

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA EXTRADICIÓN DE CONDENADOS EN CONTUMACIA. COMENTARIO DE LA STC 91/2000 Y CONCORDANTES

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Profesor de Derecho Constitucional
*Universidad de Valladolid**

1. INTRODUCCIÓN: EL CRÍTICO CONTEXTO POLÍTICO DE LA CONTROVERSA JURÍDICA

A lo largo de diversas resoluciones, particularmente en la Sentencia *Paviglianiti* (STC 91/2000, de 30 de marzo), el Tribunal Constitucional español ha concluido de modo constante que «constituye una vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, acceder a la extradición a países que, en casos de delitos muy graves, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa». El examen de si los argumentos *jurídicos* aportados por el Tribunal para justificar tal doctrina resultan convincentes o no, que es el objetivo principal de este comentario, no sería del todo completo sin tener en cuenta el delicado contexto *político/diplomático* del conflicto en el que se enmarcan. En efecto, las decisiones en cuestión han conducido a denegar la extradición solicitada por las autoridades judiciales italianas de

* Deseo dejar constancia de mi agradecimiento a mi amigo el profesor ordinario de Derecho Constitucional de la Universidad de Catania (Sicilia), D. Agatino Cariola, por sus valiosas indicaciones así como por haberme proporcionado con asombrosa rapidez materiales imprescindibles para la realización de este estudio. Por supuesto, los errores que pueda haber son de mi exclusiva responsabilidad.

diversos miembros de la Mafia (en su tenebrosa variedad de la Cosa Nostra siciliana, la Camorra napolitana y la 'N Drangueta de Calabria) que, condenados en su país sin haber estado presentes en el proceso a penas de larga privación de libertad, disfrutaban sin embargo en el nuestro de pacífica residencia. Ello ha provocado un comprensible malestar en el Gobierno italiano, pero también en el español, por curiosa y desventurada coincidencia reunidos en la IX Cumbre hispano italiana en Nápoles el 9 y 10 de junio¹, es decir, poco antes y poco después de la publicación de las polémicas Sentencias. El propio Presidente del Gobierno español realizó unas declaraciones inusualmente intemperantes, en las que mostró «su profundo descontento por la insistente decisión del Tribunal Constitucional de anular las extradiciones solicitadas por Italia»². Pareció generalizarse la sensación de que, por obra

1. Por parte española, asistieron seis Ministros y el Presidente Aznar. La delegación italiana estuvo encabezada por el Presidente Amato. Aunque inicialmente no era lo previsto, los problemas jurídicos y políticos suscitados en torno a la extradición de mafiosos se convirtió en el punto central de la agenda de la reunión.

2. Con fecha de 20 de junio, es decir, que pueden explicarse como una destemplada reacción hacia las dos Sentencias del Tribunal Constitucional que, dadas a conocer poco después de la Cumbre, seguían aplicando la doctrina de la Sentencia 91/2000, de fecha poco anterior a la reunión, y contraria a la denegación de la extradición de mafiosos italianos condenados en contumacia en Italia. De ahí que el Presidente Aznar se refiera a la «insistente» decisión del Tribunal Constitucional «moviera ficha» cambiando de doctrina. El Presidente califica como «no coherente» que el Tribunal, «cuestionando las garantías jurídicas de otros Estados miembros» (de la Unión Europea), «contradiga» la creación («abanderada» por España en el seno de la Unión Europea) de un espacio común de libertad y justicia, a través de la cooperación policial y judicial, invitando a que «todos ejerzamos nuestras responsabilidades con el mayor detalle posible» en esa dirección, porque, de lo contrario, resultará «pintoresco» pedir ciertas políticas comunes (inmigración, terrorismo, etc.) y «de pronto, dar alguna sorpresa, yo creo que equivocadamente en este sentido». Y concluye: «tenemos que trabajar desde todas las instancias en la misma dirección». El Presidente Aznar comparó la negativa española a la extradición de mafiosos a Italia con la objeción que en su día formularon las autoridades belgas a extraditar a terroristas de ETA a nuestro país («Yo podría hacer algunos comentarios sobre lo que significa que un tribunal de un país de la Unión diga que en otro no hay garantías jurídicas suficientes»).

Lo cierto es que un tipo de reconvención como ésta dirigida por el Presidente del Gobierno al Tribunal Constitucional, inédita hasta ahora en nuestro país, me parece desafortunada. No es respetuosa con el principio de separación de poderes, ya de por sí con un centro de gravedad demasiado desplazado de hecho y de derecho a favor, precisamente, de la Presidencia del Gobierno (y entre cuyas potestades constitucionales no está, al menos por ahora, la de determinar qué debe o no interpretar el Tribunal Constitucional, ni la de recordarle sus «responsabilidades», ni la de indicarle la «dirección» de sus trabajos). Es peligrosa en la medida en que puede provocar o fomentar el descrédito público del Tribunal (y simétricamente del Estado de Derecho) por el titular de un órgano que, desde su privilegiada posición institucional, debe procurar justo lo contrario. No es acertada porque es crítica con un órgano jurisdiccional empleando argumentos políticos y no jurídicos. Por esta vía se *politiza* al Tribunal Constitucional y se socava su legitimidad. Por otro lado, la comparación con el caso belga no es de recibo. Las autoridades belgas se negaron en su momento a la extradición a España de presuntos terroristas etarras alegando que en España sufrirían un proceso político y que podrían ser objeto de malos tratos en las cárceles. Estos curiosos (y bastante trasnochados por cierto) argumentos nada tienen que ver con el serio y complejo problema que se plantea ahora por la posible lesión del derecho fundamental de defensa del imputado a consecuencia de haber sido juzgado sin su presencia.

La elegante negativa del Presidente del Tribunal Constitucional, D. Pedro CRUZ VILLALÓN, a contestar las declaraciones del Presidente del Gobierno recondujo el caso ante la opinión pública a su correcto marco institucional: «Habría que insistir en lo que es un tribunal de justicia, que debe resolver según el derecho de su país. Por tanto, creo simplemente que las decisiones judiciales hablan por sí solas y no soy yo quien debe comentarlas» (declaraciones efectuadas el 22 de junio).

del Tribunal Constitucional, España incomprensiblemente concedía un espacio de impunidad para la delincuencia organizada italiana, a la vez que daba lecciones sobre derechos fundamentales a un país que, como Italia, le lleva tres décadas de delantera en su protección y que es uno de los fundadores de las instituciones de la Europa democrática. Inicialmente se publicó que habría varios cientos de mafiosos residentes en la Costa del Sol y Baleares reclamados por las autoridades italianas, aunque más tarde se precisó que eran «sólo» 57 las causas pendientes. En el Parlamento, el principal grupo de la oposición, el Grupo Socialista, ha formulado una proposición no de ley instando al Gobierno español a «promover las reformas legislativas necesarias... que garanticen que en los casos de persecución de delitos graves o vinculados con la criminalidad organizada, en que la petición de extradición deba ser denegada por no otorgar el país requirente garantías de someter o haber sometido al reclamado a un juicio justo, la Jurisdicción española tenga competencia para el conocimiento de dichas causas»³. Los medios de comunicación españoles registraron profusamente la controversia, manifestando, por lo general, perplejidad y distancia hacia el resultado⁴ de las decisiones del Tribunal Constitucional, que han sido generalmente entendidas como un triunfo de los mafiosos reclamados sin éxito por su país⁵. Lo cual es en gran medida verdad, pues aunque hay que recordar que la negativa a entregar mafiosos se refiere a extradiciones ejecutivas o de condena⁶ y no a las de

3. BOCG-Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie D, n. 47, 19 de julio de 2000, pp. 25 a 29. La proposición del Grupo Parlamentario socialista pretende encontrar una solución de compromiso entre el respeto de los derechos fundamentales que ha llevado al TC a denegar la extradición de condenados por delitos graves en procesos contumaciales sin posibilidad de impugnación ulterior (cuya interpretación no cuestiona) con la necesidad de evitar la impunidad de los delitos, sobre todo los que están vinculados a la criminalidad organizada, impidiendo que España se convierta en un Estado-refugio de organizaciones criminales. Con independencia del buen propósito de la iniciativa, me parece bastante problemático que los tribunales españoles puedan juzgar hechos cometidos normalmente por italianos en territorio italiano a menudo mucho tiempo atrás (pues el acusado en España ya ha tenido que ser condenado mediante sentencia firme en Italia, con los problemas, además, derivados del principio de *ne bis in idem*).

4. Más que hacia los argumentos del Tribunal, que apenas salieron a relucir. Con una prensa que, salvo honrosas excepciones, aborda sutiles problemas jurídicos de un modo muy superficial (cuando no inexacto e interesado) el necesario debate en la opinión pública se empobrece muchísimo y, con ello, se perjudica gravemente la calidad del sistema democrático en su conjunto. La democracia es cuestión de ciudadanos bien informados, lo cual debiera presuponer informadores bien informados.

5. Podría señalarse como ejemplo significativo, entre otros muchos, la tronera de Antonio GALA en El Mundo (27 de junio): «El poder judicial está dando la murga, de arriba a abajo y viceversa. Cuando le viene bien, se la coge con papel de fumar; cuando no, palo y tentetieso... A ver si se entera de una vez que el procedimiento es sólo una vía para llegar al fin, que es lo que importa y lo que ha de ser justo» (por mi parte espero que ni el Tribunal Constitucional ni el Poder Judicial se dejen convencer de tan maquiavélico consejo). Javier PRADERA, desde El País (23 de junio), asume los argumentos críticos hacia la doctrina mayoritaria del Tribunal a partir de la opinión discrepante de D. Pedro CRUZ, Carlos DÁVILA, desde el ABC (2 de julio), ha relacionado calumniosamente el fallo del Tribunal con el hecho «palmario» de que los miembros de la Mafia «manejan dinero ingente que se filtra por los numerosos agujeros de nuestra práctica procesal, práctica —hay que recordarlo— que concluye a menudo en el Tribunal Constitucional». Con una fórmula indirecta que incurre en aquello mismo que dice pretender evitar, este último periodista afirma: «Otras indicaciones, como las que susurran la creciente prosperidad de algunos magistrados —los que poseen un sentido de Estado verdaderamente impresentable— no pueden siquiera apuntarse si no se acompañan de las correspondientes pruebas».

6. Aquella que supone la puesta a disposición de un individuo que ya ha sido enjuiciado penalmente e incluso condenado sin que llegara a cumplir la pena o la medida de seguridad impuesta.

proceso o imputado⁷ de modo que un reo que tenga otras causas pendientes podrá ser extraditado a Italia para hacer frente a la imputación de los hechos criminales aún no juzgados, lo cierto es que ya no tendrá que cumplir aquellas primeras condenas, impuestas a menudo por la comisión de delitos muy graves⁸. Por no mencionar los serios desajustes en punto a la exigencia de responsabilidad penal que han provocado las Sentencias del Tribunal Constitucional en favor de los delincuentes. Ahí está el caso Greco, por ejemplo, para demostrarlo⁹.

Ciertamente, el asunto en examen remite, desde el punto de vista político, a la urgente necesidad de revisar profundamente los tradicionales mecanismos de cooperación judicial entre los Estados, y particularmente los europeos. Las nuevas y complejas formas de delincuencia con sus ramificaciones internacionales y la facilidad de los desplazamientos en el interior de Europa provocan de hecho una auténtica libertad de circulación de los delincuentes. Con lo que se produce una inquietante paradoja: la caída de las fronteras para la libre circulación de personas en Europa robustece aún más las barreras derivadas de las diferencias penales y procesales que existen entre los Estados y de los obsoletos y rígidos mecanismos de cooperación judicial penal¹⁰. Precisamente para evitar un efecto perverso de la construcción europea como éste ha ido emergiendo en el seno de las instituciones comunitarias¹¹ lo que se denomina «tercer pilar» de la Unión, la cooperación en asuntos de justicia e interior, que se regula en el Título VI del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE). Por lo que se refiere específicamente a la extradición entre Estados miembros, un aspecto de la cooperación que se considera fundamental, el art. 31 b) TUE (antiguo art. K.3.b) del Tratado de Maastricht), invita a su *facilitación*. En este sentido se han aprobado en el seno de la Unión el Convenio sobre procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros, de 10 de marzo de 1995, cuando el reclamado consiente la extradición, y el Convenio de extradición entre los Estados miembros de 27 de septiembre de 1996, que están siendo ratificados todavía por los diferentes Estados. En la Exposición de Motivos

7. Que consiste en la entrega del sujeto al que se acusa de un hecho punible para ser enjuiciado por los tribunales del Estado requirente.

8. Lo que Domenico PAVIGLIANITI, por ejemplo, podría perfectamente considerar como el «regalo» aparejado a la estimación de su amparo por el Tribunal Constitucional suma dos condenas (que ya no tendrá que cumplir si España le extraditara a Italia) de 32 años, 2 meses y 15 días de reclusión y una medida de seguridad de vigilancia especial de un año.

9. Detenido en octubre de 1997 en España por una orden internacional de captura expedida por un tribunal de Palermo, después de que el Tribunal Constitucional le otorgara el amparo (STC 162/2000, de 12 de junio) y una vez que la Audiencia Nacional aprobara su extradición el 2 de agosto (para ser enjuiciado por otras dos causas pendientes), cuando la policía fue a arrestarlo de nuevo descubrió que se había fugado y en desconocido paradero sigue hasta la fecha (septiembre del 2000).

10. Paradoja advertida por Ignacio BLASCO: «El espacio europeo de justicia», en *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Ministerio del Interior, 2000, p. 59.

11. Se toma conciencia de este problema desde los años setenta. En el Consejo Europeo de Bruselas de 5 de diciembre de 1977, el Presidente francés Giscard d'Estaing propuso la creación de un espacio judicial europeo en materia penal. La cooperación judicial penal se situó inicialmente en lo que se denominó *zona gris* de la cooperación política, pero progresivamente se ha ido configurando como un ámbito de cooperación intergubernamental específico, sobre todo a partir del Tratado de Maastricht (donde se cataloga como de *interés común*) y del Tratado de Amsterdam.

del Convenio de 1996 se constata que los Estados miembros «tienen un interés común en garantizar que los procedimientos de extradición funcionen de manera eficaz y rápida», por lo que el Convenio se propone una «auténtica innovación» de la figura de la extradición sobre todo en relación con el terrorismo y la delincuencia organizada. Frente al régimen tradicional de la extradición, construido sobre la sospecha y la desconfianza¹², se expresa ahora «la confianza» que mutuamente se tienen los Estados miembros en cuanto al respeto a los principios democráticos y a las obligaciones del Convenio de Roma de sus respectivos sistemas judiciales¹³. Más aún. El Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, reunido en sesión monográfica para tratar de justicia e interior, ha considerado, en su Conclusión número 35, «que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de personas condenadas por Sentencia firme que eluden la justicia y sustituirse por el mero traslado de dichas personas»¹⁴. Obviamente, esta recomendación afecta de lleno al problema que estamos considerando, como ha sido advertido con celeridad por los gobiernos italiano y español, que, ante la inequívoca posición contraria del Tribunal Constitucional a las extradiciones de condenados en contumacia, están intentando la solución política del problema siendo pioneros en Europa¹⁵ en la aplicación de la Conclusión 35. Y así, uno de los acuerdos de la IX Cumbre hispano-italiana fue la creación de una Comisión mixta,

12. Según señala Valentín DUEÑAS («La cooperación judicial penal», en *El Tercer Pilar de la Unión. La cooperación en asuntos de justicia e interior*, Ministerio del Interior, 1997, p. 203), el régimen «clásico» de la extradición «fue una conquista del Estado liberal de Derecho» que sirvió para «enfaticar la protección del individuo en el Estado de refugio ante la desconfianza que merecían otros sistemas de justicia penal». El régimen «clásico» de la extradición «obligaba a realizar un paralelismo o simetría entre dos procesos, uno real, el que tiene lugar en el Estado requirente y otro ficticio, en el Estado refugio para comprobar que, en la hipótesis de que los hechos hubieran ocurrido en su territorio, sería posible encausar también allí a la persona que se reclama». Este régimen, con «la necesidad de la doble incriminación, la comprobación de la punibilidad concreta aplicando las reglas de prescripción del Estado requerido, el principio de especialidad, la no extradición de nacionales o la exclusión de delitos políticos», ha ido configurando «un régimen exorbitante de garantías en favor de la persona reclamada que en estos momentos supone un obstáculo a la cooperación que un Estado debe prestar a otro para que funcione la justicia penal».

13. De ahí la simplificación de procedimientos; el aumento del número de hechos y la reducción de la pena mínima exigida (seis meses) que pueden dar lugar a una extradición (art. 2); la excepción al principio de doble incriminación que se introduce en el art. 3 en relación con los delitos de conspiración y asociación con propósito delictivo (terrorismo, tráfico de estupefacientes, delincuencia organizada, etc.) para remediar la dificultad de los diversos países que no los tipificaban penalmente (por lo que se veían forzados a denegar la extradición en estos casos); la no consideración del terrorismo como delito político no extraditable en ningún caso (art. 5); la facilitación de la extradición por delitos fiscales que se lleva a cabo en el art. 6 (para intentar sortear los problemas que sobre ellos plantea el principio de la doble incriminación); la apertura de la posibilidad de extraditar nacionales (art. 7) o de extraditar a una persona aunque su delito o la pena hayan prescrito según la legislación del Estado requerido (art. 8), etc.

14. En esta misma Conclusión el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a que «ratifiquen con celeridad» los Convenios sobre extradición de 1995 y 1996, y a «considerar procedimientos acelerados de extradición, respetando los principios del juicio justo». El Consejo invita a la Comisión a que formule propuestas en este sentido, a la luz del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

15. El Ministro español de Justicia ha propuesto generalizar este modelo a todos los países de la Unión en la reunión informal del Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea de 28 de julio.

la cual ha mantenido un asombroso ritmo de trabajo procediendo a intensificar la persecución policial española de la criminalidad organizada italiana en España, a mejorar los canales de comunicación entre las fuerzas de seguridad de ambos países, a desbloquear las numerosas órdenes internacionales de detención preventiva pedidas por Italia para nacionales suyos residentes en nuestro país y, sobre todo, acordando, el 20 de julio, crear, a través de un Protocolo de Cooperación en materia de Extradición, un espacio común de justicia, seguridad y libertad entre ambos países, facilitando el procedimiento de extradición¹⁶. Se prevé en este sentido la figura de jueces de enlace para acelerar los trámites¹⁷.

De modo que la puerta cerrada a la extradición por la interpretación jurídica del Tribunal Constitucional parece haber producido el efecto colateral de favorecer la solución política del problema, precisamente en la dirección que marcan las últimas políticas comunitarias en el escenario de la construcción del tercer pilar de la Unión. Pero ello no autoriza tampoco a confundir los planos político y jurídico de este asunto, descalificando los argumentos jurídicos del Tribunal en función exclusivamente de razones de oportunidad política, por muy loables que éstas sean. Desde el punto de vista político resulta imprescindible incrementar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, para lo cual sin duda es inevitable establecer un nuevo régimen de extradición mucho más sencillo y flexible¹⁸. Está en la propia dinámica de la construcción europea

16. En la nota de prensa que sobre el Acuerdo hizo pública el Ministerio de Justicia español, se anuncia en titulares que «desaparecerá el procedimiento clásico de extradición» entre España e Italia, «se eliminarán las fronteras entre los dos países para la persecución de delitos» y «ambos países designarán un juez de enlace para agilizar la coordinación judicial». Cuando España o Italia reclamen a alguien por un delito de terrorismo, crimen organizado, tráfico de seres humanos, drogas o armas, o de abuso sexual contra menores, «se procederá a la localización y detención de la persona reclamada que será trasladada y puesta a disposición inmediata de la autoridad judicial, superándose el procedimiento clásico de extradición». España e Italia «rompen así las barreras que benefician a los delincuentes». Hasta que se alcance este objetivo, ambos países «se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para facilitar la tramitación de las solicitudes que se cursen entre España e Italia con independencia de la situación procesal y jurídica de la persona reclamada». Para lograr una más eficaz colaboración en materia de extradición, ambas partes «crearán un grupo de trabajo que realizará mensualmente un control del proceso de seguimiento de las órdenes cursadas y de su estado de tramitación». Este grupo estará integrado por «la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español y por la Dirección General de Asuntos Penales del Ministerio de Justicia italiano».

17. En relación con esta figura, hay que tener presente la Acción común de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión. La función de los magistrados de enlace (art. 2) es doble: por un lado, cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar, sobre todo a través de contactos directos con los servicios competentes y las autoridades judiciales del Estado de acogida, todo tipo de cooperación judicial en materia penal y, en su caso civil (y ello para incrementar la rapidez y eficacia de dicha cooperación —art. 1—); por otro lado, el intercambio de información.

18. Pero dudo que a pesar del anuncio un tanto precipitado de los Gobiernos español e italiano en sentido contrario, el mecanismo extraditorio pueda ser suprimido a corto plazo, o, más precisamente, el control judicial de la extradición. La jurisprudencia del TC y del TEDH insisten justamente en lo contrario. El tercer pilar comunitario remite a la creación de un espacio *judicial* europeo, no simplemente gubernativo. La propia Conclusión 35 del Consejo de Tampere al condicionar los objetivos de facilitación de la extradición que allí se relacionan al respeto del art. 6 TUE (cláusula de democracia y protección de los derechos fundamentales) está implícitamente llamando al control judicial de tal respeto.

que la desconfianza entre los Estados en el campo de la extradición vaya trocándose en confianza mutua. Pero desde el punto de vista jurídico, el *punctum dolens* no es la valoración de la oportunidad de la sentencia o de sus efectos políticos, sino el examen crítico de los argumentos que ha proporcionado el Tribunal para negar la validez constitucional de las extradiciones. Téngase en cuenta que la propia Conclusión número 35 del Consejo de Tampere condiciona la sustitución de la extradición de condenados por su mero traslado a «la conformidad con el art. 6 TUE», esto es, al respeto, entre otras cosas, de los derechos fundamentales y, en particular, tal como se garantizan por el Convenio de Roma. Así que, más allá del ruido político, mediático y diplomático, el problema jurídico (el único que debe ser considerado, en puridad, para evaluar lo decidido por el Tribunal Constitucional) es: ¿lesiona o no el derecho fundamental del acusado a estar presente en la vista oral la extradición de condenados por delitos graves juzgados en su ausencia en sus países, sin posibilidad de impugnación ulterior? A resolver este problema se dedican las páginas próximas, exponiendo primero los argumentos del Tribunal Constitucional y procediendo después a realizar un análisis crítico, a partir de los sugerentes argumentos que proporcionan los votos particulares de los magistrados D. Pedro Cruz Villalón y D. Manuel Jiménez de Parga a la STC 91/2000.

2. EXPOSICIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Son seis las Sentencias recientes del Tribunal Constitucional, todas ellas resolutorias de recursos de amparo, que deben considerarse: 141/1998, de 29 de junio, caso Borgobello; 147/1999, de 4 de agosto, caso Leone; 91/2000, de 30 de marzo, caso Paviglianiti; 134/2000, caso Cavallo; 162/2000, de 12 de junio, caso Greco¹⁹ y 163/2000, de 12 de junio, caso Peña. Están pendiente de fallo otros casos sustancialmente idénticos, que probablemente no aportarán nada a la doctrina establecida de modo muy firme por el Tribunal. De hecho, las tres últimas Sentencias citadas se limitan a aplicar los criterios que el Tribunal en Pleno sentó en la Sentencia del caso Paviglianiti, que es el *leading case* en esta materia. Por ello centraremos nuestro análisis en las tres primeras Sentencias mencionadas, las que han resuelto los casos Borgobello, Leone y Paviglianiti, prestando una especial atención, como es natural, a ésta última.

19. En esta Sentencia, el recurrente alegó también el menoscabo de sus derechos a no sufrir indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) como consecuencia de que los tribunales italianos que lo juzgaron habían acordado separar la posición del recurrente para enjuiciarlo con independencia de los demás implicados en los hechos que se le imputaban. El Tribunal Constitucional desestimó este argumento porque con su actuación, el órgano judicial italiano posibilitaba que en el caso de ser extraditado el proceso empezara *ex novo* en su presencia en calidad de imputado detenido (sin que cupiera apreciar que el órgano judicial italiano se hubiera formado un prejuicio contra él por el hecho de haber juzgado ya al resto de implicados en los mismos hechos delictivos).

A) STC 141/1998, DE 29 DE JUNIO, CASO BORGABELLO

El recurso de amparo impugnaba los Autos de la Audiencia Nacional²⁰ que consideraron procedente la extradición a Italia del recurrente, el ciudadano argentino Hugo Bernardo Borgobello, a quien se había condenado en ausencia por un asesinato en Milán a una pena de 19 años de prisión. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo al estimar que se había vulnerado la garantía fundamental de que la extradición sólo puede ser concedida en cumplimiento de un Tratado o de la ley (art. 13.1 CE: *nulla traditio sine lege*). En efecto, la Audiencia Nacional habría accedido a la extradición sobre la base de la disposición de un Tratado, el artículo 3 del título III, segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición, de 17 de marzo de 1978²¹, sin cuya aplicación al caso no hubiera sido posible acordar la entrega a las autoridades reclamantes, pero que estaba afectado por una retirada de reserva formulada por Italia que no había sido aún publicada oficialmente en España, por lo que no constituía derecho vigente en nuestro ordenamiento. En pocas palabras: el precepto internacional no era aplicable al caso porque todavía estaba en vigor la reserva italiana al mismo (ya que no había sido publicada en el BOE la retirada de la reserva), pese a lo cual la Audiencia Nacional lo aplicó, alegando «su conocimiento por otros medios»²². Más allá de la solución práctica alcanzada, el argumento permanente de la Sentencia Borgobello, que resultará capital en esta materia, es otro: el de las lesiones *indirectas* de derechos fundamentales del reclamado como consecuencia de la declaración judicial de la procedencia de una extradición²³. Es decir, «que las lesiones de derechos fundamentales que procedan de las autoridades extranjeras en el proceso penal de origen —lesiones ya producidas o el temor racional y fundado de que se produzcan en el futuro— podrían ser imputables a los Tribunales españoles que las conocieran y a pesar de ello autorizaran la entrega, porque en tal caso contribuirían bien a que el derecho fundamental ya quebrantado no fuera restablecido, bien a favorecer una

20. Cuya Sala de lo Penal es el órgano competente para conocer de los procedimientos judiciales de extradición, según el art. 65.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

21. Un artículo central en esta Sentencia y en las demás: «Art. 3. Sentencias en rebeldía. 1. Cuando una Parte Contratante pida a otra Parte Contratante la extradición de una persona con el fin de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuesta en virtud de una resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requerida podrá denegar dicha extradición si, en su opinión, el proceso que dio lugar a la Sentencia no respetó los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito. No obstante, se concederá la extradición si la Parte requirente diese la seguridad que se estimase suficiente para garantizar a la persona un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa. Esta decisión autorizará a la Parte requirente bien a ejecutar la Sentencia de que se trate, si el condenado no se opusiere a ello, bien en caso contrario, a proceder contra la persona objeto de extradición. 2. Cuando la Parte requerida comunicare a la persona cuya extradición se solicite la resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requirente no considerará esta comunicación como una notificación que produzca efectos con respecto al procedimiento penal en dicho Estado».

22. El órgano judicial español, tras concretar cuáles son esos «derechos mínimos de defensa» a los que alude el art. 3 del Convenio, concluye que sí fueron respetados en este caso por los tribunales italianos.

23. Obviamente, en la decisión sobre la procedencia de la extradición, el órgano judicial español puede violar *directamente* algún derecho fundamental del reclamado por sus propias acciones u omisiones.

futura lesión de los derechos fundamentales del extraditado, convirtiéndose así en autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado». La primera Sentencia del Tribunal Constitucional que ha acuñado esta noción de lesión indirecta ha sido la STC 11/1983, de 21 de febrero (caso Korkala)²⁴, de modo expreso en el voto particular de Tomás y Valiente²⁵. En la Sentencia 13/1994, de 17 de enero (caso D'Amico), el Tribunal ha recordado la Sentencia Korkala (con cita de la opinión de Tomás y Valiente) y su exigencia a las autoridades del país requerido de un «necesario cuidado... para velar por los derechos fundamentales del extraditado», incluso si esa vulneración no se ha producido todavía pero es esperable, pues dichas autoridades «se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento»²⁶.

El Tribunal Constitucional español ha apoyado también esta doctrina en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), a la que se ha autovinculado por mor del criterio de interpretación de los derechos fundamentales previsto en el art. 10.2 CE. El argumento europeo jugará un papel muy importante en la materia, como tendremos ocasión de comprobar, aunque no siempre ha sido empleado con el suficiente rigor. Específicamente, la obligación para las autoridades del Estado requerido de prevenir la posible vulneración de derechos del reclamado por parte del Estado requirente se establece en la Sentencia Soering de 7 de julio de 1989.

En la Sentencia Borgobello, el Tribunal Constitucional concreta algo más este examen constitucional o de protección de derechos fundamentales que corresponde a los órganos del Estado requerido. En primer lugar, deben comprobar que el Estado requirente otorgue «de iure o de facto análogos derechos a los reconocidos por nuestra Constitución», lo cual se cumple, obviamente, en relación con Italia. En segundo término, el examen habrá de ser más estricto en la extradición

24. Primera Sentencia en admitir la posibilidad de enjuiciar constitucionalmente en vía de amparo la concesión de las extradiciones (no por el art. 13.3 CE directamente, claro está, sino en relación con los derechos a la libertad y seguridad -17-, o de tutela judicial efectiva -24-). En el caso, el Tribunal no apreció lesión alguna porque la Audiencia Nacional había válidamente condicionado la extradición del señor Korkala a los Estados Unidos (donde había sido condenado en ausencia a una pena de 53 años de cárcel) a que fuera sometido a un nuevo juicio con las garantías precisas. Las opiniones de TOMÁS Y VALIENTE y de RUBIO LLORENTE discrepaban de la transformación que había operado la Audiencia Nacional de una extradición de condenado en otra de procesado, mutando con ello la *causa petendi* de la extradición y violando el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

25. En su voto particular, el magistrado TOMÁS Y VALIENTE formalizó la idea de que «la concesión de una extradición para que el extranjero extraditado fuera sometido al cumplimiento de una sentencia condenatoria pronunciada en un proceso en el cual no se hubieran respetado alguno de los derechos fundamentales... sería nula por contraria a nuestra Constitución, y para ello no sería obstáculo el hecho de que las vulneraciones directas contra los derechos fundamentales se hubieran cometido en otro país y por órganos jurisdiccionales del mismo, pues, constándoles a nuestros tribunales aquellas vulneraciones, no podrían acceder ellos a la extradición sin hacerse autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos fundamentales del extranjero extraditado».

26. Junto con el problema de la extradición de reclamados juzgados *in absentia*, la otra cuestión constitucional en materia de extradición que se ha suscitado en la jurisprudencia del Tribunal ha sido la de la posible prolongación excesiva de la prisión provisional simultánea al procedimiento de extradición. Ver las SSTC 11/1983, 11/1985 y 13/1994.

ejecutiva o de condenado que en la procesal o de imputado, porque «resulta evidente que las posibilidades de que el Estado requirente restaure el derecho fundamental eventualmente vulnerado son mucho mayores cuando el proceso penal no ha concluido todavía». Precisamente, todas las extradiciones cuestionadas ante el Tribunal Constitucional objeto de nuestra atención son ejecutivas o de condenado, por lo que el examen judicial deberá ser especialmente atento o exigente con el respeto de los derechos fundamentales del reclamado.

De la Sentencia Borgobello también cabe retener la precisión que en ella se realiza acerca del carácter del instituto de la extradición pasiva. Tras recordar que se trata de un procedimiento mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por el Estado requirente, el Tribunal, citando su doctrina²⁷, llama la atención sobre el hecho capital de que la decisión judicial de la extradición no decide acerca de la hipotética inocencia o culpabilidad del sujeto reclamado, ni se realiza un procedimiento condenatorio, sino que «simplemente verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado». Y, por tanto, siendo la extradición «un procedimiento que no tiene por finalidad la sanción penal de una conducta sino sólo hacer posible el proceso penal en otro Estado, no son trasladables miméticamente las garantías del proceso penal al procedimiento extraditorio».

B) STC 147/1999, DE 4 DE AGOSTO, CASO LEONE

Esta Sentencia estima el amparo solicitado contra los Autos de la Audiencia Nacional que declararon la procedencia de la extradición de D. Pedro Leone a Italia para cumplir una pena de prisión de 23 años por delitos de asesinato y tenencia de armas. Según el Tribunal, la Audiencia habría violado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías del recurrente debido a la falta de garantías del proceso en rebeldía celebrado en Italia²⁸. La Sentencia comienza observando las similitudes de este caso con el asunto Borgobello (STC 141/1998), pues «en ambos supuestos se trata de resoluciones dictadas en procedimientos de extradición solicitados por el Estado italiano de un súbdito condenado en un procedimiento celebrado en su ausencia», aunque también se cuida de señalar las «diferencias relevantes» que median entre ellos, de carácter *formal*²⁹ y

27. Sentencias 102/1997, 222/1997 y 5/1998.

28. La lesión habría sido doble: directa por no proporcionar una motivación suficientemente fundada en derecho e indirecta al acceder a la extradición a Italia, a pesar de la violación del derecho a un proceso justo del recurrente en el proceso celebrado en Italia contra él en su ausencia.

29. En este caso el recurrente no alegó en el procedimiento de extradición la vulneración de la garantía del proceso consistente en la ausencia de cobertura de Tratado o ley derivada de la falta de integración en el ordenamiento español de la retirada de la reserva al art. 2 del Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición por parte de Italia. Además, cuando se dictó el último de los Autos de la Audiencia impugnados la citada reserva ya había sido publicada y formaba parte del ordenamiento español. Y, finalmente, el Tribunal también da por válido el razonamiento de la Audiencia Nacional según el cual la Ley de Extradición Pasiva otorga suficiente cobertura normativa a

*materia*³⁰. En este caso, concluye el Tribunal, «no se trata de que la Audiencia Nacional haya declarado procedente la extradición en aplicación de un precepto que no formaba parte del ordenamiento jurídico español... sino que la Audiencia ha realizado una determinada interpretación de la Ley de Extradición... que le ha llevado a entender procedente la extradición³¹».

De modo que la cuestión que se plantea el Tribunal Constitucional es la de si las resoluciones de la Audiencia han lesionado directamente el derecho a la tutela judicial efectiva por no contener una motivación fundada en derecho, que exige tres elementos: motivación³², fundamentación en derecho³³ y, si hay conexión con otros derechos fundamentales, como es el caso³⁴, deber de motivación más reforzado. Pues bien, la Sentencia estima que los Autos de la Audiencia Nacional sí contienen una motivación, pero «no adecuadamente fundada en derecho» ya que «no se ajusta a los criterios constitucionalmente exigibles, siguiendo al respecto la jurisprudencia del TEDH, en materia de juicios penales celebrados en rebeldía». Efectivamente, el Tribunal sintetiza la doctrina aplicable de las Sentencias del TEHD Colozza (de 12 de febrero de 1985) y TC Italia (de 12 de octubre de 1992), que estimaron las pretensiones de los recurrentes por entender que los procesos en los

la extradición incluso si el Convenio no fuera aplicable (que lo es). De modo que, a diferencia de la Sentencia Borgobello, aquí el Tribunal sí aprecia la existencia de cobertura normativa suficiente para la extradición.

30. Tanto el fallo de la Audiencia como sus razonamientos serían «notablemente diferentes» a los que fueron objeto de examen por la Sentencia Borgobello, pues en este caso la Audiencia fundamenta su resolución en que en el proceso en que se condenó en rebeldía al recurrente quedaron garantizados sus derechos de defensa y en la idea de que, mediante «el recurso en el término» es posible la sustanciación del recurso de apelación y, por consiguiente, ello es equivalente a un nuevo juicio que, después de la extradición, se entendería que se celebraría en presencia del acusado.

31. La Audiencia Nacional declaró procedente la extradición «con la garantía de que el reclamado podrá, mediante el instituto de la restitución del término, impugnar la Sentencia para interponer recurso de apelación contra la misma». En el Auto, de 14 de abril de 1998, se argumenta la adecuación del proceso seguido en Italia con el derecho del acusado a estar presente en el proceso reconocido en el art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) porque «si el acusado conoció el proceso y se sustrajo al mismo por propia voluntad, debe entenderse renunciado su derecho a estar presente en el juicio y a la elección de letrado y si la ausencia fue involuntaria, la aplicación de la restitución en el término puede reconducir el proceso al grado de juicio no llevado a cabo, en este caso al grado de apelación, con lo que se elimina la irrevocabilidad de la Sentencia». Según la Audiencia, «el sistema procesal italiano, aún siendo manifiestamente distinto al nuestro y partiendo de otras premisas, es de una lógica rigurosa... permitiendo y facilitando, pero no obligando al acusado al ejercicio de su derecho de presencia en el proceso».

32. Es decir, la resolución «debe contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión».

33. El fundamento de la decisión ha de ser «la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia».

34. Por la implicación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), pues el recurrente alegó contra la extradición la vulneración de sus derechos de defensa en el proceso en el que fue condenado, y del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), ya que la declaración sobre la procedencia de la extradición tendrá como efecto en su caso el cumplimiento de una pena privativa de libertad.

cuales se les condenó en ausencia no habían respetado su derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH), por cuatro razones: (1.^a) El sistema de notificaciones al acusado de la apertura del procedimiento no se adecua a las exigencias del art. 6.1 CEDH, «por cuanto, al verificarse en el último domicilio conocido, no puede entenderse que se ha desplegado la diligencia exigible a un Estado Contratante para asegurar el disfrute efectivo de los derechos del art. 6 CEDH». (2.^a) Presumir la renuncia del acusado al derecho a ser asistido por letrado de su elección, nombrándole abogado de oficio, ante su incomparecencia en el proceso «no se ajusta a la exigencia de que la renuncia al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio debe realizarse de forma inequívoca». (3.^a) El riesgo de paralizar el ejercicio de la acción pública ante la imposibilidad de llevar a cabo juicios en rebeldía tampoco constituye razón suficiente para justificar una «pérdida total e irreparable del derecho a participar en la vista». Porque «cuando una legislación nacional autoriza el desarrollo de un proceso a pesar de la ausencia de un acusado... el interesado debe poder conseguir que una jurisdicción se pronuncie de nuevo, después de haberle oído, sobre los fundamentos de la acusación contra él, una vez que haya conocido la acusación». (4.^a) Y, por último, aunque los Estados Contratantes gozan de libertad para regular los medios para garantizar el art. 6.1 CEDH, «es necesario que los remedios ofrecidos por el Derecho interno se muestren efectivos y que no incumba al acusado probar que que no pretendía sustraerse a la justicia, ni que su ausencia se explica en un caso de fuerza mayor». A estos efectos, «el recurso a término», único remedio previsto en la legislación italiana, «no casa con los criterios enunciados más arriba... la jurisdicción competente no se puede pronunciar sobre la fundamentación fáctica y jurídica de la acusación sino en caso de que constate un fallo de las autoridades competentes en las reglas observadas para declarar al acusado *latitante* o para notificarle los actos procesales; de otra parte, incumbe al interesado demostrar que no quería sustraerse a la justicia».

A la luz de esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional interpreta que las circunstancias del caso en examen «son idénticas» a las que dieron lugar a las SSTEDH Colozza y TC Italia por cuanto «las notificaciones no se produjeron en el último domicilio conocido del recurrente, lo que dio lugar a que fuera declarado *latitante*³⁵ al no comparecer en juicio y a que, a partir de ahí se le nombrara abogado de oficio –sin existir renuncia inequívoca del derecho a elegir abogado– notificándosele a éste los actos procesales posteriores en estrados». Y, por ello, no puede compartirse la afirmación de la Audiencia Nacional de que los derechos a ser oído en juicio, a ser informado de la acusación y a la defensa de don Pedro Leone fueron respetados en el procedimiento italiano que dio lugar a su condena.

35. En el ordenamiento italiano es preciso distinguir la *irreperibilità* o situación del sujeto que no es hallado cuando hay que practicarle alguna notificación, la *latitanza*, cuando el sujeto se sustrae voluntariamente a la ejecución de una orden de captura o de arresto y la *contumacia*, situación en la que se halla el sujeto que, pese a conocer la existencia de un proceso pendiente en el que se le imputa la comisión de un delito, decide voluntariamente no asistir al mismo, sin que por ello se suspenda la celebración del juicio oral.

C) STC 91/2000, DE 30 DE MARZO, CASO PAVIGLIANITI

La Sentencia Paviglianiti³⁶ constituye el *leading case* en esta materia y en ella el Tribunal pretende aportar no sólo una solución general aplicable a los demás casos semejantes, sino también una fundamentación teórica de por qué hacerlo así. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo al entender que la autorización de la extradición del recurrente a Italia, concedida por la Audiencia Nacional, habría violado (indirectamente) su derecho a la defensa (art. 24.2 CE) ya que fue condenado a penas de prisión por delitos muy graves en su ausencia³⁷, sin posibilidad de impugnación ulterior que le permitiera estar presente en el proceso.

El Tribunal rechaza la violación alegada por el recurrente de sus derechos a no sufrir indefensión³⁸ (art. 24.1 CE), a que su extradición tuviera cobertura normativa (art. 13.3 en relación con 24.1 CE)³⁹, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa⁴⁰ (art. 24.2 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley⁴¹ (art. 14 CE). La misma suerte desestimatoria corrió la supuesta lesión indirecta de los derechos a no sufrir penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) y a la reinserción social de los condenados a penas privativas de libertad (art. 25.2 CE) debido al hecho de que la extradición podría dar lugar a la imposición de una pena de reclusión perpetua⁴². La cuestión central de la Sentencia cursa, pues, hacia el derecho de defensa del segundo apartado del art. 24 CE. La compleja (y no siempre ordenada) argumentación del Tribunal puede descomponerse en los siguientes pasos:

36. El recurrente, Domenico PAVIGLIANITI, es un miembro destacado de la N'Drangheta calabresa, con un currículo *profesional* difícilmente superable (e imaginable): 98 asesinatos consumados y 36 frustrados, además de los delitos de terrorismo, detención ilegal, receptaciones, falsificaciones, tenencia ilícita de armas, inhumación ilegal, amenazas, contrabando, etc.

37. La solicitud de extradición tenía once motivos, de los cuales dos eran órdenes para la ejecución de sentencias condenatorias dictadas en ausencia del reclamado (las penas eran de doce años, dos meses y quince días por un lado, y veinte años por otro), pero los otros nueve eran órdenes de detención por imputación de delitos aún no juzgados. El amparo concedido por el Tribunal se refiere únicamente a las dos primeras órdenes de extradición de condenado, no al resto de peticiones de extradición procesal.

38. El Tribunal hace observar que, aunque el art. 13.1 LEP fija un plazo de tres días para que el reclamado se instruya del expediente y formule alegaciones, el recurrente dispuso de más de un mes (y aunque la Audiencia denegó la ampliación del plazo, le permitió formular alegaciones fuera de mismo); además, la defensa del actor tenía ya conocimiento en gran parte de dicho expediente, toda vez que participó en la fase de instrucción.

39. Recuérdese que precisamente la falta de dicha cobertura fue lo que provocó el otorgamiento del amparo en el caso Borgobello (STC 141/98). En este asunto sí había cobertura pues la Audiencia apoyó la entrega no el Título III del Segundo Protocolo Adicional del CEE, sino en el art. 1 de tal Convenio.

40. La queja se refería a una sentencia italiana que aportó la defensa del recurrente en la vista ante la Audiencia Nacional (en la que se le condenaba a una pena de reclusión perpetua en un proceso celebrado en su ausencia), que el órgano judicial admitió, pero no ordenó traducir. El Tribunal Constitucional repara, sin embargo, en que la defensa del recurrente no acredita que hubiera defectos en este sentido, ni la relevancia que tal medio de prueba hubiera podido tener para la decisión de fondo. Además, la Audiencia sí la admitió.

41. Ya que la Audiencia ha motivado el cambio de criterio, condición que invalida la lesión de la igualdad en la aplicación judicial del derecho.

42. El Tribunal desestima este argumento porque el recurrente no ha aportado razones que desvirtúen la apreciación llevada a cabo por la Audiencia en el sentido de que la legislación italiana, incluso en el caso de la pena de reclusión perpetua (*ergastolo*) cumple las exigencias del art. 25.2 de la Constitución española. El recurrente tampoco demuestra que su eventual encarcelamiento indefinido carezca de posibilidades de atenuación y flexibilización.

A) La Sentencia reitera⁴³, en primer lugar, la posibilidad de una vulneración *indirecta* de derechos fundamentales por parte de los poderes públicos españoles cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras. Tanto en el caso de la extradición como en el de homologación judicial de sentencias dictadas por tribunales extranjeros por la vía del *exequatur*⁴⁴, los tribunales españoles han de pronunciarse sobre la validez constitucional de las resoluciones judiciales extranjeras.

B) Pero la pretensión doctrinal que el Tribunal muestra en esta Sentencia le conduce a preguntarse por el fundamento de estas *vulneraciones indirectas* de derechos, dado que, paradójicamente, «la apreciación de si los tribunales nacionales han vulnerado o no la Constitución se basa en una valoración previa relativa a si la actuación pasada o futura de los órganos de un Estado extranjero (no sometidos a la Constitución española) resulta o puede resultar vulneradoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución». Para ello, empieza recordando cómo en la Sentencia 13/1994, caso D'Amico, se aludía, en este sentido, sin mayor explicación, a los derechos fundamentales como «bases objetivas de nuestro ordenamiento» por lo que se imponen «a los poderes públicos de forma incondicionada». Es decir, el fundamento de las vulneraciones indirectas se hallaría en la especial fuerza vinculante de los derechos fundamentales. Pero aún faltaría por determinar en qué consiste el contenido vinculante de los derechos cuando se proyectan no hacia las propias autoridades nacionales, sino *ad extra*. En este punto, el Tribunal acuña el concepto de *contenido absoluto* de los derechos fundamentales, con los siguientes rasgos:

1.º) El art. 10.1 CE⁴⁵ expresa «una pretensión de legitimidad y de validez que, por su propia naturaleza, resultan universalmente aplicables»⁴⁶. De modo que «la Constitución española salvaguarda aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana».

43. Con apoyo en su propia doctrina, en los términos que ya hemos expuesto, así como en la tantas veces citada Sentencia Soering, en la que el TEDH ha declarado que el hecho de que el Convenio de Roma tenga un ámbito territorial determinado no excusa a los Estados de toda responsabilidad por las consecuencias previsibles que una extradición pueda entrañar más allá de sus fronteras. De modo que un Estado «no puede entregar a una persona sin convencerse de que las condiciones en el país de destino encajan plenamente con todas y cada una de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos».

44. La Sentencia se refiere también, de modo erróneo en mi opinión, a «la actuación extraterritorial de nuestras autoridades nacionales». En estos casos, sólo cabría una lesión directa de los derechos fundamentales por parte de las autoridades españolas y no hay intervención alguna de poderes públicos extranjeros pues aunque se produzcan geográficamente en territorio no español (por ejemplo, una embajada española en el extranjero o una nave o aeronave de pabellón español esté donde esté), sí es territorio español en términos jurídicos. La Sentencia confunde en este punto la noción geográfica de «territorio» con su concepto jurídico.

45. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

46. La regla del art. 10.1 CE implica que «en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (STC 53/1985), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre», constituyendo «un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» (STC 120/1990).

2.º) Para determinar cuáles son «esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente», se ha de partir:

(a) De su *contenido esencial*, para «precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos».

(b) De la *Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados sobre esta materia*, de acuerdo con el art. 10.2 CE⁴⁷. De ahí la importancia hermeneútica para el Tribunal Constitucional español del Convenio de Roma y de la jurisprudencia del TEDH sobre él.

3.º) Al contenido absoluto de los derechos fundamentales «no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos». Sólo «el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal». En el caso de los derechos previstos en el art. 24 CE, «no son, pues, todas y cada una de las garantías que hemos anudado (a dicho artículo) las que pueden proyectarse sobre la valoración de la actuación pasada o futura de los poderes públicos extranjeros, sino sólo sus principios básicos, o, dicho de otro modo, la esencia misma del proceso justo».

4.º) La noción de *contenido absoluto* sería conocida, aún sin ser llamada así, en la jurisprudencia del TEDH⁴⁸, y de los Tribunales constitucionales alemán (S. de 2 de junio de 1992) e, incluso, italiano (S. de 25 de junio de 1996) al declarar contrarias a sus respectivas Constituciones la entrega a los Estados Unidos de condenados a muerte.

C) El problema subsistente es, por tanto, si la autorización judicial española de la entrega del recurrente a pesar de que dos de las peticiones de extradición se fundamentan en sendas órdenes de ejecución derivadas de condenas por delitos graves dictadas tras un juicio en contumacia (indirectamente) lesiona o no el contenido absoluto del derecho de defensa del art. 24.2 CE cuando no es posible instar un juicio rescisorio contra la decisión de condena⁴⁹. Veamos por qué el Tribunal concluyó afirmativamente:

1.º) El análisis parte de la constatación de que el examen de las resoluciones judiciales sobre peticiones de extradición basadas en condenas dictadas en rebeldía

47. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

48. Caso Soering y otros: «El derecho a un proceso penal equitativo ocupa un lugar preeminente en una sociedad democrática y no queda, por tanto, excluido que una decisión de extradición pueda plantear un problema de vulneración del Convenio cuando el fugitivo haya sufrido o exista peligro de que sufra una flagrante denegación de justicia».

49. El Tribunal distingue este caso del asunto Leone (STC 147/99), ya que aquí no se cuestiona ni la incorrecta citación a juicio, ni la invalidez constitucional de no haber podido elegir abogado, ni la imposibilidad de recurrir la sentencia condenatoria dictada en primera instancia. Domenico Paviglianiti fue regularmente citado a la vista oral, se permitió la intervención en todo el proceso, también en la vista, del letrado de su elección e incluso recurrió la Sentencia, con éxito parcial.

tiene relevancia constitucional⁵⁰. Pero, a diferencia de casos anteriores, el que se analiza ahora «se refiere a una situación que no está legalmente prevista en nuestro ordenamiento procesal penal»⁵¹, ni siquiera para el juicio de faltas a pesar de la dicción literal del art. 797 LECr⁵².

2.º) En el ordenamiento jurídico español, y siguiendo «una tradición muy rotunda», se ha justificado la trascendencia constitucional del juicio en ausencia del acusado, ya sea voluntaria o no, en atención al derecho fundamental de que en todo proceso judicial debe respetarse a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes. Mucho más si se trata de un proceso penal⁵³, sobre todo en su fase plenaria⁵⁴. Tanto es así que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional «ha reconocido que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 CE».

a) Ello «constituye el punto de partida en la fijación del que hemos denominado *contenido absoluto* de los derechos fundamentales que necesariamente ha de proyectarse *ad extra*. En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral «no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidos a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria». Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio el acusado puede prestar o negar la conformidad de la acusación, convertir su declaración en un acto de defensa, interrogar a los testigos y ser examinado por

50. El Tribunal se remite a la STC 11/1983, caso Korkala, en la que denegó el amparo tras constatar que la entrega del reclamado, condenado en ausencia en Estados Unidos, había sido sometida por la Audiencia Nacional a la condición de que se celebrara un nuevo juicio de fondo; al ATC 204/1983, que rechazó la pretensión de amparo que alegaba indefensión al no haber acreditado el recurrente, respecto de la condena dictada en rebeldía, que en el derecho belga no rige el principio según el cual «si el acusado se constituye en prisión o es detenido antes de que la pena se extinga por prescripción, el juicio en rebeldía se anula y se procede a su celebración en forma ordinaria; y, finalmente, al ATC 780/1984, que examinaba una petición de extradición formulada por Italia.

51. En efecto, «la conformidad a la Constitución de la posibilidad del juicio penal *in absentia*, en causa por delito grave, no se ha planteado nunca ante (el Tribunal Constitucional) como fundamento de una pretensión de amparo, en tanto que las leyes procesales penales (españolas) lo prohíben terminantemente para hechos cuya pena privativa de libertad prevista sea superior a la de un año (art. 841 LECr), y en los demás supuestos en que la suspensión no es obligada y la ley permite celebrar el juicio oral sin la presencia del acusado (arts. 789.4 y 793.1 LECr), la eventual sentencia condenatoria queda sometida a la posibilidad de un posterior juicio rescisorio (art. 797 LECr)».

52. Pues en la STC 135/1997, ya se afirma que «las exigencias constitucionales del derecho fundamental a conocer la acusación y del derecho de defensa imponían, también en el juicio de faltas, la suspensión de la celebración de la vista oral, salvo que se tuviese constancia de que la citación hubiera llegado a conocimiento del acusado y, en todo caso, la necesidad de abrir siempre, frente a la condena dictada *in absentia*, la posibilidad de un juicio rescisorio».

53. En el que «se postula la actuación del poder del Estado en su forma más extrema y que puede implicar una profunda injerencia sobre el núcleo más sagrado de los derechos fundamentales».

54. En la que «se ha de practicar contradictoriamente la prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia para garantizar el equilibrio entre las partes acusadoras y acusadas y brindar al Tribunal amplios elementos de juicio para pronunciarse sobre las pretensiones ejercitadas».

éstos, coordinar la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del letrado y ejercer el derecho a la última palabra, que el Tribunal ha reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa (STC 181/1994).

b) Pero, además, el derecho del acusado a estar presente en el acto del juicio oral puede «inferirse inmediatamente» de los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del art. 14.1 y 3 del PIDCP y 6.3.c) del Convenio de Roma, tal como ha sido interpretado por el TEDH en bastantes sentencias. Según estos textos, el que ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado, limitándose el letrado a «asistirle» técnicamente.

3.º) El carácter *absoluto* del derecho del acusado a estar presente en la vista oral no comporta, sin embargo, la proscripción constitucional de toda condena *in absentia*. Porque, «en determinadas condiciones, atendiendo a intereses⁵⁵ que son dignos de protección, puede admitirse la condena en ausencia penal». Pero «lo que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE) es la condena *in absentia* sin la posibilidad ulterior de subsanar el déficit de garantías que la falta de presencia del acusado haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves... en tanto expone al extraditado a una 'flagrante denegación de justicia' según la expresión del TEDH». Más concretamente;

a) La reprobación que implica la condena por delito grave se halla referida a comportamientos tan perturbadores para la comunidad que degradan o anonadan la estima de que pudiera gozar quien los lleva a cabo, afectándole en su condición de sujeto de derecho y miembro de la comunidad.

b) Se descarga sobre el condenado, sin oírle personalmente, una sanción que recorta profundamente sus derechos más personales.

c) Se lesiona su dignidad si se tiene en cuenta la esencia comunicativa que como sujeto de derecho corresponde a la persona: ese núcleo de interpretación jurídica y por tanto de acción y expresión en que la personalidad consistiría radicalmente negado si se condenase en ausencia cerrando toda posibilidad de oír directamente en justicia al acusado de un delito muy grave.

4.º) En consecuencia, la presencia del acusado en el acto de la vista oral en el supuesto de procesos penales por delitos muy graves no sólo es un derecho fundamental del acusado, sino «una regla esencial del desarrollo del proceso», sin cuya concurrencia «la idea de un juicio justo es una simple quimera».

5.º) Frente a las tesis expuestas, el Tribunal rechaza, por último, tanto la idea de que la continuación del juicio sin posibilidad de audiencia y defensa posterior pueda constituir una sanción adecuada al incompareciente voluntario⁵⁶, como el

55. Entre ellos, el Tribunal menciona el cierre de la vía de prescripción de los delitos para abrir la más dilatada de las penas, la satisfacción de los daños y perjuicios causados por el delito, el aseguramiento documental de los medios de prueba cuya fiabilidad el tiempo puede perjudicar y su contribución a la prevención general y la restauración del orden jurídico perturbado por la infracción.

56. Ya que es cierto que el acusado «tiene el deber de comparecer al llamamiento del Tribunal y si no lo hace la orden de comparecencia puede transformarse en orden de detención», pero «cualquier otra sanción procesal que pretenda anudarse a la incomparecencia ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y, por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo».

argumento aportado por los Autos de la Audiencia Nacional impugnados de la renuncia tácita del acusado a ejercer su autodefensa al decidir de forma voluntaria no comparecer en el acto del juicio. La Sentencia no estima constitucionalmente correcta la tesis de la renuncia por dos razones:

a) Porque implícitamente atribuye a los derechos fundamentales del acusado una función secundaria, meramente limitativa del ejercicio del *ius puniendi* estatal y no, como es constitucionalmente obligado, la de ser principios determinantes del modo de enjuiciar.

b) Porque no puede aceptarse la tesis de que en casos de acusación por delito muy grave la incomparecencia no es sino una renuncia tácita al ejercicio del derecho de defensa y la continuación del juicio la adecuada reacción procesal a su inasistencia. No es necesario, señala el Tribunal, determinar aquí si estamos o no ante un derecho irrenunciable, pues, como sostiene el TEDH, la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos y, en el caso de los derechos procesales, precisamente por su naturaleza formal, ha de rodearse de un mínimo de garantías para no desnaturalizarla. Que es, precisamente, lo que ocurriría en este asunto, dado que al hallarse sometido el acusado a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia. No se está en presencia de una renuncia voluntaria del ejercicio del derecho de defensa, como sí ocurre, por ejemplo, en los casos en que estando ya a disposición del Tribunal para la celebración del juicio, el acusado, mediante su actitud pasiva, su silencio en la vista o por medio de alteraciones del orden de la sala decide no ejercitar sus derechos.

3. LOS VOTOS PARTICULARES DE LA STC 91/2000

Algunos de los argumentos que se aportan en los dos votos discrepantes que acompañan a la STC 91/2000 son, a mi juicio, más persuasivos que el razonamiento de la mayoría. Pero antes de pasar a explicar por qué, procede sintetizarlos.

A) VOTO PARTICULAR DE D. PEDRO CRUZ VILLALÓN

Considera el Presidente del Tribunal⁵⁷ que el recurso debió haber sido enteramente desestimatorio pues el actor no habría sufrido una vulneración de su

57. Un ejercicio indirecto y sutil de su función representativa de la institución parece atisbarse cuando afirma que a su juicio hubiera sido preferible que la Sentencia hubiera prescindido de toda polémica acerca de si era o no correcto el razonamiento de la Audiencia Nacional, ya que si el problema estaba en el modo de razonar y no en la conclusión que se alcanzó, el Tribunal Constitucional hubiera debido «devolver» el caso a la Audiencia, para que razonara correctamente, pero si, como era el caso, el problema era de fondo, es decir, que razonara como quisiera la Audiencia no cabe autorizar nunca

derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 CE). Comparte con la mayoría las ideas de una eventual vulneración «indirecta» de los derechos fundamentales por las autoridades españolas en los procedimientos de exequatur y extradición y la del contenido absoluto del derecho. Su discrepancia surge respecto de la exigencia en el caso, entendida como contenido absoluto del derecho de defensa, de un nuevo proceso como condición de la extradición. En su opinión:

1.º) La categoría de las «vulneraciones indirectas» debe someterse a una «relativización determinante» cuando «estemos ante Estados (como es el país reclamante, Italia) que desde hace medio siglo se encuentran integrados en una misma comunidad de derechos y libertades» (la del Consejo de Europa). Es más, Italia, lejos de acabar de ingresar, forma parte de ella desde su propia fundación». La referida relativización se impone por cuanto en estos casos la intervención de las autoridades públicas de un determinado Estado no es condición suficiente para que la vulneración indirecta se produzca. Por el contrario, «es necesario que haya fracasado ante el TEDH la pretensión de obtener la condena del Estado que supuestamente ha vulnerado o lo va a hacer de modo directo el derecho, algo que, desde luego, hasta el momento ni siquiera se ha intentado». En este mismo sentido, recuerda la STC 87/2000, de 27 de marzo⁵⁸, en la que se sostiene que «la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma, e Italia lo es, no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del TEDH, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio⁵⁹».

2.º) En cuanto a los dos criterios, el «interno» y el «internacional»⁶⁰, que proporciona la Sentencia para determinar el contenido absoluto del derecho, D. Pedro

la extradición incondicionada de ningún condenado en rebeldía a una pena grave, lo que el Tribunal debe determinar es si se vulneró o no el derecho fundamental, prescindiendo de si la explicación de la Audiencia es más o menos satisfactoria. Este razonamiento —que es difícil no compartir— suena a una inteligente petición de disculpas a la Audiencia Nacional.

58. En la que el Tribunal desestima el amparo de recurrente (un español) contra los Autos de la Audiencia Nacional que accedieron a su extradición a Italia (la acusación era la de estar implicado en una red de tráfico internacional de estupefacientes, participando en una operación de compra de 250 kilos de cocaína colombiana destinada al mercado italiano). El art. 3.1 LEP prohíbe la extradición de españoles (el art. 13.3 CE sólo por delitos políticos), pero el Convenio Europeo de Extradición lo permite, siendo la norma española de aplicación supletoria a dicho Convenio, por lo que la entrega del nacional a Italia no es arbitraria.

59. La Sentencia 87/2000 también se remite al hecho de que se haya aprobado en el seno del Consejo de Europa el Convenio sobre Extradición, cuya existencia «constituye al menos un indicio de la mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal necesaria a efectos de despejar los posibles recelos de desigualdad que el enjuiciamiento bajo las leyes de otro Estado puede suscitar».

60. D. PEDRO CRUZ considera más adecuado el criterio «internacional» que el «interno», de acuerdo con su identificación de los derechos fundamentales con «aquellos que son considerados como tales en la conciencia y cultura jurídicas en las que se inserta el Estado constitucional español» («Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, n. 25, 1989, pp. 35 ss.).

Cruz no cree que ninguno de los dos permita a la mayoría llegar a la conclusión que se alcanza:

a) Canon interno. La Sentencia intenta construir el contenido absoluto del derecho de defensa a partir de una tradición jurídica propia contraria a la condena en ausencia. Pero todas estas afirmaciones (en particular las que se vierden en la STC 137/1995) se refieren al *contenido esencial*, no a este otro contenido, claramente distinto, al que se ha denominado *contenido absoluto*. La insistencia en que se trata de una doctrina afirmada exclusivamente respecto de los delitos graves relativiza mucho una exigencia que se pretende configurar como absoluta.

b) Canon supranacional. Tampoco esta vía, tal como es utilizada, da como resultado la vulneración indirecta del derecho de defensa, pues de la doctrina del TEDH invocada por el Tribunal español (especialmente, la Sentencia Colozza) no puede inferirse que el Convenio de Roma imponga incondicionadamente la celebración de un juicio rescisorio en todo supuesto de condena en ausencia a una pena grave. En todo caso, el TEDH no ha exigido nunca la celebración de tal juicio en supuestos de comunicación suficiente de la acusación y adecuada asistencia letrada.

3.º) Pero es que la labor de indagación del contenido absoluto del derecho de defensa es innecesaria cuando exista una norma de ámbito supranacional, respecto de la que no se suscitan dudas de constitucionalidad, que aborda específicamente el problema de la extradición de los condenados en rebeldía en el marco del Convenio Europeo de Extradición, el art. 3.1 del Segundo Protocolo Adicional del CEE, ratificado por nuestro país sin reserva alguna. Este Convenio es «tratado internacional» en el sentido del art. 10.2 CE, por lo que está llamado a operar como pauta interpretativa de nuestros derechos. En otras palabras, existe un canon que permite identificar el contenido *transnacional* del derecho de defensa proyectado sobre el supuesto de las condenas en rebeldía con el fin de determinar si ha existido una vulneración indirecta del mismo. Pues bien, el art. 3.1 citado autoriza a denegar, por excepción, la extradición cuando, en opinión de la parte requerida, el proceso que dio lugar a la Sentencia no respetó «los derechos mínimos de defensa». Ahora bien, la extradición debe, a pesar de ello, tener lugar si la parte requirente da la seguridad que se estime suficiente para garantizar a la persona cuya extradición se solicita el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de defensa.

Por tanto, según el precepto internacional, que es el que debió aplicarse, la celebración del nuevo proceso del extraditado no es una consecuencia ineluctable de la condena en ausencia. Es necesario que el Estado requerido llegue a la conclusión de que no se han respetado «los derechos mínimos de defensa». En tal caso, desde luego, dicha parte puede denegar la extradición en tanto no reciba seguridad de que va a tener lugar un nuevo proceso del extraditado.

El problema, concluye D. Pedro Cruz, es que en este caso nuestras autoridades no han podido constatar vulneración alguna de esos derechos mínimos de defensa por la sencilla razón de que el demandante de amparo no la ha denunciado (y, por

el contrario, consta que dispuso de asistencia letrada de su elección y que obtuvo la estimación parcial del recurso interpuesto contra la condena dictada en la instancia). La única queja del demandante en este punto concierne a su no presencia en el juicio. Ahora bien, esta última circunstancia no opera en el marco de la norma que nos ocupa, la cual parte ya, como premisa o presupuesto, de una condena dictada en ausencia.

B) VOTO PARTICULAR DE D. MANUEL JIMÉNEZ⁶¹ DE PARGA, AL QUE SE ADHIEREN D. RAFAEL MENDIZÁBAL Y D. VICENTE CONDE

El Magistrado Jiménez de Parga razona las siguientes discrepancias con la Sentencia:

1.^a) La exigencia de un juicio rescisorio de fondo sobre el fundamento fáctico y jurídico de la condena en los casos de contumacia es una garantía que sólo tiene sentido pleno en el ordenamiento español⁶², y sin embargo «se intenta colocar en otra estructura, el ordenamiento jurídico italiano». Las garantías no son «exportables» automáticamente entre ordenamientos. Y, además, como se afirmara en la STC 141/1998, las garantías del proceso penal no son trasladables miméticamente al procedimiento extraditorio.

2.^a) Aunque el voto particular comparte con la mayoría de magistrados las ideas de la posible vulneración indirecta de derechos fundamentales del reclamado por los órganos españoles que deciden sobre la procedencia de la entrega y también del contenido absoluto de los derechos⁶³, no acepta, sin matiza-

61. Que reiterará en las Sentencias 134/2000, 162/2000 y 163/2000.

62. Pues «no cabe valorar una garantía jurídica fuera de su propio ordenamiento... una garantía en este o aquel ordenamiento siendo 'la misma' no es 'lo mismo'. Son entre sí homólogos, no son iguales ni tampoco distintas».

63. Si bien no estoy seguro de que la lectura que JIMÉNEZ DE PARGA verifica de este concepto coincida con el sentido con que fue acuñado en la Sentencia. Literalmente en el voto discrepante se lee: «Otro supuesto de la Sentencia es la distinción entre derechos de validez universal, los cuales se hallan reconocidos en nuestra Constitución y se proyectan *ad extra* por todos los lugares del orbe y los derechos *ad intra* cuya validez sería exclusivamente nacional. Se trata de otro modo de aproximarse a la diferencia de los 'derechos humanos' de los que son titulares todas las personas que habitan este planeta y los 'derechos fundamentales' que son aquellos que proporcionan fundamento y razón de ser a las diversas Constituciones». Parece, sin embargo, bastante claro que la noción de contenido absoluto se refiere en la Sentencia exclusivamente a *derechos fundamentales*, esto es, a los derechos reconocidos en el texto constitucional. Y aunque hiciéramos descender la noción de *derechos humanos* desde el cielo de la filosofía política o de la moral al Derecho Constitucional, nada autoriza a deducir de la Sentencia que el contenido no absoluto de los derechos fundamentales no pueda ser tan derecho humano como el contenido absoluto. Por otro lado, la Sentencia alude a «derechos absolutos» y también a «contenidos absolutos de derechos», pero lo cierto es que el caso se desarrolla en relación con la identificación del contenido absoluto del art. 24 CE (admitiendo implícitamente que se trata de un derecho absoluto). Sin embargo, el voto discrepante distingue más bien entre derechos absolutos y no absolutos, para inferir de ahí que estamos en presencia de la clásica distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, lo cual es conceptualmente problemático (cuáles son unos y otros, quién los distingue si el constituyente no lo ha hecho, etc.). Las tesis de D. Manuel JIMÉNEZ DE PARGA arroja aún más

ciones, que la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) sea utilizada para proyectar *ad extra* la garantía de la impugnación ulterior de la sentencia dictada en los casos de contumacia cuando el delito fuera castigado *in absentia* con pena grave. La dignidad de la persona debe utilizarse con sumo cuidado para sostener una tesis jurisprudencial, lo que no se ha hecho por el Tribunal en el caso al considerar afectada la dignidad sólo a partir de delitos castigados con penas graves⁶⁴.

3.^a) Tampoco se comparte la interpretación de los textos internacionales según la cual la defensa técnica o mediante abogado debe entenderse como un complemento de la autodefensa⁶⁵.

4.^a) El examen de las actuaciones pone de relieve que en este caso se han respetado los derechos fundamentales reconocidos al acusado⁶⁶.

5.^a) Italia forma parte de la Unión Europea, que acaba de aprobar la conclusión número 35 del Consejo de Tampere, con el objetivo de crear un espacio judicial europeo⁶⁷.

dudas teóricas sobre lo que entiendo es ya de por sí un concepto/niebla como el de derecho absoluto o contenido absoluto de derecho.

64. Sin embargo, todas las infracciones penales, incluidas las faltas, afectan a la dignidad personal, así como los mismos derechos fundamentales resultan afectados en todos los procesos penales, con independencia de que se juzgue en ellos delitos de mayor o menor gravedad. «Me hago cargo —escribe sutilmente el magistrado discrepante para explicar por qué el Tribunal concede tanta importancia a la gravedad de la pena para negar la validez constitucional de los juicios contumaciales— de que una sentencia estimatoria del amparo tenía que superar el obstáculo de la existencia en el ordenamiento jurídico español de juicios que pueden celebrarse sin la presencia del acusado». Se puede concluir que «la presencia física o personal del acusado no está exigida por el art. 24 CE... porque si lo estuviera tendríamos que declarar la inconstitucionalidad de los preceptos de la LECr que permiten la celebración del juicio oral sin la presencia del acusado en determinados supuestos». Un proceso celebrado en contumacia, pero con un abogado designado por el acusado que voluntariamente decide no asistir, a pesar de haber sido correctamente citado, «nos lleva a un terreno nuevo por el que, en el ordenamiento jurídico español, nos está vedado transitar y que la justicia italiana considera protegido por las garantías mínimas de los derechos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito».

65. «Entiendo que el acusado puede defenderse por sí mismo, estando personalmente presente en el juicio o por medio de un abogado de su elección, permaneciendo voluntariamente ausente». Lo que interesó a los redactores de los textos internacionales fue «la exigencia de la contradicción en los procesos penales... que es posible cuando el acusado, libremente, decide no acudir al juicio y otorga su representación a un defensor».

66. «Aunque la sentencia se pronunció *inaudita parte*, tuvo por causa la propia actuación del acusado el cual no sólo conoció la existencia del proceso sino que estuvo representado por los defensores que él mismo había designado, que no sólo estuvieron presentes en los debates celebrados ante el tribunal de instancia, sino que recurrieron la sentencia con un resultado parcialmente favorable, lo cual pone de manifiesto un ejercicio activo y eficaz de su derecho a la defensa».

67. «El Estado requirente, la República italiana, cuya capital es Roma, tiene establecidas unas garantías procesales cuestionadas en la Sentencia. El Convenio protector se hizo precisamente en Roma hace medio siglo, con una situación jurídico-político en España de la que no quiero acordarme. Mi opinión fue denegar el amparo y que el quejoso defendiese sus derechos en los tribunales italianos con recurso, en último término, al TEDH».

IV. COMENTARIO: UN RAZONAMIENTO SUSTANCIALMENTE COMPARTIBLE PERO UN FALLO DISCUTIBLE

Mi punto de vista coincide con el voto discrepante de D. Pedro Cruz Villalón: la STC 91/2000 y las tres siguientes, 134/2000, 162/2000 y 163/2000, debieron haber desestimado la pretensión de los recurrentes y, consecuentemente, haber confirmado la autorización de la extradición acordada por la Audiencia Nacional. El Tribunal Constitucional tendría que haber aplicado el art. 3.1 del Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición, que permite al Estado requerido denegar la extradición si no se han respetado en el Estado requirente «los derechos mínimos de defensa». Al no hacerlo así, porque tampoco los recurrentes lo solicitaron, el Tribunal no pudo constatar vulneración alguna de tales derechos mínimos de defensa. Esto contrasta con lo sucedido en la STC 147/1999 (caso Leone) en la que el Tribunal sí examina y estima la lesión de algunos de ellos: la imposibilidad de elección de abogado defensor, la carencia de vías de impugnación ulterior (negando que la *restituzione in termine* constituya un medio impugnatorio válido⁶⁸) o las notificaciones irregulares que el órgano judicial italiano efectuó al reclamante. En la Sentencia Paviglianiti y siguientes, el Tribunal Constitucional transformó subrepticamente el recurso de amparo en una suerte de autocuestión de inconstitucionalidad en la que contrastó la regulación procesal penal italiana de los juicios contumaciales en abstracto (más que su aplicación a los casos concretos) con el contenido esencial del derecho del acusado a estar presente en la vista oral, derecho implícito en el de defensa del art. 24.2 CE. La tesis de D. Pedro Cruz bastaría, pues, para resolver el asunto en sede judicial, pero no lo zanja, como es obvio, en el ámbito de la especulación teórica. Concretamente, es preciso aportar alguna justificación adicional de por qué se entiende que el Tribunal Constitucional hubiera debido utilizar como *ratio decidendi* en estos casos no el criterio de si la regulación italiana del proceso penal contumacial lesiona el contenido esencial del derecho fundamental de defensa reconocido en el art. 24.2 CE (que, en cuanto se proyecta *ad extra*, se convertiría en contenido absoluto), sino el canon mucho menos astrin-

68. La discusión entre Tribunal Constitucional y Audiencia Nacional respecto de si la *restituzione in termine* constituye o no un medio de impugnación válido de la Sentencia contumacial es un eje central de la STC 147/1999. Lo cierto es que el derecho italiano permite el remedio excepcional de la restitución en los plazos en los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor y también para que el imputado que no haya impugnado la Sentencia contumacial o no se haya pronunciado en contra de la condena pueda promover la impugnación o la oposición siempre que pruebe que no ha tenido efectivo conocimiento del procedimiento y la notificación de la sentencia ha sido mediante entrega de una copia al defensor (arts. 175 y s. del Código de Procedimiento Penal). La restitución en los plazos, que no puede ser concedida más de una sola vez para cualquiera de las partes en cualquier grado del procedimiento penal, se dispone por el juez que procede y contra su pronunciamiento negativo cabe el recurso de casación. Si se ha pronunciado ya sentencia condenatoria, el órgano judicial que decide (que es el competente para resolver sobre su impugnación) puede ordenar la excarcelación del condenado y también adoptar cuantas medidas estime necesarias para hacer cesar los efectos conexos al decurso inútil del primer plazo. Debe, en particular, a petición de parte y en cuanto sea posible, proceder a renovar los actos a los cuales la parte ausente tenía derecho a asistir (ver: Andrea Antonio DALIA y Marzia FERRAIOLI: *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Cedam, Padova, 2000 –tercera edición–, pp. 329 s.).

gente de si la aplicación de dicha normativa ha respetado «los derechos mínimos de defensa» a los que se refiere el art. 3.1 del Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición, de 17 de marzo de 1978, como condición para conceder la extradición de una persona solicitada por una Parte Contratante a otra «con el fin de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuesta en virtud de una resolución dictada contra ella en rebeldía».

El punto de partida del análisis es la admisión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la exigencia de que las autoridades del Estado al que otro país solicita la extradición de una persona presten el «necesario cuidado para velar por los derechos fundamentales del reclamado», mucho más si se trata de una extradición de condenado⁶⁹. De modo que, en caso contrario, la lesiones de derechos fundamentales (como el que tiene el acusado de estar presente en la vista oral) que procedan de las autoridades del Estado reclamante en el proceso penal de origen (ya producidas o que se puedan producir en el futuro) podrían ser *indirectamente* imputables a los órganos jurisdiccionales españoles que las conocieran y a pesar de ello autorizaran la entrega, porque «en tal caso contribuirían bien a que el derecho fundamental ya quebrantado no fuera restablecido, bien a favorecer una futura lesión de los derechos fundamentales del extraditado, convirtiéndose en autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado» (voto particular de Tomás y Valiente a la STC 11 /1983). Aceptada, por tanto, la posibilidad de una lesión indirecta de derechos fundamentales del reclamado por los órganos judiciales españoles competentes para autorizar su extradición (aunque no, al menos sin reservas, la doctrina del contenido absoluto de los derechos en que se pretende fundamentar a partir de la STC 91/2000), hay que introducir ahora algunas distinciones. Así, en relación con el resto de Estados miembros del Consejo de Europa, como Italia, obligados como nosotros por el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 y, más específicamente en la materia que nos ocupa, por el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, parece también difícil no compartir la necesidad de la «relativización determinante» de la categoría de las «vulneraciones indirectas de derechos fundamentales» a que se refiere el voto particular de D. Pedro Cruz. Mayores problemas plantea coincidir con que tal «relativización» deba implicar la condición de que fracase ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la pretensión de obtener la condena del Estado que supuestamente ha vulnerado o lo va a hacer de modo directo (en este caso, Italia) el derecho fundamental para que pudiera producirse una vulneración indirecta. Por las circunstancias más bien excepcionales de acceso al Tribunal Europeo, una tal condición levantaría un obstáculo casi insalvable al examen judicial español de las posibles lesiones indirectas de derechos, y, además, si bien otorgaría una gran seguridad en cuanto a la decisión a adoptar por los órganos del Estado requerido, es hasta cierto punto innecesaria porque ya existe un

69. También el Código de Procedimiento Penal italiano, en su art. 698, ordena denegar la extradición «cuando haya razones para creer que el imputado o el condenado será sujeto... a actos que violen algún derecho fundamental de la persona».

marco normativo y jurisprudencial europeo suficiente en materia de extradición y respeto de derechos fundamentales. Más bien, la necesidad de la «relativización determinante» debería conducir, en mi opinión, a que, cuando la extradición de un condenado se solicite por un Estado miembro del Consejo de Europa (mucho más si es también miembro de la Unión Europea), dadas la homogeneidad entre los ordenamientos que cabe presumir en relación con el respeto de los derechos fundamentales, el hecho determinante de que al procedimiento de extradición «no son trasladables miméticamente las garantías del proceso penal» (STC 141/1998) pues se trata de un procedimiento en el que *simplemente* se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada, y la posibilidad que tiene en última instancia el reclamado de acudir a los órganos de garantía del Convenio del Roma⁷⁰, la Audiencia Nacional y, en su caso, el Tribunal Constitucional, no deberían examinar si en el proceso en el que se le condenó se respetó el *contenido absoluto* de sus derechos de acuerdo con el parámetro español, sino su *contenido mínimo* de acuerdo con el parámetro europeo, que es, precisamente, el criterio previsto por la normativa aplicable. Obsérvese que la interpretación del Tribunal identifica implícitamente contenido «mínimo» con «esencial» y reserva «absoluto» para el mismo contenido «esencial=mínimo» proyectado *ad extra* en el examen judicial español de las solicitudes de extradición pasiva y en el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. La lectura que desde aquí se realiza distingue el contenido esencial del derecho del acusado a estar presente en la vista oral (vigente en el ordenamiento español *ex art. 24.2 CE*) y contenido «mínimo» de tal derecho, que se refiere a las facultades de las que debe haber dispuesto en todo caso el acusado según el derecho europeo y cuyo respeto es el que debe examinar el órgano judicial español para evitar una lesión indirecta de derechos fundamentales de un reclamado condenado. El contenido «absoluto», de existir como categoría jurídica, no sería el contenido «esencial» español sino el contenido «mínimo» europeo. El «contenido absoluto» del derecho a la defensa procesal estaría integrado por el conjunto de facultades que conforman el mínimo común denominador de dicho derecho en el ordenamiento del Consejo de Europa, y que debiera ser garantizado por todos los Estados europeos miembros, cualquiera que fuera su tradición. El Tribunal Constitucional tendría, pues, que preguntarse si la aplicación al caso concreto de la regulación italiana de los procesos contumaciales respetó los «derechos *mínimos* de defensa» del art. 6 CEDH (parámetro interpretativo, a estos efectos, por la vía del art. 10.2 CE, del art. 24 CE) y no por el contenido *absoluto* del derecho del acusado a estar presente en la vista oral reconocido implícitamente en el derecho de defensa del art. 24.2 CE. Todo ello nos fuerza a analizar, siquiera sumariamente, cuál es la regulación italiana aplicable (asunto que el Tribunal Constitucional examina un tanto superficialmente), cuál la europea (cuestión que el Tribunal no trata con el suficiente rigor) y si son o no compatibles (aspecto que las Sentencias eluden por completo, lo cual no deja de resultar paradójico porque, en este momento, ninguna sentencia del TEDH ha

70. Aunque, y esta es una idea importante, ello no supone un medio válido de «impugnación ulterior» de las Sentencias italianas en el sentido en el que se exige por el Derecho europeo.

declarado que la regulación italiana viole el derecho de la Convención de Roma, pero el TC sí lo ha hecho respecto de la Constitución española).

Para responder a las cuestiones apuntadas, se impone, por tanto, examinar la regulación italiana del juicio contumacial y los derechos mínimos de defensa que exige el derecho europeo para contrastarlos con aquélla.

A) LOS JUICIOS CONTUMACIALES Y EL DERECHO DEL ACUSADO A ESTAR PRESENTE EN LA VISTA ORAL EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

En el Derecho italiano, como en el nuestro, la presencia del inculcado en la vista oral se considera un derecho fundamental implícito en el más abstracto derecho «inviolable» de «defensa en todo estado y grado del procedimiento» del art. 24.2 de la Constitución Italiana. El Tribunal Constitucional italiano ha reconocido, incluso, que la presencia del imputado en la vista oral no sólo está impuesta por la tutela de su derecho subjetivo de defensa, sino también, desde una vertiente objetiva, por «la búsqueda de la verdad»⁷¹, aspecto importante que no ha sido mencionado sin embargo por nuestro Tribunal Constitucional⁷². De la jurisprudencia constitucional italiana emerge una comprensión del derecho de defensa que lo inserta en el ámbito más amplio del principio contradictorio⁷³ y cuyo contenido sería doble y complementario⁷⁴: por un lado, la defensa técnica proporcionada por la asistencia letrada, por otro, la autodefensa o derecho del inculcado de hacer valer las propias razones en juicio.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional italiano ha venido declarando desde la Sentencia número 59 de 3 de mayo de 1963, que la previsión de un juicio contumacial (regulado actualmente en los arts. 487-490 CPP) no es ilegítima porque «respon-

71. Sentencias 109/1974, de 23 de abril y 213/1974, de 9 de julio. Más adelante, profundizaremos en esta idea para explicar el carácter de «derecho/obligación» de este derecho fundamental en nuestro ordenamiento.

72. En la STC 91/2000 se alude tan sólo a que la presencia del acusado en la vista oral es «una regla esencial del desarrollo del proceso» como consecuencia de la grave violación de su derecho de defensa que supone juzgarle y condenarle en su ausencia (aunque también admite que no en todos los casos, como se recordará). En la jurisprudencia italiana la dimensión objetiva remite al hecho de que el inculcado es en sí mismo un medio de prueba para el esclarecimiento del hecho histórico delictivo que es el objeto del proceso penal.

73. Ya que «a la idea misma de jurisdicción es esencial la posibilidad de una contradicción entre las partes, entre acusación y defensa en el proceso penal» (A. NAPPI: «Contumacia nel diritto processuale penale», en *il Digesto delle Discipline Penali*, UTET, Torino, 1989, t. III, p. 145). En el proceso acusatorio de partes, la presencia activa del imputado en la vista oral juega un papel esencial e insustituible. La contraposición dialéctica entre acusación y defensa, con el consiguiente papel de árbitro y garante de las reglas por parte del juez (que carece de poderes inquisitivos para la investigación y obtención de pruebas), la centralidad de la vista oral, momento decisivo para la adquisición de las pruebas y, en sustancia, la naturaleza y la propia finalidad del proceso penal presuponen e imponen el riguroso aseguramiento de las condiciones dirigidas a garantizar la presencia del imputado en el debate. (Giuseppe GIANZI: Voz «Contumacia (Derecho procesal penal)», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1962 (actualización de 1997), p. 443).

74. Pues «la defensa técnica es indispensable para ofrecer efectivo apoyo a la autodefensa y la defensa técnica se reduciría a mera formalidad si la parte no estuviese dotada de reales poderes defensivos» (V. CRISAFULLI y L. PALADIN: *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, p. 173).

de a la exigencia de evitar que el ejercicio de la jurisdicción penal pueda paralizarse por las maniobras del imputado» y puesto que «todo el juicio contumacial no comporta restricción alguna de la defensa del imputado en cuanto la contumacia no está ya relacionada con aquel desfavor que en otro tiempo la rodeaba pues al contumaz se le reconocen los mismos derechos de que goza el imputado presente»⁷⁵. En este sentido, se ha hecho observar⁷⁶ cómo el instituto de la contumacia ha sufrido «profundas transformaciones» en la nueva ley procesal italiana (22 de septiembre de 1988) a fin de cumplir «la primaria exigencia de salvaguardar en el proceso el papel del imputado como sujeto activo de la dialéctica procesal». Se ha regulado con mayor rigor la formulación de las reglas a las que se subordina la declaración judicial de la contumacia, en especial los actos de comunicación para que las partes «sean puestas en condiciones de conocer la acusación y de poder determinar libremente comparecer en la vista». Y una vez que se ha declarado la contumacia, diversas disposiciones reconocen al imputado que comparece tardíamente la posibilidad de ser reintegrado en sus derechos y facultades procesales, a la vez que se le reconoce la posibilidad en toda fase y grado del proceso, incluso en sede ejecutiva, de «hacer sentir su voz y de rendir la declaración (art. 494 CPP) que estime oportuna para su defensa».

Por otro lado, así como en el proceso penal la defensa técnica mediante letrado es obligatoria, la autodefensa no lo es; «se trata más bien de un derecho, cuyo ejercicio el imputado puede rehusar»⁷⁷. En el derecho italiano, por consiguiente, la participación del acusado en la vista oral se halla ligada a la elección de su propia estrategia defensiva, que requiere, eso sí, la previa información idónea de la celebración del proceso. Así se concluye de modo terminante de la lectura de la Sentencia del TC número 9 de 1982, de 1 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad del art. 428.1 del CPP anterior al vigente⁷⁸. El Tribunal comienza recordando su doctrina acerca del derecho de autodefensa sancionado por el art. 24.2 CI como derecho del imputado, distinto del paralelo derecho de defensa técnica⁷⁹. Particularmente en relación con la vista oral, el fundamento jurídico tercero se refiere a la garantía del contradictorio como «condición esencial del modelo acusatorio de justicia penal», garantía que significa que «la ley debe asegurar a las partes y, por lo que aquí interesa, al imputado, la posibilidad de participar en el debate mediante el ejer-

75. Ver: Metello SCAPARONE: Comentario al art. 24 CI en el *Commentario della Costituzione* (dir.: G. BRANCA), Zanichelli, 1981, p. 109.

76. G. GIANZI, *ob.cit.*, pp. 444 ss.

77. Ver V. CRISAFULLI y L. PALADIN, *ob.cit.*, p. 177.

78. El TC declaró inconstitucional dicho precepto porque impedía al juez suspender la vista oral si el imputado, una vez que hubiera sido ya interrogado, no compareciera a la vista por un impedimento legítimo. A juicio del Tribunal, el art. 24.2 CI garantiza al imputado su participación en la vista oral desde el principio hasta el fin de la misma, como expresión del derecho a la defensa personal, *al cual puede renunciar sólo por libre elección* (cursiva mía). Por eso la ausencia del imputado en la vista oral sólo puede suplirse mediante la defensa técnica si el acusado renuncia a la autodefensa y a comparecer por sí mismo.

79. Concretamente, la STC n. 205 de 1975: «La autodefensa mediante las respuestas al interrogatorio y, en general, las declaraciones son ciertamente un derecho primario del imputado garantizado por la Constitución, inmanente en todo el iter procesal, desde la fase instructoria a la de juicio, en la que el imputado debe tener la última palabra».

cicio de la actividad defensiva, con la consecuencia de que sólo la explícita o implícita renuncia voluntaria del imputado a presenciar la vista oral, en cuanto expresión de su libre e incoercible elección defensiva puede justificar, en el plano constitucional, la limitación del contradictorio que en tal modo se actúa». Este sería el criterio que inspiraría la normativa italiana en esta materia⁸⁰, ya que «se excluye el juicio contumacial cuando se prueba que la ausencia del imputado se debe a la absoluta imposibilidad de comparecer por un impedimento legítimo», o si no se ha producido «regularidad en las notificaciones», o si no es representado mediante defensor a todos los efectos. El proceso contumacial se fundamenta en «la libre voluntad del imputado de no participar en la vista». La posibilidad, admitida sin fisuras por el máximo órgano de interpretación constitucional italiano, de que el acusado renuncie a estar presente en la vista oral llega hasta el punto de que el Tribunal, en su Sentencia n. 301 de 1994, de 15 de julio, ha declarado inconstitucional una disposición del Código militar de procedimiento penal (art. 365.1 y 2) que obligaba al imputado a comparecer personalmente en la vista, sin permitir, a diferencia de lo previsto en el Código de procedimiento penal (art. 488.1 CPP), su solicitud o consentimiento para que la vista se desarrollara en su ausencia. Asumiendo la doctrina de la Sentencia número 9 de 1982, el Tribunal concluye que «la libre participación personal en la vista oral constituye una garantía para el imputado, que está sujeto al proceso y a la potestad punitiva que en él se expresa, pero que no necesariamente debe colaborar a su desarrollo. Manifiesta también una elección defensiva que como tal es protegida y no puede ser configurada como obligatoria o coercible salvo que la presencia del imputado sea necesaria por las particulares necesidades del juicio, como, por ejemplo, que diversos actos probatorios requieran la presencia del imputado». En consecuencia, «la transformación del *derecho* de estar presente en la vista oral en *obligación* de comparecer personalmente a la vista oral de los tribunales militares, sin que en ningún caso el imputado pueda solicitar o consentir que el debate oral se realice en su ausencia, no responde a las particulares necesidades del proceso⁸¹». En otras palabras, según el Tribunal Constitucional italiano, el derecho de defensa comprende también la facultad de no comparecer a la vista oral sin que esto impida su celebración. En Italia, la comparecencia del acusado en la vista oral no es, en principio, una obligación, sino un derecho, a diferencia de lo que ocurría en tiempos pasados, cuando «la participación del imputado en el proceso constituía una obligación cuya violación, que constituía un ilícito sancionado de varios modos, comportaba una presunción de culpabilidad» (Nappi⁸²).

80. La Sentencia se refiere, obviamente, a la normativa procesal penal anterior a la vigente, pero puede predicarse, incluso más ajustadamente, de la esta última en la medida en que se han reforzado los derechos del acusado, sobre todo por lo que a los actos de comunicación se refiere.

81. Sino a una finalidad de «ejemplaridad», ya superada, del proceso penal militar.

82. *Ob.cit.*, p. 145. Ennio CORTESE (voz «Contumacia (derecho romano)» en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1962 (actualización de 1997), pp. 449 y s.) observa cómo la contumacia se perfila en sus orígenes en el Derecho Romano «como la consecuencia procesal de un acto de insubordinación de una parte frente a la autoridad pública que, en la cognición extraordinaria, ha avocado para sí la función jurisdiccional». La propia raíz etimológica de la palabra da cuenta de este origen: *contemnere* significa «despreciar, desdeñar, postergar». Desde la Edad Media la contumacia equivalía a una *praesumptio confessionis*.

Ésta es, en síntesis, la concepción constitucional dominante en Italia sobre el derecho del acusado a estar presente en la vista oral y el consecuente marco constitucional y legal de los juicios contumaciales. Ciertamente, responde a una visión distinta y muchísimo menos restrictiva de la contumacia que la española, aunque también se reconoce como fundamental el derecho del imputado a estar presente en el proceso, particularmente en la vista oral, como manifestación del derecho de defensa, presupuesto a su vez del principio contradictorio que es central en la arquitectura del proceso acusatorio. El hecho diferencial por antonomasia de la concepción italiana es la consideración de que la decisión libre y voluntaria de no comparecer en el proceso por parte del acusado es en sí misma un ejercicio de su derecho de defensa. Recuérdese, sin embargo, que la STC 91/2000 despacha con rapidez la corrección de la tesis de la renuncia del ejercicio del derecho basándose en que ello implícitamente atribuiría a los derechos fundamentales del acusado una función secundaria, meramente limitativa del ejercicio del *ius puniendi* estatal, y en que no puede aceptarse la tesis de que en casos de acusación por delito muy grave la incomparecencia no es una renuncia tácita al ejercicio del derecho de defensa (como sí ocurre, por ejemplo, cuando el acusado, presente en la vista, guarda silencio) pues, de ser posible, la renuncia al ejercicio de cualquier derecho ha de ser expresa y mucho más en el caso de los derechos procesales, y, sobre todo, dado que la comparecencia implica normalmente una constricción (el ingreso en prisión del acusado) no cabe otorgar a su falta valor de renuncia. Estos argumentos no me parecen del todo convincentes porque, a la luz de lo expuesto, según la interpretación más autorizada de la doctrina y la jurisprudencia italianas, cabe entender que la decisión del imputado de no comparecer a la vista *no supone una renuncia por su parte al ejercicio del derecho que le asiste, sino, por el contrario, una manifestación tan válida como cualquier otra (comparecer y participar activamente en su propia defensa, comparecer y guardar silencio, etc.) de dicho ejercicio*. En suma, el derecho a comparecer comprende la facultad de no hacerlo. Esta concepción choca con la vigente en nuestro país (donde el derecho fundamental a comparecer es también una obligación), pero sólo por eso no se puede concluir que aquélla sea inválida y ésta correcta. El argumento de que el contumaz no es totalmente libre para tomar la decisión de comparecer o no pues en caso de hacerlo le aguarda muy probablemente la prisión preventiva debe balancearse con las ideas de que también la decisión judicial de esa medida cautelar, como de cualquier otra, está sujeta a límites y rodeada de garantías constitucionales y legales en favor del justiciable, así como la de que el presunto delincuente debe descontar el hecho cierto de un ejercicio más eficaz de su defensa de la posibilidad negativa para él de la aplicación de medidas cautelares.

La conclusión que podría alcanzarse por ahora es que la concepción italiana del derecho del acusado a estar presente en la vista oral (y del consecuente marco legal de la contumacia) es distinta pero, en principio, tan respetuosa con las garantías procesales exigibles como la española. Mucho más si se tiene en cuenta que expresamente la reforma de las reglas del juicio contumacial en la nueva ley procesal penal italiana de 1988 se ha propuesto adecuarlas a los criterios y fuentes

internacionales y, más específicamente, europeos⁸³. Insisto, por tanto, en que el método empleado por el Tribunal Constitucional español de medir la legitimidad de los procesos contumaciales italianos de acuerdo con el parámetro patrio (a la vez que se ha considerado la regulación italiana sólo de un modo superficial e incompleto) no es el más adecuado. El Tribunal hubiera debido enfrentarse a la cuestión de si la regulación italiana de la contumacia, en las condiciones concretas de cada caso, cumplía las garantías mínimas de defensa que cabe deducir del derecho europeo aplicable tanto en Italia como en España. Ello nos conduce derechamente al análisis de tales garantías.

B) LOS «DERECHOS MÍNIMOS DE DEFENSA» DEL CONDENADO EN CONTUMACIA Y RECLAMADO PARA SU EXTRADICIÓN EN EL DERECHO EUROPEO

El parámetro europeo de los «derechos mínimos de defensa» del reclamado para extradición y condenado en contumacia está integrado por el art. 6.3.d) del Convenio de Roma, tal y como viene siendo interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (una disposición de ámbito supraeuropeo, pero ratificada por Italia y España), y la Resolución (75) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de mayo de 1975, «sobre criterios a seguir en el proceso en ausencia del inculpado»⁸⁴. El art. 14.3.d) PIDCP reconoce de modo expreso el derecho de toda persona acusada de un delito a «hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección»⁸⁵. Aunque el art. 6.3.d) CEDH no contempla expresamente esta garantía, el TEDH ha entendido que el derecho del acusado a estar presente en la vista oral «se deduce de la estructura misma» del derecho a un proceso equitativo del art. 6 CEDH, pues el ejercicio de las garantías tipificadas

83. Así, en la *Relazione* al proyecto preliminar del Código de Procedimiento Penal se lee que la disciplina de la contumacia «ha tenido necesariamente en cuenta las previsiones de la Convención de Roma, así como las recomendaciones contenidas en la famosa Resolución n. 11 de 1975 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa». Diversas Sentencias del TEDH anteriores al nuevo Código, con la Sentencia Colozza a la cabeza, habían condenado a Italia por diversas deficiencias en la protección legal del derecho procesal de defensa. El nuevo Código de Procedimiento Penal se ha redactado, por lo que dice al juicio contumacial, bajo un cierto «síndrome Colozza». Giulio UBERTIS («Contumacia e assenza tra vecchio e nuovo Codice di Procedura Penale», *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, 1987, p. 841) llega a afirmar que «sólo por la indirecta influencia proveniente del ámbito internacional el legislador italiano comenzó a sensibilizarse por la temática de las garantías a establecer en la hipótesis de juicios orales sin la presencia del imputado».

84. Se trata de una recomendación no vinculante para los Estados miembros, cuyo propósito es la búsqueda de una política común. A pesar de su importancia para la correcta solución de los casos planteados, el Tribunal Constitucional no la ha tenido en cuenta (ni siquiera para, discutiblemente, descartarla como parámetro de interpretación del derecho constitucional de defensa, *ex art.* 10.2 CE; por no ser «tratado o acuerdo internacional»).

85. Junto con otras garantías que presuponen esta comparecencia, como la de «disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección» (art. 14.3.b), o la de «interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo» (art. 14.3.e).

en dicho precepto «difícilmente podría concebirse» si no existiera un derecho como aquél⁸⁶.

El reconocimiento del derecho del acusado a estar presente en la vista oral en estos textos internacionales obliga a los Estados contratantes a garantizar, de modo efectivo, en sus legislaciones internas la posibilidad de hacer valer ese derecho, pero no impide, en principio, que se permita al acusado (al modo italiano) elegir entre comparecer o no (siempre que se le garantice que pueda hacerlo en cualquier momento del proceso), ni tampoco que se le obligue a comparecer (al modo español)⁸⁷. De hecho, un análisis comparado de cómo resuelven el problema de los procesos en ausencia del imputado los países de nuestro entorno, revela dos diferentes modelos⁸⁸: uno de ellos (sistema francés⁸⁹) admite que la vista oral pueda desarrollarse en contumacia, pero prevé, en el caso de la posterior comparecencia del inculpado, un remedio *purgativo* para anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al mismo grado en el que ésta fue dictada; el otro (sistema alemán⁹⁰ y, con matices, español) excluye el juicio contumacial, imponiendo en el

86. Sentencia Colozza c. Italia, de 12 de febrero de 1985. El catálogo de garantías esenciales de un proceso equitativo es semejante al del art. 14.3 PIDCP: derecho a ser informado inmediatamente de la acusación en lengua que comprenda (6.3.a), a disponer de tiempo y facilidades necesarias para la preparación de la defensa (6.3.b), a defenderse a sí mismo o a tener la asistencia de un defensor (6.3.c), a citar e interrogar a los testigos (6.3.d), etc.

87. De la misma opinión, Daniela VIGONI: *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Cedam, Padova, 1992, p. 6.

88. Ver: Paolo MOSCARINI: *La contumacia dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 495 ss.; Daniela VIGONI, *ob.cit.*, pp. 7 ss.; Giulio UBERTIS: «Contumacia e assenza tra vecchio e nuovo Codice di Procedura Penale», en *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, 1987, pp. 829 ss. y José GARBERÍ LLOBREGAT: *La ausencia del acusado en el proceso penal. Especial referencia al proceso penal abreviado (LO 7/1988, de 28 de diciembre)*, Colex, Madrid, 1992, pp. 18 ss.

89. En Francia, el principio general en materia de celebración de juicio oral es la obligación del acusado de comparecer (art. 410 Code de Procédure Pénale). Pero, a diferencia de otros ordenamientos, a esta obligación no le corresponde una prohibición de proceder sin el imputado, ya que ese mismo precepto establece que el imputado citado regularmente y que no se presente en el día señalado para la vista, sin aducir un impedimento válido, «será juzgado contradictoriamente». El proceso *par contumace* francés ofrece diversas objeciones desde el derecho de defensa del acusado (algunas de ellas, como veremos, ya censuradas por el TEDH, como la del caso Poitrimol c. Francia, de 23 de noviembre de 1993), pues, por ejemplo, en el caso de que la sentencia sea condenatoria, al órgano judicial no se le consiente aplicar los atenuantes (art. 632), ni cabe el recurso de casación (art. 636), y se establecen diversas limitaciones para la defensa técnica. La eventual condena es una decisión definitiva, pero sometida a una condición resolutoria que se sigue del simple hecho material de que el condenado comparezca o sea arrestado antes de que prescriba la pena. En ese caso, se produce la *purge*, la anulación de la sentencia (art. 639) y de todos los efectos de la condena, y la celebración de un nuevo proceso con la presencia del acusado.

90. Un principio fundamental del proceso penal alemán es el de ser escuchado por el Juez (art. 103.1 LFB). A este derecho corresponde un verdadero y propio deber: el imputado, por principio, no puede renunciar a presentarse en juicio. Todo esto comporta la exclusión del proceso contumacial y el deber de la autoridad judicial de asegurar, incluso coactivamente, la presencia del acusado en el juicio. También se prevén algunas excepciones a la regla de la presencia necesaria (arts. 231a-233 de la *Strafprozessordnung*) que son supuestos de «ausencia», pero no de «contumacia» —no permitida por el ordenamiento alemán—: en caso de un imputado incapaz; por motivos disciplinares; en el supuesto de que, después de haber sido regularmente citado con aviso de la posibilidad de que puede proceder en su ausencia, y sean previsibles únicamente penas pecuniarias; etc.

caso de incomparecencia del acusado, la suspensión del proceso⁹¹. Ambos criterios pueden también combinarse (como hacen los sistemas anglosajones⁹²), estableciendo la obligación de comparecer según la gravedad del delito objeto de la acusación y en ciertos momentos decisivos y dejándola como facultativa en los demás casos.

Ahora bien, de este examen comparativo se puede concluir que aunque son varias las soluciones propuestas al problema de la contumacia del imputado, el presupuesto común en todas ellas, menos precisamente en la italiana (donde es considerada «como una verdadera forma de ejercicio de un derecho subjetivo del justiciable»⁹³), es que el imputado tiene el derecho fundamental de comparecer pero también la obligación de hacerlo⁹⁴, sobre todo en el juicio de primer grado⁹⁵. De modo que, tanto por el debilitamiento que inevitablemente provoca en los principios del *fair hearing* un juicio contumacial, como por el interés de una correcta administración de justicia, la contumacia se admite tan sólo de modo muy restrictivo. Y esta misma conclusión es la que explícitamente permite alcanzar la Resolución (75) 11 del Comité de Ministros sobre «criterios a seguir en el juicio en ausencia del imputado». Su preámbulo se abre con la afirmación de que la presencia del imputado asume «una importancia fundamental» (recordando el art. 14.3.d) PIDCP y el art. 6.3.d) CEDH) bajo el doble aspecto del derecho del acusado a ser escuchado y de la necesidad de establecer los hechos que fundamentan la acusación y dictar en su caso una Sentencia apropiada. De aquí que las excepciones a este principio sólo deban admitirse «en casos limitados» y «para ciertos delitos menores» sujetos a «procedimientos simplificados»⁹⁶. El preámbulo de la Resolución 75 (11) justifica la *ratio*

91. En el ordenamiento español, como en el alemán, comparecer es un derecho y también una obligación ya que, con carácter general, la rebeldía del acusado suspende el proceso y, además, cabe la posibilidad de conducirlo por la fuerza ante la judicial presencia, quien puede adoptar medidas cautelares de naturaleza personal o incluso, antes de ese momento, arbitrar, de acuerdo con el art. 731 LECr, «las disposiciones convenientes para evitar que los procesados que se hallen en libertad provisional se ausenten o dejen de comparecer a las sesiones (del juicio oral) desde que éstas den principio hasta que se pronuncie la sentencia» (sobre el carácter obligacional de este derecho, ver J. GARBERÍ, *ibidem*, pp. 64 ss.).

92. El carácter fuertemente acusatorio de los *adversary systems* anglosajones conduce a establecer el principio general de la imposibilidad de un proceso sin imputado, con la consiguiente obligación para él de estar presente en el proceso, salvo, entre otras causas excepcionales, para delitos menos graves, pero incluso en ese caso, el acusado debe comparecer en diversos momentos (así se prevé tanto en la *Magistrates' Court Act* británica de 1980 como en el art. 43 de las *Federal Rules of Criminal Procedure* —de 1946, modificadas en 1974 y 1987— norteamericanas). Sobre ambos sistemas, puede consultarse el libro de P. MOSCARINI citado, pp. 512-523.

93. MOSCARINI, *ibidem*, p. 526.

94. También puede concluirse, lo que tendremos en cuenta más tarde, que la gravedad de las penas que previsiblemente se pueden imponer en el proceso es un criterio fundamental en todos los ordenamientos (salvo, como siempre, en el italiano) para permitir excepcionalmente los juicios contumaciales.

95. Ya que en los grados sucesivos el recurso puede limitarse a exclusivas cuestiones de derecho (MOSCARINI, *ibidem*, p. 42).

96. Esta posibilidad viene confirmada por la Recomendación (87) 18, relativa a la simplificación de la justicia penal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, donde se afirma que los Estados deben, al menos para los delitos menos graves y teniendo en cuenta la naturaleza de la pena aplicable, considerar la posibilidad de juzgar en ausencia al imputado, si éste ha sido avisado de la fecha del juicio oral y de su derecho de hacerse representar de un abogado o de otro modo.

de las nuevas reglas mínimas en atención a las dificultades prácticas que el procedimiento en ausencia han originado en el ámbito internacional. Por una parte, se observa que los instrumentos adoptados por diversos Estados miembros para evitar procedimientos en ausencia no siempre resultan eficaces, «sobre todo en relación con los imputados que se encuentran en el extranjero»⁹⁷ y, por otra, se constata que el incremento de la movilidad internacional puede provocar el aumento de los procedimientos en contumacia en los Estados cuyos ordenamientos sí los permiten. El contenido de la Resolución 75 (11) se refiere (a) al aseguramiento de la eficacia de los actos de comunicación, (b) a la celebración del juicio en contumacia del acusado y (c) a los medios de impugnación de la Sentencia contumacial.

(a) La Resolución impide en su regla primera que nadie pueda ser juzgado si antes no ha sido efectivamente citado⁹⁸ en tiempo hábil y suficiente para permitirle comparecer y preparar su defensa, salvo cuando se determine que se ha sustraído voluntariamente a la acción de la justicia. Cuando el Juez compruebe que el imputado que no comparece no ha sido citado, ordenará reiterar la citación si estima que la comparecencia personal es necesaria o que hay razones para creer que tuvo impedimentos para comparecer (regla tercera). En todo caso, la citación que se realice deberá hacer constar las consecuencias de la eventual ausencia del imputado en el juicio (regla segunda). Un último presupuesto radica en la imposibilidad de enjuiciar en ausencia al imputado si fuera posible y oportuno remitir el procedimiento a otro Estado o solicitar su extradición⁹⁹ (regla cuarta).

(b) Las reglas mínimas en materia de celebración del juicio en contumacia son la práctica de pruebas en la forma ordinaria, teniendo la defensa derecho a intervenir (regla quinta) y la obligación de notificar la sentencia al imputado, desde cuyo conocimiento hay que empezar a contar el plazo para interponer los medios de impugnación¹⁰⁰ (regla sexta).

(c) La Resolución recomienda una forma de impugnación ordinaria (regla séptima: toda persona juzgada en ausencia debe poder impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueran procedentes de haber estado presente) y otra específica, de acuerdo con la cual, la persona juzgada en ausencia tendrá derecho a ser de nuevo enjuiciada si no ha sido regularmente citada o si, a pesar de haberlo sido, acreditara la existencia de un impedimento válido (reglas octava y novena).

La jurisprudencia del TEDH también confirma los estrechos márgenes de la validez, conforme a la Convención de Roma, de los procesos en ausencia del

97. Pues los procedimientos para obtener incluso coactivamente la presencia del imputado en el proceso no son eficaces cuando no se halla en el territorio del Estado.

98. Esta regla parece consagrar, en opinión de Garberí (*ob.cit.*, p. 119), el principio general de la citación personal del acusado al acto del juicio oral, «forma ésta que asegura la certeza de que el notificado ha tenido conocimiento del contenido de la citación».

99. Si ello hubiera sido posible, Italia tendría que haber solicitado a España la extradición de Paviglianiti y los demás antes de haberlos juzgado en contumacia. Es la extradición de condenados y no la de acusados la que plantea los mayores problemas en relación con el derecho de defensa.

100. Salvo que se determine que se ha sustraído voluntariamente a la acción de la justicia, en cuyo caso los plazos deberán computarse desde que se acredite que la sentencia ha llegado a su conocimiento.

inculpado. La Sentencia de referencia en esta materia¹⁰¹ es la tantas veces citada Colozza c. Italia, de 12 de febrero de 1985, en la que el Tribunal estimó que se había vulnerado el derecho de defensa del recurrente por una notificación deficiente y por la inidoneidad de los recursos puestos a su disposición¹⁰². Particularmente interesante resulta la Opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre este caso, presentada mediante Informe de 5 de mayo de 1983, y cuyas ideas básicas pueden, en lo que aquí importa, resumirse así:

101. Respecto de la extradición, la Sentencia central es la que resolvió el caso Soering c. Reino Unido. El demandante asesinó a los dos padres de su novia canadiense mientras estudiaba en Virginia (EEUU). Más tarde fue detenido en Gran Bretaña acusado de estafa. El gobierno norteamericano solicitó la extradición de Jens Soering para hacer frente a la acusación de doble asesinato, que llevaba aparejado la pena capital. El gobierno británico, teniendo en cuenta que la pena de muerte estaba abolida en su país, hizo gestiones ante el norteamericano para que si se declarara a Soering culpable no le ejecutara dicha pena. Pero a lo máximo que se comprometió el Fiscal del Estado de Virginia correspondiente fue a efectuar una gestión ante el Juez en el momento de sentenciar para transmitirle los deseos del gobierno británico de que no se impusiera y/o aplicara a Soering la pena de muerte (aunque el Fiscal admitía que él mismo iba a proponer al tribunal esa pena a la vista de las pruebas contra el acusado). Por otro lado, el asunto se complicó porque los exámenes periciales revelaron que Soering padecía una anomalía mental. La cuestión central planteada era la aplicación al caso del art. 4 del Tratado de Extradición entre ambos países según el cual si el delito por el que se solicitaba la extradición se castigaba con la pena de muerte en el país requirente pero no así en el requerido, se podía denegar la entrega, salvo que se prestaran suficientes seguridades de que la pena no se ejecutaría. El TEDH afirmó que corresponde al Estado requerido apreciar si la seguridad ofrecida por el Estado requirente es «suficiente» (recuérdese que esta doctrina sirve al TC español para acuñar la noción de «lesiones indirectas» de derechos fundamentales con motivo de una extradición). El TEDH estima que en este caso no se ofrecía una seguridad suficiente, ya que, aunque Virginia prometía suficientes garantías procesales y la pena de muerte no se prohíbe por el CEDH, Soering, que tiene mercedadas las facultades mentales, tendría que estar un largo periodo esperando la ejecución, bajo el «síndrome del pasillo de la muerte», caracterizado por un fuerte sufrimiento moral, que puede entenderse como trato inhumano prohibido por el art. 3 CEDH. El caso Soering presentaba otras dos aristas cortantes: por un lado, la extradición la había solicitado un Estado que ni siquiera era firmante del Convenio de Roma, pese a lo cual, el TEDH confirmó la obligación de denegar en todo caso la extradición cuando el fugitivo corra el peligro de sufrir en el Estado requirente penas o tratos inhumanos o degradantes; en segundo término, el TEDH tenía que pronunciarse sobre una posible violación de derechos futura (también en ese caso, aseguró el Tribunal, cuando exista la posibilidad y aún la probabilidad de que se produzca el hecho temido el órgano judicial del Estado requerido debía entrar a valorar la posible lesión de derechos fundamentales. El TEDH distingue un hecho futuro de un peligro actual con el consiguiente «temor» de que efectivamente se produzca. También se debe considerar el carácter irreparable del sufrimiento a que se arriesga el interesado).

102. El Sr. Giacinto Colozza, que vivía en Roma, fue denunciado por estafa, pero su domicilio era desconocido. El Juez de instrucción, después de infructuosas búsquedas, declaró al inculpado *irreperible*, esto es, en paradero desconocido, asignándole un abogado de oficio y continuando la instrucción. Más tarde, el juez extendió contra él tres órdenes de detención que no recibieron ejecución porque su domicilio seguía desconocido. El Sr. Colozza fue considerado desde entonces como *latitante*, es decir, como persona que se sustrae voluntariamente a la ejecución de una orden judicial. Finalmente se le juzgó en contumacia y se le condenó a una pena de seis años de prisión y multa, sin que el abogado de oficio apelara. Varios meses después, Colozza es detenido y plantea una apelación tardía alegando que se había cometido un error al declararlo *latitante* ya que las notificaciones de la citación de comparecencia y del extracto de sentencia dictadas en rebeldía eran nulas. El Tribunal de Apelación confirmó la condena por presentación de la apelación fuera de plazo. Sin embargo, Colozza acreditó que había sido desahuciado del domicilio donde fue buscado inicialmente y que había pasado a residir en un hostal y luego en un piso donde habría recibido incluso notificaciones judiciales de otras causas abiertas contra él.

(a) Los fallos pronunciados en ausencia del acusado constituyen «un problema de particular gravedad en una época en la que son frecuentes los desplazamientos de las personas» y pueden justificarse, como alegó el Gobierno italiano, en el interés público de evitar la paralización de los procedimientos penales debida a la incomparecencia del acusado, aunque ninguna consideración de oportunidad o eficacia puede entrañar la disminución de su derecho a ser escuchado y las demás facultades de defensa.

(b) Pero el derecho a estar presente en el juicio oral es, singularmente en el proceso penal, un elemento esencial de la noción de proceso justo. Información, presencia y defensa se encuentran consecuentemente en una relación de continuidad lógica y necesaria. En un proceso penal, además, el abogado defensor nunca sustituye totalmente al acusado.

(c) También es un elemento decisivo a tener en cuenta para interpretar restrictivamente los procesos en ausencia el hecho de que el tribunal pueda imponer graves penas privativas de libertad.

El caso Colozza no es comparable al resuelto por la STC 91/2000 porque en los procesos penales en los que fue condenado, Domenico Paviglianiti fue correctamente notificado, compareció, fue representado por abogado de su elección e incluso llegó a apelar con éxito parcial la Sentencia. El Código procesal penal italiano, que es posterior a la Sentencia Colozza, la tuvo expresamente en cuenta en orden a asegurar el efectivo conocimiento de la citación por parte del inculcado¹⁰³. De esta Sentencia cabe retener, no obstante, la necesidad de interpretar restrictivamente los juicios contumaciales, en cuanto constituyen un límite del derecho del acusado a comparecer en el juicio, así como la identificación de algunas de las garantías mínimas que han de asegurarse en todo caso: regularidad de la *vocatio in iudicium*¹⁰⁴, no gravedad de la pena previsible a imponer, previsión de medio impugnatorio eficaz.

Otra Sentencia del TEDH que ha de ser tenida en cuenta especialmente es la que ha resuelto el caso Poitrimol c. Francia, de 23 de noviembre de 1993. El TEDH estimó la demanda del Sr. Poitrimol quien alegaba que no había gozado de un proceso justo ya que el tribunal de apelación francés lo había condenado en ausencia sin permitir a su abogado representarlo y, además, se le había denegado el acceso a la casación porque no había obedecido la orden de detención dictada contra él. El Tribunal comienza recordando la doctrina Colozza: un procedimiento desarrollado en ausencia del imputado no es, en principio, incompatible con el Convenio si éste

103. Ver: MOSCARINI, *ob.cit.*, pp. 257 ss.

104. El Estado italiano ha sido condenado por irregularidades en este sentido, incluso después de la reforma de su ley procesal penal: F.C.B. c. Italia, de 28 de agosto de 1991 (el TEDH estimó que la actitud de la justicia italiana fue poco compatible con la diligencia que los Estados contratantes deben mostrar para asegurar el efectivo disfrute de los derechos del art. 6 CEDH, pues F.C.B. fue condenado en contumacia y no pudo asistir a la apelación porque estaba detenido en otro país a pesar de lo cual el tribunal italiano no suspendió el proceso sino que se limitó a hacer constar que no había recibido prueba de ningún impedimento válido) y T c. Italia, de 12 de octubre de 1992 (el TEDH apreció falta de diligencia judicial en la notificación del recurrente que fue condenado en contumacia mientras estaba en el extranjero).

puede conseguir que un órgano judicial decida de nuevo, después de oírle, sobre la procedencia de la acusación tanto de hecho como de derecho. En este caso, el problema no era el de averiguar si tal exigencia persiste cuando el interesado renuncia al derecho a comparecer y defenderse, dado que el recurrente creía estar representado por un abogado. La cuestión, que el TEDH resuelve afirmativamente, es si el inculpado que decide no comparecer sigue gozando del derecho a disponer de la asistencia de un defensor de su elección en el sentido del art. 6.3.c)¹⁰⁵. La defensa técnica es una condición necesaria de todo proceso contumacial. Así lo confirmó el TEDH también en las Sentencias Lala c. Holanda y Pelladoah c. Holanda, de 22 de septiembre de 1994¹⁰⁶. El voto discrepante de diversos magistrados a la Sentencia Poitrimol abre interesantes perspectivas de discusión teórica. No tanto el de Ryssdal, Freeland y López Rocha (para los cuales simplemente dado que el carácter justo del proceso penal seguido contra Poitrimol no se ha discutido, las condiciones que el ordenamiento francés impone para el recurso a la doble instancia no parece que violen el Convenio de Roma, estando el remedio en manos del inculpado), como el de Pettiti. A su juicio, la decisión de la mayoría introduce exigencias procedimentales que van más allá de las contenidas en el art. 6 CEDH en la medida en que el derecho de todo acusado a ser defendido por un abogado no significa que el acusado que se sustrae voluntariamente y sin excusa legítima a comparecer en el juicio oral, cuando ha sido regularmente convocado, pueda hacerse representar por un abogado. La Sentencia no habría tenido suficientemente en cuenta que Poitrimol se encontraba bajo mandato de arresto. Pues bien, y esto es lo que me interesa subrayar ahora, Pettiti postula que el art. 6 CEDH se examine en su conjunto y en el sentido de una búsqueda de equilibrio entre los intereses del Estado y de las partes. La igualdad de armas no puede ser considerada sólo en las relaciones entre el ministerio público y el acusado, sino también en las relaciones con las víctimas, partes civiles y acusado. La decisión del acusado de no comparecer puede perjudicar a las víctimas y/o las partes civiles. El Derecho penal no es sólo un derecho protector de los acusados. El procedimiento penal debe asegurar las mismas garantías a los acusados que a sus víctimas. Resulta difícil no coincidir con la opinión de Pettiti en cuanto al injusto trato que normalmente ha recibido la víctima del Derecho penal, que se halla, en palabras de Winfried

105. A juicio del TEDH, la denegación del derecho a la asistencia del defensor se muestra como desproporcionada en la medida en que priva al inculpado de su única oportunidad de alegar en segunda instancia sobre la procedencia de la acusación. La inadmisión del recurso de casación por motivos relacionados con la huida del actor se traduce también en una sanción desproporcionada. En consecuencia, hubo violación del art. 6 CEDH.

106. EL TEDH no consideró válida la tesis del gobierno holandés según la cual el que un acusado declarado en rebeldía no tenga derecho a que su defensa esté asegurada por un abogado puede entenderse como un instrumento para disuadir al interesado de que se ausente injustificadamente. Es de «vital importancia» para la justicia del proceso penal que el acusado sea defendido de manera adecuada tanto en primera instancia como en apelación (y más cuando, como ocurre con el ordenamiento holandés, las apelaciones resueltas en rebeldía no son susceptibles de recurso). En conclusión: el hecho de que un acusado debidamente emplazado no comparezca ni se excuse no puede justificar que fuese privado del derecho a ser asistido por un abogado defensor en los términos del art. 6 CEDH.

Hassemer¹⁰⁷, «unilateralmente orientado hacia el autor del delito y carece de interés real por el autor del delito». Ahora bien, en este contexto la preocupación por el interés de la víctima puede llegar a justificar la existencia de procesos contumaciales, pero no a que se celebren de cualquier modo o, más precisamente, sin el respeto de aquellas garantías mínimas que, como la de la defensa técnica en todas las fases del proceso, conforman el contenido del derecho de defensa ínsito en el principio contradictorio.

C) EXAMEN DE LA COMPATIBILIDAD DE LOS DERECHOS MÍNIMOS DE DEFENSA CON LA REGULACIÓN ITALIANA DE LOS JUICIOS CONTUMACIALES

Es el momento, pues, de retomar la pregunta que nos hacíamos inicialmente sobre la compatibilidad entre la regulación italiana de los juicios contumaciales y las garantías mínimas que de tales procesos exigen los textos normativos, las recomendaciones y la jurisprudencia europeos. La respuesta es sencilla: el derecho europeo no prohíbe los procesos contumaciales pero los admite sólo de modo muy restrictivo, exigiendo que respeten diversas garantías. Y, en este sentido, como acertadamente ha observado la STC 91/2000¹⁰⁸, la disciplina de la contumacia italiana incumple dos condiciones fundamentales derivadas del derecho europeo: la no consideración de la gravedad de la pena para limitar el juicio contumacial y, ante la solicitud de extradición de un condenado mediante sentencia firme, la inexistencia de un medio de impugnación posterior que pudiera provocar la anulación de la sentencia condenatoria y la repetición del juicio con la presencia del inculcado¹⁰⁹. De modo que, a mi juicio, si Domenico Paviglianiti hubiera alegado

107. *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Madrid-Jerez, 1984, p. 89. Es cierto que precisamente el derecho penal estatal surge con la «neutralización de la víctima» (el control del delito pasa a ser competencia del Estado, que se convierte en detentador del monopolio de la reacción penal, y no tarea de la víctima), pero no deja de producir asombro que la posición de la víctima en el derecho penal y procesal penal se caracterice «por una participación parcial en cuestiones de poca trascendencia y un alejamiento general respecto de las cuestiones de importancia» (p. 92).

108. Y es opinión común también entre la doctrina italiana más atenta del problema: ver Paolo Pittaro: «Irreperibilità, latitanza e contumacia: una normativa da ripensare alla luce di una recente Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», en *Legislazione Penale*, 3/1985 (15), p. 721 (nota 28), quien cita la opinión en este sentido de E. Amodio, M. Chiavaro, G. Uberti, etc. Según el derecho europeo de referencia, el condenado contumaz debe poder obtener que un juez, después de haberlo escuchado, se pronuncie de nuevo sobre la fundamentación, fáctica y jurídica, de la acusación (p. 720). P. Pittaro concluye su estudio (p. 724) pidiendo que la necesaria modificación de la legislación italiana no se deba a otras sentencias de condena por parte del TEDH.

109. Advertido que la *restituzione in termine* no constituye un medio de impugnación suficiente de la sentencia contumacial (STC 147/1999), entre otras razones porque parece referirse exclusivamente al supuesto de que el condenado contumaz no haya tenido efectivo conocimiento del proceso y no, por tanto, al caso del inculcado que decide voluntariamente no comparecer en un proceso al que se ha sido correctamente citado. En España el remedio específico contra las sentencias contumaciales es el recurso de anulación del art. 797.2 LECr (La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia).

la lesión de su derecho de defensa por haber sido autorizada su extradición a pesar de haber sido condenado por el Estado requirente a penas privativas de libertad de larga duración sin haber comparecido personalmente en ningún momento del proceso, el Tribunal Constitucional habría tenido que otorgarle, esta vez sí correctamente, el amparo. Ahora bien, para ello resulta innecesario, según creo, acudir al concepto/niebla de *contenido absoluto* del derecho fundamental de defensa¹¹⁰, o a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales como bases del ordenamiento. En efecto, teniendo el mismo sentido, ¿por qué no emplear el tradicional concepto de *orden público constitucional* (conformado, sin duda, en su núcleo mismo por los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución), tal como se hace tradicionalmente, incluso por el Tribunal Constitucional¹¹¹, para denegar el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras¹¹²? El tránsito de este concepto desde su tradicional ámbito del derecho privado hacia el derecho penal parece suficientemente justificado desde un argumento *a fortiori*.

110. Noción que, de admitirse, como ya expliqué, debería entenderse como equivalente no a la dimensión externa (en casos de extradición pasiva y *exequatur*) del *contenido esencial* del derecho fundamental de defensa procesal (art. 24.2 CE), sino a la de *derechos mínimos de defensa* según el Derecho europeo. Recuérdese, además, que, en todo caso, uno de los caminos señalados por el TC para determinar qué parte del contenido esencial del derecho es absoluto es, precisamente, el criterio internacional, que sí es una vía relativamente objetiva de identificación, a diferencia de lo que sucede con el criterio interno, que tiene un sabor entre «físico» y «metafísico»: «el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona». Este último criterio conduce a distinguir entre contenido esencial no absoluto del derecho, válido para el ordenamiento español, y contenido esencial absoluto del derecho, válido para el ordenamiento interno y también para sus relaciones con otros ordenamientos. Esta distinción resulta poco operativa en la práctica.

111. Entre otras, en las SSTC 98/1984, de 24 de octubre, 43/1986, de 15 de abril y 54/1989, de 23 de febrero. El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en vía de amparo respecto de resoluciones judiciales referentes al reconocimiento y ejecución en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, afirmando que «el examen de los requisitos estatuidos por el ordenamiento del foro es cuestión de legalidad ordinaria, y pertenece en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, salvo en el supuesto de vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional... Antes de la entrada en vigor de la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 954) y la jurisprudencia han venido denegando el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el principio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidas jueces y tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por la exigencias del art. 24 de la Constitución» (STC 43/1986, f. jco. 4.º).

En el orden internacional, la noción de orden público como causa tradicional de denegación del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras está reconocida por el art. 27.1 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Por cierto que el art. 27.2 de ese mismo Convenio permite denegar el reconocimiento cuando las resoluciones judiciales extranjeras se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiera entregado o notificado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse. De nuevo, nos encontramos ante una disposición en la que subyace una *fuerte sospecha* hacia los juicios en rebeldía en relación con el derecho procesal de defensa y el principio contradictorio.

112. El otro ámbito típico de aplicación del concepto de orden público del foro es el que opera como límite de la aplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto (art. 12.3 Código Civil).

D) EXPLICACIONES ADICIONALES

En resumen, autorizar la entrega de un reclamado que ha sido condenado en su país por un delito muy grave mediante sentencia firme sin haber comparecido personalmente en el proceso violaría sus «derechos mínimos de defensa» reconocidos por el art. 24.2 CE interpretado a la luz del derecho europeo de referencia y sería contrario, en consecuencia, al orden público constitucional español. Esta afirmación, que se ha concluido principalmente por el examen de dicho derecho europeo de referencia, precisa, no obstante, de algunas explicaciones adicionales. Concretamente, me referiré a las tres siguientes: (1.^a) Por qué es tan fundamental el derecho del acusado a estar presente en el juicio oral que somete la regulación legislativa de los juicios contumaciales a límites tan estrictos. (2.^a) Por qué la gravedad de la pena (previsible o ya impuesta) es un factor decisivo en cuanto a la posibilidad legislativa de admitir juicios contumaciales. (3.^a) No es inoportuno, por último, recordar algunos ejemplos de cómo la normativa procesal penal italiana de la contumacia le ha planteado serios conflictos a Italia no sólo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o con el Tribunal Constitucional español ahora, sino con muchos otros Estados, especialmente los de la cultura jurídica anglosajona.

1.^a El doble carácter del derecho de acusado a estar presente en el juicio oral

El derecho del acusado a estar presente en el juicio oral no sólo forma parte esencial del derecho de defensa¹¹³, que, a su vez, viene reclamado por los principios de inmediación y de contradicción entre acusación y defensa del esquema acusatorio. Junto con esta dimensión individual o subjetiva, el derecho posee una dimensión institucional u objetiva en cuanto que, como indica J. Garberí¹¹⁴, la comparecencia del acusado de un lado, «propicia un mayor acercamiento a la verdad material a través del esclarecimiento del hecho histórico que constituye, en suma, el verdadero objeto del proceso penal», y, de otro lado, es un medio de asegurar la ejecución de la pena en su caso. Las Sentencias del Tribunal Constitucional en examen apenas han prestado atención a esta dimensión objetiva. Si bien es cierto que la presencia del acusado no garantiza por sí sola un mayor acercamiento a la verdad, porque puede negarse a colaborar, la comparecencia es el presupuesto para que

113. Ceteramente sostiene la STC 91/2000 que «sólo la presencia física en el acto del juicio el acusado puede prestar o negar la conformidad de la acusación, convertir su declaración en un acto de defensa, interrogar a los testigos y ser examinado por éstos, coordinar la defensa técnica y ejercer el derecho a la última palabra, que el Tribunal ha reconocido como manifestación del derecho de autodefensa».

114. «La ausencia...», *ob.cit.*, p. 76. Con cita de C. ROXIN, GARBERÍ concluye que «el juez no puede dictar una sentencia justa sin interrogar personalmente al acusado, a la vez que su ausencia supondrá la imposibilidad de ejercitar todas las posibilidades de defensa» (p. 75). El imputado «es una parte necesaria del proceso penal, es el protagonista de la justicia penal, el eje en torno al cual gira el proceso, el punto de referencia de las actividades que en éste se desarrollan».

el esclarecimiento de los hechos pueda tener lugar. La conclusión más coherente, sostiene P. Moscarini¹¹⁵, sería que en el ámbito de un modelo acusatorio no habría sitio para un juicio contumacial. Pero esto «incurriría en la objeción práctica de que, excluida la contumacia, sería fácil al culpable eludir definitivamente la sanción, huyendo de la acción de la justicia o, sobre todo, absteniéndose de comparecer en el juicio hasta que no transcurriera el plazo de prescripción del delito». Ahí está el *fait accompli* del reconocimiento de la contumacia en muchos ordenamientos, incluido, pese a todo, el español¹¹⁶, uno de los menos partidarios de esta figura¹¹⁷. La literatura más autorizada¹¹⁸ sostiene, sin embargo, la adecuación de la restrictiva regulación española de la contumacia en los juicios de faltas y en el proceso penal abreviado a las garantías exigidas por el derecho europeo y al contenido esencial del derecho de defensa del art. 24.2 CE (interpretado en gran medida a la luz de aquellas garantías).

115. «La contumacia...», *ob.cit.*, p. 494.

116. En el ordenamiento español hay que distinguir la rebeldía (arts. 834-836 LECr) y la contumacia en el juicio de faltas y en el proceso penal abreviado. La rebeldía es «la situación en la que se encuentra el inculpaado que no comparece o no es habido o presentado ante el órgano judicial competente en el plazo fijado para ello en la requisitoria por haberse ausentado, quebrantado la condena, incumplido la obligación de concurrir ante la autoridad judicial, etc. y una vez haya sido formalmente declarada» (GARBERÍ, *ibidem*, p. 34). Los efectos de la declaración judicial de rebeldía son, ante todo, la suspensión del procedimiento, la reserva de acciones civiles a la parte afectada, la devolución de las piezas de convicción a los dueños que no resulten responsables del delito, la reanudación de los plazos de prescripción del delito (desde la fecha del auto de suspensión) y la anotación del auto de rebeldía en el Registro central de procesados y penados y en el Registro de procesados en rebeldía. Cuando el declarado rebelde se presente o sea habido, se abrirá nuevamente la causa para continuarla según su estado. La contumacia surge para «evitar los trastornos y perjuicios a los que se apareja la indiscriminada paralización del proceso penal a consecuencia de la ausencia del imputado» (p. 52). Es el «comportamiento negativo del inculpaado que, aún conociendo la existencia de un proceso penal entablado en su contra y sus posibles consecuencias desfavorables decide voluntariamente desobedecer las intimaciones judiciales de comparecer» (p. 52).

117. Desde la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882 hasta hace relativamente poco regía el principio de la imposibilidad de proceder a la celebración del juicio oral sin que al mismo asistiera personalmente el acusado. Si no comparecía, se emitía la requisitoria de búsqueda y captura y si en el plazo señalado por ésta el acusado no era hallado, se declaraba en rebeldía con la consiguiente suspensión de los trámites procesales (art. 841 LECr). Las dos únicas excepciones a esta regla general la constituyen el juicio de faltas (arts. 971 LECr y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952) y los arts. 789.IV y 793.I.2.º introducidos en la LECr mediante LO 7/1988, de 28 de diciembre, para el nuevo proceso penal abreviado (ver GARBERÍ, *ibidem*, pp. 15-17).

118. Por todos, GARBERÍ, *ibidem*, pp. 125-151. La regulación española del proceso penal abreviado en contumacia prevé las siguientes garantías: 1.ª) En cuanto a los actos de comunicación, una vez que se constate la ausencia del acusado al comenzar la fase del juicio oral, el órgano judicial habrá de comprobar que el sujeto ha sido debidamente citado, bien personalmente o bien en el domicilio español o en la persona que haya designado a efectos de recepción de notificaciones y que se haya advertido al destinatario sobre la posibilidad de celebrar la vista en su ausencia si se cumplen el resto de requisitos. 2.ª) La pena más grave de las solicitadas por las acusaciones no debe exceder de un año de privación de libertad o de seis cuando la pena fuera de otra naturaleza. 3.ª) Al acto del juicio oral debe asistir físicamente el letrado defensor del contumaz. 4.ª) El órgano judicial debe apreciar que la ausencia del acusado no origine perturbaciones decisivas que generaren indefensión o atentado a la recta administración de justicia. 5.ª) Es necesario que la incomparecencia del acusado al juicio no resulte debidamente justificada (porque en ese caso procedería el aplazamiento).

2.^a *La entidad de la pena como criterio cualitativo a tener en cuenta para admitir constitucionalmente la contumacia*

Como se recordará, una de las líneas argumentales del voto particular de D. Manuel Jiménez de Parga insinuaba la incoherencia de que el Tribunal Constitucional declarara contrarias al derecho de defensa las reglas del proceso contumacial italiano a pesar de que en España también existe un proceso de ese tipo. Para salvar tal contradicción el Tribunal habría recurrido al expediente de afirmar que «la dignidad sólo resultaría afectada a partir de delitos castigados con penas graves», siendo así, en opinión del magistrado citado, que, por el contrario, «todas las infracciones penales, incluidas las faltas, afectan a la dignidad personal». El profesor Jiménez de Parga acierta, por supuesto, pero su objeción es más eficaz contra el modo de argumentar tan discutible de la mayoría del Tribunal a partir de las ideas de contenido absoluto de los derechos y de la dignidad humana (que no son ni pueden ser, por definición, cuestiones de cantidad) que hacia el hecho, indiscutido en el derecho europeo (ahí está, por ejemplo, la importante Resolución (75) 11 del Comité de Ministros ya aludida, o la Sentencia Colozza del TEDH) y en el derecho comparado, de que la gravedad y la naturaleza de la pena que deba hacer frente un condenado que no haya comparecido en el proceso es un criterio cualitativo para determinar la validez constitucional de la contumacia. Evidentemente, la precisión concreta de qué grado de gravedad de la pena es constitucionalmente tolerable no es cuestión que tenga una respuesta única que pueda fijarse a priori. En el marco del postulado de reservar la contumacia para delitos de escasa entidad, cada ordenamiento dispone de un cierto margen de apreciación (controlable por sus órganos judiciales competentes). En el ordenamiento español el límite de la gravedad de la pena en el proceso contumacial está en el año de privación de libertad o de seis si fuera de otra naturaleza (art. 793.1 LECr)¹¹⁹. Aunque no fue de aplicación a los casos examinados, la propia Ley de Extradición Pasiva, de 21 de marzo de 1985, en su art. 4.7.º ordena no conceder la extradición cuando el Estado requirente no hubiera dado las garantías exigidas en el art. 2.3, esto es, si la solicitud del Estado se basa en sentencia dictada en rebeldía del reclamado en la que éste haya sido condenado a pena que, con arreglo a la legislación española, no pueda ser impuesta a quien no haya estado presente en el juicio oral, se concederá la extradición condicionándola a que la representación diplomática en España del país requirente, en el plazo que se le exija, ofrezca garantías suficientes de que el reclamado será sometido a nuevo juicio en el que deberá estar presente y debidamente defendido. Por su parte, el art. 3.1 del Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (que sí era la norma aplicable, a pesar de lo cual el Tribunal la ignoró), señala, en un sentido bastante semejante,

119. Lo cual supone, en la práctica, poder llegar a penas de no cumplimiento (lo que ocurre cuando el *quantum* de la pena privativa de libertad es inferior a los dos años). Si el proceso contumacial tuviera como efecto real una pena de privación de libertad pudiera llegar a plantearse su validez constitucional. Algún autor, como FAIRÉN (citado por GARBERÍ, *ob.cit.*, p. 158), condiciona la validez de la contumacia a penas patrimoniales y en ningún caso de privación de libertad.

que el Estado requerido podrá denegar la extradición de una persona condenada en rebeldía si en el proceso que dio lugar a la sentencia no se respetaron los derechos mínimos de defensa del acusado, aunque podrá, no obstante, concederla si «la Parte requirente diese la seguridad que se estimase suficiente para garantizar a la persona un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa». El problema es que Paviglianiti, Greco y Peña, que, desde luego, se enfrentaban a peticiones de penas más severas que las de un año de cárcel, ya habían sido condenados mediante sentencia firme por delitos muy graves y el ordenamiento italiano, como se ha señalado, no conoce un medio de impugnación posterior y específico al modo de nuestro recurso de anulación (art. 797.2 LECr), por lo que no podían ser sometidos a un nuevo juicio con la presencia del imputado. El juego combinado de la gravedad de los delitos y las penas con la inexistencia de un medio de impugnación posterior que posibilitara «un nuevo proceso» lesionaron sin duda sus derechos de defensa y «la esencia misma de un proceso justo»¹²⁰.

3.^a Otros problemas internacionales originados por la regulación italiana de la contumacia

Era previsible que una regulación tan generosa como la italiana con la contumacia se convirtiera en un foco de abundantes conflictos con otros ordenamientos en las relaciones de extradición. Ya han sido señalados algunos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por supuesto, en relación con nuestro Derecho. Pero, como cabría suponer, no son los únicos. Daniela Vigoni traza una magnífica semblanza del problema¹²¹. Aunque algunos Estados equiparan al condenado en contumacia en Italia con el condenado en un juicio contradictorio¹²², o al menos, no distinguen ambos supuestos, otros tantos equiparan al condenado en contumacia con el imputado (solución típica de los países anglosajones) o bien imponen límites y cautelas a la petición de extradición de condenados contumaces (solución que parece recoger la tendencia creciente que considera la violación de los derechos mínimos de defensa del imputado en

120. Y por eso mismo el Tribunal Constitucional pudo concluir justo lo contrario en el asunto Clavier, resuelto por el ATC 204/1983, de 4 de mayo. A través de dicho Auto, el Tribunal inadmitió el recurso de amparo contra la autorización de la extradición de un ciudadano belga que había sido condenado en su país en su ausencia a una pena de dos años de prisión por un delito de quiebra fraudulenta. Con buen criterio, el Tribunal argumentó que la condena *in absentia* no es absolutamente desconocida en nuestro derecho (implícitamente en esta comparación de ordenamientos tuvo en cuenta la escasa entidad de los delitos cuyo enjuiciamiento se permite en contumacia) y que en Bélgica cuando el condenado es detenido el juicio en rebeldía se anula y se procede a su celebración en la forma ordinaria («purgación» típica del modelo francés).

121. *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Cedam, Padova, 1992, pp. 85-161. Este libro será de constante referencia en el análisis de este punto. También Paolo PITTARO aporta interesantes ejemplos extraídos de la jurisprudencia del TEDH, «Irreperibilitá, latitanza e contumacia...» *ob.cit.*, pp. 713 s.

122. Como Túnez (1967), Líbano (1970), Marruecos (1971), Bolivia (1980), Brasil (1989). Obsérvese que no se trata de Estados comparables a cualquier país europeo en el respeto de las garantías procesales.

el proceso contumacial como una hipótesis de prohibición de extradición¹²³). En la petición de extradición a los países anglosajones, como Gran Bretaña, Canadá o hasta hace poco Australia, rige el principio de la *probable cause*, que viene a equiparar la posición del condenado contumaz con la del imputado. En efecto, se exige por estos Estados que la demanda de extradición de una persona imputada por un delito o condenada en contumacia se acompañe de los documentos de los cuales resulten indicios tales que, según la lógica del Estado requerido, justifiquen el arresto y el reenvío a juicio de la persona en cuestión¹²⁴. Estados Unidos¹²⁵, por ejemplo, no niega la entrega del reclamado condenado en ausencia pero, a efectos de la extradición, exige su consideración como mero imputado, tanto por la documentación que debe ser aportada por Italia (de la cual debe poder deducirse una *sufficient evidence* según el derecho norteamericano¹²⁶), como por el tratamiento dispensado al extraditado. El examen de la jurisprudencia norteamericana revela que considera al proceso *in absentia* como no equitativo, con la consecuencia de que es necesario un control directo por parte de la autoridad judicial de adecuación a los principios y garantías fundamentales de la justicia (así se exige expresamente desde el caso *Gallina v. Fraser*, de 1960)¹²⁷. Algunos Estados

123. VIGONI cita (p. 88, nota 2) el proyecto de 1989 para un tratado-tipo de extradición de cara al VIII Congreso de Naciones Unidas sobre la prevención de la criminalidad y el tratamiento de los autores de delito (1990), cuyo art. 4.g) establecía que «la extradición no será otorgada... si el juicio del Estado requirente ha sido celebrado *in absentia* y el condenado no ha tenido suficiente oportunidad de plantear su defensa o no ha tenido o no tendrá la oportunidad de que el caso se juzgue de nuevo en su presencia».

124. Ello conlleva «un juicio anticipado de culpabilidad del extraditado en el Estado requerido», lo cual ha sido generalmente considerado en los países de la Europa continental como «una cláusula vejatoria» (VIGONI, p. 99).

125. Donde el derecho del imputado a presenciar su proceso, si bien no es objeto de una específica disposición constitucional, se considera generalmente implícito en la V Enmienda para la Unión («Nadie... podrá ser privado de la vida, la libertad o los bienes sin el debido proceso legal») y en la XIV Enmienda para los Estados. La disciplina vigente se halla en el art. 43 de la *Federal Rules of Criminal Procedure*, de 1946 (modificadas en 1974 y 1987). La comparecencia es un derecho pero también una obligación del imputado (aunque el art. 43 la suaviza en algunos supuestos después de la comparecencia inicial). Ni en Estados Unidos ni en cualquier otro país anglosajón es conocido el instituto del juicio en contumacia. (Ver: P. MOSCARINI: «La contumacia...», *ob.cit.*, pp. 517-523).

126. Pueden citarse algunos ejemplos (tomados de VIGONI, *ibidem*, pp. 106-109). En el caso *Ex parte Fudera* (1908), relativo a una condena por homicidio pronunciada en contumacia por la autoridad judicial italiana, el Tribunal Federal de Apelación consideró que la prueba de culpabilidad aportada por la autoridad italiana era indirecta, una prueba que resulta inadmisibles en los ordenamientos anglosajones, por lo que denegó la extradición por insuficiencia de pruebas. En *United States ex. Rel. Argento v. Jacobs* (1959), en el que el extraditando había sido condenado en contumacia por homicidio en Italia, el Tribunal Federal observaba que si bien el juicio *in absentia* no corresponde a los ideales americanos de un juicio justo, sobre todo en relación con la imputación de delitos graves, en el caso concreto el reclamado era ciudadano italiano y había cometido el delito en Italia, donde se consiente el proceso penal en ausencia del imputado. Pero también apreció insuficiencia de pruebas, por lo que denegó la extradición.

127. VIGONI, *ibidem*, p. 112. El art. XII del Convenio de extradición entre Italia y Estados Unidos, de 1973, estipula que «la autoridad competente italiana y la autoridad ejecutiva de los Estados Unidos tienen el poder discrecional de conceder la extradición de personas condenadas en ausencia o contumacia». De lo que se deduce que la contumacia no impide por sí misma la entrega del reclamado por las autoridades norteamericanas, pero tampoco la obliga. Este mismo precepto incorpora el criterio de la *probable cause* exigiendo que la demanda de extradición se acompañe de documentación de la que resulten suficientes indicios de que el delito ha sido cometido por la persona reclamada.

Europeos han opuesto ciertos límites a la solicitud de extradición de condenados según las reglas de la contumacia italiana¹²⁸. El art. 1.2 del Acuerdo entre Italia y Austria limita la concesión de la extradición a que el imputado haya estado «representado en la vista oral por un defensor que haya protegido los derechos del imputado contumaz». La exigencia de garantizar la renovación del juicio en presencia del extraditado en el Estado reclamante se deriva del art. 6.3 del Convenio entre Italia y Hungría de 1977. También la jurisprudencia francesa acredita una larga tradición de desconfianza hacia los juicios contumaciales italianos. Es paradigmático, en este sentido, la Sentencia Bozano, de la *Chambre d'Accusation* del Tribunal de Apelación de Limoges, de 15 de mayo de 1979¹²⁹. Se denegó la extradición sobre la base de la consideración de que el procedimiento contumacial previsto por la legislación italiana resultaba contrario al orden público procesal francés, estructurado en torno al principio acusatorio¹³⁰.

V. CONCLUSIÓN: HAY QUE TOMAR LOS DERECHOS EN SERIO... INCLUSO LOS DE QUIEN HA SIDO CONDENADO POR EL ASESINATO DE 98 PERSONAS

1. No hay que confundir los planos político y jurídico en el examen de la STC 91/2000 y concordantes. Desde el punto de vista de la política legislativa, es urgente revisar en profundidad los tradicionales mecanismos de cooperación judicial entre los ordenamientos europeos y, particularmente, facilitar la extradición entre ellos, en la línea del denominado tercer pilar de la Unión Europea. No obstante, en el conflicto entre España e Italia en materia de extradición no parece posible ni eludir por completo el control judicial de la extradición de condenados, ni otorgar la competencia a la jurisdicción española para el conocimiento de los delitos relacionados con la criminalidad organizada cuando no sea posible la extradición a Italia. La solución de *lege ferenda* pasa, más bien, por una modificación de la regulación italiana de la contumacia, que la limite a los delitos no

128. VIGONI, *ibidem*, pp. 142-149.

129. Asunto que más tarde desembocó ante el TEDH, que en la Sentencia de 18 de diciembre de 1986 declaró una violación del art. 5.1 CEDH por la detención sufrida en Francia por el recurrente a causa del procedimiento de expulsión (Bozano fue finalmente expulsado de Francia hacia Suiza —donde, verosíblemente la policía estaba avisada—, en una operación que podía juzgarse como una extradición «camuflada». Ver VIGONI, *ibidem*, pp. 145 s.).

130. La *Chambre d'accusation* observaba que el ordenamiento francés no admite que en materia criminal, y sobre todo para los delitos más graves, pueda pronunciarse una sentencia definitiva de condena contra un imputado que no haya estado presente, aunque haya sido representado por un defensor. De un lado, la condena en ausencia en el ordenamiento francés se reserva sólo para los delitos correccionales; de otro, no pueden garantizarse plenamente los derechos de defensa con la sola presencia de un defensor que represente al imputado en el juicio. A ello debería añadirse que en el ordenamiento italiano, a diferencia del francés, no está previsto el instituto de la purgación de la contumacia. Bien es verdad que la jurisprudencia francesa conoce oscilaciones en este asunto: ahí está, por ejemplo, la Sentencia Soraggi, de la *Chambre d'Accusation* del Tribunal de Apelación de Versalles, de 7 de abril de 1987, que, ante un caso similar, argumentó en dirección contraria, subrayando el papel de la defensa técnica como medio de asegurar una defensa plena. Ver VIGONI, *ibidem*, pp. 145-149.

graves y que introduzca, para el supuesto de condenados en contumacia, un medio de impugnación específico de la sentencia con la presencia del condenado/acusado¹³¹.

2. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la STC 91/2000 (y las tres siguientes similares: STC 134/2000, 162/2000 y 163/2000) debieron haber desestimado la pretensión de los recurrentes y confirmado la validez de la extradición acordada por la Audiencia Nacional. El Tribunal Constitucional tendría que haber aplicado el art. 3.1 del Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición, que permite al Estado requerido denegar la extradición si no se han respetado en el Estado requirente «los derechos mínimos de defensa». Al no hacerlo así, porque los recurrentes no lo solicitaron, el Tribunal no pudo apreciar vulneración alguna de su derecho de defensa.

3. Es acertada la doctrina de la posible vulneración indirecta de derechos fundamentales por parte de las autoridades españolas en una extradición y la consiguiente exigencia de un control judicial estricto de respeto de los derechos del extraditado. Pero en las relaciones en materia de extradición con el resto de Estados miembros del Consejo de Europa, esta doctrina debe *relativizarse* en el sentido de que el criterio o estándar de control por parte de la Audiencia Nacional y, en su caso, el Tribunal Constitucional no debe ser el examen de si en el proceso en el que se condenó al reclamado se respetó el *contenido absoluto* de su derecho de defensa de acuerdo con el parámetro español, sino su *contenido mínimo* de acuerdo con el parámetro europeo, que es el criterio previsto por la normativa aplicable. El «contenido absoluto» del derecho de defensa, de aceptarse como categoría, debería ser el *contenido mínimo* europeo y no el *contenido esencial* español.

4. Aplicando este criterio, se puede concluir que a pesar de que válidamente el ordenamiento italiano considera la decisión libre y voluntaria del acusado de no comparecer al juicio oral como una forma de ejercicio de su derecho de defensa (y no tanto de renuncia) y el derecho europeo de referencia [el art. 14.3.d) PIDCP, el art. 6.3.d) CEDH y su interpretación por la Comisión y el TEDH

131. Tampoco esta posibilidad supone un hecho extraordinario. Ahí tenemos, por ejemplo, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 11 de agosto del 2000, que ha declarado que el sistema de casación penal español vulnera el art. 14.5 PIDCP ya que los delitos más graves son juzgados por la Audiencia Provincial sin que frente a sus resoluciones quepa más opción de recurso que el de casación ante el Tribunal Supremo, por lo que no es posible revisar íntegramente el fallo condenatorio y la pena impuesta (al carecer de recurso de apelación, a diferencia, paradójicamente, de los delitos menos graves, juzgados por los jueces de lo penal, por la Audiencia en apelación, en su caso, y por el Supremo en casación). El Dictamen va a obligar, muy probablemente, al legislador penal español a modificar el sistema de recursos, extendiendo la posibilidad de interposición, ante las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, del recurso de apelación a todos los procedimientos abreviados y al procedimiento ordinario, si bien algún autor (Manuel JAÉN VALLEJO: «La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 453, de 21 de septiembre del 2000, pp. 1-4) ha argumentado la plena compatibilidad del recurso de casación español con el PIDCP y la CEDH ya que, de la lectura del art. 5.4 LOPJ se deduce que no es correcto afirmar que sólo se puede recurrir en casación por razones jurídicas muy limitadas, ni tampoco que no exista posibilidad de que el Tribunal Supremo vuelva a evaluar las pruebas.

y la Resolución (75) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 21 de mayo de 1975] no prohíbe los juicios contumaciales, sin embargo los limita «para ciertos delitos menores» sujetos «a procedimientos simplificados» y exige un medio impugnatorio posterior a la sentencia contumacial en el que esté presente el extraditado. Esta interpretación fuertemente sospechosa hacia la contumacia remite a su consideración de límite del derecho de defensa del acusado (a la vez que también debilita la dimensión objetivo/institucional de la comparecencia del acusado como medio prácticamente indispensable para acercarse a la verdad material a través del esclarecimiento del hecho histórico que constituye el objeto del proceso penal). La restrictiva regulación española de la contumacia sí respeta, en cambio, las exigencias mínimas derivadas del derecho europeo. La desconfianza hacia la generosa concepción de la contumacia en Italia es compartida por bastantes Estados (especialmente los anglosajones, que exigen una *probable cause* de la comisión del delito para autorizar la extradición a Italia de condenados contumaces).

5. Por consiguiente, si Domenico Paviglianiti hubiera alegado ante el Tribunal Constitucional la lesión de su derecho de defensa por haber sido autorizada su extradición a pesar de haber sido condenado a penas privativas de libertad de larga duración sin haber comparecido personalmente en ningún momento del proceso, el Tribunal hubiera tenido que otorgarle el amparo (esta vez con una suficiente justificación).

6. No es necesario para llegar a esa conclusión crear el concepto niebla del *contenido absoluto* de los derechos fundamentales (la niebla es más espesa en orden a determinar qué derechos fundamentales serían absolutos y cuáles no, asunto que el Tribunal soslaya). La tradicional noción de orden público del foro, en este caso orden público constitucional, parece teóricamente más satisfactoria. Las autoridades españolas no pueden extraditar condenados contumaces a penas de larga duración con imposibilidad de impugnación posterior en la que puedan comparecer y hacerse oír porque se lo impide el orden público constitucional, concretamente, el derecho del acusado a asistir al juicio oral, que está implícitamente comprendido en el derecho de defensa del art. 24.2 CE (ínsito, a su vez, en el principio contradictorio que requiere el sistema procesal penal acusatorio) interpretado, por la vía del art. 10.2 CE, a la luz del art. 6 CEDH y demás disposiciones y recomendaciones europeas de referencia.

7. Así que también los mafiosos, incluso Domenico Paviglianiti, que ha asesinado a 98 personas y lo ha intentado sin éxito en otras 36 ocasiones, son titulares de un derecho fundamental de defensa procesal, que comprende la facultad de comparecer en el juicio oral y que impide su extradición si ésta conlleva la imposición de fuertes penas privativas de libertad acordadas en un proceso en el que en ningún momento han estado presentes (aunque hayan estado representados por un abogado de su elección y aunque hayan sido correctamente citados e informados del desarrollo del proceso). Como también sus víctimas (más bien, sus familiares) y toda la sociedad tienen como mínimo los mismos derechos que ellos, urge encontrar soluciones para que estos sujetos respondan penalmente de sus acciones sin la más mínima rebaja. Pero en esta búsqueda de soluciones no cabe

atajar abandonando el camino de los derechos fundamentales. De nuevo es imperativo recordar la enérgica advertencia de Ronald Dworkin acerca de tomar los derechos en serio¹³². Garantizar los derechos, asegura con realismo este autor, «es una práctica compleja y engorrosa que hace más difícil y más cara la tarea pública de asegurar el beneficio general y que, a menos que sirva para algo, sería una práctica frívola e injusta». Pero cualquiera que afirme tomar los derechos en serio debe aceptar la idea «vaga, pero poderosa, de la dignidad humana» y la idea de la igualdad política. De modo que la lesión de un derecho fundamental «es un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre o como menos digno de consideración que otros hombres». La existencia de derechos fundamentales «se basa en la convicción de que su violación es una injusticia grave y de que, para prevenirla, vale la pena pagar el coste adicional de política social o eficiencia que sea necesario». Los poderes públicos, concluye Dworkin, y con ello también este estudio, no conseguirán que se respete el derecho si no respetan los derechos fundamentales: «no podrán conseguirlo si descuidan el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada».

132. «Los derechos en serio», en *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 276-303.