

LA CALIDAD DEL DERECHO PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA: UN DRAMA JUDICIAL EN TRES ACTOS

The quality of criminal law in the European Union: a judicial drama in three acts

JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA

Magistrado

Revista Española de Derecho Europeo 63

Julio – Septiembre 2017

Págs. 129 – 162

SUMARIO: I. EL DERECHO PENAL EUROPEO: CALIDAD, SINGULARIDAD Y CRÍTICA. 1. *Una historia singular.* 2. *Un Derecho penal sin Derecho constitucional.* 3. *La confianza mutua y las garantías del proceso penal.* 4. *La discutible equivalencia de la protección.* 5. *Las críticas al Derecho penal europeo.* II. ACTO PRIMERO. LA SENTENCIA DEL TJ DE LA UE EN EL CASO MELLONI. III. ACTO SEGUNDO. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015. IV. ACTO TERCERO. LA SENTENCIA DEL TJ (GRAN SALA) EN LOS CASOS ARANYOSI Y CĂLDĂRARU. 1. *El problema.* 2. *La solución del TJ.* 3. *Algunas cuestiones que plantea la sentencia.* V. ¿DÓNDE ESTAMOS?.

RESUMEN: El futuro de la integración europea se juega en buena medida en el espacio de libertad seguridad y justicia. La adhesión o el rechazo de los europeos ante los avances en este terreno determinarán las posibilidades de una unión más estrecha, por la relación que la legislación y la práctica judicial civil, y sobre todo penal, tienen con los derechos fundamentales. Sólo una adecuada ponderación entre eficiencia y garantías, entre seguridad y libertad, puede augurar el éxito. La aplicación de la orden europea de detención y entrega puede leerse como

un drama en tres actos, inacabado, pero que revela a las claras las tensiones entre ambos polos entre los que se desarrolla el emergente Derecho penal europeo.

ABSTRACT: The future of European integration is largely played in the area of freedom, security and justice. The adherence or rejection by Europeans to the advances in this field will determine the possibilities of a closer union, because of the relationship between legislation and civil –and especially criminal– court practice and fundamental rights. Only

a fair balance between efficiency and guarantees, between security and freedom, can allow to foresee success. The application of the European Arrest and Surrender Warrant can be read as a three-act drama, unfinished but clearly revealing the tensions between the two poles in the middle of which the emerging European criminal law is developing.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal – Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales – Derechos fundamentales – Orden de detención europea – Diálogo de jurisdicciones

KEYWORDS: Criminal Law – Mutual recognition of judicial decisions – Fundamental rights – European Arrest Warrant – Judicial dialogue

Fecha de recepción: 17/06/2017

Fecha de aceptación: 12/07/2017

I. EL DERECHO PENAL EUROPEO: CALIDAD, SINGULARIDAD Y CRÍTICA

La integración europea reclama no sólo un sistema más o menos amplio de normas y principios que regulen las relaciones jurídicas en el interior de la Unión; este sistema necesita ofrecer, además, un nivel de calidad que le permita ser un instrumento eficaz y apreciado por quienes viven en los Estados miembros. El Derecho penal también es susceptible de ser valorado desde el punto de vista de la calidad.

La calidad del derecho puede abordarse desde distintas perspectivas. Por ejemplo, el denominado «Cuadro de indicadores de la Justicia en la UE» se presenta como una herramienta de información destinada a ayudar a la UE y a sus Estados miembros a lograr una justicia más eficaz facilitando datos objetivos, fiables y comparables sobre la calidad, independencia y eficiencia de los sistemas judiciales en todos los Estados miembros¹. Por lo que respecta a la calidad, se valora atendiendo a cuatro categorías de factores: acceso a la justicia de los ciudadanos y las empresas; recursos materiales y humanos adecuados; establecimiento de instrumentos de evaluación, y utilización de normas de calidad².

No es a esta idea, más o menos econométrica, a la que se refiere este artículo. Con más sencillez hablamos aquí del equilibrio que todo Derecho penal debe perseguir entre sus dos objetivos principales: por una parte, la lucha efectiva contra las infracciones más graves de la paz social; por la otra, la protección de los derechos de los sujetos procesales. Desde este punto de vista, un exceso en cualquiera de las dos direcciones –general y naturalmente divergentes– conlleva una merma de la calidad del derecho e invita a cuestionar su legitimación social.

El futuro del proceso de integración europea se juega en buena medida en el espacio de libertad, seguridad y justicia, tan cercano a las preocupaciones de los ciudadanos. Por lo que la lucha por la calidad del Derecho penal europeo, es decir, la armonía entre eficiencia y garantías, resulta ser una tarea inevitable e inaplazable. Las páginas que siguen pretenden dar cuenta del singular origen y características de este Derecho, y de la interacción entre los jueces nacionales y el tribunal de la Unión en un ámbito, el de la orden europea de detención y entrega, en el que aquella tensión es especialmente evidente.

1. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Cuadro de indicadores de la Justicia en la UE para 2017, Bruselas, 10.4.2017 COM(2017) 167 final, página 3.
2. *Ibidem*, página 20.

1. UNA HISTORIA SINGULAR

El gran desastre de 1939-1945 trajo consigo la creación sucesiva de dos sistemas transfronterizos para evitar la autodestrucción de Europa. El primero (1949) estaba directamente enfocado a la defensa y promoción de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho; el segundo (1951) tenía un objetivo limitado a la coordinación de las políticas económicas en sectores estratégicos. Sin embargo, en la práctica ha sido este segundo mecanismo –que ni en su concepción ni durante décadas tuvo conexión alguna con los derechos humanos ni con el procedimiento penal– el que, en la actualidad bajo la denominación de «Unión Europea» (UE), se ha convertido en la fuerza motriz de la creación de un orden penal pan-europeo. No sería justo, con todo, omitir que el Consejo de Europa (CdE) ha contribuido de forma inestimable a sentar las bases de este nuevo Derecho, especialmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este tribunal, interpretando el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1959 y el resto del acervo convencional del CdE, y controlando la conformidad con los mismos de la legislación y la jurisprudencia de los Estados miembros, ha podido proporcionar una base sólida para iniciar la construcción de un sistema de principios y reglas penales europeas.

Originalmente, la Comunidad Europea carecía de cualquier competencia en materia de derecho penal. El propio Tribunal de Justicia (TJ) lo afirmó expresamente³. Durante la mayor parte de la historia de la actual UE, el derecho penal ha sido ajeno a las políticas comunes europeas. Entró en la escena de la construcción europea más bien tarde: aparece por primera vez en el Tratado de Maastricht de 1992 como parte del tercer pilar, dedicado a los asuntos de justicia e interior. El Tratado de Ámsterdam de 1997 continuó la definición de su objeto mediante la incorporación del concepto «espacio de libertad, seguridad y justicia» (ELSJ), en torno al que todo ha girado desde entonces. El Consejo de Tampere en 1999 y el Programa de La Haya de 2004 contribuyeron a consagrar la noción de «reconocimiento mutuo» como «piedra angular» de la nueva política europea, importando una fórmula acuñada para el mercado interior. La fusión de los tres pilares que llevó a cabo el Tratado de Lisboa de 2009 trajo consigo la extensión al ELSJ de los procedimientos de decisión aplicados a políticas más consolidadas y la competencia del TJ para fiscalizar un área hasta entonces profundamente interestatal⁴.

Algunos autores prefieren hablar de una «política criminal europea», antes que de un «Derecho penal europeo», porque no existe una normativa de directa aplicación a los ciudadanos por tribunales supraestatales, sino un conjunto de obligaciones impuestas a los Estados miembros en orden a crear normas penales en sus respectivas legislaciones

3. Comisión v Consejo (C-173/03), 13 de septiembre de 2005, párrafo 47, citando su propia jurisprudencia en los casos 203/80 Casati [1981] ECR 2595, párrafo 27, y C-226/97 Lemmens [1998] ECR I-3711, párrafo 19.

4. DA SILVA, Juan Carlos: «El Tratado de Lisboa, tres consideraciones sobre un espacio común de libertad, seguridad y justicia»; en: Revista Aranzadi Unión Europea, año XXXV, número 10, octubre 2009.

siguiendo las directrices de la Unión⁵. Más allá de las opciones terminológicas, es lo cierto que en la actualidad existen normas sustantivas, procesales e institucionales de naturaleza penal que provienen del poder legislativo de la UE y cuya interpretación en caso de duda corresponde al TJUE. Y es a ese conjunto de normas al que aquí, convencionalmente, llamamos Derecho penal de la UE.

Las singulares circunstancias en las que ha nacido el Derecho penal europeo invitan a plantear de entrada dos cuestiones que seguramente son el preámbulo necesario para analizar su «calidad». Primero, la existencia de un derecho penal sin un marco constitucional de referencia; y, después, la pertinencia de trasladar el concepto de «reconocimiento mutuo» del mercado interior al ámbito de la garantía de los derechos individuales más fundamentales, que son los directamente afectados por cualquier derecho penal.

2. UN DERECHO PENAL SIN DERECHO CONSTITUCIONAL

Derecho penal y ordenamiento constitucional están íntimamente relacionados. El derecho constitucional es en nuestra tradición el resultado de la lucha por el estado de derecho, en buena medida identificable con el proceso de integración en la Constitución de ciertos derechos del individuo como fundamentales; y como definición de los poderes de las instituciones públicas y de las circunstancias en que pueden ser limitados. La evolución del estado de derecho añade a estas obligaciones negativas otras positivas, para la promoción de los derechos a través de la legislación, de su aplicación por los tribunales y de medidas administrativas. Es indiscutible que las restricciones más relevantes derivan del ejercicio de la facultad de investigar y sancionar delitos; las más severas limitaciones de los derechos de propiedad, privacidad, comunicación o libertad personal, entre otros, sólo pueden ser adoptadas en el curso de procedimientos penales o como consecuencia de los mismos. Ningún instrumento legal contiene sanciones más severas que el Código penal; y ningún otro sector del ordenamiento está más próximo a la Constitución que el derecho procesal penal. De modo que puede decirse que la historia de la lucha por la consolidación de regímenes constitucionales es en buena medida la lucha por las garantías del proceso penal. Por eso es difícil imaginar un derecho penal –sustantivo o procesal– sin una Constitución que inspire su desarrollo y fije sus límites. Sin embargo, en la Unión Europea no hay Constitución. ¿Es posible aceptar la existencia de un Derecho penal de la UE olvidando esta constatación?

Al margen de la discusión sobre si existe o no un pueblo europeo como requisito para la existencia de una constitución europea⁶, lo que debe entenderse como fundamento de un orden jurídico común es el conjunto de personas que comparten percepciones y valores susceptibles de ser reflejados en normas y principios jurídicos, especialmente aquellos que se refieren a los derechos fundamentales. En otras palabras, será viable un Derecho penal europeo en la medida en que existan ideas y sentimientos compartidos

5. Por ejemplo, DE LA MATA, Norberto: «La Política Criminal europea en el Código Penal español», <http://almacendederecho.org/la-politica-criminal-europea-en-el-codigo-penal-espanol/>, comentario fechado el 7 de abril de 2016.

6. ROUSSEAU, Dominique: «La construction constitutionnelle du peuple européen», *Revue de l'Union Européenne*, n. 590, Juillet-Aôut 2015.

acerca de lo que los poderes y autoridades públicas pueden hacer a través del derecho penal. Así que la cuestión pertinente es si la UE dispone de esa base común sobre la que edificar un derecho penal distinto del de los Estados miembros.

A estos efectos resulta de utilidad atender, en primer lugar, a la jurisprudencia del TEDH. Aunque carezca de lo que es esencial para ejercer una función jurisdiccional (el poder para imponer coactivamente la solución de los conflictos), tiene la autoridad necesaria para identificar y definir reglas y principios que encuentra tanto en los instrumentos internacionales (principalmente, los convenidos en el marco del CdE) como en el derecho constitucional y las tradiciones jurídicas de los estados europeos> Así ha podido crear un cuerpo de doctrina que ahora inspira las legislaciones y las jurisdicciones nacionales. La clave de este éxito reside en buena medida en que los jueces nacionales no encuentran que las decisiones de Estrasburgo contengan reglas ajenas a la esencia de sus ordenamientos jurídicos; por el contrario, aunque esas reglas no existan como tales en el texto de las leyes que están habituados a aplicar, son capaces de verlas como la consecuencia natural de una razonable integración hermenéutica de su propio derecho. Y a esto se llega porque existe una base común sobre la que se entienden los derechos fundamentales en Europa⁷.

Por otra parte, en el ámbito del Derecho de la UE también el TJ ha definido y usado extensamente esta técnica de principios⁸. Estos principios provienen de distintas fuentes y aunque no todos tiene la misma relevancia, en muchos de ellos se puede fácilmente identificar un rango constitucional por su directa conexión con los derechos fundamentales. Un ejemplo evidente se encuentra en el artículo 5 del antiguo Tratado CEE⁹. Es verdad que la resolución de conflictos en el marco de las Comunidad Económica Europea no parecía requerir un uso intensivo de principios relativos a derechos fundamentales; pero una vez que el TJ definió al Derecho Comunitario como un ordenamiento jurídico (distinto del mero agregado de normas sectoriales orientadas a la coordinación de determinadas acciones administrativas), separado y distinto del internacional y del de los Estados miembros, comenzó a resultar evidente que era necesario recurrir a principios y derechos fundamentales para dibujar sus contornos e integrar sus lagunas. Para el TJ constituye una jurisprudencia reiterada que:

(...) los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal

7. El TEDH definió el CEDH, hace muchos años, como «instrumento constitucional del orden público europeo», en el caso *Loizidou* (1995) –párrafo 75–.
8. La literatura sobre la cuestión es muy extensa; un enfoque reciente: FABIO NICOLOSI, Salvatore: «The contribution of the Court of Justice to the codification of the founding values of the European Union, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*», N. 51, 2015, pp. 613-643.
9. TEMPLE LANG, John: «Community constitutional law: Article 5 EEC Treaty», 27 *Common Market Law Review* (1990) 645: «*The caselaw of the Court based wholly or partly on Article 5 is not only important for government lawyers and civil servants. It includes the most important principles of Community law as far as national courts are concerned. The rule that national courts must grant remedies for breach of Community law rules which are as effective as those for corresponding breaches of national law, and which are effective to protect Community law rights fully, notwithstanding any contrary rule of national law, is of immense importance.*».

de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El CEDH reviste en este contexto un significado particular (véase en particular la sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros, C-305/05, Rec. p. I-5305, apartado 29 y jurisprudencia citada).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia muestra igualmente que el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios (dictamen 2/94, antes citado, apartado 34) y que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos (sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 73 y jurisprudencia citada).

De estos precedentes se deduce que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, pues el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado¹⁰.

Consolidada esta dirección, y a la vista del progresivo incremento de poderes de las instituciones de la Unión, nada parecía más evidente que la necesidad de contar con un conjunto de reglas relativas a los derechos humanos. Hoy en día la Carta de Derechos Fundamentales de la UE compendia los derechos civiles, sociales, políticos y económicos que inspiran y limitan su actividad, de fuentes diversas tales como el *acquis* de la UE, las Cartas sociales de la UE y del CdE, el CEDH, y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros¹¹; y lo hace con el mismo rango que los Tratados constitutivos. Aunque la Carta no supone una ampliación del ámbito competencial de la UE, juega un papel crucial en la definición de uno de los elementos básicos de todo instrumento constitucional. Conforme a la fórmula tradicional contenida en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano «*toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*». Ahora el círculo está cerrado: los Tratados definen los poderes de las instituciones, y la Carta garantiza los derechos, con idéntico rango jurídico.

De modo que, aunque la UE carezca de una constitución formal, sería un error de juicio dar por sentado que no existe un Derecho constitucional europeo¹². Ligado

10. STJ (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi*, párrafos 283 a 285.

11. El TJUE ha Estimado que su propia jurisprudencia tiene una dimensión constitucional (por ejemplo en su sentencia de 1986 en el caso 294/83, *Les Verts*); afirmación difícil de rebatir cuando se considera que principios como el de primacía o el de eficacia directa son de matriz jurisprudencial.

12. BONNET, Baptiste: «De l'art du changement: Le Droit Constitutionnel Européen ou la rencontre des mondes», *Revue de l'Union Européenne*, n. 590, Juillet-Aôut 2015.

históricamente a la realidad del estado, en el tiempo presente el derecho constitucional adopta en la UE un nuevo perfil, en contraste con la idea tradicional según la cual no podía concebirse más allá de las fronteras estatales. Incluso aunque el resultado sea algo distinto de aquello a lo que estamos acostumbrados, será el fruto de lo que se ha dado en llamar «patrimonio constitucional europeo», que contiene principios identificables tanto en el ámbito de la organización institucional como en el estatuto de los ciudadanos¹³. En palabras de HABERMAS, el desafío que subyace al debate sobre la Constitución de la UE no es inventar algo nuevo, sino preservar los avances democráticos de las naciones-estado de Europa, más allá de los límites tradicionales de las mismas¹⁴.

3. LA CONFIANZA MUTUA Y LAS GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL

Para avanzar en esta delicada tarea de construcción del ELSJ, el legislador europeo avanza a través de dos mecanismos técnicos: la armonización de las legislaciones nacionales y la coordinación operativa, sobre todo mediante el reconocimiento de resoluciones judiciales.

El ELSJ se fundamenta en la idea de reconocimiento mutuo, como queda dicho elevada a la categoría de «piedra angular» del mismo desde el Consejo de Tampere, en octubre de 1999. El éxito de este concepto en el ámbito del mercado interior animó a los estados miembros a extenderlo a la cooperación judicial, como mecanismo alternativo a la armonización¹⁵. Pero mientras la dificultad en el mercado interior venía del abultado volumen de la legislación a armonizar, en el ELSJ los problemas se sitúan más bien en la diferencia entre principios y prácticas constitucionales producto de historias nacionales distintas. Lo que supone una diferencia no de cantidad, sino de sustancia.

El reconocimiento mutuo está basado en dos presunciones: la confianza mutua y la equivalencia del nivel de protección. El legislador europeo supone que existen en un determinado sector de actividad jurisdiccional y por eso pone en funcionamiento en el mismo un instrumento del ELSJ. Consecuentemente, los conflictos entre la efectividad del instrumento comunitario y la salvaguarda de los derechos procesales de los individuos se resuelven a favor de la primera, tanto en los instrumentos legislativos (que establecen las causas tasadas de denegación de la ejecución de la resolución judicial extranjera), como en la jurisprudencia del TJUE (como se verá más adelante). Asegurado que el nivel de protección –sin ser idéntico– es equivalente, la atención se orienta a garantizar la eficiencia del sistema de cooperación.

Este sistema aparece recogido en el art. 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) en los siguientes términos:

-
13. PIZZORUSSO, Alessandro: *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna 2002.
 14. *Le défi ne consiste pas à inventer quelque chose, mais à conserver les grandes réalisations démocratiques des États-nations européennes, par-delà leurs propres limites*. HABERMAS, Jürgen: «Pourquoi l'Europe a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel?», Cahiers de l'Urmis, 7, 2001.
 15. FAGGIANI, Valentina: «El principio del reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal», *Rev. General de Derecho Europeo* (38) 2016.

«La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83».

Los avances en la consecución de un verdadero espacio común para las resoluciones judiciales se hacen visibles a través de la manera en la que los tribunales se relacionan. La necesidad de obtener asistencia para poder resolver o ejecutar lo resuelto no se limita a la UE. El recurso a los tribunales de otro país es una constante para cualquier jurisdicción, especialmente si en el proceso concurre un elemento de extranjería. En un espacio como el europeo, en el que la movilidad entre territorios estatales es particularmente intensa, las posibilidades para la criminalidad transfronteriza se incrementan considerablemente, lo que impone que la asistencia jurídica recíproca sea cada vez más habitual. El mecanismo tradicional para la cooperación son las cartas rogatorias, mediante las cuales el tribunal que necesita la ayuda extranjera la pide a través de los ministerios de justicia y asuntos exteriores de su país y del país requerido, que se relacionan por vía diplomática. Es un procedimiento que requiere mucho tiempo y que carece de flexibilidad para introducir adaptaciones según las circunstancias cambiantes del caso; además, existen muchos motivos para desestimar la solicitud de ayuda. Un mecanismo más ágil se basa en la relación a través de «autoridades centrales» designadas por los estados, generalmente sobre la base de acuerdos recíprocos –o multilaterales–, cuyo objetivo es evitar los formalismos de la vía diplomática. Un tercer paso está en las formas simplificadas de asistencia recíproca, como las que permiten diferentes tratados, desde el Convenio Europeo de Asistencia Jurídica de 1959 –con sus distintos protocolos adicionales–, hasta el Convenio de la UE sobre Asistencia Jurídica en asuntos penales de 2000, que permite una cooperación reforzada entre los tribunales, las policías y las autoridades aduaneras de los Estados miembros. Para ciertas materias, el sistema en el interior de la UE presenta un nivel de evolución aún mayor, y los mecanismos de asistencia jurídica están siendo progresivamente sustituidos por mecanismos de «reconocimiento de resoluciones».

En términos generales, la asistencia jurídica internacional se basa en dos ideas básicas. Primero, el principio de soberanía, por el que los convenios incorporan salvaguardias que permiten al estado requerido denegar la cooperación por diversas causas. Segundo, el principio de heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos, que impone una desconfianza de partida respecto de los ordenamientos jurídicos extranjeros, a los que se considera bien de difícil armonización con las reglas y prácticas internas, bien de distinto nivel en las garantías procesales y sustantivas. Sin embargo, en la UE se actúa sobre la base de la confianza mutua, que permite superar ambos principios, considerados incongruentes con los objetivos y el acervo normativo de la misma. Inútil resulta supeditar la cooperación al examen de las garantías procesales penales cuando éstas, por definición, son equiparables.

Con todo, el sistema es criticable, al menos, por dos motivos. En primer lugar, la equivalencia de protección en determinadas áreas de la investigación y represión de la actividad delictiva constituye un dato apriorístico, no comprobado. En segundo lugar,

la confianza mutua no es un concepto estático e inmutable, cuya apreciación corresponde en exclusiva al legislador, en el momento de elaboración de la norma. Suponer que debe existir confianza mutua es el requisito para que el legislador actúe; es la base de la legalidad y de la oportunidad para legislar. Pero esta idea de confianza mutua debe complementarse desde una perspectiva dinámica: por ejemplo, tiene que existir alguna garantía para que los tribunales que acuerdan una medida privativa de libertad sepan que la decisión extranjera que la reclama no pasa por alto las garantías del imputado en el caso concreto. La confianza mutua no puede ser confianza ciega, al menos mientras subsistan diferencias significativas entre los ordenamientos penales nacionales y los mecanismos para hacerlos efectivos. Dicho de otra forma, y como se sostiene con creciente insistencia, el respeto a la eficacia del Derecho derivado en el ámbito del ELSJ no puede comprometer el respeto a la Carta de DDFE.

4. LA DISCUTIBLE EQUIVALENCIA DE LA PROTECCIÓN

Este incipiente derecho del ELSJ en el ámbito penal, tan encomiable como instrumento para ahondar en la progresiva integración europea, ha sido objeto de justificadas críticas. El ámbito en que éstas adquieren mayor relevancia es sin duda el relativo a la entrega de sujetos procesales mediante el expeditivo mecanismo de la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE)¹⁶ y su influencia en la adopción de medidas cautelares que afectan a la libertad individual, en la fase de investigación de los delitos. Es por ello que resulta tan útil recurrir al examen de las críticas a la misma, de la respuesta del TJ y de las reacciones que esta respuesta ha suscitado.

La confianza mutua depende de varios factores, que pueden agruparse en dos grandes categorías: a) el contenido de la legislación reguladora del proceso penal; b) la práctica procesal de los tribunales. No deben confundirse; la historia reciente de algunos países europeos enseña que hay un divorcio entre la legislación –garantista– y la práctica –censurable–. Por supuesto, el contenido de la ley sigue siendo esencial: los tribunales van a seguir viendo dificultades para ordenar la privación de libertad cuando en el país del que proviene la decisión que tienen que reconocer y ejecutar existen diferencias sustanciales respecto de las garantías procesales del foro de ejecución (por ejemplo, en el tipo de asistencia jurídica mínima al sujeto procesal, en el acceso a los materiales del proceso, en el nivel de «sospecha razonable» para poder acordar la limitación del derecho a la libertad individual, etc.). Por tanto, afianzar la confianza mutua exige continuar aproximando las legislaciones procesales nacionales –ientras no sea viable su armonización–. Pero esto no satisface completamente la dimensión dinámica de la confianza mutua, como acredita la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 5 del CEDH, que reiteradamente pone de relieve la diferencia en el nivel efectivo de protección, a pesar de la progresiva aproximación de las garantías formales entre los países miembros del CdE.

16. Decisión Marco del Consejo, 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante DM –y, en inglés, EAW–).

La manera en la que los tribunales aplican las garantías en cada caso concreto es, por consiguiente, decisiva. Cuando el juez nacional, por ejemplo, tiene que decidir sobre la prisión preventiva, está sometido no sólo a las reglas contenidas en el texto de la ley procesal, sino a diversas tensiones, a menudo contradictorias. Algunas provienen del interior del sistema judicial al que pertenece: las tradiciones o la inercia en la respuesta a un determinado tipo de peticiones que provienen de la fiscalía o de los órganos de la investigación penal (la «cultura de colaboración» entre jueces y fiscales forma parte de las señas de identidad de muchos sistemas penales europeos), las consideraciones sobre el nivel profesional o la carrera del juez (cuestión delicada pero ante la que no cabe cerrar los ojos¹⁷), o la falta de formación adecuada (subrayada como una necesidad urgente desde distintos ámbitos¹⁸). Esta formación, además, debe estar orientada no sólo a proporcionar una información actualizada y de calidad, sino a ofrecer buenas razones para adoptar las actitudes que reclama una recta interpretación de las directrices contenidas en la jurisprudencia de Estrasburgo.

Otras presiones tienen su origen fuera del sistema judicial. Habitualmente provienen de quienes pueden influir en las decisiones judiciales a través de su poder económico (siendo significativa la diferencia en los niveles de corrupción de los distintos sistemas judiciales que conviven en el seno de la UE¹⁹), de su poder político²⁰ o de su influencia en la opinión pública (la diferencia entre los tiempos de respuesta judicial y las exigencias de la opinión pública –distintas de un país a otro– ejercen en ocasiones una presión que invita a adoptar en la fase inicial de la investigación decisiones más restrictivas de los derechos individuales que las que aparecerían razonablemente justificadas en la legislación aplicable).

-
17. Aunque referido a Rusia, es significativo el pronunciamiento contenido en la sentencia del TEDH en el asunto *Zherebin v. Russia*, de 24 de marzo de 2016, que apreciando que la excesiva frecuencia con la que se impone la prisión preventiva por los tribunales rusos revela un problema sistémico de la justicia penal en este país, incluye recomendaciones para combatirlo; entre ellas recuerda que la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del CdE n. 2077 (2015), aprobada el 1 de octubre de 2015 insta a asegurar que las decisiones sobre prisión preventiva se adopten por jueces experimentados o por órganos colegiados, y que los jueces no padezcan consecuencias negativas por denegar, de acuerdo con la ley, las solicitudes de prisión preventiva
 18. La adecuada evaluación del riesgo resulta inexistente o se hace de manera demasiado rudimentaria en algunas jurisdicciones.
 19. Informe del Parlamento Europeo de 7 de octubre de 2016, sobre la lucha contra la corrupción y el seguimiento de la Resolución de la Comisión CRIM (2015/2110(INI)), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, ponente: Laura Ferrara.
 20. Por ejemplo, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó el 5 de mayo de 2017 la siguiente declaración: «El Consejo General del Poder Judicial sigue con preocupación la situación de la Judicatura en Polonia. A la vista de las declaraciones de la Red Europea de Consejos de Justicia y de la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial desea recordar que la independencia judicial es una pieza clave del Estado de Derecho y su defensa y salvaguarda es imprescindible en el marco de los valores sobre los que se asienta la Unión Europea y que garantizan el correcto funcionamiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia».

Finalmente, los recursos personales y materiales puestos a disposición de los tribunales inciden en la forma en la que estos deciden cuando se enfrentan a la prisión preventiva. El tiempo disponible para un análisis detallado de los argumentos de las partes y para la valoración del expediente judicial no son siempre proporcionales a la trascendencia de la decisión. Y por lo que ese refiere a las alternativas a la prisión preventiva, existen límites tanto legales como de orden práctico para que los tribunales hagan de las mismas el uso que sería deseable. En algunos países, simplemente, las medidas alternativas no existen más que en el texto de la norma.

Teniendo en cuenta estos factores, a los que podrían agregarse otros haciendo un análisis más pormenorizado del que debe hacerse ahora, resulta discutible que la técnica de la equivalencia del nivel de protección sea en todo caso acriticamente aplicable en el ELSJ. No es de extrañar, por tanto, que las críticas a los instrumentos basados en el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sean numerosas, ni que provengan de distintos frentes. Como se verá a continuación, sin ánimo exhaustivo.

5. LAS CRÍTICAS AL DERECHO PENAL EUROPEO

El euroescepticismo, como no podía ser de otra manera, ha encontrado un terreno abonado en la fragmentaria regulación jurídica del Derecho penal europeo, y muy especialmente, en las consecuencias de la ejecución de la OEDT. Por no mostrar más que un ejemplo, un conocido informe del eurodiputado del UKIP Gerard BATTEN equipara el ELSJ a «un estado policial», en el que se priva de libertad a personas residentes en el Reino Unido por jueces de países en los que no existen las garantías del sistema británico, sin que los jueces británicos puedan hacer nada para protegerlas, porque se ven forzados a entregarlas. El informe termina con el siguiente párrafo:

The mess which the EU innovations have made of our extradition system is the first sinister sign of the grave dangers stemming from the utopian idea of a single EU legal system. Our liberties are being steadily and systematically undermined, replaced with the Orwellian «freedom, security and justice» of the EU. It is high time to say a clear «no» to this dangerous nonsense. It is time to return to the reliable guarantees of real freedom, real security and real justice. The ones we in this country enjoyed for centuries. The ones we so complacently have been taking for granted. Today, like so many times in the past, we have to stand up and fight for our freedom, our security, our justice – lest we lose them forever²¹.

Por enfático que parezca el tono, sería imprudente no advertir la relación de este discurso con el desafecto que ha desembocado en la mayor crisis de identidad de la UE, tras el éxito del Brexit.

21. BATTEN, Gerard: «Freedom, Security & Justice? or The Creation of a European Union Police State», Caxton Press Ltd, Dagenham, 2012, p. 46 (descargable desde: <http://www.ukipmeps.org/uploads/file/batten-creation-eu-police-state.pdf>).

En un registro distinto, la academia también ha advertido sobre algunos defectos en el planteamiento del Derecho penal de la UE. Así, también como ejemplo, pueden verse las diversas publicaciones de la *European Criminal Policy Initiative* (ECPI), que es un grupo de 14 catedráticos de Derecho Penal de 10 Estados miembros de la UE. Fundado en 2008, su propósito es analizar de forma crítica la política criminal europea, para lo que cuenta con financiación de la propia Comisión de la UE. En 2009 publicó un «Manifiesto sobre la Política Penal Europea» en el que detalla un elenco de principios básicos que garantizarían que esta política de la Unión fuera aceptable desde el punto de vista de las garantías penales y que en la actualidad están ausentes o insuficientemente garantizados en las normas europeas. La ECPI propone estos principios, además, como un instrumento de evaluación de las iniciativas legislativas en materia de derecho penal. El manifiesto analiza la manera en la que distintos instrumentos en vigor adaptan de manera insatisfactoria la legalidad penal, la subsidiariedad o la culpabilidad. El Manifiesto concluye afirmando:

Tal como muestran estos ejemplos en algunos casos los resultados de la legislación europea no son aceptables o son al menos cuestionables. Aunque en ningún caso se ha traspasado el límite de lo inaceptable, se han apreciado tendencias preocupantes que no deben pasar inadvertidas: la tendencia a establecer disposiciones penales que no persiguen claramente la tutela de interés alguno; la tendencia a descuidar el principio de *ultima ratio*; la tendencia a establecer obligaciones de penalización que conducen a la introducción de preceptos indeterminados en los derechos nacionales; así como la tendencia a reaccionar ante cualquier problema social con un incremento de la represión, considerando que ello supone ya un valor añadido.

Estas tendencias objetables se manifiestan también en el ámbito estatal, pero son considerablemente fortalecidas a través del desarrollo europeo. Nuestra preocupación radica en que si estos riesgos no son reconocidos a tiempo al final nos demos de bruces con un derecho penal inaceptable, contrario a los principios y las tradiciones liberales fundamentales²².

No son escasas las iniciativas de la sociedad civil que han alzado su voz para poner de manifiesto los riesgos que para los derechos fundamentales pueden derivarse de la europeización del derecho penal. Una muestra de este activismo viene representada por *Fair Trials International*, que es una ONG centrada en la defensa de los derechos procesales y las garantías del proceso penal, como cuestiones que no sólo interesan a las personas sospechosas o inculpadas, sino a la sociedad en general, porque de su protección depende la confianza en la justicia y la fortaleza de la sociedad. En su informe «*A Measure of Last Resort? The practice of pre-trial detention decision making in the EU*» se razona sobre la difícil conexión entre reconocimiento mutuo y derechos fundamentales:

In response to the challenge that excessive use of pre-trial detention and resulting poor detention conditions pose to mutual recognition, domestic courts have taken

22. La versión en castellano del Manifiesto puede descargarse en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_385.pdf

one of two courses of action: (1) they surrender individuals to poor detention conditions or lengthy pre-trial detention that risk infringing on the fundamental rights of the surrendered; or (2) they refuse surrender. Both responses are problematic from the point of view of mutual recognition and the EU legal order. When surrenders are delayed or blocked due to the risk of fundamental rights infringements in the requesting state, there is a clear impact on the operation of mutual recognition. However, it is equally problematic for surrenders to be carried out in these circumstances, as mutual recognition then operates to undermine fundamental rights protection, rather than to uphold it. As the CJEU expressed in its opinion on accession of the EU to the ECHR, the EU's own legal mechanisms pursuant to the Charter of Fundamental Rights should be sufficient to ensure fundamental rights compliance. However, fundamental rights violations that occur pursuant to the operation of the EAW demonstrate that the EU order is in fact not functioning effectively²³.

El propio Parlamento Europeo ha llamado la atención sobre las deficiencias del sistema. En su Resolución de 27 de febrero de 2014 pidió la revisión de la DM sobre la OEDE, requiriendo de la Comisión la presentación, en el plazo de un año, de propuestas legislativas que siguieran las recomendaciones detalladas que figuraban como anexo de la Resolución y, en concreto, en las siguientes materias:

un control de la proporcionalidad en la emisión de decisiones de reconocimiento mutuo, tomando como base todos los factores y circunstancias pertinentes, como la gravedad de la infracción, si el asunto está preparado para el proceso, el impacto para los derechos humanos de la persona buscada, incluida la protección de la vida privada y familiar, las consecuencias económicas y la disponibilidad de una medida alternativa adecuada menos intrusiva;

un procedimiento de consulta normalizado que permita que las autoridades competentes de los Estados miembros de emisión y de ejecución puedan intercambiar información relativa a la ejecución de las decisiones judiciales, por ejemplo en relación con la evaluación de la proporcionalidad, y concretamente en lo que respecta a la orden de detención europea, a fin de evaluar la preparación del proceso;

un motivo de desestimación obligatorio que cuente con razones sustanciales para considerar que la aplicación de la medida podría resultar incompatible con la obligación del Estado miembro de ejecución, de conformidad con el artículo 6 del TUE y la Carta, en particular su artículo 52, apartado 1, con su referencia al principio de proporcionalidad;

el derecho a una tutela judicial efectiva de conformidad con el artículo 47, apartado 1, de la Carta y el artículo 13 del CEDH, como el derecho de recurso en el Estado miembro de ejecución contra la ejecución solicitada de un instrumento de reconocimiento mutuo y el derecho de la persona buscada a recurrir ante un

23. *A Measure of Last Resort? The practice of pre-trial detention decision making in the EU*, publicado en: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/A-Measure-of-Last-Resort-Full-Version.pdf>

tribunal en caso de incumplimiento por parte del Estado miembro de emisión de las garantías dadas al Estado miembro de ejecución;

una mejor definición de los delitos penales a los que debe aplicarse la orden de detención europea para facilitar la aplicación de la prueba de la proporcionalidad²⁴.

En una carta suscrita el 26 de mayo de 2016 por parlamentarios europeos especializados en asuntos penales en la Comisión de Derechos Fundamentales, se urgía de la Comisaria de Justicia una reacción urgente en los siguientes campos:

We therefore urge you to take a number of steps:

– *The submission of a legislative proposal on pre-trial detention, as requested by Parliament in its resolution of 15 December 2011;*

– *Publicly repeat the Commission's long-standing position that in the application of the Framework Decision Member States should respect human rights and fundamental freedoms and that mutual recognition should not in any way undermine this principle;*

– *The submission of legislative proposals clarifying the Framework Decision on the European Arrest Warrant, as requested by Parliament in its resolution of 27 February 2014*²⁵.

Los problemas radican, como puede verse, en una utilización excesiva de la OEDE por parte de los tribunales que han visto en ella un instrumento sencillo y accesible para asegurarse que los sujetos procesales están a su disposición en los casos en los que concurre un elemento de extranjería, (haciéndola seguir de privaciones cautelares de libertad durante la instrucción del proceso, en el caso de las OEDE para investigar delitos).²⁶ Una vez puestas a disposición del órgano judicial emisor las personas que se encontraban en el extranjero, se activa una especie de «reflejo securitario», que impone la privación de libertad cuando en un caso exclusivamente interno probablemente no se habría impuesto. Además, al permitir la DM que la entrega se requiera en cualquier estadio de la investigación, puede llegarse al sacrificio del derecho a la libertad en un momento en el que la evidencia recogida aún no justifica la proporcionalidad de la medida. Algunos ordenamientos nacionales han reaccionado ante esta situación con medidas de

24. Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la revisión de la orden de detención europea (2013/2109(INL))

25. <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/MEP-letter-to-Commissioner-Jourov%-C3%A1-Pre-trial-detention.pdf>

26. Las campañas de *Fair Trials International* tienen que ver con este tipo de OEDE. El libelo de PATTEN (citado más arriba) recuerda el balance de OEDE emitidas por el Reino Unido y Polonia en el año 2010: los tribunales británicos enviaron a sus colegas polacos 19 y recibieron de ellos 2.500; la razón: *the main feature of the EAW –abolition of the prima facie case requirement– does not help extradition of suspects to the UK at all. Simply because our courts never issue an EAW unless the prosecutor shows he is ready for the trial, i.e. has gathered all the evidence. (...) The UK simply does not need the EAW: we have a proper legal system which would have no difficulty in producing proper extradition requests.* –PATTEN, *op. cit.*, página 45–.

naturaleza legal. Por ejemplo, en 2014 se modificó la norma británica de trasposición de la DM²⁷ para exigir que la entrega de personas viniera precedida de la carga de adoptar la decisión de inculparles formalmente de la comisión del delito (salvo que el motivo que ha impedido adoptar tal decisión sea precisamente la ausencia en el procedimiento de la persona a inculpar)²⁸; se trata de una regla que impone una proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la probabilidad de inculpación definitiva²⁹. También nuestra Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, impone la ponderación de la proporcionalidad antes de emitir una OEDE³⁰. La

27. Extradition Act 2003.

28. La reforma trae causa directa del impacto de casos de ciudadanos británicos entregados a países con pésimos sistemas de detención, que han tenido un fuerte impacto en la opinión pública. El nuevo artículo incorpora el *prima facie case requirement* con el siguiente tenor literal (aunque la ley no lo especifica, los territorios de categoría 1 son los Estados miembros de la UE):

12A Absence of prosecution decision

(1) *A person's extradition to a category 1 territory is barred by reason of absence of prosecution decision if (and only if)-*

(a) it appears to the appropriate judge that there are reasonable grounds for believing that-

(i) the competent authorities in the category 1 territory have not made a decision to charge or have not made a decision to try (or have made neither of those decisions), and

(ii) the person's absence from the category 1 territory is not the sole reason for that failure, and

(b) those representing the category 1 territory do not prove that-

(i) the competent authorities in the category 1 territory have made a decision to charge and a decision to try, or

(ii) in a case where one of those decisions has not been made (or neither of them has been made), the person's absence from the category 1 territory is the sole reason for that failure.

(2) *In this section «to charge» and «to try», in relation to a person and an extradition offence, mean-*

(a) to charge the person with the offence in the category 1 territory, and

(b) to try the person for the offence in the category 1 territory.]

29. El principio de «sospecha razonable» está claramente asentado en la jurisprudencia de Estrasburgo para las privaciones cautelares de libertad –que habitualmente siguen a la ejecución de las OEDE para la investigación de delitos–: *A «reasonable suspicion» that a criminal offence has been committed presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed an offence* (Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, § 88; Erdagöz v. Turkey, § 51; Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom, § 32). *Therefore, a failure by the authorities to make a genuine inquiry into the basic facts of a case in order to verify whether a complaint was well-founded disclosed a violation of Article 5 § 1 (c) (Stepuleac v. Moldova, § 73; Elçi and Others v. Turkey, § 674)*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security», Estrasburgo, 2014 (página 15).

30. Lorena BACHMAIER ha explicado la situación en los siguientes términos: «Si bien en el art. 39.1 de la Ley 23/2014 no se menciona expresamente el principio de proporcionalidad, al limitar la emisión de una OEDE a los casos en que concurren además todos los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para acordar la prisión preventiva, se protege el principio de proporcionalidad. Por otra parte, en relación con la emisión de la OEDE que tenga por objeto el cumplimiento de una pena privativa de libertad, sólo se emitirá la OEDE si no es posible la suspensión o sustitución de la misma (art. 39.3 Ley 23/2014)». En BACHMAIER, Lorena: «Quo

diferencia entre estos dos ejemplos estriba en que mientras la legislación española obliga a tener en cuenta la proporcionalidad en la decisión de emisión, la británica lo hace en la de ejecución. Esto último permite cuestionar su conformidad con el Derecho de la Unión, al establecer un nuevo motivo de oposición al reconocimiento de la resolución extranjera.

Pero esos problemas no sólo proceden de la práctica procesal en algunos estados; también del texto de la propia DM, que es extraordinariamente deferente con los órganos judiciales que emiten las OEDE. De manera que no es de extrañar que a la hora de encontrar una salida, la vista se vuelva hacia el TJ, para pedirle una interpretación de las causas de inejecución del mandato de detención y entrega que tenga en cuenta todas estas circunstancias.

El camino recorrido por el TJ es largo y tortuoso. La crónica se hace más ligera si se contempla como un drama en –por el momento– tres actos.

II. ACTO PRIMERO. LA SENTENCIA DEL TJ DE LA UE EN EL CASO MELLONI

Lo cierto es que la pregunta sobre las funciones y competencias del juez a quien corresponde ejecutar la orden de detención y entrega ha sido reiteradamente respondida por el TJ.

Entre otros, reviste importancia el pronunciamiento en el asunto Radu³¹. Se trata de una cuestión prejudicial en la que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la DM 2002/584, analizada a la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta y del artículo 6 del CEDH, debe interpretarse en el sentido de que las autoridades judiciales de ejecución pueden negarse a ejecutar una orden de detención europea dictada para el ejercicio de acciones penales, porque las autoridades judiciales de emisión no han dado audiencia a la persona buscada antes de su emisión. A estos efectos, cita el derecho a ser oído, garantizado por el artículo 6 del CEDH y por los artículos 47 y 48 de la Carta.

La Abogado General había advertido en sus Conclusiones que el nivel de confianza mutua entre los Estados miembros está basado en el respeto de los derechos fundamentales y que:

«(e)l artículo 1, apartado 3, de la Decisión marco pone de manifiesto que esa Decisión no afecta a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 (...) TUE. De ello resulta a mi parecer que el deber de respetar esos derechos y principios es inherente a la Decisión marco en su integridad. Implícitamente, esos derechos pueden constituir el fundamento de una decisión de inejecución de la orden. Si se interpretara de

vadis – El TJUE y su papel en materia de cooperación penal al hilo de la reciente jurisprudencia sobre la Orden europea de detención y entrega», *Revista General de Derecho Europeo* 38 (2016), página 31.

31. STJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2013, Ciprian Vasile Radu, C-396/11.

otra forma el artículo 1, apartado 3, éste podría carecer de sentido, excepto ser tal vez una banalidad vistosa»³².

Lo importante no es si el derecho a ser oído antes de la emisión de una OEDE forma parte de los derechos fundamentales del inculpado (cuestión que es discutible), sino la reflexión que con carácter general lleva a cabo el TJ. La sentencia opta por una lectura literalista de la DM, sin considerar necesaria ninguna interpretación ni referencia al artículo 1.3 de la misma, según el cual «(l) a presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea». La sentencia recuerda que la DM 2002/584, tal como se desprende especialmente de su artículo 1, apartados 1 y 2, y de sus considerandos quinto y séptimo, tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembros por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias, basado en el principio de reconocimiento mutuo³³, acelerando la cooperación judicial sobre la base del elevado nivel de confianza que debe existir entre los Estados miembros³⁴. Con esta base de partida, para el TJ los Estados miembros sólo pueden negarse a ejecutar OEDE en los supuestos expresamente contemplados en el artículo 3 (no ejecución obligatoria) y en los artículos 4 y 4 bis (no ejecución facultativa), no pudiendo condicionar la ejecución sino a los requisitos establecidos en el artículo 5 la DM³⁵. Como la circunstancia de que la OEDE sea acordada sin que las autoridades judiciales emisoras den audiencia a la persona buscada no figura entre los motivos de no ejecución de tal orden previstos por las disposiciones de la DM 2002/584, ninguna posibilidad hay de negarse a la ejecución por este motivo³⁶.

El hito en la consolidación de esta interpretación se encuentra en la sentencia Melloni³⁷. El *Tribunale di Ferrara* (Italia) declaró en estado de rebeldía al Sr. Melloni y acordó que las notificaciones fueran efectuadas en lo sucesivo a los abogados de confianza que había designado. Por sentencia de 21 de junio de 2000, posteriormente confirmada por otra de la *Corte d'appello di Bologna* de 14 de marzo de 2003, el Sr. Melloni fue condenado en rebeldía como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión, resolución que devino firme e irrecurrible. Emitida una OEDE y detenido en España, la Audiencia Nacional acordó la entrega del Sr. Melloni a las autoridades italianas para la ejecución de la condena que le había sido impuesta por el *Tribunale di Ferrara*, estimando que su derecho de defensa se había respetado, puesto que era conocedor de la futura celebración del juicio, se había situado voluntariamente en rebeldía y había designado a dos abogados para su representación y defensa, los cuales intervinieron, en esa

32. Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 18 de octubre de 2012, apartado 70.

33. Citando la sentencia de 5 de septiembre de 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11, apartado 28.

34. Citando la sentencia de 28 de junio de 2012, West, C-192/12 PPU, apartado 53.

35. Apartado 36 de la STJUE de 29 de enero de 2013.

36. Apartado 38 *ibidem*.

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

calidad, en primera instancia, en apelación y en casación, agotando así las vías de recurso. El Sr. Melloni interpuso ante el Tribunal Constitucional español (TC) un recurso de amparo contra el referido auto, que fue admitido a trámite y que dio origen a la primera cuestión prejudicial elevada por éste.

Para el TC, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a Estados que, en caso de delito muy grave, den validez a las condenas en rebeldía sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnar esas condenas para salvaguardar sus derechos de defensa, constituye una vulneración «indirecta» de las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías, al menoscabar el contenido esencial de dicho proceso de un modo que afecta a la dignidad humana. A pesar de que con anterioridad el TC había concedido el amparo directamente en un supuesto semejante³⁸, en este caso planteó la cuestión prejudicial para que el TJUE aclarara la cuestión de si la DM impide que los tribunales españoles subordinen la entrega a la posibilidad de que se revise la condena que le afecta. También pidió al TJUE que examinara la cuestión de si un Estado miembro podía denegar la ejecución de una orden de detención europea, con fundamento en el artículo 53 de la Carta³⁹, por un motivo basado en la vulneración de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución nacional.

En cuanto a lo primero, el TJ razona que la DM enuncia las condiciones en las que se considera que el interesado ha renunciado voluntariamente y de forma inequívoca a comparecer en su juicio, de modo que la ejecución de la OEDE para hacer cumplir la pena a la persona condenada en rebeldía no puede someterse al requisito de que ésta tenga derecho a un nuevo proceso. Así sucede, bien, según establece el nuevo artículo 4 bis.1.a), cuando el imputado no hubiera comparecido en el juicio pese a que fue citado en persona o informado oficialmente de la fecha y el lugar previstos para ése; bien, como prevé el mismo apartado, letra b), cuando, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, eligió ser representado por un letrado en lugar de comparecer en el juicio. Ese mismo apartado 1, letras c) y d), enumera los supuestos en los que la autoridad judicial de ejecución está obligada a ejecutar la OEDE, aunque el interesado tuviera derecho a un nuevo juicio, cuando esa orden de detención indique que el interesado no

38. STC 199/2009, de 28 de septiembre (OEDE emitida desde Rumanía). La diferencia entre los dos casos en la que se apoya el TC para plantear ahora la cuestión prejudicial es que la Decisión marco 2009/299 suprimió el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584 e introdujo en ésta un nuevo artículo 4 bis, que impide «denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución», si el interesado, «teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio» (que es lo que ocurrió con el Sr. Melloni).

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

ha solicitado un nuevo juicio o bien que será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio. Por estos motivos, el TJ concluye que el citado artículo no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo ni los derechos de la defensa, garantizados respectivamente por los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta⁴⁰.

Por otra parte, el TJ rechaza que el artículo 53 de la Carta pueda servir para que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, oponiéndolo a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión. Esa interpretación permitiría que un Estado miembro sometiera la ejecución de una OEDE emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía a condiciones cuyo objeto fuera evitar una interpretación limitadora de los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución o lesiva de éstos, aun cuando la aplicación de esas condiciones no estuviera autorizada por el artículo 4 bis, apartado 1, de la DM 2002/584⁴¹. Para el TJ, dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado: la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado⁴². Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta. Pero este mecanismo no es de aplicación cuando conlleva dejar sin efecto una norma de derecho derivado que es conforme con los tratados, como es el caso del artículo reiteradamente citado⁴³.

El resultado que directamente se deriva de esta interpretación del principio de primacía es que establecido un estándar de protección por el derecho nacional (incluso a nivel constitucional), si el estándar europeo es inferior y viene impuesto por una norma de derecho derivado conforme con los tratados, debe aplicarse el estándar reducido. Si el Sr. Melloni hubiera sido juzgado en rebeldía en un país no miembro de la UE y requerido por éste, no habría sido entregado por la justicia española; si hubiera sido juzgado y requerido antes de la entrada en vigor de la DM, tampoco. La primacía del derecho contenido en la DM conllevó, de hecho, una reducción del nivel de protección que le dispensaba la Constitución española.

La senda por la que transcurre la lógica empleada por el TJ lleva a resultados insólitos: lo que el constituyente europeo (que aprobó el artículo 53 de la Carta) no puede hacer (limitar los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por las

40. Apartados 52 y 53 de la STJUE.

41. Apartado 56.

42. Apartado 59.

43. Apartados 60 y 61.

constituciones de los Estados miembros), lo puede hacer el legislador ordinario (autor de la DM). Siendo honestos con el TJ, hay que reconocer que éste admite una salvaguarda: que la norma de derecho derivado sea conforme con los tratados. La declaración de conformidad tiene como antecedente una interpretación, que si bien corresponde en exclusiva por el TJ, responde a un diálogo de jurisdicciones, inherente a la lógica de la cuestión prejudicial e impuesto por el mecanismo a través del cual –como queda dicho más arriba– el TJ lleva a cabo esta función hermenéutica.

La verdad es que el TC español no tuvo mucho éxito a la hora de persuadir al TJ de la relación existente entre la dignidad humana y los derechos de defensa del condenado en rebeldía, ni de los problemas que plantea el sistema tasado de causas de inejecución previsto en la DM. Pero la batalla perdida no desanimó la continuación de la guerra.

III. ACTO SEGUNDO. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015

No puede extrañar que ante una declaración tan tajante, algunos tribunales nacionales hayan engrosado las filas del militantismo. Significativamente, la reacción provino, una vez más, del Tribunal Constitucional Federal alemán. Es difícil entender lo que ha sucedido después –y lo que puede deparar el futuro inmediato– sin tener en cuenta lo resuelto en la sentencia de 15 de diciembre de 2015⁴⁴.

Los hechos del caso guardan una sorprendente similitud con los del amparo pedido por el Sr. Melloni. En 1992 la *Corte di Appello* de Florencia condenó a un ciudadano americano en rebeldía a la pena de 30 años de prisión, por tráfico y posesión de cocaína. Detenido en Alemania 22 años después mediante una OEDE, el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf acordó que la entrega a Italia era conforme a derecho, a pesar de que el interesado alegó que no tendría derecho a que el tribunal italiano le permitiera combatir la prueba en virtud de la cual fue condenado. Recurrida esta resolución ante el TC Federal de Alemania (TCF), al recurrente le fue concedido el amparo por vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana.

Un problema cuyo planteamiento es semejante al del caso Melloni; pero cuya solución es exactamente la contraria: el TCF no consideró necesaria la cuestión prejudicial y el condenado en rebeldía no fue entregado a Italia.

El TCF comienza por remitirse a los principios que ha definido en su jurisprudencia para la resolución de este tipo de controversias. En primer lugar, la «primacía de aplicación» (*Anwendungsvorrang*) del derecho de la UE, que en caso de conflicto con el derecho nacional conlleva la inaplicación de éste en el ámbito material reservado al primero (por imperativo del artículo 23.1, primer párrafo⁴⁵, de la Ley Fundamental de la República

44. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 –2 BvR 2735/14– Rn. (1-126), http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514.html

45. «Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático,

Federal de Alemania –LF–). Esta regla no conoce más excepción que el control de la constitucionalidad del margen de discrecionalidad del legislador nacional que traspone el derecho europeo (si la norma UE no admite este margen y el derecho nacional es mera transcripción del europeo, queda blindado frente al control del TCF).

En segundo lugar, la «activación de la identidad constitucional» (*Aktivierung der Identitätskontrolle*), consagrada en el artículo 79.3 LF⁴⁶, que define un núcleo intangible no sólo a la integración europea, sino a la propia reforma constitucional. No es éste el momento de examinar en detalle este sugerente concepto, ligado a una tradición doctrinal alemana que admite la inconstitucionalidad de normas constitucionales y que se enraíza en el conocido discurso del rector BACHOF en 1951⁴⁷. Lo importante ahora es que el TCF, sobre la base de esta identidad constitucional, afirma que «los estados son señores de los Tratados» y que por tanto «pueden decidir si y en qué medida el derecho de la Unión tiene validez y primacía en su territorio respectivo»⁴⁸. De modo que pueden ignorar ambas, si corre riesgo la identidad constitucional.

Es verdad que el propio TCF advierte que esta «activación de la identidad» no compromete la integración europea, porque: a) el principio de cooperación leal entre Estados contenido en el artículo 4 TUE debe entenderse desde el ya referido señorío que éstos tienen sobre el Derecho de la UE; b) se interpreta defentemente⁴⁹; c) sólo será necesario recurrir a la misma raramente, ya que tanto la Carta como la jurisprudencia del TJUE protegen generalmente de forma suficiente los derechos que forman parte de la identidad constitucional alemana; d) irá en todo caso precedida de una iniciativa nacional de diálogo interjurisdiccional por la vía del reenvío prejudicial⁵⁰.

Con estas premisas queda delimitada la tarea del TCF: a) determinar si la norma europea afecta a alguno de los derechos que integran la identidad constitucional;

del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones».

46. «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

47. BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

48. *Die Europäische Union ist ein Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund, der seine Grundlagen letztlich in völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten findet. Als Herren der Verträge entscheiden diese durch nationale Geltungsanordnungen darüber, ob und inwieweit das Unionsrecht im jeweiligen Mitgliedstaat Geltung und Vorrang beanspruchen kann* (marginal 44).

49. El marginal 45 recuerda la *Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*, es decir, la predisposición constitucional favorable hacia el proceso de integración, que inspira la labor interpretativa del TCF.

50. Marginales 46 y 47.

b) resolver si limita las garantías inherentes al mismo; c) finalmente y en caso afirmativo, esperar a la respuesta de Luxemburgo.

En el caso que se examina, el TCF no alberga dudas en cuanto a la conexión entre la entrega del condenado en ausencia en las circunstancias impuestas por la OEDE y el derecho fundamental a la dignidad humana; pero se abstiene de remitir el litigio al TJUE porque hace una interpretación de la OEDE que no conlleva limitación del derecho a la dignidad humana. La perplejidad surge no sólo al comprobar que se arroga la competencia de interpretación del Derecho de la UE en un caso ciertamente dudoso, sino porque lo hace precisamente en sentido diametralmente contrario al establecido, entre otras, en la sentencia Melloni (imposible más contundente prueba de que no concurren las condiciones para esquivar el reenvío).

Por lo que hace a lo primero, razona el TCF que el principio de culpabilidad –fundamento del Estado de Derecho– requiere que se garantice una averiguación de los hechos en la que el acusado pueda participar, pues de lo contrario la imputación que consagra la sentencia condenatoria afecta a la dignidad humana al contener un reproche socio-ético sin posibilidad de contradicción. Esta garantía mínima del proceso penal debe garantizarse por los tribunales alemanes no sólo en los procedimientos internos sino también en la entrega de los condenados a estados extranjeros. Tan básico es este principio que no sólo rige para la extradición, sino también para la OEDE: «El poder público alemán no puede tender la mano a vulneraciones de la dignidad humana por otros Estados»⁵¹.

En cuanto a la interpretación de la DM, el TCF la lleva a cabo desde la perspectiva de su jurisdicción; es decir analiza la constitucionalidad de la norma europea, para concluir que permite una interpretación conforme con el artículo 79.3 LF. La sentencia examina cuidadosamente el contenido del artículo 4.1.d) de la DM y llega a la conclusión de que los tribunales alemanes están no sólo facultados sino incluso obligados, cuando son requeridos para ejecutar una OEDE, a realizar un control sustantivo de la misma (para garantizar que no hay infracción de los principios del estado de derecho), al margen o por añadidura del control de su requisitos formales; de modo que el principio de confianza mutua, «desde el punto de vista del Derecho de la Unión», no puede tenerse por ilimitado (*unbegrenzt*)⁵².

El demandante de amparo alegó contra la ejecución de la OEDE que las normas procesales italianas no le permitían una posibilidad efectiva de defensa al haber sido condenado en rebeldía de manera firme e irrevisable, y como el tribunal de Düsseldorf

51. Marginal 62: *Gleichwohl darf die deutsche Hoheitsgewalt die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen* (vgl. BVerfGE 59, 280 <282 f.>; 60, 348 <355 ff.>; 63, 332 <337 f.>; 75, 1 <19>; 108, 129 <136 f.>; 113, 154 <162 f.>)

52. Marginal 85: *Einem Europäischen Haftbefehl ist auch nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht Folge zu leisten, wenn er den Anforderungen des Rahmenbeschlusses nicht genügt (aa) oder die Auslieferung mit einer Verletzung der unionalen Grundrechte einherginge (bb). Auch aus der Sicht des Unionsrechts gilt der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens insoweit nicht unbegrenzt (cc), so dass die Verweigerung der Auslieferung wegen eines Europäischen Haftbefehls zur Vollstreckung eines in Abwesenheit ergangenen Strafurteils unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein kann (dd).*

no comprobó estas alegaciones detalladas y fundadas (contrariamente a lo que hace la sentencia del TCF), al acordar la entrega infringió el principio de culpabilidad del condenado y con ello el derecho fundamental a la dignidad humana. El TCF desplaza la infracción del momento de la entrada en vigor de la DM, que considera no sólo conforme con la LF, sino con los Tratados y la Carta, al momento de su interpretación por el tribunal nacional. El problema estriba en que el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf sigue la interpretación de la DM que se desprende de la jurisprudencia del TJUE, y el TCF aplica una interpretación completamente opuesta.

Si este fuera un caso práctico de los que se proponen en las facultades de derecho, probablemente habría que esperar que los alumnos lo resolvieran contestando que el TCF tenía que intentar persuadir al TJUE de la conveniencia de cambiar su interpretación, proporcionando todos estos argumentos a través de la pertinente cuestión prejudicial, porque esta es la forma en la que los Tratados y las convenciones constitucionales regulan el diálogo entre jurisdicciones. Pero estamos en el mundo de la realidad, y el TCF ha optado por una vía más expeditiva para forzar el cambio de postura en Luxemburgo.

Por otra parte, esta distinta –y difícilmente cohonestable– lectura de los principios de confianza mutua y de eficacia del Derecho de la Unión pone de manifiesto cómo éste vive en la tensión de los distintos planos en los que se desarrolla la función judicial⁵³. El TCF razona desde la lógica del constitucionalismo interno (¿acaso cabía esperar otra cosa?), para el que existe un núcleo indisponible para el Estado alemán (y, por los mismos motivos, para la UE). Los Estados son «señores de los Tratados» porque –aunque son poder constituido y están sujetos a los mismos– pueden declararse constituyentes y modificarlos. Al ejercer este poder se deben (en cuanto se refiere a la formación de su voluntad) a su propio derecho constitucional, que en el caso de la LF impone las limitaciones expuestas. Por lo tanto, cuando la República Federal participó en la elevación del principio de reconocimiento de resoluciones judiciales a la categoría de piedra angular del ELSJ no pudo hacerlo con la consecuencia de que aquellas resoluciones que violan la dignidad humana también deben ser reconocidas y ejecutadas por los tribunales alemanes. Y ello porque el Estado alemán no es «señor de la LF». En este sentido, sería un error tomar la sentencia del TCF por un signo de hostilidad frente a la integración europea; más bien parece la reacción esperable ante cualquier intento de limitar –desde dentro o desde fuera– ciertos derechos. La cortesía con la que el TCF traspassa la responsabilidad de la infracción –del legislador europeo al juez nacional– es muestra de su *Europafreundlichkeit*. Pero la consecuencia práctica no deja de ser menos dramática, porque no sólo efectúa un control de la constitucionalidad de la norma europea, sino que alcanza la conclusión que es diametralmente opuesta a la del órgano jurisdiccional que tiene el monopolio de la interpretación en un caso como el presente.

53. En este mismo sentido, cfr. la crónica de la sentencia de ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 58, abril-junio 2016.

IV. ACTO TERCERO. LA SENTENCIA DEL TJ (GRAN SALA) EN LOS CASOS ARANYOSI Y CĂLDĂRARU

Este pronunciamiento del TCF situaba al TJ en la obligación de ofrecer una respuesta coherente con el resultado que cabe esperar del diálogo de jurisdicciones. La oportunidad vino de la mano de dos cuestiones prejudiciales nuevamente provenientes de Alemania.

1. EL PROBLEMA

Aranyosi es un joven húngaro que vivía con sus padres en Bremen, donde fue detenido a consecuencia de una OEDE emitida por Hungría, al estar siendo investigado como presunto autor de dos delitos de robo. También Căldăraru fue detenido en Bremen, en ejecución de una OEDE emitida por su país de origen, en este caso Rumanía, al haber sido condenado –en ausencia– a una pena de 8 meses de prisión por conducción sin licencia. Los dos se opusieron a la ejecución con el mismo argumento: las condiciones de privación de libertad (preventiva o para el cumplimiento) en el país de emisión son atentatorias contra la dignidad humana. De modo que los jueces alemanes se enfrentaron a la cuestión de si podían entregar un sujeto procesal cuando las circunstancias materiales en las que debía transcurrir su privación de libertad no alcanzan un umbral mínimo de dignidad. El *Hanseatisches Oberlandesgericht* de Bremen, que tenía que ejecutar las OEDE, elevó una cuestión prejudicial por cada caso, que el TJUE acumuló en un solo proceso y que resolvió por sentencia de 5 de abril de 2016⁵⁴.

En esencia, se trata de la misma cuestión que se habían planteado ya con anterioridad el TJUE y el TCF, pues hay que resolver si una causa de inejecución que no está expresamente prevista en la DM puede dar lugar a una decisión de inejecución que sea conforme con el Derecho de la UE. Resultando que hasta el momento las respuestas de ambos tribunales eran contradictorias, el interés por la solución resulta evidente.

Las posiciones de las partes en el proceso pueden agruparse del siguiente modo. España y Lituania sostuvieron que el juez nacional estaba obligado a no realizar más comprobaciones que las ligadas a la conformidad formal del instrumento, sin resultarle asequibles razones de denegación distintas de las enunciadas con carácter taxativo en los artículos 3 y 4 de la DM. A estos efectos se citaban, como objeción teórica, el principio de confianza mutua; y, desde el punto de vista práctico, la imposibilidad de comprobar las condiciones de detención en otro Estado miembro. El resto de Estados personados (Alemania, Francia, Hungría, Holanda, Irlanda, Rumanía y el Reino Unido), así como la Comisión, mantuvieron una posición más matizada. Para Alemania, Irlanda, Rumanía y el Reino Unido resultaba circunstancia muy excepcional a tener en cuenta la información fiable que pusiera de manifiesto un riesgo de infracción de derechos fundamentales. La Comisión abogó por un equilibrio entre la confianza mutua y la protección

54. STJ (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, petición de decisión prejudicial planteada por el *Hanseatisches Oberlandesgericht* de Bremen, Alemania, sobre la ejecución de órdenes de detención europeas emitidas contra Pál Aranyosi (C-404/15), y Robert Căldăraru (C-659/15 PPU).

de los derechos fundamentales, con primacía de éstos últimos cuando concurra un riesgo real de violación, con cita del artículo 19.2 de la Carta⁵⁵. El juez alemán que elevó la cuestión alegó ante el TJ las reservas que le provocaba la lectura de las informaciones sobre las condiciones de detención en Hungría, y sus infructuosos intentos de obtener, a través de su gobierno, algunas garantías sobre las que se aplicarían al Sr. Aranyosi. Le resultaba inaceptable pretender que pudiera ignorar razones que apuntan a una efectiva violación de los derechos humanos, por lo que debe existir la posibilidad de reconocerle la autoridad para denegar la ejecución en casos como estos. De manera elocuente y recordando la condición común de jueces, pidió a los miembros del TJ que no pusieran sobre sus hombros la carga de tener que ejecutar una OEDE en tales circunstancias⁵⁶.

2. LA SOLUCIÓN DEL TJ

El TJ comienza nuevamente por recordar su propia jurisprudencia: la OEDE tiene por objeto sustituir el sistema de extradición, por un sistema de entrega basado en el principio de reconocimiento mutuo, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz, de cara a la consecución del objetivo de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros⁵⁷. El principio de reconocimiento mutuo descansa a su vez en la confianza recíproca entre los Estados miembros en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta. Tanto el principio de confianza mutua entre Estados miembros como el principio de reconocimiento mutuo tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Más específicamente, el principio de confianza mutua obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho⁵⁸. Por lo anterior,

«la autoridad judicial de ejecución sólo podrá negarse a ejecutar tal orden en los supuestos, enumerados exhaustivamente, de no ejecución obligatoria, establecidos en el artículo 3 de la Decisión Marco, y en los de no ejecución facultativa, establecidos en los artículos 4 y 4 bis de la Decisión Marco. Además, la ejecución

55. «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».

56. Una crónica de la vista puede encontrarse en: FUGLSANG MADSEN SØRENSEN, Henning Bang: «Mutual Trust – Blind Trust or General Trust with Exceptions? The CJEU Hears Key Cases on the European Arrest Warrant», *Pècs Journal of International and European Law*, 2016/1, 58-64.

57. Párrafos 75 y 76.

58. Párrafos 77 y 78.

de la orden de detención europea únicamente podrá supeditarse a las condiciones definidas taxativamente en el artículo 5 de dicha Decisión Marco»⁵⁹.

Sin embargo, continúa razonando el TJ, existen motivos para poner en suspenso el mecanismo de entrega de personas que no están en los citados artículos 3 a 5 de la DM. Así, la violación grave y persistente por parte de uno de los Estados miembros de los principios contemplados en el artículo 2 TUE –por el procedimiento que establece el artículo 7 TUE– (considerando 10 de la DM). Y, también, la infracción de los derechos fundamentales tal como se hallan consagrados, en particular, en la Carta (artículo 1.3 de la DM). Respecto de esto último, el TJ subraya que, como se desprende del artículo 51.1 de la Carta, el respetar el artículo 4 de ésta, relativo a la prohibición de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, constituye una obligación para los Estados miembros y, por consiguiente, para los órganos jurisdiccionales de éstos, cuando apliquen el Derecho de la Unión. La prohibición de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, establecida en el artículo 4 de la Carta, tiene carácter absoluto, ya que es indisociable del respeto de la dignidad humana, recogido en el artículo 1 de la Carta. Este carácter absoluto está corroborado por el artículo 3 del CEDH, al que corresponde el artículo 4 de la Carta. Como establece el artículo 15, apartado 2, del CEDH, no es posible autorizar ninguna derogación del artículo 3 del CEDH⁶⁰.

Sentada esta premisa, el TJ parece darse cuenta de que no sólo no hay previsión expresa en el texto de la DM de esta nueva causa de inejecución, sino que también falta el procedimiento conforme al cual el tribunal de ejecución puede reaccionar para evitar la violación del derecho absoluto a la integridad personal. De manera que la sentencia construye este procedimiento. Según el TJ, cuando la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución disponga de elementos que acrediten un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor, deberá apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega. A tal efecto, la autoridad judicial de ejecución deberá basarse primero en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión. Esos elementos pueden proceder, en particular, de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas⁶¹.

Una vez constatada la existencia de tal riesgo, la autoridad judicial de ejecución aún deberá comprobar que en el caso que se le plantea existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo abstractamente apreciado, porque la mera existencia de elementos que acrediten deficiencias sistémicas o generalizadas no implica necesariamente que, en un caso concreto, la persona de que se trate vaya a sufrir

59. Párrafo 80.

60. Párrafos 81 a 87.

61. Párrafo 89.

un trato inhumano o degradante tras ser entregada a las autoridades requirentes. Por eso, el TJ impone la obligación de comprobar si existen razones serias y fundadas para creer que la persona correrá un riesgo real de sufrir en ese Estado miembro un trato inhumano o degradante. A tal efecto, con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, dicha autoridad deberá solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria sobre: a) las condiciones de reclusión previstas para la persona de que se trate en ese Estado miembro; b) los posibles procedimientos o mecanismos nacionales o internacionales de control de las condiciones de reclusión, por ejemplo, visitas a los establecimientos penitenciarios, que permitan evaluar el estado, en ese momento, de las condiciones de reclusión en esos establecimientos. La autoridad judicial de ejecución podrá fijar un plazo para la recepción de esta información complementaria, que deberá tener en cuenta la necesidad de respetar los plazos que establece el artículo 17 de la DM. La autoridad judicial emisora estará obligada a proporcionar esa información a la autoridad judicial de ejecución⁶².

A partir de este momento pueden ocurrir dos cosas. En primer lugar, que la autoridad de ejecución constata la existencia de un riesgo real de que la entrega conlleve un trato inhumano o degradante, en cuyo caso está obligada a aplazar la ejecución de la OEDE:

Si, a la luz de la información facilitada con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, y de cualquier otra información de la que disponga la autoridad judicial de ejecución, ésta constata que existe un riesgo real de que la persona que es objeto de una orden de detención europea sufra un trato inhumano o degradante, como el mencionado en el apartado 94 de la presente sentencia, deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse (véase, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2015, Lanigan, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, apartado 38)⁶³.

El aplazamiento debe comunicarse a Eurojust –como toda demora, según el artículo 17.7 de la DM–. Además, la detención no podrá prolongarse más allá de lo que permiten la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, sin perjuicio de que se adopten otras medidas alternativas a la privación de libertad para evitar la fuga⁶⁴.

En el segundo supuesto, cabe que de la información recibida se pueda excluir el riesgo de trato inhumano o degradante, en cuyo caso la autoridad de ejecución deberá proceder conforme a lo expresamente previsto en la DM⁶⁵.

3. ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEA LA SENTENCIA

La sentencia comienza por relativizar el principio de reconocimiento mutuo, al afirmar que:

62. Párrafos 88 a 97.

63. Párrafo 98.

64. Párrafos 99 a 102.

65. Párrafo 103; es decir, a entregar a la persona requerida, salvo que concurra alguna de las causas que según la DM permiten dejar inejecutada la OEDE.

el principio de reconocimiento mutuo, que constituye, tal como se desprende en particular del considerando 6 de la Decisión Marco, la «piedra angular» de la cooperación judicial en materia penal, se aplica en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Decisión Marco, según el cual, en principio⁶⁶, los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2015, Lanigan, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, apartado 36 y jurisprudencia citada)⁶⁷.

A continuación, el TJ recuerda los dos supuestos en los que, al margen de lo expresamente dispuesto en la DM, dicha obligación decae. El primero es el recogido en el artículo 7 del Tratado de la UE (riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 o efectiva violación grave y persistente de los mismos); por motivos obvios, resulta de escasa trascendencia práctica para resolver el problema de la aplicación por los tribunales del principio del reconocimiento mutuo, porque la reacción apropiada corresponde a otras instancias. El segundo es el que ha centrado la discusión e incide directamente sobre la práctica de los órganos judiciales: infracción de los derechos fundamentales tal como se hallan consagrados, en particular, en la Carta (artículo 1.3 de la DM).

Este es el supuesto que plantea los problemas interpretativos. Que son de una doble naturaleza: por lo que respecta al procedimiento, la sentencia no aclara cuáles son los medios de prueba que el órgano judicial de ejecución puede tener en cuenta (limitándose a enumerar de forma no exhaustiva algunos de los que pueden ser utilizados cuando se trata de comprobar las circunstancias de los centros de detención). Si, por ejemplo, se alegan las sentencias del TEDH, ¿son siempre útiles, teniendo en cuenta que siempre vienen referidas a hechos acontecidos mucho antes, al ser un recurso subsidiario y último? Y respecto de los informes de organizaciones internacionales, ¿cuáles son relevantes?; ¿también las de las ONG? Por lo que hace a las estadísticas sobre población carcelaria, ¿qué antigüedad es admisible?⁶⁸ Y, ¿cómo se prueba el riesgo de violación de otros derechos fundamentales?⁶⁹

Tampoco aclara la sentencia lo que sucede cuando la OEDE se suspende tras constatar que la ejecución supone un riesgo grave para los derechos humanos, aparte de las referencias a la notificación a Eurojust y de lo que se debe hacer con la situación personal del requerido; ¿hasta cuándo puede mantenerse al interesado en este limbo jurídico?⁷⁰

66. El subrayado es añadido.

67. Párrafo 79.

68. En sus alegaciones en la vista las partes propusieron algo parecido a un concurso de ideas (cfr. la crónica de FUGLSANG MADSEN SØRENSEN, citada más arriba).

69. En este sentido, GASPÁR-SZILAGYI, Szilard: «Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (2016), página 209.

70. Sobre las incertidumbres procedimentales, MELONI, Lea: «Le pragmatisme de la Cour au service de la protection des droits fondamentaux», *JADE (Journal d'Actualité des Droits Européens)*, 29 de junio de 2016, <http://revue-jade.eu/article/view/1044/html>

Y, si cabe algo aún más importante ¿cuál es el objeto a considerar, es decir, cuáles son los derechos humanos por cuya tutela debe interesarse el juez de la ejecución?

V. ¿DÓNDE ESTAMOS?

Leyendo la STJ en los casos Aranyosi y Căldăraru se tiene la impresión de que la sombra de Karlsruhe es alargada, y llega hasta Luxemburgo. Lo que no consiguió la presión de la crítica parece haberlo hecho ahora posible el activismo constitucionalista.

Ya durante la tramitación de Aranyosi y Căldăraru se puso de manifiesto lo caldeado de los ánimos. El Abogado General Bot, en la vista celebrada el 15 de febrero de 2016, preguntó al representante alemán si el Gobierno Federal había elaborado sus alegaciones a la vista de la sentencia del TCF de 15 de diciembre anterior; el representante alemán pidió al Abogado General que retirara la pregunta, al considerar que no corresponde al Gobierno Federal hacer comentarios sobre las resoluciones del TCF⁷¹. El 10 de marzo siguiente, un grupo de 20 «expertos en derecho penal y derechos procesales de varios países de la UE», bajo el paraguas de Fair Trials International, de manera un tanto sorprendente –temiendo un nuevo Melloni– hizo llegar una carta a la Comisaria de Justicia, expresando su grave preocupación respecto de las conclusiones del Abogado General, fechadas el 3 de marzo⁷². En concreto, pedían que la Comisión reaccionara ante la falta

71. Cfr. la crónica citada.

72. Párrafo 183: «A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Bremen):

“El artículo 1, apartado 3, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición no constituye un motivo de no ejecución de la orden de detención europea, emitida a efectos del ejercicio de acciones penales o de la ejecución de una pena o una medida privativas de libertad, basado en el riesgo de violación en el Estado miembro emisor de los derechos fundamentales de la persona entregada.

Corresponde a las autoridades judiciales emisoras efectuar un control de proporcionalidad con el fin de adaptar la necesidad de dictar una orden de detención europea a la naturaleza la infracción y a las modalidades concretas de ejecución de la pena.

En circunstancias tales como las que se dan en los litigios principales, caracterizadas por una deficiencia sistémica de las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor, la autoridad judicial de ejecución está legitimada para solicitar a la autoridad judicial emisora, a través, si ha lugar, de las correspondientes autoridades nacionales competentes, cualquier información que considere necesaria para apreciar, a la luz de las circunstancias concretas de cada asunto, si la entrega de la persona buscada puede someter a ésta a condiciones de reclusión desproporcionadas.

Corresponde, además, al Estado miembro emisor, de conformidad con las obligaciones dimanantes del artículo 6 TUE y de los deberes que le incumben en virtud de los principios de confianza mutua y de cooperación leal, adoptar cuantas medidas sean necesarias, entre otras, las reformas que se impongan en términos de política penal, para que la persona entregada

de efecto denegatorio que atribuía al artículo 1.3 de la DM, aceptando la propuesta del Parlamento Europeo de 27 de febrero de 2014 en orden a incluir en la DM, como causa explícita de inexecución, la posible infracción de derechos fundamentales, a través del ejercicio de su facultad de iniciativa legislativa⁷³. La STJ ha venido a calmar, en parte, esos ánimos⁷⁴.

Con todo, ¿es éste el fin de Melloni? ¿A partir de ahora la alegación de los derechos humanos paralizará las entregas? Para encontrar la respuesta es necesario tener en cuenta varios extremos.

En primer lugar, la exigencia de garantías sobre las condiciones de detención previa a la entrega en ejecución de una ODE no es una innovación absoluta en la práctica de los tribunales europeos. El Informe de *Fair Trials International* sobre la prisión preventiva advierte que algunos tribunales ya habían recurrido a esta cautela⁷⁵. La STJUE, por tanto, convierte esta práctica procesal no generalizada ni sistemática en una obligación que ahora se impone a todo órgano judicial y en toda OEDE en la que se alegue, de manera fundada, una posibilidad de infracción de derechos fundamentales en el país emisor. En cierto modo, el TJ convierte el diálogo jurisdiccional sobre la OEDE que mantiene con los tribunales nacionales en un diálogo multilateral en el que los órganos de ejecución ya no están condenados al silencio. Ni a una discreta y vergonzante práctica procesal hasta ahora de dudosa legalidad –según la anterior jurisprudencia de Luxemburgo–.

A continuación, importa no olvidar que en Aranyosi no se resuelve sobre el mismo objeto que en Melloni. No se examinan meras garantías procesales, sino un derecho fundamental para el que no cabe excepción ni margen de apreciación estatal. Y porque no se razona sobre la aplicabilidad del estándar nacional de protección de los derechos nacionales, sino sobre la Carta. La cuestión más ardua y delicada (la aplicación del estándar nacional de protección de los derechos de los sujetos procesales a la hora de ejecutar las OEDE) queda fuera del ámbito del análisis de esta sentencia del TJ.

pueda cumplir su pena en condiciones en que se respeten sus derechos fundamentales y pueda valerse del conjunto de las vías de recurso disponibles para defender sus libertades individuales”».

73. El texto puede encontrarse, por ejemplo, en: <http://statewatch.org/news/2016/mar/eu-european-arrest-warrant-ecj-bot-opinion-letter.pdf>; y en: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/160310-Journo-v%C3%A1.pdf?platform=hootsuite>

74. La ecuación –aparentemente irresoluble– la describía muy bien Lorena BACHMAIER: «(S)in duda, el Tribunal de Justicia se encuentra ante un reto importante: contribuir a reforzar el espacio europeo de justicia sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, pero sin que ello requiera la confianza mutua entre los Estados», op cit., página 44.

75. «A Measure of Last Resort? The practice of pre-trial detention decision making in the EU», página 34: *In some Member States, courts have refused to surrender suspects to countries where detention conditions routinely infringe fundamental rights. In practice, concerns in executing countries about poor detention conditions in requesting Member States have sometimes been resolved through the use of assurances as to the conditions in which particular suspects will be held post-extradition. In the UK for example, extradition courts have required assurances as to conditions in detention from Italy, Hungary, Romania, Lithuania, Bulgaria and Greece.*

A pesar de lo anterior, en tercer lugar, hay que reconocer que el TJ introduce una primera grieta jurisprudencial en el hasta ahora inexpugnable muro del reconocimiento mutuo, admitiendo que es posible la ponderación entre este principio fundacional del ELSJ con la protección de los derechos fundamentales⁷⁶. Al menos en el llamativo supuesto sobre el que resuelve, en que está en cuestión algo tan trascendente como la integridad personal de la persona detenida⁷⁷.

En cuarto lugar, en nada cambia la dicotomía entre normas que armonizan la legislación (procesal o sustantiva) y normas que obligan al reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Es relevante recordar que se trata de dos instrumentos que, con un mismo objetivo mediato de integración, obedecen a regímenes jurídicos distintos. Mientras para las primeras vale el principio de la garantía mínima (por lo que los Estados miembros pueden aplicar umbrales de protección superiores), para las segundas, como regla general (hasta Aranyosi, como regla sin excepción), queda vedada la inejecución por aplicación de un umbral de garantías distinto del expresamente establecido en la norma europea. En realidad, como queda dicho, lo que permite la excepción no es el nivel nacional de protección del derecho, sino el nivel europeo, tal como se deriva del CEDH y de la Carta; si la protección superior es la nacional, el debate sigue abierto.

Finalmente, el TJ deja sin aclarar algunas incertidumbres. El artículo 53 de la Carta no puede limitar los derechos reconocidos por las constituciones; pero es el marco necesario para apreciar si el derecho derivado infringe los derechos individuales. De manera que, indirectamente y con fundamento en la Carta, pueden limitarse esos derechos. Esto no debería ocurrir, por el juego del principio de protección equivalente; pero ocurre, porque la vigencia de este principio no está asegurada completamente en la práctica.

En Aranyosi, el TJ avanza por un campo minado. No podía abrir una causa general contra el principio del reconocimiento mutuo (a pesar de la evidencia de las diferencias en el nivel de protección de los derechos fundamentales). No podía reconocer una causa de inejecución que no está en la DM (y propone un aplazamiento, apresurándose a advertir que no debe confundirse con un abandono, aunque un aplazamiento sin fecha es lo que en lenguaje ordinario se entiende precisamente por abandono), porque esa es tarea del legislador europeo. También las normas procedimentales son de la competencia del legislador; pero el TJ indica al juez nacional de ejecución los pasos a seguir, e impone al juez de emisión nuevas obligaciones de colaboración (que en ocasiones pueden resultar

76. Aún cuando quizá sea exagerado afirmar que la sentencia pone en cuestión el sistema de confianza mutua, como hace, por ejemplo, BOVEND'EERDT, Koen: «The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: “A New Limit to Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security and Justice?”», *Utrecht Journal of International and European Law* (2016) 32(83), p. 115.

77. La reciente STJ (Sala Quinta) de 29 de junio de 2017, asunto C-579/15, Daniel Adam Popławski, maneja ya como conceptos consolidados que la regla general es la entrega, y que las únicas excepciones son dos: las causas expresamente previstas (con carácter imperativo o facultativo en el texto de la DM), y la concurrencia de una circunstancia excepcional (como el riesgo comprobado de posible violación de los derechos humanos, que es la aportación jurisprudencial en la sentencia Aranyosi). Siendo ambas excepciones, procede una interpretación estricta de las mismas (párrafo 19).

extrañas –¿cuántos jueces conocen en detalle las condiciones en que se desarrollan las privaciones de libertad que acuerdan con carácter preventivo o como pena?–. Finalmente, no podía ampliar su análisis más allá del caso concreto (por lo que queda abierta la cuestión del elenco de situaciones distintas de la integridad personal a las que cabe aplicar esta nueva ponderación entre reconocimiento mutuo y derechos fundamentales).

No se puede dejar de reconocer que el TJ ha realizado un esfuerzo interpretativo, poniendo además de manifiesto las limitaciones del sistema de la DM, como ya lo hiciera con anterioridad el Parlamento Europeo. Por tanto, parecería que ha llegado ya la hora del legislador. De hecho, en los últimos años se han aprobado normas cuyo objetivo es garantizar los derechos procesales⁷⁸. Y en su reciente informe sobre la aplicación de la Carta en 2016, la Comisión ha subrayado las medidas de protección de los derechos humanos: a) en la nueva Directiva sobre terrorismo, que incluye por primera vez una cláusula expresa sobre derechos fundamentales y que, además, incluye la necesaria atención a los principios de proporcionalidad y de legalidad a la hora de limitarlos; b) en la propuesta de actualización del Reglamento sobre el control de las exportaciones de bienes susceptibles de doble uso, que pueden ser utilizados para llevar a cabo serias violaciones de los derechos humanos; c) en la enmienda del Reglamento anti-tortura, prohibiendo la exportación e importación de bienes que pueden ser utilizados para aplicar la pena capital; d) en el seguimiento del acuerdo con Turquía de 18 de marzo de 2016, relativo al control de la inmigración ilegal⁷⁹.

A pesar de estas normas, la propia Comisión ha reconocido que existe margen de mejora en cuanto a la transposición, la correcta aplicación, la proporcionalidad y la garantía de los derechos procesales⁸⁰. Por tanto, ya no son sólo la sociedad civil y los tribunales nacionales sino las propias instituciones de la UE las que coinciden en poner de manifiesto la necesidad de un reequilibrio entre la eficacia de la OEDE en la lucha contra la delincuencia y las garantías para los individuos afectados. Sin embargo, en el momento presente, el reforzamiento legislativo de las garantías del proceso de detención y entrega no parece inminente. Por eso, se ensayan iniciativas tendentes a regular aspectos con incidencia colateral en el mecanismo de la OEDE (como, por ejemplo, la posible codificación de las circunstancias que autorizan la prisión preventiva, que se concibe –no sólo, pero también– como una moderación de lo que el juez emisor puede hacer con las personas entregadas). Lo que ocurre es que tampoco estos instrumentos, reiteradamente

78. La Directiva 2010/64/UE sobre los derechos de interpretación y traducción en procedimientos penales, la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho de los interesados a ser informados de sus derechos y la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado y el derecho de las personas privadas de libertad a comunicarse con familiares y empleadores.

79. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2016 – Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, Brussels, 18.5.2017, COM(2017) 239 final*, páginas 7 y 8.

80. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (SEC(2011) 430 final/COM/2011/0175 final).

reclamados por los miembros del Parlamento Europeo, parecen próximos al consenso que es necesario para terminar en el Diario Oficial, aunque no sea más que como instrumento de *soft law*⁸¹.

Ante esta situación, el TJ parece colocado, una vez más, ante la responsabilidad de encontrar una salida al atolladero. La tarea no es fácil; Luxemburgo sigue sin encontrar la salida al dilema de la equivalencia de protección entre el sistema del CEDH y la Carta⁸², así que la coonestación de 28 sistemas distintos de garantías con la Carta tampoco debe ser sencilla. El paso dado con la sentencia en el caso de Aranyosi y Căldăraru puede no colmar todas las expectativas puestas en la única institución que ahora está en condiciones de ofrecer avances, pero es un paso en la buena dirección, y supone el fin de la negativa al diálogo con las jurisdicciones nacionales⁸³, por lo que debe ser positivamente valorado.

Las actuales circunstancias son complejas, y el TJ se esfuerza por mantener la cohesión del ELSJ, probablemente anhelando un legislador que venga a sacarle de la difícil posición en que se encuentra. Además, su jurisprudencia está siendo criticada no sólo desde el punto de vista de la OEDE. Al margen de la sentencia de 15 de diciembre de 2015, el TCF alemán ha dictado otra importante el 21 de junio de 2016, en la que desestima las alegaciones formuladas contra el programa de operaciones monetarias de compraventa (Outright Monetary Transactions) del Banco Central Europeo y confirma, en lo esencial, la decisión del TJ de 16 de junio de 2015; pero lo hace con argumentos que expresan un profundo disgusto respecto de los utilizados por el tribunal europeo. La sentencia del Tribunal Supremo Danés de 6 de diciembre de 2016 niega fuerza vinculante a los principios generales del Derecho europeo no escritos, interpretando que la ley danesa de adhesión niega que exista base jurídica en los Tratados que apoye el activismo del TJ, que ha permitido colmar las lagunas del derecho constitucional escrito. La cuestión prejudicial planteada el 26 de enero de 2017 por el Tribunal Constitucional italiano abiertamente invita al TJ a cambiar completamente su anterior jurisprudencia en materia de plazo de prescripción de la responsabilidad penal, para que no siga considerándola una institución procesal sino sustantiva, con las consecuencias que se derivan desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales. Si el TJ no presta cuidadosa atención al mensaje que traducen estas resoluciones, podríamos estar ante

81. Es ésta una impresión del autor, derivada de las reuniones de expertos nacionales a las que ha tenido ocasión de asistir, convocado por las instituciones de la UE.

82. ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de Avotins v. Letonia)», Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional/Working Papers on European Law and Regional Integration n.º 32 (2017).

83. El Tribunal Supremo Italiano ha sido de los primeros en adherirse con entusiasmo a esta nueva jurisprudencia; cfr. CANESTRINI, Nicola: «Rispetto dei diritti fondamentali in ambito europeo: il MAE», <http://www.canestrinilex.com/risorse/rispetto-dei-diritti-fondamentali-in-ambito-europeo-il-mae/>

una reacción en cadena de los tribunales nacionales⁸⁴. En cierto modo, cabría esperar una reacción semejante a la que tuvo lugar tras la histórica sentencia del TCF de 18 de octubre de 1967, en la que el TCF advirtió que no tendría inconveniente en controlar la constitucionalidad de las normas del Derecho europeo. A partir de aquel momento, el TJ (correspondiendo a la deferencia del TCF que anunciaba que sólo ejercería esa potestad en caso de absoluta urgencia para los derechos fundamentales⁸⁵), comenzó la creación de una doctrina jurisprudencial que suplió la ausencia de catálogo formal en materia de derechos fundamentales. De este modo y durante un largo período, ha podido articular un nivel de protección que ha servido para asegurar un diálogo constructivo y razonable con las jurisdicciones nacionales y para evitar su insurrección.

La situación actual presenta oportunidades y riesgos distintos: por una parte, la UE ya cuenta con una Carta de Derechos Fundamentales, lo que tendría que hacer más fácil el tránsito del TJ por este territorio; por la otra, ahora se trata de resolver sobre Derecho penal, con las implicaciones jurídicas y políticas que esto conlleva en el ideario colectivo de los europeos, padeciendo la tensión permanente que se deriva del basilar principio del reconocimiento mutuo. Aunque, bien mirado, para eso existe el TJ: para proponer en cada momento histórico del desarrollo del Derecho europeo el equilibrio que es necesario entre integración y protección de las personas. En este caso, para garantizar que el Derecho penal de la Unión no deje de tener un nivel de calidad que, sin poner en cuestión su eficiencia, no presente problemas de aceptación para los ciudadanos, los operadores jurídicos y los jueces nacionales.

84. SARMIENTO, Daniel: «An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)», post en el blog *Despite our Differences*, 17 de febrero de 2017: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/02/01/an-instruction-manual-to-stop-a-judicial-rebellion-before-it-is-too-late-of-course/>

85. Posición explícitamente consagrada en la sentencia del TCF de 22 de octubre de 1986.