en el supuesto de que no lo consienta expresamente el condenado.

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» (18).

A pesar de que la Decisión Marco en su artículo 5 permite condicionar la entrega de una persona a otro Estado miembro, a efectos de ejecutar una pena impuesta mediante resolución dictada en rebeldía, a la posibilidad de celebración de un nuevo juicio, la Ley 3/2003, que transpone en nuestro país la Decisión Marco, no ha recogido tal supuesto. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia, «al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso —en este caso extradicional— con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada —implícita o explícitamente— por toda Ley nacional que se dicte al efecto» (19).

El Tribunal Constitucional otorga, así, el amparo al considerar que la aceptación de la entrega por el Auto de la Audiencia Nacional sin condicionarla a la posibilidad de petición de celebración de un nuevo juicio vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

El Tribunal Constitucional se queda, sin embargo, a medio camino pues en el caso procedía, tras la estimación del recurso de amparo, haberse planteado la autocuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la LOTC (20). Planteamiento de la autocuestión que no sería sino la consecuencia lógica de la propia afirmación de la Sala del Tribunal Constitucional cuando establece que el derecho a un proceso con todas las garantías exige condicionar la entrega a otro Estado miembro a la celebración de un

(18) De acuerdo con el Artículo 5 de la Decisión Marco:

La ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a una de las condiciones siguientes:

1) 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.

(19) FJ. 7b.

(20) El artículo 55.2 de la LOTC establece que «en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes».

nuevo juicio, exigencia que debe ser respetada, según la Sala Segunda, «por toda Ley nacional que se dicte al efecto»; incluida, evidentemente, la Ley 3/2003 que transpone en nuestro ordenamiento la Decisión Marco.

La ausencia de planteamiento de la autocuestión y la retrotracción, en el fallo del recurso de amparo, de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la resolución de concesión de la entrega por la Audiencia Nacional a fin de que esta dicte nueva resolución que sea respetuosa con los derechos fundamentales coloca en una situación complicada a la Audiencia Nacional, y en todo caso le enseña un mal camino para el futuro.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional obliga a la Audiencia Nacional a dictar una nueva resolución en la que condicione la entrega a Francia a la obtención de garantías de que el entregado tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso —pues ello es una exigencia del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías—. Sin embargo tal condicionamiento no está explícitamente previsto en la Ley 3/2003 que regula en nuestro ordenamiento el procedimiento de entrega, por lo que al hacerlo, al condicionar así la entrega, la Audiencia Nacional incumpliría la Ley, sin que evidentemente quepa hacer una interpretación de la misma conforme a Constitución pues los motivos de denegación o condicionamiento de las entregas se encuentran tasados en la norma (21). La Audiencia Nacional se encontraría entonces prácticamente obligada a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues no puede someterse a la STC 177/2006 y condicionar la entrega sin desconocer, entonces, la Ley 3/2003, Ley que en ningún momento ha sido declarada inconstitucional por aquél con el monopolio

(21) En el caso analizado no resulta posible una interpretación *secundum constitutionem* del precepto legal, interpretación que, evidentemente, como ha señalado la jurisprudencia constitucional impediría apreciar su inconstitucionalidad. El Tribunal recuerda haber declarado reiteradamente que, «en virtud del principio de conservación de la Ley, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma. Y que puesto que la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución, será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución. Sin embargo, el principio de interpretación conforme a la Constitución tiene también límites, sin que pueda ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos, ni reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional. En efecto, la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales. No compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde». En STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ. 5.

para hacerlo, el Tribunal Constitucional. Lo más probable es que siguiendo la invitación del Tribunal Constitucional, la Audiencia Nacional, desconozca la Ley y establezca una condición que la Ley no prevé. Pero con ello se abre un delicado camino de cara al futuro donde todo activismo frente al legislador puede ser posible en nombre de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional parece querer acoger, implícitamente, la técnica ya utilizada en la STC 15/1982, de 23 de abril. En aquella ocasión la ausencia de regulación legal de la objeción de conciencia le llevo a considerar que la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales derivaba en el reconocimiento de un contenido mínimo del derecho por los jueces y tribunales que consistía en reconocer el derecho del recurrente a que se aplase su incorporación a filas hasta que se dicte la Ley prevista en el art. 30.2 de la Constitución, que permitirá la plena aplicabilidad y eficacia del derecho a la objeción de conciencia. En aquel supuesto el recurso de amparo, y la aplicación inmediata por los jueces y tribunales del derecho fundamental, se configuró como remedio adecuado frente a una omisión absoluta, frente a la que no cabía, por su propia naturaleza, la impugnación de precepto legislativo alguno.

Sin embargo, en el caso que resuelve la STC 177/2006 no se trata de una omisión absoluta que impida la impugnación de precepto legislativo alguno, sino de una omisión relativa: hay una ley pero es inconstitucional en cuanto omite algo, y por ello no debería bastar con una mera estimación del recurso de amparo como ocurrió en la STC 15/1982 y el consiguiente reconocimiento de la aplicabilidad inmediata del artículo 24.2 CE, sino que tal estimación debió ser seguida del planteamiento de una autocuestión con la finalidad de permitir declarar la inconstitucionalidad por omisión de la Ley 3/2003.

Ciertamente, la inconstitucionalidad de la Ley 3/2003 se deriva de haber omitido incluir entre las causas tasadas de condicionamiento de las entregas la exigencia de garantía por parte del Estado emisor de que la persona que sea objeto de la orden de detención europea tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde sus derechos de defensa. Ello supone que en una hipotética sentencia de resolución de una autocuestión —o incluso eventualmente de una cuestión de inconstitucionalidad que se pueda suscitar por la Audiencia Nacional—, el Tribunal Constitucional debería examinar si la Ley 3/2003 es inconstitucional en cuanto omite incluir tal causa de condicionamiento (22). Omisión que implica una limitación de las causas de denegación

(22) Normalmente el fallo declararía inconstitucional la Ley o el precepto concreto que establece los motivos de condicionamiento de las entregas «en cuanto no establece...», «en cuanto excluye...», «en cuanto omite...» condicionar las entregas a la posibilidad de celebración de un nuevo juicio.

o de condicionamiento de la entrega, al quedar constreñidas a las dispuestas en la Ley, obligando así a los tribunales a violar el derecho fundamental o a plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

No obstante, determinada la inconstitucionalidad de la Ley se podría plantear la cuestión adicional de si ello debería suponer la declaración de nulidad, total o parcial, de aquella o más bien debería dictarse por el Tribunal Constitucional una mera declaración de inconstitucionalidad sin nulidad.

En efecto, no se trata de que un precepto concreto de la Ley 3/2003 sea inconstitucional por lo que dice, sino que la Ley es inconstitucional por lo que no dice. Nos encontramos ante una inconstitucionalidad de la Ley por omisión, por omisión de la inclusión de una causa de condicionamiento de las entregas en la Ley 3/2003 que debería haber sido incluida por exigencia constitucional. En un supuesto como este «la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra como consecuencia de que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de este, sino en su omisión» (23).

La jurisprudencia constitucional recuerda que «no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión» (24).

Consideramos, por tanto, que sería excesivo declarar nula toda o parte de la Ley 3/2003 como consecuencia de la omisión producida, pues aquello no omitido y contenido en la Ley puede ser, en si mismo, plenamente conforme con la Constitución (25). Una hipotética declaración de nulidad del precepto que prevé los motivos de condicionamiento de las entregas como consecuencia de la omisión de un motivo generaría, sin embargo, un indeseable vacío normativo.

(23) Así lo afirmaba el Tribunal Constitucional en la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 11 (sobre la Ley del IRPF). Señala Pestalozza que no es posible declarar nulas las omisiones legislativas porque la nada no podría declararse nula. CH. PESTALOZZA: «Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige». Rechtslagen in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I. Festgabe aus Anlass der 25 jährigen Bestehens des BVerfG, Tübingen, 1976.

(24) SSTC 138/2005, de 26 de mayo, FJ. 6; 156/2005, de 9 de junio, FJ. 3; 273/2005, de 27 de octubre, FJ. 9; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ. 7; 96/1996, de 30 de mayo, FJ. 22, y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ. 13.

(25) Recordemos que ello no fue lo que consideró el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 18 de julio de 2005 donde declaró la nulidad de la Ley alemana de 21 de julio de 2004 —que transpone en Alemania la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden europea de detención y los procedimientos de entregas entre Estados miembros de la Unión Europea—.

El fallo del Tribunal Constitucional al resolver la autocuestión —o una eventual cuestión de inconstitucionalidad— debería ser, por tanto, un fallo declaratorio de la inconstitucionalidad de la Ley por la omisión pero sin declaración de nulidad. Tal fallo podría suscitar, no obstante, una interesante cuestión a los tribunales ordinarios encargados de aplicar la Ley 3/2003 pues el Tribunal Constitucional no habría declarado nulo precepto alguno de la Ley sino una omisión de la misma con lo que los tribunales encargados de aplicar la Ley 3/2003, la Audiencia Nacional, se encuentran con que lo que dice la Ley es plenamente válido. Sin embargo, los tribunales no pueden aplicar la Ley tal como está pues la ausencia de condicionamiento de una entrega en el supuesto de que la persona a entregar haya sido juzgada en rebeldía supondría una vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Un hipotético pronunciamiento de inconstitucionalidad sin nulidad de la Ley 3/2003 por parte del Tribunal Constitucional debería ir acompañado de un pronunciamiento del Tribunal declarando la aplicabilidad directa del artículo 24.2 en el sentido de considerar que en ausencia de inclusión de tal condicionamiento en la Ley, los jueces, en tanto el legislador no corrija tal situación, han de dotar de eficacia al derecho fundamental denegando la entrega de una persona para cumplir una pena en otro país cuando ha sido juzgado en rebeldía si no hay garantías de celebración de un nuevo proceso.

Recordemos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado que aún en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una *interpositio legislatoris* para su desarrollo y plena eficacia, caso del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, se debe negar que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible ante los tribunales ordinarios cuando el legislador lo haya desarrollado. Para el Tribunal Constitucional estamos ante derechos directamente aplicables *ex constitutione* si bien es cierto que la naturaleza misma de la norma puede producir que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación legislativa se produzca, más que un contenido mínimo.

Así, por ejemplo, en las SSTC 15/1982, de 23 de abril; 254/1993, de 20 de julio, y 31/1994, de 31 de enero, en los que se trataba de la tutela de derechos fundamentales que requerían un desarrollo legislativo para alcanzar su plena eficacia, el Tribunal Constitucional consideró que la aplicabilidad inmediata que reconoce a los derechos fundamentales nuestra Constitución implica el reconocimiento de un contenido mínimo directamente aplicable. Ciertamente la falta de desarrollo legal de los mandatos constitucionales producía que el

derecho no pudiese alcanzar plena eficacia, sin embargo tal falta de desarrollo legal no podía conducir a la absoluta desaparición de la posibilidad de amparar pretensiones individuales fundadas en el precepto constitucional.

En el caso analizado se ha producido un desarrollo legal incompleto de los derechos contenidos en el artículo 24 CE por la Ley 3/2003 pero la consecuencia es la misma que en los supuestos señalados: la necesidad de reconocer la aplicabilidad directa del derecho fundamental incluso en ausencia de desarrollo legal completo. Ello supone la imposibilidad de que los jueces ordinarios autoricen una entrega sin condicionarla a la obtención de garantías de la posibilidad de celebración de un nuevo proceso. Los jueces han de aplicar en estos supuestos directamente la Constitución y esperar a que el legislador, que es al que se dirige el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad sin nulidad de la Ley, dicte una nueva norma que repare la omisión producida.

La nueva ley que el legislador español debería dictar tras una hipotética declaración de inconstitucionalidad sin nulidad de la Ley 3/2003 por el Tribunal Constitucional sería simultáneamente conforme con el Derecho europeo y con la Constitución española pues la Decisión Marco, que el legislador español está obligado a respetar y transponer, permite, en este punto, realizar una transposición plenamente conforme con la Constitución española, y por supuesto respetuosa con el objetivo de la propia norma europea, en cuanto recordemos que faculta, en el artículo 5 de la Decisión Marco, a los Estados miembros para que en aquellos casos en que la orden europea de detención y entrega «se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía» condicionen la entrega a 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».

Transposición conforme con la Constitución española, y por supuesto con el Derecho europeo, que no se habría producido en la Ley 3/2003 como consecuencia de no haber previsto la posibilidad de condicionar una entrega por tal motivo. La eventual inclusión en una futura Ley española de transposición de la Decisión Marco de la posibilidad de condicionar la entrega por tal motivo, inclusión autorizada expresamente la Decisión Marco, permitiría considerar que la Ley española respeta el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y al tiempo es plenamente respetuosa con la norma europea.

Sin embargo, una eventual declaración de inconstitucionalidad sin nulidad de la Ley 3/2003 acompañada de la obligación de los jueces ordinarios de

dotar de aplicabilidad directa al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías condicionando las entregas a la celebración de un nuevo juicio, en tanto el legislador corrige la omisión producida, podría generar un conflicto en relación con el Derecho europeo. Incluso tal conflicto lo puede generar la aparente obligación de la Audiencia Nacional, establecida en la STC 177/2006 al estimar el amparo y retrotraer las actuaciones, de dotar de aplicabilidad directa al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías condicionando la entrega a Francia a la obtención de garantías de celebración de un nuevo juicio. En efecto, el establecimiento de condiciones para la entrega por la Audiencia Nacional, en aplicación directa de la Constitución, que no están explícitamente previstas en la Ley de transposición podría colocar al órgano jurisdiccional español en la situación de incumplir el Derecho europeo.

Ciertamente, la Decisión Marco prevé la posibilidad de que la ejecución de una orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución —«cuando se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena impuesta mediante resolución impuesta en rebeldía»—, se supedita «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución» a la garantía de que la persona entregada pueda pedir un nuevo proceso que salvaguarde sus derechos en el Estado miembro emisor. Pero el artículo 5 de la Decisión Marco no obliga a que los Estados miembros supediten la ejecución de la orden de detención europea a tal condición pues establece que la autoridad judicial de ejecución «podrá» supeditar, «con arreglo al derecho del Estado miembro de ejecución», dejando en manos, por tanto, de las respectivas normas nacionales acoger tal posibilidad de condicionar las entregas.

Ello supone que el condicionamiento de la entrega por la Audiencia Nacional a la posibilidad de celebración de un nuevo juicio en Francia, condicionamiento al que se encuentra obligado el tribunal español como consecuencia de ser una exigencia constitucional, podría eventualmente ser considerada por el Tribunal de Justicia como un incumplimiento del Derecho europeo como consecuencia de considerar que tal condicionamiento debería estar previsto en la Ley de transposición de la Decisión Marco tal como establece el artículo 5 cuando se refiere a que la supeditación de la entrega a la posibilidad de celebración de un nuevo juicio podrá realizarse «con arreglo al derecho del Estado miembro de ejecución». El Tribunal de Justicia podría considerar, quizás, incumplido el Derecho europeo por no haberse establecido tal supeditación en la legislación del Estado que transpone la Decisión Marco y derivarse la misma de una interpretación del contenido de un derecho fundamental nacional realizada en una sentencia del Tribunal Constitucional, pues desde la perspectiva europea ello podría considerarse vulnerador del principio de seguridad jurídica. Frente a ello, cabe argüir, sin embargo, que la Decisión Marco únicamente exige que el condicionamiento de la entrega se realice «con arreglo al derecho del Estado

miembro de ejecución» y ello se cumpliría perfectamente en nuestro caso pues tal como destaca el artículo 5.1 de la LOPJ «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». El artículo 24 de la Constitución, tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional, se constituye, en el caso analizado, en la norma directamente aplicable por los jueces y tribunales y por tanto se cumple perfectamente con la Decisión Marco cuando exige que la supeditación de la entrega se realice con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución (26).

Sin embargo, es posible sostener que la vulneración del Derecho europeo, en realidad, se ha producido por la propia Decisión Marco de 13 de junio de 2002 que ha establecido como causa facultativa de condicionamiento de las entregas una causa que, de acuerdo con el propio Derecho europeo primario, debería haberse previsto como causa obligatoria de condicionamiento de las entregas. En efecto, la Decisión Marco al establecer como motivo de condicionamiento facultativo de las entregas la posibilidad de pedir un nuevo proceso cuando la orden europea de detención se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena privativa de libertad impuesta mediante resolución dictada en rebeldía habría vulnerado el derecho fundamental a un proceso equitativo. Derecho contenido en el Convenio de Roma de 1950 y que sería, en buena medida, equivalente a nuestro derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho fundamental que vincularía a las Instituciones europeas en el ejercicio de sus competencias, al poder ser considerado incluido en los principios generales del derecho europeo, y cuya protección corresponde al Tribunal de Justicia al que se le ha atribuido la competencia en relación con la protección de los derechos fundamentales frente a la actuación de las instituciones europeas, incluido el ámbito del Tercer Pilar.

De acuerdo con el artículo 6.2 del TUE «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la

(26) La jurisprudencia comunitaria ha afirmado que las disposiciones de una directiva (que podemos considerar equivalente a una Decisión Marco del Tercer Pilar) deben ejecutarse con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. STJCE de 12 de enero de 2006, asunto C-132/04, Comisión c. España. Ciertamente la fuerza imperativa se cumple perfectamente en el caso que comentamos pues la Constitución tal y como es interpretada por el Tribunal Constitucional vincula a jueces y tribunales. En relación con los requisitos de especificidad, claridad y precisión la Decisión Marco no exige que el condicionamiento de la entrega se tenga que realizar necesariamente en la ley de transposición sino «con arreglo al derecho del Estado miembro de ejecución».

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Si bien es cierto que en los Estados miembros no existen tradiciones constitucionales comunes en relación con la inclusión en el derecho fundamental a un proceso equitativo del derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto (27), sin embargo sí es posible considerar que la inclusión en el derecho fundamental a un proceso equitativo del derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto está establecida en el Convenio Europeo de 1950, que es fuente de inspiración para la determinación de los derechos fundamentales que vinculan a las Instituciones europeas.

El Convenio de Roma en su artículo 6 reconoce el derecho a un proceso equitativo (28) y la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Sejdovic c. Italia) ha entendido incluido dentro de tal derecho, el derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto tras oír al acusado —tal y

(27) Precisamente los problemas se vienen suscitando como consecuencia de la ausencia de reconocimiento en algunos ordenamientos europeos del derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto.

(28) Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

como exige el artículo 6 del Convenio— cuando estas personas no habiendo sido informadas de manera efectiva de las diligencias no han renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer (29).

Para el TEDH los procedimientos que tienen lugar en ausencia del acusado no son necesariamente contrarios al artículo 6 de la Convención, sin embargo se produce una denegación de un proceso equitativo cuando una persona condenada *in absentia* no puede obtener un nuevo pronunciamiento de un tribunal sobre el fondo del asunto cuando no ha renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer.

Esta jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo podría llevar al Tribunal de Luxemburgo a considerar que la Decisión Marco del Consejo en cuanto establece como motivo facultativo de condicionamiento de las entregas la obtención de garantías de la posibilidad de celebración de un nuevo juicio vulnera el derecho fundamental a un proceso equitativo pues tal motivo debería haber sido contemplado como obligatorio en la propia Decisión Marco.

Quizás la Audiencia Nacional, o el propio Tribunal Constitucional revocando su tradicional posición, deberían haber planteado una cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia para dar a éste la oportunidad de controlar la conformidad de la Decisión Marco con los derechos fundamentales europeos.

Sea como fuere la reciente Sentencia 177/2006 plantea toda una serie de cuestiones en relación tanto con la constitucionalidad como con la conformidad con el propio Derecho europeo originario del nuevo sistema de detención

(29) Sejdovic c. Italia —56581/00 [2006] ECHR 181 (1 marzo 2006) en el que la Gran Sala conoce del recurso interpuesto contra la sentencia de una de las Salas del TEDH en aplicación del artículo 43 del CEDH que permite plantear recursos frente a las decisiones de las Salas cuando se plantee «una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio». La Gran Sala por unanimidad (hay una opinión concurrente) ratifica la decisión de la Sala. Se trataba de una condena en rebeldía impuesta por los tribunales italianos a un ciudadano yugoslavo. Las autoridades italianas consideraron que el demandante había renunciado a su derecho a comparecer en la audiencia al encontrarse en paradero desconocido inmediatamente después del homicidio, cometido en presencia de varios testigos oculares. Sin embargo para el TEDH nada demuestra que el demandante tuviera conocimiento de las diligencias iniciadas contra él y aún suponiendo que estuviese al corriente de manera indirecta de la apertura de un proceso penal no se puede concluir que ha renunciado de forma inequívoca al derecho a comparecer ante el tribunal. Esto es lo que diferenciaba el caso Sejdovic c. Italia del caso Medenica c. Switzerland (no. 20491/92, ECHR 2001-VI) donde el acusado, condenado finalmente en rebeldía, había sido oficialmente informado de los cargos y del día del juicio, decidiendo no presentarse. El TEDH consideró en Sejdovic c. Italia que los mecanismos previstos en el ordenamiento italiano para permitir la celebración de un nuevo proceso tras una condena *in absentia* (que existían) no eran, sin embargo, suficientes para garantizar el derecho a un proceso equitativo por no garantizar al demandante, con un grado suficiente de seguridad, la posibilidad de personarse y defenderse en un nuevo proceso.

y entrega establecido por las instituciones comunitarias y desarrollado por los Estados miembros en el ámbito del Tercer Pilar de la Unión Europea. Cuestiones que no reciben, sin embargo, respuesta satisfactoria por parte del Tribunal Constitucional, constreñido, quizás, por el hecho de que precisamente ha sido nuestro país quien más ha luchado políticamente en las instancias comunitarias por la creación del nuevo sistema de detención y entrega; lo cual haría, quizás, difícil de comprender que fuese precisamente un órgano (jurisdiccional) español el que pusiese trabas al eficaz funcionamiento de aquel sistema.

4. A MODO DE CODA: LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL RUIZ-JARABO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2006

Las recientes Conclusiones de 12 de septiembre de 2006 del Abogado General Ruiz-Jarabo en el asunto C-303/2005, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*, se alinean con lo sostenido por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en la STC 177/2006 al considerar que el nuevo sistema de detención y entrega supone una superación del sistema extradicional. Ciertamente el razonamiento del Abogado General, cuyas conclusiones son siempre interesantes, se encuentra más desarrollado que el realizado por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en la STC 177/2006, pero incurre en este caso, en mi opinión, en los mismos errores.

Para el Abogado General Ruiz-Jarabo el nuevo sistema de detención y entrega no supondría una especie del género extradición sino que sería algo distinto pues en su opinión «el paso de la extradición a la euro-orden implica un giro copernicano».

Sin embargo, el Abogado General para explicar tal superación parece partir exactamente del mismo prejuicio del que partía la Sala Segunda del Tribunal Constitucional: el prejuicio de considerar que es extradición aquel sistema en el «que entran en contacto dos Estados soberanos, el requirente y el requerido, que actúan desde posiciones autónomas: uno ruega la colaboración del otro, que decide si la presta caso por caso, en atención a motivos que trascienden el universo estrictamente jurídico, para adentrarse en el ámbito de las relaciones internacionales, donde el principio de oportunidad ostenta un papel relevante. Por esta razón la intervención última de responsables políticos y criterios como el de reciprocidad o el de doble incriminación se justifican por provenir de esferas diferentes» (30).

(30) Señala el Abogado General que en el procedimiento de entrega el escenario es otro pues «el auxilio se reclama y se proporciona en el seno de un sistema jurídico supranacional de

Sin embargo, nuestra Constitución no establece como rasgo esencial de una extradición la capacidad del Estado de denegar la colaboración por «motivos que trascienden el universo estrictamente jurídico». El hecho de que el nuevo sistema de entrega sea un procedimiento que revista naturaleza estrictamente judicial no hace que desaparezca la institución de la extradición.

En efecto, el hecho de que en el nuevo sistema las autoridades políticas hayan de dejar el protagonismo a las judiciales no significa la superación de la extradición, y la razón de ello se encuentra en las propias Conclusiones del Abogado General en las que se reconoce que tanto la extradición como la euro-orden sirven al mismo fin de «entregar un acusado o un penado a las autoridades de otro Estado, para juzgarlo o para ejecutar la condena».

Para el Abogado General la extradición y la orden europea de detención y entrega responden a esquemas axiológicos que no coinciden más que en el fin señalado; si bien para el Abogado General ahí acabarían las similitudes. Pero es precisamente esta coincidencia en el objetivo —entregar un acusado o un penado a las autoridades de otro Estado, para juzgarlo o para ejecutar la condena— la que determina que nos encontremos también ante una extradición en el nuevo sistema de entrega.

Este objetivo o rasgo que se mantiene en ambos sistemas es el rasgo que caracteriza la extradición, el rasgo que identifica la imagen maestra de la institución de la extradición desde el punto de vista constitucional, pues una extradición se define por ser un procedimiento de entrega de individuos entre Estados para la persecución de un delito, ni más ni menos.

España podría perfectamente en su Ley de extradición pasiva o en un tratado internacional firmado con un tercer Estado haber establecido un procedimiento exclusivamente judicial de entrega y no por ello dejaría de estar sometido tal procedimiento a las exigencias que el artículo 13.3 de la Constitución establece para las extradiciones (31).

Ciertamente, los Estados miembros en virtud del artículo 93 CE pueden renunciar parcialmente a su soberanía al transferir la competencia sobre la regulación de las entregas de acusados o penados a las autoridades de otro Estado, a las instancias europeas; sin embargo tal transferencia, frente a lo que

integración, en el que los Estados, renunciando parcialmente a su soberanía, transfieren competencias a instancias ajenas, con capacidad de producción normativa».

(31) De aceptarse lo contrario se desembocaría en que nuestra Constitución exigiría el sometimiento de los procedimientos de entrega de un individuo a las autoridades de otro Estado para la persecución de un delito en los que participen las autoridades gubernativas al artículo 13.3 CE y no exigiría tal sometimiento al artículo 13.3 en los procedimientos de entrega en los que no participasen tales autoridades.

parece deducirse de las Conclusiones del Abogado General, no supone que los condicionamientos materiales que la Constitución española establece para que los poderes públicos nacionales puedan ejercer sus competencias regulatorias sobre la materia desaparezcan automáticamente como consecuencia de la transferencia de competencias a instancias supranacionales.

Así, si bien nuestra Constitución establece en su artículo 13.3 que la extradición sólo se concederá en virtud de Tratado o Ley atendiendo al principio de reciprocidad, nuestro país, en virtud del artículo 93 CE, podrá transferir a una organización supranacional la regulación del procedimiento de extradición con la consiguiente renuncia de soberanía que ello pueda suponer (32), pero nuestro país no podrá, sin embargo, renunciar a que la regulación adoptada por las instancias supranacionales, en las que España participa a través de su representante gubernamental, contemple la reciprocidad pues no les es dado a los poderes constituidos renunciar a las exigencias constitucionales (33). Ciertamente es un problema de constitucionalidad interno al que, en principio, el Derecho Europeo no tiene porqué prestar atención, no obstante sí se quiere evitar una colisión frontal entre ambos derechos, el Derecho Europeo debería contemplar la reciprocidad en este ámbito.

Precisamente en relación con la reciprocidad señala el Abogado General Ruiz Jarabo que la propia Decisión Marco la presupone pues la norma europea tasa las causas de denegación del apoyo, sin dejar resquicio alguno a la discrecionalidad política.

Sin embargo, ello no es exactamente así, pues el nuevo sistema de entrega contenido en la Decisión Marco contempla siete motivos facultativos, en el artículo 4, además del motivo de denegación que podemos considerar facultativo contemplado en el artículo 32 y que permite, éste último, a los Estados modular la aplicación temporal del nuevo sistema de entrega. Motivos facultativos que los Estados miembros pueden discrecionalmente convertir en obli-

(32) Renuncia que consiste en que ya no se establece la regulación en un Tratado o en una Ley, si bien en el caso de la Decisión Marco que comentamos tal renuncia de soberanía es menor puesto que se exige la unanimidad de los Estados miembros para adoptarla.

(33) Para Ruiz Jarabo resultan trasnochados aquellos planteamientos en cuya virtud se exige una comprobación individual en aras de la reciprocidad y señala que ya en 1880, el Instituto de Derecho Internacional de Oxford entendió que, aunque la reciprocidad en materia de extradición puede reclamarse por la política, no es una exigencia de la justicia. Trasnochados o no, lo cierto es que la necesidad de comprobación de la reciprocidad resulta de su constitucionalización como exigencia de la extradición, que, ciertamente podrá no ser una exigencia de la justicia pero en todo caso es una exigencia constitucional. Trasnochadas pueden ser también los preceptos constitucionales que regulan la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de la Corona y lo que se plantea es su reforma y no su incumplimiento.

gatorios en sus leyes de transposición. Lo que significa que los motivos de denegación de la colaboración pueden no ser los mismos en todos los Estados miembros como consecuencia de poderse dar transposiciones diversas permitidas por la Decisión Marco. No es posible, por tanto, afirmar que los motivos de denegación se encuentran tasados en la Decisión Marco, la Decisión Marco establece un listado de motivos posibles de denegación, estos sí tasados, pero cada Estado elige entre aquellos los aplicables por sus autoridades judiciales.

Precisamente ningún reproche en relación al incumplimiento de la reciprocidad cabría hacer a un sistema de entrega que estableciese directamente en la propia norma europea motivos de denegación iguales para todos. Que estableciese, por ejemplo, los siete motivos facultativos del artículo 4 de la Decisión Marco como motivos obligatorios exactamente igual que ocurre con los motivos obligatorios del artículo 3 de la Decisión Marco. Ahora bien, en el sistema vigente, al permitirse una pluralidad de transposiciones en relación a los motivos de denegación no presupone realmente la reciprocidad y frente a lo afirmado por el Abogado General sí deja resquicio a la discrecionalidad política, no a la hora de consentir las entregas concretas, pero sí a la hora de fijar los motivos de denegación en la norma de transposición.

De nuevo, al igual que ocurre en la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 177/2006, de 5 de junio, en las Conclusiones del Abogado General se hace supuesto de la cuestión: como no es extradición no se rige por sus reglas, sin embargo, en el nuevo sistema de entrega subsiste el rasgo fundamental de la extradición —la entrega de un acusado o un penado a las autoridades de otro Estado, para juzgarlo o para ejecutar la condena— y por tanto debe quedar sometido a las exigencias materiales contenidas en el artículo 13.3 de la Constitución.