

EL MERCADO ÚNICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PENALES

Por

MERCEDES PÉREZ MANZANO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Penal 28 (2017)

RESUMEN: Este trabajo se ocupa de los problemas que plantea la existencia de diferentes estándares de protección de los derechos fundamentales y de su repercusión en materia de principios y garantías penales. Con este telón de fondo el texto analiza el papel del art. 10.2 CE así como de la jurisprudencia constitucional relativa al “contenido absoluto” de los derechos fundamentales. Finalmente, el artículo examina de forma crítica la resolución del caso Melloni y sus consecuencias en la rebaja del estándar nacional de protección del derecho a un juicio justo.

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo multinivel; derechos fundamentales; principios penales; garantías penales; juicios en ausencia; principio “pro homine”; derecho a un proceso con todas las garantías.

SUMARIO: I. Planteamiento. II. El marco general para la resolución del conflicto generado por la existencia de diferentes estándares de protección: el art. 10 CE. III. Cuando el estándar interno de garantías penales es inferior al internacional. IV. Las garantías penales en la Unión Europea: cuando el estándar interno es superior al internacional. 1. La solución del Tribunal Constitucional español: el contenido absoluto de los derechos fundamentales como parámetro común de referencia. 2. Las críticas a la aplicación de esta tesis en el ámbito comunitario: la STC 199/2009, de 28 de septiembre y sus votos particulares. 3. El caso Melloni. 3.1. El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el tribunal de Justicia: ATC 86/2011, de 9 de junio. 3.2. La doctrina que deriva de las SSTJUE en los casos Melloni (C-339/11) y Åkerberg (C-617/10), de 26 de febrero de 2013. 3.3. Otras opciones interpretativas. 3.4. La Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Melloni. 3.5. Los costes de la solución del caso Melloni. V. A modo de conclusión.

MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM AND CRIMINAL PRINCIPLES AND GUARANTEES

ABSTRACT: This paper dealt with some issues related to the existence of different standards of protection of fundamental rights in Europe and with the impact that this situation has in the protection of the criminal principles and guarantees. The text describes the role of the article 10.2 Spanish Constitution in this context as well as the doctrine of the “absolute content” of fundamental rights, elaborated by the Spanish Constitutional Court. Finally, the paper studies in a critical way the judicial solution of Melloni case and its effects on lowering the national standard of the right to a fair trial.

KEYWORDS: multilevel constitutionalism; fundamental rights; criminal principles; criminal guarantees; “in absentia” trials; “pro homine” principle; right to a fair trial.

I. PLANTEAMIENTO

1. Como es de todos conocido, los derechos fundamentales se encuentran enunciados en distintas normas nacionales e internacionales y se protegen y garantizan por distintos tribunales, internos e internacionales, así como por organismos no jurisdiccionales. Esta concurrencia de normas de reconocimiento de los derechos fundamentales y de instituciones encargadas de su protección ha generado un modelo de tutela multinivel y descentralizada de protección de los derechos fundamentales que se caracteriza por la inexistencia de una relación de jerarquía ni entre las normas, internas y externas, que enuncian los derechos, ni entre los tribunales, nacionales e internacionales, dedicados a su protección.

La consecuencia práctica de este modelo de tutela de los derechos fundamentales ha sido, hasta la fecha, la dispar atribución de contenido y alcance a los mismos enunciados de derechos fundamentales, es decir, ha desembocado en la existencia de *diferentes estándares* de protección de los derechos fundamentales. Esta disparidad de estándares de protección se manifiesta no sólo al poner en relación el estándar nacional y el internacional o los diferentes estándares nacionales de los distintos Estados, sino también al comparar los estándares de protección de los distintos tribunales e instituciones internacionales de derechos humanos¹.

La existencia de una cierta disparidad de estándares de protección de derechos fundamentales constituye hoy, en un mundo fuertemente globalizado y en un Estado como el nuestro integrado en una organización política supranacional como la Unión Europea, una realidad jurídica de gran relevancia práctica y de creciente complejidad.

¹ Estas discrepancias entre el estándar de protección del derecho a la doble instancia o de la prohibición de la tortura entre la jurisprudencia española y la de los organismos internacionales está en el origen de las condenas a España en estos casos; cfr. las condenas a España por el Comité de Derechos Humanos de ONU por vulneración del derecho a someter la condena a revisión ante un tribunal superior, entre otros, en los asuntos Gómez Vázquez c. España, de 11 de agosto de 2000, J. Semey c. España, de 19 de septiembre de 2003, M. Sineiro Fernández c. España, de 19 de septiembre de 2003, J. M. Alba Cabriada c. España, de 15 de noviembre de 2004, A. Martínez Fernández c. España, de 29 de marzo de 2005; o Terrón v. España de 15 de noviembre de 2004 y en el asunto Oliveró Capellades c. España de 8 de agosto de 2006, Hens Serena y Corujo Rodríguez v. España de 18 de abril de 2008; García y otra c. España de 31 de octubre de 2006 y los más conocidos Conde c. España de 31 de octubre de 2006 y Jacques Hachuel Moreno c. España, de 11 de septiembre de 2007; también ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración de la prohibición de la tortura, particularmente, por vulneración de la garantía, inherente a la misma, de realizar una investigación suficiente y eficaz en los asuntos Martínez Salas, de 2 de noviembre de 2004 (aunque el Tribunal Constitucional modificó su estándar de protección -cfr. STC 34/2008 -, han seguido produciéndose las condenas en San Argimiro Isasa c., de 28 de septiembre de 2010, Beristain Ukar c. España, de 8 de marzo de 2011, o Beortegui Martínez c. España de 31 de mayo de 2016, entre las últimas.

Así hay que destacar la importancia que esta situación de multiplicidad de estándares de protección tiene para la configuración y aplicación del ordenamiento penal, que se define como esencialmente garantista y limitador del poder punitivo del Estado. Es relevante, en primer término, porque se trata de un ordenamiento que protege valores esenciales de la comunidad -ámbitos de libertad- mediante la restricción también de valores esenciales de la persona -la propia libertad de los condenados y la de los ciudadanos cuya legítima actuación se limita-; y, en segundo lugar, lo es porque se trata de un ordenamiento que tiene como función esencial no sólo prevenir y sancionar la comisión de delitos sino delimitar el marco de actuación legítima del Estado al cumplir sus funciones de prevención del delito y de sanción del delincuente. Para un ordenamiento así definido, la delimitación del contenido y alcance de los derechos fundamentales del individuo constituye, sin duda, su presupuesto ineludible.

2. El punto de partida de mi reflexión es que esta disparidad de estándares de protección de los derechos fundamentales no es una situación óptima, ni con carácter general, ni en particular para el ordenamiento penal, porque en materia de derechos fundamentales es deseable la existencia de una cierta *unidad*. Son varias las razones que avalan esta afirmación. En primer término, la disparidad de contenidos de los derechos fundamentales no encaja bien con los propios rasgos que asignamos a los derechos fundamentales. Si los derechos fundamentales, al menos, los derechos *humanos*², constituyen plasmaciones de la dignidad humana o están fuertemente vinculados a ella, no parece que su contenido pueda ser distinto dependiendo del territorio en el que se apliquen, o de los tribunales que los interpreten. Por ello, de los derechos humanos se afirma su carácter universal y, por ello también, la existencia de *localismos* parece en este ámbito *contra natura*. En segundo término, la necesidad de existencia de cierta unidad en el alcance y contenido de los derechos fundamentales es lógica por razones de igualdad, porque la igualdad en el *estatus* jurídico-constitucional forma parte también de las bases constitutivas del Estado constitucional de Derecho. El principio de igualdad no requiere absoluta identidad en el estatuto jurídico de todos los seres humanos, pero sí exige igualdad en el núcleo o aspectos esenciales de dicho

² Sobre la cuestión cfr. CRUZ VILLALÓN, Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, pp. 63 y ss.; y STC 95/2000, de 10 de abril (FJ 3) que recuerda que “los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C.E.); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 C.E., según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales”. Antes SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2.

estatuto jurídico, y los derechos fundamentales forman parte de dicho núcleo esencial. La tercera razón reside en la seguridad jurídica, pues la coexistencia de diferentes estándares de protección de los derechos fundamentales dificulta el conocimiento por el ciudadano del real contenido de los derechos fundamentales; si la seguridad jurídica es esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, tanto mayor relevancia tiene la seguridad jurídica cuando se proyecta sobre elementos estructurales del mismo como son los derechos fundamentales. Además, esta ausencia de seguridad genera un cierto efecto desaliento en el ejercicio de tales derechos. Y el último argumento que puede ser aducido en favor de la necesidad de existencia de una cierta unidad reside en que la disparidad de contenidos de los derechos fundamentales acaba socavando su propia autoridad como elementos estructurales del Estado constitucional de Derecho, ya que podría argumentarse que si se pueden aplicar con un distinto contenido y alcance es porque no son tan esenciales ni tan inherentes al Estado constitucional de Derecho, ni derivados directos de la propia dignidad humana.

3. Las razones señaladas avalan la necesidad de existencia de una cierta unidad en el contenido y alcance de los derechos fundamentales, que resultaría fácil de alcanzar si se establecieran reglas de ordenación normativa que, como la propia jerarquía normativa, o la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales en España, favorecieran la producción de una última resolución que, al prevalecer sobre las demás, determinara de forma relativamente segura el contenido del derecho fundamental. Sin embargo, como acabo de afirmar, el modelo de ordenación normativa en este ámbito se rige por principios distintos. La protección multinivel de los derechos fundamentales constituye una plasmación más del pluralismo constitucional concebido no como una etapa de un proceso tendente hacia la unificación normativa, sino como una forma de estructurar las relaciones entre distintos órdenes normativos concurrentes partiendo de que el mantenimiento de las diferenciaciones normativas y las diversidades nacionales constituye un valor en sí mismo.

Aunque ésta es sin duda una opción legítima, los argumentos acabados de apuntar tienen, en mi criterio, peso suficiente para dudar de si la receta del pluralismo constitucional es adecuada para el Derecho penal y también para todo el entramado de garantías y principios penales y procesales aplicables al enjuiciamiento de los delitos. Como ya se ha afirmado, el pluralismo constitucional puede no ser un sistema óptimo desde la perspectiva de la protección que brinda a un ciudadano, al que lo que le interesa es una respuesta a su conflicto rápida y previsible³. Yo añadiría, que esto es

³ Por todos entre los muchos trabajos de Labayle, cfr. LABAYLE, H., *Droits de l'Homme et sécurité intérieure de l' Union européenne, l'équation impossible*, en RAE, 2006/1, pp. 93-109; KOMARECK,

tanto más trascendental cuando el conflicto pendiente lo es entre un ciudadano y el Estado por su eventual responsabilidad penal.

Este modelo de pluralismo constitucional ha sido defendido en España por ejemplo por AIDA TORRES, quien si bien admite que la mayor debilidad del modelo reside en la persistencia de un cierto grado de indeterminación del contenido de los derechos⁴, sostiene, sin embargo, que ello no es disfuncional pues la determinación flexible y dinámica del contenido de los derechos fundamentales a través del modelo de *diálogo* entre tribunales incentiva el diálogo, promoviendo el intercambio de argumentos y ofreciendo una posibilidad de alcanzar resultados interpretativos “más adecuados a la comunidad en su conjunto”, al apelar a valores compartidos.

Aunque he de reconocer que esta idea suena bien, sin embargo, creo que el sistema en su conjunto no está preparado, pues ni los instrumentos de diálogo -por ejemplo, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión- ni los agentes llamados a dialogar están diseñados para alcanzar ese diálogo en condiciones óptimas para los derechos fundamentales, es decir, para garantizar un estatuto jurídico esencial del ciudadano frente a intromisiones de los poderes públicos. Más bien, al contrario, unos y otros están diseñados y operan desde la lógica o dimensión objetiva de la resolución de conflictos de normas -u otras- y no desde los presupuestos y necesidades de la preservación y defensa de los derechos subjetivos y ámbito de libertades que dan contenido a los propios derechos fundamentales.

Dado que el tema es muy amplio y complejo⁵, en este trabajo me voy a ocupar sólo de presentar los elementos básicos del estado de la cuestión, para resaltar la importancia que en esta materia ha tenido la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español en el ATC 86/2011, de 9 de junio.

J., *European constitutionalism and european arrest warrant: in search of the limits of “contrapunctual principles”*, *Common Market Law Review*, 44, 2007, pp. 9 y ss, pp. 30 y ss.

⁴ Entre muchos trabajos de la autora, cfr. *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009, Oxford, New York, pp. 179 y ss., 182.

⁵ Por todos, TORRES, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009; LA MISMA, *Euroorden y conflictos constitucionales: A propósito de la STC 199/2009*, de 28-9-2009, en *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, nº 35, 2010, pp. 441 y ss.; La Misma, *En defensa del pluralismo constitucional*, en Ugartemendia/Jáuregui, *Derecho Constitucional Europeo, Actas del VIII Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, tirant lo blanc, Valencia, 2011, pp. 155 y ss., 175 y ss.. Cfr. también QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales*, en Rubio y otros (dir.), *La constitución política en España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Entro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 771 y ss.

II. EL MARCO GENERAL PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO GENERADO POR LA EXISTENCIA DE DIFERENTES ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN: EL ART. 10.2 CE

4. Para reflexionar sobre este tema conviene realizar alguna precisión previa. La primera de ellas se refiere a que hemos de partir de la diferenciación entre las dos situaciones que puede generar una dispar protección de los derechos fundamentales: que el estándar nacional o interno sea inferior al estándar externo o internacional, es decir, que el contenido asignado al derecho fundamental a nivel nacional sea más restrictivo que el atribuido en el estándar internacional; y que el estándar nacional sea superior al internacional, esto es, que a nivel nacional resulten protegidas facultades o situaciones jurídicas que no están amparadas por el derecho en el estándar que se le reconoce a nivel internacional.

La segunda precisión necesaria para el análisis reside en que la Constitución española no contiene ninguna regla expresa para la resolución de este tipo de conflictos, ni para el caso en que el estándar nacional sea inferior al internacional ni para el caso contrario. Simplemente establece en su art. 10.2 que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España⁶.

El art. 10.2 CE no es una cláusula de resolución de conflictos entre estándares de protección. Su finalidad principal es identificar un marco común de referencia en la configuración del contenido del derecho fundamental, de modo que, en cierta medida, contribuye a prevenir la existencia de una disparidad de estándares, pero no trata de resolverlos en caso de producirse el conflicto. En su literalidad, esta cláusula, además, no contiene ningún elemento para efectuar una interpretación restrictiva del mismo, de modo que, en principio, sería aplicable tanto si el estándar interno relativo al derecho fundamental fuera superior al externo como si el estándar nacional fuera inferior al externo; en consecuencia, la obligación de tener en cuenta los convenios internacionales relativos a derechos humanos en la determinación del contenido de estos derechos podría tener tanto un efecto de ampliación del alcance del derecho como un efecto de restricción del mismo.

⁶ Sobre el tema por todos SAIZ ARNAIZ, A. La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; EL MISMO, Art. 10.2 CE, La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en Casas/Rodríguez-Piñero (dir.), Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Fundación Walter-Kluwers, Madrid, 2009.

A pesar de la inexistencia de elementos para la interpretación restrictiva del alcance de la cláusula contenida en el art. 10.2 CE en su propia literalidad, creo, sin embargo, que esta cláusula está pensada para elevar el estándar nacional y no para restringirlo como también PÉREZ TREMP Y SAINZ ARNAIZ han sostenido⁷. Varias son las razones que avalan esta afirmación. En primer lugar, la propia lógica histórica del momento en el que se dicta la Constitución española tras salir de una dictadura; seguramente los constituyentes tuvieron en la cabeza la idea de que un país con poca tradición constitucional necesitaba mirar al exterior para elevar su calidad como Estado de Derecho, de modo que se puede sostener, en una interpretación *originalista* del art. 10.2 CE, que es una cláusula pensada para acrecentar el nivel de protección interno en materia de derechos fundamentales mediante la apertura de las normas relativas a los derechos fundamentales a la normativa internacional⁸. Como afirman los comentaristas, con el art. 10.2 CE se pretendía la “homologación internacional del nuevo sistema democrático” español por esta singular vía de incorporación interpretativa del Derecho internacional de los derechos humanos. La segunda razón reside en que los tratados internacionales sobre derechos fundamentales tienen la condición de mínimos, es decir, no impiden la existencia de un estándar de protección nacional mayor que el salvaguardado en los tratados. Esta condición se garantiza a través de la denominada *cláusula de no retroceso* que, por ejemplo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece su art. 53. De conformidad con el mismo: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en

⁷ Es unánime en la doctrina la idea de que el art. 10.2 CE no hace posible una interpretación restrictiva o limitadora de los derechos fundamentales, específicamente si la propia Constitución española no contempla límites explícitos o inmanentes. Cfr. por todos, PÉREZ TREMP, P., La protección de los derechos fundamentales por jueces y tribunales, PJ nº 43-44, 1995, pp. 267; SAINZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional, pp. 213-225; EL MISMO, en Casas/Rodríguez Piñero, Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, 2009, pp. 195 y ss., p. 205.

⁸ Los comentaristas suelen vincular el origen del precepto a la contienda sobre el derecho a la educación, de modo que, con su introducción, se pretendía garantizar una determinada interpretación del mismo en clave de libertad de enseñanza y asegurar el derecho a las subvenciones, que no quedaba tan claramente plasmado en el texto del art. 27 CE. Cfr. REMIRO BROTONS, A., La acción exterior del Estado, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 106-107; SAINZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional, pp. 30 y ss. cfr. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, pp. 3144-3146, 3153-3155. Los comentaristas señalan también en este sentido que se pretendía la homologación de la legislación con los convenios y tratados internacionales que habían servido de modelo durante el período franquista y se habían idealizado durante los años de la dictadura, cfr. las citas de E. García de Enterría, L., Martín-Retortillo y Muñoz Machado en SAINZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional, p. 33; de “homologación internacional del nuevo sistema democrático” habla SAINZ ARNAIZ, A., Art. 10.2 CE, en Casas/Rodríguez Piñero, Comentarios, pp. 195 y ss.

el que ésta sea parte”⁹. La tercera razón reside en que si bien ni el art. 10.2 CE ni ninguna otra disposición constitucional contiene una regla sobre la resolución de este tipo de conflictos, sin embargo, ello no significa que no exista ninguna regla o principio aplicable, pues se ha desarrollado un principio jurídico básico que podría resolver de forma sencilla y clara la cuestión. Me refiero al principio *favor libertatis* que en este marco significa dar preferencia al estándar superior, al más garantista, o a la enunciación o interpretación del derecho que le otorgue un mayor alcance. En el marco de la protección internacional de los derechos humanos y de la doctrina internacionalista se defiende la aplicación de una concreción de este principio que se denomina específicamente principio “*pro homine*”¹⁰, cuyo sentido sería también la prevalencia del estándar superior sea éste el interno o el internacional. Su eficacia es la misma que la que tienen las cláusulas de los tratados internacionales que asignan la condición de mínimo al estándar de protección de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Una regla similar a la contenida en el art. 53 CEDH o a la que deriva del principio “*pro homine*” ha sido recogida en la legislación comunitaria para resolver los conflictos entre diferentes estándares de protección entre la Unión Europea y el Consejo de Europa, estableciéndose en el art. 52.3 CDFUE que, si bien cuando la Carta reconozca derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos el sentido y alcance de dichos derechos será igual al del Convenio Europeo, sin embargo, ello no “impide que el Derecho de la Unión les conceda una protección más extensa”. Es decir, que la Carta de Niza parte también de que en materia de derechos fundamentales el conflicto de estándares -europeo/comunitario- se resuelve a favor del superior, pues si el estándar comunitario fuera inferior al europeo, se garantiza el europeo por la vía de asegurar que el nivel de protección será igual; y si el estándar comunitario es superior al europeo, se garantiza el superior al afirmarse que la Unión Europea puede establecer un estándar superior.

⁹ Similar es la previsión del art. 5.2 del PIDCP.

¹⁰ CARRILLO/EXPÓSITO, Los jueces nacionales como garantes de los bienes jurídicos globales, Revista española de Derecho Internacional, Vol. 63, nº 2, 2011, pp. 51 y ss., 54. Sobre la posibilidad de entender que el art. 10.2 CE remite no sólo a los Tratados internacionales, sino también a los principios de Derecho Internacional relativos a los derechos humanos, entre los que se encuentra la regla hermenéutica *favor libertatis* y la de interpretar las restricciones de los derechos de la forma más limitada posible y en cambio interpretar lo favorable al derecho de la forma más amplia posible, SAIZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional, pp. 90 y ss.

III. CUANDO EL ESTÁNDAR INTERNO DE GARANTÍAS PENALES ES INFERIOR AL INTERNACIONAL

5. Hasta aquí las cuestiones generales referidas al contexto constitucional en el que, en principio, se enmarca la concurrencia de estándares diferenciados de protección de los derechos fundamentales y, también, de los principios y garantías penales que tienen tal rango constitucional. Pero la solución de los problemas, pasa por examinar de forma diferenciada las dos situaciones que pueden darse, comenzando por aquellas en las que el estándar nacional es inferior al internacional.

La existencia de un estándar nacional inferior ha sido la situación española de partida en nuestra historia reciente, de forma específica cuando nos referimos a las garantías penales. De modo que el art. 10.2 CE ha servido de cobertura para la ampliación de las garantías penales a nivel interno, o dicho de otro modo, para la homologación internacional al alza de los estándares internos previos a la entrada en vigor de la Constitución española en 1978. El Tribunal Constitucional español ha hecho uso de esta cláusula en muchas ocasiones y a través de ella ha incorporado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también del contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que han sido tan fructíferos en materia penal. Su influencia, por ejemplo, en el reconocimiento del derecho del acusado a un intérprete gratuito, del derecho a la doble instancia penal y en la configuración de las garantías de la segunda instancia, en la delimitación de las garantías de la prisión provisional o del secreto de las comunicaciones o en la protección frente a la prohibición de la tortura, por poner ejemplos significativos, ha sido decisiva¹¹. En este ámbito, el art. 10.2 CE se ha revelado crucial para la asimilación jurisprudencial interna del estándar internacional - especialmente el europeo- de garantías penales más elevado.

6. Ahora bien, a pesar de la función esencial que ha cumplido el art. 10.2 CE para la elevación del estándar de protección de las garantías penales, hasta épocas recientes existían serias dificultades para el ciudadano para hacer que los tribunales nacionales reconocieran el estándar superior en el caso concreto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El déficit más relevante del modelo residía en la falta de un procedimiento interno de anulación de las resoluciones judiciales sobre las que se sustentaba la vulneración del derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo de Derechos

¹¹ Cfr. SSTC 5/1984, de 24 de enero, 74/1987, de 25 de mayo, 30/1989, de 7 de febrero, sobre el derecho al intérprete del acusado y del detenido; SSTC 42/1982, de 5 de julio y la serie de sentencias del caso Marey SSTC 64/2002, 65/2001 y 66/2001, de 17 de marzo, sobre el derecho a la doble instancia; SSTC 128/1995, de 26 de julio y 47/2000 de 17 de febrero, sobre la prisión provisional; la STC 167/2002, de 18 de septiembre, sobre las garantías de la doble instancia; 49/1999, de 5 de abril, sobre secreto de las comunicaciones; 34/2008, de 25 de febrero, sobre investigación insuficiente en caso de alegación de tortura.

Humanos. Como es sabido, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -y de la mayoría de los Tribunales Internacionales de protección de Derechos Humanos- son meramente declarativos respecto del reconocimiento de la vulneración del derecho, de modo que, incluso si el Tribunal Constitucional español, decide modificar su jurisprudencia para proceder a la adaptación (ampliación del contenido del derecho), ésta tendrá efecto *ad futurum*, pero no en el caso concreto cuya impugnación ha dado lugar al pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que ha originado la elevación del estándar nacional de protección. Si desde la dimensión objetiva de la norma que protege los derechos fundamentales esto no es más que un efecto habitual de aplicación de la ley en el tiempo, sin embargo, constituye una solución insatisfactoria desde la dimensión subjetiva del derecho y la posición jurídica del afectado por la lesión del derecho: quien ha conseguido un pronunciamiento favorable en Estrasburgo, no resulta directamente beneficiado por el mismo, viéndose obligado a volver a la jurisdicción nacional para intentar la anulación de las resoluciones judiciales vulneradoras del derecho.

Como decía, hasta épocas recientes, el *iter* procesal que debe seguir el ciudadano en la hipótesis anterior no era claro, pues la legislación procesal no contenía un recurso o remedio concreto al que acudir para alcanzar el objetivo de anulación de las resoluciones nacionales con base en que las mismas habían vulnerado un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y el Tribunal Constitucional fue vacilante en su jurisprudencia sobre qué hacer en dichos casos desde que se ocupó del caso Bultó a comienzos de los años noventa del pasado siglo. No obstante, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del recurso de revisión ha resuelto el problema. El art. 954.3, redactado de conformidad con la LO 41/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, prevé ahora la posibilidad de acudir a la revisión penal para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El segundo problema que se plantea reside en que el art. 10.2 CE no ha sido interpretado por el propio Tribunal Constitucional español como una norma jurídica que le obligue a modificar su jurisprudencia en el sentido de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de otros organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos reconocidos en los tratados internacionales. De ahí que haya declarado en muchas ocasiones, de un lado, que la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no constituye automáticamente la vulneración de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución y, de otro, y

consecuencia de lo anterior, que sólo éstos le vinculan¹². De hecho la existencia del art. 10.2 CE no ha conseguido evitar situaciones de discordancia manifiesta del alcance de los derechos más representativos del ámbito penal, pues tanto el principio de legalidad penal como el derecho a la presunción de inocencia tienen reconocido un alcance más amplio en la jurisprudencia de Estrasburgo que en la jurisprudencia constitucional interna; en relación con el principio de legalidad penal, el Tribunal Constitucional español nunca ha reconocido el derecho a la retroactividad de la norma más favorable como integrante del art. 25.1 CE, a pesar de que el art. 2.2. CP si lo prevé y a pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que si la legislación penal admite la retroactividad favorable, su inaplicación vulnera el principio de legalidad porque supone imponer una pena no prevista en la ley (STEDH asunto Baskaya y Okuoglu vs. Turquía, de 8 de julio de 1999; STJUE en el asunto Berlusconi y otros, de 3 de mayo de 2005, y ahora en el art. 49.1 Carta de Derechos Fundamentales de la UE)¹³.

El panorama descrito evidencia que, a pesar de que la Constitución española contiene un instrumento indirecto que puede ser utilizado para la homologación del estándar interno de protección de los principios y garantías penales con rango constitucional al estándar internacional cuando éste es más protector, sin embargo, no es un mecanismo idóneo y suficiente para la consecución de la protección del derecho subjetivo, ni siquiera cuando se alcanza el objetivo de protección en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues es especialmente costoso para el propio afectado por la vulneración. Y a estos efectos, los costes económicos no son los más dramáticos, sino la posibilidad misma de haber estado privado de libertad con base en resoluciones judiciales que según el estándar internacional de protección de garantías penales eran lesivas de derechos fundamentales, pues ni la anulación *ex post* de dichas resoluciones,

¹² Ver STC 245/1991, de 16 de diciembre, FFJJ 2 y 3. Esta declaración se ha realizado también en relación con el Derecho Comunitario, cfr. STC 64/1991, de 22 de marzo. Si bien en la doctrina internacionalista y constitucionalista se ha defendido que la obligación de interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales conforme a los tratados sólo es exigible en los casos en que el texto constitucional español carezca de claridad, se ha objetado, creo que con razón, que las disposiciones sobre derechos fundamentales tienen carácter abierto siempre y, en esa medida, su contenido no es absolutamente claro.

¹³ Un ejemplo de esta discordancia en materia de principio de legalidad penal, es, además, el conocido como caso Parot, que, como es sabido, dio lugar a la condena a España en el caso Del Río Prada (SSTEDH de 10 de julio de 2012 -Sec. 3ª- y de 21 de octubre de 2013 -Gran Sala-. Sobre ello, cfr. Pérez Manzano/Lacuraín (dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016. Similar sentido tiene la discordancia entre el alcance del derecho a la presunción de inocencia en el ámbito interno e internacional: el Tribunal Constitucional español ha negado autonomía a la dimensión extraprocésal del derecho a la presunción de inocencia cuando el Tribunal de Estrasburgo se la reconoce, dando lugar a una condena a España menos conocida que la del caso Del Río Prada, en STEDH 28 de junio de 2011, asunto Lizaso Azconobieta, por vulneración del art. 6.2 CEDH (relativa a la STC 244/2007, de 10 de diciembre de 2010).

ni la indemnización constituyen nunca *restitutio in integrum* del total del daño causado por la indebida privación de libertad pasada.

Con todo, la situación acabada de describir no es la más preocupante pues, aún con las dificultades apuntadas, permite la protección del principio o garantía penal al menos en la instancia internacional y esto tiene una repercusión posterior en la interpretación y aplicación de las garantías penales a nivel interno. Éste ha sido el caso, por ejemplo en la última época, de la cuestión relativa a las garantías procesales requeridas para la revisión de los hechos en segunda instancia que ha dado lugar a varias sentencias condenatorias de España por el TEDH y a la modificación de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo español¹⁴.

IV. CUANDO EL ESTÁNDAR INTERNO ES SUPERIOR AL INTERNACIONAL

Mayores problemas plantean, sin duda, el segundo grupo de casos: cuando el estándar nacional es superior al europeo.

1. La solución del Tribunal Constitucional español: el contenido absoluto de los derechos fundamentales como parámetro común de referencia

7. Esta situación, en la que el estándar interno es superior al internacional, es patente en algunos derechos procesales del orden penal; dicho escenario no ha generado problemas, dado que, como se ha dicho, los tratados internacionales tienen la condición de mínimos y así se reconoce expresamente en el art. 53 CEDH¹⁵.

¹⁴ A pesar de que el Tribunal Constitucional recogió la jurisprudencia europea en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, su interpretación restrictiva de las exigencias del Tribunal Europeo sobre la garantía de inmediación y contradicción condujo años después a la condena a España en las SSTEDH, asunto Igual Coll c. España de 10 de marzo de 2009, asunto Almenara Álvarez c. España, de 25 de octubre 2011, asunto Lacadena Calero c. España de 22 de noviembre de 2011, entre otras posteriores. Todo ello ha dado lugar a que el propio Tribunal Supremo haya modificado su posición sobre las garantías constitucionales exigidas para la revisión en segunda instancia de las apreciaciones del tribunal de primera instancia referidas al dolo y a otros los elementos subjetivos del delito. Cfr. entre otras, SSTS 998/2011, de 29 de septiembre citando la STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36; 1215/2011, de 15 de noviembre; 1423/2011 de 29 de diciembre. Sobre las consecuencias que estas sentencias tienen en la consideración del dolo, o sus elementos, como hechos o elementos de la calificación jurídica, cfr. PÉREZ MANZANO, M., Prueba y subsunción en el dolo: una cuestión de garantías constitucionales, en Libro Homenaje a Santiago Mir (en prensa).

¹⁵ A título ejemplificativo cabe mencionar la existencia de un estándar interno superior al europeo respecto del derecho a la libre elección de abogado de las acusaciones particulares que se reconoce a nivel interno (STC 30/1981, de 24 de julio) y no en el marco internacional que se refiere sólo al mismo como derecho del acusado (arts. 6.3.c) CEDH y 14.3.d PIDCP); el derecho a la asistencia al detenido de conformidad con el art. 17 CE, y el plazo máximo de detención preventiva que en el art. 17.2 es más breve que lo establecido en el art. 5.3 CEDH (Cfr. STC 21/1997, de 10 de febrero).

Sin embargo, esta situación comenzó a ser problemática para el Tribunal Constitucional español en la resolución de recursos de amparo al examinar la adecuación a los derechos fundamentales de las resoluciones judiciales nacionales que, con base en resoluciones judiciales extranjeras, declaraban procedente la extradición de una persona a otro Estado; así, específicamente el problema se ha manifestado cuando se ha solicitado la extradición de una persona para el cumplimiento de una pena impuesta en un juicio desarrollado en ausencia del acusado¹⁶.

Para estos casos el Tribunal Constitucional español ha elaborado la doctrina de la vulneración indirecta del *contenido absoluto* de los derechos fundamentales, conforme a la cual puede considerarse que los órganos judiciales españoles que acceden a la entrega de una persona a otro Estado vulneran un derecho fundamental del reclamado de *forma indirecta* si las resoluciones del Estado reclamante han vulnerado el “contenido absoluto” del derecho al proceso con todas las garantías; la razón de esta afirmación reside en que se entiende que los órganos judiciales españoles colaboran a la lesión del derecho fundamental o al menos al agotamiento de sus efectos. Se trata de un grupo de casos que tienen que ver con la cooperación judicial internacional en materia penal y no sólo con los supuestos de extradición.

Con esta doctrina del contenido absoluto del derecho fundamental, el Tribunal Constitucional español pretendió hallar una fórmula para no imponer el estándar interno superior a los otros Estados con los que se relaciona a través del reconocimiento de efectos internos de sus resoluciones judiciales -vía *exequatur* o extradición-; intentó, así, establecer un estándar que vendría configurado por el núcleo básico o estándar común del derecho en los distintos Estados. En estos casos, el Tribunal Constitucional español no ha aplicado el principio *favor libertatis*, ni ninguna otra regla o doctrina que tenga como efecto la prevalencia del estándar superior o más garantista del derecho fundamental, lo que en este caso conduciría a la prevalencia del estándar español pleno al ser más garantista, sino que ha intentado otra vía consistente en definir un marco común, un estándar común de referencia para el derecho fundamental: el *contenido absoluto* de un derecho fundamental. De modo que frente a las opciones extremas que exigirían un control conforme al estándar nacional pleno o la ausencia total de control, el Tribunal Constitucional español optó por una tesis intermedia cercana a la de las

¹⁶ Al Tribunal Constitucional se le planteó el problema en los comienzos de su andadura en relación con el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. Así en materia de extradición, desde la STC 11/1983, de 21 de febrero , 13/1994, de 17 de enero , 141/1998, de 29 de junio , 147/1999, de 4 de agosto , 91/2000, de 30 de marzo , etc...; pero también se ha planteado en caso de homologación o reconocimiento vía *exequatur* de resoluciones judiciales extranjeras entre otras en SSTC 43/1986, de 15 de abril , 54/1989, de 23 de febrero , 132/1991, de 17 de junio .

cláusulas de orden público del Derecho Internacional, o del Derecho europeo como Adán Nieto ha señalado¹⁷.

La doctrina de la vulneración indirecta del contenido absoluto de los derechos fundamentales fue inicialmente muy criticada por la doctrina constitucionalista¹⁸, sin embargo, parece haberse asentado sin que en la actualidad reciba críticas cuando se utiliza para examinar las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos extradicionales de países como Turquía, Albania, Venezuela, Perú u otros ajenos al marco de la Unión Europea.

2. Las críticas a la aplicación de esta tesis al ámbito comunitario: la STC 199/2009, de 28 de septiembre y sus votos particulares

8. Las críticas se centraron enseguida en cuestionar que el Tribunal Constitucional español pudiera aplicar esta teoría al enjuiciamiento de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales dictadas en países de la Unión Europea y específicamente a las resoluciones dictadas en aplicación de la normativa comunitaria, como la relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega. Y ello porque, en este caso, la solución dada por el Tribunal Constitucional español, se decía que, no encajaba con la normativa comunitaria. Así se manifestaron los magistrados Rodríguez-Zapata y Pérez Tremps en los votos particulares a la STC 199/2009, de 28 de septiembre. En este marco se aduce, de un lado, que la doctrina del Tribunal Constitucional chocaría con el sistema de ordenación normativa del Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea, en particular, con el principio de primacía del Derecho comunitario y, a través de él, con la normativa europea que plasma el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Y, de otro, esta doctrina resultaría problemática dado que puede impedir una aplicación uniforme de la normativa comunitaria y puesto que no sería el Tribunal

¹⁷ En otro sentido, AGUILAR CALAHORRO, A., (La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea -ATC 86/2011, de 9 de junio), quien sostiene que el Tribunal Constitucional parte de una "visión exclusivamente interna". Más ajustada con la realidad la interpretación de NIETO MARTÍN, A., [Kadi (STJUE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión europea, en Revista General de Derecho penal, nº 10, 2008] quien ubica esta tesis en el marco de la doctrina del orden público europeo; EL MISMO, en NIETO MARTÍN, A., El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional, en Díez-Picazo/Nieto, Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo, Civitas-Thomson, Navarra, 2010, pp. 453 y ss., p. 473.

¹⁸ Cfr. el voto particular de Cruz Villalón a la STC 91/2000, de 30 de marzo. En la doctrina, por todos, REY MARTÍNEZ, F., El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes, en Teoría y realidad constitucional, nº 5, 2000, pp. 289 y ss., 313 y ss.; TORRES, I., Enseñar al que ya sabe. Las extradiciones ante el Tribunal Constitucional (STC 91/2000), Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 10, 2000, pp. 1859 y ss.; BELLIDO, R., la condena en rebeldía en el proceso español de extradición pasiva, REDC nº 57, 1999, pp. 285 y ss. (a favor de la doctrina constitucional).

Constitucional español, sino el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el garante de dicha interpretación uniforme.

Con el telón de fondo del específico debate constitucional-comunitario y la polémica de los juicios en rebeldía, la cuestión se planteó en varias ocasiones ante el Tribunal Constitucional, dando éste la misma respuesta: la jurisprudencia relativa a la vulneración indirecta del contenido absoluto de los derechos fundamentales es aplicable a las resoluciones que autorizan la entrega con base en la legislación interna de trasposición de la normativa europea relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega. Así se estuvo aplicando en distintas sentencias hasta la STC 199/2009, de 28 de septiembre, en la que, aunque se siguió aplicando, se emitieron los votos particulares de varios magistrados -Pérez Tremps y Rodríguez-Zapata- que discutían, sobre la base de los argumentos expuestos, la corrección de aplicar la jurisprudencia constitucional mencionada.

3. EL CASO MELLONI

3.1. El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el tribunal de Justicia: ATC 86/2011, de 9 de junio

9. Esta fue la situación hasta que el Tribunal Constitucional español decidió hacer uso del mecanismo de diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, planteando la cuestión prejudicial ante éste.

El Tribunal Constitucional español reclamó por primera vez el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ATC 86/2011, de 9 de junio. Dicha cuestión prejudicial tenía como base una resolución de la Audiencia Nacional - Auto de la Sala 1ª de 12 de septiembre de 2008- que había autorizado la entrega a Italia de un ciudadano italiano solicitada a través de una orden europea de detención y entrega. Dicha orden había sido emitida para el cumplimiento de una pena de prisión a la que había sido condenado como autor de un delito de quiebra fraudulenta; la condena se había efectuado en ausencia del acusado aunque éste había tenido conocimiento del juicio y sido defendido de forma efectiva por abogado de su elección.

El Tribunal Constitucional español planteó tres cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tienen como telón de fondo la cuestión de si es posible que un estado aplique un estándar superior de protección de un derecho fundamental. Ya expliqué en un trabajo previo las distintas opciones que tenía el Tribunal de Justicia para contestar las cuestiones planteadas, a los costes y a los beneficios de las distintas opciones, afirmando que existían posibilidades de que el Tribunal contestara en el sentido de admitir, al menos para algunos casos, la validez de un estándar nacional

superior. No voy a insistir en ello¹⁹, sino que en lo que sigue me referiré tan sólo a las respuestas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del propio Tribunal Constitucional español.

3.2. La doctrina que deriva de las SSTJUE en los casos Melloni (C-339/11) y Åkerberg (C-617/10), de 26 de febrero de 2013²⁰

10. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Melloni debe ser integrada con la doctrina sentada en una sentencia que, no por mera coincidencia, fue dictada el mismo día, la sentencia del caso Åkerberg. De su conjunto se deduce lo siguiente. La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea tiene su ámbito de aplicación cuando se aplica el Derecho de la Unión Europea al asunto controvertido (art. 51.1 Carta). Por lo tanto, la primera cuestión relevante reside en fijar cuándo se considera que se aplica el Derecho de la Unión. La interpretación realizada en el asunto Åkerberg es amplia (no limitada a la aplicación de reglamentos europeos o normas nacionales de trasposición); conforme a dicha resolución, la utilización de cualquier normativa interna para reprimir infracciones de una directiva hubiese sido o no adoptada para trasponer ésta, cae dentro del concepto “aplicación del Derecho de la Unión”, ya que con ello se da cumplimiento a la obligación de sancionar de modo efectivo los actos que causen perjuicio a los intereses financieros de la Unión²¹. De otra parte, una vez determinado que se aplica la Carta de Derechos Fundamentales, la cuestión a dilucidar es si un estado puede hacer valer su estándar superior frente al que refleja la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que la respuesta no es simple, sino que depende de los casos (FJ 60, Sentencia Melloni). En primer término, un estado podría aplicar un estándar superior en los casos en que la normativa de la Unión Europea deje un margen de maniobra a los estados (“cuando la acción de los estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión” -FJ 29 Sentencia Akerberg-), siempre que no afecte “a la primacía,

¹⁹ Cfr. mis trabajos, El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de los derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio, en Revista Española de Derecho Constitucional nº 95, 2012, pp. 311 y ss.; The Spanish Constitutional Court and the Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: Matters Relating to ATC 86/2011, Of 6 June, in EuCLR Vol. 3, 1, (June 2013) pp. 79-106.

²⁰ De los muchos trabajos publicados sobre el tema, cfr. IZQUIERDO, C., Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión: Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C-399/11, La Ley Unión Europea, nº 4 2013, pp. 3 y ss. y, LA MISMA, La callada configuración de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Pérez Manzano/Lascrain (dir.), La tutela multinivel del principio de legalidad penal, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 57 y ss.

²¹ Cfr. la posición del Abogado General Cruz Villalón, mucho más restrictiva en este caso, emitida el 12 de junio de 2012.

unidad y la efectividad del Derecho de la Unión). Por el contrario, un estado no podría aplicar un estándar superior al europeo si la normativa de la Unión Europea tiene carácter reglado u obligatorio. Dicho argumentario condujo a que en el caso Melloni se afirmara que España no podía aplicar un estándar superior, dado que en la aplicación de la Directiva sobre los juicios en rebeldía los estados carecían de margen de apreciación al tratarse de un ámbito reglado. En el asunto Åkerberg, sin embargo, dado que los estados podían elegir entre sanciones administrativas o penales o ambas, sí existía margen de apreciación para los estados y, por tanto, hubiera sido posible aplicar un estándar nacional más protector.

3.3. Otras opciones interpretativas

11. Esta solución es de por sí preocupante si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide configurar los derechos fundamentales a la baja, cosa que ha hecho en varias ocasiones, pues como afirma Alonso²² si éste fuera el derrotero de este tribunal, lo más probable es que los tribunales nacionales rescaten la doctrina de los contra-límites que se generó en los años 70 cuando la Unión Europea no contaba con una Carta de Derechos fundamentales . Es decir, probablemente, los estados buscarían los mecanismos para evitar dicha consecuencia.

Se ha de advertir, además, que la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en los casos Melloni y Åkerberg no es la única solución posible; de hecho el Abogado general del asunto Åkerberg -Cruz Villalón- defendió de manera sensata y fundada otra tesis más restrictiva en cuanto a cuándo considerar aplicable el Derecho de la Unión Europea a los efectos de la utilización del estándar de derechos fundamentales de la Carta de Niza; y defendió también la existencia de límites al desplazamiento del estándar nacional más elevado por el europeo más bajo: el estado podría oponerse a dicha rebaja del estándar en los casos en que afectara a su “identidad nacional” -entendida como “identidad constitucional”- tal como aparece en el art. 4.2 TUE²³.

3.4. La Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Melloni

12. Una vez resuelta la cuestión prejudicial, el 20 de febrero de 2014 el Tribunal Constitucional español dictó la Sentencia en el asunto Melloni que había quedado pendiente, rebajando el estándar previamente establecido (en la STC 91/2000 , citada) sobre el derecho al proceso con todas las garantías; en concreto, afirmó que no vulnera

²² ALONSO GARCÍA, R., *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Civitas-Thomson Reuters, 2014, Cizur, p. 62.

²³ Opinión AG Cruz Villalón, párrafos 35 y ss.

el contenido absoluto de este derecho “la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio consta que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por letrado designado”.

Con este pronunciamiento el Tribunal Constitucional español no quiso establecer los pilares del diálogo entre tribunales, sino que pretendió resolver el caso de la forma que estimó más sencilla, haciendo un *over ruling* de la jurisprudencia previa, de modo que, reinterpreto el contenido absoluto del derecho al proceso con todas las garantías a partir del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE y de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional no entró a considerar ninguna de las cuestiones generales que se planteaban, empezando por no hacer una diferenciación entre los dos tipos de situaciones jurídicas que se podían suscitar, esto es, cuando la materia está reglada por el Derecho de la Unión y cuando los estados tienen margen de maniobra. Reiterando pronunciamientos previos sostuvo, de un lado, que *ad intra* vincula todo el contenido de los derechos fundamentales, mientras que *ad extra* solo vincula el contenido absoluto de los derechos fundamentales, de tal manera que la vulneración de éstos genera vulneraciones indirectas cuando los poderes públicos españoles dan validez o ejecutan actos extranjeros. De otra parte, también reiteró que en la determinación de este contenido absoluto del derecho fundamental, en virtud de lo dispuesto por el art. 10.2 CE, han de tenerse en cuenta los pronunciamientos de los tribunales internacionales sobre derechos humanos. Por ello, como colofón, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos coinciden en sostener que no existe vulneración del derecho al proceso con todas las garantías aunque el acusado no haya comparecido al juicio siempre que haya sido correctamente emplazado y defendido por abogado, el Tribunal Constitucional asumió éste como contenido absoluto del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

3.5. Los costes de la solución del caso Melloni

13. Como Ricardo Alonso ha expuesto, lo primero que llama la atención de esta sentencia es que cuando menciona los pronunciamientos de la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, sobre la constitucionalidad del Tratado de la Constitución de la UE, solo se refiera a las declaraciones relativas al principio de primacía y no a lo que el mismo Tribunal defendió en materia de colisión de estándares sobre derechos fundamentales. Se olvidó el Tribunal de recordar que había sostenido (FJ 6 D- 1/2004)

que los derechos reconocidos en la Carta de Niza se conciben como una garantía de mínimos, siendo posible el desarrollo de su contenido para garantizar “la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno”. Y se olvidó también de que él mismo había sostenido que en el hipotético caso en que hubiera un conflicto en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional español se reservaba el derecho a la última palabra (FJ 3).

En la solución del caso Melloni de 2014 el Tribunal Constitucional no se refirió a nada de esto, sino que intentó hacer ver que no había ninguna contradicción entre sus pronunciamientos previos y los del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando realmente en los asuntos Åkerberg y Melloni, el Tribunal de Justicia claramente le había desautorizado, pues el contenido de la Carta de Derechos fundamentales no constituye, según estas sentencias, el nivel *mínimo* de protección de los derechos fundamentales, sino el nivel *máximo* en los casos en que se aplica el Derecho de la Unión y la ejecución de la normativa de la Unión Europea tiene carácter reglado para los estados miembros. Esto significa que el Tribunal Constitucional español no tiene el derecho a la última palabra en estos casos sino que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que determina cuál es el contenido del derecho.

Con independencia del significado que lo expuesto tiene en sí mismo, hay que señalar, además, que la vía utilizada por el Tribunal Constitucional para declarar la armonía y evitar el conflicto, no es un mecanismo exento de problemas o de consecuencias negativas. En particular, la utilización del art. 10.2 CE en el caso es notablemente distorsionadora, pues lo que el Tribunal Constitucional sostuvo fue que como este artículo le obliga a tomar en consideración el estándar europeo, tenía que reinterpretar el contenido absoluto del derecho a partir de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos -TJUE, TEDH-.

Esta posición puede tener un cierto efecto boomerang no querido y probablemente no previsto; de un lado, ya he sostenido que no es claro que el art. 10.2 CE esté pensado para rebajar los estándares nacionales. No voy a insistir en ello. Pero, de otra parte, aunque se pudiera sostener que la rebaja del estándar de protección no es tan grave porque ha quedado claro que no se va aplicar *ad intra* y que además *ad extra* sólo va a tener una eficacia limitada (sólo cuando se aplique el Derecho de la Unión Europea), sin embargo, no es claro que esto vaya a ser así. En primer término, porque el cambio se ha realizado mediante la reinterpretación del contenido absoluto del derecho al proceso con todas las garantías, lo que hace que sea aplicable a otras situaciones en las que se proyecta *ad extra* el mismo derecho, esto es, respecto de las relaciones con los estados no pertenecientes a la Unión Europea; en particular, la doctrina se va a aplicar en los casos de extradición, que es en los que surgió la doctrina; y recordemos que en ellos no

es ni mucho menos lo mismo que el marco normativo de referencia sea el europeo, o el de países como Méjico, USA, o Laos. Dicho de otro modo, para resolver un problema de coordinación normativa en el seno de la Unión Europea - derecho interno y Derecho de la Unión Europea- el Tribunal Constitucional modificó su *doctrina general* a pesar de que para el resto de los casos no parecía necesario tal cambio²⁴.

El instrumentalario argumentativo utilizado por el Tribunal Constitucional para la solución del caso, -reinterpretar el contenido absoluto del derecho- plantea un segundo problema. Aunque el alcance de la rebaja del estándar de protección del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) literalmente sólo se debiera proyectar *ad extra*, sin embargo, va a resultar imposible dicha restricción debido al propio mecanismo utilizado para fundamentar el nuevo contenido del derecho fundamental: de conformidad con el art. 10.2 CE hay que tomar en consideración el contenido de los tratados firmados por España en la determinación del alcance del derecho fundamental siempre y no sólo cuando éste se proyecta *ad extra*, sino también cuando se aplica *ad intra*; por tanto, si admitimos que el art. 10.2 CE puede servir para interpretar a la baja el contenido de un derecho fundamental, no existe razón alguna para no hacerlo con carácter general, porque, nos guste o no, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es uno de esos tratados sobre derechos humanos firmados por España a los que alude el propio art. 10.2 CE. Una vez abierta la vía para que el art. 10.2 CE se utilice para una rebaja del estándar interno para adecuarlo al que deriva del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no veo forma de que esta vía se cierre para ciertos casos y sólo se aplique para determinar el contenido absoluto del derecho fundamental.

En relación con el tema, objeto de controversia en el caso Melloni, la consecuencia práctica residirá en que se acabará entendiendo que el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y no su contenido absoluto, *no comprende* la exigencia relativa a la presencia del acusado siempre en el juicio oral, sino tan sólo en los términos restrictivos señalados por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

14. Aunque el complejo diseño de las relaciones entre Tribunales conlleva un mapa también complejo de estándares aplicables en España, dependiendo de si se proyecta *ad intra* o *ad extra*, o se aplica Derecho de la Unión Europea o no, y dentro de éste si la

²⁴ En todo caso, sobre esta cuestión, es curioso constatar que los votos particulares de la magistrada Roca y del magistrado Ollero, son contradictorios. Mientras la primera se queja de que el canon no sea aplicable en casos de extradición, el segundo se queja exactamente de que sea aplicable a países que no son europeos.

normativa europea deja margen de maniobra a los estados o no, lo cierto es que dudo que esa complejidad vaya a existir en la práctica de los tribunales. Me temo que al contrario de lo que ha venido siendo práctica común hasta ahora, esto es, que los convenios internacionales tiren al alza de la normativa nacional, se va a producir una nivelación de estándares a la baja. Tanto por la razón expuesta, del alcance general del art. 10.2 CE, como por las razones meramente prácticas -la complejidad es inmanejable en el día a día de los tribunales-, creo que los estándares de la Unión Europea se van a imponer con carácter general, aunque éstos sean inferiores a los nacionales. Esto significa que la última palabra en materia de derechos fundamentales, *de facto*, no la van a tener ni los tribunales nacionales, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta primacía del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es la mejor opción, pues no es el tribunal situado en mejores condiciones para alzarse como el referente en materia de derechos fundamentales en Europa.

15. No puede olvidarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es un tribunal de derechos fundamentales; la protección de los derechos fundamentales no es su principal cometido. Aunque el contenido del Derecho europeo haya ido incorporando los derechos fundamentales, primero a través de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y definitivamente tras la constitucionalización de la propia Carta de Derechos Fundamentales, el Tribunal de Justicia sigue sin ser un tribunal cuya función sea la protección de los derechos fundamentales²⁵.

Cuando el Tribunal de Justicia se ocupa de un derecho fundamental lo hace con la estrechez de miras que determina su función específica, la propia de la preservación de la unidad del Derecho comunitario, y en el marco de la finalidad de proveer lo necesario para garantizar los fines de la Unión. En este marco no se puede olvidar que la lógica de la integración europea es una lógica que conduce a levantar obstáculos jurídicos a la integración y a la libre circulación. Esta lógica comunitaria modaliza la propia argumentación jurídica y, en particular, el juicio de ponderación clásico a través del cual los tribunales determinan el contenido y alcance de un derecho fundamental. Los localismos nacionales (en concreto, la existencia de niveles superiores de protección de los principios y garantías penales), son vistos, desde la lógica de la integración europea, como obstáculos que la impiden y no como un grado desarrollo social y jurídico superior al que aproximarse. Por ello el examen de los derechos que hace el Tribunal de Justicia de la Unión no se realiza para intentar hallar el núcleo irrenunciable de los mismos desde

²⁵ Como ha señalado CRUZ VILLALÓN, (Unos derechos, tres tribunales, en Casas y otros -coord.-, *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez Piñero*, 2006, pp. 1005 y ss.).

la perspectiva general que les es propia en cuanto valores merecedores y necesitados de tutela y estabilización, sino desde una perspectiva de ponderación específica.

La perspectiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue siendo una óptica parcial e incompleta, pues es la óptica que le permite el ejercicio de sus competencias, ya que, como establece el art. 6 del TUE y el 51 de la Carta de Niza “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”. Esta comprensión instrumental de los derechos fundamentales no deja de ser extraña a los mismos, en tanto que derechos inalienables y constituyentes del pacto social original de todo Estado constitucional de Derecho²⁶. Es esta subordinación de la lógica de protección de los derechos fundamentales a la “lógica comunitaria” la que resulta preocupante.

En suma, aunque por las razones apuntadas al principio -de universalidad de los derechos, igualdad y seguridad jurídica-, creo que en materia de derechos fundamentales es buena la existencia en última instancia, de una única voz que los defina, no es razonable que esta voz sea la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Coincido con Pedro CRUZ en que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que está en mejores condiciones para realizar esta labor de protección unitaria de los derechos fundamentales, pues su función específica no es otra que la búsqueda de estándares comunes de los derechos fundamentales para todos los estados europeos.

²⁶ Es verdad que a partir de la Sentencia Schmidberger de 2003 y la Omega de 2004 el TJUE en casos de conflicto entre las libertades económicas comunitarias y otros derechos fundamentales ha realizado ponderaciones favorables a los propios derechos no económicos. Pero el problema es que no parece que el TJUE tenga competencia para realizar interpretaciones generales que impliquen una valoración de decisiones nacionales basadas en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros. Es decir, que para poder enfrentarse a los derechos desde una perspectiva amplia como lo hacen los Tribunales constitucionales nacionales tiene que hacerlo de alguna manera desbordando sus límites competenciales.