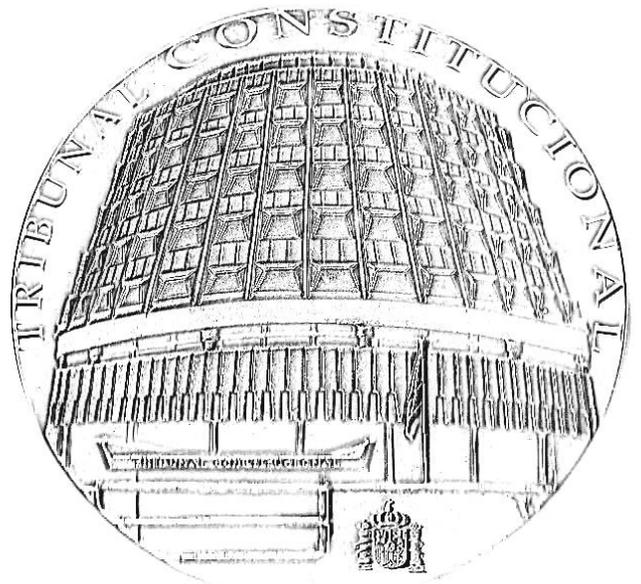


XIV Conferencia Trilateral 15-17 de noviembre 2012

Lisboa



**Extradición y euroorden como formas
de cooperación internacional.
Doctrina constitucional**

España

Encuentro trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España

Lisboa, noviembre de 2012

**EXTRADICIÓN Y EUROORDEN COMO FORMAS DE
COOPERACIÓN INTERNACIONAL. DOCTRINA
CONSTITUCIONAL**

Ponencia española

Magistrado don Juan José González Rivas

Letrado don Rafael Alcácer Guirao

Sumario:

Capítulo primero. Aspectos introductorios

- I. La regulación española de la extradición.
- II. Extradición, Constitución y derechos fundamentales.
- III. Planteamiento de la ponencia.

Capítulo segundo. La protección *ad intra* de los derechos fundamentales

- I. La legalidad extradicional. Derechos concernidos y problemas abordados
 1. *El principio de legalidad extradicional.*
 2. *El derecho a la tutela judicial efectiva -artículo 24.1 CE- y su conexión con el derecho a la libertad – artículo 17.1 CE-.*
 3. *“Tratado o ley”.*
 4. *“...atendiendo al principio de reciprocidad”.*
 - 4.1. La reciprocidad en el sistema de extradición.
 - 4.2. La reciprocidad en la euroorden.
 5. *La entrega de nacionales*
 6. *La publicidad de las normas*
- II. Otros supuestos de vulneración “directa” en la extradición y la euroorden
 1. *Efecto de cosa juzgada y modificación del sistema jurídico de entrega*
 2. *Garantías del proceso*

Capítulo tercero. La protección *ad extra* de derechos fundamentales: la doctrina de la vulneración “indirecta”

- I. Introducción. Antecedentes
- II. La doctrina de la vulneración “indirecta” y el contenido absoluto de los derechos fundamentales
 1. *La STC 91/2000 y el “contenido absoluto” de los derechos fundamentales*
 2. *Obligación de los órganos judiciales españoles y grado de exigencia probatoria*
- III. Derechos fundamentales concernidos
 1. *El derecho a la vida y a no sufrir torturas y tratos inhumanos y degradantes*
 2. *Pena de muerte y cadena perpetua*
 3. *Derecho a un proceso con todas las garantías: condenas en ausencia*
 - 3.1. En la extradición
 - 3.2. En la euroorden

Capítulo cuarto. El planteamiento de la cuestión prejudicial sobre la protección *ad extra* frente a condenas en rebeldía

- I. Introducción

II. Contenido de la cuestión prejudicial
III. Conclusiones del Abogado General

ANEXO DE DOCUMENTACIÓN

1. Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva
2. Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957
3. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959
4. Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, de 19 de junio de 1990
5. Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio
6. Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.
7. Decisión marco 2009/299/JAI de 26 de febrero
8. Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, de 20 de marzo
9. Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre
10. Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de planteamiento de la cuestión prejudicial
11. Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-399/11 (*Stefano Melloni*), sobre la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional español

Capítulo primero

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

I. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA EXTRADICIÓN Y LA EUROORDEN

De igual modo a como es concebida por otros países de nuestro entorno, la legislación española configura la extradición como un acto de auxilio judicial internacional de naturaleza mixta gubernativa-judicial, que precisa la intervención y aceptación de la entrega tanto del Gobierno como de los órganos judiciales.

En palabras del Tribunal Constitucional (TC), “en el vigente Derecho español la extradición pasiva o entrega de un ciudadano extranjero a otro Estado constituye un procedimiento mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición. En el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (SSTC 102/1997, 222/1997, 5/1998; AATC 307/1986, 263/1989, 277/1997). Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado. Si los órganos españoles competentes estiman procedente la demanda de extradición, ello acarrea como consecuencia directa e inmediata la salida del sujeto del territorio español y su correlativa entrega a las autoridades del Estado requirente; y como consecuencia indirecta, el posible enjuiciamiento y, en su caso, cumplimiento de una sanción jurídica de naturaleza penal en el ámbito del Estado requirente”¹.

Así, la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (LEXP) afirma en su Preámbulo que en la misma se mantiene el “principio cardinal” relativo a que “la extradición, como acto de soberanía en relación con otros Estados, es función del Poder Ejecutivo, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley”; si bien posee un “aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los Tribunales en cada caso con la intervención del Ministerio Fiscal”.

El procedimiento se inicia con la recepción de la solicitud del Estado requirente por el Gobierno y la adopción por el Consejo de Ministros de un acuerdo sobre la continuación en vía judicial del procedimiento de extradición. A continuación, el procedimiento se estructura en dos fases:

a) Una primera de carácter judicial, en la que, tras la celebración de una vista oral con presencia de las partes, la Audiencia Nacional dicta una resolución con

¹ SSTC 141/1998, de 29 de junio FJ 3; 156/2002, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 2; 191/2009, de 28 de septiembre; FJ 3.

arreglo a criterios técnicos sobre la procedencia de la entrega. La decisión judicial es susceptible de recurso, que resuelve el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La denegación de entrega no podrá ser revisada por el Gobierno. La concesión de la extradición, en cambio, habrá de ser confirmada por el Poder ejecutivo.

b) En esta segunda fase gubernativa, el Consejo de Ministros decide la concesión de la extradición sin quedar vinculado a la declaración de procedencia de la entrega dictada por la autoridad judicial, pudiendo denegarla “en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad, o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España” (artículo 6 LexP). Como afirma el Preámbulo, la denegación de la entrega “en ningún caso implicará incumplimiento de las resoluciones judiciales, habida cuenta del distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno, técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad los primeros y políticos, esencialmente, el segundo”². Contra lo acordado por el Gobierno no cabe recurso alguno³.

Junto a la figura de la extradición, el legislador español ha incorporado al conjunto de mecanismos de cooperación jurídica internacional la orden europea de detención y entrega (euroorden), transponiendo la Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio, en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (LOEDE). Se afirma en la Exposición de Motivos que con la euroorden se lleva a cabo una “sustitución de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega” más ágil y eficaz, basado en los principios de confianza recíproca y reconocimiento mutuo y conformado en torno a una “cooperación judicial directa”, sin apenas intervención del ejecutivo. Ello - enfatiza el legislador español- se justifica “si se tiene en cuenta que, en el espacio en el que opera el principio de reconocimiento mutuo, que es un espacio de confianza recíproca, proceder a una verificación de la situación política del Estado emisor de la orden no parece tener ya mucho sentido”. Son tales principios de mutuo reconocimiento y confianza que presiden las relaciones “entre Estados cuyos valores constitucionales se basan en el respeto a los derechos fundamentales y en los principios democráticos” los que, en fin, justifican que la entrega se “produzca de forma prácticamente

² Es de mencionar a este respecto la reiterada afirmación del Tribunal Supremo acerca de que “al Gobierno no le corresponde controlar la posible vulneración de derechos en que haya podido incurrir la resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que declaró procedente la extradición”, “por ser ésta una función que, además de no tener la reconocida en la tan repetida Ley 4/85, sería contraria a los mandatos constitucionales que proclaman la independencia y exclusividad del ejercicio del poder jurisdiccional, conforme al artículo 117 de la Constitución” (SSTS de 22 de diciembre de 2005 [RJ 2006/756]; 1 de junio de 2008 [RJ 2008/3140]).

³ A este respecto, el Tribunal Supremo ha venido afirmando que nos hallamos ante una decisión perteneciente al núcleo de actividad política del Gobierno, que por tal razón está exenta del control jurisdiccional, a salvo de cuestiones formales y regladas (por todas, STS de 27 de enero de 2010 [RJ 2010/226]).

automática, sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno”.

II. EXTRADICIÓN, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución española (CE) de 1978 introdujo la extradición dentro de su articulado con el doble fin de consagrar el principio de *legalidad extradicional*, y de proscribir la extradición por delitos políticos; es de destacar también que, a diferencia de otras Constituciones europeas, no introdujo prohibición o restricción alguna a la entrega de nacionales.

Así, el artículo 13.3 CE dispone lo siguiente: “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.

El citado precepto no consagra un derecho subjetivo susceptible de ser protegido por vía del recurso de amparo; no obstante, el TC ha venido poniendo de manifiesto que en la extradición se ven afectados de modo directo derechos fundamentales cuya vulneración sí puede ser fiscalizada no sólo por los órganos judiciales, sino asimismo en sede constitucional. En tal sentido, ya con ocasión de la primera sentencia dictada en materia de extradición, afirmó el TC que de ello “no se infiere que absolutamente todas las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de expedientes o procesos de extradición deban quedar marginadas de la posibilidad del recurso de amparo constitucional, ya que (...) cabe el planteamiento de pretendidos quebrantos de derechos y libertades constitucionalmente protegidos” por vía de amparo⁴.

Por de pronto, el obligado sometimiento a la legalidad extradicional – ya sea tratado, ya sea ley nacional- presupone la exigencia constitucional de que la decisión sobre la entrega se plasme en una resolución fundada en Derecho, que por tanto ha de ser acorde al derecho a la tutela judicial efectiva -artículo 24.1 CE-⁵. Junto a ello, en la extradición siempre se verá afectado el derecho fundamental a la libertad- artículo 17 CE- así como el derecho a la libertad de residencia y de entrada y salida del territorio del Estado -artículo 19 CE-, “toda vez que la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos sobre el eventual derecho del reclamado a permanecer en nuestro país y como última consecuencia sobre el cumplimiento de una pena privativa de libertad”⁶. Pero además, y tal como luego se expondrá con mayor detalle, los pronunciamientos

⁴ STC 11/1983, de 21 de febrero, FJ 1. Reiterado después, entre muchas, en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6.

⁵ SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 2.

⁶ STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 3. *Vid.* también: SSTC 141/1998, de 29 de junio, FJ 6; 30/2006, de 30 de enero, FJ 4.

que acuerdan la extradición pueden conllevar la vulneración de otros derechos fundamentales, no sólo “directa”, producida en la propia sustanciación del procedimiento extradicional y por defectos de la propia decisión judicial, sino también en atención a las consecuencias que para los derechos de la persona pueden producirse una vez entregado al Estado requirente, respecto de las que, según la doctrina constitucional, son competentes los órganos judiciales españoles y a quienes, por tanto, puede serles imputada su vulneración “indirecta” (STC 91/2000, de 30 de marzo).

Ante la intensa incidencia de la extradición en los derechos de los ciudadanos, el control judicial de la decisión de entrega adquiere una importancia esencial, debiendo ir más allá del control del “aspecto técnico penal y procesal” de que habla el Preámbulo de la LExP para erigirse en una verdadera garantía jurisdiccional, dirigida a velar por el respeto a los derechos fundamentales del *extraditurus*. Si bien la Constitución no ha plasmado expresamente tal garantía, el TC ha venido destacando su relevancia, aseverando que “cuando los órganos judiciales españoles competentes deciden sobre si se cumplen los requisitos y garantías previstos en las normas de aplicación, bien se trate de leyes internas o de tratados internacionales, para acordar la entrega del sujeto afectado, desarrollan una labor de la mayor trascendencia, no sólo teniendo en cuenta la relevancia de los derechos e intereses del reclamado que pueden estar en juego, sino también considerando que una vez verificada la entrega al Estado requirente las lesiones de los derechos de aquél que se hayan producido o puedan producirse en el futuro y que se estén denunciando en el procedimiento de extradición van a convertirse, normalmente, en irreparables por los órganos judiciales españoles (o, incluso, por otros poderes públicos de nuestra Nación), en cuanto que éstos van a perder las posibilidades de actuación para conseguir tal finalidad reparadora aun cuando con posterioridad resulte, de una u otra manera, que tales lesiones, efectivamente, se han producido”⁷.

III. PLANTEAMIENTO DE LA PONENCIA

El TC ha venido reiterando que “no es el Juez de la extradición, sino el órgano de control del Juez de la extradición en materia de garantías constitucionales”, por lo que no le “corresponde decidir si una extradición es o no procedente en un caso concreto, sino únicamente si en el procedimiento previo a la decisión judicial que la autoriza o declara improcedente, o con la decisión misma, se ha lesionado o no algún derecho fundamental de los constitucionalmente protegidos”⁸. Esa restricción en su ámbito de cognición no ha impedido el dictado de un significativo número de resoluciones en materia

⁷ STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 3

⁸ STC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 351/2006, de 23 de julio, FJ 3.

extradicional y, con ello, el desarrollo de una doctrina constitucional sobre las garantías que debe revestir la entrega de un ciudadano a las autoridades de otro Estado.

Conviene advertir, a este respecto, que todos los pronunciamientos del TC en materia extraditacional se han producido en el marco del recurso de amparo y, por ello, con relación a la concreta salvaguarda de derechos fundamentales subjetivos. A diferencia de otros Tribunales Constitucionales – como el alemán o el polaco-, el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad abstracta de la legislación. No obstante, se pondrá de manifiesto con posterioridad que algunas decisiones del TC han procedido, siquiera implícitamente, a una interpretación conforme a la Constitución de la LOEDE, introduciendo por vía exegética garantías que el legislador había optado por excluir. Capítulo aparte merece, por lo demás, la reciente cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante Auto 86/2011, de 9 de junio, que traslada a Luxemburgo la controversia – vigente en el seno del TC desde hace más de una década- acerca de si, por expresarlo en términos genéricos, los deberes de cooperación judicial en el seno de la Unión Europea y el principio de reconocimiento mutuo imponen la necesidad de rebajar el nivel de exigencia en la protección de derechos fundamentales fijado por el TC como condición para acceder a la entrega.

A continuación se expondrá el contenido de la doctrina constitucional desarrollada con relación a la extradición y la euroorden, empleando la diferenciación antes apuntada entre la protección *ad intra* frente vulneraciones “directas” por parte de los órganos judiciales españoles (*Capítulo segundo*), y la protección *ad extra* frente a vulneraciones “indirectas” (*Capítulo tercero*). Después, se analizará el texto y contexto de la cuestión prejudicial (*Capítulo cuarto*).

Capítulo segundo

LAS VULNERACIONES “DIRECTAS” DE DERECHOS FUNDAMENTALES

I. LA LEGALIDAD EXTRADICIONAL Y LOS DERECHOS CONCERNIDOS

1. *El principio de legalidad extradicional*

“La primera y más fundamental de las garantías del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el artículo 13.3 CE: tratado o ley, atendiendo al principio de reciprocidad”⁹. Como ya se ha puesto de manifiesto, la CE introduce en su artículo 13.3 el principio de legalidad extradicional, garantía que, si bien no es susceptible de ser directamente invocada por vía de amparo, se halla conectada con derechos subjetivos susceptibles de la máxima protección constitucional, tales como la libertad –artículo 17.1 CE-, el derecho a la tutela judicial efectiva – artículo 24.1 CE-, el derecho a un proceso con todas las garantías – artículo 24.2 CE- o el derecho a la legalidad- artículo 25.1 CE-¹⁰.

“Esta garantía, incluida en la máxima *nulla traditio sine lege*, obedece a distintas finalidades. Por una parte, pretende que la extradición quede sometida básicamente a reglas jurídicas y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio, según se deriva del artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del artículo 5.1 f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, el principio *nulla traditio sine lege* supone subordinar a normas adoptadas por los legítimos representantes la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la decisión favorable o desfavorable respecto a la entrega. Y, finalmente, permite ofrecer a los destinatarios una mayor seguridad jurídica, en atención a la necesaria previsibilidad de las consecuencias de los propios actos, en relación con una medida como la extradición que determina efectos perjudiciales en la esfera del afectado y, en sentido amplio, en su derecho a la libertad”¹¹.

2. *El derecho a la tutela judicial efectiva -artículo 24.1 CE- y su conexión con el derecho a la libertad – artículo 17.1 CE-*

La garantía de la legalidad extradicional conlleva el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva. Ello es así por cuanto “la decisión judicial de extradición sin soporte legal constituye un vacío de tutela en cuanto decisión no fundada en Derecho (...) En efecto, de las finalidades acabadas de mencionar se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva viene a configurar en realidad el primer filtro de revisión constitucional del respeto al principio de legalidad extradicional, en la medida en que si tal principio exige que la

⁹ STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3.

¹⁰ SSTC 141/1998, de 29 de junio, FJ 4; ATC 114/1991, de 11 de abril, FJ 2.

¹¹ SSTC 141/1998, de 29 de junio, FJ 4; 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3; 30/2006, de 30 de enero, FJ 4

extradición sea acordada con arreglo a tratado o ley, con la finalidad de aportar mayor seguridad jurídica y someter a reglas jurídicas el procedimiento de entrega, su incumplimiento –esto es, acceder a la entrega sin la cobertura legal habilitante– derivará *eo ipso* en un reproche de arbitrariedad por no estar fundada en Derecho”¹².

Las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva de que la resolución esté fundada en Derecho, y que su motivación no esté incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente, deben venir presididas por un canon reforzado, dado que las resoluciones que se pronuncian sobre la extradición afectan directamente a “derechos fundamentales sustantivos tales como el derecho a la libertad de residencia y a la entrada y salida en España, o el derecho a la vida y a la integridad física (arts. 15 y 19 CE)”. Ese “plus de motivación” “hace referencia a criterios de orden cualitativo y no cuantitativo (por todas STC 196/2002, de 28 de octubre), al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado artículo 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no exterioricen o manifiesten de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas”¹³.

3. “Tratado o ley”.

Con arreglo al artículo 96.1 CE, “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno”, constituyendo por tanto válida cobertura legal para acordar la extradición. Además, y como ha puesto de manifiesto el TC en distintas ocasiones, la existencia de un tratado internacional – como el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (CEEx), que España ratificó en 1982, o de un Convenio bilateral- posee primacía aplicativa ante la LExP, que tiene carácter supletorio y sólo operará en ausencia de convenio¹⁴.

El preámbulo de la LExP recalca que se inspira en el CEEx, por lo que no existirán grandes divergencias en la aplicación de una u otra normativa. No obstante, sí cabe apuntar una importante diferencia en lo tocante a la *entrega de nacionales*. Sobre ello se volverá en un epígrafe posterior.

¹² STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3.

¹³ STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3. Ello es resaltado también por las SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 120/2008, de 13 de octubre, FJ 2, entre otras.

¹⁴ SSTC 11/1985, de 30 de enero, FJ 4; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5; 102/2000, de 10 de abril, FJ 8 ; STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 10.

4. "...atendiendo al principio de reciprocidad"

4.1. La reciprocidad en el sistema de extradición

Algunas demandas de amparo dirigidas contra resoluciones judiciales que acordaban la extradición han apelado al principio de reciprocidad, recogido en el artículo 13.3 CE, como criterio denegatorio de la entrega: considerando, más concretamente, que en la misma medida en que el Estado requirente no hubiera accedido a la extradición en un supuesto recíproco, el órgano judicial español debería haberla denegado.

Ante alegaciones de esa índole, El TC ha venido restando relevancia constitucional al principio de reciprocidad desde el plano de la protección de derechos fundamentales, y declinando su competencia para controlar las decisiones judiciales sobre esa cuestión, a salvo de eventuales supuestos de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad en su aplicación; lesivas, por ello, del derecho a la tutela judicial efectiva. Como el propio TC ha manifestado, "no ha conformado una doctrina acerca del principio de reciprocidad plasmado en el art. 13.3 CE- dado su limitado ámbito de competencia en materia de legalidad extradicional, circunscrito al canon del art. 24.1 CE-"¹⁵.

Ese derecho fundamental, en relación con el principio de reciprocidad fue el invocado por quienes, acordada su extradición a Italia, interpusieron sendas demandas de amparo que dieron lugar a las SSTC 87/2000, de 27 de marzo, y 102/2000, de 10 de abril. El idéntico problema planteado en ambas radicaba en que la Audiencia Nacional había acordado la extradición de un ciudadano español a Italia, pese a que, ante la solicitud de garantía de reciprocidad solicitada por el órgano judicial, el Ministerio de Justicia del Estado requirente había respondido que no podía asegurar un resultado positivo ante demandas de extradición de ciudadanos italianos¹⁶; el órgano judicial español consideró que tal respuesta no podía entenderse como una negativa a que en supuestos idénticos las autoridades de la República de Italia no entregarían a un nacional italiano, sino que estaba basada en una elemental cautela al no poder anticipar el poder ejecutivo lo que los tribunales italianos pudieran decidir¹⁷. Frente a ello, argumentaban los recurrentes que acceder a la

¹⁵ STC 30/2006, de 30 de enero, FJ 7.

¹⁶ Más concretamente, la respuesta había sido la siguiente: "Teniendo en cuenta el art. 6 del Convenio Europeo de Extradición, firmado en París el 13-12-1957, el art. 26 de la Constitución italiana, así como las recientes interpretaciones del Tribunal Constitucional italiano en materia de extradición, este Ministerio no tiene competencia para asegurar un resultado positivo a las demandas relativas a la extradición de los ciudadanos italianos fundada en el Convenio Europeo de Extradición, incluso en presencia de las condiciones ulteriores previstas por el mismo Convenio".

¹⁷ Añadía además que "(e)l artículo 26 de la Constitución Italiana ('La extradición de un ciudadano sólo puede ser concedida cuando esté prevista expresamente por las convenciones internacionales. En ningún caso puede admitirse para los delitos políticos') no prohíbe la extradición de los ciudadanos italianos y, así las cosas, la reciprocidad en materia de extradición entre Italia y España en lo que afecta a la extradición de sus respectivos nacionales no puede, en

extradición entendiendo tal respuesta como una satisfacción de la garantía de reciprocidad exigida constituía una motivación arbitraria e irrazonable.

El TC rechaza tal pretensión empleando dos argumentos. El primero radica en la advertencia de que "la determinación del contenido y alcance del principio de reciprocidad constituye una cuestión susceptible de diversas interpretaciones, en particular en lo atinente al grado de similitud, o incluso identidad, de los supuestos de hecho, que constituye el presupuesto para exigir al Estado requirente garantía de reciprocidad" (FJ 7 y FJ 10, respectivamente), viniendo de ello a concluir – así cabe inferirlo- que no siendo unívoca la noción de la reciprocidad ni la concurrencia de sus requisitos, la conclusión de la Audiencia Nacional entraba dentro de una de las posibles interpretaciones y no era, por ello, manifiestamente irrazonable.

El segundo argumento, que se revela como el decisivo, no es realmente un juicio sobre la motivación del órgano judicial, sino más bien una restricción de las posibilidades de revisión de la reciprocidad, asignando al Gobierno la decisión última sobre la misma: "tal y como establecen los arts. 1.2 LExP y el art. 278.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), "la determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponderá al Gobierno", por lo que nada impide que, en la siguiente fase gubernativa del expediente de extradición, la misma sea nuevamente valorada por el órgano correspondiente del Poder Ejecutivo. Así, si a tenor del art. 6.2 LExP, "la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad...", y si "contra lo acordado por el Gobierno no cabrá recurso alguno" (art. 6.3 LExP), nada impide que, finalizada la fase jurisdiccional, el Gobierno exija nuevas garantías, que deniegue la extradición si considera que no es suficiente la garantía prestada para acceder a la entrega, o que, en su caso, la admita" (FJ 7 y FJ 10).

Distinto era el efecto de la reciprocidad pretendido por los demandantes de amparo en las SSTC 30/2006, de 30 de enero, y 177/2006, de 5 de junio; y distinta ha sido la respuesta proporcionada por el TC. Ante la entrega de los recurrentes – ambos de nacionalidad española - a Francia, acordada por la Audiencia Nacional a través del sistema de euroorden, alegaron que la aplicación de la reciprocidad con Francia habría debido llevar a la Audiencia Nacional a aplicar el CEEEx en lugar de la euroorden, y además a no entregar nacionales. Lo primero por cuanto, siendo los hechos por los que se solicitaba la entrega anteriores a 1993, Francia había formulado una declaración al artículo 32 de la Decisión marco, en la que se disponía que, como Estado de ejecución, seguirá tramitando con arreglo al sistema extradicional las solicitudes de entrega relativas a actos cometidos antes del 1 de enero de 1993. Lo segundo – la no entrega de nacionales-, porque al igual que Italia, Francia había hecho una

el momento actual, considerarse comprometida o quebrantada por parte del Estado reclamante ..."

reserva al artículo 6 del CEEEx, según la que no entregaría a sus nacionales. El recurrente aspiraba, así, a una *doble* aplicación de la reciprocidad: la primera, a los efectos de fijar la normativa aplicable - que, de igual modo a como haría Francia para los mismos hechos, habría de ser la de extradición pasiva-; la segunda, para que se rechazara la entrega de nacionales, al igual que hacía Francia en el régimen de la extradición.

En respuesta a tales pretensiones, el TC aplica el canon de tutela judicial efectiva y rechaza que los órganos judiciales que acordaron la entrega hubieran incurrido en arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad; a tal fin, reitera la ambigüedad semántica del término, pero abandona la premisa que en decisiones había manejado relativa a la competencia del Gobierno. En su lugar, la STC 30/2006 introduce un criterio que, pese a entenderlo fundado en pronunciamientos anteriores del TC, es radicalmente novedoso: “la previsión de que la extradición se conceda ‘atendiendo al principio de reciprocidad’ (art. 13.3 CE) ha sido interpretada por este Tribunal, en las citadas Sentencias, como una garantía de protección de determinados bienes jurídicos protegidos por el Derecho español y, muy en particular, los derechos del ciudadano sujeto a la entrega, por lo que, en consecuencia, sólo en caso de un posible menoscabo de esos derechos el principio de reciprocidad habría de ser activado como causa vinculante de denegación” (FJ 7).

En ello abundará el TC con los siguientes términos: “Dicha concepción es la que debe presidir el control que desde este Tribunal cabe efectuar sobre alegaciones que, como la presente, se proyectan sobre el tratamiento asignado al principio de reciprocidad por parte de la Audiencia Nacional, por cuanto, no estableciendo el art. 13.3 CE derechos susceptibles de ser objeto de protección directa a través del recurso de amparo, la decisión de en qué grado haya de atenderse a la reciprocidad en la decisión de entrega es una cuestión que cae del lado de la legalidad ordinaria, la cual, por tanto, y salvo que la desatención de la reciprocidad comprometa la salvaguarda de derechos fundamentales del reclamado, o bien que su aplicación venga presidida por una motivación manifiestamente irrazonable o de todo punto arbitraria, queda extramuros de nuestra competencia” (FJ 7).

Tal vinculación de la reciprocidad con la lesión de derechos fundamentales auspiciaría *prima facie* un mayor protagonismo del principio constitucional en sede de amparo, máxime si se tiene en cuenta que, de haberla considerado un instituto de decisión eminentemente política (razón por la que correspondería al Gobierno), el TC pasa a entenderla como una suerte de mecanismo de control de la vulneración de derechos. No obstante, lo cierto es que tal mutación no va tener virtualidad alguna en la práctica. No la tuvo en la STC 30/2006, en la que se rechazó ese motivo de amparo afirmando que la reciprocidad no se proyectaba sobre aspecto alguno “que pudiera involucrar a derechos fundamentales de la recurrente en caso de entrega, sino sobre la más genérica decisión relativa a la selección de la norma aplicable”. Y no ha de tenerlo con carácter general, por cuanto, si la proyección a derechos fundamentales no se refiere a los que son inherentes a toda decisión de entrega - caso en el que la reciprocidad *siempre* estaría conectada con derechos

fundamentales-, sino a otros derechos cuya indemnidad pudiera estar comprometida en el caso concreto, para la protección de los mismos ya cuenta la doctrina constitucional con la teoría de las vulneraciones indirectas, sin que sea necesario apelar a la reciprocidad para declarar lesiva de derechos una decisión de entrega y, con ello, anularla.

Si no es desde concretas vulneraciones de derechos, la vinculación de la reciprocidad con los derechos fundamentales que introduce la citada sentencia podría tener sentido desde una perspectiva genérica; es decir, no atendiendo a la situación del caso concreto, sino a una comparación entre los sistemas jurídicos y el respeto general a los derechos fundamentales en el Estado requirente. A esta perspectiva de la reciprocidad vendría a referirse la STC 87/2000, de 23 de julio, cuando pone de manifiesto que “la existencia del Tratado constituye al menos un indicio de la mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal necesaria a efectos de despejar los posibles recelos de desigualdad que el enjuiciamiento bajo las leyes de otro Estado puede suscitar” (FJ 5). Esta noción permitiría asignar un ámbito de aplicación autónomo a la reciprocidad como mecanismo de tutela de derechos fundamentales frente a la doctrina de la vulneración indirecta, de modo que mientras esta – como después de expondrá- exige la existencia de una lesión cierta o de un riesgo de lesión concreto (y dirigido concretamente al recurrente), el juego de la reciprocidad permitiría rechazar la entrega ante supuestos de manifiestas desigualdades genéricas en la protección de derechos en el Estado requirente.

Tal parecería ser el criterio que tanto el demandante de amparo como el órgano judicial manejaron en el proceso de extradición que dio lugar a la STC 351/2006, de 23 de julio. El órgano judicial accedió a la entrega a Argelia de un ciudadano argelino (sospechoso de formar parte de Al-Queda) afirmando, frente a las alegaciones de este, que el examen de la reciprocidad “entendida ésta como existencia en el Estado reclamante Argelia de los mismos niveles de respeto a los derechos humanos y de garantía formal de las libertades públicas y privadas similar a las observadas en España, debe ser estimado por el Gobierno”. Pese a ello, la Audiencia Nacional entró a analizar su concurrencia, señalando (según se refleja en la Sentencia del TC) que “Argelia ya no es el Estado que ‘se vio convulso por numerosos atentados terroristas con víctimas mortales’ y que ‘España mantiene relaciones diplomáticas con Argelia, un Estado con el que recientemente se ha firmado un Convenio de asistencia judicial en materia penal, habiéndose entregado en otras ocasiones a personas reclamadas por Argelia por delitos terroristas’”.

El recurrente adujo en vía de recurso que “no son de recibo los argumentos por el Pleno de la Sala de lo Penal, en el sentido de que es ajustada a derecho la entrega del Sr. Ouafi por el principio de reciprocidad, toda vez ... que la extradición pasiva debería circunscribirse a Estados con un sistema jurídico y de valores de características similares lo que no acontece en el caso

que nos ocupa ya que el sistema de valores de la República y el Gobierno de Argelia no es ni de lejos el de nuestro entorno político y cultural". No obstante estar ante un supuesto en el que la reciprocidad sí podría involucrar derechos fundamentales del recurrente, el TC, apelando a su limitado margen de cognición, aplicó el canon de tutela judicial para rechazar que la argumentación del órgano judicial fuera arbitraria o irrazonable (FJ 5). Y cuando hubo de entrar en fondo de la deficitaria situación de los derechos humanos en Argelia, respondiendo al motivo de amparo fundado en el temor a sufrir tratos inhumanos o torturas, lo rechazó apelando a la exigencia, propia de la doctrina sobre la vulneración indirecta, de que "no bastan alusiones genéricas sobre la situación del país" (FJ 7). En suma, tampoco desde esta perspectiva ha tenido la reciprocidad virtualidad alguna en la protección de derechos fundamentales del reclamado.

4.2. La reciprocidad en la euroorden

La conclusión a lo afirmado apunta al escaso potencial que en la doctrina constitucional ostenta el principio de reciprocidad como cláusula de denegación de entrega y, en particular, como mecanismo de tutela de derechos fundamentales. Ello es plenamente coherente en el ámbito de las relaciones de cooperación con Estados dotados de un sistema jurídico equivalente, máxime cuando las relaciones están fundadas en el común sometimiento a un Convenio o Tratado y - como en el caso de los miembros del Consejo de Europa- a un común Tribunal de derechos humanos. Ello ha sido puesto de manifiesto por el TC con relación a la cuestión de la entrega de nacionales - a la que después volveremos- , resaltando que la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma "no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio"¹⁸.

Si ello es así, menos sentido habría de tener la reciprocidad en el sistema de euroorden, estando sostenido sobre el principio de mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales y habiendo sido los Gobiernos desprovistos de todo protagonismo en la decisión de entrega. Tal es, en efecto, la conclusión a que llega la STC 177/2006, de 5 de junio. La cuestión controvertida era la misma que la que se resolvió en la SSTC 30/2006, de 30 de enero, y de igual modo fue resuelta en esta ocasión: rechazando que la no aplicación de la reciprocidad en la selección de la legislación aplicable resultara arbitraria, máxime teniendo en cuenta que la reciprocidad no tenía vinculación con derechos fundamentales.

¹⁸ SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 102/2000, de 10 de abril, FJ 8; 177/2006, de 5 de junio, FJ 6.

Pero la STC 177/2006 introdujo un argumento adicional, relativo a la pérdida de relevancia a la reciprocidad en la euroorden, que me permito trasladar *in extenso*: “(l)a Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia (v. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30 de septiembre de 2003 –Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española, C-405/01– y de 30 de junio de 2005– Tod’s SpA, Tod’s France SARL y Heyraud SA, C-28/04). A ese sistema debe ajustarse el Estado español en relación con la solicitud de entrega que le formule cualquier Estado miembro sobre la base de la Decisión Marco y en relación con hechos incluso anteriores a su entrada en vigor, toda vez que no hizo uso en su día de la posibilidad restrictiva que le brindaba su art. 32, sea cual fuere la actitud observada por el Estado reclamante a este respecto”¹⁹.

5. La entrega de nacionales

El ámbito de situaciones donde con mayor asiduidad se ha apelado al principio de reciprocidad ha sido en la entrega de nacionales; de hecho, todas las sentencias antes citadas en relación con la reciprocidad tenían por objeto la entrega de un nacional español a un Estado que no hacía entrega de sus nacionales. No habiéndose incluido en la CE tal previsión, el TC no ha considerado la extradición de nacionales como un problema constitucional autónomo. No obstante, ha modulado su relevancia en función de si la concreta legislación aplicable sí prevé dicha prohibición – tal como hace el artículo 3.1 de la LExp²⁰ –, pues su inaplicación en el caso concreto o una interpretación arbitraria de la misma podría dar lugar a una resolución no fundada en Derecho.

En palabras de la STC 87/2000, de 27 de marzo, “la entrega de un nacional a un Estado que solicita su extradición puede tener relevancia constitucional aun cuando la Constitución española no establezca una

¹⁹A ello añade: “Dicho de otra manera: en tanto que Francia ha hecho uso de la posibilidad de salirse del referido sistema comunitario en relación con hechos anteriores a una determinada fecha, al haber omitido España hacer lo propio ha de concluirse que permanece dentro del sistema y que, por consiguiente, ha de atender la solicitud de entrega cursada por Francia en relación con hechos anteriores al 1 de noviembre de 2003 aun a sabiendas de que este último país no procedería a entregar a sus nacionales en esas mismas circunstancias, pues la permanencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega excluye toda posibilidad de reclamar una reciprocidad a la que se ha renunciado voluntariamente”.

²⁰Dicho precepto dispone: “No se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales Españoles, según el Ordenamiento Nacional. La cualidad de nacional será apreciada por el tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento Jurídico Español, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición”.

prohibición absoluta como la contenida en los textos constitucionales de otros países, ya que el art. 13.3 sólo prohíbe la extradición por delitos políticos, ni dicha prohibición derive directamente del contenido de los derechos constitucionales susceptibles de amparo. Pues si el art. 3.1 LEP establece la prohibición de extraditar nacionales, resulta evidente que la no aplicación de esta disposición puede ser revisada desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva". Así, "en ausencia de Tratado, la prohibición de extraditar nacionales contenida en la Ley de Extradición Pasiva cobraría su fuerza vinculante y, en consecuencia, su relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva dado el taxativo tenor literal de su art. 3.1, pues difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria una resolución que a pesar del mismo acceda a la extradición de un nacional"²¹.

A otra conclusión, sin embargo, habrá de llegarse cuando se opere con un Tratado que establezca tal prohibición, tal como el Convenio Europeo de Extradición, cuyo artículo 6 faculta a los Estados a la entrega de los nacionales -dado el presupuesto de que España no opuso reserva alguna al mismo-. Si a ello añadimos la nula virtualidad del principio de reciprocidad para erigirse en obstáculo a la entrega en estos casos, al no aparecer vinculado a derechos fundamentales distintos de los inherentes a la propia decisión de entrega, puede concluirse que la entrega de un nacional, satisfecha la garantía de la legalidad extradicional, carece de toda relevancia constitucional.

En todo caso, no sobra reiterar que el TC no excluye de su acervo argumental la protección de los nacionales como deber del Estado hacia sus ciudadanos. Así, expresamente manifiesta, en el marco de las entregas fundadas en la LExp, que "tampoco puede desconocerse el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales de quienes integran y constituyen la razón de ser del propio Estado, al punto de que el Estado debe garantizar, al menos, que con la entrega del nacional no va a contribuir a la vulneración de los derechos del extraditado al ser sometido a juicio (SSTC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4, 141/1998, de 29 de junio, FJ 1, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989, caso Soering, A. 161, pfs. 85 y ss.)" (STC 87/2000, FJ 5). Y la razón por la que ese deber queda atenuado ante una extradición basada en un Tratado internacional es precisamente porque "su existencia constituye una mínima garantía de homogeneidad de los ordenamientos jurídico-constitucionales de los Estados firmantes" (*ibidem*). Por ello, como ya se ha referido, entiende el TC que "la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma (...) no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de sus ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos..." (*ibidem*).

6. La publicidad de las normas

Dentro del abanico de problemas abordados por el TC en el seno de la legalidad extradicional, es preciso detenerse en el relativo a la publicidad de las

²¹Cfr. también, reiterando lo afirmado por dicha sentencia, SSTC 102/2000, de 10 de abril, FJ 7; o 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 10; 30/2006, de 30 de enero, FJ 7.

normas habilitantes de la entrega, analizado en particular en las SSTC 141/1998, de 29 de junio, y 292/2005, de 9 de noviembre.

La primera de ellas tenía como supuesto fáctico la entrega a Italia de un ciudadano que había sido allí condenado en rebeldía, habiendo acordado la Audiencia Nacional la extradición en aplicación del artículo 3, Título III, del Segundo Protocolo adicional al CEEEx, que impone la entrega si por el Estado requirente se ofrecen garantías de nuevo proceso, y que además faculta la entrega cuando, pese a no haber ofrecido tales garantías, se respetaron los derechos de defensa²²; opción esta última seguida por la Audiencia Nacional. El recurrente en amparo combatía que tal precepto legal fuera aplicable al caso, porque Italia había formulado reserva al mismo, pero el órgano judicial lo consideró aplicable porque Italia había retirado dicha reserva y esta era efectiva aun cuando no se hubiera publicado oficialmente en España²³.

El TC estima la queja del demandante de amparo relativa a la falta de cobertura legal de la entrega, al estar basada en una norma no publicada oficialmente. Para llegar a tal conclusión comienza por poner de manifiesto que el principio de publicidad de las normas, aun no siendo un derecho fundamental, sí viene exigido constitucionalmente (art. 9.3 CE) y se halla íntimamente conectado con el de seguridad jurídica (FJ 5). En segundo lugar, asume que la retirada de una reserva, que al igual que esta forma parte integrante de un Tratado, debe ser publicada oficialmente en España para que

²² El texto del artículo 3 es el siguiente:

Artículo 3. “El Convenio se completará con las disposiciones siguientes: «Sentencias en rebeldía»

1. Cuando una Parte Contratante pida a otra Parte Contratante la Extradición de una persona con el fin de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuesta en virtud de una resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requerida podrá denegar dicha extradición si, en su opinión, el proceso que dio lugar a la sentencia no respetó los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito.

No obstante, se concederá la extradición si la Parte requirente diese la seguridad que se estimare suficiente para garantizar a la persona cuya extradición se solicita el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa. Esta decisión autorizará a la Parte requirente bien a ejecutar la sentencia de que se trate, si el condenado no se opusiere a ello, bien en caso contrario a proceder contra la persona objeto de extradición.

2. Cuando la Parte requerida comunicare a la persona cuya extradición se solicite la resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requirente no considerará esta comunicación como una notificación que produzca efectos con respecto al procedimiento penal en dicho Estado”.

²³Según la propia descripción que efectúa el TC, el órgano judicial reconoció que el Título III fue objeto de una reserva de Italia, efectuada en el acto de la firma de este Protocolo. No obstante, puso de relieve que dicho Estado retiró la referida reserva a través del mecanismo previsto en el art. 9.3 del mismo Protocolo mediante la comunicación al Secretario General del Consejo de Europa, retirada que produjo sus efectos el día de su recepción por el Secretario General, el 23 de agosto de 1990. Según las resoluciones judiciales impugnadas, aunque no consta la publicación de la referida retirada de reserva, esta había llegado a su conocimiento por otros medios, concretamente mediante comunicación directa de las autoridades italianas a la Sala en diversas ocasiones.

surta efectos en nuestro ordenamiento jurídico, por expresa exigencia del artículo 96.1 CE (FJ 6).

Sentado lo anterior, y después de poner de relieve que “los tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad” (FJ 6), afirma que la falta de publicación constitucionalmente exigida no puede ser suplida “por el hecho de que la retirada de la reserva haya sido comunicada directamente a la Audiencia Nacional por las autoridades italianas, porque los justiciables no tienen obligación de conocer el Derecho escrito aplicable a través de los precedentes judiciales, sino en todo caso la posibilidad de conocerlo mediante su publicación en los Diarios oficiales” (FJ 7). Y de todo ello concluye que “la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición en aplicación de un precepto que, al no estar publicada oficialmente la retirada de reserva que le afectaba, no formaba parte del ordenamiento jurídico español y, en consecuencia, vulneró la garantía fundamental de la extradición de que ésta sólo pueda ser concedida en cumplimiento de un Tratado o de la Ley”²⁴.

En los mismos términos se pronunció el Pleno del TC en la sentencia 292/2005, de 9 de noviembre²⁵, ante un asunto muy similar, concerniente a la solicitud de extradición de un nacional español cursada por Francia. La Audiencia Nacional había accedido a la entrega en aplicación del CEEEx, considerando que se daba cumplimiento a la regla de reciprocidad (prevista en el artículo 26.3 CEEEx) en materia de entrega de nacionales porque la reserva que Francia había efectuado al artículo 6 CEEEx debía entenderse dejada sin efecto por Francia con la declaración efectuada al CEEEx, según la que, desde el 12 de marzo de 2004 para París y el 13 de marzo para el resto de Francia, las disposiciones relativas a los mandamientos de detención europeos, cuando estos puedan ser ejecutados, sustituirán a las disposiciones correspondientes del Convenio europeo de extradición.

Dado que dicha declaración no fue publicada oficialmente en España en el momento en que se acordó la entrega, concluye el TC - sin entrar a ponderar la razonabilidad de la interpretación efectuada por el órgano judicial sobre las normas aplicadas - que fundar la decisión de extraditar al recurrente en

²⁴ Semejante cuestión se planteó también en las SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 163/2000, de 12 de junio. Se alegaba en ellas que la retirada de la reserva (que había sido publicada en el B.O.E. el 18 de julio de 1998) sólo habría de surtir efectos a partir de su publicación y que por ello se estaba aplicando retroactivamente a solicitudes de extradición formuladas antes de esa fecha. Tales quejas fueron desestimadas por el TC afirmando que en este caso, y a diferencia del resuelto por la STC 141/1998, el órgano judicial no había fundado la entrega en el Título III del Segundo Protocolo adicional, sino en el artículo 1 del CEEEx, por lo que no había un defecto de cobertura legal.

²⁵Poco después se remitiría íntegramente a ella, para enjuiciar un supuesto idéntico, la STC 328/2005, de 12 de diciembre.

aplicación de normas no publicadas oficialmente vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

II. OTROS SUPUESTOS DE VULNERACIÓN “DIRECTA” EN LA EXTRADICIÓN Y LA EUROORDEN

1. Efecto de cosa juzgada y modificación del sistema jurídico de entrega

Junto a los reseñados déficits constitucionales vinculados a la máxima *nulla traditio sine lege* y a lo dispuesto en el art. 13.3 CE, la doctrina constitucional ha venido abordando también otra serie de supuestos en los que se planteaba la vulneración “directa” de derechos fundamentales.

Uno de ellos es el relativo a si los Autos de extradición dictados por la Audiencia Nacional poseen efecto de cosa juzgada, a lo que el TC ha respondido negativamente. Así se pronunciaron las SSTC 227/2001, de 26 de noviembre y 156/2002, de 23 de julio, en las que se sienta la doctrina de que “en atención precisamente a la propia naturaleza del proceso extradicional, en primer lugar, las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no producen el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden en determinados supuestos ser sustituidas por otras; y, en segundo lugar, parece claro que la petición de extradición que realiza otro Estado requiere una respuesta judicial que no puede contenerse en nuestras Sentencias de amparo” (STC 156/2002, FJ 3). Se enfatiza, en todo caso, que “la aplicación de la citada doctrina ha de ser modulada en atención a las circunstancias del caso concreto, pues la cuestión podría recibir diferente respuesta en función de cuál fuera la *ratio decidendi* sobre la que se hubiera fundado la denegación de la entrega del reclamado en el primer proceso extradicional cuyo efecto de cosa juzgada se discute. En este sentido, la propia formulación de la doctrina de este Tribunal en las citadas Sentencias establece la posibilidad de que puedan producirse excepciones al principio expuesto, admitiendo, a sensu contrario, que en determinados supuestos’ las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no puedan ser sustituidas por otras” (83/2006, de 13 de marzo, FJ 3). De cualquier modo, como se ha anticipado, en todas las ocasiones en que el TC se ha pronunciado sobre ello ha negado tal efecto de cosa juzgada.

En la STC 227/2001 se rechazó que la propia sentencia del TC que anulaba – sin retroacción de actuaciones– un Auto en el que se acordaba la extradición tuviera efecto de cosa juzgada, por cuanto la nulidad decretada de las resoluciones de la Audiencia Nacional había dejado imprejuizada la cuestión relativa a la procedencia legal de la solicitud de extradición formulada, de modo que, no habiendo retirado el Estado reclamante su solicitud de entrega, resultaba necesario un nuevo pronunciamiento del órgano judicial competente para declarar la procedencia o improcedencia de la extradición.

En la STC 156/2002 se avaló la conclusión de la Audiencia Nacional de que con la decisión de extradición a Italia del recurrente no infringían el derecho alegado porque la previa decisión denegatoria de la extradición sobre los mismos hechos no se había pronunciado sobre el fondo de la petición del Estado italiano, al ser la causa de la denegación que se hubiera modificado sobrevenidamente el título jurídico sobre el que basó la modificación de la petición –pasando de solicitar la entrega para enjuiciamiento a pedirla para ejecución tras un juicio en ausencia-.

Junto a las citadas, otro bloque de sentencias se ha ocupado del supuesto derivado del *cambio de sistema de entrega*: casos en los que tras una primera denegación de la entrega acordada por el sistema extradicional, es posteriormente aceptada la entrega por los mismos hechos reiterada bajo la forma de euroorden. También ante tales circunstancias las SSTC 83/2006, de 13 de marzo; 293/2006, de 10 de octubre; y 120/2008, de 13 de octubre, han rechazado que las resoluciones que denegaron la extradición tuvieran efecto de cosa juzgada e impidieran, con ello, un nuevo pronunciamiento divergente.

Comienzan por recordar que debe atenderse a la *ratio decidendi* de cada caso concreto para determinar si cabe predicar ese efecto de intangibilidad, concretando la STC 120/2008 que “la clave para discriminar unos casos de otros está en el análisis de la *ratio decidendi* de la denegación en el primer proceso extradicional, diferenciando entre aquellas denegaciones fundadas en razones puramente formales o procedimentales no conectadas con las causas de denegación referidas a las condiciones procesales o materiales de la causa penal (que en principio no tienen efecto de cosa juzgada respecto de posteriores solicitudes de extradición o entrega), y aquellas que sí lo están (en las que sí podría concurrir tal efecto, pues estas últimas sí pueden generar en el ciudadano expectativas legítimas de intangibilidad de la primera decisión)” (FJ 3).

Desde tales premisas, las SSTC 83/2006, y 293/2006, rechazan el efecto de cosa juzgada de la resolución que acordó denegar la entrega en atención a la *falta de reciprocidad*, pues “el fundamento del principio de reciprocidad no tiene, ciertamente, conexión directa con las causas de denegación de la extradición, legales o constitucionales, referidas a las condiciones procesales y materiales de la causa penal que fundamenta la solicitud de extradición o entrega. Por lo demás y, en atención a lo anterior, el ciudadano involucrado en tal decisión, sustentada en la ausencia de reciprocidad, no posee una expectativa legítima acerca de la intangibilidad de la primera decisión, cuya defraudación pudiera venir a quebrantar la seguridad jurídica y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE” (STC 83/2006, FJ 4)²⁶.

²⁶ Por su parte, en la STC 120/2008, la Audiencia Nacional argumentó que no concurría el efecto de cosa juzgada porque la primera denegación se había acordado en virtud de defectos formales de la solicitud de entrega. La sentencia otorga el amparo pero dado el error patente en que incurrió la Audiencia al realizar tal afirmación.

2. Garantías procesales

Si, tal como ha reiterado el TC, en el proceso extradicional en vía judicial no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado, no puede en el mismo vulnerarse el *derecho a la presunción de inocencia*, pero sí aquellas garantías que conforman un proceso equitativo.

En tal sentido, ha manifestado la STC 102/1997, de 20 de mayo, que “No siendo imposible que se produzca indefensión en dicho procedimiento (...) lo cierto es que el limitado alcance y finalidad del mismo introduce ciertas modulaciones en el significado de algunos de los derechos y garantías propios del proceso penal en sentido estricto. Limitada su naturaleza a la de ser un simple acto de auxilio judicial internacional (...), y que sólo tiene por misión la comprobación de las condiciones específicamente recogidas en las leyes y convenios que la regulan (...), en anteriores ocasiones hemos excluido de su contexto derechos tan elementales como puedan ser la presunción de inocencia (ATC 103/1987, por ejemplo) o la interdicción del *bis in idem* (ATC 263/1989), y ello por referirse ambas garantías justamente al fondo del juicio penal a desarrollar en el Estado requirente”²⁷.

De entre los casos en que el TC ha analizado la vulneración directa de tales garantías procesales, presentan interés las siguientes.

Cabe citar, en primer lugar, la STC 110/2002, de 6 de mayo, que enjuició un supuesto en que el órgano judicial accedió a la extradición a Italia del reclamado, pese a la mutación de status procesal sufrida por aquel, pasando de estar imputado en el momento en que se solicitó la extradición a haber sido condenado en firme (en rebeldía) en el momento en que se acordó. A partir de una suerte de paralelismo con el principio acusatorio, el recurrente alegaba la vulneración de su *derecho de defensa* por cuanto la modificación en el título justificativo de la reclamación le habría impedido preparar su defensa adecuadamente, pese a que finalmente la extradición se acordara no para cumplir la pena impuesta, sino para ser enjuiciado nuevamente. El TC descarta la vulneración denunciada, considerando que no había existido indefensión porque tanto el recurrente como el órgano judicial – a través de la notificación de las autoridades italianas – habían tenido conocimiento en todo momento de las modificaciones procesales operadas en Estado requirente, habiendo podido aquel preparar su defensa con suficiente antelación y alegar tales circunstancias ante la Audiencia.

En otro orden de cosas, las SSTC 339/2005, de 20 de diciembre y 81/2006, de 13 de marzo, han otorgado el amparo por vulneración del *derecho a la asistencia letrada* en sendos supuestos en los que, ante la celeridad de los plazos previstos en el sistema de euroorden, para la práctica de la

²⁷ SSTC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6; STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 4. En relación con el *bis in idem*, cfr. también STC 156/2002, 23 de julio, FJ 2.

comparecencia oral prevista en la LOEDE la Audiencia Nacional asignó al reclamado un abogado de oficio pese a haber solicitado aquel un abogado de su confianza. Partiendo de que el derecho fundamental consiste, ante todo, en el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable, y de que la LOEDE no introduce excepción a ese presupuesto sino que se remite a la legislación procesal, el TC concluye que tal celeridad y urgencia no puede venir a quebrar la garantía esencial que incorpora el derecho a la asistencia letrada.

El *derecho a no sufrir indefensión*, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ha sido declarado vulnerado en la reciente STC 181/2011, de 21 de noviembre, al no haberse dado a la persona frente a la que se solicitaba una euroorden para ampliación de entrega la oportunidad de haber efectuado alegaciones ante el órgano judicial español que había de tomar la decisión. Dicha sentencia es relevante porque, por vía de interpretación conforme a la Constitución, viene a integrar la laguna de la LOEDE, que no contempla trámite alguno de alegaciones para tales supuestos de ampliación de entrega, reprochando al órgano judicial que no hubieran dado la oportunidad de intervenir al ciudadano que ya se hallaba bajo la autoridad del Estado de emisión en virtud de una entrega anterior por parte de las autoridades españolas. Afirma el TC que esta circunstancia "no permite fundamentar que pueda prescindirse de un trámite de alegaciones, ya oral, ya escrito, ante el órgano judicial de cuya decisión depende la autorización para el enjuiciamiento, por hechos distintos a los que motivaron la entrega inicial". Ello por cuanto "(t)anto la legislación española como ya la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, de la que aquélla trae causa, han mantenido el principio de especialidad como criterio rector de las ampliaciones de entrega, lo cual implica que la decisión al respecto no puede considerarse como un trámite automático carente de límites, sino que también aquí deben respetarse las garantías propias de los actos de entrega" (FJ 3).

Es relevante hacer mención, por último, de la incidencia del *derecho a la legalidad* en el ámbito de la extradición. Pese a que en el procedimiento extradicional no se enjuicia la culpabilidad o inocencia del reclamado, ni por tanto se imponen sanciones, las reglas que habilitan a la entrega incorporan algunas exigencias materiales que guardan relación con el citado derecho, en particular la de *doble incriminación*, cuyo análisis ha sido incluido por el TC bajo el derecho a la legalidad²⁸, concibiéndola no como una identidad de las normas penales de los Estados concernidos, sino "que el hecho sea delictivo y con una determinada penalidad (mínima) en las legislaciones penales del Estado requirente y del Estado requerido" (STC 12/1997, FJ 6). Al hilo de lo afirmado, importa hacer notar que el TC ha incluido bajo el análisis de la doble incriminación los casos de *prescripción* de la pena (STC 162/2000, de 12 de junio), y del delito (STC 82/2006, de 13 de marzo), considerando, en

²⁸Cfr., entre otras, STC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6, citando la STC 11/1983; STC 162/2000, de 12 de junio, FJ 6; STC 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 3.

consecuencia, que su análisis debía venir también presidido bajo el canon del derecho a la legalidad penal.

Por último, ha entendido que la cuestión referida a la aplicación retroactiva de la legislación aplicable al procedimiento de entrega no había de encauzarse desde el derecho a la legalidad sino, como vertiente del principio de legalidad extradicional, desde el derecho a la tutela judicial efectiva.

Capítulo tercero

LA PROTECCIÓN *AD EXTRA* DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA DOCTRINA DE LA VULNERACIÓN "INDIRECTA"

I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES

Como se afirmó al inicio de la ponencia, el TC no ha restringido el ámbito de su tutela a las lesiones de derechos causadas por los órganos judiciales españoles, sino que ha asumido también, en determinados supuestos, la salvaguarda de los derechos que se vulneren o puedan serlo por las autoridades del Estado que solicita la entrega, a través de la atribución *indirecta* de tales lesiones a los órganos españoles que, pese a la constancia o riesgo cierto de tal vulneración, acuerdan la entrega. Es, ciertamente, este cometido de protección *ad extra* el aspecto más característico de la jurisprudencia constitucional en materia de extradición, así como, en alguna de sus consecuencias, el más controvertido entre la doctrina científica. Como después se expondrá, la cuestión relativa a los límites de esa traslación exorbitante de las garantías constitucionales a otros sistemas jurídicos constituye, a la postre, la razón de ser del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

La doctrina de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales del reclamado ha sido objeto de particular desarrollo en la STC 91/2000, de 30 de marzo, dictada por el Pleno del Tribunal. No obstante, puede hacerse mención de algunos antecedentes en la doctrina constitucional. Así, ya la primera sentencia que se ocupó de una extradición, la STC 11/1983, de 21 de febrero, mostró su predisposición a tutelar las garantías de quien había sido condenado en ausencia, si bien desestimó el amparo porque esa protección ya había sido prestada por la Audiencia Nacional al condicionar la entrega a la celebración de un nuevo juicio.

Las palabras con que el Magistrado *Tomás y Valiente* reformula en su Voto Particular la línea iniciada en dicha sentencia perfilan ya la doctrina que se constituirá posteriormente: "La concesión de una extradición para que el extranjero extraído fuera sometido al cumplimiento de una Sentencia condenatoria pronunciada en un proceso en el cual no se hubieran respetado alguno de los derechos fundamentales antes mencionados, sería nula por contraria a nuestra Constitución, y para ello no sería obstáculo el hecho de que las vulneraciones directas contra los derechos fundamentales se hubieran cometido en otro país y por órganos jurisdiccionales del mismo, pues, constándoles a nuestros Tribunales aquellas vulneraciones, no podrían acceder ellos a la extradición sin hacerse autores *eo ipso* de una lesión contra los derechos fundamentales del extranjero extraído".

Junto al citado, los antecedentes más inmediatos se darían ya mediada la década de los noventa, especialmente a raíz del giro dado por la Audiencia Nacional en relación con las extradiciones solicitadas por Italia para el cumplimiento de condenas dictadas en rebeldía.

Si bien sí tenía a Italia como Estado requirente, no fue ese el caso resuelto por la STC 13/1994, de 17 de enero, en el que la entrega del ciudadano italiano tenía el fin de su enjuiciamiento. No obstante, los motivos de su demanda sí giraron sobre la vulneración de derechos sufrida por la actividad de los órganos judiciales italianos, asumiendo el TC su competencia para analizar tales quejas tras una reflexión basada en los siguientes argumentos. Comienza el TC por afirmar que en tanto no se materialice la entrega definitiva, el reclamado “se encuentra sometido a la jurisdicción de los Tribunales españoles (...). Y, al conservar los Tribunales españoles plenas facultades de decisión sobre aspectos tan fundamentales como la privación de libertad del sujeto (...) o la entrega temporal de éste y aún de la definitiva (...), a dichos órganos ha de serles imputable la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en la medida en que, por la especial naturaleza del procedimiento de extradición, sean conscientes de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, y no la eviten con los medios de que disponen”. Por ello, “la responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. En la medida en que con dicho procedimiento se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no es ni puede ser indiferente para las autoridades de éste. Por ello, se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas” (FJ 4).

Tal cometido sería asumido después por las SSTC 141/1998, de 29 de junio, y 141/1999, de 4 de agosto (referidas - estas sí- a condenas en ausencia), acogiendo la doctrina sentada en la sentencia anterior. En particular, la primera de ellas enfatiza la relevancia que para la protección de las garantías procesales tendrá la diferencia entre si la solicitud es para enjuiciamiento o para ejecución: “resulta evidente que las posibilidades de que el Estado requirente restaure el derecho fundamental eventualmente vulnerado son mucho mayores cuando el proceso penal iniciado en dicho Estado no ha concluido todavía porque a lo largo de su desarrollo existen oportunidades de alegar la lesión por el interesado y de ser restablecido en su caso por las instancias oportunas. Por el contrario, si al proceso penal originario sólo le resta para quedar concluido la ejecución de la pena o medida de seguridad, los órganos judiciales españoles deberán prestar atención a las posibles lesiones de derechos fundamentales producidas en el extranjero e invocadas por el reclamado de extradición para una eventual restauración de las mismas” (FJ 1).

II. LA DOCTRINA DE LA VULNERACIÓN “INDIRECTA” Y EL CONTENIDO ABSOLUTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La STC 91/2000 y el “contenido absoluto” de los derechos fundamentales

De ese mismo *factum* - extradición a Italia para ejecución de condena en ausencia - habría de ocuparse la STC 91/2000, de 30 de marzo, en la que se otorgaría el amparo por vulneración (indirecta) del derecho de defensa.

El desarrollo de la doctrina sentada por dicha sentencia, vigente a día de hoy, parte de constatar el “resultado paradójico” que se deriva de la posibilidad de asumir vulneraciones indirectas de derechos fundamentales, que se cifraría en que “la apreciación de si los Tribunales nacionales han vulnerado o no la Constitución se basa en una valoración previa, relativa a si la actuación pasada o futura de los órganos de un Estado extranjero (obviamente no sometidos a la Constitución española) resulta o puede resultar vulneradora de los derechos fundamentales reconocidos en la misma, hasta el punto de invalidar el principio general de excluir toda indagación al respecto” (FJ 7).

Para desentrañar tal paradoja, parte el TC de “la especial fuerza vinculante de los derechos fundamentales que, como bases objetivas de nuestro Ordenamiento, se imponen a los poderes públicos de forma incondicionada”. En su protección *ad intra*, los poderes públicos se hallan vinculados de modo incondicionado al “contenido esencial” de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE). Y en su proyección *ad extra* los poderes habrán también de respetar de modo incondicionado un ámbito de los derechos con validez universal, que el TC denomina “contenido absoluto”. De tal contenido absoluto no formarán parte todas las características y garantías con las que la Constitución consagra cada derecho - por más que en el plano interno sí vinculen al legislador español-, sino que vendrá determinado por el ámbito que se revela imprescindible para la garantía de la dignidad humana, entendido como mínimo esencial invulnerable perteneciente a la persona en cuanto tal y no como ciudadano.

Afirma el TC que a los efectos de determinar cuál es el contenido absoluto de los derechos fundamentales revisten especial importancia los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, poniendo de manifiesto también que tanto el TEDH - en su STEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering* - como los Tribunales constitucionales de Alemania e Italia - este último al declarar contraria a su Constitución la entrega a Estados Unidos de un condenado a muerte (Sentencia de 25 de junio de 1996)- han acogido un similar esquema de protección *ad extra* de derechos en el ámbito extradicional.

“De todo lo expuesto parece inevitable concluir que hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales (...) conforme al cual los Tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros. Si tales actos han producido una lesión o representan un peligro relevante para ese núcleo de los derechos de cualquier

ciudadano la resolución de la jurisdicción española que les otorga validez o eficacia puede infringir 'indirectamente' la Constitución española" (FJ 8).

En esta sentencia y en las que le seguirían el TC anulará un significativo número de extradiciones, por haber acordado los órganos judiciales nacionales la entrega de un ciudadano ya pese al riesgo de que pudieran vulnerarse derechos fundamentales, ya habiéndose consumado dicha vulneración en el Estado reclamante. Como enfatiza la STC 16/2005, de 1 de febrero, "en los casos en que este Tribunal admite la vulneración indirecta -es decir, la atribución a los órganos judiciales españoles de la actuación de órganos de otro Estado- de los derechos fundamentales de los reclamados en procedimientos de extradición se exige que resulte posible atribuir a los órganos judiciales españoles la vulneración efectiva o previsible de derechos fundamentales por otros órganos judiciales porque el órgano judicial español esté en disposición de evitar, mediante una tutela judicial efectiva, bien el agotamiento de los efectos de la vulneración ya acaecida -por ejemplo, cuando la extradición se solicita para el cumplimiento de una pena que deriva de un procedimiento penal sustanciado sin las garantías procesales debidas-, bien su producción -por ejemplo, cuando se aduce la posibilidad de ser sometido a torturas o a penas inhumanas o degradantes" (FJ 4).

Como a continuación se expondrá, los derechos fundamentales sobre los que el TC ha proyectado su protección *ad extra* han sido: de una parte, el derecho a la vida y a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes -art 15 CE-, el derecho a la libertad -art. 17.1 CE-, particularmente ante condenas a cadena perpetua, y el derecho a un proceso con todas las garantías, en la proscripción de la condena en ausencia -art. 24.2 CE-. Salvo casos extremos, la efectiva protección del contenido absoluto de tales derechos no ha conllevado la prohibición total de entrega, sino el condicionamiento de la misma a que por el Estado reclamante de prestarán determinadas garantías de indemnidad de los derechos.

2. Obligación de los órganos judiciales españoles y grado de exigencia probatoria

La obligación protectora que incumbe a los órganos judiciales nacionales conlleva que deba exigírseles una "cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida (...) bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, éstas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado"²⁹. Será el

²⁹ STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 3. Sobre lo que a continuación afirma, cfr. también, entre otras, SSTC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 49/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 351/2006, de 11 de diciembre; FJ 7; 140/2007, de 4 de junio, FJ 2.

reclamado quien deberá alegar y, en lo posible, probar la existencia de la lesión o el riesgo de que pueda llegar a producirse, si bien, dadas las dificultades probatorias existentes en tales casos, no debe exigirse que acredite de modo pleno y absoluto la vulneración pasada o futura de sus derechos en el extranjero. De este modo, “siempre que el reclamado haya aportado determinados y concretos elementos que sirvan de apoyo razonable a su argumentación y que no le sea reprochable una actitud de falta de diligencia en la aportación del material probatorio, los órganos judiciales no podrán, sin más, denegar o desatender la relevancia de tal argumentación sobre la base de que la misma no resulta adecuadamente acreditada, sino que, por el contrario, deberán realizar cuantas actuaciones sean precisas, en función de los derechos fundamentales que puedan encontrarse en juego y demás factores en presencia, para conseguir esclarecer las circunstancias alegadas o, incluso, ante la existencia de elementos, temores o riesgos racionales de que las mismas efectivamente se hayan producido, existan, o puedan producirse, sin que aquéllos hayan sido desvirtuados por la información y documentación de la que el órgano judicial dispone, declarar improcedente la entrega del sometido al procedimiento extradicional, evitando así las consecuencias perjudiciales que de una decisión contraria podrían derivarse”³⁰.

Ahora bien, inherente al deber de diligencia de quien alega el riesgo de vulneración de sus derechos ante su entrega al Estado reclamante es que las alegaciones sobre tales riesgos estén vinculadas a la persona y derechos del reclamado, sin que sean suficientes para activar las obligaciones derivadas del citado deber de protección *ad extra* meras alegaciones genéricas sobre la situación del país en lo tocante a la situación de las prisiones o el respeto a los derechos humanos³¹.

Tales exigencias vienen sostenidas también en la jurisprudencia del TEDH que, en el marco del artículo 3 del CEDH (que prohíbe el sometimiento a tortura o penas o tratos inhumanos y degradantes), ha exigido al Estado que va a obligar a salir a una persona de su territorio que realice un examen riguroso y serio de las quejas de aquél al respecto (STEDH de 11 de julio de 2000, caso *Jabari contra Turquía*, §§ 39 y 40) y que garantice a la persona la disponibilidad de un remedio para hacer cumplir sustancialmente tales derechos reconocidos en el Convenio (STEDH de 11 de julio de 2000, caso *G.H.H y otros contra Turquía*, § 36), debiendo estar basado el control de la existencia de un riesgo de malos tratos no sólo sobre la base de las circunstancias que el Estado en cuestión conocía sino también de aquellas que debió conocer cuando adoptó su decisión (STEDH de 20 de marzo de 1991, caso *Cruz Varas y otros contra Suecia*, § 76)³².

³⁰STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 4.

³¹ SSTC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 14; STC 351/2006, de 11 de diciembre, FJ 7; 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 2.

³²Cfr. Especialmente la ya citada 32/2003, de 13 de febrero, FFJJ 3 y 4.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES CONCERNIDOS

1. El derecho a la vida y a no sufrir torturas y tratos inhumanos y degradantes

Este derecho fundamental es, sin lugar a dudas, el que con mayor legitimidad puede ser objeto de protección universal por los órganos judiciales nacionales. Como ha afirmado el TC, la prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes constituye, de una parte, un valor fundamental de las sociedades democráticas que se conecta con el respeto a los derechos fundamentales más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado. De otra parte, se encuentra estrechamente relacionada con la dignidad de la persona que, según lo dispuesto en el art. 10.1 CE, representa uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por ello, "la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos fundamentales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona"³³.

El compromiso internacional sobre la prohibición de la tortura se traslada al ámbito extradicional del modo establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984, cuyo art. 3 dispone lo siguiente:

"1. Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos".

El TC ha estimado demandas de amparo por esta causa en tres ocasiones. La primera es la STC 32/2003, de 23 de febrero, que anuló la decisión de la Audiencia Nacional de extraditar a un ciudadano de etnia kurda a Turquía, para ejecución de dos condenas por tráfico de drogas. El recurrente había alegado en el procedimiento extradicional que la solicitud de entrega por parte de las autoridades turcas estaba basada en motivos políticos, basados en consideraciones étnicas así como en las opiniones políticas de su padre, quien había sido asesinado en un atentado en el que habían resultado heridos otros miembros de su familia. Aportó a tal efecto recortes de revistas en las que se describía el atentado, informes sobre la asiduidad de las torturas en las cárceles turcas y documentos acreditativos de su solicitud de asilo. Alegaba además

³³ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, citada por la STC 181/2004, de 9 de noviembre, FJ 13.

haber sido objeto de torturas durante su estancia en las prisiones turcas (habiéndole sido practicado un examen por el médico-forense del Juzgado español en el que se concluyó que las cicatrices y secuelas que aun mostraba eran compatibles con actos de tortura); así como el riesgo de sufrir torturas si era entregado. Pese a tales alegaciones, el órgano judicial español acordó la extradición, condicionada a que por la República de Turquía se prestare garantías antes de la entrega de que se velará con el máximo celo para que el reclamado no sea sometido a tortura.

El TC otorga el amparo por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, considerando que, pese a que los indicios aportados resultaban racionales y verosímiles y que se vinculaban a circunstancias personales del actor, por el órgano judicial no se tuvo en cuenta la gravedad de las alegaciones ni se cumplió con su “esencial función garantizadora” y con la consustancial obligación de recabar información complementaria y adoptar medidas encaminadas al esclarecimiento de lo denunciado por el actor “a pesar de que, ciertamente, existían una serie de datos que, de ser ciertos, habrían de influir decisivamente en la decisión que se adoptara y respecto de los que, en principio, cabría considerar razonablemente de suma utilidad la solicitud de información complementaria, especialmente de las autoridades del Estado requirente o de los servicios competentes de la Administración española (...) tanto respecto de las generales circunstancias que existen en Turquía en relación con los aspectos relevantes para el supuesto que se sometía a su consideración, como en relación con las específicas circunstancias del caso concreto del recurrente en amparo” (FJ 8). Además, y en relación con la condición a que se somete la entrega, concluye que resultaría muy dudoso que esa simple referencia, a que por las autoridades judiciales turcas se vele con el máximo celo para que no se produzcan torturas, sin detallar los procedimientos que deberán utilizar al efecto ni expresar cuáles, en su caso, podrían utilizar, permita desvirtuar el riesgo de sometimiento a tortura³⁴. Por todo ello, anula la resolución que acuerda la extradición y – como hará en los restantes casos- retrotrae las actuaciones para que por el órgano judicial español – a quien compete recabar la información complementaria- se dicte otra resolución acorde a los derechos vulnerados.

³⁴ Añade al respecto el TC que aun cuando haya de estarse a la situación existente en una fecha anterior a la misma, no debe prescindirse de los datos que con posterioridad hayan aparecido y que sean relevantes (citando al efecto la STEDH de 30 de octubre de 1991, *caso Vilvarajah y otros contra el Reino Unido*, § 107). En el caso concreto la Embajada turca informó que “según la legislación en vigor, y los acuerdos internacionales firmados por Turquía, se ofrecen las mencionadas garantías”, siendo ello considerado por la Audiencia Nacional suficiente a efectos de satisfacer la garantía exigida, concluyendo el TC que de ello “se desprende que la garantía se ha reducido, en definitiva, a la simple correcta aplicación de la normativa vigente en Turquía, cuya existencia nunca negó el recurrente, y cuyo incumplimiento era precisamente lo que estaba denunciando que podía producirse a efectos de que se denegara la extradición” (FJ 9).

A la misma conclusión estimatoria llegó la STC 148/2004, de 13 de septiembre³⁵, reprochando a la Audiencia Nacional haber acordado la extradición a Albania de un ciudadano albanés a quien se pretendía enjuiciar por asesinato sin haber atendido las alegaciones de que su persecución penal tenía fines políticos, que toda su familia había tenido que exiliarse, y que su hermano y su primo habían sido asesinados por tales motivaciones. El TC, considerando que se habían aportado suficientes argumentos e indicios, rechaza las razones dadas por los órganos judiciales españoles para no haberlos investigado y, en fin, para descartarlos como obstáculos a la entrega. En particular, son importantes las consideraciones que realiza la sentencia sobre la relevancia de la protección internacional pese a la existencia de Convenio entre los Estados. Ante el argumento de la Audiencia Nacional de que, al ser firmante del Convenio europeo de extradición y ser miembro del Consejo de Europa, Albania está sometida al deber de respeto de los derechos fundamentales, opone el TC que "ni la firma del Convenio europeo de extradición ni la asunción de los compromisos de defensa de los derechos fundamentales excluyen por sí mismos la veracidad de unas concretas alegaciones", ni, por tanto, excluye la posibilidad de vulneraciones indirectas. "Formar parte del Consejo de Europa y haber firmado, por consiguiente, el Tratado de Roma, constituye dato suficiente para excluir sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de sus ciudadanos", pero no impide la necesidad de protección *ad extra* ante alegaciones fundadas y concretas (FJ 8).

El tercer ejemplo lo constituye la STC 140/2007, de 4 de junio, que anuló la entrega del recurrente, nacional español, a Perú para la continuación del cumplimiento de una condena por tráfico de drogas que había quedado interrumpida tras su fuga. Declara el TC vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la vida, considerando que la respuesta proporcionada por los órganos judiciales a las alegaciones del actor sobre el riesgo para su vida no satisficieron los mínimos exigidos por el canon de motivación reforzada aplicable en estos casos, pues limitaron tal respuesta a consideraciones genéricas sobre la legislación penitenciaria peruana, sin entrar a ponderar las concretas alegaciones del recurrente acerca del trato vejatorio sufrido durante su estancia en la prisión de Lurigancho y del que podría sufrir en el futuro.

Frente a las tres sentencias citadas, el TC ha desestimado quejas muy similares por venir fundadas las denuncias de riesgo de malos tratos en alegaciones genéricas, no vinculadas con la identidad y concretas circunstancias del *extraditurus*. Así aconteció, por ejemplo, en la STC 351/2006, de 11 diciembre, que enjuició una extradición a Argelia; en la STC 181/2004, de 9 de noviembre, sobre una extradición a Venezuela; o en la STC 199/2009, de 28 de septiembre, que tuvo su origen una entrega, por vía de euroorden, a Rumanía.

³⁵La STC 49/2006, de 13 de febrero, estimó el amparo en un supuesto idéntico planteado por el mismo recurrente.

En esta última se pone de manifiesto que la protección *ad extra* frente a la tortura debe tener lugar también en el seno del sistema de euroorden, destacando asimismo la laguna que a tal efecto presenta la legislación española al respecto. Afirma, concretamente, que “el hecho de que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (...) no haya incorporado expresamente a su articulado una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión de la euroorden, no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, pues, además de que la misma se contiene en el preámbulo de la propia Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, en cuyo apartado 13 se dispone que ‘nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes’, nos hallamos ante uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas...” (FJ 2).

2. Pena de muerte y cadena perpetua

El TC ha rechazado que la cadena perpetua constituya un trato inhumano y degradante. Afirma en este sentido la STC 91/2000, de 30 de marzo que, “que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues ‘depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena’” (FJ 9)³⁶.

No obstante, dada la incidencia que la cadena perpetua conlleva sobre el propio derecho a la libertad, el TC ha exigido que en casos en que pueda imponerse una pena de reclusión perpetua, la extradición habrá de condicionarse a que la misma no será indefectiblemente de por vida. De igual modo, habrán de rechazarse las extradiciones en caso de que pueda imponerse una pena de muerte, debiendo condicionarse la entrega a que esta no llegue a ejecutarse³⁷.

3. Derecho a un proceso con todas las garantías: condenas en ausencia

3.1. En la extradición

Ha sido el ámbito de las condenas en ausencia en el que el TC ha dictado la mayor parte de las sentencias relativas a la vulneración indirecta de derechos fundamentales. A estos efectos, fue la citada STC 91/2000 la que por primera

³⁶Reiterado en la STC 162/2000, de 12 de junio, FJ 7.

³⁷ STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9; 148/2004, de 13 de septiembre; FJ 9; 49/2006, de 13 de febrero, FJ 5.

vez declaró, a partir de la lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 10 y 11), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14. 1 y 3), y del CEDH (artículo 6.3 c), que el derecho del acusado a estar presente en el acto del juicio oral posee un núcleo de protección universal, un contenido “absoluto”.

Existen, no obstante, algunos antecedentes. Así, la relevancia de los juicios en rebeldía para la decisión de extradición fue ya planteada en la STC 11/1983, de 21 de febrero, si bien no se otorgó el amparo pues el órgano judicial había ya condicionado la entrega a la posibilidad de un nuevo juicio. Por su parte, la STC 147/1999, de 4 de agosto, se ocupó de una extradición a Italia para cumplimiento de una condena dictada en rebeldía, planteándose ya la posibilidad de la vulneración “indirecta” del derecho a un proceso con todas las garantías por tal razón. Concretamente, la cuestión se centraba en determinar si, como había asumido la Audiencia Nacional, la figura del “recurso en el término” de la legislación procesal italiana, garantiza un nuevo juicio. El TC, siguiendo lo afirmado por el TEDH en el asunto *Colozza* (STEDH 12 de febrero de 1985) – al estar ante un supuesto idéntico al allí resuelto-, concluyó que con dicha figura no se respetaban las garantías exigibles.

Lo que se discutía en la STC 91/2000 era “la compatibilidad del juicio que se desarrolla pese a la incomparecencia del acusado debidamente citado, en causa por delito grave, con las exigencias constitucionales del derecho de defensa, cuando no es posible instar un juicio rescisorio contra la decisión de condena” (FJ 12), concluyendo el TC que una condena en ausencia por delitos graves y sin posibilidad de revisión es contraria al contenido absoluto del derecho de defensa. En sus propios términos: “constituye una vulneración ‘indirecta’ de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana (...) acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa” (FJ 14).

Con ello no pretende el TC declarar contrario a la Constitución todo juicio celebrado en ausencia; pero sí considerar contrario a las reglas esenciales del proceso que, en el caso de delitos graves, se dé por válida tal condena sin ofrecer una posibilidad de revisión: “(L)o que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE) es la condena *in absentia* sin la aludida posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves”. Ello por cuanto “la reprobación que implica la condena por delito grave se halla referida a comportamientos tan perturbadores para la comunidad que degradan o anonadan la estima de que pudiera gozar quien los lleva a cabo. De modo que el juicio jurídico sobre los hechos y su imputación acaba proyectándose sobre el acusado como persona y afectándole en su condición de sujeto de derecho y miembro de la comunidad (...) Imponer, sin audiencia y defensa personal previa ni posterior, penas que afectan profundamente a los derechos más estrechamente ligados a la

personalidad, sobre la base de imputaciones que comportan una reprobación de tal gravedad que se proyecta sobre la condición de la persona misma parece ya, *prima facie*, incompatible con su dignidad. Y lo es tanto más si se atiende a la esencia comunicativa que, como sujeto de derecho, corresponde a la persona: ese núcleo de imputación jurídica y, por tanto, de acción y expresión en que la personalidad consiste, quedaría radicalmente negado si se condenase en ausencia cerrando toda posibilidad de oír directamente en justicia al acusado de un delito muy grave” (FJ 14).

En consecuencia a tal argumentación, en el caso concreto el TC declaró vulnerado el derecho de defensa del recurrente y anuló la extradición a Italia, acordando la retroacción de actuaciones para que por el órgano judicial volviera de decidirse con arreglo a dicha doctrina.

Es importante poner de manifiesto que, pese al diferente grado de indefensión que podría predicarse, el TC no ha otorgado relevancia a la distinción entre los supuestos en los que el proceso se ha llevado a espaldas del condenado y aquellos en los que, pese a su ausencia en juicio, ha estado representado en el mismo por un abogado de su confianza. Así, es de reseñar que en el supuesto de hecho que dio lugar a la STC 91/2000, al acusado le fue debidamente notificada la celebración de juicio oral, y estuvo representado en el mismo por abogados por él elegidos, quienes no sólo defendieron sus intereses en el juicio, sino que, siguiendo sus indicaciones, recurrieron en apelación las sentencia de primera instancia. A este respecto, la STC 91/2000 aseveró, frente al criterio asumido por el órgano judicial, que la inasistencia a juicio no puede entenderse como una renuncia al ejercicio de su autodefensa, puesto que “al hallarse el acusado sometido a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia” (FJ 15)³⁸.

En aplicación de la citada sentencia de Pleno, el TC ha venido anulando una serie de extradiciones a Italia por haber sido acordadas para cumplimiento de una condena grave dictada en ausencia y sin condicionar la entrega a la garantía de impugnación de la condena (SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 163/2000, de 12 de junio; o 183/2004, de 2 de noviembre). Por el contrario, no ha declarado tal vulneración indirecta cuando la contumacia sólo se ha dado en la segunda instancia (STC 183/2004, de 2 de noviembre, FJ 2), ni cuando la extradición ha sido acordada para enjuiciamiento o para la continuación de un procedimiento que aun no ha finalizado y en el que restan posibilidades de impugnación (STC 110/2002, de 6 de mayo³⁹; 160/2002, de 16 de septiembre, FJ 6).

³⁸Cita en apoyo de esa conclusión las SSTEDH de 29 de julio de 1998, caso *Guerin contra Francia*, § 43; y de 27 de febrero de 1980, caso *Deweert c. Bélgica*, § 54.

³⁹En el caso enjuiciado, la Corte casacional italiana había anulado la sentencia de apelación y acordado la retroacción, por lo que “al haber quedado excluida la posibilidad de dar

En lo tocante al contenido de la garantía, el TC ha venido exigiendo una “posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia en el juicio oral haya podido ocasionar, lo que no significa que sea constitucionalmente exigible la repetición del juicio” (STC 110/2002, de 6 de mayo, FJ 5). En supuestos de condena en ausencia, la extradición sólo podrá “tener lugar con la condición expresa de que por el Estado italiano se presten garantías de posible impugnación de la Sentencia condenatoria dictada en rebeldía” (STC 183/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). Ahora bien, de lo que se trata “no es de que la Audiencia Nacional requiera a las autoridades italianas la prestación de garantía como condición previa para declarar procedente la extradición de los reclamados, sino de que, al acordarse la procedencia de la extradición, la misma contemple como garantía que, en el Estado requirente, se den al extradicto las posibilidades de impugnación reseñadas, pesando sobre dicho Estado la responsabilidad del cumplimiento de dicha condición a la que se sujeta expresamente el acuerdo de extradición” (STC 110/2002, de 6 de mayo, FJ 4)⁴⁰.

La STC 37/2007, de 12 de febrero, expresa esa idea en los siguientes términos: “(L)a lesión del derecho fundamental se produce cuando se accede a la entrega sin someter la misma a ‘la condición de que, mediante un nuevo proceso, se den al recurrente las posibilidades de impugnación suficientes para salvaguardar sus derechos de defensa’. Expresado en términos inversos, el derecho queda salvaguardado cuando, como en el supuesto que nos ocupa, se condiciona la entrega a la garantía de que el recurrente pueda impugnar en el Estado emisor de la solicitud de entrega el pronunciamiento condenatorio y obtener la reparación de las limitaciones que a su defensa se produjeron con el juicio en ausencia, pero esa garantía, como no puede ser de otra manera, queda sometida a la voluntad de la parte, que será quien tenga que interponer los recursos pertinentes; recursos que, ciertamente, habrán de ser interpuestos conforme a la legislación del Estado al que pertenezcan los Tribunales que dictaron la Sentencia condenatoria” (FJ 5).

A partir de tal presupuesto, el TC ha desestimado quejas de esta índole por considerar que la condición establecida por el órgano judicial español a la extradición satisfacía dicha garantía (SSTC 156/2002, de 23 de julio; 37/2007, de 12 de febrero).

3.2. En la euroorden

También en el marco de aplicación de la euroorden ha declarado el TC vulnerado indirectamente el derecho a un proceso equitativo por la entrega para cumplimiento de condenas dictada en ausencia. Las dos sentencias que se

cumplimiento a una decisión condenatoria firme anterior a la decisión de entrega (dado que el proceso penal seguido en Italia contra el recurrente no ha concluido en todas sus fases), los órganos judiciales españoles únicamente posibilitan que continúe el proceso penal contra el recurrente a partir del estado que mantiene, pero no dan validez a una condena dictada in absentia, pues aún deben resolverse los recursos de apelación y eventualmente, de nuevo, de casación. A través de tales institutos procesales el recurrente goza en su país, por tanto, de una posibilidad de impugnación suficiente para salvaguardar sus derechos de defensa” (FJ 5)

⁴⁰Reiterado en SSTC 156/2002, de 23 de julio, FJ 7; 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 3.

han ocupado de la cuestión expresan las tensiones que se derivan de la protección *ad extra* de derechos fundamentales en un marco jurídico basado en los principios de armonización legislativa y de reconocimiento mutuo, y constituyen antecedentes inmediatos al planteamiento de la cuestión prejudicial.

La primera de ellas es la STC 177/2006, de 5 de junio, dictada en relación con la entrega a Francia de un ciudadano español para cumplimiento de una condena de veinte años de prisión impuesta en ausencia. Pone de manifiesto, en primer lugar, que la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega “no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos Ordenamientos jurídicos”. Ello se refleja en su artículo 5, que prevé la posibilidad de que, en el caso de que la orden europea de detención y entrega “se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía”, la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedite “con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución”, entre otras, a la condición de que “la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista”.

Por ello, aun cuando ni la Decisión Marco “ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma establecen la mencionada exigencia como condición *sine qua non* para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada”, ello “no significa que quepa ignorar dicha exigencia, al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso –en este caso extradicional– con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada –implícita o explícitamente– por toda Ley nacional que se dicte al efecto” (FJ 8) y debiendo, por ello, condicionarse la entrega a la garantía de impugnación de la condena.

La más reciente STC 199/2009, de 28 de septiembre, acuerda también el otorgamiento del amparo, con ocasión de una entrega a Rumanía para ejecución de una condena en rebeldía de cuatro años de prisión. La Audiencia Nacional había accedido a la entrega sin someterla a condición; se plantea el TC que tal omisión podía obedecer al entendimiento por el órgano judicial de que en realidad no existió condena en ausencia, toda vez que el recurrente concedió apoderamiento a un Abogado que compareció en el juicio como su defensor particular, a lo que habría que añadir que en el recurso interpuesto con la sentencia condenatoria nunca se hizo hincapié en que en el juicio de primera instancia no estuviera presente el acusado. Frente a tal eventual argumentación, opone el TC que “no puede compartirse el razonamiento de la Audiencia

Nacional cuando equipara, a efectos del respeto a las garantías inherentes al proceso justo, la presencia en el juicio del Abogado designado por el recurrente con la efectiva presencia de éste, rechazando, en consecuencia, que el recurrente fuera juzgado en ausencia por el mero hecho de haber comparecido en el juicio su Abogado”.

Cita a tal efecto la STC 91/2000, FJ 13, reiterando que “el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, y puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado. En este sentido, la vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa” (FJ 4).

La citada sentencia advierte de la modificación operada sobre la Decisión Marco de 2002 a partir de la Decisión Marco 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009 que, en aras a limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, delimita los supuestos en que puede denegarse la entrega solicitada por el Estado requirente en virtud de euroorden a efectos de cumplimiento una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía. A tal efecto se añade un nuevo art. 4 bis, en el que se determinan los motivos comunes por los que podrá denegarse la ejecución de una orden de detención europea en supuestos de resoluciones dictadas en rebeldía, y se suprime el apartado 1 del art. 5, en el que se 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 en virtud de la orden de detención europea pueda impugnar la condena impuesta en ausencia, para salvaguardar sus derechos de defensa⁴¹.

⁴¹ El art. 4 bis introducido por la Decisión Marco de 2009 tiene el siguiente tenor literal:

“Resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin comparecencia del imputado

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

a) con suficiente antelación:

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

No obstante la citada modificación legal, el TC concluye que no le corresponde aplicarla al caso enjuiciado, por cuando no fue tomada en cuenta por los órganos judiciales y porque no había sido aun incorporada al Derecho español (FJ 3).

celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y

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

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

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

i) declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o

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

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

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

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

Capítulo cuarto.

EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE LA PROTECCIÓN *AD EXTRA* FRENTE A CONDENAS EN REBELDIA

I. INTRODUCCIÓN

La STC 199/2009 dejaba claramente planteado el núcleo del conflicto existente entre la doctrina constitucional sobre el contenido absoluto del derecho de defensa en relación con las condenas en ausencia y la consiguiente necesidad de protección *ad extra*, y la configuración de la euroorden como un mecanismo casi automático de cooperación judicial basado en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. No sobra recordar, a este respecto, que el propio TC ha venido asumiendo como punto de partida que una cierta homogeneidad constitucional y jurídico-penal, derivada de la existencia de Tratado, vendría a despejar dudas sobre el respeto a las garantías en el Estado reclamante, máxime cuando los Estados han adquirido un compromiso de respeto a los derechos humanos sometiéndose a la jurisdicción del TEDH; si bien tampoco ha dejado de resaltar que la exclusión de sospechas genéricas no impide atender a alegaciones concretas sobre riesgos de lesión de derechos, o a responder frente vulneraciones ya acontecidas, cuando estas se proyectan sobre el contenido absoluto del derecho fundamental.

En todo caso, este cometido de protección *ad extra* habría de presentar mayores dudas en el marco del sistema de euroorden, dado el mayor grado de armonización legislativa, el principio de confianza en las instituciones europeas y el deber de reconocimiento mutuo. Dicha duda es la que ha puesto sobre la mesa el ATC 86/2011, de 9 de junio, con el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

II. CONTENIDO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El Auto de planteamiento tiene su origen en un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano italiano contra la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega incondicionada solicitada por autoridades judiciales italianas para cumplimiento de una pena de diez años de prisión impuesta en rebeldía, tras haberse dado a la fuga el actor y haber intervenido en su representación, tanto en el juicio oral como en las sucesivas instancias, sus abogados de confianza. El supuesto de hecho es así, tal como el propio Auto manifiesta, prácticamente idéntico al que dio lugar al otorgamiento del amparo en la STC 199/2009.

La procedencia de la cuestión prejudicial – de las tres cuestiones que en el Auto se plantean- se fundamenta por el TC en que la resolución de dicho caso depende, de una parte, de la interpretación y validez de las disposiciones de la

Decisión Marco de 2002 en su modificación por la Decisión Marco de 2009 que, anulando el artículo 5.1 de la anterior, introduce el art. 4 bis – antes expuesto-, así como de la interpretación del artículo 53 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); de otra, de la aplicación de la doctrina sobre vulneración indirecta del derecho de defensa, canon de control que ha de ser integrado a partir de las normas de Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales (en concreto, artículos 47 y 48.2 CDFUE).

A partir de la relevancia de los citados preceptos para la resolución del caso concreto, el TC suspende la tramitación del amparo y plantea al TJUE tres cuestiones, en relación de subsidiariedad:

“1ª. 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?”.

“2ª. En caso de que la primera cuestión 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?”.

“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?”.

(1ª) La primera cuestión atañe a la exégesis que deba darse a la propia Decisión Marco, en su modificación de 2009. A tal efecto, el TC manifiesta que el artículo 4 bis de la Decisión Marco suscita dos dudas interpretativas. De una parte, atendiendo a su tenor literal tal precepto podría interpretarse en el sentido de que lo que impide es denegar la ejecución de la euroorden, pero no necesariamente condicionarla a la revisión de la condena. De otra parte, incluso rechazando tal interpretación literal, una exégesis sistemática del precepto en relación con el artículo 1.3 de la propia Decisión Marco podría permitir una conclusión similar, dado que la prohibición de denegar o condicionar una euroorden “no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales...consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”.

(2ª) En la medida en que el artículo 6 TUE remite a la CDFUE, el TC plantea una segunda cuestión – para el caso de que la primera se responda afirmativamente- relativa a la interpretación de los derechos a la tutela judicial

efectiva (art. 47 CDFUE) y a la defensa (art. 48.2 CDFUE) en el Derecho de la Unión y a la compatibilidad con ellos del artículo 4 bis de la Decisión Marco. A la hora de exponer el sentido de dicha cuestión, el TC apela a la mención que tanto el artículo 6 como el 53.2 de la CDFUE hacen del CEDH para analizar la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de defensa y a un proceso equitativo en relación con las condenas en ausencia, citando en concreto la STEDH de 1 de marzo de 2006, asunto *Sejdovic c. Italia*. Asimismo, pone de manifiesto que, si bien el TJUE ha afirmado que el derecho a ser oído forma parte de integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, aún no se ha pronunciado sobre el sentido específico de los artículos 47 y 48.2 CDFUE. A este respecto, y en lo relativo a sus consecuencias para las condenas en ausencia, “(c)abe preguntarse, por ejemplo, si el Derecho de la Unión concede al derecho a la defensa y, en especial, al derecho a estar presente y a participar en la vista penal, una protección más extensa que la que se deriva del art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, limitando, por ejemplo, los supuestos en los que no se requiere un nuevo pronunciamiento. En caso de que no fuera así, aún cabría plantearse si, en un supuesto como el del litigio principal, en el que concurren las circunstancias previstas en el art. 4 bis de la Decisión Marco, debe considerarse que el reclamado ha renunciado tácitamente a su derecho a comparecer y defenderse, en los términos y con las consecuencias a los que se acaba de aludir” (FJ 6).

(3^a) Para el caso de que se declare compatible el artículo 4 bis de la Decisión Marco con los artículos 47 y 48.2 CDFUE, el TC plantea, en tercer lugar, la cuestión que, a la postre, mayor calado constitucional presenta, relativa a la interpretación del art. 53 CDFUE – sobre la que el TJUE no se ha pronunciado nunca, según destaca el ATC- y a la articulación de los sistemas de protección de derechos plasmados en las Constituciones nacionales con el que establece el Derecho de la Unión Europea. El TC considera que el precepto citado admite distintas interpretaciones, conllevando cada una de ellas diversas consecuencias para la resolución del litigio principal:

- La *primera opción* pasa por entenderlo como una cláusula de estándar mínimo de protección – opción que cabría inferir de algunos pronunciamientos del TJUE-, lo que permitiría a un Estado miembro justificar una excepción a la obligación de ejecución de una orden de detención europea al objeto de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por su Constitución, sin que, por lo demás, ese mayor nivel de protección característico de un determinado sistema nacional tenga necesariamente que generalizarse mediante su asunción por parte del Tribunal de Justicia.

- La *segunda opción* exegética sería entender el artículo 53 CDFUE como una cláusula de delimitación del campo de aplicación respectivo de la Carta y de las Constituciones nacionales, plasmando – de modo redundante a lo dispuesto en

el artículo 51 CDFUE – que sólo fuera del ámbito de aplicación de la primera pueden los Estados miembros disponer un mayor nivel de protección y que, por tanto, la Carta puede dar lugar a una reducción del estándar de protección de derechos fundamentales que se deriva de las Constitucionales nacionales. Esta exégesis, que encontraría su fundamento en una apreciación rigurosa de la pretensión de uniformidad del Derecho de la Unión, impediría excepcionar – ya por vía de denegación, ya por vía de condicionamiento- el deber de ejecutar una euroorden ante condenas en ausencia.

- Y la *tercera opción* pasaría por una forma de integración de las dos anteriores, operando ya como estándar mínimo ya como regla de uniformización según las características y contexto que presente el concreto supuesto; así, por ejemplo, podría desplegar uno u otro efecto según que el conflicto fuera entre derechos fundamentales o que fuera entre un derecho y un principio general reconocido fuera de la Carta. Añade el TC que esta opción permitiría quizá que el TJUE no hubiera de resolver la cuestión en abstracto, sino ceñida al concreto conflicto que presenta el caso concreto.

III. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

Las conclusiones del Abogado General han aparecido publicadas con fecha de 2 de octubre. En su informe, propone al TJUE que dé respuesta a las cuestiones planteadas en los siguientes términos:

«1) El artículo 4 bis, apartado 1, letras a) y b), de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, según su modificación por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que impide que la autoridad judicial de ejecución subordine, en los supuestos previstos por esa disposición, la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona a la que ésta afecta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión.

2) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, según su modificación por la Decisión marco 2009/299, es compatible con los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3) El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no permite que la autoridad judicial de ejecución subordine, en aplicación de su Derecho constitucional nacional, la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona afectada por ésta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión, siendo así que el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, según su modificación por la Decisión marco 2009/299, no autoriza la aplicación de esa condición.»

(1) En relación con la primera cuestión, resalta el Abogado General que la finalidad de la Decisión Marco 2009/299 era mejorar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en rebeldía a la vez que reforzar los derechos procesales de las personas, y que la solución elegida, consistente en prever de forma exhaustiva los supuestos en los que debe considerarse que la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una

resolución dictada en rebeldía no vulnera el derecho de defensa, “es incompatible con el mantenimiento de una facultad de la autoridad judicial de ejecución para someter esa ejecución a la condición de que la condena de que se trata pueda ser revisada con objeto de garantizar el derecho de defensa del imputado” (§70). A diferencia de la solución prevista para los juicios en rebeldía en la Decisión Marco de 2002, en la que se facultaba a la autoridad judicial de ejecución a condicionar la entrega a que por la autoridad de emisión se prestaran garantías de solicitar un nuevo proceso, el artículo 4 bis introducido por la Decisión Marco de 2009 se priva de tal posibilidad a la autoridad judicial de ejecución:

- En las letras a) y b) del artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco, el legislador de la Unión ha confirmado en sustancia que, si el imputado tuvo conocimiento de la celebración prevista del juicio y fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o bien, habiendo tenido conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado para que le defendiera en éste, debe considerarse que esa persona renunció a comparecer en su juicio, por lo que no puede invocar un derecho a un nuevo juicio; ni puede por tanto la autoridad judicial de ejecución condicionar la entrega a la prestación de garantía alguna (§ 64)

- Las letras c) y d) son las únicas circunstancias en las que el interesado puede tener derecho a un nuevo juicio, pero la Decisión Marco "suprime el margen de apreciación de la autoridad judicial de ejecución, que debe confiar en la información contenida en la orden de detención europea". Por ello, “la autoridad judicial de ejecución está obligada a ejecutar la orden de detención europea cuando ésta indique en sustancia, bien que el imputado, tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio, ha declarado expresamente que no impugnaba la resolución o no ha solicitado un nuevo juicio dentro del plazo establecido, o bien que no se ha notificado la resolución personalmente al imputado, pero que se le notificará sin demora tras la entrega y será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio y del plazo en el que deberá solicitarlo” (§62).

En definitiva, “(p)ermitir de manera general que la autoridad judicial de ejecución sometiera en esos casos la entrega del interesado a la posibilidad de un nuevo juicio (...) se opondría a la voluntad claramente expresada por el legislador de la Unión de prever de forma exhaustiva, por razones de seguridad jurídica, los supuestos en los que debe considerarse que los derechos procesales de una persona que no ha comparecido personalmente en su juicio no han sido vulnerados, y por tanto debe ejecutarse la orden de detención europea” (§65). “Los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión al adoptar el artículo 4 bis de la Decisión marco confirman que no quiso atribuir a las autoridades judiciales de ejecución la facultad de someter la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona a la que ésta afecta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión” (§66).

(2) Los argumentos que abonan la propuesta efectuada sobre la segunda cuestión – según la que el artículo 4 bis de la Decisión Marco es compatible con los artículos 47, párrafo segundo, y 48.2 de la CDFUE- parten de la premisa de que, según el art. 52.3 de la Carta, el sentido y alcance de los derechos recogidos en dichos preceptos serán iguales a los que les confiere el CEDH (en, respectivamente, los artículos 6.1 y 6.3 del mismo). A este respecto, afirma el

Abogado General que el artículo 4 bis de la Decisión Marco de 2009 no sólo respeta las exigencias de la jurisprudencia del TEDH (citando asuntos como *Sejdovic c. Rusia*, *Haralampiev c. Bulgaria* o *Idalov c. Rusia*), “sino que las codifica a fin de garantizar su aplicación en caso de ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una resolución dictada al término de un juicio en el que el imputado no ha comparecido” (§80). Por ello, asumiendo que el estándar de protección del TEDH se corresponde con lo previsto en el citado precepto de la Decisión Marco de 2009, concluye que “el respeto de los artículos 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2, de la Carta no exigía que optara por una protección más amplia del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa, por ejemplo si hubiera establecido el derecho a un nuevo juicio como una exigencia absoluta independiente de la conducta de la persona afectada” (§83).

(3) En su propuesta sobre la tercera cuestión planteada, el Abogado General rechaza que el artículo 53.2 CDFUE pueda interpretarse como una cláusula de estándar mínimo que pueda ser sobrepasado por un superior margen de protección de los Estados; esta interpretación “lesionaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que conduciría a atribuir la prioridad en cada caso específico a la norma jurídica que concediera el grado de protección más alto al derecho fundamental considerado” (§97). Por otro lado, aplicado al ámbito de la euroorden, “la creación de un sistema de geometría variable de esa clase incitaría a los delincuentes a refugiarse en los Estados miembros cuyas normas constitucionales ofrecieran mejor protección que los otros, perjudicando así la eficacia de la Decisión marco” (§103).

Para dar respuesta a la cuestión que subyace al planteamiento del Tribunal Constitucional español, referida al margen de actuación de que disponen los Estados miembros para establecer el nivel de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, asevera el Abogado General que es preciso diferenciar las situaciones en las que existe una definición en el ámbito de la Unión del grado de protección de un derecho fundamental que debe garantizarse en el contexto de la ejecución de una acción de la Unión y aquellas en las que ese nivel de protección no ha sido objeto de una definición común. En el primer caso, la fijación de ese nivel de protección está estrechamente ligada a los objetivos de la acción de la Unión de que se trata, por lo que la invocación a posteriori por un Estado miembro del mantenimiento de su más elevado nivel de protección tendría como consecuencia romper el equilibrio logrado por el legislador de la Unión y por tanto perjudicar la aplicación del Derecho de la Unión (§ 125). En cambio, en el segundo supuesto, los estados miembros disponen de un mayor margen de aplicación de su nivel de protección, siempre que ello sea conciliable con la debida aplicación del Derecho de la Unión y no lesione otros derechos fundamentales protegidos en virtud del Derecho de la Unión (§127).

En el ámbito de la Decisión Marco, el artículo 4 bis determina un nivel de protección armonizado con la finalidad de la Unión de garantizar la seguridad jurídica en la ejecución de las órdenes de detención y entrega. La “Decisión marco forma parte de las medidas cuya finalidad es crear un orden procesal europeo, indispensable para hacer más eficaces los mecanismos de cooperación judicial en la Unión” y para “avanzar en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y en la construcción de un verdadero espacio de libertad, de seguridad y de justicia” (§117). “Para conciliar esos objetivos el legislador de la Unión ha establecido el grado de protección de los derechos fundamentales en cuestión de un modo que no afecte a la eficacia del mecanismo de la orden de detención europea” (§119).

Sentado lo anterior, argumenta el Abogado general que el artículo 53 CDFUE sólo impone un nivel de protección de los derechos fundamentales dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión, pero no en lo tocante a la aplicación de su Derecho nacional y en sus relaciones de cooperación con terceros Estados no pertenecientes a la unión Europea: "La Carta no puede tener, por tanto, el efecto de obligar a los Estados miembros a rebajar el grado de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución nacional en los supuestos situados fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión. El artículo 53 de la Carta también expresa la idea de que la adopción de ésta no debe servir como pretexto para que un Estado miembro disminuya la protección de los derechos fundamentales en el campo de aplicación del Derecho nacional" (§134). En conclusión, el artículo 53 no permite subordinar la ejecución de un euroorden a la condición de que la persona afectada tenga derecho a un nuevo juicio, siendo así que el artículo 4 bis de la Decisión Marco no autoriza la aplicación de esa condición (§136).

El abogado General finaliza su escrito poniendo de manifiesto que tales conclusiones no conducen a negar la necesidad de tener en cuenta la identidad nacional de los Estados miembros, de la que forma parte la identidad constitucional y a cuyo respeto está obligada la Unión Europea (art. 4.2 CDFUE). Enfatiza el informe que no debe confundirse lo que corresponde a una concepción exigente de la protección de un derecho fundamental con una vulneración de la identidad nacional, o más precisamente de la identidad constitucional de un Estado miembro. En el presente asunto se trata ciertamente de un derecho fundamental protegido por la Constitución española cuya importancia no cabe subestimar pero ello no significa sin embargo que deba pensarse en la aplicación del artículo 4 TUE, apartado 2 - artículo que permite a un Estado oponerse a una disposición del Derecho derivado de la Unión si considerase que atenta contra su identidad-. Funda esa conclusión en que “además de que la determinación de lo que constituye el «contenido absoluto» del derecho de defensa sigue siendo debatida dentro del mismo Tribunal Constitucional, el propio Reino de España indicó en la vista, fundándose en especial en las excepciones existentes en el Derecho español a la celebración de un nuevo juicio tras una sentencia dictada en rebeldía, que la presencia del

acusado en su juicio no forma parte de la identidad constitucional del Reino de España" (§141).

La conclusión final del Abogado General es la siguiente: "La adopción por el legislador de la Unión del artículo 4 bis de la Decisión marco demuestra que los Estados miembros quisieron establecer un criterio común sobre la ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas para ejecutar sentencias dictadas en rebeldía y que ese criterio común era compatible con la diversidad de las tradiciones y de los sistemas jurídicos de los Estados miembros" (§145).

A fecha de hoy, las cuestiones planteadas por el TC se encuentran pendientes de respuesta por el TJUE (asunto número C-399/11, "Diario Oficial de la Unión Europea" de 1 de octubre de 2011, C-290/5).

* * * * *