

PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y DERECHOS
CONSTITUCIONALES. EN DEFENSA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Primacy of Union Law and Constitutional Rights.
In Defense of the Constitutional Court

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
Universidad de Valladolid

Revista Española de Derecho Constitucional
ISSN-L 0211-5743, núm. 106, Madrid, enero/abril (2016), pp. 479-522
<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.13>

Cómo citar/Citation

Matia Portilla, F. J. (2016).
Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales.
En defensa del Tribunal Constitucional.
Revista Española de Derecho Constitucional, 106, 479-522.
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.13>

Sumario

I. INTENCIONES. II. COMPLEJIZANDO LO SENCILLO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EVENTUAL LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA CONDENA IMPUESTA A LA PERSONA QUE OPTA POR NO ASISTIR A LA CAUSA PERO QUE CUENTA CON ASISTENCIA LETRADA DE SU ELECCIÓN EN EL JUICIO: 1. La posición del Tribunal Constitucional en esta materia. 2. ... sometida a crítica...: 2.1. ... *tanto desde la perspectiva del derecho fundamental al proceso debido y de defensa*. 2.2. ... *como desde la perspectiva del art. 10.2 CE*. III. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: 1. Un pronunciamiento esperado (introducción). 2. La Decisión Marco de 2009 impone la detención y entrega en un caso como el examinado. 3. Sobre el art. 53 de la Carta: 3.1. *La génesis y el sentido del 53 de la Carta*. 3.2. *Sobre la interpretación del art. 53 por el Tribunal Constitucional español, por el Abogado General y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. 4. Una valoración crítica de las afirmaciones contenidas en las Conclusiones y en la Sentencia del Tribunal de Justicia. IV. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: 1. Un pronunciamiento comprometido (introducción). 2. El cambio de interpretación constitucional del derecho de defensa recogido en el art. 24.2 CE. 3. El problema de fondo: ¿Cabe la primacía en la interpretación de los derechos fundamentales? 4. En particular, el entendimiento del art. 10.2 CE. En defensa de la competencia del Tribunal Constitucional. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTENCIONES¹

Hay problemas jurídico-constitucionales que son difíciles de atajar, o que acaso no puedan resolverse jamás. Uno de ellos, clásico en la doctrina, es el de cómo articular la primacía del Derecho comunitario, defendida como absoluta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y la suprallegalidad constitucional que se debe ver asegurada en todo caso por los tribunales constitucionales estatales. Son algunos de estos (en concreto, el italiano, el español y, muy especialmente, el alemán), los que han establecido que algunas normas

¹ Esta investigación se inscribe en el marco del Proyecto Estatal I+D DER2013-41303, Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales: De la Carta de DDFD de la Unión a las Constituciones, pasando por el CEDH.

constitucionales (muy en particular, las que recogen los derechos fundamentales) no pueden verse desplazadas por el Derecho de la Unión.

Este debate ha vuelto a la actualidad con el asunto Melloni. A raíz del amparo interpuesto por este, el Tribunal Constitucional optó por plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través del ATC 86/2011, de 9 de junio². Dicha cuestión fue evacuada a través de la STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11³. Y en fechas muy recientes el Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido denegar el amparo interesado en su día por el Sr. Melloni a través de la STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

Nuestra pretensión es analizar en el presente estudio si estas resoluciones judiciales encierran nuevos elementos que aclaren los perfiles del principio de primacía, lo que podría justificar la actuación del Tribunal Constitucional (ya sea planteando la cuestión, ya sea denegando el amparo) y/o del Tribunal de Luxemburgo, o si, bien al contrario, estas resoluciones dificultan la aceptación incondicionada de la primacía del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos nacionales y su eventual afectación a los derechos constitucionales.

Como se recordará, el Alto Tribunal español hacía tres preguntas muy concretas al Tribunal de Luxemburgo:

a) La primera, de interpretación, era si «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?».

² El primer planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional español ha generado un alto interés doctrinal, como acreditan, entre otros, los trabajos de Dubout, E. (2013), Revenga (2012), Torres (2013), Visser, M. (2013), Ugartemendía, I., y Ripol, S. (2012), Torres, A. (2012), Arroyo, L. (2012), Maeso, L. F. (2012), Gippini Fournier, E. (2011), y Arias, J. M. (2011). Especial interés reviste el análisis realizado por Pérez, M. (2012), especialmente pp. 330 y ss. Con posterioridad a la remisión de este trabajo a la *Revista Española de Derecho Constitucional* han aparecido otros relevantes estudios, como son los debidos a Gordillo, L., y Tapia, A. (2014), Figueruelo, A. (2014), Ugartemendía, J. I., y Ripol, S. (2014), Martín, P. J. (2014) (estos dos últimos centrados en la STC 26/2014), Bachmaier, L. (2015) y Donaire, F. J. (2015), entre otros.

³ STJUE, de 26 de febrero de 2013, que evacúa el asunto C-399/11, ya evaluada brillantemente por Martín, P. J. (2013) y Ugartemendía, J. I., y Ripol, S. (2013).

Esta cuestión se plantea ante el Tribunal de Justicia porque, hasta el momento, el Constitucional había condicionado la entrega de una persona afectada por una orden europea de detención y de entrega que hubiera sido juzgada en ausencia a la posibilidad de que pudiera celebrarse un nuevo juicio. Parece que el mantenimiento de esta reserva puede verse afectada por la Decisión Marco de 2009, por lo que parece tener sentido conocer la posición de la jurisdicción europea en esta materia.

b) El segundo interrogante se plantea de forma subordinada, y para el caso de que la respuesta del primero sea afirmativa. Se pregunta ahora, en el plano de la validez, si 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.

Este dato resulta relevante porque, aun cuando el Tribunal Constitucional español asumiera el respeto de las normas comunitarias y la primacía normativa que poseen, podría ocurrir que la entrega condicionada de la persona afectada pudiera entroncarse, directamente, con los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta.

c) Finalmente, el Tribunal Constitucional pregunta al Tribunal de Justicia sobre el alcance efectivo del art. 53 de la Carta, precepto que dispone, en lo que ahora interesa, que «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, [...] por las Constituciones de los Estados miembros». Esta cuestión, de carácter interpretativo, y que se realiza también de forma subordinada a la segunda (en el caso de que se responda aquella de forma afirmativa) es si 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 miembro⁴.

⁴ Este enfoque separa nítidamente el problema planteado por el asunto Melloni del resuelto en Akerberg (Sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10), puesto que en esta la primacía se invoca para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales de la Unión («el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión [que consagran los

Estas son las cuestiones que el Tribunal de Justicia ha respondido en su Sentencia de 26 de febrero de 2013, y lo ha hecho en un sentido y con una argumentación que en modo alguno resulta sorprendente, y que ya había sido anticipada en las Conclusiones presentadas por el Abogado General Yves Bot el 2 de octubre de 2012. El Tribunal ha recordado que la normativa comunitaria «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor». Ha afirmado, además, que el Derecho de la Unión es, en este punto «compatible con las exigencias derivadas de los arts. 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Ha considerado, finalmente, que el art. 53 de la Carta «debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución».

Si esta Sentencia presenta interés no es, obviamente, por su (prácticamente nula) novedad, sino que se anuda, mayormente, a su origen (una cuestión prejudicial interpuesta por nuestro Tribunal Constitucional), a su objeto (los derechos fundamentales, que, recordémoslo una vez más, deben ser interpretados de conformidad con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, *ex art. 10.2 CE*) y al eterno dilema de la eventual primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales (que, una vez más, y acaso no sea casual, se plantea en el campo de los derechos fundamentales).

No menor interés suscita la STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, que desestima el amparo interpuesto por el Sr. Melloni. Este interés trae causa, en primer lugar, no tanto por el asunto de fondo que en ella se ventila, como por haberse posibilitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre la interpretación del art. 53 CDFUE. Pero es que además, y en

derechos garantizados por la Carta] está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional», párrafo 45), mientras que en Melloni se discute la primacía de una disposición comunitaria restrictiva de derechos en relación con las disposiciones constitucionales que los protegen. Un examen de esta resolución y de la recaída en el asunto Melloni en Appanah, D. (2014) y en Rijkse-vorsel, E. van (2013).

segundo lugar, la Sentencia se acompaña de tres votos particulares concurrentes⁵, lo que también plantea algunas divergencias en el seno del Tribunal que invitan a una reflexión crítica, como es la que aquí se pretende ofrecer.

Nuestra pretensión es realizar algunas consideraciones, en clave constitucional, sobre estas materias. Este enfoque aconseja delimitar con más precisión el objeto del presente estudio, acotando aquellas materias que centraran nuestra atención.

La primera cuestión que nos plantearemos, desde la perspectiva de los derechos fundamentales (léase ahora, constitucionales), es si la condena impuesta en ausencia vulnera los derechos al proceso debido y de defensa del afectado (art. 24, apartados primero y segundo, CE) en el supuesto de que haya sido encausado y haya optado por no acudir personalmente y ser defendido durante el proceso por un letrado de su elección.

La segunda parte de este estudio se centrará en los problemas prácticos que suscita la existencia de un doble catálogo de derechos fundamentales, cuya interpretación auténtica depende de dos tribunales distintos y cuyo engarce práctico vendría fijado, en principio, por el art. 53 CDFUE. Esta cuestión es, a diferencia de la anterior, mucho más compleja en su formulación, pero no menos interesante.

Una buena evidencia de dicha complejidad resulta del examen comparado de la Sentencia del Tribunal de Justicia en la que da respuesta a la triple cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional, y la Sentencia en la que este opta por denegar el amparo solicitado por el Sr. Melloni, analizadas, en ambos casos, en relación con la primacía y la (efectiva) protección de los derechos constitucionales⁶. Se dedicarán sendos epígrafes a examinar una y otra resolución.

Delimitado el objeto de nuestro análisis, podemos comenzar, sin más trámite, a desarrollarlo.

⁵ Votos Particulares suscritos por las magistradas Adela Asua Batarrita y Encarnación Roca Trías, y el magistrado don Andrés Ollero Tassara.

⁶ No dedicaremos un epígrafe propio al examen de si la normativa comunitaria contradice, o no, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, porque en este caso no cabe ninguna duda de que el Tribunal de Justicia actúa como intérprete auténtico de una disposición europea y en el marco de sus atribuciones y es una cuestión accesoria al objeto del presente estudio, aunque dicho análisis pueda sernos útil en el marco de este trabajo, como veremos. Tampoco nos detendremos en las objeciones que se plantearon ante el Tribunal de Justicia en relación con la admisibilidad de la cuestión prejudicial, aunque estas tampoco carecen de interés.

II. COMPLEJIZANDO LO SENCILLO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EVENTUAL LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA CONDENA IMPUESTA A LA PERSONA QUE OPTA POR NO ASISTIR A LA CAUSA PERO QUE CUENTA CON ASISTENCIA LETRADA DE SU ELECCIÓN EN EL JUICIO

1. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESTA MATERIA

El supuesto examinado en el epígrafe se ha planteado en diversas ocasiones ante el Tribunal Constitucional, en el marco de condenas impuestas en ausencia en países distintos al de su residencia. Primero, en el marco de la extradición de personas y, más recientemente, en el marco de la orden europea de detención y entrega. Aunque existen muy importantes avances en la euroorden en relación con el viejo modelo de la extradición⁷, siempre ha existido polémica dentro del Tribunal sobre si la condena impuesta en ausencia cuando el afectado ha declinado asistir a su propia causa y ha confiado su defensa a letrados de su confianza vulnera, y en qué medida, sus derechos fundamentales.

Debe destacarse que, en esta materia, siempre ha habido opiniones discrepantes dentro del Tribunal Constitucional, aunque la mayoría de los magistrados ha entendido que la entrega incondicionada del condenado en ausencia, en las circunstancias descritas⁸, lesiona indirectamente su derecho de defensa.

Así, en relación con el procedimiento de extradición podemos recordar la doctrina vertida en la STC 91/2000, de 30 de marzo⁹. La mayoría del Pleno

⁷ Mientras que la extradición se concibe como un procedimiento mixto (en parte judicial y en parte gubernativo, en el que el Estado dispone de margen de decisión política sobre la conveniencia de acceder o de rechazar a la misma), la euroorden se presenta fundamentalmente como un mecanismo de cooperación judicial, basado en los principios de confianza recíproca y reconocimiento mutuo.

⁸ Desde un punto de vista general el Tribunal Constitucional considera que «la condena *in absentia* en juicios penales solo es constitucionalmente admisible si se garantiza suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio, dándole, mediante la citación que produzca un conocimiento efectivo, oportunidad de comparecer en él con anterioridad para que pueda conocer los hechos que se le imputan y garantizándole, en cualquier caso, la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal *in absentia*, sin que tal posibilidad haya de extenderse necesariamente a los pronunciamientos civiles de la Sentencia» (SSTC 135/1997/7, de 21 de julio, y 91/2000/12, de 30 de marzo).

⁹ Doctrina reiterada en las SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 156/2002, de 23 de julio, y 183/2004, de 2 noviembre.

entiende que «el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial» (FJ 13, y las Sentencias anteriores en la misma dirección), vinculado con la autodefensa y con el derecho a la última palabra¹⁰.

Discrepan de este parecer algunos magistrados. Así, el magistrado Cruz Villalón expone en un muy interesante Voto Particular que el parámetro internacional en esta materia es, fundamentalmente, el Convenio Europeo de Extradición, de 1957. Pues bien, el magistrado recuerda que el art. 3.1 del Segundo Protocolo adicional a dicho Tratado permite denegar la entrega de la persona «si, en su opinión, el proceso que dio lugar a dicha Sentencia no respetó los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito»¹¹. La cuestión, nuclear, es que el recurrente, en este caso, no ha alegado lesión de tales derechos, sino que se ha quejado, únicamente, de su no presencia en el plenario. Por tal motivo, concluye, el Pleno debería haber desestimado el recurso de amparo interpuesto.

También resulta de interés el Voto Particular suscrito por Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhieren los magistrados Rafael Mendizábal Allende y Vicente Conde Martín de Hijas, que interesan igualmente la desestimación del amparo por considerar, en lo que aquí interesa, que el acusado ha podido optar por defenderse por sí mismo o a través de un abogado, como así ha hecho, y que Italia goza de garantías procesales que son equiparables a las españolas.

Esta polémica en el seno del Tribunal se ha mantenido en el tiempo, siendo igualmente aplicable a la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). Antes de examinar la posición del Tribunal Constitucional en esta materia, conviene señalar ya que dicha Decisión ha sido modificada por la muy relevante Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y

¹⁰ Apoya esta afirmación en diversos textos internacionales (arts. 10 y 11 DUDH, 14, apartados 1 y 3, PIDCyP y 6.3.c CEDH). Por tal motivo «la autorización judicial de entrega incondicionada a Italia del reclamado para cumplir una pena que le fue impuesta tras un juicio celebrado en rebeldía vulneró su derecho de defensa» y supuso también una vulneración indirecta de las exigencias del derecho al proceso debido (FJ 14). Los efectos de esta doctrina no consisten en la denegación de la entrega, sino en la entrega condicionada del afectado, que debe tener una posibilidad efectiva de impugnar dicho pronunciamiento (*vid.* SSTC 156/2002/7, de 23 de julio y, ya en relación con la orden europea de detención y entrega, 199/2009/3, de 28 de septiembre).

¹¹ Protocolo publicado en el *BOE* de 11 de junio de 1985.

2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado¹².

¿Qué dicen estas normas? Pues bien, sintéticamente resumidas, la normativa de 2002 permitía que el Estado supeditase la ejecución de una euroorden cuando esta trajera causa de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad impuesta en rebeldía (art. 5.1), garantizándose la posibilidad de que el afectado pueda tener un nuevo juicio. ¿Era esto suficiente para condicionar su entrega? No está claro, dado que dicho precepto sigue indicando «y si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía».

Estas dudas desaparecen con la Decisión Marco de 2009, que delimita con mucha mayor precisión el régimen de las órdenes europeas de detención y entrega que tienen su origen en resoluciones impuestas en rebeldía. En lo que ahora interesa, introduce en la Decisión un nuevo artículo (el 4 bis), en el que se excluye la inejecución de una orden europea de detención y entrega cuando el interesado, en lo que ahora nos interesa «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».

Dicho con otras palabras, y aunque este precepto pueda ser preocupante desde la perspectiva del respeto de los derechos fundamentales por otras razones¹³, establece con claridad que la orden europea de detención y entrega debe ser ejecutada cuando el encausado o afectado ha designado a un letrado para su defensa.

Sin embargo, estas decisiones marco no han provocado un replanteamiento de las posiciones mantenidas por el Tribunal Constitucional, como acredita la STC (Sala Primera) 199/2009, de 28 de septiembre, y en la que se

¹² Pueden consultarse estas normas en *DOUEL* 190, de 18 de julio de 2002, pp. 1 y ss. y en *DOUEL* 81, de 27 de marzo de 2009, pp. 24 y ss., respectivamente. En nuestro país han sido desarrolladas a través de las Leyes 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, lugar evidentemente inapropiado para ello.

¹³ En efecto, es preocupante, aunque lógica, la referencia a la defensa mediante letrado de oficio, porque no acredita la implicación del afectado en la causa (aunque esta cuestión entroncaría con el apartado *a* del mismo art. IV bis). También resulta de interés destacar que en este caso se incluye una exigencia que puede (*rectius*, debe) ser ponderada por el Tribunal que ejecuta la orden, y es determinar si el afectado fue «efectivamente defendido» por dicho letrado.

toma como referencia la Decisión Marco de 2002¹⁴, que exige la entrega condicionada del afectado que traiga causa de una resolución dictada en ausencia.

Algunos magistrados han seguido oponiéndose a esta visión, pero lo hacen haciendo notar que la situación ha cambiado radicalmente, por versar estas decisiones sobre euroórdenes y no sobre extradiciones¹⁵. En palabras del magistrado Rodríguez-Zapata Pérez, la actuación judicial impugnada ha sido realizada al amparo tanto de la Decisión Marco (de 2002) como de la Ley española, en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho europeo¹⁶. En una dirección similar, el magistrado Pérez Tremps entiende que si el Tribunal Constitucional discrepa de la entrega de una persona juzgada en rebeldía en ejecución de una orden europea debe plantar la oportuna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. Si no sigue esta vía, el Tribunal Constitucional debería cuestionarse si la Ley española no vulnera la Constitución al no contemplar el supuesto de la entrega condicionada del afectado. Si tampoco actúa en este sentido, debería denegar el amparo solicitado, porque el parámetro europeo en esta materia (integrado por la Decisión Marco de 2009 y por la STEDH Gran Sala Sejdovic c. Italia, de 1 de marzo de 2006, § 82 y ss.) permite diferenciar razonablemente los supuestos de una condena impuesta en

¹⁴ Recuerda el Tribunal que su jurisprudencia sobre extradición es igualmente aplicable a la orden europea de detención y entrega (como atestigua la STC 177/2006/7b, de 27 de junio). Por otra parte, entiende que aunque ni la Decisión Marco de 2002 ni la Ley española 3/2003 prevé la entrega condicionada del afectado que ha sido juzgado en rebeldía, estamos en presencia de una garantía «inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución» (STC 199/2009/3) y que además esta posibilidad viene acreditada por el citado art. 5.1 de la citada Decisión Marco, que permite que la ejecución de la euroorden tome en consideración el Derecho del Estado miembro de ejecución. Dado que dicha exigencia de un nuevo juicio es un reflejo de un derecho fundamental, su inobservancia por parte de la Audiencia Nacional vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (STC 199/2009/3, con cita en las SSTC 91/2000, de 30 de marzo; 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000 y 163/2000, de 12 de junio, y 183/2004, de 2 de noviembre).

¹⁵ El magistrado Rodríguez-Zapata Pérez no puede aceptar «una posición regresiva que pretenda extender los efectos de la resolución de una extradición, institución propia del siglo xx, a la orden europea de detención y entrega, mecanismo propio de la Unión Europea del siglo xxi», opinión formulada en el VP emitido en la STC 120/2008, de 13 de octubre, al amparo de la propia STC 293/2006/4, de 10 de octubre.

¹⁶ El magistrado se remite a la doctrina vertida por el TJUE en la Sentencia de 16 de junio de 2005, caso María Pupino, C-105/2003, § 43 o 34 y a la autonomía de los conceptos de rebeldía y ausencia (STJUE de 17 de julio de 2008, caso Szymon Kozlowski, § 43).

ausencia del caso actual, en el que el encausado fue emplazado y decidió, libremente, no acudir al plenario y confiar su defensa en un letrado de su elección¹⁷.

Resulta evidente que ninguna de las críticas vertidas en el seno del Tribunal Constitucional ha sido suficiente para variar la posición de la mayoría. En el ATC 86/2011, de 11 de junio, se hace un magnífico resumen de la jurisprudencia vertida hasta el momento en esta materia. La única voz discrepante se debe, una vez más, al magistrado Pérez Tremps.

El punto de partida de este magistrado es que «los Estados miembros de la Unión Europea comparten una cultura de los derechos fundamentales» (ap. 3, que remite al art. 6.2 TUE y, a través de la Carta, al CEDH), que se concreta «en la aceptación de la suficiencia de “las garantías sustanciales ofrecidas y [de] los mecanismos previstos para su control” (STEDH *Bosphorus c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, § 155)» (ap. 3). Esto supone que un Estado no puede imponer su estándar de protección a otro Estado y que los excesos de este serán enjuiciados, en su caso, por el Tribunal de Estrasburgo. Este principio de «confianza legítima horizontal, recíproca, en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de otro Estado cobra especial significado» en el mecanismo de la orden europea de detención y entrega, que parte del «principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal» (ap. 3). Aunque resulta evidente que este principio admite excepciones (como acredita la posibilidad de entrega condicionada o de denegación de ejecución de las órdenes europeas, previstas en las Decisiones Marco de 2002 y de 2009, respectivamente) (ap. 4), para que las mismas tengan lugar debe producirse una «auténtica condena “en rebeldía” generadora de indefensión lesiva de las garantías procesales establecidas en los ya citados instrumentos constitucionales nacionales, internacionales y supranacionales» (ap. 5).

No comparte el magistrado Pérez Tremps que una condena impuesta en rebeldía (posibilidad, por cierto, que nuestro propio ordenamiento permite) vulnere, por sí sola, el contenido absoluto o esencial del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE. Y menos si se pretende atender al criterio hermenéutico previsto en el art. 10.2 CE. Resulta evidente que el parámetro de la

¹⁷ Esta fundamentación remite a la que se contenía en el Auto 49/1998/4 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de julio de 1998, que fue anulado parcialmente por la citada STC 91/2000, de 30 de marzo, y en el que se indicaba que «el acusado fue regularmente citado a la vista oral, se permitió la intervención en todo el proceso, también en la vista, del Letrado de su elección y que recurrió la sentencia con éxito parcial», concluyéndose que «todo ello sería exponente de *un ejercicio activo y eficaz de su derecho a la defensa*». Comparte esta visión J. M. Arias (2011, apartado III.3).

Unión Europea fijado en la citada Decisión Marco de 2009 contempla que, en determinadas circunstancias, se proceda a la entrega del condenado en ausencia. También resulta claro para el magistrado discrepante que, en contra de lo señalado por la mayoría, no puede deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia que «cualquier condena en ausencia sea, *per se*, contraria al art. 6 CEDH y con ello al art. 24 CE» (ap. 5, que cita la SSTEDH —Gran Sala— *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006, §§ 82 y ss., y de las Sentencias allí citadas, y de las que la siguen). Ni la condena ni el rechazo de la entrega condicionada resulta desproporcionado cuando, en particular, el «acusado, debidamente emplazado, constando dicho emplazamiento, decida libremente renunciar a su presencia, constando la posibilidad de asistencia del Abogado para la defensa de sus intereses» (ap. 5, citando la STEDH *Medenica c. Suiza*, de 14 de junio de 2001, § 59). A la luz de esta doble perspectiva europea, concluye que no estima vulnerado el derecho de defensa del recurrente.

2. ... SOMETIDA A CRÍTICA

Nuestra pretensión, en este punto, es extremadamente modesta, aportando una visión personal sobre si se ha visto vulnerado, o no, el derecho de defensa del recurrente, señor Melloni.

Antes de dar una opinión sobre esta materia, debemos recordar los concretos hechos que se enjuician en el amparo 6922-2008, ya que en este tipo de proceso el Tribunal no pretende realizar construcciones genéricas, sino determinar si, en el caso en especie, se han vulnerado, o no, y en qué medida, los derechos del recurrente.

La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición del Sr. Melloni a Italia, en virtud de dos órdenes europeas de detención y entrega, acordándose posteriormente su libertad bajo fianza y optando el afectado por darse a la fuga. El Tribunal de Ferrara lo declara en rebeldía y acuerda efectuar las subsiguientes notificaciones en lo sucesivo a abogados de su confianza. El proceso penal concluye en la condena del recurrente, confirmada en apelación y en casación, por un delito de quiebra fraudulenta.

Se expide una nueva orden de detención europea para el cumplimiento de la condena, que es ejecutada, en nuestro país, por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El afectado se opone a la entrega, alegando, en lo que ahora interesa, que la ley procesal italiana no contempla la posibilidad de recurrir las Sentencias dictadas en rebeldía, por lo que en todo caso debería condicionarse su eventual entrega. El Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008 acuerda la entrega del afectado por entender que su derecho de defensa no se ha visto comprometido, dado que (a) era conocedor de la celebra-

ción del juicio (b) se había situado voluntariamente en rebeldía y (c) había sido representado en las tres instancias por dos abogados para su defensa.

¿Se han vulnerado los derechos al proceso debido y de defensa del recurrente? A mi juicio, el enfoque del Tribunal parte de algunas premisas que no es posible compartir, y su rigor garantista contrasta con el formalismo utilizado en otras ocasiones en relación con las garantías procesales.

Existen poderosos argumentos, tanto genéricos como específicamente anudados al art. 10.2 CE, que permiten desestimar la queja del recurrente sin mayores esfuerzos.

2.1. ... tanto desde la perspectiva del derecho fundamental al proceso debido y de defensa...

La doctrina general forjada por el Tribunal Constitucional sobre los derechos procesales parte de algunas premisas generales que deberían haber servido para delimitar el problema planteado y desestimar la queja del recurrente.

Es sabido, en efecto, que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que «para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado» (SSTC 185/2003/4, de 27 de octubre; 164/2005/2, de 20 de junio; 25/2011/7, de 14 de marzo, y 2/2013/9, de 14 de enero).

Resulta muy discutible que en el caso que nos ocupa estemos en presencia de una indefensión material, que merezca ser reparada, puesto que el acusado ha sido efectivamente defendido en el plenario por letrados de su estricta confianza. El propio Tribunal Constitucional discrepa de esta idea afirmando, por el contrario, que «solo 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, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro Ordenamiento, hemos reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa»¹⁸.

¹⁸ SSTC 91/2000/13, de 30 de marzo, y 199/2009/4, de 28 de septiembre, y ATC 86/2011/5, de 9 de junio. Y es que «la viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio», *ex* STC 181/1994/3, de 20 de junio.

La exigencia impuesta por el Tribunal puede ser considerada excesivamente garantista, y resultaría desafortunado que un profesor de Derecho Constitucional presente tal eventual exceso como defecto. Es oportuno hacer recordar, como hace el magistrado Pérez Tremps, que la consecuencia de esta construcción sería entender que cualquier proceso penal celebrado en ausencia del acusado sería lesivo de derechos fundamentales, lo que permitiría dudar de la constitucionalidad de las normas que permiten tal tipo de enjuiciamiento en nuestro país (art. 786 LECrim), cosa que no se ha hecho. Y es que esta previsión legislativa también sirve para asegurar otros fines de evidente relevancia constitucional, como son los derechos (fundamentales) de las víctimas y el principio de seguridad jurídica y de asegurar el Estado de Derecho.

Menos dudas plantea, sin embargo, que, en un caso como el que nos ocupa, en el que el acusado era conocedor del juicio, y opta —libremente— por no presentarse al plenario y confía su defensa en letrados de su elección, se impute un comportamiento irregular a las autoridades judiciales italianas. Y es que, con independencia de que exista o no un derecho fundamental absoluto del acusado a estar presente en su juicio, resulta evidente que su decisión de no acudir al plenario no ha sido provocada por ningún poder público italiano, sino que trae causa de su libre voluntad.

Podría cuestionarse, de forma muy razonable además, que la ausencia del acusado al proceso vulnere su derecho de defensa cuando se encuentra bajo la custodia de autoridades públicas, porque estas debieron garantizar su presencia en aquel. Pero en este caso, la eventual indefensión que se hubiera producido debería imputarse, como resulta obvio, al propio recurrente.

Partiendo de esta evidencia, debería recordarse, como el Tribunal Constitucional ha señalado de forma muy reiterada, que «corresponde a las partes intervinientes en el proceso actuar con la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible» (SSTC 33/2004/2, de 8 de marzo, y 208/2009/4, de 26 de noviembre, entre otras muchas). Resulta sorprendente, en efecto, que el Tribunal acepte con naturalidad que el recurrente, que ha decidido no acudir al plenario, pueda quejarse después de que dicha ausencia ha provocado una indefensión, y que se impute la misma, además, a un órgano judicial que se ha limitado a aplicar la legislación procesal criminal (cercana, además, en este punto, a la española).

El Tribunal rechaza taxativamente este enfoque en la STC 91/2000/15, de 30 de marzo, dado 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» (Apoya esta

afirmación en las SSTEDH de 27 de febrero de 1980, caso Deweer c. Bélgica, núm. 54, y de 29 de julio de 1998, caso Guerin contra Francia, núm. 43).

Creo que existen argumentos suficientes para cuestionar esta afirmación, y que parten de la propia construcción jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha hecho de los derechos procesales. En primer lugar, no se ha precisado qué lesión material ha provocado la ausencia del condenado. En segundo lugar, la misma no trae causa de ningún comportamiento de un poder público italiano que merezca reproche constitucional. En tercer lugar, la eventual indefensión que se dice producida traería causa de la propia decisión del recurrente.

La única duda que podría plantearse es si estamos ante un derecho al que el recurrente pueda renunciar en todo caso. Pero es que no me parece que tampoco sea preciso tal enfoque. Podría entenderse, en términos razonables, que la eventual prisión provisional a la que el recurrente podría verse sometido en tanto se le juzga opera como una carga (razonable además en este caso, en el que se había dado anteriormente a la fuga) y que debe asumirla si desea ejercer en plenitud su derecho de autodefensa. Siendo muy interesante este dilema, no influiría en la desestimación de la queja, examinada desde la exclusiva perspectiva del art. 24 CE.

2.2. ... como desde la perspectiva del art. 10.2 CE

Ciertamente, el Tribunal Constitucional debe tomar en consideración, a la hora de delimitar el alcance de los derechos fundamentales, los Tratados internacionales suscritos en materia de derechos humanos¹⁹.

Desde esta perspectiva, puede ser útil conocer la posición expresada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, especialmente en este caso, por versar sobre el alcance de previsiones normativas de la Unión Europea, por el Tribunal de Luxemburgo.

El Tribunal de Estrasburgo ha señalado que «ni la letra ni el espíritu del art. 6 de la Convención impiden a alguien renunciar por propia voluntad, de manera expresa o tácita, a las garantías del proceso debido. Sin embargo, para poder ser juzgado conforme a los fines del Convenio, la renuncia del derecho a tomar parte en el proceso debe encontrarse establecida de manera inequívoca y rodearse de un mínimo de garantías acordes con su gravedad. Además,

¹⁹ Sin embargo, el Tribunal Constitucional dispone, como no puede ser de otra manera, de la última palabra a la hora de determinar la interpretación de los preceptos constitucionales (también de los que consagran los derechos fundamentales), sin que esta tarea sea, en sí misma, fiscalizable en sede judicial.

no debe afectar ningún interés público importante» (STEDH *Idalov c. Rusia*, de 22 de mayo de 2012, § 172). O como se dijera anteriormente, en esta misma dirección: «para que un proceso en ausencia sea justificado, resulta decisivo que los hechos del caso acrediten inequívocamente que el afectado fue suficientemente advertido de la oportunidad de ejercer sus derechos en el contexto del específico proceso dirigido contra él y que pueda ser considerado que renunció a su derecho de comparecer ante el Tribunal. En ausencia de cualquier notificación este derecho no puede ser considerado claramente objeto de renuncia ni ejercido de forma efectiva» (STEDH *Stoyanov c. Bulgaria*, de 31 de enero de 2012, § 32).

Aunque podría ampliarse este recordatorio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resultan suficientes estas pinceladas para concluir que la interpretación defendida en líneas anteriores del alcance de los derechos al proceso debido y de defensa no es incompatible con la doctrina vertida por el Tribunal de Estrasburgo.

La propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2012, acredita que tampoco resulta incompatible la idea de que la negativa del acusado a comparecer en su proceso con los derechos fundamentales comunitarios.

Recuerda, en efecto, el Tribunal de Luxemburgo que, «aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto» (párrafo 49, que cita la STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, C-619/10, párrafos 52 y 55). Esto ocurre, en particular, cuando el acusado «haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto» (párrafo 49).

Esta doctrina tiene especial peso, además, cuando se aplica a una institución de cooperación procesal, la orden europea de detención y de entrega, que parte del reconocimiento mutuo del principio de reciprocidad.

Podríamos concluir, entonces, que, para los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo, el juicio en ausencia no vulnera derecho procesal alguno, si se respetan determinadas garantías formales y materiales, relacionadas con la acreditación de que el afectado ha sido convenientemente informado de la celebración del juicio y de los eventuales efectos que se derivan del mismo, así como del respeto del principio contradictorio asegurando su eventual defensa por parte de un letrado de su confianza.

En líneas anteriores hemos tratado de demostrar cómo, a nuestro juicio, no se han vulnerado las garantías procesales del recurrente en el caso que nos ocupa, y lo hemos hecho valiéndonos tanto de la doctrina constitucional habitualmente utilizada cuando se alegan los derechos al proceso con todas las

garantías y de defensa como de la jurisprudencia emanada, en esta misma materia, de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

Es oportuno hacer notar que nuestro análisis se limita al caso enjuiciado, como no puede ser de otra forma cuando se habla del respeto de los derechos fundamentales, sin que ello impida señalar que pueden darse circunstancias específicas en otros supuestos que permitan llegar a soluciones distintas. Podría pensarse, por ejemplo, si se hubiera producido una indefensión constitucionalmente relevante en el supuesto de que quedara acreditado que la defensa del condenado *in absentia* fue manifiestamente ineficiente²⁰.

En todo caso, si el Tribunal Constitucional hubiera decidido modificar su doctrina, nos hubiéramos evitado el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y los problemas que se derivan de esta decisión, y que serán examinados en las siguientes líneas.

III. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. UN PRONUNCIAMIENTO ESPERADO (INTRODUCCIÓN)

De los tres interrogantes que se contienen en la cuestión prejudicial, dos remiten al clásico problema de la primacía. En la primera se cuestiona si la autoridad de ejecución de una orden europea puede proceder a realizar una entrega condicionada, y en la tercera, si tal actuación podría justificarse en el art. 53 de la Carta, en la medida en que supondría establecer una protección suplementaria vinculada con un derecho constitucional.

No resultan inesperadas las respuestas del Tribunal de Luxemburgo a las preguntas planteadas por el Tribunal Constitucional español, y que en síntesis se pueden resumir en que la aplicación uniforme del mecanismo de la orden europea de detención no permite que un órgano judicial condicione la entrega a un eventual recurso si tal posibilidad no está prevista en la Decisión Marco (de 2009), y en que el principio de primacía impide que un tribunal se apoye en una norma constitucional que reconoce un derecho fundamental para no ejecutar una euroorden, pese a que, es bueno recordarlo ya, la Unión Europea

²⁰ Es conveniente recordar que la propia Decisión Marco de 2009 establece, en su art. 4.b, que el acusado debe ser «*efectivamente* defendido por dicho letrado en el juicio». El adverbio subrayado remite, o eso parece, a que pueda verificarse si la actuación del letrado presentó una mínima calidad, lo que permitiría calibrar en qué medida ha quedado acreditada o no.

carece de competencias en esta materia²¹. Resulta conveniente, en todo caso, examinar separadamente una y otra cuestión.

2. LA DECISIÓN MARCO DE 2009 IMPONE LA DETENCIÓN Y ENTREGA EN UN CASO COMO EL EXAMINADO

El Tribunal de Justicia sigue en esta parte de su argumentación muy de cerca las observaciones presentadas por el Abogado General. El supuesto previsto en el art. 4 bis.1.b de la Decisión Marco de 2009 «no menciona en absoluto la exigencia de que el interesado tenga derecho» «a un nuevo juicio en el Estado miembro emisor» (Conclusiones, párrafo 59), por lo que, no siendo contraria al derecho de defensa, resulta «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 interesado» (Sentencia, párrafo 44). Tal conclusión también se alcanza tomando en consideración la finalidad de la nueva Decisión Marco, que no es otra que «facilitar la cooperación judicial en materia penal, mejorando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros por medio de una armonización de los motivos de no reconocimiento de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado» (Sentencia, párrafo 43. Ver Observaciones, párrafos 61 y ss.).

3. SOBRE EL ART. 53 DE LA CARTA

3.1. *La génesis y el sentido del 53 de la Carta.*

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

Con este precepto se busca, según las Explicaciones, «mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplica-

²¹ Arts. 6.1 TUE y 51.1, 51.2 y 52.5 CDFUE. Idea subrayada por diversos autores [ver, a título de ejemplo, Martín, P. J. (2013), 44-45].

ción el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional»²².

El origen de esta previsión no es, en absoluto, reciente. En la difundida Sentencia Nold, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya había afirmado que no podría «admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones» (STJUE de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73), aunque es probable que el autor intelectual de esta afirmación sea el jurista más influyente en la jurisprudencia comunitaria relacionada con la protección de los derechos fundamentales, Pierre Pescatore. Este había señalado, en un artículo publicado dos años antes, que «resulta difícil ver cómo el Derecho comunitario puede mantener su autoridad si fracasa en el logro de alcanzar un nivel de protección que sea considerado esencial en algún concreto Estado miembro»²³.

Resulta así que estamos en presencia de una cláusula de estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales, que garantiza que la Carta no repercutirá negativamente en el nivel de protección existente ni en el plano europeo (especialmente, en el CEDH) ni en el plano constitucional²⁴. La Carta establecería un nuevo canon en materia de derechos humanos, que únicamente sería vinculante en lo que atañe a la creación del Derecho de la Unión y a su aplicación (que, desde esta perspectiva, seguiría siendo uniforme en todo el territorio de la Unión).

²² DOUEC 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 35. Es habitual que los tratados internacionales en materia de derechos humanos contengan tal tipo de cláusulas, como acredita la simple lectura de los arts. 53 CEDH, 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²³ Pescatore, P. (1972), 73.

²⁴ Dicho en palabras vertidas por ilustres comunitaristas, el art. 53 consagra el principio de no regresión (Braibant), impidiendo una *reformatio in peius* en materia de derechos fundamentales (Mangas). Extraído de Martín, J. (2008): 856. Señalará más adelante el propio autor que el citado precepto garantiza «el mantenimiento del *statu quo* en la protección de los derechos» (ibídem, p. 864). Esta interpretación resulta plenamente compatible con la afirmación, realizada por el propio Tribunal de Justicia en su Sentencia de 26 de febrero de 2013 en el asunto Akerberg (C-617/10), de que «el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros» (párrafo 44).

3.2. *Sobre la interpretación del art. 53 por el Tribunal Constitucional español, por el Abogado General y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Antes de analizar la argumentación contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia, es conveniente recordar algunas de las consideraciones contenidas en el Auto del Tribunal Constitucional que plantea la cuestión prejudicial, y que condicionan el posterior debate procesal.

El Pleno del Tribunal Constitucional español entiende que hay tres formas de interpretar el art. 53. Se puede concebir este en la línea de lo previsto por el citado art. 53 CEDH, como una norma que permite que un Estado excepcione una obligación comunitaria con el fin de «de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por su Constitución» (ATC 86/2011/7), como una norma que sirve para delimitar el ámbito de aplicación de la Carta y, en su caso de los derechos constitucionales (lo que contribuye a la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión pero vacía de contenido propio el precepto examinado, que sería redundante en relación con el art. 51 del mismo cuerpo normativo), y, finalmente, como una norma flexible, que podría consentir que en algunos casos el Derecho constitucional desplazara la norma comunitaria y en otros ocurriera lo contrario, dependiendo de los intereses en juego (derechos fundamentales, principios generales, etc.). En este último supuesto, la interpretación del art. 53 se circunscribiría al concreto problema planteado.

Debe hacerse notar que dos de las tres soluciones apuntadas contemplan el eventual desplazamiento de las normas constitucionales que recogen los derechos fundamentales (la segunda, de forma incondicionada; la tercera, ocasionalmente), que ceden su lugar a normas de la Unión. Y este entendimiento de la cuestión podría encontrar cobijo en una de las afirmaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004/4, cuando señaló que el art. 93 CE permitía que «su propio desplazamiento o inaplicación» en virtud del principio de primacía.

El Abogado General opina que debe rechazarse la primera de las interpretaciones realizadas, porque «lesionaría el principio de primacía del Derecho de la Unión», y podría dar lugar a que, en algunos casos, se reconociera «la preeminencia de las Constituciones nacionales sobre el Derecho de la Unión» (párrafo 97). También comprometería la aplicación uniforme y eficaz del Derecho de la Unión (párrafo 101) y, en el caso en especie, daría lugar a un sistema de geometría variable que incitaría a los delincuentes a refugiarse en los Estados más garantistas (párrafo 103). Tal entendimiento también afectaría al principio de seguridad jurídica (párrafo 104), y se opondría, además, a la ne-

cesidad de reconocer los derechos fundamentales en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión Europea (párrafo 107).

Desde esta perspectiva adquiere especial relieve «la necesaria uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y de los imperativos ligados a la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia», intereses estos que permiten «graduar el nivel de protección de los derechos fundamentales en función de los diferentes intereses en juego» (párrafo 112). En definitiva, «una interpretación del art. 53 de la Carta que permitiera que una autoridad judicial de ejecución, en aplicación de una norma constitucional nacional, someta de forma general la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía a la condición de que la persona condenada por esta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión rompería el equilibrio así alcanzado por el art. 4 bis de la Decisión marco y, por ello, no es aceptable» (párrafo 122).

El Abogado General examina la cuestión desde otro enfoque, cual es determinar si los Estados disponen de un margen de apreciación para establecer un nivel de protección en la aplicación del Derecho de la Unión (párrafo 124 y ss.). Entiende que cuando la Unión Europea ha fijado un nivel propio de garantía (lo que expresamente se hace en la Decisión Marco de 2009), el «consenso entre los Estados miembros no deja espacio para la aplicación de estándares de protección nacionales divergentes» (párrafo 126). Sin embargo, cuando tal consenso europeo no existe, los Estados «disponen de un margen de actuación más amplio [*sic*, margen de apreciación, puesto que en caso anterior no existe] para aplicar, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el nivel de protección de los derechos fundamentales que quieren garantizar en el ordenamiento jurídico nacional, y ello siempre que ese nivel de protección 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» (párrafo 127).

¿Qué función cumple, pues, el art. 53 dentro de la Carta? El Abogado General estima que no se debe «subestimar el valor político y simbólico de ese artículo», y que debe ser interpretado en conjunción con los arts. 51 y 52 (párrafo 129). En concreto, «este artículo trata de confirmar que la Carta solo impone un nivel de protección de los derechos fundamentales dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión» (párrafo 133), sin que pueda comprometer una rebaja del alcance de los derechos constitucionales «en los supuestos situados fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión. El art. 53 de la Carta también expresa la idea de que la adopción de esta 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» (párrafo 134).

Finalmente, el Abogado General hace un llamamiento a la «necesidad de tener en cuenta la identidad nacional de los Estados miembros, de la que forma parte con certeza la identidad constitucional» (párrafo 137), aunque entiende que las dudas planteadas sobre el alcance de los derechos fundamentales no afecta, en este caso, a la identidad nacional del Reino de España (párrafo 140).

Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión sigue de cerca, en su argumentación, la línea trazada por el Abogado General, evita sus aspectos más discutibles. Se limita a afirmar que la primera lectura interpretativa del art. 53 de la Carta planteada por el Tribunal Constitucional español, que permitiría oponer un derecho constitucional a la aplicación del Derecho de la Unión, contraviene el principio de primacía (párrafo 58).

«Es cierto que el art. 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (párrafo 60). Sin embargo, los Estados no están facultados para denegar la ejecución de una orden europea de detención y entrega (párrafo 61), dado que dicha materia ha sido armonizada a través de la Decisión Marco de 2009 (párrafo 62). Sostener lo contrario llevaría a «poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión Marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que esta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión Marco» (párrafo 63).

4. UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS AFIRMACIONES CONTENIDAS EN LAS CONCLUSIONES Y EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La argumentación realizada por el Tribunal de Luxemburgo sobre la idea de que la Decisión Marco de 2009 impone la entrega incondicionada del afectado por una orden europea de detención y de entrega en un caso como el descrito punto puede ser asumida sin mayores reproches.

La única discrepancia es que hubiera sido conveniente que el Tribunal hubiera comenzado su argumentación dando respuesta, previamente, a la cuestión prejudicial de validez de la Decisión Marco de 2009 en relación con la Carta, resultando llamativo que señale en el párrafo 44 que no vulnera el derecho de defensa, cuando esta cuestión es analizada en profundidad en los

párrafos 47 y ss. Es una objeción menor porque esta cuestión queda despedajada, en todo caso, en la misma Sentencia.

Salvada esta leve objeción, debe subrayarse que la respuesta dada por el Tribunal se sustenta en un principio bien conocido, como es el referido a la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, que además se vincula, en este caso particular, a un nuevo mecanismo procesal basado en el mutuo reconocimiento de las órdenes de detención y entrega²⁵.

Más problemas suscita, sin ningún género de dudas, la lectura que tanto el Abogado General como el Tribunal realizan del art. 53 de la Carta, que les lleva a realizar algunas afirmaciones que son, cuando menos, discutibles en el plano jurídico-constitucional.

El Abogado General sostiene, en primer lugar, que resulta imposible que un Tribunal excepcione una obligación comunitaria a fin de respetar los derechos constitucionales porque eso compromete el principio de primacía del Derecho de la Unión, reconociendo en tal caso la preeminencia de la Constitución estatal, así como la uniformidad y eficacia de las normas de la Unión, lo que su a vez lesiona el principio de seguridad jurídica que aconseja establecer un derecho fundamental autónomo en la Unión Europea que sea acorde con su estructura y los objetivos.

Es cierto que los derechos fundamentales de la Unión Europea participan, como cualquier otra norma de la Unión, de autonomía. En este caso resulta aún más evidente, dado que, como bien dijera el Tribunal de las Comunidades Europeas, la salvaguarda de estos derechos «debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad» (asunto 11/70, Internationale Handersgesellschaft mbH, Rec. 1970, pp. 1125 y ss.). Resulta, por tanto, evidente que es probable que el régimen jurídico de un determinado derecho fundamental de la Unión Europea tenga que ser adaptado a una organización internacional que presenta una naturaleza muy especial y que no resulta equiparable a los derechos fundamentales protegidos en el plano estatal.

Dicho esto, no resulta tan pacífico aceptar que los derechos constitucionales no podrán ser invocados (ni respetados) cuando la aplicación de una norma comunitaria solamente puede lograrse obligando a poderes públicos estatales a desconocerlos.

De hecho, diversos Tribunales Constitucionales, incluido el español, han manifestado su reserva de jurisdicción si tal hipótesis se produjera. No resulta preciso, acaso, recordar la doctrina fijada por los Tribunales Constitucionales

²⁵ Se crítica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirme «que los motivos de denegación de una euroorden son meras reglas de procedimiento o normas procesales *tout court*» [en Martín, P. J. (2013): 26].

italiano y alemán en esta materia, que ha sido examinada en profundidad por el autor de estas líneas en otros estudios previos. Puede ser más interesante recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha mantenido también esta jurisprudencia en el pasado y que la ha reiterado expresamente en relación con la Carta de los derechos fundamentales.

En efecto, el Tribunal Constitucional español ha seguido la estela del Tribunal de Karlsruhe en la STC 64/1991/4, de 22 de marzo²⁶. Podría pensarse que este planteamiento ha variado con la aprobación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Pero no es este, desde luego, el parecer del Tribunal Constitucional, que declaró en la DTC 1/2004/6, que el art. II-113 del Tratado (hoy art. 53 de la Carta) «establece que ninguna de las disposiciones de la Carta “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”, con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las Constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno»²⁷.

No deja de ser llamativo que esta argumentación sirviera para justificar la compatibilidad de la incorporación de la Carta de la Unión con respecto a nuestra Constitución. Resulta, pues, que lo que el Tribunal de Justicia da por hecho no lo es tanto, si se analiza desde la perspectiva constitucional. No debe sorprendernos esta discrepancia, porque se inscribe en las citadas reservas de jurisdicción establecidas por los Tribunales Constitucionales y que se han realizado siempre para proteger, en lo que ahora interesa, los derechos inaliena-

²⁶ Ver, *infra*, nota 42.

²⁷ En este punto, resulta brillante la tesis expuesta en Arroyo, L. (2012): 71, cuando el autor entiende que las afirmaciones del Tribunal Constitucional sobre el art. 53 CDFUE se realizan en el marco del art. 10.2 CE y no cuando las autoridades nacionales aplican Derecho de la Unión (art. 51 CDFUE). Aunque esta tesis es audaz, no creo que pueda admitirse la lesión de derechos fundamentales (léase, constitucionales) en ninguna actuación de los poderes públicos españoles, y con independencia del origen del acto, estatal —en sentido amplio—, de la Unión Europea o internacional, de que se trate (véase STC 64/1991/4, de 22 de marzo).

bles de la persona humana, en expresión del Tribunal Constitucional italiano, o los derechos fundamentales, a juicio de los Tribunales Constitucionales alemán y español.

De hecho, en este mismo estudio se ha evidenciado que puede haber casos (aquellos, por ejemplo, en que el juzgado *in absentia* no haya sido efectivamente representado en el plenario) en el que podría resultar razonable que la entrega del sometido a una orden europea de detención y entrega sea condicionada.

El Abogado General sostiene, en segundo lugar, que la existencia de un consenso entre los Estados europeos sobre el alcance de un derecho fundamental «no deja espacio para la aplicación de estándares de protección nacionales divergentes». Podría aceptarse esta idea si se planteara en el plano de los principios. Se podría entender que allí donde exista dicho acuerdo, y aceptando que este sea, cuando menos razonable, el Tribunal Constitucional español podría valerse de este criterio a la hora de determinar el propio alcance del derecho fundamental español, al amparo del art. 10.2 CE. Se pretendería así evitar, en la medida de lo imposible, las inevitables tensiones que traen causa de la existencia de diversos estándares de protección de derechos humanos.

Si optamos por negarle carácter taxativo a la afirmación realizada por el Abogado General es porque resultaría paradójico defender el control sobre la actuación del legislador democrático estatal para respetar los derechos fundamentales y asumir, acriticamente, cualquier decisión adoptada en materias afines por los gobiernos europeos reunidos en el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

En tercer lugar, el Abogado General subraya el «valor político y simbólico» del art. 53 de la Carta y lo interpreta en un doble sentido. De un lado, no permite que la Carta imponga un estándar inferior de los derechos fundamentales en los supuestos ajenos a la aplicación del Derecho de la Unión. De otro, no sirve la Carta como excusa para que los Estados rebajen la protección de los derechos constitucionales.

Esta interpretación resulta muy poco consistente. Resulta sorprendente que se pretenda difuminar la naturaleza jurídica del art. 53, o que se le dote de un nulo contenido. Lo es, desde luego, establecer reglas sobre la relación de la Carta y los ordenamientos estatales ajenos a la aplicación del Derecho de la Unión, porque aquella no resulta aplicable en virtud de lo previsto en el art. 51 CDFUE. No es menos llamativo que la Carta pueda prohibir o disuadir al poder constituyente estatal, para evitar que este decida revisar su catálogo de los derechos fundamentales.

Aunque sea polémico determinar el alcance del art. 53 CDFUE, no parece que la argumentación del Abogado General ofrezca una respuesta solvente en este punto. Y, lógicamente, tampoco puede serlo la ofrecida por el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que evita algunas afirmaciones polémicas realizadas por el Abogado General (como son las referidas a su carácter político y simbólico), pero sigue su misma estela.

En efecto, si bien el Tribunal reconoce que las autoridades y tribunales nacionales pueden adoptar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales cuando aplican el Derecho de la Unión, no pueden afectar ni (a) al nivel de protección previsto por la Carta, ni (b) a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. Ocurre, sin embargo, que asumir incondicionadamente esta afirmación también minimiza el margen de apreciación del que pudieran disponer las autoridades nacionales con el fin de respetar los derechos constitucionales²⁸. Derechos que son indisponibles para cualquier órgano constitucional y que impiden la ejecución de normas de la Unión o internacionales que los cuestionen. Por este motivo, nos remitimos a la inevitable laxitud con la que deba aceptarse este principio general, y que dependerá de la concreta situación en que un derecho constitucional se vea efectivamente comprometido.

Finalmente, debemos separarnos de una malévola e inadecuada forma de presentar lo acaecido y que podría consistir en afirmar que la Carta de los derechos fundamentales ha servido para limitar el alcance de los derechos fundamentales, paradójica forma de profundizar en la protección de los derechos fundamentales. Este enfoque resultaría errado porque el problema de fondo es que nuestro Tribunal había conferido un alcance exagerado a una garantía procesal, como hemos tratado de argumentar con anterioridad, sin haber mostrado, en este caso, reflejos suficientes para resolver un problema que siempre estuvo radicado en Domenico Scarlatti y que acaso nunca debió salir de esas paredes.

IV. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. UN PRONUNCIAMIENTO COMPROMETIDO (INTRODUCCIÓN)

Antes de comenzar a examinar y valorar críticamente la STC 26/2014, conviene reflexionar, previamente, sobre su propia existencia. ¿Resulta conve-

²⁸ En otro orden de cosas, tiene razón Pablo J. Martín Rodríguez cuando cuestiona que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifique la Decisión Marco como norma delimitadora de derechos fundamentales, cuando los derechos fundamentales de la Unión se recogen en la Carta [en Martín, P. J. (2013): 43].

niente que el Tribunal Constitucional plantee, en un asunto como el que nos ocupa, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo?

Con carácter general, debemos separarnos de aquellos que vienen patrocinando la conveniencia de que el Tribunal Constitucional hiciera uso del mecanismo de la cuestión prejudicial y que, lógicamente, han expresado su alegría por que tal posibilidad se concretara en el ATC 86/2011. Nos sigue pareciendo, en este punto, más sólida la posición expresada por el propio Tribunal Constitucional en su STC 28/1991/7, de 14 de febrero, cuando el Pleno afirmaba «que la *ratio decidendi* de nuestro pronunciamiento desestimatorio no guarda relación alguna con la norma comunitaria europea que el órgano parlamentario recurrente ha invocado para que enjuiciemos la validez constitucional del precepto legal impugnado», y concluía que «ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria citada cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el art. 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo»²⁹.

Desde una perspectiva general, no compartimos el entusiasmo doctrinal por la interrelación de tribunales ni creemos que pueda hablarse, en puridad, de diálogo entre tribunales cuando hablamos de los desencuentros habidos entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales³⁰. Nos distanciamos así de muchos (en ocasiones, admirados) colegas que han desarrollado interesantes teorías en esta dirección, porque nos parecen que reposan en algunos presupuestos débiles y olvidan que, por lo general, estos tribunales actúan en el marco de sus atribuciones, resolviendo los con-

²⁹ Ver también, en idéntica dirección, las SSTC 143/1994/8, de 9 de mayo, y 265/1994/2, de 3 de octubre.

³⁰ Sin embargo, otros autores entienden que el ATC 86/2011 es una muestra de diálogo [Torres, I. (2013): 345 ss. y Torres, A. (2012): 121 y ss. o.] o cooperación judicial [Arroyo, L. (2012): 73]. El último autor citado llega a afirmar que la interpretación de los derechos de la UE y de los derechos constitucionales es una tarea compartida (ídem). Obviamente, asumir este argumento, exigiría aceptar también que, en la medida en que otros Tribunales Constitucionales europeos influirían en la conformación de los derechos de la Unión Europea, delimitarían también, de forma indirecta, los derechos constitucionales reconocidos en nuestra Constitución, tesis que no podemos asumir de forma acrítica. De un lado, porque en la STJUE no se aprecia, como ya se ha indicado, diálogo alguno, y de otra porque nuestro Tribunal Constitucional es el único intérprete auténtico de nuestra Constitución. Sobre esta cuestión son muy sugerentes las reflexiones realizadas por Pablo J. Martín Rodríguez en Martín, P. J. (2013): 34 y ss.

cretos asuntos que se someten a su consideración y tomando en consideración, como no puede ser de otra forma, la normativa superior de su ordenamiento jurídico que les vincula y que deben proteger.

Solo utilizando las palabras en un sentido muy metafórico se puede sostener, por ejemplo, que el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional alemán han dialogado sobre el proceso europeo de integración y sus límites. Más bien pareciera a un jurista (¿acaso persa?) que uno y otro han defendido la plena vigencia de sus respectivas normas supremas en relación con el otro ordenamiento jurídico, ya sean estas los Tratados constitutivos o la Constitución estatal. Buena prueba de esta afirmación es que las posiciones no han cambiado, sustancialmente, a lo largo de los años.

Además, los Tribunales Constitucionales tienen un único parámetro jurídico, la Constitución, y nos cuesta ver en qué medida puede ser el Tribunal de Luxemburgo útil para interpretar dicha norma. Esta opinión es igualmente aplicable en lo que atañe a la interpretación de los derechos fundamentales, dado que, como acertadamente explicó el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, la aparición de la Carta implica una nueva fuente internacional de derechos que puede ser útil para delimitar su alcance, al amparo del art. 10.2 CE, pero que no se impone necesariamente a otras³¹.

Será el Tribunal Constitucional el que deba delimitar, en cada caso, el alcance de los derechos fundamentales. Es recomendable que lo haga juiciosamente, evitando en lo posible los conflictos que puedan surgir con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es precisamente, desde esta perspectiva de la prudencia, desde la que no se entiende muy bien que haya optado, en el caso que nos ocupa, por plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³², porque era muy posible que, como así ha ocurrido, las respuestas del Tribunal

³¹ Debe recordarse que el proceso de amparo se circunscribe a la eventual lesión de los derechos constitucionales. Cuestión distinta, y en la que se comparte el parecer expresado en Ugartemendía, J. I., y Ripol, S. (2012): 31, es que los derechos fundamentales de la Unión Europea son derechos subjetivos que los particulares pueden hacer valer ante los tribunales ordinarios cuando estos aplican Derecho de la Unión. Lo que ocurre es que, mientras que los derechos recogidos en la Carta de la Unión poseen una eficacia puramente interpretativa al servicio de los derechos constitucionales en relación con el Tribunal Constitucional, operan como reglas jurídicas que deben ser respetadas por las autoridades nacionales cuando aplican Derecho comunitario, estando, pues, en presencia de fuentes del Derecho y de derechos subjetivos [ver Matia, F. J. (2011): 15].

³² Ver, en el mismo sentido, Pérez, M. (2012): 330 y ss.

de Justicia no le dejaran en muy buen lugar³³, ni en lo que atañe al diseño teórico de las relaciones entre ambos tribunales ni en lo que se refiere al derecho afectado en el caso particular.

En efecto, si, como era de esperar, el Tribunal de Luxemburgo entendía que procedía acordar, sin más dilación, la entrega incondicionada de Melloni, el Tribunal Constitucional podía hacer dos cosas, ninguna de ellas exenta de problemas. La primera sería mantener su jurisprudencia anterior sobre la entrega condicionada del afectado por una orden europea de detención y entrega cuando haya sido juzgado en ausencia, lo que sería desafortunado. Lo sería porque dicha doctrina es bastante discutible en su formulación, y resulta además incompatible con una normativa europea que presenta, en esta materia y en este supuesto concreto, un equilibrio razonable. No parece que esta solución fuera, pues, la más deseable.

La segunda opción que tenía el Tribunal Constitucional era revisar su jurisprudencia anterior y entender que, en el caso sometido a su jurisdicción de amparo, no se habría producido lesión alguna ni en el derecho al proceso debido ni en el derecho de defensa. Ahora bien, y aunque esta resolución sea razonable, se podría entender que habría cedido su lugar al Tribunal de Luxemburgo, y que habría hecho dejación en su protección de los derechos fundamentales. No parece que fuera esta la mejor forma de reforzar su imagen.

Y, sin embargo, y siempre a nuestro juicio, resulta de justicia hacer notar que el Tribunal Constitucional ha jugado de forma muy inteligente sus cartas, como a continuación veremos.

2. EL CAMBIO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE DEFENSA RECOGIDO EN EL ART. 24.2 CE

Uno de los puntos nucleares de la Sentencia que comentamos es la perspectiva que adopta en relación con la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Lejos de limitarse a aceptar, de forma acrítica, su contenido y autoridad, se-

³³ Discrepamos de aquellas opiniones que defienden que el planteamiento de una cuestión prejudicial refuerza la legitimidad institucional del Tribunal Constitucional [ver, a modo de ejemplo, Arroyo, L. (2012): 74]. Esta línea de razonamiento suele justificarse en concepciones del Derecho Constitucional que se apoyan en visiones pluralistas y que, acaso sin pretenderlo, sirven para mitigar el alcance jurídico de las normas constitucionales. Estas tesis, que acaso puedan ser defendidas en el mundo anglosajón, son difícilmente trasladables a los países continentales europeos, que han optado por normas escritas y detalladas, que mitigan el alcance creador de la jurisprudencia.

ñala que la respuesta de la Gran Sala les «será de gran utilidad a la hora de determinar aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que despliega eficacia *ad extra*» (FJ 2 *in fine*). Con esta sencilla fórmula el Tribunal recuerda lo obvio: es él el encargado de concretar el alcance de los derechos constitucionales³⁴. O, dicho de forma expresiva, que así como el Derecho comunitario es un ordenamiento autónomo respecto de los nacionales, también ocurre lo contrario.

Entrando ya en materia, recuerda que las vulneraciones indirectas de los derechos (esto es, las provocadas por una autoridad extranjera) hacen que el contenido vinculante de estos sea, por esencia, más reducido, dado que incorpora únicamente «sus exigencias más básicas y elementales», que son las que la jurisdicción española debe respetar en sus funciones de auxilio judicial (FJ 4).

En lo que atañe al fondo del asunto, el Pleno recuerda que vulnera el derecho al proceso debido que los jueces españoles accedan, ya sea en el marco de una extradición (STC 91/2000/14, de 30 de marzo) o de una orden europea de detención (SSTC 177/2006, de 5 de junio, o 199/2009, de 28 de septiembre), a la entrega incondicionada de una persona condenada en ausencia (FJ 4).

Esta es la concreta doctrina que decide revisar con esta Sentencia, con el fin de «precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta de aquel por parte de los poderes públicos españoles» (FJ 4). A tal fin, se sirve el Tribunal, al amparo del art. 10.2 CE, de la jurisprudencia dictada en esta materia por los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

Como ya hemos adelantado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no presume lesionado el derecho al proceso debido (art. 6 CEDH) cuando el justiciable renuncia voluntariamente a comparecer en la causa, y siempre que cuente con asistencia letrada en ella³⁵. Igualmente descarta esta lesión el Tri-

³⁴ Si se piensa bien, con esta aseveración se reitera una idea que está en la base de la jurisdicción constitucional, cual es que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución: Art. 1 LOTC y SSTC 17/2014/7, de 30 de enero; 6/2014/5, de 27 de enero; 133/2013/6, de 5 de junio; 28/2013/2, de 11 de febrero; 221/2012/2, de 26 de noviembre; 217/2012/3, de 26 de noviembre; 186/2012/2, de 29 de octubre; 179/2012/2, de 15 de octubre; 174/2012/2, de 15 de octubre; 167/2012/2, de 1 de octubre; 165/2012/2, de 1 de octubre; 174/2011/2, de 7 de noviembre; 128/2002/2, de 3 de junio; 71/2000/3, de 13 de marzo; 211/1999/2, de 29 de noviembre; 85/1999/5, de 10 de mayo, entre otras muchas.

³⁵ En la resolución que valoramos se citan las Sentencias recaídas en los casos *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006, §§ 82 y ss.; *Pelladoah c. Países Bajos*, de 22 de septiem-

bunal de Justicia en la Sentencia Melloni. El Tribunal de Luxemburgo entiende, en concreto, que la Decisión Marco 2009/299/JAI realiza una correcta ponderación del derecho al proceso debido, y estima que no existe lesión del derecho cuando el justiciable «haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto»³⁶.

La mayoría del Pleno entiende que en este caso se cumplen dos condiciones que descartan la lesión del derecho fundamental al proceso debido: (a) la ausencia del justiciable en el proceso fue fruto de una decisión del propio recurrente y (b) este fue efectivamente defendido por un letrado por él designado (FJ 4).

Hasta aquí lo que se recoge, expresamente, en la Sentencia que comentamos. Pero también merece comentario aludir al problema que no se aclara, pero sobre el que sí hay un —al menos, aparente— pronunciamiento. La Sentencia, en una literalidad claramente calculada, expone la doctrina vertida por los Tribunales de Estrasburgo (sintomáticamente, por cierto, en primer lugar) y de Luxemburgo, y concluye que no hay lesión. Sin embargo, no se detiene en subrayar que tal doctrina no es homogénea o similar.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que no se vulnera el derecho al proceso debido en un juicio en ausencia si y solo si el justiciable ha contado con la asistencia de un letrado para la defensa de sus intereses. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha entendido que el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo respeta el derecho fundamental al proceso debido. Y esta norma contempla dos posibles escenarios para que se proceda a la entrega incondicionada del justiciable condenado en ausencia: (a) que haya tenido conocimiento de la fecha y lugar del juicio y voluntariamente no compareció o (b) que habiendo tenido conocimiento de la celebración prevista del juicio haya sido defendido por un abogado designado por él mismo o por el Estado.

La descripción de este doble canon evidencia que hay supuestos que podrían justificar la entrega incondicionada del justiciable desde la perspectiva empleada por el Tribunal de Justicia pero que no podrían realizarse si se quiere respetar la jurisprudencia dictada en esta materia por el Tribunal de Estrasburgo. Así, por ejemplo, es evidente que podría decretarse una lesión del de-

bre de 1994, § 40; Poitrimol c. Francia, de 23 de noviembre de 1993, § 35; Lala c. Países Bajos, de 22 de septiembre de 1994, § 33 y Van Geyseghe c. Bélgica, de 21 de enero de 1999, § 34.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto Melloni, apartado 49 (el subrayado es nuestro).

recho recogido en el art. 6 CEDH si una persona huye por un delito que acaba de cometer en su país (con lo que puede prever que habrá un juicio) y, sin tener noticia ni de la fecha ni del lugar del mismo, es defendido por un abogado facilitado por el Estado que haga manifiesta dejación de su deber de defensa. En este supuesto no se respetaría el canon del Tribunal de Estrasburgo, pero posiblemente sí el fijado por el Tribunal de Luxemburgo.

En todo caso, parece que el Pleno acoge la doctrina establecida por el Tribunal de Luxemburgo. Decimos parece porque es también posible entender que el Pleno se limita a describir el supuesto sometido a su consideración en este particular amparo. Con independencia de cuál sea la posición del Tribunal Constitucional en este caso, debe valorarse muy positivamente que esté dispuesto a valorar en el futuro, por sí mismo, y con independencia de la ponderación que realice el Tribunal de Justicia, si se ha producido, o no, una lesión del derecho fundamental invocado en las concretas circunstancias que rodeen el asunto que se someta a su consideración.

El magistrado Andrés Ollero Tassara considera que, aunque en este caso el parámetro del derecho fundamental debe ser el determinado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no el que hasta el momento sostenía el propio Tribunal Constitucional, «haya de hacerse extensivo a la inmensa mayoría de países ajenos a la Unión Europea. Tal diversidad de trato no es muy distinta de la generada, mediando reforma constitucional, del art. 13 CE, en lo relativo al derecho fundamental a sufragio pasivo, y no meramente activo, en las elecciones locales» (VP/2). Aunque es discutible la comparación con el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, porque, como se reconoce en el mismo Voto Particular, hubo allí una expresa modificación constitucional, que no cabe, como veremos, a través del art. 93 CE, podría cuestionarse si el alcance del derecho fundamental podría depender del contexto (comunitario o no) en el que se produzca la presunta lesión. Esta reflexión general presenta evidente interés, si bien, y como también se ha adelantado al comienzo de este trabajo, es posible defender con argumentos sólidos que en el presente caso no se había producido indefensión material alguna que debiera ser amparada, y ello con independencia del Estado en el que el recurrente hubiera sido juzgado en ausencia.

3. EL PROBLEMA DE FONDO: ¿CABE LA PRIMACÍA EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Observada esta construcción desde el principio de autonomía, en una vertiente puramente ordinamental, la STC 26/2014/3 recuerda que «la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que

se imponen a la propia cesión»³⁷, entre los que se encuentran los derechos fundamentales. La mayoría señala que «es el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados, el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales»³⁸. Pero, en el caso en el que la Unión (especialmente el Tribunal de Justicia como intérprete supremo de los Tratados) no protegiera debidamente nuestra estructura constitucional, el Tribunal Constitucional ejercería la reserva de jurisdicción ya expresada en la citada Declaración 1/2004/4³⁹.

Es curioso, a la par que acertado, que el Tribunal haya elegido estos extractos de la DTC 1/2004, inspirados claramente en la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional alemán Solange II⁴⁰, y no otros. Parece así relativizar,

³⁷ DTC 1/2004/2, de 13 de diciembre. Estos límites materiales «se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia» (ibídem).

³⁸ FJ 3, que cita la DTC 1/2004/3. Debe hacerse notar, sin embargo, que esta afirmación, que se comparte plenamente, no está tan claramente formulada en dicha Declaración, en la que se alude al carácter limitado de la primacía del Derecho de la Unión, dado que la Unión debe respetar las estructuras constitucionales (art. I-5.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) y se vincula exclusivamente con las competencias transferidas.

³⁹ «En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en esta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban.» Aunque podría considerarse que esta afirmación no es aplicable al caso que nos ocupa, por referirse a un Tratado que finalmente no entró en vigor, pensamos que es plenamente válida si se formula en relación con el actual Tratado de Lisboa.

⁴⁰ No separamos, en este punto, de la posición expresada por la magistrada Encarnación Roca Trías, cuando sostiene que los Tribunales Constitucionales han afrontado de dos maneras «el hipotético enfrentamiento entre la prioridad del Derecho europeo y la protección constitucional interna de los Derechos fundamentales reconocidos en las distintas Constituciones» (VP/3): «El primero se utiliza a partir de la resolución alemana Solange 2, y consiste en la doctrina de la “protección equivalente”, en el sentido de que cuando existan derechos reconocidos a nivel europeo (aunque no en el Convenio europeo de derechos humanos), los tribunales nacionales no deberán enjuiciar

con buen criterio, la distinción que entonces formulara entre supremacía y primacía, asumiendo que los instrumentos internacionales que negocian y ratifican poderes constituidos no pueden contravenir la Constitución que los prevé y delimita sus (por esencia, limitadas) funciones⁴¹.

Es también habitual que todos los Tribunales Constitucionales que han expresado, de una u otra forma, y con una u otra literalidad, una reserva de jurisdicción, hayan incluido en ese núcleo duro de la Constitución los derechos fundamentales⁴². No debe sorprendernos esta construcción si se recuerda

una hipotética confrontación. [...] El segundo consiste en el denominado “estándar mínimo de protección”. Este es el aceptado de alguna forma en la Declaración de este Tribunal 1/2004, de 13 de diciembre, en donde se señala que “claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno” (VP/3). A nuestro juicio, esta clasificación es discutible. Lo que el Tribunal Constitucional hace en la DTC 1/2004 es realizar una lectura literal del art. 53 CDFUE, que luego somete a la consideración del Tribunal de Justicia a través del ATC 86/2011. Es posible entender que nuestra DTC 1/2004 se alinea claramente con la Sentencia Solange II, en la que se afirmó que «En tanto que las Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Bundesverfassungsgericht no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental» [Apartado II.1.f de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Solange II, de 22 de octubre de 1986 (2 BvR 197/83), que citamos valiéndonos de la traducción publicada en la *Revista de Instituciones Europeas*, 14 (septiembre-diciembre de 1987), p. 898]. Y conviene recordar que esta jurisdicción no ha dudado en tutelar recientemente a una persona que debía ser entregada, en virtud de una orden europea de detención y entrega a las autoridades italianas (Sentencia de 15 de diciembre de 2015, BvR 2735/14).

⁴¹ Estas cuestiones han sido abordadas con mayor detalle por el autor de estas líneas en Matia, F. J. (2005): 341 y ss.

⁴² Como se hace ya en las clásicas Sentencias del Tribunal Constitucional italiano Frontini (183/1974, de 18 de diciembre) y Granital, de 5 de junio de 1984, y en las dictadas por su homónimo alemán en los asuntos Solange I (BVerfGE 73, 387) y Solan-

que el fin último del Estado constitucional no es otro que proteger nuestra libertad.

Desde una perspectiva general, la magistrada Adela Asua Batarrita se duele de que no se reflejen en la Sentencia «las importantes transformaciones que la pertenencia a la Unión Europea ocasiona a nuestra función jurisdiccional y a los procesos constitucionales por medio de los cuales se realiza la preeminencia de la Constitución» (VP/1). Mostrando cierta contradicción interna, considera innecesario el FJ 3 de la Sentencia, que acaba de ser resumido, al que achaca además, y en particular, no aportar «una explicación precisa de su finalidad o utilidad en el marco del presente amparo» y que «se interprete como una implícita resistencia a asumir la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, en concreto a la respuesta dada a nuestra tercera pregunta» (VP/2), y al entendimiento de que el Tribunal Constitucional «está facultado para aplicar el nivel de protección eventualmente mayor que puede derivar de la Constitución española en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» (VP/2). La magistrada discrepante concluye afirmando que «este Tribunal no reconoce la primacía del Derecho de la Unión».

Es probable realizar un enfoque diferente del planteado en el Voto Particular, que permite entender la pertinencia del FJ 3 y el sentido de la reserva de jurisdicción expresada, manifiestamente, por el Tribunal Constitucional. El papel de este Tribunal no es modular el alcance de un derecho fundamental, sino, previamente, interpretar todos y cada uno de los preceptos que se integran en la Constitución (también, en ocasiones, fuera de ella). Si asume su papel de intérprete supremo de la Constitución, no puede aceptar vinculación alguna de ningún otro Tribunal en esta tarea. Es cierto, sin embargo, que lo que se ventila en el presente proceso constitucional, es la eventual lesión del derecho fundamental de una determinada persona, pero viene bien recordar que en materia de derechos fundamentales el precepto que rige en nuestra Constitución es el art. 10.2 CE, por lo que la única eficacia de las Sentencias del Tribunal de Justicia es interpretativa, y en la medida en que lo considere adecuado el Tribunal Constitucional.

Obviamente, esa vinculación sí existe en relación con los órganos que integran el poder judicial, puesto que están obligados a tutelar el respeto de la

ge II (BVerfGE 73, 339). La jurisprudencia posterior del Bundesverfassungsgericht, aunque sigue pivotando sobre la identidad constitucional, guarda una mayor relación con la preservación del principio democrático, exigencia sostenida en las Sentencias Maastricht (BVerfGE 89, 155) y Lisboa (BVerfGE 123, 267). Sobre estas materias presenta especial interés el estudio de Aláez, B. (2012): 359 y ss., cuyas tesis comparativos plenamente. Ver, *supra*, nota 40.

Carta de los derechos fundamentales de la Carta cuando se impugnan actuaciones realizadas en el marco del Derecho de la Unión.

Esta perspectiva permite establecer un paralelismo entre el FJ 3 de la Sentencia que comentamos y las consideraciones vertidas por el Tribunal de Luxemburgo en relación con el art. 53 de la Carta. No es que no se ocupe de estas materias, es que lo debe hacer, inevitablemente, partiendo de nuestro ordenamiento constitucional, que impone la suprallegalidad absoluta de la Constitución. Y desde esta perspectiva, la reserva de jurisdicción expresada por nuestro Alto Tribunal, también criticada en el citado Voto Particular (VP/2) por concebirse como una amenaza, debe ser entendida, más bien, como un leal recordatorio que permita evitar, precisamente, futuros conflictos que puedan producirse. No es que la mayoría cuestione el principio de primacía del Derecho de la Unión, sino que recuerda que su alcance es, como el propio Tribunal Constitucional estableciera en la DTC 1/2004/4, de 13 de diciembre, limitado.

Más sutil es el Voto Particular suscrito por la magistrada Encarnación Roca Trías, que considera que, si bien el Tribunal Constitucional no ha perdido competencias en la protección de los derechos fundamentales al integrarse España en la Unión Europea, sí debe examinar su competencia cuando se trata de aplicar derechos fundamentales que han sido incorporados al ordenamiento jurídico europeo a través de la Carta⁴³. Dicho con otras palabras, «una vez constatado que la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ejercía en el ámbito de su competencia y que la interpretación de las exigencias derivadas de los arts. 47 y 48.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que se establece en la STJ de 26 de febrero de 2013, no afectaba a los límites materiales de la Constitución, este Tribunal debió haber aplicado abiertamente el estándar común marcado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (VP/4) y es que «no nos encontramos ante Tratado Internacional a los efectos dispuestos en el art. 10.2 CE, sino ante un sistema incluido como consecuencia de la cesión de competencias llevada a cabo a través del art. 93 CE» (VP/4). Por consiguiente, el Tribunal debería haber dictado una Sentencia de ejecución y no una Sentencia dictada en amparo con cambio de doctrina (VP/6d).

No compartimos este análisis recogido en el Voto Particular porque (a) compromete el principio de autonomía conceptual que permite la nítida separación teórica entre los derechos constitucionales y los derechos fun-

⁴³ VP/4. La magistrada recuerda que el Tribunal Constitucional ya ha admitido con anterioridad algunas decisiones del Tribunal de Luxemburgo relacionadas con el principio de igualdad en las SSTC 41/2013, de 14 de febrero, y 61/2013, de 14 de marzo.

damentales de la Unión Europea, (b) desconoce el papel del art. 10.2 CE en relación con la Carta y (c) olvida el limitado alcance del art. 93 CE, cuestiones todas estas que serán abordadas en el siguiente subepígrafe del presente estudio.

A estas reflexiones que luego se realizarán merece la pena añadir ahora dos consideraciones suplementarias. De un lado, subrayando que para determinar si la interpretación conferida por el Tribunal de Justicia sobre un derecho fundamental de la Unión es compatible con el contenido constitucionalmente declarado de un derecho constitucional resultará preciso (cuando menos, conveniente) que el Tribunal Constitucional la contraste con su doctrina previa y, en su caso, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, salvo en casos donde sea evidente que no está en juego lesión alguna que merezca ser reparada.

De otro, las consecuencias que la magistrada atribuye a su tesis (el Derecho de la Unión no es internacional, el contenido de los derechos fundamentales queda fijado por sus normas y por la interpretación que de ellas y de los derechos de la Carta haga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y este canon, parámetro o estándar supranacional no puede ser eludido, salvo en aquellos casos en que se traspasen los límites ya referidos)⁴⁴, produce una paradoja difícil de aceptar. Mientras que el Tribunal Constitucional es competente para controlar si el legislador democrático vulnera los derechos fundamentales, nada puede hacer frente a una decisión intergubernamental (en materias que, por cierto, en nuestro país, están reservadas a la Ley, en virtud del art. 53.1 CE) que haya sido avalada ya por el Tribunal de Justicia.

Juega en favor de la tesis de la magistrada que el propio Tribunal Constitucional se haya reconocido a sí mismo como órgano jurisdiccional, en el sentido del art. 267 TFUE⁴⁵, lo que no deja de ser problemático si se defiende, como se hace en este trabajo, la naturaleza exclusivamente constitucional de su función.

⁴⁴ VP/6, apartados *a)* y *b)*.

⁴⁵ VP/6c. Es de justicia hacer notar que cada vez son más los Tribunales Constitucionales que someten cuestiones prejudiciales al conocimiento del Tribunal de Luxemburgo. Pueden recordarse, así, las resoluciones dictadas por el Consejo Constitucional francés [Decisión 2013-314 P QPC, de 4 de abril de 2013, ver Magnon, X. (2013)], el Tribunal Constitucional italiano [Autos 103/2008, de 13 de febrero, y 207/2013, de 18 de julio. Ver, en el plano doctrinal, Cartabia, M. (2008) y Guastaferró, B. (2013)], y el Tribunal Constitucional Federal alemán [Auto de 14 de enero de 2014, ver López, A. (2014)].

No pretendemos ahora recordar ahora nuevamente las reservas que rodeaban el reconocimiento de la primacía del Derecho de la Unión, que la magistrada Encarnación Roca Trías comparte⁴⁶. Queremos subrayar únicamente que «la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado art. I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión», y que en el Derecho comunitario originario se afirma reiteradamente señalado que la Carta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión» (arts. 51.2 *ab initio* CDFUE y 6.1 TUE).

Podría entenderse, claro está, que la competencia es la referida a la orden europea de detención y entrega, pero habría que recordar, entonces, que la vigencia de los derechos fundamentales se produce en un Estado constitucional que merezca tal nombre sobre cualquier acto de un poder público, sin que pudiera relativizarse su alcance en virtud del titular de la competencia en cuyo marco se adopte. Si tal matización es posible en el caso que nos ocupa, es porque nos encontramos en presencia, precisamente, de una eventual lesión indirecta de un derecho fundamental, que tendría su origen en un acto adoptado por un Tribunal extranjero.

4. EN PARTICULAR, EL ENTENDIMIENTO DEL ART. 10.2 CE. EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Debe recordarse, sin embargo, que la Constitución incluye una cláusula interpretativa en relación con los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, y es que estos serán delimitados de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales suscritos por el Estado español en esta materia. A través del art. 10.2 CE se entiende que sea constante en la interpretación constitucional a los derechos fundamentales las referencias a distintos Tratados (especialmente, al Convenio Europeo de Derechos Humanos) y a los órganos que interpretan dichos textos.

⁴⁶ Creo «que puede entenderse, como así consideró en su día este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2, que “implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto” y que “se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)” (VP/4).

Resulta innegable, sin embargo, que el Tribunal Constitucional dispone de un margen de apreciación propio a la hora de delimitar el concreto alcance de un derecho fundamental español. Esto explica que, mientras que en ocasiones haya optado por asumir plenamente la doctrina establecida por el Tribunal de Estrasburgo, en relación con otros derechos fundamentales haya realizado una construcción más amplia o diferente.

Se recuerda esto porque el Tribunal Constitucional podría haber entendido que el hecho de que el Tribunal de Justicia hiciera una concreta interpretación de una norma de la Unión, y de su compatibilidad con la Carta, e incluso, como aquí ocurre, de un derecho fundamental recogido en la Carta, le vincula, restringiendo su libertad interpretativa y su muy especial vinculación con la Constitución.

Esta es, precisamente, la tesis recogida en algunos de los Votos Particulares concurrentes que acompañan a la Sentencia que comentamos. La magistrada Adela Asua Batarrita sostiene que, a partir de la STJUE Melloni, el criterio hermenéutico recogido en el art. 10.2 CE debe modularse en relación con los asuntos que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en virtud del art. 93 CE por nuestra pertenencia a la Unión, debiéndose aplicar «única y exclusivamente los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013»⁴⁷.

Esta hipótesis resulta cuestionable por varias razones. La primera, y principal, es que, como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional no está dispensando amparo alguno en relación con derechos recogidos en la Carta de la Unión, sino de un derecho fundamental recogido la Constitución española, de la que es su supremo intérprete, y siendo también el máximo responsable de que se haya tutelado dicho derecho fundamental en el caso concreto que enjuicia. Y es que el Tribunal, en puridad, no está sometido sino a la Constitución y a la Ley Orgánica que regula su funcionamiento (arts. 123.1 CE y 1 LOTC).

⁴⁷ VP/3. En sentido cercano dirá la magistrada Encarnación Roca Trías que «no nos encontramos ante [un] Tratado Internacional a los efectos dispuestos en el art. 10.2 CE, sino ante un sistema incluido como consecuencia de la cesión de competencias llevada a cabo a través del art. 93 CE» (VP/4 *in fine*). Por su parte, y como ya se ha indicado, el magistrado Andrés Ollero Tassara cuestiona que se cambie con carácter general la jurisprudencia anterior del Tribunal cuando el asunto a dilucidar viene condicionado por el art. 93 CE (VP/2).

La segunda objeción que cabe oponer a la tesis recogida en el citado Voto Particular es que, como el propio Tribunal Constitucional ha establecido, no puede admitirse que el art. 93 CE sea un cauce propio de reforma constitucional⁴⁸, y menos cuando afecta a materias reservadas al proceso de revisión previsto en el art. 168 CE. Asumir, en definitiva, el vaciamiento del precepto constitucional recogido en el art. 24 CE y permitir que la determinación de su contenido y alcance sea exclusivamente diseñado por el Tribunal de Justicia de la Unión resulta incompatible con la supralegalidad constitucional que el Tribunal Constitucional garantiza.

Tiene razón la magistrada Adela Asua Batarrita cuando afirma que «el fundamento jurídico de la aplicación a las personas afectadas por una orden europea de detención y entrega del nivel de protección que deriva del Derecho de la Unión» son «los derechos fundamentales reconocidos en la Unión, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia» (VP/3). Pero no es el único fundamento ni el único canon. Como resulta evidente, «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que este tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE»⁴⁹. Dicho con palabras más simples: todos los poderes públicos españoles están obligados a respetar en su actuación los derechos fundamentales, y tal obligación es independiente y primaria sobre cualquier otra que pueda derivarse de otra norma, interna o de la Unión.

Pero es que, además, y en tercer lugar, la propia Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, establece, en lo que ahora interesa, que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales». Aunque este precepto resulta manifiestamente criticable, si se entiende que el legislador no está habilitado para condicionar el

⁴⁸ Y es que el art. 93 CE no «se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la norma fundamental, pues ni tal precepto es cauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales» (DTC 1/1992/4, de 1 de julio).

⁴⁹ STC 64/1991/4a, de 22 de marzo.

mandato interpretativo del art. 10.2 CE⁵⁰, debe subrayarse que en él se expresa que el canon de la Carta es útil, pero no parece que se privilegie sobre otros, como demuestra el uso del adverbio *también*.

Estas mismas razones, resumidas en los anteriores tres argumentos expuestos, nos son útiles para discrepar también de las principales afirmaciones contenidas en el Voto Particular suscrito por la magistrada Encarnación Roca Trías. Esta entiende que la mayoría debió alterar su jurisprudencia anterior a la luz, exclusivamente, aportada por la STJUE de 26 de febrero de 2013⁵¹, dado que así se habrían respetado los principios de «primacía, unidad y efectividad del Derecho europeo».

Hemos visto, sin embargo, y valorado muy favorablemente, que el Tribunal Constitucional no se haya limitado a asumir acriticamente el canon fijado por el Tribunal de Justicia (por cierto, en sí mismo, discutible), sino que haya tomado también en consideración el aportado por el Tribunal de Estrasburgo⁵² que es, además, el que finalmente adopta. Con tal proceder, el Tribunal no hace sino defender su propia competencia y su función última de hacer prevalecer la Constitución (y los derechos fundamentales que en ella se recogen) sobre la actuación de los poderes constituidos.

Antes de poner punto y final a este trabajo quisiéramos completar este análisis con algunas consideraciones suplementarias que complementan lo señalado hasta el momento.

Comencemos señalando que es una pena que el Tribunal no haya logrado transmitir una situación de unidad en un asunto como el que nos ocupa porque se vislumbra cierta sensación de división en la defensa del papel que la Constitución le atribuye. Aunque algunas de las tesis recogidas en los Votos Particulares presentan interés y son mucho más matizadas de lo que podría pensarse a primera vista, como ocurre con el sugerente VP de la magistrada Encarnación Roca Trías, acaso no era el momento estratégico de realizar ambiciosas construcciones generales sobre los límites constitucionales del proceso europeo de integración, sino de resolver el amparo atendiendo al Derecho constitucional español que es lo que hace la mayoría.

⁵⁰ Véase, del autor de estas líneas, Matia, F. J. (2011): 14.

⁵¹ VP/2. Tal proceder, a su juicio, «si bien cumple con el estándar europeo, deja abiertas a la ambigüedad cuestiones verdaderamente importantes que no favorecen la lógica de la Unión que, no olvidemos, encuentra su sustento en los principios de la lealtad y cooperación leal, primacía y subsidiariedad del Derecho de la Unión en el ámbito de sus competencias y respeto por la identidad constitucional recíproca» (ídem).

⁵² FJ 4.

Estamos plenamente de acuerdo con la idea, recogida en el Voto Particular que acabamos de citar, de que la mayoría «guarda silencio sobre una cuestión fundamental: la ausencia de dudas de constitucionalidad, de lo que cabe concluir, aunque sea por omisión, que el Pleno ha entendido que la STJUE no traspasa, como así yo también lo creo, los límites que, en su día, y ante la ratificación de la Constitución europea, fueron impuestos por este Tribunal» (VP/5), siempre y cuando se vincule esta afirmación con el concreto caso Melloni, en el que el justiciable renunció voluntariamente a asistir al juicio y estuvo representado por letrados por él designados.

Queremos insistir en la idea de que es muy discutible extrapolar automáticamente la legítima decisión del Tribunal de Luxemburgo de que una norma es compatible con la Carta (la validez del supuesto que origina la orden de detención y entrega) con la eventual lesión de un derecho fundamental, porque esta puede traer causa, y de hecho es lo más frecuente, de concretas circunstancias que se han producido en el caso concreto. Si, por ejemplo, hubiera quedado acreditado que la asistencia letrada fue manifiestamente indolente, o que se separó manifiestamente del mandato dado por el procesado, podría concluirse que se habría producido una lesión de los derechos al proceso debido y de defensa pese a que se cumpliera el presupuesto legal que impondría, en principio, la entrega incondicionada del justiciable. La decisión de si se ha producido una lesión en estos derechos deberá ser asegurada, en el marco de sus normas de referencia, por los Tribunales de Luxemburgo, Estrasburgo y Constitucionales.

El Tribunal de Luxemburgo podría considerar que este supuesto, previsto en el art. 4 bis.1.b) de la citada Decisión, respeta los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 CDFUE, y tiene la competencia para hacerlo, pero esta afirmación no sería incompatible con que, en un caso como el descrito, el Tribunal Constitucional pudiera entender, con buen criterio, que se habría producido una lesión del derecho constitucional de defensa, y que su reparación impondría una entrega condicionada del justiciable para posibilitar su defensa efectiva.

Bibliografía

- Alález, B. (2012). Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. *Teoría y Realidad Constitucional* (30), 359-385.
- Appanah, D. (2014). A propos des arrêts Aklagaren C/ Hans Akerberg Fransson et Stefano Melloni C/ Ministerio Fiscal rendus par la Cour de Justice le 23 février 2013. *Revue Générale de Droit International Public*, 118 (2), 333-356.

- Arias, J. M. (2011). Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea. *Diario La Ley* 7726, de 31 de octubre de 2011.
- Arroyo, L. (2012). Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias. En: García, E., y Alonso, R. *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (pp. 51-76). Cizur Menor: Civitas.
- Bachmaier, L. (2015). Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios in absentia en el Derecho Europeo. *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo* (56), 153-180.
- Cartabia, M. (2008). La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia: atto primo. *Giurisprudenza Costituzionale* LIII\2, pp. 1312-1318
- Donaire, F. J. (2015). El diálogo del Tribunal Constitucional español con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Euroorden y los derechos fundamentales: el asunto Melloni. *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos* (174), 63-78.
- Dubout, E. (2013). Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel - Réflexions autour de l'arrêt Melloni. *Cahiers de Droit Européen*, 49 (2), 293-317
- Figueruelo, A. (2014). El «diálogo aparente» entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni). En León, M. (dir). *Derechos y libertades en la sociedad actual* (pp. 1-20). Granada: Comares.
- Gilppini-Fournier, E. (2011). ¿Fin de la «autarquía jurídica» o preludio de un conflicto anunciado? El primer reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* (23), 5-7.
- Gordillo, L., y Tapia, A. (2014). Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (22). Disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/09_gordillo_tapia.htm.
- Guastaferrro, B. (2013). La Corte Costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza (207). Disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/256/46/>
- López, A. (2014). Prejudicializando. Comentario urgente de la primera cuestión prejudicial del TCFA. En *Osservatorio Sulle Fonti*. Disponible en: <http://www.osservatoriosullefonti.it/>.
- Maeso, L. F. (2012). Sobre el régimen jurídico de la cuestión prejudicial tras el Tratado de Lisboa y el ATC 86/2011, de 9 de junio. *Justicia Administrativa* (55), 7-48.
- Magnon, X. (2013). La révolution continue: le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne?. *Revue Française de Droit Constitutionnel* (96), 917-940.
- Martín, J. (2008). Art. 53. En: A. Mangas y L. N. González. *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario art. por art.* (pp. 852-869). Bilbao: Fundación BBVA.

- Martín, P. J. (2013). Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11. *Revista General de Derecho Europeo* (30), 1-45.
- (2014). Tribunal Constitucional - Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (48), 603-622.
- Matia, F. J. (2005). Dos constituciones y un solo control: El lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional* (74), 341-360.
- (2011). Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas. *Revista Española de Derecho Europeo* (39), 1-19.
- Pérez, M. (2012). El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional* (95), 311-345.
- Pescatore, P. (1972). The protection of human rights in the European Communities. *Common Market Law Review*, 9 (1), 73-79.
- Revinga, M. (2012). Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio). *Revista Española de Derecho Europeo* (41), 139-150.
- Rijckevorsel, E. van (2013). Droits fondamentaux (arrêt «Akerberg Fransson»; arrêt «Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal»). *Revue du Droit de l'Union Européenne* (1), 175-187.
- Torres, A. (2012). Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door. *European Constitutional Law Review* (1), 105-127.
- Torres, I. (2013). La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (STJUE de 26 de febrero de 2013). *Revista Española de Derecho Constitucional* (97), 343-370.
- Ugartemendía, J. I., y Ripol, S. (2012). Continuidad y ¿novedad? en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea. *Working Papers on European Law and Regional Integration* (12), 1-32.
- (2013). La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11). *Revista Española de Derecho Europeo* (46), 151-197.
- (2014). Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero). *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo* (50), 105-149.
- Visser, M. (2013). Dealing with Divergences in Fundamental Rights Standards: Case C-399/11 «Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal», Judgment (Grand Chamber) of 26 February 2013, not yet reported. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20 (4), 576-588.