

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16767 *Sala Primera. Sentencia 199/2009, de 28 de septiembre de 2009. Recurso de amparo 4234-2007. Promovido por don Wilson Adran John respecto al Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, en procedimiento de orden europea de detención y entrega, acordó su entrega a Rumania. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y vulneración del derecho a un proceso con garantías: entrega de nacional británico, en virtud de euroorden, que desestima motivadamente alegaciones genéricas de riesgo de tratos inhumanos o degradantes (STC 140/2007); entrega para cumplir pena de prisión impuesta en juicio celebrado en ausencia del acusado, sin posibilidad de impugnación ulterior (STC 91/2000). Votos particulares.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4234-2007, promovido por don Wilson Adran John, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Alejandra Briones Torralba y asistido por la Abogada doña Concepción Gómez Bermúdez, contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2007, dictado en rollo de Sala núm. 46-2007, dimanante del procedimiento de orden europea de detención y entrega núm. 24-2007 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, por el que se acuerda la entrega a Rumania del demandante de amparo para cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de entrada de este Tribunal el día 9 de mayo de 2007, la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Alejandra Briones Torralba, en nombre y representación de don Wilson Adran John, y bajo la dirección letrada de la Abogada doña Concepción Gómez Bermúdez, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se menciona en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta el recurso de amparo son los que se expresan a continuación:

a) El recurrente, de nacionalidad británica, fue puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional en virtud de una orden europea de detención y entrega expedida el 6 de febrero de 2007 por las autoridades judiciales de Rumania para cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión por delito de explotación sexual infantil. Incoado el procedimiento de orden europea de detención y entrega núm. 24-2007, el 7 de marzo de 2007 se celebró la vista legalmente establecida, no aceptando el recurrente su entrega a Rumania porque tanto el juicio de primera instancia como el que tuvo lugar en apelación fueron celebrados en su ausencia. Mediante escrito posterior de 23 de marzo de 2007, la representación del recurrente presentó determinada documentación,

solicitando su urgente traducción por cuanto la misma vendría a confirmar la alegación sobre la condena en ausencia, constando, en particular, una resolución de las autoridades rumanas, previa al juicio, en la que se concede un plazo de cinco días al recurrente para abandonar el país.

b) La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante Auto de 27 de abril de 2007, acordó la entrega del recurrente a Rumania, por entender (fundamento jurídico tercero) que la autoridad judicial rumana emisora de la orden europea de detención y entrega ha justificado «que el reclamado no fue juzgado en rebeldía, sino que fue citado y compareció por medio de su representante. Es más, examinada la documentación adjunta ... consta que concedió apoderamiento al Abogado Sr. Maurea como defensor particular y entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba, que la Autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar, dado que el procedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia».

3. En la demanda de amparo se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado la entrega del recurrente a Rumania a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia, tal como exige la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio).

En segundo lugar, se aduce como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por haber incurrido el Auto impugnado en insuficiente motivación en cuanto al rechazo de las alegaciones formuladas por el recurrente sobre el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en Rumania, dada la situación existente en este país de persecución de la población homosexual, y las condiciones de hacinamiento y peligro en las cárceles rumanas, en las que el recurrente manifiesta haber sufrido tratos vejatorios por parte de otros reclusos.

4. Por providencia de 11 de mayo de 2007 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la presente demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que en el plazo de diez días remitiesen testimonio, respectivamente, del procedimiento de orden europea de detención y entrega núm. 24-2007 y del rollo de Sala núm. 46-2007, así como para que se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. Habiendo solicitado el recurrente la suspensión de la ejecución del Auto impugnado en amparo, la Sala Primera de este Tribunal, dada la urgencia del caso y con carácter provisional, acordó por Auto de 14 de mayo de 2007 la suspensión interesada, al objeto de que el presente recurso de amparo no perdiera su finalidad en caso de ser finalmente estimado. En dicho Auto, además, se concedía un plazo de tres días a la representación del recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimaran procedente sobre la continuidad o alzamiento de dicha suspensión. Finalmente, tras los trámites oportunos, se dictó por la Sala Primera el ATC 288/2007, de 18 de junio, acordando archivar las actuaciones del incidente de suspensión por pérdida sobrevenida de objeto, al haber sido ejecutado el día 14 de mayo de 2007 el Auto impugnado en amparo, siendo en tal fecha entregado el recurrente a las autoridades judiciales rumanas.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 7 de junio de 2007 se acordó dar vista de las actuaciones a la representación del recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

7. La representación del recurrente, por escrito registrado en este Tribunal el 10 de julio de 2007, se ratificó en las alegaciones expuestas en la demanda de amparo.

8. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 16 de julio de 2007 en este Tribunal, interesó el otorgamiento del amparo solicitado, por entender que el Auto impugnado vulnera efectivamente el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado su entrega a Rumania a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en ausencia. Considera el Fiscal aplicable al presente caso la doctrina sentada por las SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio, según la cual constituye una vulneración indirecta del derecho a un proceso con todas las garantías acceder a la entrega para cumplimiento de una condena impuesta en ausencia, sin someter la misma a la condición de que por la persona entregada pueda someterse a revisión la condena.

Por el contrario, estima el Fiscal que no puede considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por falta de motivación del Auto impugnado, toda vez que las alegaciones del recurrente acerca de las supuestas vejaciones sufridas durante su estancia en las cárceles rumanas no vienen sostenidas sobre prueba o indicio alguno que las corrobore y son denuncias que se formulan, además, con carácter genérico y sin concreta referencia a la persona y derechos del recurrente, requisito que ha venido exigiendo el Tribunal (STC 32/2003, de 13 de febrero) para otorgarles relevancia constitucional. A ello añade el Fiscal que Rumania forma parte de la Unión Europea desde el 1 de enero de 2007, lo que supone la integración en su Derecho interno del acervo jurídico comunitario, en particular del Convenio europeo de derechos humanos, lo que excluiría jurídicamente, en principio, cualquier práctica de tratos inhumanos o degradantes. Por todo lo anterior, concluye el Fiscal que, dado el planteamiento genérico y carente de soporte probatorio de la alegación del recurrente, la respuesta judicial al respecto, si bien escueta, satisface el derecho garantizado en el artículo 24.1 CE.

9. Por providencia de 24 de septiembre de 2009 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2007 por el que se accede a la entrega del recurrente a Rumania, en virtud de una orden europea de detención y entrega, para cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión. El recurso se fundamenta en dos quejas. Se alega en primer lugar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado la entrega del recurrente a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia, tal como exige la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio). En segundo lugar, denuncia el recurrente la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por entender insuficiente la motivación del Auto impugnado en cuanto al rechazo de su alegación sobre el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en las cárceles de Rumania.

El Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo en atención a la primera queja alegada por el recurrente, por entender que el Auto impugnado no se atiene a la doctrina sentada por este Tribunal en las citadas SSTC 91/2000 y 177/2006.

2. Debemos comenzar por descartar la queja del recurrente en la que denuncia la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por la insuficiente motivación en que habría incurrido la Audiencia Nacional al rechazar las alegaciones del recurrente relativas al riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en caso de ser entregado a Rumania, toda vez que, como acertadamente ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, las alegaciones del recurrente acerca de las supuestas vejaciones sufridas durante su estancia en las cárceles rumanas son denuncias que se formulan con carácter genérico, sin venir sostenidas, como viene exigiendo este Tribunal para otorgarles relevancia

constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8; y 140/2007, de 4 de junio, FJ 2, por todas), sobre pruebas o indicios racionales de que, efectivamente, hubiera sido sometido en Rumania a tratos inhumanos o degradantes, o de que existe un riesgo real y efectivo, un temor racional y fundado, de que los derechos a la integridad física y moral del recurrente corrían riesgo de verse lesionados en caso de entrega a dicho Estado.

Ciertamente, el hecho de que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, promulgada en cumplimiento de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, no haya incorporado expresamente a su articulado una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión de la euroorden, no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, pues, además de que la misma se contiene en el preámbulo de la propia Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, en cuyo apartado 13 se dispone que «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes», nos hallamos ante uno de los «valores fundamentales de las sociedades democráticas» (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7, citando las SSTEDH de 7 de julio de 1989, *caso Soering c. Reino Unido*, y de 11 de julio de 2000, *caso Jabari c. Turquía*), «dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho», por lo que configuran una «prohibición absoluta ... que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

Ahora bien, para que por el órgano judicial español competente pueda denegar la entrega del reclamado en virtud del procedimiento extradicional o de una orden europea de detención y entrega con fundamento en la existencia de un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado a la vida o la integridad física y moral (art. 15 CE) en caso de accederse a la entrega, es preciso, como ya hemos señalado, que el reclamado haya aportado determinados y concretos elementos que sirvan de apoyo razonable a su argumentación, lo que implica que el temor o riesgos aducidos han de ser fundados, en el sentido de mínimamente acreditados por el propio reclamado, debiendo efectuar concretas alegaciones en relación a su persona y derechos, y sin que sea suficiente la formulación de alusiones o alegaciones genéricas sobre la situación del país (entre otras, STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8; y 140/2007, de 4 de junio, FJ 2).

Como ya anticipábamos, la aplicación de esta consolidada doctrina al presente caso conduce a rechazar la queja formulada por el recurrente. Los riesgos alegados se fundan en la situación de discriminación y persecución que, a su juicio, sufren en Rumania los homosexuales, así como en las condiciones de hacinamiento de las cárceles rumanas, alegaciones que poseen carácter genérico, en la medida en que no incluyen ninguna referencia hacia la persona o concreta situación del recurrente de la que poder inferir indicios racionales en torno al riesgo de lesión de la integridad física y moral del recurrente, sin que por otra parte pueda considerarse suficiente a tal efecto su condición, implícitamente afirmada, de homosexual, pues ningún indicio aporta que permita afirmar que tales riesgos fueran a tener lugar, precisamente, dada tal condición. Además, no consta que haya aportado documentación alguna ante la Audiencia Nacional encaminada a probar la situación de las cárceles rumanas o la discriminación y persecución alegadas, por lo que el recurrente no ha cumplido la carga de intentar acreditar mínimamente los hechos objeto de su pretensión. Y lo mismo hemos de concluir respecto de la alegación de haber sufrido vejaciones durante su estancia en prisión en Rumania, sobre lo que ni aportó soporte probatorio alguno, ni tampoco solicitó de la Audiencia Nacional que recabara información al respecto de las autoridades rumanas.

3. Descartada la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, debemos ocuparnos seguidamente de la queja referida a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado la entrega del recurrente a Rumania a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia.

La relevancia constitucional de la decisión de acceder a la entrega para cumplimiento de condenas graves dictadas en ausencia del reclamado ha sido declarada en reiteradas ocasiones por este Tribunal, tanto en relación con el procedimiento de extradición regulado por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, así como en el Convenio europeo de extradición de 1957 y en los Tratados de extradición vigentes suscritos por España, como también respecto del nuevo sistema de entrega instaurado en la Unión Europea, en cumplimiento de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 (recientemente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009), sistema incorporado a nuestro ordenamiento interno por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

En efecto, en la STC 91/2000, de 30 de marzo, citada por el recurrente y el Ministerio Fiscal, declaramos que 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 (art. 24.2 CE), toda vez que «constituye una vulneración 'indirecta' de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana ... acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa» (FJ 14). Doctrina que hemos reiterado en decisiones posteriores (entre otras, SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 156/2002, de 23 de julio; y 183/2004, de 2 de noviembre), precisando, en lo que ahora importa, que no se trata de que la Audiencia Nacional exija a las autoridades del Estado requirente la prestación de garantía como condición previa para declarar procedente la extradición del reclamado, sino de que, al acordarse la procedencia de la extradición, la misma incluya la exigencia de que en el Estado requirente se den al extraditado las posibilidades de impugnación reseñadas, pesando sobre dicho Estado la responsabilidad del cumplimiento de dicha condición a la que se sujeta expresamente el acuerdo de extradición (STC 156/2002, de 23 de julio, FJ 7, citando el ATC 19/2001, de 30 de enero).

La anterior doctrina ha sido considerada aplicable por la STC 177/2006, de 27 de junio, tal como hemos anticipado, al procedimiento de orden europea de detención y entrega, que en los Estados miembros de la Unión Europea –de la que forma parte Rumania desde el 1 de enero de 2007– sustituye al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957. En efecto, en la STC 177/2006, FJ 7 b), se advierte que «Cierto es que ni la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden europea de detención y entrega ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma establecen la mencionada exigencia como condición *sine qua non* para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada. Pero ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia, al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso –en este caso extradicional– con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada –implícita o explícitamente– por toda Ley nacional que se dicte al efecto. Por lo demás, el art. 5 de la Decisión Marco prevé la posibilidad de que, en el caso de que la orden europea de detención y entrega 'se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía', la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedite 'con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución', entre otras, a la condición de que 'la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista'. Ello es indicativo

de que la Decisión Marco no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos ordenamientos jurídicos. Siendo ello así, ha de entenderse que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por este Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega del demandante a Francia y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho (vid., entre otras, 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)».

Conviene advertir que la referida Decisión Marco de 13 de junio de 2002 ha sido modificada, como antes se indicó, por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, que, en aras a limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, delimita los supuestos en que la autoridad judicial de ejecución puede denegar la entrega solicitada por el Estado requirente en virtud de euroorden a efectos de cumplimiento una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía. A tal efecto se añade un nuevo art. 4 bis, en el que se determinan los motivos comunes por los que podrá denegarse la ejecución de una orden de detención europea en supuestos de resoluciones dictadas en rebeldía, y se suprime el apartado 1 del art. 5, en el que se contemplaba la posibilidad de que, con arreglo al Derecho interno, la autoridad de ejecución supeditase la entrega del condenado en rebeldía a que el Estado requirente prestase garantías suficientes de que el reclamado en virtud de la orden de detención europea pueda impugnar la condena impuesta en ausencia, para salvaguardar sus derechos de defensa. En todo caso no nos corresponde aquí pronunciarnos sobre el alcance de esta modificación introducida por la Decisión Marco de 26 de febrero de 2009, aun pendiente de incorporación a nuestro Derecho interno, y que no resulta aplicable al presente supuesto, en el que la orden europea de detención y entrega fue expedida por Rumania bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial.

4. En el caso que nos ocupa la Audiencia Nacional ha accedido en el Auto que se recurre en amparo a la entrega del recurrente a Rumania en ejecución de orden europea de detención y entrega, para cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión impuesta en un juicio celebrado en ausencia de aquél, sin incluir, en los términos anteriormente expuestos, la exigencia de que la condena en cuestión pueda ser revisada. Ciertamente, tal omisión puede obedecer al entendimiento por la Audiencia Nacional de que dicha garantía no es exigible en el presente caso porque en realidad no existió condena en ausencia, toda vez que el recurrente concedió apoderamiento a un Abogado que compareció en el juicio como su defensor particular, a lo que se añade en el Auto impugnado (fundamento de Derecho segundo) que «entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba, que la Autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar, dado que el procedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia».

Pues bien, no puede compartirse el razonamiento de la Audiencia Nacional cuando equipara, a efectos del respeto a las garantías inherentes al proceso justo, la presencia en el juicio del Abogado designado por el recurrente con la efectiva presencia de éste, rechazando, en consecuencia, que el recurrente fuera juzgado en ausencia por el mero hecho de haber comparecido en el juicio su Abogado. Como hemos señalado en la citada STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, y puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado. En este sentido, la vista oral no es

una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa (en igual sentido, entre otras, STC 183/2004, FJ 3).

Tales conclusiones vienen además sustentadas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como destacábamos asimismo en la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, y hemos reiterado, entre otras, en la STC 183/2004, de 2 de noviembre, FJ 4, recordando que el tenor literal del art. 6.3 c) del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), en el que se reconoce el derecho «a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor», resulta especialmente significativo a esos efectos, en cuanto expresa con claridad que quien ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado, mientras que el Letrado se limita a «asistirle» técnicamente en el ejercicio de su derecho (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 1999, *casos T. y V. contra Reino Unido*).

A tenor de lo expuesto ha de concluirse que el recurrente en amparo fue condenado en Rumania a una pena grave sin haber estado presente en el juicio, por lo que la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega del recurrente a las autoridades rumanas para el cumplimiento de la condena, sin someter dicha entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Procede, en consecuencia, estimar esta queja y anular el Auto recurrido, si bien el fallo estimatorio habrá de tener un alcance meramente declarativo, por cuanto, como ha sido puesto de relieve en los antecedentes de la presente Sentencia, el 14 de mayo de 2007 fue ejecutado el Auto impugnado y entregado el recurrente a las autoridades judiciales rumanas.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado a don Wilson Adran John y, en su virtud:

1.º Reconocer su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Declarar la nulidad del Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2007, dictado en rollo de Sala núm. 46-2007, dimanante del procedimiento de orden europea de detención y entrega núm. 24-2007 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a 28 de septiembre de 2009.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada el 28 de septiembre de 2009, en el recurso de amparo núm. 4234-2007 interpuesto por don Wilson Adran John

1. La lejanía de los Jueces respecto de los poderes públicos asegura al máximo su independencia objetiva y aumenta el grado de confianza de las sociedades democráticas en sus decisiones. No será necesario esperar al día en que los Jueces de todos los Estados miembros de la Unión Europea tengan un órgano de gobierno único para lograr que una Sentencia dictada en Rumanía se pueda ejecutar normalmente en España. El mecanismo de la euroorden es ya la piedra angular de un sistema que prepara ese logro. Sin embargo no alcanzaremos fácilmente un espacio común de libertad, seguridad y justicia si los Estados miembros de la Unión Europea desconfiamos de las garantías procesales que

ofrece ese nuevo espacio común e insistimos en oponer los espesos muros de las garantías penales de nuestros sistemas jurídicos a una libertad plena de circulación de resoluciones judiciales. En el caso de la euroorden esos viejos muros no ejercen en el interior de la Unión la función de baluarte de protección de los derechos del individuo que cumplieron en el pasado. Para el tercer pilar esas murallas son construcciones de otro tiempo que presentan grietas por las que escapan los delincuentes.

2. Expreso mi posición discrepante con la fundamentación y el fallo de esta Sentencia, de acuerdo con la facultad que nos confieren los arts. 164.1 CE y 90.2 LOTC.

Considero que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha cumplido en forma exacta las obligaciones que le atribuye la Ley 3/2003, de 14 de marzo, de orden europea de detención y entrega, como autoridad judicial española de ejecución, con una decisión que debió superar ampliamente nuestros cánones de enjuiciamiento en amparo.

En este caso la euroorden fue emitida por una autoridad judicial rumana para el cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión impuesta en Rumanía. El súbdito británico requerido ha sido condenado por un delito de relaciones sexuales a cambio de dinero con una persona del mismo sexo, de catorce años de edad, perteneciente a la categoría social de los llamados en Rumanía «niños de la calle».

El Auto de la Audiencia Nacional recurrido en amparo no podía denegar la entrega que le solicitaba la autoridad judicial rumana sin vulnerar tanto la Ley nacional como la Decisión Marco en cuya ejecución se dictó dicha Ley. Pero, ante todo, es inaplicable al caso la doctrina de este Tribunal en materia de extradición, por lo que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno del solicitante de amparo.

3. En la Sentencia de la que discrepo se declara la vulneración indirecta del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Esa lesión tiene como único fundamento la regla del precedente o del *stare decisis*: La Sentencia parece mera aplicación de la doctrina iniciada en la STC 91/2000, de 30 de marzo, confirmada en otras posteriores, que se invocan cuidadosamente en el FJ 3, hasta llegar a la STC 177/2006, de 27 de junio. Se citan, sin embargo, precedentes válidos en materia de extradición que poco deben ayudar en materia de euroorden. La naturaleza de ambas instituciones es claramente distinta y las Sentencias que se invocan no se han detenido a razonarlo o negarlo, impidiéndonos advertir cuál ha sido el proceso lógico que ha aconsejado extender los efectos de la primera a la segunda. Si se lee atenta o repetidamente la STC 177/2006 se dudará, incluso, si el caso resuelto en esta última tenía también fondo «extradicional» (como afirma el propio FJ 7.b de esa Sentencia) por lo que tampoco sería precedente adecuado para aseverar que la doctrina sobre la vulneración indirecta del contenido absoluto de derechos, creada a propósito de la extradición, se extienda a las euroórdenes, como acontece –esta vez sí con meridiana claridad– en la Sentencia de la que discrepo.

4. He sostenido en numerosos Votos particulares que la extradición comporta mecanismos tradicionales de cooperación entre Estados que permiten denegar la entrega y verificar, al hacerlo, las garantías de cada sistema. Es una institución propia del siglo XX que no se puede equiparar a la euroorden, que es un mecanismo propio de la Unión Europea del siglo XXI (Por todos, FJ 3 de mi VP a la STC 120/2008, de 13 de octubre). En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de mayo de 2007, *caso Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van Ministerraad*, C-303/05, se ha excluido cualquier duda sobre la licitud de que, desde el 1 de enero de 2004, la Decisión Marco JAI 584/2002, de 13 de junio (en adelante, Decisión Marco 2002) haya sustituido a los convenios de extradición. Insisto por ello en que, como dije en mi Voto particular al ATC 74/2005, de 14 de febrero, la Decisión Marco 2002 ha supuesto un «cambio trascendental en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea. Hemos pasado de un sistema arcaico de mantenimiento de tecnicismos particulares nacionales, representado emblemáticamente por la institución de la extradición, a la cultura de una Europa nueva, basada en el reconocimiento cuasi automático de resoluciones, la confianza

mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas que, en definitiva, han experimentado y compartido ya experiencia, en el primer pilar o pilar comunitario, en la aplicación de un mismo ordenamiento alentado en los principios y valores de respeto y salvaguardia de los derechos y libertades públicas que garantiza, entre otros instrumentos, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» (ATC 74/2005; VP, FJ 3). En parecido sentido se manifiestan las STJCE de 17 de julio de 2008, *caso Szymon Kozłowski*, C-66/2008, § 31, y STJCE de 3 de mayo de 2007, *caso Advocaten voor de Wereld*, § 28. España no puede imponer su propio ordenamiento como si fuera un espejo en el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión. No hay, por principio, vulneración indirecta de derechos reconocidos en el ordenamiento del foro en el marco de la Unión Europea, por lo que la nueva doctrina habría necesitado, para ser convincente, una justificación más amplia de la que se ofrece en los precedentes que se invocan.

5. Sustituido válidamente el sistema de extradición multilateral por el nuevo sistema de entrega de personas condenadas o sospechosas basado en el reconocimiento mutuo (STJCE, *Advocaten*, § 28) la persona afectada por la euroorden goza, como queda dicho, de las garantías de derechos humanos que impera en el espacio común europeo y de la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Dentro de ese marco la Ley española 3/2003 ha sido dictada para cumplir las obligaciones establecidas para España en la Decisión Marco JAI/584/2002, de 13 de junio, que establece las órdenes de detención europea y que, conviene, recordarlo, obliga a España en cuanto al resultado pero es de dudoso efecto directo, al menos conforme al tenor literal del artículo 34.2 b) del Tratado de la Unión Europea. Lo que sí era claramente vinculante para la Audiencia Nacional y lo es para nosotros –salvo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad *ex art 55.2 LOTC*– es la citada Ley 3/2003 que ha ejecutado en España la citada Decisión Marco.

El Auto de la Audiencia Nacional recurrido en amparo comprueba que la euroorden se ha emitido respecto de una condena por delito de explotación infantil y, tras el procedimiento correspondiente, concluye que debe acceder a la entrega a las autoridades judiciales rumanas al afirmar que: «No concurren causas de denegación imperativas (artículo 12.1) ni facultativas (artículo 12.2) de la entrega según la Ley 3/2003, por lo que procede acceder a lo solicitado para ejecutar la pena impuesta a la persona requerida».

Aquí podría haber acabado el debate procesal. Sin embargo también rechaza la Sala a quo los alegatos de defensa aducidos por el reclamado entre los que destaca haber sido condenado en ausencia, sin poder comparecer en juicio. Razona el Auto que las explicaciones ofrecidas por las autoridades rumanas de que el condenado fue citado y compareció por medio de su Abogado son decisivas para rechazarlo.

Así lo expresa literalmente: «La autoridad judicial rumana emisora ha explicado, conforme al formulario único aceptado por todos los Estados miembros de la Unión, que el reclamado no fue juzgado en rebeldía sino que fue citado y compareció por medio de su representante. Es más, examinada la documentación adjunta, ceñida al recurso de apelación y casación así como la decisión penal de apelación, que rebajó la condena a cuatro años y dos resoluciones sobre situación personal y devolución de fianza anteriores al juicio (después modificada en casación) consta que concedió apoderamiento al Abogado Sr. Maurea como defensor particular y entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba que la Autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar dado que el procedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia».

6. La Sentencia de la que discrepo rechaza este razonamiento con una interpretación que vulnera el sistema de fuentes del tercer pilar.

El razonamiento de la Audiencia Nacional que se ha transcrito se corresponde con la documentación unida a los autos y demuestra que hubo una defensa en ausencia del solicitante de amparo que fue eficaz y puede ser considerada distinta, a efectos del Derecho

uniforme, de la simple rebeldía. Sin embargo nuestra Sentencia considera insuficiente dicha situación (FJ 4) y declara la nulidad del Auto de la Audiencia Nacional por vulneración del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al entender que debió haberse condicionado la entrega a la garantía de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión.

No es aceptable esta conclusión. Lo decisivo, conforme al sistema de fuentes del tercer pilar es, en primer lugar, el Derecho del Estado: «La ejecución podrá supeditarse ... con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución» reza el artículo 5, párrafo inicial, de la Decisión Marco 2002. En el presente caso la Ley española ha dado un alcance más restrictivo que la propia Decisión Marco a las causas de denegación o condicionamiento de la entrega. En efecto, el art. 5 de la Decisión Marco 2002 permite que en los casos de condena en rebeldía se condicione la entrega a que la autoridad judicial que emite la orden de garantías suficientes de que la persona afectada por la euroorden pueda pedir un nuevo proceso y estar presente en la vista. Sin embargo la Ley española no ha hecho uso del margen de discrecionalidad que le concedía el Derecho uniforme a la hora de ejecutar la Decisión Marco y es más favorable a la eficacia de la euroorden de lo que hubiera sido posible conforme a las reglas del propio Derecho europeo. Por ello, conforme a la Ley española, la entrega deberá producirse en todo caso ya que ésta no contempla, como hubiera podido hacer, los casos de condena en rebeldía como causa de solicitud de garantías respecto de la entrega (art. 11).

7. En esas circunstancias la Audiencia Nacional ha efectuado una interpretación de la Ley española favorable a la posición de la persona sometida a orden europea y ha avanzado en ese espacio de discrecionalidad que concedía al legislador interno la Decisión Marco a la hora de concretar legislativamente la ejecución interna del sistema. Se trata de la misma operación que efectuó la STC 177/2006 para un supuesto –aquél sí– de condena en rebeldía. Su interpretación suscita dudas desde la perspectiva de la sumisión judicial a la Ley salvo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pero es acorde a la filosofía del tercer pilar y no está prohibida por el Derecho de la Unión, a la luz de la jurisprudencia María Pupino, en la medida en que no se permita a la autoridad de ejecución denegar la entrega por razones no admitidas en la Decisión Marco.

En efecto, en la STJCE de 16 de junio de 2005, caso María Pupino, C-105/2003, el Tribunal de Justicia se pronunció con carácter prejudicial, conforme al art. 35 UE, sobre la validez e interpretación de la Decisión marco 220/2001/JAI, de 15 de marzo y produjo una cierta «comunitarización» del tercer pilar. Aunque no acepta explícitamente que las Decisiones Marco adoptadas conforme al título VI del Tratado de la Unión Europea tengan, al menos en principio, efecto directo ni que sean Directivas comunitarias en sentido estricto, las aproxima a ellas al afirmar el Tribunal de Justicia la procedencia del principio de interpretación conforme a las Decisiones Marco del Derecho nacional. «Al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b)» (STJCE *María Pupino* § 43).

8. La Sentencia de la que discrepo también parece intentar (FJ 4) una interpretación conjunta de la Ley nacional y de la Decisión Marco que podría encontrar apoyo –aunque, como se verá, solo aparente– en esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La Sentencia se detiene así (FJ 3, 4 párrafo) en la Decisión Marco 2002 y en la Ley 3/2003 y los interpreta en el sentido de condicionar la entrega a requisitos que no reconoce la Ley interna ni la propia Decisión Marco. La interpretación que se hace resulta más «disconforme» que «conforme» con la Decisión Marco. Y es que no se trata en este caso de la interpretación de la Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (como acontecía en la Sentencia María Pupino) sino de buscar una interpretación adecuada al cumplimiento de los objetivos de la Decisión Marco. La interpretación que busca la Sentencia de la mayoría va en contra de la Ley 3/2003 –que no reconoce el

condicionamiento de la entrega en supuestos de rebeldía— pero también en contra de la eficacia de la propia Decisión Marco 2002 en su redacción original.

9. En efecto, como ya ha quedado dicho, el solicitante de amparo fue citado personalmente en este caso y compareció por medio de su Abogado. No se trata, por ello, de una condena en rebeldía en sentido estricto sino de una condena en ausencia. A mi juicio la Decisión Marco 2002 diferenciaba ya —en el texto anterior a su modificación por la Decisión Marco 2009/299/JAI— ambos casos y prohibía claramente (en su art. 5) condicionar la entrega en el último supuesto «si la persona afectada» hubiera «sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia». Así lo confirma el nuevo art. 4 bis de la Decisión Marco, en la redacción vigente desde el 28 de marzo de 2009, válido a efectos de interpretar la Decisión Marco anterior.

En conclusión, el amparo se ha concedido contra el tenor literal de la Ley 3/2003, que es la que ha aplicado correctamente la Audiencia Nacional y en una interpretación unilateral de la Decisión Marco efectuada con desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sin haber elevado cuestión prejudicial al mismo conforme al art. 35 del Tratado de la Unión Europea. La Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero, que modifica la Decisión Marco 2002 y está en vigor, haría innecesario, en realidad, el planteamiento de cuestión prejudicial ya que despeja toda duda —si es que hubiera cabido— sobre el sentido contrario a la plena eficacia de las Decisiones Marco de la interpretación ofrecida por la Sentencia de la mayoría. La STJCE de 17 de julio de 2008, *caso Szymon Kozłowski*, § 43, dijo que dado el objeto de la Decisión Marco, que es crear un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas basado en el principio de reconocimiento mutuo, las autoridades judiciales de ejecución sólo pueden oponerse a la entrega en virtud de alguno de los motivos de denegación establecidos en la Decisión Marco. Por ello, en este caso, los términos rebeldía y ausencia han de tener «una definición uniforme por cuanto se refieren a conceptos autónomos del Derecho de la Unión». «En la normativa nacional de adaptación los Estados miembros no tienen derecho a conferir a esos términos un alcance más amplio que el que se desprende de su interpretación uniforme»

En este sentido emito mi Voto.

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—
Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4234-2007

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de la Sala debo manifestar mi discrepancia con la presente decisión, discrepancia que alcanza a la premisa de la que parte, a su argumentación y a su fallo.

1. Comenzando por su punto de partida, la Sentencia arranca de la premisa sentada con claridad en la STC 91/2000, de 30 de marzo, en virtud de la cual cabe el control indirecto de decisiones judiciales extranjeras. Este control deriva del hecho de que la intervención de la autoridad judicial española que, de una manera u otra, convalide o ejecute una decisión judicial extranjera vulneradora de un derecho fundamental supone en sí misma una lesión de ese mismo derecho fundamental.

Ciertamente, el ámbito protegido mediante esta técnica de control indirecto se reduce al denominado en esa misma Sentencia y en otras posteriores «contenido absoluto» del derecho fundamental. Sin entrar ahora en las dificultades que comporta la determinación de ese denominado «contenido absoluto», a algunas de las cuales ya se refirieron los Votos particulares formulados a la STC 91/2000, y aún aceptando a efectos dialécticos esa construcción, dicho control del «contenido absoluto», en mi opinión, y como ya adelantara alguno de los Votos particulares referidos, no puede ejercitarse, en principio, respecto de decisiones judiciales de países miembros de la Unión Europea, como sucede en el presente

caso. Los países miembros de la Unión Europea comparten una cultura de los derechos fundamentales, tal y como se deriva de su pertenencia a este ente supranacional (art. 49 en relación con el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea: TUE). Dicha cultura se ha elaborado y se sigue elaborando en su seno a través del parámetro común (art. 6.2 TUE) derivado de diversos elementos: las previsiones normativas del Derecho comunitario, las tradiciones constitucionales comunes, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de todos esos países al sistema de protección y garantía que ofrece, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), y la tarea que a su amparo lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En la cultura común de los derechos fundamentales en que ese entramado jurídico-institucional se enmarca, la equivalencia en la protección de esos derechos no se traduce, o no debe traducirse, en una mera equivalencia formal, sino también 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), coronado en todo caso, como ya se ha indicado, por la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ese principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la Unión Europea, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la confianza legítima en las instituciones comunitarias y en los demás Estados miembros.

En definitiva, y por lo que ahora importa, un Estado, en principio, no pueden imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él no debe esperar repararse en otro Estado sino que, por la propia lógica del Convenio europeo, exige acudir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados.

2. La confianza legítima recíproca en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales cobra especial significado en un mecanismo jurídico como es el de la orden europea de detención y entrega (euroorden, en adelante), mecanismo inserto en la Cooperación Policial y Judicial y que arranca precisamente de la filosofía de que los Estados cooperan sobre la base de aceptar «el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal» (cdo. 2 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, entre otras normas).

Lo anterior puede sufrir excepciones introducidas desde el propio Derecho supranacional. Esto nos conduce de lleno al presente recurso de amparo.

El ordenamiento supranacional puede, en efecto, establecer de forma expresa excepciones a la aceptación incondicionada de las actuaciones de otro Estado. Y así sucede, como recuerda la Sentencia, en el caso de la euroorden. En efecto, el art. 5.1 de la Decisión Marco en su redacción original vigente en el momento de producirse los hechos en los que trae su causa el presente amparo, y aún más claramente en el art. 4 bis introducido por la Decisión Marco 2009/299/JAI, hace posible condicionar la ejecución de una euroorden en los casos de condenas «en rebeldía» en el Estado emisor. En la redacción de 2002 la entrega puede estar «sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista».

Este condicionamiento suscita diversas cuestiones jurídicas, al margen de la distinción entre los conceptos de «rebeldía» y «ausencia».

3. La primera cuestión es la relativa a la posible insuficiencia de la norma comunitaria para la protección de las garantías procesales haciendo posible que ese dato de la condena en ausencia pueda en unos casos comportar la inejecución de una euroorden y en otros

casos no. Si, como entiende la mayoría, el no ser condenado en ausencia constituye una garantía esencial –sobre lo que se volverá luego– para no vulnerar su propio parámetro de protección común y uniforme de los derechos fundamentales la exigencia por parte del Derecho comunitario debería ser imperativa y no potestativa. Si, por el contrario, se entiende que no se trata de una garantía esencial, cabe dudar de que el régimen potestativo en función del ordenamiento de ejecución fuera compatible con el principio de igualdad de los ciudadanos comunitarios (art. 12 TCE) y con el más genérico predicado de «cualquier persona» (art. 20 Carta de Niza). Ello, en su caso, correspondería depurarlo al propio ordenamiento comunitario, contando con la colaboración de los tribunales nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, cuando concurrieran las condiciones materiales y procesales del art. 35 TUE, aceptadas por España (disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/1998, de 16 de diciembre). Si el Tribunal Constitucional entiende, como ha hecho, que la condena en ausencia supone siempre una lesión del «contenido absoluto» de las garantías procesales y, por tanto, imposibilita la entrega, debiera haberlo planteado al Tribunal de Justicia a través de una cuestión prejudicial de validez para que éste apreciara que la Decisión Marco vulnera el correspondiente derecho fundamental. Lo que no puede la autoridad nacional, en este caso el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales al seguir su doctrina, es incumplir una obligación impuesta por el Derecho comunitario, incumplimiento imputable a España y que puede generar la correspondiente responsabilidad frente a las instituciones comunitarias y al resto de los Estados, según la doctrina fijada en las SSTJCE de 30 de septiembre de 2003 (*asunto Köbler C-224/01*) y de 13 de junio de 2006 (*asunto Traghetti del Mediterraneo C-173/03*).

4. Obviando, incluso, los obstáculos que pudieran darse en el seno del ordenamiento comunitario y entrando de lleno en el ordenamiento español, si se acepta la validez y la suficiencia de la posibilidad de control abierta por el art. 5.1 de la Decisión Marco en la redacción de 2002, no resulta claro que el juicio lógico y en su caso jurídico que abriría la posibilidad de control de la existencia de una condena en ausencia en el estado emisor encuentre base legal en España. En efecto, como también recuerda la Sentencia, la Ley 3/2003, de 14 de marzo, que da cumplimiento a la Decisión Marco 2002/584/JAI, no ha acogido ese posible control. No obstante, ya la STC 177/2006, de 5 de junio, FJ 7, entendió que ese silencio no impedía que el control debiera ejercitarse por la autoridad judicial española como «autoridad de ejecución».

Pero esa supuesta habilitación *praeter legem* no deja de suscitar, también, dudas jurídicas. En efecto, es dudoso que una medida restrictiva de la ejecución de las euroórdenes pueda adoptarse sin previsión legal, máxime si se tiene en cuenta que, como recuerda la exposición de motivos de la Ley 3/2003, los motivos por los que puede rechazarse o condicionarse la ejecución de una euroorden son «tasados». En un mecanismo de esta naturaleza, confiar la eficacia de una garantía sólo y exclusivamente al «buen hacer» del juez no deja de responder a un cierto «voluntarismo jurídico», que, en una materia con una intensa vigencia del principio de legalidad, resulta constitucionalmente insuficiente. Si el ordenamiento español hubiera querido usar la posibilidad que ofrecía en su redacción original la Decisión Marco en su art. 5.1, el legislador debió preverlo expresamente habilitando al juez a realizar el control que ello comporta: considerando que la imposibilidad de condenas en ausencia es una parte del «contenido absoluto» de las garantías del proceso justo, como ya el Tribunal había hecho desde la citada STC 61/2000, el legislador debió preverlo y al no hacerlo, no sólo ignoró la jurisprudencia constitucional, sino que vulneró él mismo por omisión el art. 24.2 CE en la Ley 3/2003. Por tanto, en este caso, el Tribunal, al entender que la apreciación del alcance de la lesión procesal se circunscribe al Derecho interno, debería haber hecho uso del art. 55.2 LOTC planteando la cuestión interna de inconstitucionalidad de la Ley 3/2003 ya que se daban todas las exigencias procesales para ello.

5. Dando un paso más, aunque se superen las anteriores dificultades, como ha hecho la decisión mayoritaria, hay que entrar en el juicio material objeto del recurso, juicio que se sintetiza así: en el presente caso, ¿la ejecución de la euroorden por parte de la Audiencia Nacional supone una lesión del art. 24.2 CE?

También en este punto discrepo del razonamiento seguido por la mayoría y de la conclusión a la que llega la Sentencia al entender que se ha vulnerado el citado precepto. El Auto impugnado concluía, y así justificó el rechazo de las pretensiones del recurrente en amparo, entre otras razones, que «la autoridad judicial rumana emisora ha explicado conforme al formulario único aceptado por todos los Estados miembros de la Unión, que el reclamado no fue juzgado en rebeldía, sino que fue citado y compareció por medio de su representante», añadiendo además que, en relación con la ausencia, nada se denunció ni en apelación ni en casación en Rumania, a lo que aún cabría añadir que no se realizó denuncia alguna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a cuya jurisdicción se encuentra sometida Rumania.

6. Aunque tenga una cierta complicación técnico-procesal, existe una cierta contradicción en no exigir en estos casos del respeto al contenido absoluto de los derechos fundamentales la invocación y el agotamiento de todos los mecanismos de reparación de lesiones de derechos hábiles para ello cuando dichas exigencias sí se despliega en el ámbito interno dada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, con reflejo legal, por lo que ahora importa, en el art. 44.1 a) y c) LOTC. No creo, por otra parte, que el principio de subsidiariedad pueda sortearse mediante el mecanismo formal consistente en que, al entender que el acto formalmente recurrido en amparo es la decisión judicial interna, no deban exigirse la invocación, en especial ésta, y el agotamiento de todos los instrumentos hábiles para la reparación de la supuesta lesión de derechos. La Audiencia Nacional, a mi juicio correctamente, utiliza como uno de los argumentos para denegar la pretensión del actor y ejecutar la euroorden, la falta de invocación de la lesión en sede interna en Rumania, defecto que debe proyectarse también en el recurso de amparo ya que no se denunció la lesión tan pronto como hubo ocasión para ello.

7. Sorteando estas pegas procesales, es la respuesta sustancial dada por la Audiencia Nacional la que debe valorarse a la luz del denominado «contenido absoluto» de la garantía procesal en juego. Siguiendo la propia sistemática de la construcción hecha en la STC 91/2000, la determinación del contenido absoluto no debe realizarse a partir del parámetro interno de protección de los Derechos Fundamentales: «Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia» (STC 91/2000, FJ 8); el «contenido absoluto» es un concepto más restringido que debe determinarse básicamente, según la propia STC 91/2000 (FJ 7) y así lo recuerda la presente Sentencia, a partir de dos fuentes: los tratados y convenios internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE) y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en especial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fuente de interpretación «privilegiada» (STC 64/1991), en este caso del art. 24.2 CE, con «singular valor interpretativo» (STC 50/1989).

8. Pues bien, no existen previsiones normativas internacionales que se refieran al tema de la condena en ausencia. Para ser más preciso, la norma que aborda esta cuestión es la citada Decisión Marco 2002/584. En el momento en el que se cursó la euroorden, como se ha visto, se limitaba en su art. 5 a permitir condicionar la entrega en el caso de que hubiera condena en «rebeldía», pero no definía ésta. En la redacción actual dada por la Decisión Marco 2009/299, sin embargo, contempla expresamente como un supuesto en el que no cabe rechazar la entrega cuando el imputado «teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo...». Podrá decirse, con razón, que esta norma no existía en el momento en el que se produjeron los hechos, pero ello no impide que, en la pura lógica metodológica de la STC 91/2000, aunque no pueda utilizarse el contenido actual como norma imperativa para aquel

momento, sí puede usarse como criterio interpretativo del art. 24.2 CE, de acuerdo con el art. 10.2 CE, y en cuyo ámbito hay que incluir el Derecho comunitario (STC 145/1991, entre las primeras). Por lo demás hay que recordar que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que «el carácter vinculante de las decisiones marco supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional» (STJCE de 11 de junio de 2005, *as. María Pupino*, § 34).

9. Además, yendo a la segunda fuente hermenéutica, lo que la mayoría considera como línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no lo es. En efecto, éste, en asuntos similares al presente, ha entendido que condenas en ausencia no son *per se* contrarias al art. 6 CEDH (STEDH *Gran Sala Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2009, § 82 y ss. y Sentencias allí citadas).

Y es que, en efecto, una cosa es que la presencia del acusado en el juicio sea un derecho básico de éste y que también lo sea la asistencia de Abogado, y otra es que se infrinjan el art. 6 CEDH y el art. 24.2 CE cuando el acusado, debidamente emplazado, constando dicho emplazamiento, decida libremente renunciar a su presencia, apoderando al Abogado para su defensa en las distintas instancias. Esto es lo que aquí sucedió, tal y como consta en las actuaciones y ha quedado acreditado como hecho probado en el Auto de la Audiencia Nacional recurrido.

En conclusión, el art. 24.2 CE no puede servir de cobertura para considerar que la Audiencia Nacional ha vulnerado el «contenido absoluto» de la garantía a no ser condenado en ausencia, tal y como el propio Tribunal Constitucional ha concluido que debe determinarse el alcance de esa, ya de por sí cuestionable, categoría jurídica.

Estos son los motivos por los que discrepo de los fundamentos y del fallo de la presente Sentencia. En mi opinión, y a la vista de lo expuesto, el presente recurso de amparo debería haber sido remitido al Pleno para que éste: a) planteara la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; b) planteara, subsidiariamente, cuestión interna de inconstitucionalidad; y c) subsidiariamente aún, llegara a un fallo desestimatorio por no existir lesión del art. 24.2 CE.

Madrid, a 28 de septiembre de 2009.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.