



SANT'ANNA LEGAL STUDIES

STALS RESEARCH PAPER 1/2018

Francisco Javier Donaire Villa

La Euroorden, los derechos y el primado de la primacía: consecuencias y paradojas del diálogo judicial en el Asunto Melloni

Scuola Superiore Sant'Anna

Pisa

<http://stals.sssup.it>

ISSN: 1974-5656

This page was intentionally left blank

La Euroorden, los derechos y el primado de la primacía: consecuencias y paradojas del diálogo judicial en el Asunto Melloni

A. Francisco Javier Donaire Villa

Resumen

El Asunto *Melloni* ha sido el primer ejemplo de diálogo judicial entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Mediante un triple reenvío prejudicial, el primero interpelaba al segundo sobre la interpretación y la validez de la Decisión marco reguladora de la Euroorden, así como sobre la interpretación del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en casos de ejecución de Sentencias penales pronunciadas *in absentia* cuando la persona afectada ha sido informada del juicio, ha renunciado voluntariamente a su derecho a asistir a él, y ha designado un Abogado que efectivamente ha llevado a cabo su defensa. Este artículo examina en primer lugar las razones que llevaron al Tribunal Constitucional a dirigir este triple reenvío prejudicial, así como los contenidos de las tres cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión. Seguidamente, se analizan las tres respuestas adversas de este último Tribunal, rechazando la condicionalidad de las Euroórdenes en las situaciones sometidas a su consideración, dando primacía a la Decisión marco reguladora de la Euroorden (a pesar de su naturaleza intergubernamental y no comunitaria) frente al Derecho nacional, e interpretando que el artículo 53 de la Carta no puede afectar a dicha primacía ni en una situación de mayor protección de los derechos fundamentales otorgada por el Derecho nacional, aun de rango constitucional. El ensayo finaliza subrayando la respuesta (no completamente “amigable”) del Tribunal Constitucional español, que aceptó *ad casum*, en el recurso de amparo del que partió el reenvío, la doctrina expresada por el Tribunal de la Unión en *Melloni*, pero que al mismo tiempo reafirmó de manera expresa su jurisprudencia antecedente sobre los derechos constitucionales como contralímites internos a la integración europea.

Palabras clave: Primacía del Derecho de la Unión Europea, Decisiones Marco, Euroorden, Derechos Fundamentales, Límites constitucionales a la Integración

La Euroorden, los derechos y el primado de la primacía: consecuencias y paradojas del diálogo judicial en el Asunto Melloni

Francisco Javier Donaire Villa*

1. El Asunto *Melloni*, primer reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional español al Tribunal de Justicia de la UE

En uno de los escasos ejemplos en que un Tribunal Constitucional nacional transita por esta vía de diálogo¹, el Asunto *Melloni* surge del primer reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Además del propio hecho de la interlocución (y sobre todo, de los interlocutores, también fueron significativamente innovadores los “temas” abordados, y en mayor medida aún algunos de los resultados de ese diálogo. La Orden Europea de Detención y Entrega (en adelante, Euroorden) fue objeto inmediato de dos de las tres cuestiones en que se desglosa este primer reenvío prejudicial del TC español, mientras que el artículo 53 de la Carta y su interpretación lo fue de la tercera. A diferencia de las dos primeras cuestiones, que contaban con el precedente de las dos veces en que el actual TC belga se había dirigido ya al TJUE sobre la interpretación y la validez de esta misma Decisión Marco², la tercera cuestión prejudicial

* Francisco Javier Donaire Villa es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Hasta aquel momento, sólo lo habían hecho, además del español, los Tribunales Constitucionales de Austria, Bélgica, Italia y Lituania. Véase en este sentido, entre otros, G. MARTINICO, “Preliminary Reference and Constitutional Courts. Are You in the Mood for Dialogue?”, en F. FONTANELLI, P. CAROZZA y G. MARTINICO (eds.), *Shaping Rule of Law through Dialogue*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, p. 221, o A. TORRES PÉREZ, “Spanish Constitutional Court, Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg’s Door, Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011”, *European Constitutional Law Review* Vol. 8 Iss. 1, 2012, pág. 105.

² Aunque por motivos diversos de los planteados por el Supremo Intérprete constitucional español. En *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad* Asunto C-303/05 (STJUE de 3 de mayo de 2007), el Alto Tribunal belga cuestionó la validez de la Decisión Marco 2002/584/JAI por eventual disconformidad con el artículo 34.2.b) del TUE entonces vigente según el cual este instrumento jurídico sólo puede adoptarse para la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados, y por considerarse la supresión del requisito de la doble tipificación incompatible con los principios de legalidad penal y de igualdad y no discriminación, resultando en Sentencia desestimatoria. En *I.B. c. Conseil des Ministres*, Asunto C-306/09 (STJUE de 21 de octubre de 2010), se planteaba la interpretación de la misma Decisión Marco en torno a si una Euroorden también para condena *in absentia* puede supeditarse a la condición de que la persona afectada, nacional del Estado miembro de ejecución o residente en él, sea devuelta a éste para, en su caso, cumplir en él la pena que le sea impuesta a raíz de un nuevo juicio celebrado en su presencia en el Estado miembro emisor, con respuesta afirmativa del TJUE. Más detalladamente, E. CLOOTS, “Germs of Pluralist Judicial Adjudication: *Advocaten voor de Wereld* and Other References from the Belgian Constitutional Court”, *Common Market Law Review* Vol. 47, Iss. 3, 2010, pp. 645-672.

carecía de antecedente alguno, y planteaba un problema de innegable trascendencia. Mediante ella se interpelaba por vez primera al TJUE acerca de la interpretación del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, la Carta). Concretamente, en su proyección sobre los diferentes estándares de protección de los derechos resultantes, respectivamente, del Derecho nacional y de la Decisión Marco reguladora de la Euroorden. De ahí su concatenación con las dos cuestiones que la preceden en el mismo reenvío.

En cuanto a los resultados de este diálogo, como se verá en detalle en este trabajo, el más inmediato de ellos, en clave interna, es el giro que la respuesta prejudicial del TJUE ha propiciado en la jurisprudencia del TC sobre las garantías constitucionales aplicables a la concesión de Euroórdenes para ejecución de condenas *in absentia*, acompañado de una expresa reafirmación de la doctrina de los derechos constitucionales como contralímite a la integración europea que ya estableciera el Alto Tribunal en su Declaración sobre el proyecto de Tratado constitucional para Europa (DTC 1/2004). En lo que se refiere al Derecho de la Unión, no sólo es destacable que en *Melloni* el TJUE interpreta por primera vez el artículo 53 de la Carta, sino que sienta la relación entre este precepto de Derecho originario (ex artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea) y el principio de primacía, con la importante novedad añadida de que se extienden los efectos de dicho principio, más allá de su tradicional circunscripción al perímetro comunitario, a una norma del extinto tercer pilar intergubernamental de la UE: la Decisión Marco reguladora de la Euroorden. Todo esto sitúa a *Melloni* a la altura de otras Sentencias del TJUE ya canónicas, como *Costa/ENEL* o *Simmenthal*, por citar algunas de las más paradigmáticas.

El presente trabajo analiza el primer ejemplo de diálogo judicial directo entre el TC y el TJUE en las tres resoluciones en que se materializa: dos del TC (inicial y final), y una (en la fase intermedia) del Tribunal supranacional. Asimismo, se efectúa un breve repaso de los aspectos relevantes a estos efectos de la Decisión marco reguladora de la Euroorden y su reforma en 2009, así como de la jurisprudencia previa del TC sobre el tema de fondo (las garantías constitucionales aplicables en España a la concesión de Euroórdenes recibidas de otros Estados miembros de la UE para ejecución de condenas *in absentia*), al ser ambas cuestiones necesarias para comprender el qué y el porqué del planteamiento de este significado ejemplo de diálogo judicial.

2. El contexto europeo del diálogo: La Euroorden. Bases jurídicas originarias y regulación derivada (Decisiones Marco 2002/584/JAI y 2009/299/JAI)

La Orden Europea de Detención y Entrega (abreviadamente, Euroorden) está regulada en la Decisión Marco 2002/584/JAI³ y tiene por objetivo simplificar los procesos de entrega, entre Estados miembros, de personas acusadas o condenadas por un delito, mediante un procedimiento exclusivamente judicial. La Euroorden es una resolución adoptada por un órgano judicial de un Estado miembro para la detención y entrega, por otro Estado miembro en el que físicamente se halle, de una persona reclamada para el ejercicio de acciones penales (entrega para enjuiciamiento), o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad (entrega para la ejecución de condena) en el Estado miembro requirente. En lo que a este trabajo interesa, la Euroorden sustituye desde 1 de enero de 2004 a los Convenios de extradición del Consejo de Europa en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 51 de su Decisión Marco reguladora, y responde, según expresa la Exposición de Motivos de ésta, al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de los Estados miembros de la UE.

Inicialmente definido por el Consejo Europeo como piedra angular del espacio de libertad, seguridad y justicia en las Conclusiones de Tampere en 1999, y reafirmado en el Programa de La Haya⁴, dicho principio fue positivizado en el Derecho primario a resultas de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa⁵. Aparece ahora entre los principios y objetivos de la acción de la Unión con respecto a la realización y mantenimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 67.3 del TFUE), así como dentro de los objetivos y contenidos básicos de la competencia específica sobre cooperación judicial en materia penal: respectivamente, en el primer párrafo del artículo 82.1 del TFUE⁶, y en la letra a) del segundo párrafo del mismo apartado y artículo⁷. No obstante, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales podía entenderse implícito antes del Tratado de Lisboa en el precepto de Derecho originario a cuyo amparo se adoptó en su día la Decisión Marco reguladora de la

³ Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *DO L 190*, 18.7.2002, p. 1.

⁴ Véase, a este respecto, S. ALEGRE y M. LEAF, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study-The European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, Vol. 10 No. 2, 2004, pp. 200-217; V. MITSILEGAS, “The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU”, *Common Market Law Review*, 44, 2007, pp. 1279-1311, o S. PEERS, “Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council got it wrong?”, *Common Market Law Review*, 41, 2004, pp. 5-36.

⁵ Acerca de la “constitucionalización” de este principio en el Derecho originario a resultas del Tratado de Lisboa, C. LADENBURGER, “Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method”, *European Constitutional Law Review*, 4 (1), 2008, pp. 35-36.

⁶ “La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (...)”.

⁷ “El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a: a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas”.

Euroorden (2002/584/JAI): la antigua redacción del artículo 31.1 del TUE, resultante del Tratado de Ámsterdam⁸.

Prescindiendo ahora de otros contenidos reguladores, y ateniéndonos a los que aquí resultan relevantes por haber sido objeto del Asunto *Melloni*, es de destacar que la reforma de la inicial regulación de la Euroorden llevada a cabo por la Decisión marco 2009/299 respondió al expreso designio (según la Exposición de Motivos de este último instrumento jurídico) de incorporar las exigencias derivadas del CEDH y la jurisprudencia del TEDH⁹. A resultas de ello, el vigente artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584, objeto de las dos primeras cuestiones prejudiciales planteadas mediante el ATC 86/2011, prevé entre otros motivos facultativos de denegación discrecional de las Euroórdenes que se trate de la ejecución de condenas penales impuestas en juicios celebrados sin comparecencia del imputado, salvo que de éste conste en la propia Orden Europea de Detención que, habiendo conocido la celebración prevista del juicio, haya sido efectivamente defendido por letrado de confianza o designado por el Estado miembro en cuestión.

Tal y como acaba de adelantarse, la reforma de la Decisión marco 2002/584/JAI llevada a cabo por la ulterior Decisión marco 2009/299/JAI incorporó el acervo normativo y jurisprudencial del CEDH y del TEDH, en el entendimiento de que el derecho a comparecer en juicio no se configura como un derecho absoluto. La modificación incluyó la desaparición del concepto de rebeldía y su reemplazo por la noción más genérica de condena en ausencia. Junto a ello, la entrega dejó de condicionarse a la garantía de celebración de un nuevo proceso en el Estado emisor, pasando a tipificarse los supuestos en que no procede denegar la Euroorden, uno de los cuales es precisamente el recién descrito (incomparecencia personal del acusado, con conocimiento del juicio y designación de Abogado que le defienda, de oficio o de confianza).

3. El Asunto *Melloni* en su contexto interno: la jurisprudencia previa del TC

El Auto 86/2011, de planteamiento del triple reenvío prejudicial al TJUE, aparentemente rompe con dos líneas jurisprudenciales del TC. Una de índole procesal, en la que el Alto Tribunal parecía venirse autoexcluyendo del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el

⁸ Conforme a la cual, “La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras: a) la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros, también, en relación con las causas y la ejecución de resoluciones”.

⁹ Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, 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, *DO L* 81 de 27.3.2009, p. 24/36.

TJUE. Y otra de orden material, pues el TC había establecido la doctrina de la violación indirecta del derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución en casos de extradición o concesión de Euroórdenes para ejecución de condenas en ausencia cuando no se condicionasen a que la persona afectada dispusiera de un recurso efectivo, o juicio rescisorio, ante el Estado requirente, celebrado ya con su presencia, y que permita revisar la condena impuesta.

3.1. ¿Se autoexcluía el TC de la cuestión prejudicial antes de Melloni?

Mucho antes del Asunto *Melloni* ya era posible hablar de un diálogo indirecto, que prácticamente se remontan a la fecha ingreso de España en las Comunidades Europeas. En efecto, no mucho después del mismo, la STC 28/1991 invocaba ya la jurisprudencia del TJUE sobre los principios de autonomía, primacía y aplicabilidad interna del Derecho comunitario, y el papel que para hacerla efectiva corresponde a los jueces nacionales, mediante control del acomodo a la misma de las disposiciones legislativas internas (con expresa mención a la Sentencia *Simmenthal* del Tribunal de Justicia). Con todo ello, la STC 28/1991 “oficialmente” invitaba a los órganos judiciales ordinarios españoles al diálogo directo con el Tribunal de Justicia, a través de la cuestión prejudicial, en los supuestos de conflicto entre Derecho comunitario y ley interna.

A pesar de ello, en la misma Sentencia se autoexcluyó el TC de ese mismo “tema” de diálogo directo (esto es, el relativo a la compatibilidad de la ley interna con el Derecho comunitario). De una parte, por entender que el ordenamiento jurídico comunitario no es canon de constitucionalidad, al no dotarle de tal carácter los artículos 93 y 96 de la Constitución española. Y de otra parte, porque en atención a esa irrelevancia constitucional, estimó la Sentencia que la contradicción del mismo por las leyes u otras disposiciones normativas nacionales posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas, de forma que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales ordinarios. Pero al tiempo, puntualizaba la STC 28/1991 que ninguna intervención podría tener el propio TC a través de la cuestión de inconstitucionalidad que en su caso intentaran promover aquéllos, pues entendía que la primacía del Derecho comunitario exige que sean sólo los órganos judiciales ordinarios los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho, como así lo tenía declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto *Simmenthal*), donde se indica que sería incompatible con las exigencias del Derecho

comunitario que la solución al conflicto entre Derecho comunitario y ley nacional posterior quede reservada a una autoridad distinta del juez llamado a asegurar la aplicación del ordenamiento supranacional europeo, incluso aunque el obstáculo que así resultase fuese meramente temporal (por ejemplo, mediante la formulación judicial de procedimientos como, en el caso español, la cuestión de inconstitucionalidad).

Sin embargo, esta autoexclusión del TC respecto al diálogo con el TJUE no era general, sino que la STC 28/1991 la refería al escenario concreto de la incompatibilidad de la Ley con el Derecho comunitario. De este modo, realmente quedó imprejuizada en esa resolución la postura del TC cuando la incompatibilidad con el Derecho comunitario, por parte interna, lo es de la propia Constitución. De hecho, el tema no llegaría a plantearse como opción teórica hasta la Declaración del TC 1/2004 sobre el Proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, y como realidad práctica, justamente, hasta el Asunto *Melloni*, con el ATC 86/2011. En la DTC 1/2004, el Gobierno, haciendo suyo el Dictamen del Consejo de Estado, había interpelado al Alto Tribunal en torno a los problemas que resultarían de la coexistencia de tres regímenes de garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Si bien es cierto que el Ejecutivo ciñó su interrogante, y el TC su respuesta, a la eficacia interpretativa de la Carta como consecuencia de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución, lo cierto es que la Declaración 1/2004 fue más allá, abordando también la cuestión de la eventual incompatibilidad de la Carta con la Constitución española. Y aunque se afirmaba que los problemas de hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la Constitución española se consideraban a la sazón inexistentes, añadía, no obstante, la DTC 1/2004 que si en la ulterior dinámica del Derecho de la UE llegase éste a ser inconciliable con la Constitución nacional, sin que tales excesos fuesen remediados por los procedimientos en él establecidos, el TC podría abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, en expresión de la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes.

En estas afirmaciones ya cabe ver una llamada, no precisamente implícita, al diálogo judicial con el TJUE. Y lo que es más, una “autollamada”, pues el Tribunal no sólo no se excluye a sí mismo en la DTC 1/2004, a diferencia de lo señalado en la STC 21/1991 respecto al control de la adecuación de la ley interna al Derecho comunitario, sino que claramente se incluye como actor natural de esta eventual interlocución por parte española. Más explícita aún quedaba esa “autollamada”, en términos casi proféticos dada la perspectiva que posteriormente ha ofrecido el Asunto *Melloni*, cuando la misma DTC 1/2004 se detenía en el problema específico de la dualidad de círculos de protección de los derechos fundamentales, nacional y

comunitario, y en las dificultades de articulación cuando los respectivos niveles de tutela fuesen distintos (y más concretamente, cuando el nivel comunitario sea inferior al nacional).

Bajo la premisa de que los concretos problemas de tal articulación que pudieran suscitarse no eran susceptibles de un pronunciamiento anticipado y abstracto mediante el control preventivo de constitucionalidad que consagra el artículo 95 de la Constitución, se dijo en la citada Declaración que la solución a esos eventuales problemas futuros sólo podía perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento del TC para cada concreto derecho, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española¹⁰. Sintéticamente, y en terminología procesal más explícita, el diálogo a que apelaba la DTC 1/2004 habría de canalizarse mediante cuestión prejudicial surgida de recursos de amparo constitucional, pues esta es la específica vía de tutela para la protección de cada concreto derecho constitucional¹¹. Justo esto es lo que sucedió con el triple reenvío prejudicial efectuado por el ATC 86/2011 en el Asunto *Melloni*.

3.2. El origen de la antinomia: la jurisprudencia “pre-Melloni” del TC sobre extradición y euroórdenes para ejecución de condenas in absentia

La novedad que supuso el ATC 86/2011 iba más allá de la apertura de una vía de diálogo directo con el TJUE. También lo era el “tema” mismo de ese diálogo: el nivel de protección que ofrecen los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, y su conciliación con el que resulta de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en los supuestos de Euroórdenes para ejecución de condenas *in absentia*. El TC español había generado un *corpus* jurisprudencial en relación con los procedimientos de extradición regulados mediante Tratados o Convenios internacionales clásicos, bilaterales o los multilaterales suscritos en el marco del Consejo de Europa, así como mediante la Ley de Extradición Pasiva, que luego declaró aplicable a la Euroorden. Dentro de

¹⁰ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, F.J. 5.

¹¹ Sin perjuicio de ello, tampoco puede descartarse otra alternativa procesal. Y es que el reenvío prejudicial al TJUE sea formulado por el TC en el contexto de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad ante este último que tengan por objeto normas legislativas con incidencia en el desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos, y sean de un modo u otro ejecución o cumplimiento de disposiciones de Derecho de la UE.

este inicial acervo jurisprudencial relativo a la extradición, la STC 91/2000 abordó en extenso la cuestión de la condicionalidad, codificando y desarrollando jurisprudencia anterior¹².

La resolución declaró inconstitucional, por vulneración indirecta del contenido absoluto de los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa incardinados en el artículo 24.2 de la Constitución, las decisiones de la justicia española concediendo la extradición para ejecución de condenas pronunciadas *in absentia* en el Estado requirente sin condicionarlas a que en él disponga el extraditado de un recurso que le permita revisar la condena ya en su presencia. De una parte, la STC 91/2000 caracterizó la vulneración indirecta de derechos susceptibles de amparo como aquélla producida mediante resoluciones de órganos judiciales españoles que reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras, cifrándolas básicamente en los supuestos de *exequatur* de resoluciones judiciales extranjeras o de concesión de solicitudes de extradición pasiva, todo ello con cita de las SSTC 11/1983, de 21 de febrero, 13/1994, de 17 de enero, 141/1998, de 29 de junio y 147/1999, de 4 de agosto y de los AATC 204/1983, 780/1984 y 924/1987, por lo que se refiere a la extradición, y a las SSTC 43/1986, de 15 de abril, 54/1989, de 23 de febrero y 132/1991, de 17 de junio, y los AATC 276/1983, 147/1987 y 795/1988, en materia de *exequatur*.

De otra parte, sostuvo la STC 91/2000 que no toda lesión de cualquier aspecto del contenido de los derechos da lugar a vulneración indirecta en el caso de decisiones judiciales destinadas a producir efectos en otros Estados, sino sólo de los elementos que, en virtud de su validez universal, denomina el Tribunal como “contenido absoluto”, y define como aquellos que la Constitución salvaguarda de modo absoluto debido a “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo ... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2 y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2)”. Derechos y contenidos para cuya concreción la propia resolución remite, *ex* artículo 10.2 de la Constitución, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Conforme a ambas premisas, mantuvo la STC 91/2000 que el derecho del acusado a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del contenido absoluto

¹² Para mayores detalles respecto a esta resolución, cabe remitir el lector a los siguientes trabajos: M. PULIDO QUECEDO, “El Tribunal Constitucional como Tribunal Penal Internacional (Nota crítica de la STC 91/2000)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 1 2000, pp. 1760-1762, F. REY MARTÍNEZ, “El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 5, 2000, pp. 289-335, o I. TORRES MUÑOZ, “Enseñar al que ya sabe. Las extradiciones ante el Tribunal Constitucional (STC 91/2000)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 2 2000, pp. 1859-1884.

protegido por el artículo 24 de la Constitución que necesariamente ha de proyectarse *ad extra* como exigencia ligada a la dignidad humana, invocando al efecto, tanto la jurisprudencia del TEDH sobre la importancia que la presencia del acusado cobra en el marco del proceso penal (Sentencias de 12 de febrero de 1985 -caso *Colozza c. Italia*, núm. 27-; de 28 de agosto de 1991 -caso *FCB c. Italia*, núms. 28 a 36-; de 23 de noviembre de 1993 -caso *Poitrimol c. Francia*, núms. 31 y 35-; de 22 de septiembre de 1994 -casos *Lala y Pelladoah c. Holanda*, núms. 27 y 40, respectivamente, y de 16 de diciembre de 1999 -casos *T y V c. Reino Unido*-), cuanto su propia jurisprudencia antecedente considerando esa misma presencia una de las reglas esenciales de desarrollo del proceso (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre y 138/1999, de 22 de julio). Y aunque la STC 91/2000 afirmó que la condena *in absentia* no es necesariamente inconstitucional, estimó que sí lo es que el extraditado carezca de la posibilidad ulterior de estar presente, o de impugnar dicha condena por vulnerarse en tal circunstancia el contenido absoluto del derecho a un juicio justo (artículo 24.2 CE). Por esta razón, concluyó la STC 91/2000 que se produce una vulneración “indirecta” del precepto cuando se accede a la extradición, sin condicionarla a que el condenado pueda impugnarla, a países que, en casos de delito muy grave, den validez a la condena en ausencia, y rechazó expresamente que la mera incomparecencia pueda en sí misma considerarse renuncia voluntaria, ni siquiera tácita, al derecho de autodefensa. Sin embargo, la resolución contó con Votos Particulares discrepantes.

El formulado por el Magistrado Cruz Villalón consideró inaplicable el esquema argumental de la Sentencia, inspirado en los mecanismos clásicos de extradición. De un lado, propugnaba relativizar la categoría de las vulneraciones indirectas entre Estados integrados en una misma comunidad de derechos y libertades, los signatarios del CEDH, dada la existencia de una autoridad jurisdiccional encargada de asegurar estos derechos: el TEDH. Y de otro lado, en un sentido prefigurador de lo que después sería una de las principales *rationes decidendi* de la Sentencia *Melloni* del TJUE, sostenía este Magistrado que no puede inferirse de la jurisprudencia del TEDH que el CEDH incondicionalmente imponga la celebración de un juicio rescisorio en todo supuesto de condena a una pena grave dictada en ausencia, y que el TEDH nunca ha exigido la celebración de tal juicio rescisorio cuando ha existido comunicación suficiente de la acusación y adecuada asistencia letrada.

A estos argumentos sumó el Voto Particular del Magistrado Jiménez de Parga los casos en que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal española permitía la celebración de juicio oral sin presencia del acusado (a la sazón, los artículos 793.1, 970 y 971), y que de los textos internacionales suscritos por España sobre derechos se deducía una interpretación distinta a la sostenida en la Sentencia: que el acusado podía defenderse por sí mismo estando personalmente

presente en el juicio, o bien por medio de un Abogado de su elección permaneciendo el encausado voluntariamente ausente, siempre que quedase garantizada la contradicción en los procesos penales, cosa que era posible cuando el interesado decida libremente no acudir al juicio y otorgue su representación a un defensor. A lo cual añadió el Magistrado en su Voto, a modo de conclusión o corolario del mismo, que el recurrente hubiera debido defender sus derechos en los Tribunales italianos, con recurso, en último término, al TEDH.

Una vez aprobada y en vigor la Decisión Marco de la UE reguladora (2002/584/JAI), y tras la ulterior adopción de la Ley española que la incorpora al ordenamiento interno, la Ley 3/2003, el TC mimetizó la Euroorden con la extradición en lo referente al respeto de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y de defensa en la concesión o denegación de la misma para ejecución de condenas dictadas en ausencia de la persona entregada. Un primer paso lo dio en la STC 83/2006, donde se declaraba plenamente aplicable a la Euroorden el principio de legalidad extradicional *ex* artículo 13.3 de la Constitución, cuyo respeto encuadraba en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Norma Fundamental) y no en el principio de legalidad sancionadora (artículo 25 de la Ley de leyes).

Posteriormente, y evocando que la STC 91/2000, de 30 de marzo consideró una vulneración indirecta de los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa la falta de tal condicionamiento en supuestos de extradición para ejecución de condenas *in absentia*, la STC 177/2006 expresamente asimiló la Euroorden a la extradición en esos mismos supuestos. En efecto, si bien se reconocía que ni la Decisión Marco reguladora de aquella (2002/584/JAI), ni la Ley 3/2003 promulgada en su aplicación, establecían la mencionada condición para proceder a la entrega solicitada, afirmaba la STC 177/2006 que ello no significaba ignorar esa misma condición, a la cual estimaba inherente al contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, habiendo de ser como tal ser respetada —implícita o explícitamente— por toda Ley nacional que se dictase al efecto. Toda vez que el artículo 5 de la Decisión Marco 2002/584/JAI (precepto vigente en aquel momento, pues no sería sustituido por el actual artículo 4 bis hasta la aprobación de la Decisión Marco de 2009/299/JAI que reforma la regulación original de este instrumento) no obligaba a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenviaba el tema a lo que dispusieran los ordenamientos jurídicos nacionales, había de entenderse que el requisito en cuestión (el condicionamiento a disponibilidad de juicio rescisorio en el Estado emisor), dimanante del alcance otorgado por el

TC al derecho a un proceso con todas las garantías y de defensa reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, había de respetarse y exigirse en los Autos de concesión de la entrega¹³.

Por último, la STC 199/2009, invocando las SSTC 91/2000 y 177/2006, reiteró este esquema argumental, y su corolario, el obligado condicionamiento a juicio rescisorio, con la novedad de que fue pronunciada tras la reforma en 2009 de la Decisión Marco de la UE sobre la Euroorden (2002/584/JAI) justamente en relación con las condenas dictadas en ausencia voluntaria del acusado¹⁴. Sin embargo, y tal vez preludiando un posible cambio de jurisprudencia, que es lo que finalmente ocurrió a resultas del Asunto *Melloni*, la STC 109/2009 se hizo eco de la referida modificación de la Decisión Marco 2002/584/JAI por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009. Recordaba la STC 199/2009 que se añadió un nuevo artículo 4 bis en la primera de tales Decisiones Marco, donde se determinan los motivos comunes por los que podrá denegarse la ejecución de la Euroorden en supuestos de resoluciones dictadas en rebeldía, y que se suprimió al tiempo el apartado 1 del artículo 5, el cual contemplaba la posibilidad de que, con arreglo al Derecho interno, la autoridad de ejecución supeditase la entrega del condenado en rebeldía a que el Estado requirente prestase garantías suficientes de que el reclamado pudiera impugnar la condena impuesta en ausencia. Pero terminaba advirtiendo la propia Sentencia 199/2009 que todavía no correspondía al TC pronunciarse sobre el alcance de esta modificación, al hallarse pendiente de incorporación al ordenamiento jurídico interno, no siendo por ello aplicable al caso de autos, en que la Euroorden fue expedida bajo la vigencia de la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial.

De nuevo, la doctrina sentada en la STC 199/2009 cosechó dos Votos Particulares, rechazando la asimilación del régimen de garantías de la extradición clásica y la Euroorden, y prefigurando una vez más el sentido y resultado de la respuesta del TJUE al ATC 86/2011 en su Sentencia prejudicial sobre el Asunto *Melloni*. Así, el Voto suscrito por el Magistrado Rodríguez Zapata consideraba que la naturaleza de ambas instituciones era claramente distinta,

¹³ Mayores detalles sobre las implicaciones de esta resolución pueden hallarse en el trabajo de T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega. Reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 76, 2006, pp. 277-303. Véase, asimismo, F. IZURZUN MONTORO y C. MAPELLI MARCHENA, “Orden Europea de Detención y Constitución. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006, de 5 de junio”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 282, 2008, pp. 15-29.

¹⁴ Acerca de esta Sentencia, cfr. los comentarios de M. CEDEÑO HERNÁN, “Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 20, 2010, pp. 1-15, D. RODRÍGUEZ HORCAJO, “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”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 14, 2010, pp. 1-17, o A. TORRES PÉREZ, “Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009, de 28.9.2009”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 35, 2010, pp. 441-471.

sin que las Sentencias del TC que efectuaban la traslación la hubieran razonado suficientemente. Mientras que la extradición, para el Magistrado, responde a mecanismos tradicionales de cooperación entre Estados que permiten denegar la entrega y verificar, al hacerlo, las garantías de cada sistema, la Euroorden es un instrumento de la Unión Europea del Siglo XXI que supone un cambio trascendental en las relaciones judiciales entre sus Estados miembros, basada en el reconocimiento cuasiautomático de resoluciones, la confianza mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas que comparten la experiencia en la aplicación de un mismo ordenamiento alentado en los principios y valores de respeto y salvaguardia de los derechos que garantiza, entre otros instrumentos el CEDH. De este modo, y por principio, el Magistrado defendía que no hay vulneración indirecta de derechos reconocidos en el foro, en el marco de la Unión Europea.

Por su parte, el Voto Particular del Magistrado Pérez Tremps a la misma STC 199/2009 consideraba que no cabe un control de decisiones judiciales de países miembros de la UE porque éstos comparten una cultura de los derechos fundamentales, lo que impide a cualquiera de ellos imponer a los demás su propio parámetro de tutela, habiendo de atenerse en sus relaciones recíprocas al parámetro común, sustantivo y procesal, de forma que una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados miembros no debía repararse en otro Estado miembro, sino acudiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además, subrayaba el Magistrado, la Euroorden se inserta en la Cooperación Policial y Judicial de la UE, en la que los Estados miembros aceptan el principio del reconocimiento mutuo de sus resoluciones judiciales en materia penal, de suerte que sólo el ordenamiento supranacional puede establecer excepciones a esa aceptación. Por eso, se señalaba en el referido Voto Particular que si el TC consideraba garantía esencial la excepción de las condenas en rebeldía, debería haber cuestionado por vía prejudicial ante el TJUE la Decisión Marco sobre la Euroorden (2002/584/JAI), que establece esa excepción. O bien, y dado que la Ley española de transposición de dicha Decisión Marco no había acogido ese control, previsto como posibilidad por la disposición europea que implementa, debería haberse elevado ante el Pleno una autocuestión de inconstitucionalidad frente a dicha Ley.

Añadía el Magistrado Pérez Tremps que la única previsión normativa internacional relativa a la condena en ausencia era la propia Decisión Marco reguladora de la Euroorden (2002/584/JAI), la cual debería actuar como elemento de interpretación del artículo 24.2 de la Constitución, tanto con arreglo al artículo 10.2 de la misma, cuanto de conformidad con la doctrina resultante de la Sentencia del TJUE sobre el Asunto *Pupino* en torno al carácter vinculante de las Decisiones Marco del tercer pilar de la Unión y la obligación de interpretar el

Derecho nacional conforme a ellas. Finalmente, se aducía en este Voto Particular que de la jurisprudencia del TEDH no sólo se infería que las condenas en ausencia no son *per se* contrarias al Convenio, sino que no lo son específicamente cuando el acusado, debida y fehacientemente emplazado, renuncie libremente a su presencia en juicio apoderando a Abogado que le defienda en las distintas instancias. Por todo ello, y en defecto de cuestión prejudicial o de autocuestión de inconstitucionalidad, el Magistrado entendía que se debería haber desestimado el amparo en la STC 1999/2009 por falta de lesión del artículo 24.2 del texto constitucional.

Debe significarse, por último, que la jurisprudencia constitucional relativa a la Euroorden se había limitado, antes de *Melloni*, a abordar el problema de las garantías concretas en supuestos de condenas *in absentia*. En cambio, no se había producido en España impugnación de la Ley de incorporación de la Decisión Marco reguladora de la Euroorden (2002/584/JAI), como sí sucedió en otros Estados miembros cuyos Tribunales Constitucionales se han pronunciado sobre la constitucionalidad nacional de las leyes de implementación y ejecución de la Euroorden. No obstante, como muy bien ha resumido Sara IGLESIAS, el detonante fue otro: en todos los casos, la constitucionalidad de la entrega de los propios nacionales¹⁵.

4. El arranque del diálogo: sentido y contenido del ATC 86/2011

Examinados los antecedentes jurisprudenciales del ATC 86/2011, y hasta qué punto éste se aparta de ellos, resulta pertinente examinar, primero, por qué entabló el TC español un diálogo directo con el TJUE mediante reenvío prejudicial, y segundo, el contenido de ese diálogo (o lo que es lo mismo, el tenor de cada una de las tres cuestiones prejudiciales elevadas, y la fundamentación de cada una de ellas). Se dedican los subapartados siguientes al análisis de estos aspectos.

4.1. Sentido del ATC 86/2011: ¿Por qué rompió el TC su “silencio prejudicial”?

¹⁵ S. IGLESIAS SÁNCHEZ, “La jurisprudencia constitucional comparada sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero/abril 2010, pág. 171. Para mayores detalles, entre otros, véanse J. KOMÁREK, “European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of “Contrapunctual Principles”, *Common Market Law Review*, n.º 44, 2007, pp. 9-40; L. I. GORDILLO PÉREZ, “El juez nacional y el juez europeo ante la Euroorden”, en M. REVENGA SÁNCHEZ (coord), *El Poder Judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 755-790; E. GUILD (ed.), *Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2006, O. POLLICINO, “European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems”, *German Law Journal*, Vol. 09, No. 10, 2008, pp 1313-1355.

Antes de entrar en la glosa detenida del ATC 86/2011, la pregunta es obvia: ¿por qué el reenvío prejudicial cuando, como ya se ha visto, resoluciones muy poco anteriores del TC español sobre la misma temática no lo habían hecho? El dato mismo del planteamiento pone ya en cuestión la jurisprudencia previa del TC sobre la condicionalidad a juicio rescisorio presencial para la concesión de Euroórdenes con vistas a la ejecución de condenas *in absentia*, pues revela la duda del Pleno del TC allí donde antes había una certeza.

Poca luz arroja el ATC 86/2011 en sus antecedentes sobre el porqué del reenvío, pues no reflejan ni los motivos esgrimidos por el Pleno para avocar el recurso de amparo del que parte la cuestión, ni las alegaciones de las partes al respecto, salvo la sucinta mención a la oposición del Ministerio Fiscal por estimar que la Decisión Marco 2002/584/JAI reguladora de la Euroorden no resultaba aplicable *ratione temporis* al litigio, lo que a su juicio tornaba innecesaria la decisión prejudicial del TJUE para resolver el amparo del que partía el reenvío prejudicial. Algo más explícita fue, en cambio, la propia Sentencia prejudicial del TJUE en respuesta al ATC 86/201, cuando señalaba que “[s]egún el Tribunal Constitucional, la dificultad se origina porque la Decisión marco 2009/299 suprimió el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584 e introdujo en ésta un nuevo artículo 4 *bis*. Pues bien, el artículo 4 *bis* impide «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», si el interesado, «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»”.

Más allá de estas motivaciones consignadas en el ATC 86/2011 y la STJUE de 26 de febrero de 2013, cualquier otra valoración de los determinantes causales se mueve en el terreno de la especulación. Pese a ello, pueden citarse aquí algunos posibles desencadenantes. Uno de ellos tal vez fuera la vigorosa crítica académica suscitada en España a la doctrina del TC sobre la violación indirecta del artículo 24.2 de la Constitución por no condicionar la concesión de Euroórdenes para ejecución de condenas pronunciadas *in absentia* a la disponibilidad, para el entregado, de juicio rescisorio en el Estado requirente¹⁶.

Cabe también pensar en los Votos Particulares a las SSTC 177/2006 y 199/2009, cuando enfatizaban que tal condicionalidad podía equivaler a un incumplimiento del Derecho de la UE

¹⁶ Cumple remitir, en este sentido, al trabajo de I. TORRES MURO, “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2001, de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, p. 349, notas 11 a 16, donde se realiza un repaso doctrinal con cita de los respectivos comentaristas críticos con la jurisprudencia del TC (GUTIÉRREZ BERLINCHES, CEDEÑO HERNÁN, REVENGA SÁNCHEZ, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI y REY MARTÍNEZ).

por España como Estado miembro, o que no casaba con la jurisprudencia del TEDH. Y de nuevo en el ámbito académico, se han apuntado razones de política judicial: en concreto, que la reiteración en la STC 199/2009 de la doctrina sobre la obligada concesión condicionada de Euroórdenes dictadas en ejecución de condenas *in absentia* situaba a la Audiencia Nacional, para casos subsiguientes, en la tesitura de escoger entre cumplir con la Constitución (esto es, con la jurisprudencia interpretativa de ella formulada por el TC) o con el Derecho de la Unión, con un riesgo doble: que la Audiencia Nacional desatendiera el mandato constitucional para dar preferencia aplicativa a la regulación de la Unión, o bien, que la propia Audiencia, ante la evidente antinomia, llegase directamente a plantear la cuestión prejudicial, orillando al TC¹⁷.

Sin embargo, antes de la propia Sentencia *Melloni* del TJUE, tampoco estaba tan claro que la Audiencia pudiera obrar así, pues singularidades normativas propias de este caso hacían complejo y no nítidamente predeterminado *a priori* el juego de la primacía y la aplicación preferente de la Decisión Marco 2002/584/JAI por la propia autoridad de la Audiencia Nacional como juez del Derecho comunitario. Residía esencialmente esa singularidad normativa, justamente, en que la Decisión marco no es Derecho comunitario, sino del tercer pilar intergubernamental de la UE.

El Protocolo n.º 36 introducido por el Tratado de Lisboa como anejo al TUE y al TFUE, sobre las disposiciones transitorias, prevé en su artículo 9 que los actos y Convenios adoptados por los Estados miembros en el ámbito de la antigua cooperación policial y judicial en materia penal (esto es, en el contexto del antiguo tercer pilar intergubernamental no comunitario) al amparo del TUE con anterioridad a la vigencia del Tratado de Lisboa, entre los cuales precisamente se cuenta la Decisión Marco 2002/584/JAI sobre la Euroorden y su ulterior modificación por la ulterior Decisión Marco 2009/299/JAI, conservan sus efectos como tales actos, mientras no sean modificados, derogados o anulados conforme a la nueva redacción del TUE y del TFUE dada por el Tratado de Lisboa. Y prueba de ello es que las dos cuestiones prejudiciales formuladas en el ATC 86/2011 contra esta Decisión Marco 2002/584/JAI se fundamentaban en la anterior redacción del artículo 35 del TUE, mantenida en vigor por el citado Protocolo (artículo 10), donde se regulaba una cuestión prejudicial distinta de la comunitaria, contra actos del tercer pilar, supeditada a la aceptación nacional de la jurisdicción del TJUE, cosa que hizo España sólo para órganos judiciales de última instancia, y así evoca expresamente el ATC 86/2011 en justificación del planteamiento del reenvío.

¹⁷ Así lo argumenta A. TORRES PÉREZ, “Spanish Constitutional Court: Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant...”, *cit.*, p. 123.

Por otro lado, dar preferente aplicación a la Decisión Marco 2002/584/JAI, reguladora de la Euroorden, venía dificultado, también *a priori*, por uno de los rasgos definitorios de este instrumento normativo según su precepto regulador en el Derecho primario, el artículo 34.2 del TUE conforme a su redacción “pre-Tratado de Lisboa”: la imposibilidad de que las Decisiones Marco, a diferencia de las Directivas comunitarias, puedan tener efecto directo. Efecto directo que es, justamente, una de las condiciones existenciales de la primacía, pues la norma europea a aplicar con preferencia a la normativa normal pueda serlo, o lo que es lo mismo, debe poder tener efecto directo.

Siendo al menos dudosa *a priori* la primacía de la Decisión Marco 2002/584/JAI, la norma susceptible de aplicación sería la Ley interna que la transpone (en España, la Ley 3/2003). Y dado que la Ley 3/2003 no recogía tal condicionalidad, siendo ésta constitucionalmente exigible a tenor de las SSTC 177/2006 y 199/2009, la vía procesal correcta de eventual depuración parecía ser la cuestión de inconstitucionalidad, a fin de obtener una declaración de inconstitucionalidad de la Ley 3/2003 por omisión del condicionamiento (incluso aunque esa declaración de inconstitucionalidad fuera meramente declarativa, para no impedir la operatividad de la Euroorden como consecuencia de la ausencia de regulación que acarrearía la nulidad aparejada a la eventual inconstitucionalidad de la Ley 3/2003 según el artículo 39.1 de la Ley orgánica del TC, a la vista de la falta de efecto directo de la Decisión Marco 2002/584/JAI), o bien una Sentencia interpretativa de constitucionalidad (esto es, desestimatoria), entendiendo el silencio al respecto de dicha Ley como respetuoso con la interpretación dada por el TC al artículo 24.2 de la Constitución en este tipo de supuestos.

Pero la Audiencia Nacional seguía disponiendo del reenvío al TJUE, pues aunque la cuestión prejudicial no puede tener por objeto la interpretación del Derecho nacional, cabía interpelar al Tribunal de la Unión si la Decisión Marco 2002/584/JAI, e incluso la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en su artículo 53), son compatibles con una regulación nacional como el artículo 24.2 de la Constitución según lo interpretaba el TC en sus Sentencias 177/2006 y 199/2009 en los términos previamente examinados. Al tratarse de una Decisión Marco del tercer pilar, no estaba claro que el canon jurisprudencial del TJUE viniera dado *a priori* por las Sentencias *Costa/ENEL* y *Simmenthal* (esto es, las relativas a la primacía del Derecho comunitario), pues en apariencia debía integrarlo la Sentencia *Pupino* (sobre la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con las Decisiones Marco del tercer pilar de la Unión, aunque con respeto de la literalidad del primero). Pero ni siquiera así cabía descartar como posible resultado del reenvío la obligación de interpretar el Derecho nacional en el sentido más conforme con la Decisión Marco 2002/584/JAI, reguladora de la

Euroorden, y que esa interpretación conforme supusiera la eliminación de la condicionalidad requerida por el TC en exégesis del artículo 24.2 de la Constitución.

Este eventual resultado habría conducido a un callejón sin salida la relación entre la Audiencia Nacional, en su condición de juez competente para conceder la Euroorden, y el TC, en su calidad de juez de las garantías constitucionales a observar en esa misma concesión. Una respuesta prejudicial considerando inaplicable la primacía comunitaria a una Decisión Marco habría impedido a la Audiencia Nacional hacer prevalecer, por su propia autoridad, la reguladora de la Euroorden por encima de la jurisprudencia constitucional, con lo que habría que tenido que atenerse este órgano jurisdiccional español a la jurisprudencia del TC y comenzar a exigir el condicionamiento a juicio rescisorio para casos de condena *in absentia*. Pero la Sentencia prejudicial pondría de manifiesto el incumplimiento europeo de España precisamente por la persistencia de esa condicionalidad, y además sin que el TC hubiese podido defender su propia jurisprudencia ante el TJUE al no ser en esta tesitura interlocutor formal del diálogo. Por tanto, incluso en el escenario de una Sentencia prejudicial en línea con la doctrina *Pupino* del TJUE, las circunstancias parecían aconsejar que el TC diese el paso adelante y entablase diálogo directo con el Tribunal supranacional, máxime cuando el propio TC expresamente había admitido ya en su jurisprudencia que la divergente interpretación de la Audiencia Nacional no era irrazonable o arbitraria, pese a anularla.

4.2. Contenido del ATC 86/2011: La interpretación y la validez de la Decisión marco sobre la Euroorden y la interpretación del artículo 53 de la Carta

El análisis de las causas ayuda a comprender el contenido del ATC 86/2011, las tres cuestiones prejudiciales que en él se formularon al TJUE, todas ellas relacionadas con las garantías y condiciones constitucionales de observancia en la concesión de Euroórdenes por España a cualquiera de los demás Estados miembros de la Unión. Agudamente ha observado Aída TORRES¹⁸ que se trataba de una defensa directa, razonada y argumentada ante el TJUE, por parte del TC, de su propia doctrina de la vulneración indirecta del derecho a un proceso con todas las garantías si no se condicionan las Euroórdenes para ejecución de condenas en ausencia a disponibilidad de un juicio rescisorio presencial para el afectado en el Estado miembro emisor. Con este telón de fondo, se comprende mejor el esquema argumental del ATC 86/2011, y la

¹⁸ A. TORRES PÉREZ, “Spanish Constitutional Court, Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant...”, *cit.*, p. 123.

prelación entre las tres cuestiones formuladas (de estricta subsidiariedad de cada una respecto de la antecedente, y en grado creciente de intensidad).

El TC buscaba primero una interpretación de la Decisión Marco 2002/584/JAI, reguladora de la Euroorden, compatible con la condicionalidad requerida en las SSTC 177/2006 y 109/2009 para concederla en casos de condena *in absentia*. Sólo no fuese posible tal interpretación conciliadora, elevaba el ATC 86/2011 una segunda cuestión prejudicial al TJUE sobre la misma Decisión Marco, pero ahora ya de validez. Si la exégesis de la Decisión Marco 2002/584/JAI por el TJUE no permitiese la condicionalidad citada, preguntaba el TC si se estarían violando los derechos de tutela judicial efectiva y de defensa que el Derecho originario de la Unión autónomamente reconoce en la Carta de los Derechos Fundamentales, proponiendo al Tribunal supranacional que asumiera la argumentación sugerida en el ATC 86/2011, proyectándola sobre la Carta y la propia Decisión Marco 2002/584/JAI. Esto es, proponía el ATC 86/2011 al TJUE una interpretación del Derecho de la UE que supusiera otorgar el mismo nivel de protección a esos derechos que, según la jurisprudencia preexistente del TC, proporciona el artículo 24 de la Constitución española en este tipo de supuestos.

Finalmente, y sólo si también fuese adversa la respuesta del TJUE a esta segunda cuestión, planteaba el ATC 86/2011 una cuestión de interpretación del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. La finalidad sería que esta disposición permitiese al TC oponer a la ejecución de la Decisión Marco 2002/584/JAI el superior nivel de protección de los derechos un proceso con todas las garantías y de defensa que, según su jurisprudencia, se desprende del artículo 24.2 de la Constitución Española. Esto le habría permitido al TC mantener su doctrina de la obligada exigencia de condicionalidad a juicio rescisorio presencial, y de la vulneración indirecta en otro caso, que en aplicación del precepto así interpretado de la Carta habrían de seguir observando las resoluciones judiciales españolas de conformidad a la tramitación de Euroórdenes para ejecución de condenas penales graves pronunciadas *in absentia*.

No se pueden negar ciertas dosis de *naïveté* tras estos planteamientos subyacentes al ATC 86/2011. En esencia, las tres cuestiones prejudiciales reenviadas por el TC al TJUE no hacían otra cosa que cuestionar la primacía de la Decisión Marco 2002/584/JAI, principio que, en general, junto con el de efecto directo, son los más “queridos” del Tribunal de Justicia, porque éste los ha creado mediante su labor pretoriana, siendo dos de los rasgos característicos más vigorosamente relevantes del Derecho comunitario. La respuesta negativa a todas estas cuestiones, y al argumentario sugerido al TJUE por el TC, se antojaba más que probable, como igualmente previsible era que el TJUE, al igual que el TC, también deseara preservar su

jurisprudencia más conocida, la relativa a la primacía, y aun quisiera reforzarla y ampliarla, aprovechando la ocasión que le brindaba el Alto Intérprete español, como podrá apreciarse en el próximo apartado de este trabajo.

Siendo esto así, quizás una línea distinta de argumentación, empleando la propia jurisprudencia del TJUE para sustentar el planteamiento del TC, hubiera llegado a otros resultados más “amigables” con este último. Por ejemplo, intentando desactivar la primacía desde premisas tomadas de la jurisprudencia del propio TJUE: por tratarse en este caso de una Decisión Marco del tercer pilar, y no de una norma comunitaria propiamente dicha, aprovechando para ello la limitación que la doctrina *Pupino* del TJUE situaba en el respeto a la literalidad de la normativa interna al principio de interpretación del Derecho nacional conforme con las Decisiones Marco, y excluyendo la primacía por la falta de efecto directo de este instrumento normativo del tercer pilar según su precepto regulador, el artículo 34.2 del TUE en su redacción “pre-Tratado de Lisboa” mantenida en vigor por éste en los términos ya expuestos del Protocolo sobre las Disposiciones Transitorias.

Por el contrario, la Sentencia prejudicial del TJUE sobre el Asunto *Melloni*, como se verá más adelante, “ha primado la primacía”, y la ha extendido al Derecho del antiguo tercer pilar intergubernamental de la Unión, algo que nunca había sucedido hasta aquel momento, y con una base o fundamentación jurídica más que discutible. Para prevenir tal extensión, tal vez pudiera haberse intentado sostener que el Protocolo n.º 36, anejo a los Tratados de la Unión y de Funcionamiento de ésta, en su artículo 10, no transmuta en Derecho comunitario el acervo generado por el tercer pilar, sino que lo mantiene con su anterior naturaleza intergubernamental, carente de rasgos supranacionales. Esto es, expresamente despojado de efecto directo, e implícitamente con ello (y ante el carácter no supranacional del tercer pilar), también de la primacía propia de las normas comunitarias. Pero, abandonando el terreno de las opciones hipotéticas no materializadas, se analizan a continuación cada una de las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el TC en su Auto 86/2011, así como la argumentación y la doctrina que a cada una de ellas se anudaba en la fundamentación jurídica de la resolución, precedidas por el relato de la defensa que el TC hace de la concurrencia de los requisitos procedimentales para la formulación del reenvío.

4.2.1 La interpretación de la Decisión Marco: ¿condicionalidad de la Euroorden para ejecución de condena in absentia?

Formulaba el quinto fundamento jurídico del ATC 86/2011 la primera de las cuestiones prejudiciales, sugiriendo posibles argumentos al TJUE para una respuesta negativa. Como se ha adelantado, se trataba de un interrogante de “baja intensidad”, que tendía a prevenir la colisión entre el artículo 4 bis de Decisión marco 2002/584/JAI, tras su modificación por Decisión Marco 2009/299/JAI, y la interpretación del artículo 24.2 de la Constitución que sostuvieron las SSTC 177/2006 y 109/2009. Textualmente, se planteó la cuestión en estos términos: “el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?”.

Una respuesta negativa ciertamente hubiera evitado el conflicto, sin tener que primar una regulación (el artículo 24.2 de la Constitución en su interpretación por el TC), o la otra (la Decisión marco 2002/254/JAI reguladora de la Euroorden modificada por Decisión Marco 2009/299). Incluso, el TC “hacía de TJUE”, y le proponía una argumentación para esa negativa, lo que hubiera permitido al TC mantener la jurisprudencia expresada en sus Sentencias 91/2000, 177/2006 y 199/2009 (e imponerla, de paso a la Audiencia Nacional al cerrarle la vía prejudicial). Pero, como se verá en el siguiente epígrafe, la respuesta del TJUE fue justamente la inversa. Concretamente, decía el Auto que la Decisión Marco 2002/584/JAI revisada por la Decisión Marco 2009/209/JAI prohibía en su artículo 4 bis la denegación de la ejecución de la Euroorden, pero no necesariamente su condicionamiento. Pero que si el precepto se leía sistemáticamente, a la luz del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de los Estados miembros establecido en el Derecho originario (artículos 67.3 y 83.1 del TFUE), semejante entendimiento literal y aislado cedería ante una comprensión sistemática y finalista.

Probablemente por ello, el TC aducía un argumento adicional, ya de interpretación sistemática, tratando de desactivar (aunque también sin lograrlo a la postre) la incidencia legitimadora de ese mismo principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de los Estados miembros: interpretar el artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/684/JAI en conjunción con el artículo 1.3 de la misma, en tanto este último dispone que la ejecución de Euroórdenes 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 TUE. Sin embargo, se hacía con ello supuesto de la cuestión debatida, toda vez que el artículo 6 del TUE no obliga a la Unión a respetar los derechos fundamentales reconocidos por cada una de las Constituciones nacionales, con el contenido, extensión y nivel que cada una de ellas

establezca. Lo contrario acarrearía la ruptura de la uniformidad del Derecho de la Unión Europea, dada la desigualdad en esos niveles nacionales de protección, pues la normativa derivada de la Unión habría entonces de adaptarse en cada Estado miembro al respectivo estándar de tutela, o lo que es igual, esa normativa derivada habría de ser distinta para cada Estado miembro.

De hecho, el artículo 6 del TUE no hace referencia directa, como parámetro y límite de validez de la acción de la Unión, a los derechos fundamentales tal y como son reconocidos por cada una de las Constituciones nacionales. El precepto establece un múltiple canon común para todos los Estados y para la propia Unión. De una parte, el canon autónomo –y doble– que supone otorgar a la Carta de los Derechos Fundamentales la condición de Derecho originario de la Unión (primer apartado del artículo) más la simultánea consideración de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión (tercer apartado del precepto), con la doble fuente de identificación que suponen el CEDH y –nótese–, no el reconocimiento de los mismos en cada Constitución nacional, sino los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Y de otra parte, el canon heterónimo, aunque igualmente común a todos los Estados miembros y a la propia Unión, que habría de la adhesión de esta última al CEDH, prevista en el segundo apartado del mismo artículo 6 del TUE¹⁹.

Por todo ello, la remisión del artículo 1.3 de la Decisión Marco 2002/254/JAI reguladora de la Euroorden al artículo 6 del TUE no garantizaba que la aplicación de la misma hubiera de ajustarse al estándar nacional de protección de los derechos, en nuestro caso el que derivaba de la jurisprudencia constitucional generada fundamentalmente por las Sentencias 91/2000, 177/2006 y 199/2009. De suerte que, descartada esta vía de defensa, la siguiente opción lógica pasaba por incrementar la intensidad del cuestionamiento de la Decisión marco 2002/254/JAI, reguladora de la Euroorden, planteando, no ya la interpretación del artículo 4 bis de ésta, sino la eventual invalidez del precepto.

Toda vez que se trata de una norma de Derecho derivado cuyo parámetro de validez directo no viene dado por la normativa constitucional nacional, sino por el Derecho originario de la Unión, como el propio ATC 86/2011 reconocía, la única vía práctica consistía en interpelar al TJUE en torno a si la prohibición de condicionar la concesión de Euroórdenes para ejecución de condenas *in absentia* a disponibilidad de recurso rescisorio presencial en el Estado requirente

¹⁹ En relación con las bases jurídicas, procedimientos y estado de las negociaciones para la referida adhesión, J. GOIZUETA VÉRTIZ, “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En particular, algunas cuestiones sobre el proyecto del Acuerdo relativo a la adhesión”, en J. GOIZUETA VÉRTIZ y M. CIENFUEGOS MATEO (Dirs.), *La Eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 79-109.

suponía vulnerar los derechos a un proceso justo y de defensa tal y como los reconoce el Derecho de la Unión, concretamente en los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de ésta. Éste fue el objeto de la segunda cuestión prejudicial formulada en el ATC 86/2011, según cabrá apreciar a continuación.

4.2.2. La validez de la Decisión Marco: ¿Se opone a la Carta la incondicionalidad de la Euroorden para ejecución de condenas in absentia con designación de defensa letrada de confianza?

Como acaba de anticiparse, la segunda cuestión prejudicial planteada en el ATC 86/2011 seguía versando sobre el artículo 4 bis de la Decisión Marco reguladora de la Euroorden, pero esta vez poniendo en tela de juicio su validez, en los siguientes términos: “Procede, así, plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión: en caso de que la primera se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”. También obedecía esta tercera cuestión prejudicial al objetivo –inconfesado, pero fácilmente perceptible– de evitar la colisión entre el artículo 4 bis de la Decisión marco y la interpretación del artículo 24.2 de la Constitución previamente realizada por el TC en relación con las Euroórdenes para ejecución de condenas *in absentia*, aunque ahora con arreglo a un enfoque más drástico: argumentar que la colisión no se produce porque la norma europea contendiente es inválida de conformidad con el propio Derecho de la UE.

Una respuesta afirmativa a esta cuestión prejudicial habría significado que el nivel de protección dispensado por la Carta fuese el mismo que, según la interpretación del TC, concede el artículo 24.2 de la Constitución española. Para propiciar la aceptación del argumento, suministraba el ATC 86/2011 la misma motivación, como ya se ha visto, muy contestada en la doctrina española, que en su jurisprudencia previa referente a la Euroorden para condena *in absentia*. Era ésta, muy probablemente, una de las principales “osadías” del referido Auto en feliz calificativo doctrinal²⁰, pues suponía tanto como tratar de elevar el estándar español a estándar europeo (o mejor dicho, a estándar de tutela imperante en la UE). Evocaba a tal fin el TC la jurisprudencia del propio TJUE admitiendo que el derecho a ser oído forma parte

²⁰ I. TORRES MURO: “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2001, de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)”, *cit.*

integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva entendido como principio general del Derecho de la Unión, aunque reconociendo que esto se dijo antes de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales. Precisamente por esto último, admitía el ATC 86/2011 que el TJUE aún no se había pronunciado sobre el sentido y contenido de los artículos 47 II y 48.2 de la Carta en su proyección sobre Sentencias penales de condena por delitos muy graves impuestas en ausencia.

Probablemente consciente de que tampoco existía un canon hermenéutico uniforme en la jurisprudencia del TEDH que pudiera dotar de igual contenido mínimo a estos artículos de la Carta por el juego del artículo 52.3 de la misma, planteaba el TC al TJUE si el ordenamiento de la Unión concede al derecho a la defensa, y especialmente al derecho a estar presente y a participar en la vista penal, una más extensa protección que la dispensada en el artículo 6 del CEDH. E incluso, si en un supuesto como el del litigio principal, en que concurrían las circunstancias previstas en el artículo 4 bis de la Decisión marco reguladora de la Euroorden, debía considerarse que el reclamado había renunciado tácitamente a su derecho a comparecer y defenderse, pues la respuesta del TJUE permitiría delimitar el contenido protegido por los mencionados artículos 47 II y 48.2 de la Carta, y así determinar si el precepto de la Decisión Marco es compatible con él.

No en vano, entre las críticas vertidas en la doctrina española a la jurisprudencia del TC sobre Euroórdenes para ejecución de condenas *in absentia* se había dicho que no hay un canon internacional en el cual se aborde si el condicionamiento a disponibilidad de juicio rescisorio en el Estado emisor de una Euroorden²¹, o de una solicitud de extradición, es una exigencia perteneciente al núcleo esencial de los derechos a un juicio con todas las garantías y a la defensa, con lo que difícilmente podía emplearse tal inexistente canon como elemento interpretativo del artículo 24.2, de conformidad con el artículo 10.2, ambos de la Constitución. De hecho, ni siquiera en la jurisprudencia del TEDH existía tal canon, pese a su invocación en el ATC 86/2011 y en las SSTC 177/2006 y 109/2009. Las Sentencias allí mencionadas del TEDH, o bien se correspondían a casos en que las circunstancias fácticas diferían de los avatares del Asunto *Melloni*, o bien a supuestos comparables, pero en las que el fallo había sido opuesto a la interpretación postulada por el TC.

Así, en *Sedjovic*, el recurrente no había sido citado e informado oficialmente de la celebración, fecha y demás detalles del juicio, a diferencia del Asunto *Melloni*, en que esa

²¹ M. CEDEÑO HERNÁN, “Vulneración indirecta de los derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega...”, cit., pp. 10 y 12.; I. TORRES MURO, “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2001, de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)”, cit., p. 349.

información y notificación sí había tenido lugar. Y a pesar de que el TEDH reconoce que su propia jurisprudencia determina que la renuncia a un derecho garantizado por el Convenio debe establecerse de forma inequívoca, en *Sedjovic* no se excluye que ciertos hechos comprobados puedan proporcionar una indicación inequívoca de que el acusado es consciente de la existencia de las actuaciones penales contra él, y de la naturaleza y la causa de la acusación. Situación esta última en la que encaja la designación que el ciudadano afectado había hecho de dos Abogados de confianza, precisamente para que le defendieran en el juicio penal.

Tampoco en *Colozza*, a diferencia de lo acontecido en el Asunto *Melloni*, había sido notificado oficialmente el acusado, a pesar de que existía posibilidad, razón esta última por la que no podía constatarse que aquél hubiera renunciado al ejercicio de su derecho a comparecer en juicio y defenderse, o que buscara evadir la justicia. Y se añade, igualmente en *Colozza*, que no es función del TEDH elaborar una teoría general acerca de si el derecho a participar personalmente en la audiencia tiene o no un carácter absoluto o si debe conciliarse, mediante el logro de un equilibrio razonable, con el interés público, pues la imposibilidad de llevar a cabo un juicio en ausencia paralizaría la realización de la investigación penal, y podría llevar a dispersión de pruebas, prescripción de la acción, o menoscabo para la justicia.

Del mismo modo, el caso *Einhorn* era insusceptible de traerse a colación en apoyo de la postura del TC, pues en dicha Sentencia se decidió sobre un supuesto inverso al Asunto *Melloni*, toda vez que la extradición del recurrente concedida por Francia fue expresamente condicionada a la disponibilidad de recurso que permitiera la revisión de la condena impuesta en ausencia en Estados Unidos, y lo que planteaba el recurrente ante el TEDH eran dudas sobre la veracidad del compromiso expresado por las autoridades estadounidenses a las francesas. Una vez más, en *Krombach* la situación era en cierto modo contraria a la del Asunto *Melloni*, pues lo que ocurrió en aquel caso es que los Abogados designados por el condenado en ausencia no pudieron representarle en el juicio abierto para la depuración de los daños civiles derivados, a causa de la prohibición en tal sentido establecida por la legislación francesa, mientras que en *Melloni* los Abogados de confianza designados por el condenado intervinieron y le defendieron en todas las fases del proceso. Por su parte, en *Somgyi* lo que no estaba claro era que se hubiese producido fehacientemente la notificación de las diligencias criminales al acusado, que se realizó simplemente mediante carta certificada dirigida por el Tribunal penal actuante italiano al domicilio del recurrente en Hungría, y había duda razonable en torno a la autenticidad de su recepción por parte del recurrente, cuando en *Melloni* constaba la notificación fehaciente.

Por último, en el caso fácticamente más similar al Asunto *Melloni*, el TEDH llega a considerar en *Medenica* que el recurrente no fue penalizado por su ausencia con la denegación

del derecho de asistencia jurídica precisamente porque había sido defendido en juicio por dos Abogados de su elección. En esta ocasión, estimó el TEDH que el recurrente había contribuido en gran medida a producir la situación que le impedía comparecer ante el órgano judicial competente, de modo que la actuación del Tribunal nacional, que había denegado la solicitud de rescisión de la condena sobre la base de que el solicitante no había podido probar buena causa para su ausencia, no permitía pensar que se tratase de una actuación arbitraria o se basara en premisas manifiestamente erróneas, con lo que se descartaba que hubiese lesión del artículo 6 del CEDH (Apdo. 57). De este modo, y dado que no se trataba de un caso en que el recurrente no hubiera recibido la citación para comparecer, o en el que se le hubiera denegado la asistencia letrada, el TEDH consideró que el margen de apreciación permitido a las autoridades nacionales determina que la condena en ausencia del solicitante y el rechazo a proporcionarle un recurso en el que pudiera comparecer no llegaba a ser una sanción desproporcionada desde la perspectiva del artículo 6 del CEDH.

Justamente esta última afirmación, vertida en *Medenica*, venía a representar tanto como que, en la jurisprudencia del TEDH, el recurso o juicio rescisorio no forma parte del núcleo esencial ineludible e irrevocable del derecho de defensa y a un juicio de todas las garantías reconocido en el CEDH para los supuestos de condena en ausencia por voluntaria incomparecencia del inculcado y cuando éste ha contado con representación y defensa letrada efectiva, tal y como sostenía el TC en sus SSTC 177/2006, 109/2009 y en el propio ATC 86/2011. De ahí la escasa utilidad de la jurisprudencia del TEDH para apoyar la doctrina del TC sobre condicionamiento a disponibilidad de juicio rescisorio para el condenado en el Estado emisor de una Euroorden en ejecución de condena penal grave pronunciada *in absentia*. Y de ahí, también, la invitación del TC al TJUE a la construcción de un canon autónomo a partir de la Carta, con la intención no confesada pero evidente, como ya se ha señalado, de que el TJUE igualase ese canon autónomo de la Unión al nacional de las SSTC 177/2006 y 199/2009, basado en la doctrina de la violación indirecta que forjase en la STC 91/2000 para los supuestos de extradición.

Ahora bien, el ATC 86/2011, quizás en previsión de respuesta negativa también a esta segunda cuestión prejudicial de validez de la Decisión Marco, planteó una tercera, de nuevo de interpretación, pero esta vez del Derecho originario, y más concretamente del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

4.3. La interpretación del artículo 53 de la Carta : ¿“Cláusula antiprimacía” ante un superior nivel nacional de protección de los derechos?

La tercera cuestión prejudicial formulada en el Auto 86/2011 parecía obedecer también al propósito del TC de preservar su jurisprudencia anterior en materia de Euroórdenes, condenas *in absentia* y condicionalidad de las primeras a disponibilidad de juicio rescisorio de las segundas en el Estado miembro emisor. La forma de conseguirlo, y de ahí la formulación de esta tercera cuestión, ahora de interpretación del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE²², era compatibilizar la no invalidación de la Decisión Marco con la aplicación del estándar nacional superior de protección de los derechos derivado de la jurisprudencia previa del TC. O lo que es igual, lograr que el TJUE aceptara que pudiera aún condicionarse las Euroórdenes según la lectura del artículo 24.2 de la Norma Fundamental española efectuada por la jurisprudencia constitucional previa. Pero tal planteamiento se preveía nuevamente problemático, pues comportaba invertir *de facto* y *de iure* la tradicional relación de primacía acuñada por la jurisprudencia del TJUE, para otorgársela a la norma interna (constitucional, en su interpretación realizada por el Alto Tribunal español), y por tanto, en detrimento de la norma europea. No era difícil presagiar que el TJUE ni renunciaría fácilmente a su propia jurisprudencia sobre la primacía del Derecho comunitario, ni sería proclive a exceptuarla en este supuesto concreto, reconociendo en el artículo 53 de la Carta una suerte de límite a la primacía, o de “cláusula antiprimacía”, del Derecho de la Unión.

Volviendo a la motivación de esta tercera cuestión prejudicial, de interpretación del Derecho originario (al poseer la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos en virtud del artículo 6, apartado 1, del TUE, tras la redacción dada al mismo por el Tratado de Lisboa), el ATC 86/2011 revelaba no sólo una actitud dialogante, sino también la inclinación a ofrecer un compromiso al TJUE, aunque siempre para defender la doctrina del TC sobre la incidencia del artículo 24.2 de la Constitución española en el régimen de garantías de la concesión de Euroórdenes para ejecución de condenas penales graves dictadas *in absentia*. Concretamente, el ATC 86/2011 proponía al TJUE tres líneas de respuesta a la interpretación del artículo 53 de la Carta, con las tres opciones conceptualmente posibles.

²² Literalmente, esta tercera cuestión prejudicial planteada en el ATC 86/2011, se planteaba en los términos siguientes: “3ª En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?”.

Pasaba la primera por considerar el precepto una cláusula de estándar mínimo de protección al estilo de la contenida en el artículo 53 del CEDH, de manera que el nivel de tutela de los derechos resultante de la Carta no impediría aplicar el nivel nacional cuando sea éste superior. Como el propio ATC 86/2011 ponía de relieve, la interpretación susodicha permitiría a un Estado miembro justificar una excepción a la obligada concesión de una Euroorden, o justificar la licitud de su ejecución condicionada, con el fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos reconocidos por la Constitución nacional, pero sin que este superior nivel de protección característico de un determinado sistema nacional debiera generalizarse mediante su asunción por el TJUE. Se invoca a tal fin jurisprudencia de este último, aunque una vez más reconociendo que la misma carece de carácter concluyente. Ciertamente, ésta hubiera sido la opción que en general habría permitido al TC mantener su jurisprudencia previamente acuñada sobre garantías a la concesión de Euroórdenes en caso de condenas *in absentia*, pero habría significado al tiempo admitir, como ya se ha dicho, que el Derecho originario, mediante el artículo 53 de la Carta, estaría en realidad estableciendo una excepción a la jurisprudencia del TJUE en materia de primacía del Derecho comunitario.

La segunda propuesta de resolución sugerida por el TC a esta tercera cuestión prejudicial representaba el extremo contrario, pues habría confirmado la primacía incondicionada del Derecho de la UE, al impedir a cualquier Estado justificar la excepción o condicionamiento de una Euroorden, ni siquiera ante la evidencia de que ello redundase en una interpretación limitativa o lesiva de los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución nacional. Evidentemente, habría conllevado semejante opción la necesidad de modificar la jurisprudencia previa del TC español sobre garantías a la concesión de Euroórdenes en caso de condenas *in absentia*. Quizás por este motivo, o lo que es lo mismo, para descartar que ésa fuera la interpretación que el TJUE terminara dando al artículo 53 de la Carta, el ATC 86/2011 ofrecía un argumento de interpretación sistemática cuando menos atendible: y es que entender que el artículo 53 de la Carta tan sólo viene a delimitar los respectivos ámbitos de aplicación de la Carta y de las Constituciones nacionales lo dejaría vacío de contenido propio, relegándolo al mero papel de disposición redundante con respecto al artículo 51, también de la Carta, al reiterar, como ya dice dicho artículo, que las Constituciones nacionales regirían fuera del ámbito de aplicación ésta, que es donde, por definición, no surge conflicto entre ambos sistemas normativos de protección de los derechos. Se trataría, según el TC, de una interpretación rigurosa por no admitir modulación alguna de la pretensión (que, en afirmación amigable hacia el TJUE, el TC considera razonable) de uniformidad del Derecho de la UE.

Por su parte, la tercera propuesta interpretativa ofrecida en el ATC 86/2011 representaba un compromiso entre las dos primeras. Según esta opción sugerida por el TC, el artículo 53 de la Carta tendría el valor atribuido en una u otra (cláusula de estándar mínimo de la Unión compatible con un superior nivel nacional de protección de los derechos, o mera regla de delimitación de los ámbitos respectivos de aplicación de la propia Carta y de las disposiciones constitucionales nacionales en materia de derechos) en función de las circunstancias del caso. Aunque el criterio general parezca *a priori* poco sólido, o al menos, dotado de escasa certeza en cuanto a cuándo aplicar una solución u otra, aducía el ATC 86/2011 algunos ejemplos para una y otra: dependiendo de que el conflicto lo fuese entre derechos fundamentales, o entre un derecho fundamental o algún otro principio general del Derecho de la UE reconocido fuera de la Carta, o que la estructura normativa de cada uno de los elementos normativos en conflicto, europeo y nacional, tuviera alguna estructura determinada, deslizando aquí una alusión a la Sentencia *Pupino* del TJUE de la cual cabría inferir que la prioridad sería de la Constitución nacional cuando la norma europea antinómica fuese una Decisión marco, o más ampliamente, Derecho adoptado en el ámbito del antiguo tercer pilar intergubernamental de la Unión.

De este modo, ofrecía el ATC 86/2011 una suerte de transacción que habría permitido al TJUE mantener como criterio general su jurisprudencia clásica sobre la primacía del Derecho comunitario, y al propio TC, con el acuerdo del TJUE, preservar su jurisprudencia en materia de condicionamiento de Euroórdenes en casos de condenas *in absentia* sentada en las SSTC 177/2006, 199/2009 y concordantes. Un compromiso o transacción que, como se verá más adelante, finalmente tampoco aceptaría el TJUE.

4.4. El Voto Particular al ATC 86/2011: sí al diálogo judicial con el TJUE, pero no esta vez

Contó el ATC 86/2011 con un Voto Particular discrepante del Magistrado Pérez Tremps, en la línea que el mismo Magistrado sostuviera en su Voto Particular a la STC 199/2009, antes examinado. A pesar de que el desacuerdo lo era en cuanto al planteamiento mismo de la triple cuestión prejudicial, que en el presente caso el Magistrado estimaba innecesaria, comenzaba éste saludando y mostrando satisfacción por el hecho de que el TC se embarcase en una línea de diálogo judicial con el TJUE, lo que consideraba como un giro en la tradicional autoexclusión de la Alta Corte española con respecto al reenvío prejudicial expresada a partir de la STC 21/1991 (como ya se ha visto, en este trabajo se defiende que esa autoexclusión era parcial, sólo para el supuesto del control de la adecuación de la ley interna al Derecho comunitario, y que

para el caso en que la norma antinómica nacional fuese la propia Constitución, ya en la DTC 1/2004 se mencionaba expresamente la posibilidad de tal diálogo directo del TC con el TJUE en materia de derechos fundamentales).

El criterio expresado por el Magistrado se basaba en una múltiple línea de razonamiento, que, como antes se decía, es congruente con la anteriormente aducida en su Voto Particular a la STC 199/2009. La premisa básica de esa discrepancia radicaba en la cultura de derechos fundamentales que comparten los Estados miembros de la Unión Europea, que se traduce en un parámetro común de reconocimiento y protección de los derechos, verbalizado en el artículo 6.2 del TUE, e integrado por una heterogeneidad de elementos: las propias previsiones normativas del Derecho comunitario, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la jurisprudencia del TJUE, y el sometimiento de todos los Estados miembros, también, al CEDH y con él a la jurisprudencia del TEDH. Esa cultura común de los derechos, a juicio del Magistrado Pérez Tremps, impide a un Estado miembro imponer a los demás su parámetro nacional de tutela de dichos derechos, por lo que sus relaciones recíprocas han de moverse dentro del parámetro común sustantivo y procesal recién expresado, que condensa el mencionado artículo 6.2 del TUE, de manera que una hipotética lesión de derechos cometida y no reparada en cualquiera de los Estados no debería esperar repararse en otro, sino agotando las instancias internas en el primero y acudiendo al TEDH, sin que constase que en el Asunto *Melloni* se hubiera empleado dicho remedio jurisdiccional por el recurrente en amparo.

La Euroorden, proseguía el Voto Particular, es un mecanismo inserto en la cooperación policial y judicial, que arranca de la aceptación por los Estados del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal. Lo cual determina, a juicio de este Magistrado, que sólo el ordenamiento supranacional pueda establecer excepciones a la aceptación incondicionada por un Estado miembro de las actuaciones judiciales de otro Estado miembro, cosa que precisamente hace la Decisión Marco reguladora de la Euroorden. Pero para poder invocar esta excepción debe haber una auténtica condena en rebeldía generadora de indefensión lesiva de las garantías procesales establecidas en las disposiciones constitucionales nacionales, y en los instrumentos internacionales y supranacionales. Y en este punto discrepaba el autor del Voto con respecto al ATC 86/2011, al considerar que ese parámetro no excluye cualquier condena en la que el acusado se encuentre ausente.

Cuando la Decisión Marco, en su versión modificada en 2009, aborda esta cuestión, extrae de los supuestos que permiten denegar la ejecución de la Euroorden la situación en que la condena se pronuncie en ausencia si se da la circunstancia de que el imputado, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, haya dado mandato a un Letrado para

representarle y defenderle. En opinión de este Magistrado, no podía deducirse de la jurisprudencia del TEDH que cualquier condena en ausencia fuese *per se* contraria al artículo 6 del CEDH, y con ello al artículo 24.2 de la Constitución española, aduciendo que en la STEDH *Medenica c. Suiza* de 14 de junio de 2001, Apdo. 59, se estableció que la condena al recurrente en su ausencia, e incluso el rechazo a concederle posteriormente el derecho a un nuevo proceso en su presencia, no se consideraron desproporcionados desde la perspectiva del artículo 6 del CEDH.

La conclusión que de todo ello había de desprenderse, a decir del Magistrado Pérez Tremps, era que los criterios que la doctrina del TC determinaba como integrantes del parámetro de enjuiciamiento interno que en su día hubiera de realizar el Alto Tribunal hacían innecesario suscitar cuestión prejudicial alguna para la resolución del amparo que dio pie al Asunto *Melloni*.

5. La respuesta prejudicial del TJUE en *Melloni*: “primando la primacía”

Un año y medio largo después del ATC 86/2011, de 9 de junio, recayó la respuesta del TJUE, mediante Sentencia de su Gran Sala, de 26 de febrero de 2013²³, constituyendo ésta la resolución central del diálogo emprendido por el TC español con el Tribunal supranacional europeo. Además de ser resultado dicha Sentencia del reenvío prejudicial elevado por uno de los Altos Tribunales que culminan las jurisdicciones nacionales, el TC español, el hecho de que en el procedimiento prejudicial ante el TJUE comparecieran las representaciones de nueve Estados miembros de la Unión (además de España por evidentes razones, también las de Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Países Bajos, Portugal, Polonia y Reino Unido) da una idea de la importancia intrínseca y objetiva de las tres cuestiones planteadas, todas ellas abordando el complejo y a la vez trascendental asunto de la relación y prelación entre Derecho de la Unión y Derecho (constitucional) nacional en el relevante y a la vez sensible ámbito de los derechos fundamentales.

Tal y como se señalaba al examinar el ATC 86/2011, si éste incorporaba en su triple reenvío prejudicial una propuesta en cierto modo transaccional dirigida al TJUE con la finalidad esencial de conciliar el principio de primacía del Derecho comunitario con la preservación del nivel constitucional nacional de protección de los derechos cuando éste sea superior al ofrecido por las disposiciones de la Unión, y el propósito más específico de mantener su jurisprudencia previa sobre Euroórdenes en casos de condenas *in absentia*, tanto uno como otro objetivo cosecharon un rotundo fracaso (salvo que el planteamiento del TC fuese el “rectificar

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399-11, *Stefano Melloni*.

preguntando” a que entre nosotros se ha referido REVENGA SÁNCHEZ²⁴), dada la respuesta adversa que, como se verá, dispensó la Sentencia *Melloni* del TJUE a las tres cuestiones planteadas por el TC español.

Y es que la Sentencia prejudicial del Tribunal supranacional, en síntesis, rechaza el compromiso ofrecido por el TC, y opta decididamente por la primacía del Derecho de la Unión, incluso del Derecho derivado no comunitario (pues tal es el *status* jurídico de las Decisiones Marco, como ya se ha puesto de relieve en este trabajo). Desactivaba así el TJUE una lectura parcial o moderadamente “renacionalizadora” como la propuesta por el TC (o, lo que es igual, desactivaba el TJUE la teoría de los contralímites constitucionales materiales implícitos en el artículo 93 de la Constitución española a la integración, a que se refiriese la DTC 1/2004), que aparentemente venía apoyada incluso por la literalidad del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. En cambio, la Sentencia *Melloni* del TJUE alienta una exégesis de dicho precepto, si no en clave federalista (o “federalizante” en la gráfica expresión sugerida por Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA²⁵, término que aquí no se emplea básicamente porque la UE no es una federación, aunque funcionalmente el planteamiento a que obedece esta Sentencia perfectamente puede adjetivarse con el calificativo), sí al menos de índole supranacionalista o integradora (calificación aquí utilizada porque la Unión es una organización de integración supranacional en su ya clásica caracterización jurídica), precisamente al optar por la primacía de las disposiciones de la Unión frente a las normas constitucionales de los Estados miembros que ofrezcan un estándar superior de protección de los derechos.

Para comprender mejor la crucial Sentencia del TJUE sobre el Asunto *Melloni*, se desdoblará a continuación la exposición y análisis de su contenido, siguiendo el mismo orden que la propia resolución: en primer término, se abordará el modo en que el TJUE diluye las eventuales objeciones de procedibilidad, para examinar por separado a continuación la respuesta (adversa en todos los casos) a cada una de las tres cuestiones prejudiciales formuladas en el ATC 86/2011.

5.1.- La interpretación de la Decisión Marco: incondicionalidad de la Euroorden para condenas in absentia con designación y participación de Abogado

²⁴ M. REVENGA SÁNCHEZ, “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia...”, *cit.*

²⁵ J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, “La eficacia “federalizante” de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho penal”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 31, 2008, pp. 249-277.

La respuesta en la Sentencia prejudicial sobre el asunto *Melloni*²⁶ fue afirmativa a las dos primeras cuestiones planteadas (o lo que es igual, adversa a los fines perseguidos por el TC español), con una fundamentación que, en síntesis, reposa sobre los siguientes argumentos. En primer término, sostiene el TJUE que los cuatro supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584 son excepciones al carácter facultativo de la denegación prevista en el precepto, y se oponen a que la autoridad judicial de ejecución subordine la entrega de la persona condenada en rebeldía a la posibilidad de que se revise la sentencia condenatoria con presencia de esa persona. Junto a la exégesis literal de los mismos, la Sentencia invoca la estructura y finalidad de la Decisión marco 2009/299, que reemplazó el antiguo artículo 5.1 de la Decisión marco 2002/584, el cual precisamente permitía tal condición, por el artículo 4 bis, regulador de las condiciones en que no deberá denegarse el reconocimiento ni la ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

Semejante interpretación, a decir del Tribunal supranacional, sería congruente con los objetivos perseguidos por la Decisión marco 2009/299, de reforma de la regulación de la Euroorden, consistentes en facilitar la cooperación judicial en materia penal, mejorando el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales por medio de una armonización de los motivos de no reconocimiento de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, sin menoscabo del derecho de defensa de éste. Y todo ello, en la medida en que significa establecer un nuevo sistema simplificado y más eficaz de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley, a su vez, sería conforme con el objetivo general de la Unión de realizar un espacio de libertad, seguridad y justicia.

5.2.- La validez de la Decisión Marco: la incondicionalidad de la Euroorden es compatible con la Carta, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial planteada por el TC, afirma la Sentencia *Melloni* del TJUE que el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, introducido en ella por la Decisión marco 2002/299, no vulnera los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al considerar que, aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio es un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto, sino que el acusado puede renunciar a él por libre voluntad, expresa o tácita, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. Y más en

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto C-399-11, *Stefano Melloni*.

concreto, defiende la resolución del TJUE que no hay vulneración del derecho a un proceso equitativo si el interesado, aun cuando no haya comparecido en juicio, ha sido informado de la fecha y lugar del juicio o ha sido defendido por un letrado al que haya mandatado al efecto.

Conectando la exégesis de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE con los derechos garantizados en los apartados 1 y 3 del artículo 6 del CEDH, la Sentencia afirma, un tanto lapidariamente y sin claves argumentales explicativas, que esa interpretación de los artículos 47 y 48 de la Carta coincide con el alcance dado por el TEDH a los derechos homólogos reconocidos en el Convenio (invocando de forma genérica los asuntos *Medenica c. Suiza*, *Sedjovic c. Italia* y *Haralampiev c. Bulgaria*, pero sin reproducción de los razonamientos concretos del Tribunal de Estrasburgo al respecto). Y retorna seguidamente la Sentencia *Melloni* del TJUE al Derecho de la Unión, para hacer notar que la armonización de las condiciones de ejecución de las Euroórdenes dictadas con el fin de ejecutar resoluciones dictadas en ausencia del imputado tiende a reforzar los derechos procesales de éste (afirmación categórica que no matiza cómo esto es así en una regulación que rebaja los derechos que estas personas tenían bajo la normativa anterior), a la vez que mejora el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre Estados miembros (circunstancia, ésta sí, que resulta evidente: si se limitan los supuestos de denegación o condicionamiento de Euroórdenes, se facilita la ejecución, y por tanto se reconocen en mayor medida, las resoluciones judiciales de los Estados miembros emisores de aquéllas).

5.3.- La interpretación “neutralizadora” del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales como cláusula de estándar mínimo

Finalmente, la respuesta a la tercera y última cuestión formulada por el TC español, un tanto parca a la vez que categórica en términos de primacía del Derecho de la Unión²⁷ (en este caso, del estándar de tutela derivado de la Carta de Derechos Fundamentales, incluso sobre las estructuras constitucionales nacionales de los Estados miembros y su eventual nivel mayor de protección), fue, esencialmente la siguiente: que no cabe acoger la interpretación propuesta por el TC, en el sentido de que el precepto autorizaría que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el que resulta de la Carta, y oponerle a la aplicación de disposiciones de Derecho de la Unión, incluido

²⁷ Como ha destacado I. TORRES MURO, “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2001, de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)”, *cit.*, *passim*.

el derivado (que respondan a un estándar más bajo, debe entenderse aunque la Sentencia lo omita).

Aclara en concreto la Sentencia prejudicial sobre el Asunto *Melloni* que un Estado no puede condicionar la ejecución de una Euroorden dictada en ejecución de una condena penal en rebeldía a requisitos cuyo objeto sea evitar una interpretación limitadora de los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución nacional o lesiva de éstos, en contra de lo previsto en el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584. Y la razón es que tal interpretación del artículo 53 de la Carta, según el TJUE, menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, característica esencial del ordenamiento de ésta, incluso frente a disposiciones nacionales de rango constitucional, invocando en apoyo de esta afirmación algunos de los grandes *leading cases* del propio Tribunal en materia de primacía (como la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*). Y, repárese en el detalle, sin sustentar esta afirmación en disposición alguna de Derecho originario de la Unión.

Es más, la Sentencia del TJUE sobre el asunto *Melloni* expresamente condiciona la aplicación del artículo 53 de la Carta a que no se afecte al nivel de protección previsto por ésta, aun cuando el precepto reconoce que las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar los estándares de protección de los derechos fundamentales resultantes de la legislación interna (sin decirse en la resolución que esto es lo que sucede cuando tales estándares son superiores al de la UE). Pero la Sentencia, en su exégesis del mencionado artículo 53, desliza dos condiciones adicionales (y restrictivas de la aplicabilidad del superior estándar nacional de protección) que no aparecen en el tenor literal del mismo (y de ahí la alusión en la Sentencia, como parámetro adicional, a la exégesis que de la Carta efectúe el propio Tribunal): el estándar nacional superior es aplicable, conforme a la Sentencia *Melloni*, siempre que ese nivel no afecte al previsto por la Carta *según la interpretación que de ella realice el Tribunal, ni tampoco a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión*.

Son estas últimas dos condiciones adicionales no previstas en el artículo 53 de la Carta, y resultantes de una exégesis que invierte la literalidad del precepto, pues si éste prevé que ninguna disposición de la propia Carta puede entenderse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en particular, por las Constituciones de los Estados miembros, la Sentencia *Melloni* añade, en su lectura de ese mismo artículo, que sí tengan tal eficacia limitativa la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión.

6.- La recepción de la Sentencia prejudicial en la STC sobre el Asunto *Melloni*: un previsible giro jurisprudencial y una remisión (no tan) superflua a la DTC 1/2004 sobre los derechos constitucionales como contralímites a la integración

Prácticamente un año después de la respuesta prejudicial del TJUE recayó la STC 26/2014, de 13 de febrero, con la cual concluyó el diálogo entre ambos Tribunales Asunto *Melloni*. Y frente al tono amigable y la estrategia persuasoria que marcó el ATC 86/2011, esta Sentencia parece acusar el tono adusto perceptible en la resolución del TJUE. Y es que si ésta reafirma el principio de primacía individualizándolo en la Decisión Marco reguladora de la Euroorden, la STC en el Asunto *Melloni* hace lo propio con los contralímites constitucionales a la integración europea, mediante expresa evocación de lo señalado en su día al respecto en la DTC 1/2004. Lo que ocurre es que esa evocación, habida cuenta del resto del hilo discursivo, y sobre todo, del fallo, de esta Sentencia del TC, resulta superflua, porque la doctrina de los contralímites a la integración implícitos en el artículo 93 de la Constitución española, y más en concreto, de la condición de tales que poseen los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, tal y como en la mencionada Declaración quedó expuesta, lisa y llanamente no es *ratio decidendi*, ni forma parte de ella, para desestimación del amparo que dio origen al Asunto *Melloni*.

Esta invocación sólo puede entenderse como una reacción, incluso airada, del Pleno del TC reafirmando su posición de Tribunal de *last resort* y cumbre jurisdiccional del sistema normativo estatal español, con la Constitución a la cabeza. De hecho, la invocación de la DTC 1/2004 y su doctrina de los contralímites es prácticamente “una incrustación”, sin un sentido lógico en el hilo discursivo para dar resolución al correspondiente recurso de amparo. Tras los primeros fundamentos jurídicos dedicados a relatar las vicisitudes procesales del caso, el primero de los que pueden considerarse sustanciales tiene por único objeto insertar en el discurso del TC este recordatorio de la DTC 1/2004, débilmente hilvanado en la argumentación con la afirmación de que con él se completa la Sentencia prejudicial del TJUE en el Asunto *Melloni*.

En realidad, esta doctrina nada tiene que ver con la resolución del recurso de amparo subyacente, al menos en el sentido desestimatorio que finalmente cobra el mismo en la Sentencia. En los siguientes fundamentos el TC acepta el criterio del TJUE sobre la interpretación y validez de la Decisión marco reguladora de la Euroorden en cuanto a la prohibición que en ella se establece de condicionar su concesión a la disponibilidad de juicio rescisorio en el Estado emisor en caso de condenas penales graves en ausencia voluntaria del

acusado objeto de entrega. Y se admite también en la STC 26/2014 el sentido interpretativo de la *jurisprudencia* del TEDH que, con brevedad, sí, pero con claridad también, establece la Sentencia prejudicial del TJUE en el Asunto *Melloni*.

Así, parte el TC de que “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido incluido dentro del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto tras oír al acusado. Sin embargo, la inclusión de tal derecho dentro del recogido en el art. 6 del CEDH se ha condicionado por la doctrina del TEDH a que estas personas, cuando hayan sido informadas de manera efectiva de las diligencias, no hayan renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer [STEDH *Sejdovic c. Italia* , de 1 de marzo de 2006, párrs. 82 y ss.]”. Hasta aquí, no se hace sino reiterar la invocación a la doctrina del TEDH que ya hacía la jurisprudencia antecedente del TC, pero a continuación aparece en la STC 26/2014 el matiz que supone el giro en esa jurisprudencia, al señalar lo siguiente: “Así, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero no se infringe el art. 6 CEDH cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio, y siempre que cuente durante el mismo con la asistencia de Abogado para la defensa de sus intereses”.

De esta manera, el núcleo irrenunciable del derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa pasa a ser, según la STC 26/2014, de 13 de febrero, no la presencia del acusado, sino el derecho a ser defendido mediante Letrado. No otra cosa cabe entender de la referencia, inmediatamente después del pasaje transcrito, a la siguiente explicación del mismo: “de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «el hecho de que un acusado, a pesar de haber sido debidamente citado, no comparezca, no puede, incluso aunque tal ausencia resulte injustificada, privarle de su derecho a ser defendido mediante un letrado» (STEDH *Pelladoah c. Países Bajos*, de 22 de septiembre de 1994, párr. 40; y en el mismo sentido, SSTEDH *Poitrimol c. Francia* , de 23 de noviembre de 1993, párr. 35; *Lala c. Países Bajos*, de 22 de septiembre de 1994, párr. 33; *Van Geyselghem c. Bélgica* , de 21 de enero de 1999, párr. 34)”.

Esta invocación a la jurisprudencia del TEDH queda corroborada precisamente con la expresa aceptación de la doctrina establecida en la Sentencia prejudicial del TJUE sobre el Asunto *Melloni*, como elemento adicional de interpretación del artículo 24.2 de la Constitución por la vía del artículo 10.2 de ésta, para arribar a la conclusión de que no se produce vulneración de dichos derechos, aunque no se condicione la concesión de Euroórdenes a la disponibilidad para el afectado de juicio rescisorio en el Estado miembro emisor, cuando voluntariamente no

haya comparecido en el proceso penal de partida y haya designado Abogado que le represente y defienda en él: “Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que «en lo que atañe al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47 de la Carta y de los derechos de la defensa garantizados por el artículo 48, apartado 2, de ésta, se ha de precisar que, aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto (véase, en particular, la Sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, C-619/10, Rec. p. I-0000, apartados 52 y 55). El acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. Más concretamente, no se produce una vulneración del derecho a un proceso equitativo, aun si el interesado no ha comparecido en el juicio, cuando haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni* , apartado 49]»”.

Nada dice expresamente, por el contrario, la STC 26/2014 sobre la incidencia del artículo 53 de la Carta en la decisión del amparo, por lo que, al menos implícitamente, también parece que el TC acepta en este punto lo resuelto por la Sentencia prejudicial del TJUE. Pero quizás no sea del todo así. En realidad, el viraje del TC en cuanto al sentido del canon internacional interpretativo del artículo 24.2 de la Constitución española, tanto a la luz de la jurisprudencia del TEDH cuanto a la del TJUE (Sentencia prejudicial en el Asunto *Melloni* incluida), elimina la colisión entre el precepto y la Decisión Marco reguladora de la Euroorden. Y desapareciendo la antinomia, lo hace también la necesidad de aplicar el artículo 53 de la Carta para resolverla. Pero quizás sí que haya remisión en la STC 26/2014, aunque implícita, tanto a dicho precepto de la Carta, el artículo 53, cuanto, sobre todo, a la interpretación dada al mismo por la Sentencia prejudicial del TJUE en el Asunto *Melloni*. Tal vez sea ésta la razón de que el primer fundamento de la STC 26/2014 invoque la doctrina de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos como contralímites materiales a la integración europea, que expuso la DTC 1/2004, pues en ella se consideraba condición de constitucionalidad del precepto equivalente en el Proyecto de Constitución europea precisamente su valor de estándar mínimo europeo compatible con un eventual estándar nacional, que parecía desprenderse de la formulación literal del mismo.

Estaría advirtiendo de este modo la STC 26/2014 que la constitucionalidad interna de la Carta como texto internacional de Derecho originario de la UE (valor que le otorga el artículo

6.1 del TUE) dependería de que el artículo 53 de la misma efectivamente tenga ese valor de estándar mínimo europeo de protección de los derechos compatible con un nivel nacional superior. Lo cual permitiría no descartar en el futuro el planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el precepto, cuando en el marco de un asunto concreto, no llegue el TC a un acuerdo con el TJUE mediante el planteamiento de un nuevo reenvío prejudicial, si alguna norma de la Unión ofreciese un nivel inferior de protección de un derecho fundamental que su regulación constitucional interna.

Tal vez habría tenido más sentido evocar la teoría de los derechos constitucionalmente protegidos como contralímite interno a la integración supranacional en el propio planteamiento de la cuestión prejudicial en el ATC 86/2011, en torno a la interpretación del artículo 53 de la Carta, pero en dicho Auto el Pleno del TC pareció adoptar una estrategia “amigable” de persuasión y deferencia hacia el TJUE, que a la postre no dio el resultado que se buscaba. Quizás considerase el TC que no merecía la pena “batallar” más por la intangibilidad del nivel nacional de protección de los derechos frente a las normas de la Unión, dado el contexto en que surgió esa diferencia de niveles de protección de los derechos: en una interpretación jurisprudencial del propio TC respecto a un precepto constitucional que nada decía específicamente al respecto, en una tesitura que ha servido para que evadieran la justicia penal de otros Estados miembros de la UE personas sentenciadas en ellos por delitos muy graves.

Pero la evocación en la STC 26/2014 del Asunto *Melloni* a la DTC 1/2004, y su doctrina de los derechos constitucionalmente reconocidos como contralímites materiales a la integración podría eventualmente en el futuro servir de fundamento para activar un control interno del respeto a esos contralímites cuando, por ejemplo, esté en juego la primacía de una norma europea que otorgue un nivel de protección inferior a un derecho constitucionalmente reconocido de manera que colisione, no ya con una interpretación jurisprudencial discutible y reversible, como ha sucedido en el Asunto *Melloni*, sino con la propia literalidad del correspondiente precepto reconocedor del mismo derecho en la Constitución española. O quizás más específicamente, en caso de colisión con el contenido esencial del mismo, barrera que el artículo 53.1 de la propia Constitución impone a todo desarrollo legislativo de los derechos.

Se ha dicho que el ATC 86/2011 ha permitido al TC rectificar preguntando²⁸(ya vimos que el Voto Particular a dicho Auto planteaba lisa y llanamente la necesidad de rectificar y lo innecesario que a este efecto era interponer la cuestión prejudicial, por más que interesantes y operativas fueran las preguntas planteadas). Pero es que las respuestas ni siquiera han sido

²⁸ M. REVENGA SÁNCHEZ, “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia...”, *cit.*

“interesantes”, sino, a lo más, oportunistas. El TJUE ha aprovechado la ocasión que el TC español le brindaba para reafirmar la primacía del Derecho de la Unión sobre las Constituciones nacionales en un aspecto tan sensible como el superior nivel de protección de los derechos que éstas puedan ofrecer con respecto al dispensado por el Derecho de la UE. Incurriendo sin titubeos en el riesgo que apuntaba el propio ATC 86/2011, la STJUE sobre el Asunto *Melloni* priva de contenido propio al artículo 53 de la Carta y lo convierte en mero eco repetitivo del artículo 51, obviando la evidente dicción literal del precepto, que claramente lo formula como cláusula de estándar mínimo del Derecho de la Unión haciéndolo compatible con el superior nivel eventualmente existente en el Derecho nacional, con su Constitución a la cabeza (esto es, no impidiendo esa compatibilidad, ni la pervivencia de ese mayor valor tuitivo nacional). En otras palabras, el TC ha dado al TJUE la oportunidad, no ya de preservar la clásica jurisprudencia de este último sobre la primacía del Derecho comunitario, sino además de “primar la primacía” sobre la redacción, nada menos, que de un precepto de Derecho originario (en virtud del artículo 6.1 del TUE): el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Se ha afirmado también en la doctrina española que el ATC 86/2011 formulaba unas preguntas osadas (Ignacio TORRES MURO²⁹). Pero, más que osadas, el contenido y el discurso de la Sentencia del TC subsiguiente a la Sentencia prejudicial del TJUE pueden llevar a pensar, simplemente, que esas preguntas probablemente fueran superfluas. Esto es, que parafraseando de nuevo a Miguel REVENGA SÁNCHEZ³⁰, no era necesario preguntar para rectificar. Máxime, cuando a consecuencia de las preguntas se ha obtenido el mencionado e inesperado efecto general, trascendiendo de las cuestiones concretas que se ventilaban en el Asunto *Melloni*: la imposibilidad de hacer prevalecer el estándar eventualmente superior de protección de los derechos resultante de la Constitución nacional sobre el propio del Derecho de la Unión cuando se trate de la aplicación de este último por las autoridades del correspondiente Estado miembro. Doctrinalmente se ha llegado a plantear, con respuesta negativa hasta ahora³¹, si ello pondría en tela de juicio la identidad constitucional de España como Estado, en los términos del artículo 4.2 del TUE. Es de notar que el Gobierno español no invocó en el procedimiento prejudicial ante el TJUE durante el *Asunto Melloni* la cláusula de identidad constitucional³², y

²⁹ I. TORRES MURO, “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013”, *cit.*

³⁰ M. REVENGA SÁNCHEZ, *op. cit.*

³¹ Acerca de esta cuestión, para descartar la afectación concreta en la Sentencia *Melloni*, véanse las interesantes consideraciones de J. I. UGARTEMENDÍA EZEIZABARRENA y S. RIPOL CARULLA, “La Euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 46, 2013, especialmente pp. 180 y ss.

³² Como puso de relieve el Abogado General Sr. Yves Bot en sus Conclusiones sobre el Asunto Melloni (punto 141), confundiendo la posición del Reino de España con la expresada por el Gobierno español durante la

también que concurrió con su voto afirmativo a la aprobación en 2009 de la reforma de la Decisión Marco que introdujo la prohibición de la condicionalidad en casos de condenas en ausencia, al mismo tiempo que el TC reafirmaba dicha condicionalidad como requisito de constitucionalidad interna de las resoluciones judiciales concediendo la ejecución de Euroórdenes para el mismo tipo de supuestos³³.

Y, dicho sea de paso, no sólo se ha obtenido el inesperado efecto antes referido con el triple reenvío prejudicial, sino además una extensión o ampliación del tradicional principio de primacía, que si antes de la Sentencia *Melloni* del TJUE quedaba confinado al ya de por sí amplio ordenamiento jurídico comunitario, dicha Sentencia prejudicial lo ha extendido a una norma de Derecho del tercer pilar, en una suerte de “supercasación” comunitaria de la anterior Sentencia *Pupino* del TJUE (que no atribuía primacía a este Derecho de la Unión de origen intergubernamental, sino sólo una eficacia “moldeadora” de la interpretación del Derecho nacional, con el relevante límite del respeto a la literalidad de las disposiciones internas aplicables). Un Derecho que no sólo es de origen intergubernamental, y no supranacional, sino, sobre todo, un Derecho, el del tercer pilar, desprovisto de efecto directo por propia previsión del Derecho originario (antiguo tenor del artículo 34.2 del TUE, mantenido en vigor a estos efectos por el artículo 10 del Protocolo n.º 36 sobre las disposiciones transitorias, anejo a los Tratados de la Unión y de Funcionamiento de la Unión, introducido por el Tratado de Lisboa, como anteriormente se hizo notar).

Y esta extensión puede ser grave cuando la colisión no se produzca, como en el presente caso, únicamente con líneas jurisprudenciales del TC susceptibles de cambiarse mediante una nueva Sentencia, sino que lo sea con la propia literalidad de un precepto constitucional reconocedor de un derecho fundamental. La STC 26/2014 parece cerrar el diálogo del TC con el TJUE, y de hecho lo hace con respecto al Asunto *Melloni*, en cuyo marco surgió la triple cuestión prejudicial. Pero ese diálogo puede reabrirse en cualquier momento, cuando, como acaba de decirse, surja la antinomia, más que entre jurisprudencias de los dos Tribunales, entre la literalidad de preceptos ubicados en la cúspide de los respectivos ordenamientos: esto es, entre preceptos de los Tratados y de la Constitución española. Especialmente los susceptibles de amparo constitucional, procedimiento que, como atestigua el caso aquí analizado, puede abrir nuevamente una vía de interlocución entre ambos Tribunales.

tramitación de la cuestión prejudicial: *Vid.*, al respecto, P. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 30, 2013, pág. 14.

³³ De nuevo, P. MARTÍN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 11 y 12.