

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ESPAÑOL ANTE LA TUTELA MULTINIVEL
DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA.
SOBRE EL ATC 86/2011, DE 9 DE JUNIO

MERCEDES PÉREZ MANZANO

1. EL CASO: UN EJEMPLO DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA TUTELA MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA PREVIA: ¿UNA SOLUCIÓN PARA TODOS LOS CASOS INCLUIDOS LOS SUSCITADOS EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA?—3. LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN EL ATC 86/2011.—4. OTRAS CUESTIONES IMPLÍCITAMENTE PLANTEADAS.—5. UN PROBLEMA AÑADIDO: LOS DIFERENTES ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE JUICIOS EN REBELDÍA.—6. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS AL MANTENIMIENTO DEL ESTÁNDAR INTERNO SUPERIOR Y SUS COSTES: 6.1. *Las razones*. 6.2. *Los costes*.—7. LA POSIBILIDAD DE MANTENER EL ESTÁNDAR NACIONAL SUPERIOR. 7.1. *Una interpretación de los artículos 47.II y 48.2 CDFUE conforme a un estándar superior al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 7.2. *Las condiciones de legitimidad de la restricción del derecho al proceso justo: el artículo 52.1 CDFUE*. 7.3. *El artículo 53 CDFUE como cláusula general de mínimos*. 7.4. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. 7.5. *Una interpretación distinta del caso: la ilegitimidad de apreciar la renuncia tácita del derecho de defensa*.—8. EPÍLOGO.

1. EL CASO: UN EJEMPLO DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA TUTELA
MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El 9 de junio de 2011 el Tribunal Constitucional español ha reclamado por primera vez el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ATC 86/2011 (1), planteando una cuestión prejudicial que tiene como

(1) Cfr. los comentarios de ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial», en *Homenaje a Ruiz-Jarabo* (en prensa); ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudi-

base una resolución de la Audiencia Nacional —Auto de la Sala 1.^a de 12 de septiembre de 2008— que autorizó la entrega a Italia de un ciudadano italiano, solicitada a través de una orden europea de detención y entrega y emitida para el cumplimiento de una pena a la que había sido condenado en su ausencia. Con ello el Tribunal Constitucional viene a dar satisfacción a la reclamación efectuada por un sector relevante del propio Tribunal y de la doctrina (2) de contribuir al diálogo entre Tribunales en aquellos casos en los que la tutela multinivel

cial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido, consecuencias», en *WP IDEIR*, núm. 8, 2011, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, y en *Indret* 4/2011; ARIAS, J. M., «Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea», *La Ley*, núm. 7726, 31 de octubre de 2011; GIPPINI, E., «¿Fin de la “autarquía jurídica” o preludio de un conflicto anunciado? El primer reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 23, 2011; REVENGA, M., «Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012, págs. 135 y sigs.; TORRES, A., «Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court knocking on Luxembourg’s Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011», *European Constitutional Law Review*, núm. 8, págs. 105-127, 2012.

(2) Cfr. Votos particulares de los magistrados RODRÍGUEZ-ZAPATA y PÉREZ TREMPs a la STC 199/2009, de 28 de septiembre. En la doctrina por todos FERRERES, V., «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», en CARRILLO/LÓPEZ (coord.), *La Constitución Europea, Actas del III Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2006, págs. 82 y sigs.; DE LA QUADRASALCEDO JANINI, T., «El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (reflexiones tras la STC 177/2006)», *REDC*, núm. 78, 2006, págs. 277 y sigs., 292 y sigs.; IRURZUN, I./MAPELLI, C., «Orden europea de detención y Constitución. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006, de 5 de junio)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 282, 2008, págs. 15 y sigs., 27; IZQUIERDO SANS, C., «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)», en *RDE*, núm. 34, 2010, págs. 193 y sigs.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Derecho Europeo y Derecho nacional: dos piezas (a veces) difíciles de encajar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010, pág. 15; TORRES PÉREZ, A., «Euroorden y conflictos constitucionales: A propósito de la STC 199/2009, de 28-9-2009», en *Civitas*, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 35, 2010, págs. 441 y sigs., págs. 465 y sigs.; FONTANNELLI, F., «A comment on Tribunal Constitutional’s judgement núm. 199/2009 and Czech Constitutional Court’s judgement núm. 29/1999. How interpretation techniques can shape the relationship between constitutional courts», en *Stals Research Paper*, 1/2010. Incluso el propio Tribunal Constitucional pareció apostar por esta vía para resolver los problemas de articulación entre la Constitución y la Carta Europea de Derechos Fundamentales en la DTC 1/2004, FJ 6. Sosteniendo que quien debiera haber hecho uso de la cuestión prejudicial son los tribunales ordinarios, en concreto la Audiencia Nacional en este caso, ÁLVAREZ-OSSORIO, F., «Derechos y garantías en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», en UGARTEMENDÍA/JÁUREGUI, *Derecho Constitucional Europeo, Actas del VIII Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2011, pág. 423.

de derechos fundamentales produce divergencias en la interpretación sobre su contenido y alcance.

El Tribunal Constitucional ha planteado tres cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se conectan con la interpretación de la Decisión Marco relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega en su versión dada por la DM 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero, y con la interpretación de los artículos 47.II, 48.2, 51, 52 y 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (3). Para una mejor comprensión del sentido de las cuestiones planteadas conviene tener presentes los antecedentes del caso.

El demandante de amparo fue condenado en su ausencia por un Tribunal de Ferrara (Italia) después de que éste hubiera solicitado su extradición a España para su enjuiciamiento por un delito de quiebra. La Audiencia Nacional concedió la extradición en 1996 pero el reclamado no pudo ser entregado a Italia porque, a pesar de haber prestado la fianza impuesta por el tribunal, desapareció. En dichas circunstancias, el Tribunal de Ferrara declaró al acusado en rebeldía y procedió a juzgarle, condenándole como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión; pena que fue confirmada en las instancias superiores. El Tribunal de Ferrara solicitó años después la entrega del condenado a España para el cumplimiento de la pena de prisión, pero esta vez bajo la cobertura de la nueva legislación europea, relativa a la orden europea de detención y entrega. La Audiencia Nacional, en aplicación de la legislación de transposición española, autorizó la entrega sin condicionamiento alguno en el Auto de 12 de septiembre de 2008. Es este auto el que se impugnó ante el Tribunal Constitucional español sosteniendo el recurrente que la Audiencia Nacional le había vulnerado su derecho al proceso con todas las garantías al no condicionar la entrega a Italia a que este país prestase garantías suficientes de que facilitaría la revisión de la condena en presencia del condenado. Antes de dictar sentencia el Tribunal Constitucional decidió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el citado ATC 86/2011, de 9 de junio.

A pesar de que el condenado no estuvo presente en el juicio en el que fue condenado, consta en los antecedentes del ATC 86/2011 que el acusado designó abogados libremente, que las notificaciones procesales se efectuaron a sus abogados y que éstos ejercieron la defensa. Sin embargo, consta, también, que el condenado sostuvo que había revocado el mandato a sus abogados en la fase de apelación y que había nombrado nuevos abogados, a pesar de lo cual los tribunales siguieron efectuando las notificaciones a los anteriores abogados. La Audiencia Nacional mantuvo, por el contrario, que no constaba la revocación

(3) En adelante, CDFUE.

del mandato y sí, por el contrario, que los abogados habían ejercido de forma efectiva la defensa del acusado en todas las instancias.

Se trata, por tanto, de un caso similar a otros muchos en los que el Tribunal Constitucional español se ha enfrentado a la cuestión de qué estándar de protección del derecho al proceso justo es aplicable cuando se trata de examinar, indirectamente, resoluciones judiciales extranjeras de una condena impuesta en rebeldía que, conforme a nuestra legislación y cultura constitucional, vulneran el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En estos casos el estándar español de protección del derecho es superior al estándar italiano, y, además, las resoluciones que sustentan la entrega dan aplicación a la normativa comunitaria que plasma el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. De modo que la cuestión fundamental es determinar si el propio Tribunal Constitucional puede valorar la eventual vulneración de los derechos del reclamado, o si debe examinarse ésta sólo por el Estado de emisión de las resoluciones, o, en su caso, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y cuál es el estándar de protección aplicable: el italiano, el español, el del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o algún otro intermedio.

2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA PREVIA: ¿UNA SOLUCIÓN PARA TODOS LOS CASOS INCLUIDOS LOS SUSCITADOS EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA?

La cuestión de la existencia de diferentes estándares de protección de un derecho fundamental, siendo el español más elevado, anudada a la cuestión de la aplicación en España de resoluciones extranjeras que aplican otros estándares, se ha planteado ante el Tribunal Constitucional español en relación con las solicitudes de extradición (4). Para estos casos el Tribunal Constitucional español ha elaborado la doctrina de la vulneración indirecta del *contenido absoluto* de los derechos fundamentales, conforme a la cual puede considerarse que los órganos judiciales españoles que acceden a la entrega de una persona a otro Estado vulneran un derecho fundamental del reclamado de *forma indirecta* si las resoluciones del Estado reclamante, que fundamentan la solicitud de entrega,

(4) Al Tribunal Constitucional se le planteó el problema en los comienzos de su andadura en relación con el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. Así en materia de extradición, SSTC 11/1983, de 21 de febrero; 13/1994, de 17 de enero; 141/1998, de 29 de junio; 147/1999, de 4 de agosto; 91/2000, de 30 de marzo, etc.; pero también se ha planteado en caso de homologación o reconocimiento vía *exequatur* de resoluciones judiciales extranjeras, entre otras, en las SSTC 43/1986, de 15 de abril; 54/1989, de 23 de febrero; 132/1991, de 17 de junio.

han vulnerado el «contenido absoluto» del derecho alegado, y ello porque se entiende que los órganos judiciales españoles colaboran a la lesión del derecho fundamental o al menos al agotamiento de sus efectos. Con esta doctrina del contenido absoluto del derecho fundamental, el Tribunal Constitucional español ha querido hallar una fórmula para no imponer el estándar interno superior a los otros Estados con los que se relaciona a través del reconocimiento de efectos internos de sus resoluciones judiciales —vía *exequatur* o extradición—; intentó, así, establecer un estándar común del derecho fundamental válido para todos los Estados. De modo que frente a las opciones extremas que exigirían bien un control conforme al estándar nacional pleno bien la ausencia total de control, el Tribunal Constitucional español optó por una tesis intermedia cercana a la de las cláusulas de orden público del Derecho Internacional (5).

La doctrina de la vulneración indirecta del contenido absoluto de los derechos fundamentales, que se fundamenta en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Soering de 1989, fue inicialmente muy criticada por la doctrina española (6), sin embargo, parece haberse asen-

(5) STC 91/2000, de 3 de marzo, FFJJ 7 y 8. Sobre la cuestión cfr. mis trabajos, *Ius puniendi*, fronteras y derechos fundamentales: un modelo constitucional de extradición, monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2003, número monográfico VI: Ciudadanía e Inmigración, 2003, págs. 371 y sigs.; «La extradición: una institución constitucional», en *RDPyC*, núm. 2 extraordinario, 2004, págs. 213 y sigs.; «El control constitucional de la extradición y de la orden europea de detención y entrega», en CASAS/RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Comentarios a la Constitución española*, XXX Aniversario, Fundación Wolter Kluwers, 2009, págs. 245 y sigs. Si bien se basa en la doctrina de la STEDH en el asunto Soerig v. UK, de 7 de julio de 1989, la teoría del contenido absoluto del derecho fundamental se conecta con la doctrina del Tribunal Constitucional alemán en materia de extradición que también parte de que el estándar de referencia no es el estándar interno pleno, sino el de «orden público». Sobre la jurisprudencia alemana cfr. LAGODNY, O., en SCHOMBURG/LAGODNY/GLÉA/HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 4.^a ed., 2006, § 73, NM. 7 y sigs.; NIETO MARTÍN, A. [«Kadi (STJUE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2008] quien ubica esta tesis en el marco de la doctrina del orden público europeo; EL MISMO, «El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional», en DIEZ-PICAZO/NIETO, *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Navarra, Civitas-Thomson, 2010, págs. 453 y sigs., pág. 473.

(6) Cfr. los votos particulares a la STC 91/2000. En la doctrina, por todos, REY MARTÍNEZ, F., «El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, 2000, págs. 289 y sigs., 313 y sigs.; TORRES MURO, I., «Enseñar al que ya sabe. Las extradiciones ante el Tribunal Constitucional (STC 91/2000)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 10, 2000, págs. 1859 y sigs.; BELLIDO, R., «La condena en rebeldía en el proceso español de extradición pasiva», *REDC*, núm. 57, 1999, págs. 285 y sigs. (a favor de la doctrina constitucional). De todas las críticas realizadas la de mayor calado, a mi juicio, es la expuesta en el voto particular emitido por

tado sin que en la actualidad reciba críticas cuando se utiliza para examinar las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos extradicionales de países como Turquía, Albania, Venezuela, Perú u otros ajenos al marco de la Unión Europea (7). Las críticas se centran ahora en cuestionar que el Tribunal Constitucional pueda aplicar esta teoría al enjuiciamiento de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales dictadas en países de la Unión Europea y específicamente a las resoluciones dictadas en aplicación de la normativa comunitaria de Orden Europea de Detención y Entrega, que plasman el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Y ello porque, en este caso, la solución dada por el Tribunal Constitucional español puede no encajar, se dice (8), con la normativa comunitaria; la doctrina del Tribunal Constitucional chocaría con el sistema de ordenación normativa del Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea, en particular, con el principio de primacía del Derecho comunitario y, a través de él, con la normativa europea que plasma el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, que se ha convertido en el eje del modelo de cooperación judicial penal en la Unión Europea. Pero además, esta doctrina resulta problemática dado que puede impedir una aplicación uniforme de la normativa comunitaria y dado que no sería el Tribunal Constitucional español, sino el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el garante de dicha interpretación uniforme. Tras el cuestionamiento de la aplicación del estándar nacional a las resoluciones judiciales de Orden Europea de Detención y Entrega se encierran alternativas fundamentales: ¿es legítima la reducción del estándar nacional de protección de derechos fundamentales en aras de alcanzar objetivos comunitarios? (9), o, ¿se trata más bien de que los derechos fundamentales deben erigirse

el magistrado Cruz Villalón (presidente en aquel momento del Tribunal Constitucional), relativa a lo discutible de considerar parte del contenido absoluto del derecho al proceso justo la presencia en cualquier caso del acusado en el juicio, incluso con independencia de su conducta procesal, y de la obligación de condicionar la entrega a la posibilidad de impugnar la resolución.

(7) Para las críticas a la aplicación de la doctrina Soering en el marco comunitario cfr. FLETCHER, M./LÖÖF, R./GILMORE, B., *EU Criminal Law and Justice*, *Elgar European Law*, 2008, pág. 125.

(8) Cfr. votos particulares de los magistrados Rodríguez-Zapata y Pérez Tremps a la STC 199/2009, de 28 de septiembre.

(9) En el debate sobre si el TJUE puede erigirse en Tribunal Constitucional, en Tribunal de Derechos Fundamentales, se objeta que su competencia es modalizada y que ello ha ocasionado un recorte del contenido de los derechos cuando ha sido necesario para alcanzar los objetivos comunitarios. Sobre la cuestión de que los fines de la Comunidad Económica (lograr el mercado único, la unión monetaria y económica) han impregnado el entendimiento de los derechos fundamentales cfr. WAELBROECK, M., «La Cour de Justice et la Convention Européenne des droits de l'homme», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, 1996, págs. 549-553; BIGLINO, P., «¿De qué hablamos en Europa cuando hablamos de Derechos Fundamentales?», *REP*, núm. 97, 1997, págs. 92-95 y sigs.;

en límites a los objetivos comunitarios (10)? Se trata, además, de la cuestión de si y en qué medida los Tribunales Constitucionales nacionales pueden examinar la adecuación a los derechos fundamentales de la normativa comunitaria o de la normativa nacional de transposición de la legislación comunitaria; cuestión que no puede responderse en el sentido de que exista unanimidad entre los Estados de la Unión en descartar siempre y en todo caso la intervención de los tribunales constitucionales nacionales (11).

Con el telón de fondo de este específico debate constitucional-comunitario y la polémica de los juicios en rebeldía, la cuestión se ha seguido planteando en varias ocasiones ante el Tribunal Constitucional, dando éste siempre la misma respuesta. Para el Tribunal Constitucional español, la jurisprudencia relativa a la vulneración indirecta del contenido absoluto de los derechos fundamentales es aplicable a las resoluciones que autorizan la entrega con base en la legislación

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, págs. 180 y sigs.; O'NEILL, A./CAPPEL, J., «The European Court of Justice Taking Rights Seriously?», *EUI Working Paper, law*, núm. 92/21, Florencia, European University Institute, pág. 49.

(10) El Abogado General Cruz Villalón en sus Conclusiones Generales de 6 de julio de 2010 sostiene algo parecido en el asunto IB., que dio lugar a la Sentencia de 21 de octubre de 2010, Sala Cuarta, C-306/09, al afirmar que los derechos fundamentales pueden limitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, aunque debe matizarse que en el caso que examinaba la protección del derecho no se oponía a los fines que se pretendía alcanzar con la normativa comunitaria. Esta cuestión es tanto más relevante si se advierte que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales ha supuesto «una nivelación a la baja de las garantías procesales» en la Unión Europea, cfr. BOT, S., *Le mandat d'arrest européen*, Bruxelles, Ed. Larquier, 2009, pág. 574.

(11) Sobre la cuestión de qué tribunal está en mejores condiciones de garantizar los derechos fundamentales en Europa, decantándose por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, CRUZ VILLALÓN, P., «Unos derechos, tres tribunales», en *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer* (CASAS y otros, coord.), 2006, págs. 19 y sigs. Como es sabido, la legislación comunitaria relativa a la orden europea de detención y entrega y la legislación de transposición ha dado lugar a varios pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales alemán, polaco, chipriota y checo, siendo el más radical de todos ellos el alemán que declaró inconstitucional la ley alemana de transposición. Aunque los motivos de impugnación son diferentes, estos casos evidencian que la forma de la protección de los derechos fundamentales en el marco del reconocimiento de resoluciones judiciales presenta muchas aristas. Sobre estas resoluciones de los Tribunales Constitucionales cfr., por todos, MITSILEGAS, V., *Eu Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, págs. 133 y sigs. Ya antes cfr. la saga de sentencias del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE, 37, 271 (Solange I), BVerfGE 73, 339 (Solange II), BVerfG. Urt. V. 30.06.2009 (sobre el Tratado de Lisboa); la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 13 de abril de 1989. O más recientemente la BVerfGE 1 de 2 de marzo 2009, declarando inconstitucional la ley alemana de transposición de la directiva sobre conservación de datos; también la sentencia del Tribunal Constitucional rumano de 8 de octubre de 2009 (S. 1258), que declaró que los principios de la citada directiva eran contrarios al derecho a la vida privada tal como se garantizan en el artículo 8 CEDH.

interna de transposición de la normativa europea relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega, y específicamente es aplicable también la doctrina relativa a que forma parte del contenido absoluto del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) el condicionamiento de la entrega a la posibilidad de revisar la condena en el Estado de destino si el reclamado ha sido juzgado en ausencia por un delito grave (12). Por ello el Tribunal Constitucional español ha declarado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE en distintas ocasiones en las que la Audiencia Nacional no ha condicionado la entrega solicitada con sustento en la normativa española de transposición de la euro-orden (13).

3. LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN EL ATC 86/2011

A pesar de que la reiteración de la doctrina constitucional hasta la STC 199/2009, de 28 de septiembre, no permitía augurar un cambio de rumbo, el Tribunal Constitucional ha decidido en esta ocasión plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dada la importancia del problema de fondo —la articulación de la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo— y dado que la modificación de la normativa sobre la orden europea de detención y entrega y la entrada en escena de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea han modificado el marco normativo en el que se adoptaron las sentencias anteriores (14). Las cuestiones planteadas son las siguientes:

a) En relación con la interpretación del artículo 4 bis.1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, relativa a la Orden Europea

(12) Entre muchas SSTC 177/2006, de 5 de junio, y 199/2009, de 28 de septiembre.

(13) SSTC 177/2006, de 5 de junio, y 199/2009, de 28 de septiembre. Sobre la primera y los problemas que plantea la aplicación de la jurisprudencia constitucional mencionada a las resoluciones sobre OEDE cfr., por todos, IRURZUN, I./MAPELLI, C., *Noticias de la Unión Europea*, núm. 282, págs. 15 y sigs.; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *REDC*, núm. 78, 2006, págs. 277 y sigs. Sobre la segunda CEDEÑO, M., «Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega. A propósito de la STC 199/2009, de 28 de septiembre», en *RGDE*, núm. 20, 2010, págs. 8 y sigs.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *RGDP*, núm. 14, 2010; TORRES PÉREZ, A., *REDE*, núm. 35, 2010, págs. 441 y sigs.

(14) Sobre la concurrencia de los requisitos formales para el planteamiento de la cuestión cfr. el voto particular del magistrado Pérez Tremps al ATC 86/2011 y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial», en *Homenaje a Ruiz-Jarabo* (en prensa).

de Detención y Entrega en su versión modificada de 2009, el Tribunal Constitucional pregunta si, a pesar de que esta disposición sólo prevé la *posibilidad de denegar* la entrega en ciertos casos, *impide condicionar* la entrega, en esos mismos casos mencionados, a que la condena pueda ser revisada por el reclamado. A tal efecto, señala que podría ser de significativa ayuda lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Decisión Marco citada que establece que la ejecución de una orden europea de detención y entrega «no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea».

b) Si se contestara que la legislación comunitaria impide el condicionamiento de la entrega, pregunta el Tribunal Constitucional, en segundo término, si dicho artículo 4 bis.1 es compatible con las exigencias de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa garantizados en los artículos 47.II y 48.2 CDFUE (15), que, de conformidad con el artículo 53 de la misma, deben ser interpretados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

c) Para el caso de que se afirmara la compatibilidad del artículo 4 bis.1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI con los artículos 47.II y 48.2 CDFUE, pregunta, por último, si el artículo 53 CDFUE permite a los Estados condicionar las entregas a la posibilidad de revisar el juicio.

4. OTRAS CUESTIONES IMPLÍCITAMENTE PLANTEADAS

Aunque son éstas literalmente las cuestiones planteadas, en el fondo de las mismas laten varias cuestiones esenciales para la configuración del juego de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

d) Así, la mención del artículo 1.3 de la DM 2002/584/JAI es fundamental (16), pues con base en dicho precepto varios Estados europeos han incorporado a su legislación nacional una cláusula de excepción de la entrega para los casos en que se haya producido la vulneración de los derechos fundamentales del reclamado aunque la vulneración de derechos fundamentales no aparezca

(15) El artículo 47.II CDFUE dispone que «[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar». Y el artículo 48.2 CDFUE establece que «se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa».

(16) Cfr. el FJ 5.c) del ATC 86/2011 y ARROYO JIMÉNEZ, L., *Indret*, 4/2011, pág. 11.

recogida expresamente en el articulado de la Decisión Marco como motivo de denegación de la entrega. Así, por ejemplo, el artículo 4.5 de la Ley belga de 19 de diciembre de 2003 establece que la ejecución de la orden se denegará «cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la orden europea de detención vulnerará los derechos fundamentales de la persona afectada, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea» (17). Se argumenta incluso que a pesar de no aparecer como motivo expreso de denegación de la orden de detención y entrega, una cláusula general de excepción de la entrega debía entenderse implícita con fundamento en el Considerando 12 y en el artículo 1.3 de la Decisión Marco (18). Esta cláusula se ha generalizado, apareciendo expresamente ahora en toda la legislación que materializa el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales (19). Específicamente, se ha incorporado también en la propia Decisión Marco que pretende la unificación del concepto de juicios en rebeldía reforzándose la importancia que en este ámbito tiene el derecho de defensa, que se menciona de modo singular. La DM 299/2009, JAI, establece en su artículo 1.2: «la presente Decisión Marco no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado, *incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un*

(17) La Section 21 de la UK Extradition Act de 2003 incluye una cláusula similar que obliga a los jueces a examinar si «la extradición de la persona sería compatible con los derechos de la Convención en el marco de la Human Rights Act de 1998». Sobre la cuestión cfr. VENNEMANN, «The European Arrest Warrant and its Human Rights Implications», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöVR)*, núm. 63, 2003, pág. 115; FLETCHER, M./LÖÖF, R./GILMORE, B., *EU Criminal Law and Justice, Elgar European Law*, 2008, págs. 122 y sigs.; también Alemania ha incorporado la cláusula en el artículo 73.2 de la Ley de transposición de OEDE, de 20 de julio de 2006 (BGBl, I, 1721); para otros estados cfr. VERNIMMEN-VAN TIGGELLEN, G./SURANO, L./WEYEMBERGH, A., *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, IEE-Université de Bruxelles, 2009, págs. 16, 181 y sigs., 224. En el Informe de la Comisión de 2005 se señalaba que 2/3 de los Estados miembros habían decidido introducir expresamente como motivo de rechazo de la cooperación la vulneración de derechos fundamentales y recordaba que dicho motivo sólo debía ser invocado de forma excepcional. En la actualidad se recoge un precepto similar al recogido en el artículo 1.3 en toda la legislación aplicativa del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

(18) Así me manifesté en 2003 en «*Ius puniendi*, fronteras y derechos fundamentales: un modelo constitucional de extradición», en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Inmigración y Ciudadanía*, págs. 413 y sigs.

(19) Cfr. NIETO MARTÍN, A., «El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional», en DÍEZ-PICAZO/NIETO, *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Navarra, Civitas-Thomson, 2010, págs. 453 y sigs., 455, 476.

proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán inmutables».

La interpretación de estas cláusulas es fundamental para la práctica, dado el juego que están dando en materia de orden europea de detención y entrega. Con base en la disposición interna, Bélgica ha denegado en 2006 una entrega a Austria por entender que existían sospechas ciertas de vulneración de los derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y a la imparcialidad judicial (20) y Holanda ha denegado en 2005 la entrega a España del reclamado por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (21). Incluso, sin disposición interna específica, Bulgaria ha negado la entrega a Rumanía con base en la vulneración de derechos fundamentales en la Decisión de 27 de febrero de 2007 (22). Una muestra más reciente de aplicación de una de estas cláusulas generales se ha producido en la Resolución del Tribunal Superior Estatal de Stuttgart de 25 de febrero de 2010 (23) que, ante una solicitud de entrega cursada por España para juzgar un hecho constitutivo de delito de tráfico de drogas que podría ser castigado con pena de prisión de entre tres y nueve años, examinó la eventual vulneración del principio de proporcionalidad de los delitos y las penas contenido ahora en el artículo 49.3 CDFUE (24). Sin perjuicio de que la

(20) Cfr. Decisión de la Cámara de acusación de 8 de diciembre de 2006, cit. por WEYEMBERGER, A./SANTAMARÍA, V., «La reconnaissance mutuelle en matière pénale en Belgique», en VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G./SURANO, L./WEYEMBERGH, A., *The future of mutual recognition*, pág. 76.

(21) Decisión de 1 de julio de 2005 del Tribunal de Distrito de Amsterdam, cfr. VAN BALLEGOOIJ, W./VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G./SURANO, L./WEYEMBERGH, A., *The future of mutual recognition*, pág. 409.

(22) CHINOVA, M./ASSENOVA, M., «L' application du principe de la reconnaissance mutuelle en matière pénale en Bulgarie», en VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G./SURANO, L./WEYEMBERGH, A., *The future of mutual recognition*, pág. 95. Cfr. también DE AMICIS, G. («La reconnaissance mutuelle et la mise en oeuvre du mandat d'arret européen dans l'ordre juridique italien», en VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G./SURANO, L./WEYEMBERGH, A., *The future of mutual recognition*, pág. 332), sobre los casos en los que el Tribunal de Casación italiano ha examinado la vulneración de derechos fundamentales en relación con OEDE en Italia.

(23) Asunto 1246/09. Hay un comentario a la misma de PÉREZ FERNÁNDEZ, P., «La orden de detención y entrega y el principio de proporcionalidad de las penas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Stuttgart, de 25 de febrero de 2010 (Asunto número 1246/09)», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13 (2010). Cfr. también VOGEL, J., «Introduction to the ruling of the Higher Regional Court of Stuttgart of 25 February 2010 — The proportionality of a European arrest warrant», *New Journal of European Criminal Law*, núm. 2, 2010, págs. 145 y sigs.

(24) Se trataba de un caso de ofrecimiento de una bolsita de cocaína de 0,199 grs. de una pureza del 51,13 por 100, de un sujeto reincidente con causas penales tanto en España como en Alemania, que se encontraba cumpliendo condena en Alemania.

conclusión del Tribunal en este caso fue que no se vulneraba dicho principio, entendido en su estándar de orden público europeo, esta resolución evidencia que los Estados siguen acudiendo a la cláusula mencionada como motivo de denegación general, esto es, como si estuviera comprendida entre los motivos de denegación del reconocimiento de la resolución judicial.

Esta cuestión que ya se suscitó en el Asunto I. B., C-306/09, no fue contestada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por no ser necesaria para la resolución del caso, quedando, por consiguiente, pendiente. Por ello urge una respuesta del Tribunal de Justicia. El reconocimiento de la efectividad de esta cláusula como cláusula de «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales afectaría al sentido y alcance del principio de reconocimiento mutuo, confirmando que, a pesar de las declaraciones realizadas en los Considerandos de la Decisiones Marco, no puede afirmarse que el reconocimiento mutuo implique, hasta la fecha, la aplicación automática de una resolución judicial en cualquier Estado de la Unión Europea sin sometimiento a ningún tipo de control (25).

e) En segundo término, para responder a la cuestión de validez planteada en la segunda pregunta es necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie antes sobre el propio alcance y la interpretación de los derechos consagrados en los artículos 47.II y 48.2 CDFUE, lo que implica que en el seno de esta cuestión se engloban tanto una cuestión de interpretación de la Carta relativa al contenido de los derechos en juego, como una cuestión de validez de la Decisión Marco.

f) De otro lado, de forma implícita a la tercera pregunta se plantea la cuestión relativa a si el artículo 53 CDFUE permite validar un estándar nacional superior, pues admitir la posibilidad de que España condicione las entregas en estos casos no previstos en la legislación comunitaria y que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no suponen una vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, constituye una forma de validar el proceder del Tribunal Constitucional español que está exigiendo un estándar superior al europeo.

(25) El automatismo en el reconocimiento ni se ha plasmado en la legislación comunitaria ni está exento de críticas. Cfr., por todos, SCHÜNEMANN, B., «Europäischer Haftbefehl und der EU-Verfassungsentwurf auf schifer Ebene», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, págs. 187 y sigs.; EL MISMO, «Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Straverfahrens», *Strafverteidiger*, 2/2003, págs. 116 y sigs.; DE HOYOS, M., «Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales», en DE HOYOS (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2008, págs. 42 y sigs. págs. 70 y sigs.; ARMENTA, T., «Aproximación al proceso penal en Europa: proceso penal europeo o europeización del proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 22, 2010, págs. 24 y sigs., 28.

g) Y, por último, si la Decisión Marco 2009/299/JAI ha producido una rebaja del contenido del derecho al proceso con todas las garantías respecto del configurado en la versión de la Decisión Marco 2002/584/JAI y respecto del asentado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también se está planteando si esta restricción legal del derecho fundamental se ha producido en las condiciones de legitimidad requeridas por el artículo 52.1 CDFUE que establece: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

5. UN PROBLEMA AÑADIDO: LOS DIFERENTES ESTÁNDARES EUROPEOS DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE JUICIOS EN REBELDÍA

La solución de estos casos de entregas para el cumplimiento de penas dictadas en juicios desarrollados en ausencia del acusado no son sencillas dado que a las dificultades generales se añade que la situación de disparidad de estándares de protección en Europa es radical: de un lado, el estándar español es más protector que el estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la unificación de doctrina en la Sentencia *Sejdovic vs. Italia*, de 1 de marzo de 2006, pues el Tribunal Constitucional español entiende que forma parte del núcleo absoluto del derecho al proceso con todas las garantías el condicionamiento de la entrega, sin efectuar ninguna matización sobre las condiciones o circunstancias en las cuales se ha producido el enjuiciamiento en ausencia (26), mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos efectúa matizaciones. Pero, a su vez, el estándar de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más protector que el estándar de la Unión Europea establecido en la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (27).

(26) Cfr. STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ. 12 y sigs.

(27) Esta Decisión Marco lleva por título, «destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado», y ha modificado todas las Decisiones marco aplicativas del principio de reconocimiento mutuo y no sólo la relativa a la euroorden. A pesar del plazo para su implementación, no se ha procedido a modificar la Ley 3/2003 de 14 de marzo, de orden europea de detención y entrega, para adecuarla a la nueva normativa co-

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español *toda* entrega para el cumplimiento de una pena consecuencia de un juicio en ausencia por delito grave vulnera el derecho al proceso con todas las garantías si no se somete la entrega a la condición de dar al reclamado la posibilidad de recurrir la condena, pues el Tribunal Constitucional español no hace distinciones ni sobre las razones de la incomparecencia del acusado ni sobre la existencia o no de defensa efectiva de letrado. El Tribunal Constitucional español entiende que el derecho del acusado a estar presente en la vista oral y a defenderse a sí mismo forma parte del contenido absoluto del derecho al proceso con todas las garantías ya que en «el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa frente a la acusación» (28). Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos deriva que no se produce una vulneración del derecho garantizado en el artículo 6.3.d) CEDH si la falta de presencia en juicio del condenado es *voluntaria y éste ha sido defendido* de forma efectiva en el juicio por un abogado. Aunque son muchas las situaciones y matices que derivan de esta jurisprudencia, se puede sostener que se produce la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (29):

— Si el acusado no ha sido citado personalmente al juicio o a la vista y no ha tenido conocimiento de la sustanciación del proceso por otras vías.

— Si, habiendo sido notificado correctamente del juicio, no puede afirmarse que el acusado hubiera renunciado de manera inequívoca a comparecer, sin que pueda deducirse la renuncia de la mera existencia de una notificación correcta (STEDH FCB vs. Italia, de 28 de septiembre de 1991).

— Si, habiendo sido notificado correctamente del juicio, no ha tenido una efectiva defensa a cargo de un abogado de su elección, pues no se puede privar al acusado del derecho a la asistencia letrada por la sola razón de su ausencia (SSTEDH caso Potrimol vs. Francia, de 23 de noviembre de 1993, par. 35; Lala vs. Holanda, de 22 de septiembre de 1994, par. 27; Pelladoah vs. Holanda, de 22 de septiembre de 1994, par. 40).

munitaria. Sobre los distintos estándares del derecho al proceso con todas las garantías en caso de juicios en ausencia cfr. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, págs. 335 y sigs.; CEDEÑO, M., *RGDE*, núm. 20, 2010, págs. 8 y sigs., 10 y sigs.; TORRES PÉREZ, A., *REDE*, núm. 35, 2010, págs. 441 y sigs., págs. 452 y sigs.

(28) STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13. Cfr. el voto particular emitido por el magistrado Cruz Villalón.

(29) Cfr. CEDEÑO, M., *RGDE*, núm. 20, 2010, págs. 10 y sigs.

— Y, si, además, no existe en el ordenamiento del Estado un remedio para garantizar que revise la condena en alguna de las circunstancias anteriores [ausencia de conocimiento del juicio, de renuncia inequívoca a comparecer, o de defensa efectiva por letrado de su elección].

Por su parte, la normativa comunitaria relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega, ya en su primera redacción, DM 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, establecía en su artículo 5.1 la *posibilidad* de que los Estados en sus legislaciones de transposición condicionaran la entrega de la persona reclamada en los casos en que no hubiera «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». Como se ha señalado (30), esta norma no se adecuaba a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a dos razones. De un lado, ya que configuraba el condicionamiento de la entrega como *facultativo* para los Estados cuando, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el condicionamiento debiera ser *obligatorio* en los casos de incomparecencia al juicio del acusado en ausencia de notificación y conocimiento del juicio. Si bien el carácter facultativo del condicionamiento de la entrega pretende salvar las diferencias legislativas de la materia en los Estados europeos, de modo que aquellos que admiten los juicios en ausencia no se vean obligados a prever un recurso y el condicionamiento de la entrega, y, si bien esta fórmula es tradicional en el Convenio Europeo de Extradición, es lo cierto que de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos deriva que en esas condiciones se vulnera el derecho al proceso justo, por lo que no parece razonable que la legislación europea no se adecue a la misma *exigiendo* el condicionamiento de la entrega. De otra parte, porque el artículo 5.1 de la DM 2002/584/JAI permite el condicionamiento de la entrega *sólo* ante la falta de conocimiento del juicio, quedando fuera de la opción de los Estados exigirla también en los casos en que el acusado ausente en el juicio no haya sido defendido de forma efectiva por letrado, aunque haya tenido conocimiento personal o de otra forma del proceso.

El desajuste de la legislación comunitaria citada con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lejos de subsanarse con la modificación de 2009 de la DM 2002/584/JAI, se ha hecho mayor por la DM 2009/299/JAI, a pesar de fundamentar la reforma en la propia jurisprudencia del Tribunal

(30) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *REDC*, núm. 78, 2006, págs. 297 y sigs.; CEDEÑO, M., *RGDE*, núm. 10, 2010, pág. 11; TORRES PÉREZ, A., *REDE*, núm. 35, 2010, págs. 441 y sigs., pág. 455.

de Estrasburgo. Esta Decisión Marco ha sustituido el artículo 5.1 de la DM 2002 por un nuevo artículo 4 bis.1 que establece que:

«La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión, que el imputado:

a) con suficiente antelación:

i) o bien fue citado en persona e informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o bien recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y

ii) fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia,

o

b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio, o

c) tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso —en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios—, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial:

i) declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o

ii) no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido,

o

d) no se le notificó personalmente la resolución, pero:

i) se le notificará sin demora tras la entrega y será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial, y

ii) será informado del plazo en el que deberá solicitar el nuevo juicio o interponer el recurso, tal como conste en la correspondiente orden de detención europea».

Esta disposición es notoriamente contraria a la jurisprudencia constitucional española (31), como también es palmaria su falta de ajuste con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues no sólo presenta los mismos déficits de la redacción anterior, sino que en esta nueva redacción, el estándar del derecho al proceso con todas las garantías se ha rebajado. De un lado, se mantiene el carácter facultativo de la denegación de la entrega para los Estados en los casos de incorrecta notificación o desconocimiento del juicio. De otro, no se requiere la renuncia inequívoca a comparecer en juicio ni la renuncia inequívoca a recurrir o a un nuevo juicio para no considerar vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías, pues en el artículo 4 bis.1 la renuncia se deduce directamente de que la persona tuviera conocimiento del juicio o del transcurso del plazo de recurso sin interponerlo y esto no encaja con la STEDH, asunto FCB vs. Italia, 28 de agosto de 1991 (32). Pero, en tercer lugar, los casos más claros de incompatibilidad de este artículo 4 bis.1 y la jurisprudencia de Estrasburgo son los contemplados en las letras a) y d). La primera cláusula, *sensu contrario*, establece que no cabe denegar la entrega si el acusado tuvo conocimiento del proceso, aunque no haya sido representado por abogado. Esta interpretación deriva de que el conocimiento [letra a)] y la defensa efectiva [letra b)] no constituyen requisitos cumulativos como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y esto es abiertamente incompatible con las sentencias clásicas ya mencionadas y desde luego con la recapitulación de la jurisprudencia europea realizada en la Sentencia Sedjovic vs. Italia, de 2006. Y, por último, según el apartado (d) del artículo 4 bis.1 basta con que conste la voluntad futura del Estado de notificar la resolución tras la entrega para que no sea posible denegarla. Éste es, sin duda, el caso más claro de aplicación del principio de confianza mutua entre Estados como principio limitativo de los derechos fundamentales. Mucho se ha escrito sobre la idea de que en el ámbito de la Unión Europea el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales se sustenta en el principio de confianza recíproca de los Estados. Pero la cuestión es si no estaremos mezclando dos cosas netamente diferentes: una cosa es que el principio de confianza recíproca rijan las relaciones entre Estados de la Unión Europea y otra que las relaciones entre ciudadanos y Estados deban regirse tam-

(31) De la misma opinión, IZQUIERDO SANS, C., *RDE*, núm. 34, 2010, pág. 219.

(32) Se trata de un caso en el que al Sr. F. C. B. no le fueron notificadas personalmente las resoluciones judiciales porque se encontraba detenido y el proceso en secreto de sumario; a pesar de que fue efectivamente defendido por letrado y podía entenderse que conocía el desarrollo del juicio, se consideró que no existía renuncia inequívoca a estar presente en juicio y defenderse. Este caso evidencia que el conocimiento del juicio y la defensa de abogado pueden no ser requisitos suficientes para entender garantizado el derecho de defensa.

bién por el mismo principio; más bien al contrario, si la esencia de los derechos fundamentales es la de ser derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, el principio que rige sus relaciones es, si no el de desconfianza, sí el de control de la adecuación de la actuación del Estado a los derechos fundamentales.

Ante esta situación de desajuste entre la legislación comunitaria y el estándar del derecho fundamental conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de Estrasburgo, conviene recordar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sosteniendo que los Estados no pueden sustraerse a las obligaciones de protección de los derechos humanos que les incumben en virtud del Convenio Europeo con el pretexto de haber consentido en la transferencia de competencias a una organización internacional «a menos que ésta garantice una protección de los derechos fundamentales equivalente a la ofrecida por el Convenio Europeo» (33). Y, si bien el Tribunal Europeo parte de una especie de presunción a favor de la licitud o justificación de las medidas comunitarias en tanto que aseguran una protección equivalente a la del Convenio Europeo, sin embargo, no se trata de una presunción absoluta, pues el Tribunal Europeo admite la prueba en contrario y que él mismo es competente para evaluar y sancionar la existencia de una protección insuficiente (34).

6. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS AL MANTENIMIENTO DEL ESTÁNDAR INTERNO SUPERIOR Y SUS COSTES

La novedad, complejidad y trascendencia de las cuestiones planteadas no permiten augurar el sentido de la respuesta del Tribunal de Justicia, pues sostener que el conflicto se resolverá a favor de la aplicación del estándar más protector, que en el caso es el español, plantea muchos problemas de ajuste con la legislación y principios comunitarios.

(33) Cfr. STEDH de 6 de febrero de 1999, asunto *Matthews c. Reino Unido*, pár. 34; y Decisión de la Comisión de 9 de enero de 1990, asunto *M.&Co c. RF Alemania*.

(34) STEDH de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus c. Irlanda*, pár. 155 y sigs. En este marco, los Estados carecerían de responsabilidad, por la inadecuada protección del derecho, sólo si no tuvieran ningún margen de discrecionalidad en la transposición y aplicación de la normativa comunitaria, pero tendrían responsabilidad en caso contrario. Cfr. COVOLO, V., «La judiciarisation de l'espace pénal de l'Union fut ... mais où se cache le juge pénal européen?», en *Cahiers de droit européen*, núm. 1, 2011, págs. 106 y sigs., pág. 140.

6.1. *Las razones*

En primer lugar, porque para garantizar este estándar España ha acudido al expediente de condicionar la entrega en casos en los que no está previsto en la legislación comunitaria y dicho condicionamiento tiene el efecto de restringir la aplicabilidad del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, lo que parece contrario a la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, específicamente a lo declarado en el asunto Wolzenburg, Sentencia de 6 de octubre de 2009 (35). Además, aunque en las Conclusiones en el Asunto I.B. (C-306/09) el Abogado General Cruz Villalón admitió que un Estado pueda incorporar una condición no prevista en la legislación comunitaria para salvaguardar los derechos fundamentales del reclamado aunque dicha condición limite el principio de reconocimiento mutuo, no puede obviarse que el resultado final del condicionamiento en ese caso no era contrario a los propios fines de la Decisión Marco aplicada, sino que se ajustaba estrictamente a ellos y al derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 7 CDFUE que fundamentaba la propia Decisión Marco. Por el contrario, condicionar las entregas amparadas en Orden Europea de Detención y Entrega si se sustentan en juicios en ausencia tiene como resultado la restricción del alcance del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, lo que, en principio, parece contrario a la propia finalidad de la norma comunitaria que pretende garantizar la circulación de resoluciones judiciales.

En segundo lugar, el mantenimiento del estándar español no es fácil para el Tribunal de Justicia porque una interpretación restrictiva del artículo 53 CDFUE no conduciría a permitir considerarlo como un precepto de salvaguarda *general* del estándar más protector, sea éste el nacional o el comunitario. Este artículo establece que: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros». Conforme a su tenor literal, parece que la finalidad de esta disposición es la salvaguarda del estándar de protección nacional pero *sólo* para el ámbito que no es comunitario, es decir, para aquél en el que la Unión Europea no tiene

(35) C-123/08, ap. 58 y 59.

competencias y, por tanto, para el marco en el que no se genera un conflicto. Pero de este precepto no se seguiría que en caso de que las disposiciones de la Carta puedan entrar en colisión con el estándar nacional en ámbitos de competencia de la Unión Europea prevalezcan «las Constituciones de los Estados miembros» o sus propios estándares de protección. En definitiva, este precepto no recogería, se dice, el principio *favor libertatis* con un alcance general (36) y, por consiguiente, no sería posible fundar la legitimidad del condicionamiento de la entrega con base en él (37).

6.2. *Los costes*

Si la respuesta del Tribunal de Luxemburgo negara la posibilidad de mantener el estándar español superior, al Tribunal Constitucional español se le plantearía una difícil situación, dado que no podría seguir exigiendo el condicionamiento de las entregas solicitadas sin incurrir en un incumplimiento manifiesto de sus compromisos con la Unión Europea, pero tampoco podría dejar de hacerlo sin vulnerar la propia Constitución española. En estas circunstancias el Tribunal Constitucional bien debería apelar a la Declaración 1/2004, en la que se reservó el derecho a la última palabra (38) si el ordenamiento constitucional comunitario llegara a ser incompatible con el español, bien debería revisar su doctrina constitucional sobre el contenido absoluto del derecho al proceso con todas las garantías en los casos de los juicios en ausencia, dado que dicho contenido se determina teniendo en cuenta el contenido de los Tratados internacionales de los que España es parte (art. 10.2 CE), lo que incluye tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas y la jurisprudencia de los propios Tribunales de Justicia de la Unión Europea y Europeo de Derechos Humanos; el Tribunal Constitucional español debería tener en cuenta especialmente la de este último dado que las remisiones del Derecho de la Unión Europea al propio Convenio Europeo y a la jurisprudencia de Estrasburgo, convierten a ésta en el «denominador común para el establecimiento de elementos de inter-

(36) Se ha defendido que esta cláusula representa sólo una fuente para concretar en cada caso concreto el nivel de protección preciso que en el ámbito competencial de la UE exige el derecho en cuestión y que no obliga a la prevalencia del estándar superior ni siquiera para ese ámbito competencial, cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Comentario al artículo 53 de la Carta», en MANGAS, A., *Carta de derechos fundamentales de la UE*, págs. 859 y sigs.

(37) Cfr. ATC 86/2011, FJ 7 b).

(38) DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4.

pretación compartidos en su contenido mínimo» (39). Pero en tal caso, el Tribunal Constitucional debería dejar muy claro que la rebaja de estándar sólo tendría eficacia *ad extra* y limitada al marco de aplicación de la legislación comunitaria. En consecuencia, para el resto de los casos (internos o internacionales) debería mantenerse el vigente estándar superior, que, recordemos, es a su vez un doble estándar: un estándar pleno a nivel interno y un estándar más reducido —su contenido absoluto— para juzgar resoluciones extranjeras que pretenden tener validez en España. En el plano teórico nada impediría que a nivel interno sigamos con el estándar previo más protector —pleno—, ni tampoco hay nada que impida que al juzgar la adecuación a los derechos fundamentales de las resoluciones dictadas en materia de extradición por otros países lo sigamos haciendo conforme al estándar más protector —contenido absoluto—. Ahora bien, ¿qué posibilidades reales tiene el estándar más protector de mantenerse vigente sólo a nivel interno o para juzgar *ad extra* resoluciones de países no comunitarios, o de países comunitarios en aplicación de legislación no comunitaria? (40). En mi criterio será muy difícil mantener el estándar más protector aunque sea para un marco determinado, de modo que la fuerza expansiva de la legislación comunitaria tendrá probablemente como efecto una minoración general del estándar de las garantías penales a nivel interno para cualquier caso en que éstas sean de aplicación (41).

Ahora bien, una resolución como la mencionada, que otorgase primacía al estándar comunitario inferior y exigiera, *de facto*, a España una minoración del

(39) DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6.

(40) Sobre la «convergencia natural» de los derechos en Europa, las dificultades de una dualidad de regímenes debido a la permeabilidad de los derechos humanos y las posibilidades de que el estándar de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se imponga, MANGAS MARTÍN, A., «Artículo 51. Ámbito de aplicación», en *Carta de Derechos Fundamentales*, pág. 814; sobre las dudas de que la convergencia se produzca, RUBIO, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión. Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 13 y sigs., 35, y LÓPEZ GUERRA, L., «Derechos e Integración europea», en UGARTEMENDÍA/JÁUREGUI, *Derecho Constitucional Europeo*, Actas del VIII Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España, Valencia, Tirant lo Blanc, 2011, págs. 26 y sigs.

(41) Una de las razones que avala esta conclusión reside en que el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como parte de los tratados internacionales relativos a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución española forma parte de la normativa internacional a la que apela el artículo 10.2 CE para determinar el contenido y alcance de los derechos; y esta apelación no se limita a su aplicación para el ámbito de las competencias de la Unión Europea sino que tiene un alcance general, cfr. PÉREZ TREMPES, P., «Las “Cartas” y los “Tribunales”», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. II, Madrid, Cortes Generales, 2009, págs. 2002 y sigs.

estándar de garantías inherentes al derecho al proceso justo, también colocaría en una difícil situación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea llegara a sostener la primacía del estándar comunitario de derechos fundamentales aunque éste fuera inferior al nacional, le resultaría difícil explicar su posición en el asunto Kadi y otros, Sentencia de 3 de septiembre de 2008 (42), puesto que en ella definió su relación con los pronunciamientos de otros organismos internacionales en materia de derechos fundamentales siguiendo las conclusiones del Abogado General Poaires, quien sostuvo que la integración de las Resoluciones del Consejo de Seguridad en el ordenamiento comunitario no podían comportar en el caso concreto «excepciones a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales consagrados como base de la Unión en el artículo 6.1 TUE». Si esto es así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá explicar con qué legitimidad y en qué casos puede oponerse a la rebaja de estándares de derechos fundamentales *ad extra* y, sin embargo, exigir *ad intra*, a un Estado de la Unión, la rebaja del estándar. Y, en este caso, no resulta suficiente con apelar exclusivamente a la lógica de sus competencias, al principio de primacía del Derecho comunitario, o a la necesidad de garantizar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el marco de la Unión, pues, cuando los derechos fundamentales están en juego, ninguno de estos criterios ofrecen legitimación suficiente (43). De un lado, porque la propia Unión Europea carece de competencias en materia de derechos fundamentales (44), aunque haya incorporado la Carta al derecho originario, y exigir a un Estado una rebaja del estándar de protección es tanto como autoasignarse competencias en materia de derechos fundamentales; de otro, porque la esencia y lógica de existencia de los derechos fundamentales es la de configurar los límites del uso legítimo

(42) Kadi y Jusuf Al Barakaat International Foundation v. Consejo y Comisión, asuntos C-402/05 P y C-415/05 P, Sentencia Gran Sala, 3 de septiembre de 2008, y C-309/06 P y C-403/06 P (Faraj Hassan y Ayadi) STJUE de 3 de diciembre de 2009. Cfr. NIETO MARTÍN, A., «Kadi (STJUE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión europea», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2008; BLÁZQUEZ, J./ESPÓSITO, C., «Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat International Foundation y Yassin Abdullah Kadi», en *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 17, 2006.

(43) De hecho la aplicación de cualquiera de estos criterios habría conducido a un resultado distinto en el asunto Kadi. Cfr. NIETO MARTÍN, A., *RGDP*, núm. 10, 2008.

(44) En este sentido, por todos, MANGAS, A., *Carta de derechos*, pág. 815; ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Navarra, Civitas-Thomson, 2.ª ed. 2010, pág. 320; IZQUIERDO SANS, C., *RDE*, núm. 34, 2010, pág. 203.

del poder público, sea éste nacional o supranacional, de modo que la cuestión no es si los derechos fundamentales deben sacrificarse para alcanzar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en la Unión Europea, sino hasta qué punto es legítimo —necesario y proporcionado— anteponer el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales a los derechos fundamentales. Y, finalmente, referido en particular a España, porque en este caso no deberían dejar de tomarse en consideración las circunstancias de la Constitución española en las que se produjo la Declaración 1/2004: que el artículo 94.1 CE establece la necesidad de autorización previa de las Cortes para concluir tratados que afecten a los derechos fundamentales del Título I, y que el artículo 95.1 CE establece que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exige la previa revisión constitucional; como es sabido, ni una ni otra se han producido ni considerado necesarias por el Tribunal Constitucional español, pues la propia Declaración 1/2004 partió de la total compatibilidad de los estándares constitucionales nacionales con los europeos (45). Si el Tribunal Constitucional se equivocó porque, como se evidencia ahora, hay discrepancias entre el estándar comunitario y el nacional de protección de ciertos derechos fundamentales, ¿puede el Tribunal Constitucional rectificar modificando su jurisprudencia?, o, ¿deberían ser los ciudadanos los que se manifiesten democráticamente sobre la permanencia en una organización supranacional que rebaja sus estándares de protección en materia de derechos fundamentales?

7. LA POSIBILIDAD DE MANTENER EL ESTÁNDAR NACIONAL SUPERIOR

El calado de estas cuestiones exige una respuesta sosegada del propio Tribunal de Justicia que tenga en cuenta todos los argumentos en juego. En particular, el Tribunal de Justicia debe tomar en consideración los propios argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional español que permitirían un resultado distinto que avalaría la posibilidad de mantener el estándar español más garantista y seguir exigiendo el condicionamiento de las entregas a la posibilidad de revisar el juicio celebrado en ausencia del reclamado.

(45) No de otra forma puede interpretarse que sostuviera que «*en el caso difícilmente concebible*, de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española ... podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes» [FJ 4].

7.1. *Posibilidad de una interpretación de los artículos 47.II y 48.2 CDFUE conforme a un estándar superior al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La vía, *a priori*, más sencilla a través de la cual España podría mantener su jurisprudencia constitucional sería que el Tribunal de Justicia declarase que el artículo 4 bis.1 de la DM 2002/584/JAI en su versión de 2009 vulnera los derechos fundamentales recogidos en los artículos 47.II y 48.2 CDFUE, otorgándoles a éstos un alcance y contenido superior al asignado al derecho al proceso con todas las garantías por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como permite el artículo 52.3 CDFUE. Si, por el contrario, se interpretaran dichos artículos con el mismo nivel de protección que el asignado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no serviría para el caso, pues aunque el estándar del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Tribunal Europeo es superior al estándar de protección que evidencia la Decisión Marco de 2009, esta situación puede no afectar al caso concreto respecto del que se han planteado las cuestiones prejudiciales, dado que el condenado tuvo conocimiento del juicio y fue efectivamente defendido por abogado de su libre elección; y, como ya he expuesto, en estos casos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no avala siempre la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías.

Una interpretación de los artículos 47.II y 48.2 CDFUE más garantista que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría sustentarse en las propias *tradiciones constitucionales comunes* de los países de la Unión Europea, que junto al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituyen criterios de interpretación privilegiados para configurar el contenido de los derechos de la Carta (46). Como advierte R. Alonso García (47), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea goza de un amplio margen de maniobra para concretar el grado de protección otorgado por la Carta a partir de su análisis de Derecho compa-

(46) El artículo 53.4 CDFUE establece que «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». Cfr. en sentido similar MANGAS, A., *Carta de Derechos fundamentales*, pág. 839; IZQUIERDO SANS, C., *RDE*, núm. 34, 2010, pág. 205.

(47) ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, págs. 318 y sigs.; en el mismo sentido VON KOEN LENAERTS, «Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung», *Europarecht (EuR)*, núm. 1, 2012, págs. 3 y sigs., 14-15.

rado, sin que sea obligada la interpretación de las «tradiciones constitucionales comunes» en el sentido del «mínimo común denominador». De un lado, en las Explicaciones se afirma que con la referencia a las tradiciones constitucionales comunes no se trata del mínimo común denominador sino de ofrecer un «elevado nivel de protección que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y que esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes». Y, de otro, una configuración del nivel europeo de protección a partir de los estándares nacionales más elevados evitaría los conflictos con los Tribunales Constitucionales nacionales, favoreciendo a través de la *vis* expansiva de la Carta la elevación de la protección en el resto de Estados o en ámbitos desconectados con el Derecho de la Unión.

En la identificación de esta tradición común juega un papel relevante la legislación procesal y extradicional previa de los países europeos. En primer término, en materia de juicios en rebeldía y entregas para el cumplimiento de penas dictadas en ausencia la tradición común europea puede situarse en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982, que en su artículo 3 (48) establece: «cuando una Parte Contratante pida a otra Parte Contratante la extradición de una persona con el fin de ejecutar una pena o medida de seguridad en virtud de una resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requerida podrá denegar dicha extradición si, en su opinión, el proceso que dio lugar a la sentencia no respetó los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito. No obstante, se concederá la extradición si la Parte requirente diese la seguridad que se estimare suficiente para garantizar a la persona cuya extradición se solicita el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa. Esta decisión autorizará a la Parte requirente bien a ejecutar la sentencia de que se trate, si el condenado no se opusiere a ello, bien en caso contrario a proceder contra la persona objeto de extradición». En segundo lugar, la tradición procesal española es patente en esta materia, pues hasta 1988 no se admitió la posibilidad del juicio en ausencia, y ésta queda limitada a las infracciones sancionadas con penas no superiores a un año de prisión. Por tanto, en España sigue sin ser posible el enjuiciamiento penal en ausencia para delitos cuya sanción sea superior a un año de prisión.

En tercer lugar, no puede sostenerse que la tradición común europea sea la que se ha plasmado en la DM de 2009, ni siquiera la plasmada en la primera versión de la DM 2002 sobre euro-orden. Así en el estudio encargado

(48) Introducido por el Segundo Protocolo Adicional al Convenio de 17 de marzo de 1978, ratificado por España el 18 de febrero de 1985.

por la Comisión Europea al Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Libre de Bruselas (49) hay países que se lamentan de la desprotección en estos casos (50).

7.2. *Las condiciones de legitimidad de la restricción del derecho al proceso justo: artículo 52.1 CDFUE*

Como ya he apuntado, el artículo 52.1 CDFUE no permite cualquier limitación de los derechos fundamentales, de modo que, más allá de la cuestión relativa a si la Decisión Marco forma parte del conjunto de fuentes comunitarias aptas para limitar los derechos fundamentales, en la que no voy a profundizar, hay que argumentar la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho al proceso justo. En este contexto debe hacerse un esfuerzo de argumentación que vaya más allá de sostener que la finalidad de la restricción es legítima y que ésta resulta necesaria y proporcionada dado que con ella se pretende una mejor persecución y sanción de los delitos graves, de modo que la protección de bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los derechos individuales de las víctimas de los mismos avalaría la restricción; pues con esta fundamentación cualquier restricción de derechos fundamentales en el orden penal que afecte al enjuiciamiento o sanción de los delitos graves resultaría justificada y lo único que habría que argumentar de forma suplementaria es el carácter grave del delito al que afecta la limitación del derecho. Al margen de la cuestión de la imprecisión del marco de lo que los distintos Estados consideran delincuencia grave, en mi criterio, ni siquiera en caso de delitos muy graves el Estado de Derecho admite cualquier restricción de los derechos del acusado, pues, por ejemplo, no tolera una condena sustentada en pruebas obtenidas bajo tortura, ni una condena sobre la base de una legislación penal aplicada de forma retroactiva. De manera que el punto de partida de la argumentación ha de residir en identificar las líneas rojas que no se pueden traspasar, que en este caso vienen determinadas por el contenido esencial del derecho fundamental, esto es, por aquel núcleo o conjunto de garantías cuya restricción desvirtúa el derecho de tal manera que lo hace irreconocible e inca-

(49) Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union, publicado como VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G./SURANO, L./WEYEMBERGH, A., *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, IEE-Université de Bruxelles, 2009.

(50) Cfr. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G./SURANO, L./WEYEMBERGH, A., *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, págs. 22, 42, 45.

paz de cumplir la función que desempeña en el Estado de Derecho. A tal efecto conviene recordar que el Tribunal Constitucional español ha situado la línea roja de la identidad del derecho al proceso justo en estos casos en la presencia del acusado en juicio, pues sólo así el acusado es sujeto del proceso —que dirige la defensa y ejerce su derecho a la autodefensa y a la última palabra— y no su mero objeto (51). Naturalmente, que el Tribunal Constitucional español haya situado la línea roja de este modo no significa que no quepa discrepar. Pero si se considera que la presencia en juicio del acusado no forma parte del contenido esencial del derecho al proceso justo y que, por tanto, forma parte del haz de garantías limitables, en todo caso, la legitimidad de la limitación requiere argumentar que el enjuiciamiento en ausencia del acusado es *necesario y proporcionado* para alcanzar intereses legítimos de la Unión Europea. En este contexto, constituiría un razonamiento incompleto argumentar acerca del objetivo de la Unión Europea de alcanzar un espacio común de libertad, seguridad y justicia, pues aunque nadie duda de que se trata de una finalidad legítima, no constituye más que un instrumento para la consecución de otros fines mediatos, que son los relativos a la protección de los bienes jurídicos fundamentales que están en el origen de la legislación penal. Por consiguiente, no basta con contraponer la necesidad de reconocimiento de las resoluciones judiciales en la Unión Europea a las limitaciones del derecho al proceso con todas las garantías, ni tampoco es suficiente con afirmar el carácter eventualmente abusivo de la protección de quien decide voluntariamente no comparecer en juicio, sino que se trata de ponderar si la protección de los bienes jurídicos fundamentales puede alcanzarse, o puede alcanzarse en la misma o mayor medida, permitiendo el enjuiciamiento en ausencia de sus autores. Dicho de otro modo, se trata de ponderar qué ganamos en Europa en términos de prevención y sanción de la delincuencia grave si admitimos el nivel más bajo de protección, esto es la restricción del derecho al proceso justo en estos casos, en comparación con

(51) STC 91/2000, FJ 7, sostiene que son universalizables aquellos derechos que «son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos»; y más adelante en FJ 14 se afirma: «Imponer, sin audiencia y defensa personal previa ni posterior, penas que afectan profundamente a los derechos más estrechamente ligados a la personalidad, sobre la base de imputaciones que comportan una reprobación de tal gravedad que se proyecta sobre la condición de la persona misma parece ya, «prima facie», incompatible con su dignidad. Y lo es tanto más si se atiende a la esencia comunicativa que, como sujeto de derecho, corresponde a la persona: ese núcleo de imputación jurídica y, por tanto, de acción y expresión en que la personalidad consiste, quedaría radicalmente negado si se condenase en ausencia cerrando toda posibilidad de oír directamente en justicia al acusado de un delito muy grave».

la prevención y sanción de la delincuencia grave que se obtiene sin dicha restricción del derecho fundamental. Y, en consecuencia, debemos preguntarnos qué ganamos admitiendo el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en estos casos de juicios en ausencia. Lo que perdemos está claro: libertad individual, legitimidad del funcionamiento del sistema, confianza en el poder público al anteponer seguridad frente a libertad.

Pues bien, en mi criterio, es poco lo que ganamos. De un lado, una orden internacional de captura, o de detención y entrega tiene el mismo efecto sobre el acusado y sobre el condenado, pues en ambos casos le impide su libre circulación por los Estados, de modo que tendrá que vivir «oculto». De otro lado, si no se tiene a disposición de la jurisdicción al sujeto éste no cumplirá la pena, de modo que ni el efecto retributivo, ni el efecto preventivo individual, ni el resocializador se producirán por el solo hecho de haber sido condenado en ausencia. Sí es posible, por el contrario, pensar en que en estos casos la mera condena en ausencia produce un cierto efecto simbólico de mayor eficacia del sistema penal (prevención general); sin embargo, se trata de un mero espejismo, pues el delincuente sigue fuera del alcance de la jurisdicción y con las mismas limitaciones que en los casos en que se haya dictado una orden de captura internacional o una orden de detención y entrega para su enjuiciamiento. Es más, existiendo diferencias en la legislación procesal de los Estados, condenar en ausencia en un Estado tiene el efecto de modificar el título jurídico en virtud del cual se produce la reclamación de entrega y esta modificación puede tener efectos negativos. Veamos: si se cursa una orden de entrega a España de un ciudadano italiano para su enjuiciamiento en Italia, España no tendrá, en principio, ninguna razón para denegar la entrega; por el contrario, si el mismo ciudadano ha sido juzgado en ausencia en Italia, España puede exigir el condicionamiento de la entrega lo que puede retrasarla e incluso impedirlo. Desde esta perspectiva, y dado que la dilatación del procedimiento de entrega tiene efectos negativos en la prevención del delito, cursar una solicitud para el enjuiciamiento del delito puede constituir una mejor alternativa que juzgar en ausencia y cursar después una orden de detención y entrega para el cumplimiento de la pena. Ahora bien, en el otro lado de la balanza habría que ponderar que una vez condenado el sujeto, aunque sea en su ausencia, esta condena tiene efectos en las condenas sucesivas a los efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia (52). Y ésta puede aumentar los efectos preventivos. Pero de nuevo

(52) Sobre la posibilidad de ordenar la prisión provisional no creo que añada ningún efecto relevante, pues si se ha dictado una orden internacional de detención y el sujeto no se ha presentado ante la autoridad policial o judicial, éste es un indicio de gran peso que se tendrá en cuenta

he de advertir que se trata de efectos que sólo tienen una incidencia real en el acusado *en y desde* el momento en que se encuentre a disposición de la jurisdicción. De otra parte, tampoco los efectos preventivo-generales aumentan si el reclamado sigue fuera del alcance de la justicia, pues éstos dependen en una elevada medida de la eficacia en la persecución penal, es decir, de la certeza de la imposición de la pena; de modo que mientras el sujeto siga fuera del alcance de la justicia sólo podemos contar con la producción de efectos simbólicos no reales, que, como tales, no deberían priorizarse sobre los costes reales que en el Estado de Derecho tiene una rebaja de las garantías anudadas al derecho al proceso justo. Por consiguiente, la restricción del derecho al proceso justo no es una medida idónea para alcanzar el objetivo pretendido: la mejor protección de los bienes jurídicos fundamentales. Finalmente, es patente que para alcanzar el objetivo pretendido resulta esencial y tiene menores costes aumentar la eficacia policial en la persecución del delincuente y acelerar las entregas para el enjuiciamiento de los delitos.

En suma, como no es el acusado, titular del derecho, el que tiene la carga de la prueba de las razones de su ausencia al juicio, sino que es el poder público el obligado a demostrar que la restricción del derecho es legítima, ni los juicios en ausencia por delitos graves, ni el reconocimiento automático de las resoluciones judiciales que imponen condenas en ausencia superan el test de proporcionalidad de la restricción del derecho al proceso justo, pues hay serias dudas tanto de que con ello se gane eficacia real del sistema penal, como de que no haya otros medios alternativos menos costosos para los derechos fundamentales y más eficaces para alcanzar el objetivo.

7.3. *El artículo 53 CDFUE como cláusula general de mínimos*

Otra vía argumentativa para avalar el estándar español más garantista podría sustentarse en que, aunque la legislación comunitaria derivada —la DM 2009— no se oponga al derecho originario —arts. 47.II y 48.2 CDFUE—, esto no impide a los Estados miembros de la Unión Europea mantener un estándar superior del contenido de los derechos fundamentales. Ello podría sostenerse con base en una interpretación conjunta de los siguientes elementos.

En primer lugar, podría interpretarse el artículo 53 CDFUE como cláusula que garantiza la condición de mínimos de los derechos reconocidos en la

para avalar su entrada en prisión el día en que sea detenido y puesto a disposición judicial para su enjuiciamiento.

misma, al estilo de las cláusulas similares que se encuentran en los convenios internacionales de derechos humanos, así especialmente, su paralelo artículo 53 CEDH, pues, entre otras razones, las literalidades de estas disposiciones son muy próximas (53):

Artículo 53 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.»

Artículo 53 CDFUE: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros.»

Más allá de las diferencias relativas a la legislación que mencionan ambas, la diferencia sustancial radica en el inciso recogido en el artículo 53 CDFUE referido a los derechos reconocidos «en su respectivo ámbito de aplicación». Este inciso puede ser objeto de distintas interpretaciones. A una de ellas ya me he referido. Se puede entender que esta disposición sólo garantiza que no se limiten los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros cuando no se aplica el Derecho de la Unión, mientras que cuando se aplica el Derecho de la Unión Europea el estándar de derechos fundamentales que prevalecería sería el propiamente comunitario aunque ello implique una minoración de los estándares nacionales. Pero también cabe interpretar que el inciso sólo pretende señalar que, aunque originalmente se haya reconocido la validez de ciertos derechos fundamentales para un determinado ámbito de aplicación —convencional internacional o constitucional nacional— siempre distinto del comunitario, ello no impide que la Carta los respete, ahora, para el ámbito de la Unión Europea, de modo que *para este ámbito comunitario, aquellos derechos* se reconocen en condición de mínimos. Por consiguiente, cualquiera que sea el tenor literal, el significado del artículo 53 CDFUE sería que su contenido no deroga, limita o

(53) Es ésta una de las interpretaciones sugeridas por el propio Tribunal Constitucional en el ATC 86/2011, FJ 7 a). Como advierte ALONSO GARCÍA, R. (*Sistema jurídico de la Unión Europea*, pág. 323), el artículo 53 de la Carta no sólo se refiere a los derechos protegidos sino a aquellos otros no contemplados en la Carta y sí en el CEDH o en las Constituciones nacionales, así, por ejemplo, el derecho a la doble instancia penal que no ha sido incluido en la Carta.

restringe los derechos fundamentales en el estándar previo nacional o internacional más elevado.

Esta interpretación encaja mejor con la idea de que la Unión Europea carece de competencias en materia de derechos fundamentales y también encaja mejor con el propio contenido del artículo 51 CDFUE con el que resultaría redundante si se interpretara el artículo 53 como garantizador de un estándar común para el marco competencial de la Unión Europea. En segundo lugar, esta interpretación no se opone al objetivo de consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, sino que lo enmarca en un diseño en el que la libertad y la justicia no son los convidados de piedra de la seguridad y en el que se equilibra el peso que los derechos fundamentales merecen en el modelo de Estado de Derecho que se pretende mantener en la propia Unión Europea. En este contexto, como ha sostenido el Abogado General Cruz Villalón en sus Conclusiones en el Asunto I. B., la interpretación que se haga de las Decisiones Marco debe tener en cuenta todos los fines y objetivos que éstas persiguen y no olvidar que «si bien es verdad que el reconocimiento mutuo es un instrumento que fortalece el espacio de seguridad, libertad y justicia, no es menos cierto que la protección de los derechos y libertades fundamentales constituye un *prius* que legitima la existencia y el desarrollo de dicho espacio» (54).

Además, esta interpretación del artículo II-113 del Tratado de la Unión Europea, idéntico al artículo 53 CDFUE, como cláusula de mínimos es la que permitió al propio Tribunal Constitucional español avalar la compatibilidad del Tratado de la Unión Europea con la Constitución española. Y, aunque éste no es un argumento definitivo a nivel europeo, no puede dejar de tomarse en consideración, toda vez que el propio Tribunal Constitucional español advirtió en aquel momento sobre la posibilidad de utilizar los cauces pertinentes en caso de una eventual discrepancia entre la Constitución y las normas comunitarias (FJ 4). Así, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional sostuvo:

«El artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Liberta-

(54) Cfr. párrafo 43, Conclusiones, Asunto C-306/09, presentadas el 6 de julio de 2010. Aunque el asunto IB ha dado lugar ya a STJUE, de 21 de octubre de 2010, lamentablemente en sus fundamentos no recoge la argumentación referida.

des Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”, con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las Constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte *que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno*» (FJ 6).

«En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la *supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran*, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, *a través de los procedimientos constitucionales pertinentes*, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el artículo I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su artículo I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros» (FJ 4).

7.4. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

La interpretación realizada se aviene también con la evolución de la jurisprudencia general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (55). De un lado, el Tribunal de Justicia ha admitido que el estándar de la Unión Europea supere al del Consejo de Europa (56). De otro, el Tribunal de Justicia también ha admitido un cierto margen de apreciación a los Estados miembros en la protección de derechos fundamentales aunque tenga como consecuencia la restricción de una libertad comunitaria, advirtiendo que la legitimidad de la restricción de la libertad comunitaria no exige «una concepción compartida por el conjunto

(55) Cfr. con carácter general ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, págs. 325 y sigs.; VON KOEN LENAERTS, *EuR*, núm. 1, 2012, págs. 3 y sigs., 15.

(56) Asunto Orkem v. Comisión, de 18 de octubre de 1989 (374/87), partiendo de que el derecho a no contribuir a su propia incriminación no se encontraba reconocido expresamente en el artículo 6 del CEDH el Tribunal de Justicia sostuvo que no se podía obligar a una empresa a colaborar con la Administración, a responder a sus preguntas, si ello implicaba admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión.

de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido» (57).

De otra parte, esta interpretación no chocaría con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Kozłowski y Wolzenburg (58). Como el Abogado General Cruz Villalón sostuvo en sus Conclusiones en el asunto I. B., dichas resoluciones son previas a la entrada en vigor de la Carta de Niza, el 1 de diciembre de 2009, de modo que las disposiciones de la Carta, incluidos sus artículos 52 y 53, configuran un marco de interpretación de la legislación comunitaria distinto de aquél en el que las sentencias de los asuntos Kozłowski y Wolzenburg se emitieron, por lo que la posibilidad de *condicionar* las entregas en casos no expresamente previstos en la Decisión Marco relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega no debe entenderse como una cuestión definitivamente resuelta mediante una regla general negativa aplicable a todos los casos. Dicho de otro modo, de las citadas sentencias no se extrae de forma obligada la conclusión de que un Estado no puede condicionar nunca la entrega en supuestos no expresamente previstos en la Decisión Marco; pues, de un lado, la omisión de mención de ciertas opciones restrictivas del reconocimiento mutuo, que implican la denegación o condicionamiento de la entrega, pueden no expresar una decisión expresa, sino que pueden ser el fruto de una técnica legislativa deficiente (59); y, de otro, estas omisiones pueden tener un sentido diferente

(57) El Tribunal de Justicia admitió que las autoridades nacionales sometieran al test de proporcionalidad conforme a sus legislaciones internas los registros de las empresas, lo que implica la posibilidad de exigir la autorización judicial previa, que no se exige en todos los Estados, por todos, asunto Hoechst v. Comisión, de 8 de julio de 1999 (C-227/92 P). Y más modernamente en los asuntos Schmidberger, de 12 de junio de 2003 (C-112/00), y Omega 14 de octubre de 2004 (C-36/02). La cita es del asunto Omega.

(58) De hecho en el asunto Kozłowski (STJUE de 17 de julio de 2008, C-66/08, par. 43) la cuestión del carácter cerrado o abierto de los motivos de denegación no se razona expresamente y es sólo objeto de un inciso, y en la STJUE Gran Sala, de 6 de octubre de 2009, asunto Wolzenburg, se afirma que los Estados tienen un margen de apreciación cierto en la interpretación de los motivos de denegación.

(59) En el párrafo 44 de las Conclusiones Abogado General Cruz Villalón, Asunto I. B., C-306/09, presentadas el 6 de julio de 2010 se declara: «Además, la necesidad de interpretar la Decisión marco a la luz de los derechos fundamentales se ha vuelto más imperiosa tras la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales, que recoge en su artículo 7 el derecho a la vida privada y familiar. (12) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada hasta la fecha sobre esta cuestión se ha referido muy específicamente a la libre circulación de personas, pero no se ha introducido directamente en la relación entre este derecho fundamental y la cooperación judicial penal. El hecho de que las sentencias Kozłowski y Wolzenburg fueran anteriores a la entrada en vigor de la Carta tiene lógicamente que ver con este resultado. No obstante, desde el 1 de diciembre de 2009 la interpretación de los artículos 4, apartado 6, y 5, apartado 3, de la Decisión marco debe realizarse imperativamente a la luz del referido artículo 7 de la Carta». Cfr., además, párrafo 46.

a la luz del nuevo marco de derechos fundamentales recogidos en la Carta de Niza. Como el propio ATC 86/2011 recuerda «según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los actos de Derecho derivado de la Unión han de ser interpretados a la luz de los derechos fundamentales en tanto que principios generales de Derecho de la Unión, pero también tal como aparecen recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo valor jurídico es, tal como proclama el artículo 6.1 TUE, idéntico al de los Tratados constitutivos» (60). En este contexto, cabe preguntarse, como hace el propio Tribunal Constitucional español, si la Decisión Marco permite el condicionamiento de la entrega (61), pues este condicionamiento no es literal y automáticamente una denegación de la entrega y lo que, *sensu contrario*, deriva de la Decisión Marco es tan sólo que los Estados miembros no pueden establecer una denegación obligatoria.

7.5. *Una interpretación distinta del caso: la ilegitimidad de apreciar la renuncia tácita del derecho de defensa*

Por último, si bien he tomado como punto de partida la idea de que el caso analizado no es de los que conducirían al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a sostener la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, es posible interpretar lo sucedido en el caso de otro modo. Podría entenderse que se ha considerado que el reclamado ha renunciado tácitamente a su derecho a comparecer y defenderse y que esta renuncia tácita se habría inferido exclusivamente de la situación de incomparecencia del acusado a pesar del conocimiento del juicio. Si esto fuera así, cabría plantearse hasta qué punto los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la renuncia a la comparecencia se cohonestan con los relativos a las formas suficientes de notificación y conocimiento del juicio y de defensa efectiva por letrado, cuestión ésta no resuelta de forma clara en la jurisprudencia de Estrasburgo. Es decir, en esta hipótesis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contaría con un cierto margen de interpretación del alcance del derecho al proceso con todas las garantías sin contradecir la jurisprudencia de Estrasburgo: podría pronunciarse sobre la cuestión relativa a si de acuerdo con el derecho de defensa garantizado en la

(60) Cfr., por muchas, las SSTJUE de 19 de enero de 2010, asunto Küçükdeveci (C-555/07), p. 22; de 9 de noviembre de 2010, asunto Volker und Markus Schecke y Eifert (C-92/09), p. 45 y 46, y de 1 de marzo de 2011, asunto Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros (C-236/09), p. 16.

(61) ATC 86/2011, de 9 de junio, FJ 5, b).

Unión Europea en los artículos 47.II y 48.2 CDFUE se produce su vulneración en casos, como el que es objeto de examen, en los que consta que el condenado conoció de la existencia del juicio y fue defendido de forma efectiva por letrado, pero en los que no consta la renuncia expresa a comparecer en juicio y a ejercer su derecho a la autodefensa, sino que parece que la renuncia tácita se dedujo de su no presencia en juicio. Paralelamente este pronunciamiento conduciría a declarar la contrariedad del artículo 4 bis.1 de la DM 2002/584/JAI con los artículos 47.II y 48.2 CDFUE, pues la lectura del artículo 4 bis.1, letras *a)* y *b)*, evidencia que puede estar pensándose en una renuncia tácita a estar presente en juicio deducible de la notificación y conocimiento del mismo.

8. EPÍLOGO

La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales suscitadas es trascendental para el diseño de la protección de los derechos fundamentales en Europa, por lo que debemos felicitarlos de que el Tribunal Constitucional español haya dado un paso tan fundamental en esta materia y lo haya hecho con la profundidad que la trascendencia de las cuestiones planteadas requería. Ahora sólo queda esperar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haga honor a la importancia de lo que está en juego y se tome en serio los derechos fundamentales y su papel de protector de los mismos. Y a tal efecto, creo que hay buenos argumentos para no cerrar la puerta de forma absoluta a que los Estados puedan mantener y proteger un estándar de los derechos fundamentales superior al comunitario, y ello con independencia de la solución concreta que merezca el caso examinado.

Cuando nos ocupamos de la aplicación de los derechos fundamentales en el orden penal, los penalistas jugamos con un hándicap de partida, pues a cualquier ciudadano le resulta, al menos, antipática la idea de proteger los derechos fundamentales de los delincuentes máxime cuando esta protección tiene costes para la sociedad, esto es para el conjunto de ciudadanos inocentes. Quizás la sensibilidad de la ciudadanía frente a los derechos fundamentales aplicables en el orden penal cambiara si los penalistas fuéramos capaces de transmitir a los ciudadanos la idea de que los derechos fundamentales del orden penal no sólo protegen al delincuente, sino a todo ciudadano inocente para que el poder público no pueda convertirlo en delincuente arbitrariamente, esto es, en un juicio sin garantías.