

El (im)posible enjuiciamiento y condena por hechos anteriores distintos de los que motivaron la entrega en la euroorden *

The (im)possible prosecution and conviction for prior acts other than those for which the surrender in the European arrest warrant was sought

LETICIA FONTESTAD PORTALÉS

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Málaga

lfp@uma.es

ORCID: 0000-0001-5382-7990

Recibido: 30/10/2022. Aceptado: 30/11/2022.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.Extraordinario%20monogr%C3%A1fico%201.2023.241-278>

Resumen: El instrumento de cooperación penal internacional que sustituye a la extradición en las relaciones entre los Estados miembro de la Unión Europea, aun cuando se trata de un instrumento de carácter jurisdiccional basado en la confianza mutua entre los Estados, continúa inspirándose en algunos de los principios que tradicionalmente se aplican en el procedimiento de la extradición y, entre ellos, destacamos en nuestro estudio el principio de especialidad que impide el enjuiciamiento y la condena de la persona reclamada por hechos anteriores distintos de los que motivaron la entrega. Sin embargo, el régimen previsto para el principio de especialidad en la euroorden, tanto en la normativa europea que la regula, como en la española de transposición, prevé tal número de excepciones en su régimen de aplicación que más que plantearnos el imposible enjuiciamiento y la condena por hechos anteriores distintos de los que motivaron la entrega, en atención a su carácter residual, habría que enfocar el estudio de este principio desde la perspectiva del posible enjuiciamiento y condena por hechos anteriores distintos a aquellos que motivaron la entrega en el procedimiento de la euroorden.

Palabras clave: principio de especialidad; orden europea de detención y entrega; euroorden; extradición; Decisión Marco 2002/584/JAI.

* Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) “El uso de las TICs en la cooperación jurídica penal internacional: construyendo la sociedad digital andaluza del futuro (PY18-1059)”, siendo la Dra. FONTESTAD PORTALÉS la Investigadora Principal.

Abstract: The instrument of international criminal cooperation that replaces extradition in relations between Member States of the European Union, even though it is a jurisdictional instrument based on mutual trust between States, continues to be inspired by some of the principles traditionally applied in the extradition procedure and, among them, we highlight in our study the principle of speciality, which prevents the prosecution and conviction of the person sought for prior acts other than those that motivated the surrender. However, the system foreseen for the principle of speciality in the European arrest warrant, both in the European regulations that regulate it and in the Spanish transposing legislation, provides such a number of exceptions in its application system that rather than considering the impossibility of prosecution and conviction for prior acts other than those that motivated the surrender, in view of its residual nature, we should focus the study of this principle from the perspective of the possible prosecution and conviction for prior acts other than those that motivated the surrender in the European arrest warrant procedure.

Keywords: principle of speciality; european arrest warrant; eurowarrant; extradition. Framework 2002/584/JHA.

INTRODUCCIÓN

Con independencia de que consideremos que la orden europea de detención y entrega supone un instrumento de cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea distinto de la extradición¹, no podemos dejar de reconocer no solo que ambos instrumentos persiguen el mismo objetivo – la detención y posible posterior entrega de la persona reclamada para su enjuiciamiento o cumplimiento de una condena ya impuesta², sino

¹ Criterio que mantiene en sus Conclusiones el Abogado General en relación con la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-303/05, de 12 de septiembre de 2006, al afirmar que “Creo, por tanto, que la extradición y la orden europea de detención y entrega responden a esquemas axiológicos que no coinciden más que en su objetivo” (Disponible en la página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=63884&doclang=es> (Último acceso, 27.09.2022).

² *Cfr.* Artículo 1.1 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, según el cual “La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”. Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DM 2002/584/JAI. Diario Oficial de la Unión Europea, en adelante DOUE, L 190 de 18 de julio de 2002).

que, en mayor o menor medida, como tendremos ocasión de comprobar, participan de los mismos principios.

Tras la publicación de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en adelante DM, que sustituye, en las relaciones entre los países miembros de la Unión Europea, como de todos es conocido, a la extradición, el propio legislador comunitario no cesa en el empeño de advertir que nos encontramos ante instrumentos de cooperación penal tan diferentes que no solo no comparten la misma naturaleza jurídica – jurisdiccional la euroorden, y gubernativa, o si se quiere mixta, la extradición³, sino que, atendiendo a que el nuevo sistema de entrega

La ley española de transposición de esta Decisión Marco, por su parte, incorpora una descripción prácticamente literal al definir la orden europea de detención y entrega como “... una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores”. Definición que coincide, excepto en lo que al internamiento en centro de menores se refiere, con la definición prevista en el derogado artículo 1 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, en adelante LODE (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003). *Vid.* Artículo 34 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21/11/2014), en adelante, LRM. Por otro lado, el artículo segundo de la Ley de Extradición Pasiva establece que “Se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes españolas y las de la parte requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en la legislación española” (Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985), en adelante LEP). HERCÉ QUEMADA nos ofrecía una definición de la extradición como “...el acto por el cual un Estado solicita de otro la entrega de un inculcado o de un condenado u ofrece entregar éstos al Estado requirente para hacer posibles los fines del proceso penal declarativo o la ejecución de la sentencia, en su caso”. *Cfr.* Hercé Quemada, Vicente., y Gómez Orbaneja, Emilio (1987), *Derecho Procesal Penal*, 10ª edición, Madrid, pp. 394 y 395.

³ La orden europea de detención y entrega, en adelante OEDE, como todos sabemos, se caracteriza por su naturaleza jurisdiccional frente a la naturaleza fundamentalmente gubernativa del proceso de extradición. Es abundante la literatura jurídica acerca de las similitudes y diferencias entre ambos sistemas de detención y entrega, cuestión de la que nos hemos ocupado en la reciente obra Fontestad Portalés, Leticia (2022), *Perspectiva crítica de la orden europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la*

europeo se basa en el principio del reconocimiento judicial mutuo y la confianza mutua entre los Estados, tampoco participa de los principios que tradicionalmente rigen en el procedimiento de extradición⁴. Sin embargo, -y dejando de lado la polémica doctrinal acerca de si estamos ante una extradición simplificada o de un nuevo instrumento, distinto de cooperación judicial penal⁵- basta una simple lectura de la normativa europea que regula el procedimiento de la euroorden para advertir que los principios básicos de la extradición⁶ continúan vigentes en la euroorden, si bien es cierto que no todos se mantienen en el sistema de entrega europeo, ni los que se mantienen lo hacen con el mismo rigor que en el

Unión Europea (análisis comparativo con la Ley 3/2003), Cizur menor, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 47-57.

⁴ Sobre los principios de la orden europea de detención y entrega *Vid.* Fontestad Portalés, Leticia (2011), “La orden europea de detención y entrega: origen y principios rectores”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núms. 1-2, pp. 239-244.

⁵ ALCACER GUIRADO, partiendo de que el debate acerca de la naturaleza jurídica de la euroorden es una “discusión bizantina”, considera que la euroorden implica un relevante cambio en el acto de cooperación. *Vid.* Alcacer Guirado, Rafael (2015), *La protección de los Derechos Fundamentales en la Extradición y la Euroorden*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 18 y 22. JIMENO BULNES reconoce que no solo supone una reforma de carácter formal o terminológica, sino también procesal y conceptual. *Cfr.* Jimeno Bulnes, Mar (2004), “La orden europea de detención y entrega: Aspectos procesales”, *Diario La Ley* núm. 5979, pág. 5. El TC afirma que el sistema europeo de detención y entrega es un sistema distinto al de la extradición y, en consecuencia, no operan los mismos principios. Incluso nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones en este sentido, *Vid.* STC 177/2006, de 5 de junio, (BOE núm. 161, de 7 de julio de 2006. ECLI:ES:TC:2006:177) y, más recientemente, STC 132/2020, de 23 de Septiembre (BOE núm. 289, de 02 de noviembre de 2020. ECLI:ES:TC:2020:132). En esta línea, Fontestad Portalés, Leticia (2011), “La orden europea de detención y entrega: origen y principios rectores”, *op. cit.*, pp. 239-244 y Fontestad Portalés, Leticia (2017), “El procedimiento de transmisión de la orden europea de detención y entrega en la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Madrid, Aranzadi, pp. 389-426. En contra, sin embargo, DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI para quien solo existe “un mero cambio de nombre”. *Cfr.* De La Cuadra-Salcedo Janini, Tomás (2006), “El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, pág. 254.

⁶ Sobre los principios indisponibles (legalidad y reserva de jurisdicción) que informan a la extradición, así como los de carácter disponible, que suponen una manifestación de la soberanía nacional (prohibición de entrega de nacionales o exigencia de la doble incriminación), *Vid.* López Ortega, Juan José (2002), “La orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega”, *Jueces para la democracia*, núm. 45, pág. 28.

procedimiento de extradición. Así, por ejemplo, aunque no existe opinión unánime en la doctrina, desde nuestro punto de vista, no cabe duda alguna de que desaparece de la euroorden el principio de reciprocidad o legalidad extradicional⁷; la prohibición de entrega de nacionales se convierte en la

⁷ No pretendemos, en este momento, entrar en la polémica acerca de si se debe aplicar o no el principio de legalidad extradicional regulado en el artículo 13.3 de nuestra Constitución, según el cual, “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo” y que, igualmente, garantiza la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985). No obstante, no podemos dejar de reconocer que la DM que regula la euroorden omite cualquier alusión a la exigencia de la reciprocidad en las relaciones entre los Estados miembros, en adelante EEM, lo que lleva a la mayor parte de la doctrina a considerar que, cuando menos desde un punto de vista formal, en el procedimiento de la euroorden no rige el principio de reciprocidad. *Vid.* García Sánchez, Beatriz (2007), “Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 60, Fasc/mes 1, pág. 368; González Rivas, Juan José, y Alcácer Guirao, Rafael (2012), “Extradición y euroorden como formas de cooperación internacional. Doctrina constitucional”, en *Encuentro trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa*, pág. 15 (disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/36/ponencia%20espa%C3%91a%202012.pdf>. Última consulta, 29.09.2022); Gómez Campelo, Esther (2011), “Orden de detención europea y garantías procesales”, en *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 30 y Sánchez Legido, Ángel (2007), “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los Derechos fundamentales”, en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 14, pág. 7. En contra, De la Cuadra-Salcedo Janini, Tomás (2006), “La orden europea de detención y entrega y el principio constitucional de reciprocidad”, en *Revista española de derecho europeo*, núm. 18 (versión electrónica, disponible en BIB 2006/806), pág. 16. En relación con la exigencia o desaparición del principio de reciprocidad nos hemos pronunciado en algunas ocasiones, *Vid.* Fontestad Portalés, Leticia (2021), “Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 41, pp. 137-187 y *Perspectiva crítica de la orden europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (análisis comparativo con la Ley 3/2003)*, *op.cit.*, pp. 110-119. El mismo criterio mantiene tanto nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE. *Vid.* por todas, STC 177/2006, de 5 junio (BOE núm. 161, de 7 de julio de 2006. ECLI:ES:TC:2006:177) y STC 132/2020, de 23 de Septiembre (BOE núm. 289, de 2 de noviembre de 2020. ECLI:ES:TC:2020:132) y STJUE, de 29 de enero de 2013, Asunto *Radu*, C-396/11 (ECLI:EU:C:2013:39). Por último, tampoco podemos dejar de lado que la tendencia a erradicar el principio de reciprocidad en los instrumentos normativos en relación con la

euroorden en un motivo de entrega condicionada⁸, mientras que el principio de la doble incriminación se elimina para determinados delitos y solo en determinadas circunstancias⁹.

cooperación jurídica internacional. *Vid.* artículo 277 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015) y Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015).

⁹ El artículo 2.2 DM determina que “2. Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor:

- pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- blanqueo del producto del delito,
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,
- delitos de alta tecnología, en particular delito informático,
- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,
- homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
- secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,
- racismo y xenofobia,
- robos organizados o a mano armada,
- tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
- estafa,
- chantaje y extorsión de fondos,
- violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
- falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
- falsificación de medios de pago,
- tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
- tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
- tráfico de vehículos robados,

Es, precisamente, sobre el principio de especialidad, por ser uno de los principios de la extradición¹⁰ que se mantiene en el procedimiento de la euroorden, sobre el que centraremos nuestro interés en este trabajo de investigación dado el elevado número de excepciones que limitan su

-
- violación,
 - incendio voluntario,
 - delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,
 - secuestro de aeronaves y buques,
 - sabotaje”.

¹⁰ Según el artículo 21 LEP, “1. Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, será preciso autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de los documentos previstos en el artículo séptimo y testimonio judicial de la declaración de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición. Iguales requisitos será necesario cumplir para conceder la reextradición de la persona entregada a un tercer Estado.

2. No será necesaria esta autorización cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado al que se entregó, permanezca en él más de cuarenta y cinco días o regrese al mismo después de abandonarlo”.

aplicación tanto en la DM¹¹ como en la LRM¹², lo que nos lleva a plantear, como regla general, el posible enjuiciamiento por hechos anteriores

¹¹ Según el artículo 27 DM, “1. Todo Estado miembro podrá notificar a la Secretaría General del Consejo que, en su relación con otros Estados miembros que hayan efectuado la misma notificación, el consentimiento para el enjuiciamiento, condena o detención con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad por toda infracción cometida antes de su entrega distinta de la que motivó esta última, se presumirá que ha sido dado, a menos que en un caso particular la autoridad judicial de ejecución declare lo contrario en su resolución de entrega

2. Excepto en los casos previstos en los apartados 1 y 3, la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega

3. El apartado 2 no se aplicará en los casos siguientes:

a) cuando, habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado miembro al que haya sido entregada, la persona no lo haya hecho en un plazo de cuarenta y cinco días desde su puesta en libertad definitiva, o haya vuelto a dicho territorio después de haber salido del mismo;

b) la infracción no sea punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad;

c) el proceso penal no concluye con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad individual de la persona;

d) cuando la persona esté sujeta a una pena o medida no privativas de libertad, incluidas las sanciones pecuniarias, o a una medida equivalente, aun cuando dicha pena o medida pudieren restringir su libertad individual;

e) cuando la persona hubiere dado su consentimiento, en su caso junto con la renuncia al principio de especialidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13;

f) cuando la persona hubiere renunciado expresamente, después de la entrega, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su entrega. La renuncia se efectuará ante la autoridad judicial competente del Estado miembro emisor, y se levantará acta de la misma con arreglo al Derecho interno de éste. La renuncia se efectuará en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha hecho voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona tendrá derecho a la asistencia de un abogado;

g) cuando la autoridad judicial de ejecución que hubiere entregado a la persona dé su consentimiento con arreglo al apartado 4.

4. La solicitud de consentimiento se presentará a la autoridad judicial de ejecución, acompañada de la información mencionada en el apartado 1 del artículo 8, y de una traducción conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8. Se dará el consentimiento cuando la infracción que motive la solicitud sea a su vez motivo de entrega de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión marco. El consentimiento se denegará en los casos previstos en el artículo 3, y por lo demás podrá denegarse únicamente por los motivos previstos en el artículo 4. La resolución se adoptará en un plazo máximo de treinta días desde la recepción de la solicitud.

En las situaciones contempladas en el artículo 5, el Estado miembro emisor deberá dar las mismas garantías”.

distintos de los que motivaron la entrega, frente al imposible enjuiciamiento por hechos anteriores distintos de los que motivaron la entrega que adquiere, en el sistema europeo de detención y entrega, un carácter secundario.

1. PRETENDIDO RÉGIMEN GENERAL DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA DECISIÓN MARCO 2002/584/JAI Y EN LA LEY ESPAÑOLA DE TRANSPOSICIÓN

En aplicación del principio de especialidad, la persona reclamada por la autoridad judicial de emisión de un Estado miembro de la Unión Europea, tras su entrega por el Estado miembro de ejecución, solo podrá ser enjuiciada o condenada por los hechos cometidos antes de su entrega y que, además, motivaron dicha entrega. Como consecuencia, no se permite la extensión de la entrega de la persona reclamada a hechos anteriores y distintos de aquellos que motivaron la emisión de la euroorden¹³.

No cabe duda alguna de la importancia que tradicionalmente ha ostentado el principio de especialidad en el proceso de la extradición como manifestación de la soberanía nacional de los Estados¹⁴, pues, tal y como

¹² En consonancia con el régimen previsto en la DM se regula, igualmente, el principio de especialidad en el artículo 60 de la LRM. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia 181/2011, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TC:2011:181), afirma que “Tanto la legislación española como ya la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, de la que aquella trae causa, han mantenido el principio de especialidad como criterio rector de las ampliaciones de entrega, lo cual implica que la decisión al respecto no puede considerarse como un trámite automático carente de límites, sino que también aquí deben respetarse las garantías propias de los actos de entrega”.

¹³ En relación con el principio de especialidad, sin ánimo de exhaustividad, *Vid.* Calaza López, Sonia (2005a), “El procedimiento de ejecución de la «euroorden»”, en *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26, pág. 393; López Ortega, Juan José (2006), “Cadena perpetua y pena de muerte. El principio de especialidad”, en *La orden de detención y entrega europea*, Muñoz de Morales Romero, M., Alberto Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (coords.), Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 295-306; Muñoz Cuesta, Javier (2013), “Orden europea de detención y entrega: el principio de especialidad y el derecho de defensa”, en *Revista Aranzadi Doctrina*, núm. 5, pp. 41-50 y De Prada Solaesa, José Ricardo (2006), “Consentimiento a la entrega: renuncia al principio de especialidad”, en *La orden de detención y entrega europea*, pp. 355-362.

¹⁴ *Vid.* por todos, Moreno Catena, Víctor (2005), “La orden europea de detención en España”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 78, segundo trimestre, pág. 28 y De Miguel Zaragoza, Juan (2003), “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la

se mantiene en el sistema de detención y entrega europeo, el Estado requirente necesita el consentimiento expreso del Estado requerido para el enjuiciamiento o condena de la persona entregada por hechos anteriores distintos de los que motivaron la entrega. Como pone de manifiesto BAUTISTA SAMANIEGO¹⁵, el principio de especialidad no descansa únicamente sobre el derecho de la persona entregada al Estado requirente a no ser juzgada y condenada por hechos anteriores distintos a la entrega, pues, además de una garantía para aquella, se trata de una prerrogativa del Estado requerido¹⁶.

No es unánime, sin embargo, el sentir doctrinal en nuestro país en relación con la aplicación del principio de especialidad en el procedimiento europeo de detención y entrega como instrumento de cooperación que descansa sobre la base de la confianza mutua entre los Estados y se rige por el principio del reconocimiento judicial mutuo y la libertad de circulación de las resoluciones judiciales. Dadas las dudas acerca de la posible incompatibilidad de los mencionados principios que inspiran la euroorden con la aplicación del principio de especialidad¹⁷, desaparece

orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, *Actualidad Penal*, núm. 4, pág. 155.

¹⁵ Cfr. Bautista Samaniego, Carlos Miguel (2015), *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*, *op.cit.*, pág. 219.

¹⁶ El artículo 101 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Hecho en Roma, el 17 de julio de 1998) establece que “1. Quien haya sido entregado a la Corte en virtud del presente Estatuto no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que ésta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado. 2. La Corte podrá pedir al Estado que hizo la entrega que la dispense del cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo 1 y, si fuere necesario, proporcionará información adicional de conformidad con el artículo 91. Los Estados Parte estarán facultados para dar esa dispensa a la Corte y procurarán hacerlo”.

El TJUE igualmente invoca la regla de la reciprocidad, *Vid.* STJUE de 19 de septiembre de 2018, C-327/18 PPU, (ECLI:EU:C:2018:733) y STC 181/2011, de 21 de noviembre, BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:181).

¹⁷ MORENO CATENA afirma que este principio de especialidad es incompatible con la libre circulación de resoluciones judiciales dado que en el “*reconocimiento del juez nacional como juez de todos y cada uno de los Estados de la Unión Europea no tiene cabida la restricción basada en un sentido de protección frente a “indebidas agresiones” inferidas al individuo por autoridades extranjeras, ni el mantenimiento de prerrogativas estatales que son producto de otro enfoque de las relaciones entre Estados*”. *Vid.* Moreno Catena, Víctor (2005), “La orden europea de detención en España”, *op. cit.*, pág. 29. Las dudas acerca de la aplicación de este principio no solo alcanzan a este instrumento de cooperación, sino también a la orden europea de investigación. En este sentido, *Vid.* Nota

este principio en la propuesta de Decisión Marco de 19 de septiembre de 2001¹⁸. Sin embargo, como es por todos conocido, finalmente, la DM 2002/584/JAI que regula la euroorden incorpora el principio de especialidad en su artículo 27¹⁹ cuyo contenido, no obstante, no está exento de dudas.

Parece que el motivo del fracaso de la pretendida eliminación del principio de especialidad en la DM lo podemos encontrar en la falta de unanimidad de los Estados miembros a la hora de mantener o suprimir el principio de especialidad en la euroorden, lo que lleva al legislador europeo a introducir el complejo régimen de excepciones al principio de especialidad en la DM²⁰. Régimen que permite que cada Estado miembro, mediante una declaración y con carácter recíproco, preste su consentimiento para que se presuma la autorización para enjuiciar o condenar a las personas entregadas por hechos delictivos distintos de los que motivaron la entrega²¹.

conjunta de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la orden europea de investigación, de junio de 2019, pág. 16. Disponible en https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf (última consulta, 27.05.2022).

¹⁸ Vid. artículo 41 de la Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros que determina, aunque con excepciones, la supresión del principio de especialidad. En este sentido, Fonseca Morillo, Francisco Julián (2003), “La orden de detención y entrega europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7, núm. 14, pág. 78.

¹⁹ Rubricado, “posibles actuaciones por otras infracciones”.

²⁰ La DM sigue el criterio, aunque con ciertas diferencias, mantenido por el Convenio de Dublín de 1996, que entró en vigor recientemente (Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del TUE relativo a la extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996. BOE núm. 262, de 31 de octubre de 2019, con entrada en vigor el día 5 de noviembre de 2019).

²¹ No podemos dejar de lado que el principio de especialidad también se aplica a las solicitudes de asistencia judicial para la obtención de pruebas como, por ejemplo, en el artículo 23 del Convenio de asistencia judicial, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (DOUE C núm. 197 de 12 de Julio de 2000 y BOE núm. 247 de 15 de octubre de 2003). Convenio, que como sabemos, ha sido sustituido por la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal 2014/41/CE (DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014) para todos los Estados miembros excepto Dinamarca e Irlanda, para los que sigue en vigor (Vid. artículo 34). Se mantiene en vigor para las medidas de investigación expresamente excluidas de la Orden Europea de Investigación, en adelante OEI, y peticiones de auxilio judicial internacional, que no sean medidas de investigación. Precisamente y, por el contrario, en la Directiva sobre la OEI no se regula expresamente el principio de

Efectivamente, la compleja y ambigua redacción de la citada norma en relación con el principio de especialidad produce tal grado de incertidumbre desde su entrada en vigor que, aun en la actualidad, los Estados miembro siguen planteando cuestiones prejudiciales al TJUE. La más reciente, de 25 de febrero de 2022²², trata de resolver algunos interrogantes al respecto, tales como si, en atención a lo previsto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se debe interpretar el artículo 27 de la Decisión Marco en el sentido de que la resolución de entregar a una persona crea una relación jurídica entre dicha persona, el Estado de ejecución y el Estado solicitante, de manera que cualquier cuestión que se considere resuelta con carácter firme en dicha resolución debe considerarse también resuelta a los efectos del procedimiento dirigido a obtener el consentimiento para un enjuiciamiento o condena por otros delitos. Para el caso de que la respuesta a esta cuestión fuera en el sentido de que el artículo 27 no exige tal interpretación, la siguiente duda que surge es si vulnera el principio de efectividad una norma de procedimiento nacional que tiene por efecto impedir que el interesado, con motivo de la solicitud de consentimiento, invoque una

especialidad, lo que provoca disparidad de criterios entre los Estados miembro acerca de si dicho principio se aplica o no en el contexto de la OEI. Dicha disparidad de criterios provoca que algunos Estados miembros, como Estados de ejecución, mencionen explícitamente que para la ejecución de una OEI solo se pueden utilizar las pruebas a efectos de esa investigación específica, mientras que otros Estados miembro no hacen mención alguna a dicha circunstancia, dando por sentado que las pruebas no se utilizarán para otro fin. Por otro lado, desde el punto de vista del Estado de emisión, mientras que algunos Estados miembro consideran que para utilizar las pruebas en un caso distinto debe solicitarse previamente autorización al Estado miembro de ejecución; otros consideran que dicha autorización previa no resulta necesaria dado que es la autoridad de emisión quien decide, y los Estados miembros transfieren las pruebas en consecuencia, en atención al marco jurídico aplicable en materia de protección de datos. *Vid.* Nota conjunta de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la orden europea de investigación, junio de 2019, disponible en https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf (último acceso, 12/10/2022), pág. 16.

²²*Vid.* Sentencia del TJUE, de 26 de octubre de 2021. ECLI:EU:C:2021:876). *Vid.* también las Conclusiones del Abogado General en los Asuntos acumulados C-428/21 PPU y C-429/21 PPU, de 14 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:851).

sentencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada con posterioridad a la orden de entrega²³.

Sin embargo, no hay que olvidar que el TJUE ya había tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la solicitud de consentimiento en relación con el artículo 27 DM en la sentencia de 26 de octubre de 2021, según la cual "...una persona entregada a la autoridad judicial emisora en ejecución de una orden de detención europea goza del derecho a ser oída por la autoridad judicial de ejecución cuando la autoridad judicial emisora presente a esa otra autoridad judicial una solicitud de consentimiento en virtud de las citadas disposiciones de dicha Decisión Marco, audiencia que podrá tener lugar en el Estado miembro emisor, estando obligadas las autoridades judiciales de este último a velar por que el derecho de la persona afectada a ser oída se ejerza de manera adecuada y efectiva, sin intervención directa de la autoridad judicial de ejecución...".

Además de las críticas como consecuencia del amplio margen de actuación que presentan los Estados miembro a la hora de regular el principio de especialidad en la euroorden, la citada norma provoca serias dudas en cuanto al ámbito de aplicación de este principio, pues la falta de rigor del legislador en la redacción del artículo 27 DM lleva también a la doctrina a cuestionarse si el principio de especialidad se aplica en atención a la calificación de los hechos o, por el contrario, en consideración a los hechos cometidos por la persona objeto de reclamación en la euroorden. Es, de nuevo, el TJUE el que parece despejar estas dudas cuando en la sentencia de 1 de diciembre de 2008 afirma que "Para determinar si la infracción considerada no es una «infracción distinta» de la que hubiera motivado la entrega, en el sentido del artículo 27, apartado 2, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, que exija la incoación del procedimiento de consentimiento previsto en el artículo 27, apartados 3, letra g), y 4, de dicha Decisión marco, debe comprobarse si, según la tipificación jurídica que se hace de la infracción en el Estado miembro de emisión, los elementos constitutivos de aquella son los mismos por los cuales la persona ha sido entregada y si existe una correspondencia suficiente entre los datos que figuran en la orden de detención y los mencionados en el acto

²³ *Vid.* Resolución de 25 de febrero de 2022 por la que se plantea una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con arreglo al artículo 267 del Tratado Petición de decisión prejudicial C-142/22.

de procedimiento posterior. Son admisibles cambios en las circunstancias de tiempo y lugar, siempre que se deriven de elementos obtenidos durante el procedimiento seguido en el Estado miembro de emisión en relación con los comportamientos referidos en la orden de detención, no alteren la naturaleza de la infracción y no impliquen ningún motivo de no ejecución, en virtud de los artículos 3 y 4 de dicha Decisión marco”²⁴.

En este sentido, afirma la doctrina que “la extradición o la entrega de una persona determinada, sea a otro Estado, sea a un órgano jurisdiccional internacional, se solicita siempre como consecuencia de circunstancias fácticas y jurídicas concretas que, en la lógica de la cooperación interestatal, son las únicas que permiten la actuación del Estado requirente contra el sujeto extraditado o entregado”. Y esto es así porque, a pesar de la definición del artículo 1 DM y de lo contenido en el artículo 27 DM, los artículos 25 y 8 de la DM no sólo exigen, obviamente, la identificación de la persona buscada, sino también la “descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona buscada”²⁵ y “la naturaleza y la tipificación jurídica del delito, en particular con respecto al artículo 2”²⁶, de lo que se desprende que la entrega se solicita en relación a unos “hechos determinados y respecto a una calificación concreta, que respete los límites mínimos fijados en la propia Decisión marco”²⁷.

²⁴ En el artículo 14 del Convenio Europeo de Extradición se establece la posibilidad de proceder a la entrega a pesar del cambio en la calificación jurídica de los hechos, pero siempre que no exista un cambio sustancial en los hechos que dieron lugar a la extradición.

²⁵ *Cfr.* artículo 8.1.e) DM.

²⁶ *Cfr.* artículo 8.1.d) DM.

²⁷ Ahora bien, “La doctrina procesalista mayoritaria, así como parte de la jurisprudencia, se han decantado razonablemente por concluir que la actividad procesal en un proceso penal gira en torno a unos hechos (un *factum*, y no un *crimen*). Ese es el núcleo fundamental de la pretensión punitiva, pero no unos hechos minuciosamente detallados teniendo en cuenta absolutamente todas las circunstancias de lugar, de tiempo y de modo. Es lógico pensar que no todas las circunstancias de la infracción criminal tienen el mismo peso desde la perspectiva de la persecución penal. Pero entonces la cuestión se centra en determinar cómo discriminamos, cómo distinguimos lo esencial de lo accidental. Y para ello va a ser imprescindible acudir a la tipificación penal. No a todos los elementos que el tipo penal pueda contemplar para dar lugar a una determinada calificación, sino sólo a los elementos esenciales, a los constitutivos, a los que la doctrina penalista denomina “contenido material del injusto”. En realidad, en un Estado constitucional como son los Estados miembros de la Unión Europea, debe considerarse clave la perspectiva de la defensa, y en este sentido, nuestro Tribunal constitucional ha resaltado que el sujeto

Atendiendo, por tanto, a la normativa europea que regula el procedimiento de la euroorden y, por ende, a la ley española de transposición, y aun cuando el objetivo del legislador europeo haya sido regular un instrumento de cooperación penal internacional lo más alejado posible del procedimiento, eminentemente gubernativo, de la extradición lo bien cierto es que, como pretendida regla general, se mantiene otro de los principios básicos de la extradición como es el principio de especialidad. Esto significa que en el procedimiento de la euroorden tampoco se permite el enjuiciamiento ni la condena o privación de libertad de la persona objeto de entrega por los hechos delictivos que hubiera cometido antes de haber sido entregado distintos de los que motivaron dicha entrega. No obstante, en el procedimiento de la euroorden, el principio de especialidad admite tal número de excepciones que su aplicación adquiere un carácter secundario, pues solo cabe aplicar el principio de especialidad cuando no exista alguna de las excepciones previstas en la norma, de las que nos ocupamos a continuación.

2. EL (IM)POSIBLE ENJUICIAMIENTO POR HECHOS ANTERIORES DISTINTOS DE LOS QUE MOTIVARON LA ENTREGA EN LA EUROORDEN: EL CARÁCTER SECUNDARIO DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

2. 1. Renuncia al principio de especialidad

A nadie escapa tras una simple lectura, que tanto la norma europea como la ley española de transposición que regula el procedimiento de la euroorden, incorporan tantas excepciones al principio de especialidad que

pasivo del proceso penal debe haber podido defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito (STC 105/1983, de 23 de noviembre). Al margen de eso serían constitucionalmente irrelevantes las modificaciones en el título de condena o de calificación jurídica, o incluso en aspectos accidentales del relato fáctico, siempre que el imputado/acusado/condenado haya podido defenderse de los elementos del tipo que se le aplica". *Vid.* Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo (2010), "Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega. En torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)", en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 20, s.p. Resultan igualmente de interés las Conclusiones a la luz de la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (Asunto C-388/08 PPU).

la aplicación de este principio pierde la condición de regla general convirtiéndose en un principio de carácter residual o secundario.

Desde el punto de vista de la normativa europea, el artículo 27.1 DM establece que “Todo Estado miembro podrá notificar a la Secretaría General del Consejo que, en su relación con otros Estados miembros que hayan efectuado la misma notificación, el consentimiento para el enjuiciamiento, condena o detención con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad por toda infracción cometida antes de su entrega distinta de la que motivó esta última, se presumirá que ha sido dado, a menos que en un caso particular la autoridad judicial de ejecución declare lo contrario en su resolución de entrega”.

De igual manera, desde el punto de vista de nuestro derecho interno, el artículo 60.1 LRM en consonancia con la citada norma europea, determina que “El consentimiento o autorización para el enjuiciamiento, condena o detención con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad, por toda infracción cometida antes de la entrega de una persona y que sea distinta de la que motivó dicha entrega al Estado español, se presumirá que existe siempre que el Estado de la autoridad judicial de ejecución haya notificado a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea su disposición favorable al respecto, salvo que en un caso particular la autoridad judicial de ejecución declare lo contrario en su resolución de entrega”²⁸.

Junto a esta renuncia de los Estados miembro al principio de especialidad, la normativa europea y, como consecuencia, la LRM prevén también la posibilidad de que la renuncia a este principio, tanto de forma expresa como tácita, parta de la persona reclamada.

Como advertíamos anteriormente, y en atención al diferente régimen normativo previsto en la propuesta de la DM de 2001, resulta meridianamente evidente la intención del legislador europeo de eliminar el principio de especialidad en el procedimiento de la euroorden, salvo contadas excepciones, pues, como advertíamos anteriormente, y a pesar del cambio en la redacción final del artículo 27 DM que mantiene el principio de especialidad, las excepciones que incorpora la citada norma son numerosas, ya sea en atención a la actitud de la persona reclamada tras

²⁸ Las enmiendas presentadas al Congreso y al Senado a la citada norma pueden consultarse en García Sánchez, Beatriz (2005), *La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Colección Estudios de Derecho Penal, Granada, Comares, pp. 439-440.

su puesta en libertad en el territorio del Estado miembro o por la naturaleza de la sanción prevista para los hechos cometidos por la persona objeto de la entrega. Así, según establece el artículo 27. 2 y 3 DM:

“Excepto en los casos previstos en los apartados 1 y 3, la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega...3. El apartado 2 no se aplicará en los casos siguientes:

a) cuando, habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado miembro al que haya sido entregada, la persona no lo haya hecho en un plazo de cuarenta y cinco días desde su puesta en libertad definitiva, o haya vuelto a dicho territorio después de haber salido del mismo;

b) la infracción no sea punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad;

c) el proceso penal no concluye con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad individual de la persona;

d) cuando la persona esté sujeta a una pena o medida no privativas de libertad, incluidas las sanciones pecuniarias, o a una medida equivalente, aun cuando dicha pena o medida pudieren restringir su libertad individual;

e) cuando la persona hubiere dado su consentimiento, en su caso junto con la renuncia al principio de especialidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13;

f) cuando la persona hubiere renunciado expresamente, después de la entrega, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su entrega. La renuncia se efectuará ante la autoridad judicial competente del Estado miembro emisor, y se levantará acta de la misma con arreglo al Derecho interno de éste. La renuncia se efectuará en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha hecho voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona tendrá derecho a la asistencia de un abogado;

g) cuando la autoridad judicial de ejecución que hubiere entregado a la persona dé su consentimiento con arreglo al apartado 4”.

Desde el punto de vista de interno, el artículo 60.4 LRM, igualmente, establece que:

“Los apartados anteriores no serán de aplicación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando la persona hubiere renunciado expresamente ante la autoridad judicial de ejecución al principio de especialidad antes de la entrega.

b) Cuando la persona hubiere renunciado expresamente, después de la entrega, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su entrega. La renuncia se efectuará ante la autoridad judicial competente del Estado miembro emisor, y se levantará acta de la misma con arreglo al derecho interno de éste. La renuncia se efectuará en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha hecho voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona tendrá derecho a la asistencia de un abogado.

c) Cuando, habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado miembro al que haya sido entregada, la persona no lo haya hecho en un plazo de cuarenta y cinco días desde su puesta en libertad definitiva, o haya vuelto a dicho territorio después de haber salido del mismo.

d) Cuando la infracción no sea sancionable con una pena o medida de seguridad privativas de libertad.

e) Cuando el proceso penal no concluye con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad individual de la persona.

f) Cuando la persona esté sujeta a una pena o medida no privativa de libertad, incluidas las sanciones pecuniarias, o a una medida equivalente, aun cuando dicha pena o medida pudieren restringir su libertad individual”.

Cómo podemos observar tras la lectura de ambos textos normativos, las excepciones al principio de especialidad responden a la voluntad de los Estados que incorporan, como veremos a continuación, una declaración de carácter general consintiendo el enjuiciamiento o condena de la persona objeto de entrega por hechos delictivos anteriores y distintos a los que autorizaron su entrega o a la voluntad de la persona que ha sido objeto de entrega al Estado de emisión, ya sea como consecuencia de la renuncia expresa o tácita al principio de especialidad²⁹.

²⁹ En el mismo sentido, el artículo 92, regula la aplicación del principio de especialidad a la ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad de tal manera que “1. La persona trasladada a España en el marco de un proceso de reconocimiento y ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad no podrá ser procesada, condenada, ni privada de libertad en España como consecuencia de la comisión de una infracción anterior y distinta de la que hubiera motivado el traslado.

2. El apartado anterior no será aplicable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando la persona condenada haya tenido la oportunidad de salir de España y no lo haya hecho en el plazo de cuarenta y cinco días desde su puesta en libertad definitiva, o bien lo ha hecho pero ha vuelto después de haber salido.

En el caso de que sea el Estado el que renuncie al principio de especialidad, se tendrá que realizar una declaración de carácter general en la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea a través de la cual preste su consentimiento al enjuiciamiento o condena de la persona que ya ha sido entregada por hechos delictivos anteriores y distintos a los que motivaron su entrega.

Considera BUJOSA VADELL que, teniendo en cuenta que dicha renuncia tiene efectos en tanto en cuanto el otro Estado haya prestado igualmente dicho consentimiento, nos encontramos ante “una cooperación reforzada respecto al principio de especialidad fundada en el principio de reciprocidad”³⁰.

Ahora bien, junto a esta renuncia general de los Estados basada en la reciprocidad, se permite que, en ausencia de la misma, el Estado de

b) Cuando la infracción no sea sancionable con una pena privativa de libertad o un auto de internamiento.

c) Cuando el proceso penal no concluya con la aplicación de una medida que restrinja la libertad individual.

d) Cuando la persona condenada pueda estar sometida a una sanción o medida no privativa de libertad, aun cuando puedan restringir su libertad individual.

e) Cuando el condenado haya dado su consentimiento al traslado.

f) Cuando la persona condenada hubiera renunciado después del traslado, de manera expresa y voluntaria, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su traslado.

La renuncia deberá realizarla el condenado, asistido de un abogado, ante el Juez Central de lo Penal, que levantará acta de la misma.

g) Cuando el Estado de emisión dé su consentimiento, de acuerdo con lo previsto en el apartado siguiente.

3. El Juez Central de lo Penal, como autoridad de ejecución, remitirá la correspondiente solicitud de consentimiento a la autoridad competente del Estado de emisión, acompañada de una orden europea de detención y entrega.

4. En el supuesto de que España sea el Estado emisor, las autoridades judiciales competentes consentirán la no aplicación del principio de especialidad cuando el Estado de ejecución le presente una solicitud de consentimiento acompañada de una orden europea de detención y entrega y exista la obligación de entrega de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

En este caso, la autoridad judicial española competente dará su consentimiento en un plazo no superior a treinta días desde la recepción de la solicitud”.

³⁰ Vid. Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo (2010), “Sobre el principio de especialidad en la de la orden europea de detención y entrega. En torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)”, *op.cit.*, s.p.

ejecución renuncie al principio de especialidad para cada caso concreto³¹. En este caso, será necesario que se cumplan varios requisitos, por un lado, que el Estado de emisión solicite previamente el consentimiento al Estado de ejecución y, por otro, que el delito que motiva la solicitud de entrega también sea motivo de entrega en función de lo establecido en la Decisión Marco. En este caso, el Estado de ejecución dará su consentimiento expreso, pero como consecuencia de la solicitud previa de consentimiento por parte de la autoridad judicial de emisión.

Así, desde el punto de vista de la normativa europea, el artículo 27.3 g) DM establece que no se aplicará el apartado segundo de la misma norma “...cuando la autoridad judicial de ejecución que hubiere entregado a la persona dé su consentimiento con arreglo al apartado 4” que, a su vez, determina que “La solicitud de consentimiento se presentará a la autoridad judicial de ejecución, acompañada de la información mencionada en el apartado 1 del artículo 8, y de una traducción conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8. Se dará el consentimiento cuando la infracción que motive la solicitud sea a su vez motivo de entrega de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión marco. El consentimiento se denegará en los casos previstos en el artículo 3, y por lo demás podrá denegarse únicamente por los motivos previstos en el artículo 4. La resolución se adoptará en un plazo máximo de treinta días desde la recepción de la solicitud.

En las situaciones contempladas en el artículo 5, el Estado miembro emisor deberá dar las mismas garantías”.

Del mismo modo, en relación con la interpretación que deba darse a las excepciones al principio de especialidad contenidas en el artículo 27. 3 g) y 4 DM, que no han estado exentas de polémicas, el Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, en el Asunto C-428/21 PPU³², plantea las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

³¹ Según el artículo 60.2 LRM, “Si no se hubiese notificado la declaración a que se refiere el apartado anterior, la persona entregada a España no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado ésta, salvo que el Estado de ejecución lo autorizase. A tal efecto, la autoridad judicial de emisión española presentará a la autoridad judicial de ejecución una solicitud de autorización, acompañada de la información mencionada en el artículo 36”.

³² DOUE C 368, de 13 de septiembre de 2021.

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 27, apartados 3, letra g), y 4, de la [Decisión Marco 2002/584], considerado a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que:

– una persona entregada debe poder ejercer en el Estado miembro emisor su derecho a ser oída por lo que respecta a una solicitud de consentimiento a la ampliación de las infracciones, durante la toma de declaración, ante la autoridad judicial de dicho Estado miembro, relativa a una posible renuncia al principio de especialidad, de conformidad con el artículo 27, apartado 3, letra f), de la Decisión Marco, o

– dicha persona debe poder ejercer su derecho a ser oída ante la autoridad judicial de ejecución del Estado miembro que procedió anteriormente a la entrega, en el marco del procedimiento relativo al consentimiento a la ampliación de las infracciones?

2) En el caso de que la persona entregada deba poder ejercer su derecho a ser oída por lo que respecta a una solicitud de consentimiento a la ampliación de las infracciones en virtud del artículo 27, apartado 4, de la [Decisión Marco 2002/584] en el Estado miembro que procedió anteriormente a la entrega, ¿cómo debe desarrollarse el trámite de audiencia ante dicho Estado miembro?»

El TJUE resuelve estos interrogantes afirmando que, aunque, con arreglo a los artículos 27. 3 f) y 28. 2 b) DM, la autoridad judicial emisora debe oír a la persona afectada para recabar su eventual renuncia al principio de especialidad previsto en el artículo 27. 2 DM o su consentimiento para una entrega ulterior a otro Estado miembro, según lo establecido en el artículo 28. 2 DM, corresponde a la autoridad judicial de ejecución dar su consentimiento a tal ampliación de las diligencias penales a otras infracciones o a tal entrega ulterior, de conformidad con los artículos 27. 4, y 28 3 DM. De ello resulta que la autoridad judicial de ejecución debe oír a la persona entregada cuando las autoridades judiciales del Estado miembro emisor presenten una solicitud de consentimiento en virtud del artículo 27. 4 o al artículo 28. 3 DM. En palabras del TJUE en Sentencia de 26 de octubre de 2021³³:

³³ Sentencia de 26 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:876), asuntos acumulados C-428/21 PPU y C-429/21 PPU.

“Así pues, nada se opone a la solución propuesta por el órgano jurisdiccional remitente, consistente en que la persona afectada exprese su posición ante la autoridad judicial emisora en relación con la eventual ampliación de las diligencias penales a infracciones distintas de las que justificaron su entrega o en relación con su entrega ulterior a otro Estado miembro, por ejemplo, cuando dicha autoridad lo oiga en relación con una eventual renuncia a acogerse al principio de especialidad, con arreglo al artículo 27, apartado 3, letra f), de la Decisión Marco 2002/584, o en el contexto del procedimiento relativo a la ejecución de una orden de detención europea emitida posteriormente por otro Estado miembro por hechos cometidos con anterioridad a su entrega al Estado miembro emisor. Si dicha posición se consigna en un acta y es comunicada a continuación por la autoridad judicial emisora a la autoridad judicial de ejecución, esta debe considerar que, en principio, aquella ha sido recabada por las autoridades judiciales emisoras respetando las exigencias establecidas en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta. En efecto, como se desprende del apartado 37 de la presente sentencia, en virtud del principio de confianza mutua, los Estados miembros deben considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente los derechos fundamentales reconocidos por este Derecho”.

(...)

“Por lo tanto, los artículos 27, apartados 3, letra g), y 4, y 28, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, considerados a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que una persona entregada a la autoridad judicial emisora en ejecución de una orden de detención europea goza del derecho a ser oída por la autoridad judicial de ejecución cuando la autoridad judicial emisora presente a esa otra autoridad judicial una solicitud de consentimiento en virtud de las citadas disposiciones de dicha Decisión Marco, audiencia que podrá tener lugar en el Estado miembro emisor, estando obligadas las autoridades judiciales de este último a velar por que el derecho de la persona afectada a ser oída se ejerza de manera adecuada y efectiva, sin intervención directa de la autoridad judicial de ejecución. No obstante, corresponde a la autoridad judicial de ejecución garantizar que dispone de información suficiente, en particular en cuanto a la posición de

la persona afectada, para poder pronunciarse con pleno conocimiento de causa —y respetando plenamente el derecho de defensa de esa persona— sobre la solicitud de consentimiento presentada con arreglo al artículo 27, apartado 4, de la Decisión Marco 2002/584 o al artículo 28, apartado 3, de esta, y solicitar, en su caso, a la autoridad judicial emisora que le proporcione urgentemente información complementaria”.

Para los supuestos en los que España sea el Estado de ejecución, el artículo 60.3 LRM establece que:

“... en tanto no se practique la notificación a la Secretaría General del Consejo a que se refiere el apartado 1, para el enjuiciamiento, condena o detención con vistas a la ejecución de una condena o medida de seguridad privativa de libertad por toda infracción cometida antes de la entrega de una persona y que sea distinta de la que motivó dicha entrega, el Estado de emisión deberá solicitar la autorización a la que se refiere el apartado anterior.

Para resolver sobre la autorización se oír al Ministerio Fiscal por el plazo de cinco días. Hecho lo cual, deberá ser designado abogado para la defensa de los intereses del reclamado, si no lo tuviera, y se le dará traslado para que pueda formular alegaciones en plazo de cinco días. El Juez Central de instrucción resolverá por auto motivado en el plazo de diez días, sin que la tramitación de la solicitud recibida pueda exceder del plazo de treinta días desde su recepción. Se concederá la autorización si se dieran las condiciones para ejecutar una orden europea de detención y entrega y no concurriera ninguna de las causas previstas para denegar la ejecución de ésta”.

Concluyendo, y como hemos tenido ocasión de comprobar, el posible enjuiciamiento por hechos anteriores distintos de los que motivaron la entrega en la euroorden solo es posible, desde el punto de vista de la voluntad de los Estados miembro, tras la declaración general de renuncia o, en ausencia de dicha declaración, con el consentimiento expreso para el caso concreto.

Por otra parte, y aun cuando el Estado de ejecución no haya renunciado al principio de especialidad a través de cualquiera de los mecanismos previstos para ello, se admite la posibilidad de que sea la propia persona entregada al Estado de emisión la que renuncie al principio de especialidad prestando, expresa o tácitamente, su consentimiento a ser

enjuiciado o condenado por hechos anteriores y distintos de los que motivaron la entrega.

Por un lado, tanto la normativa europea³⁴ como la LRM consideran que la persona entregada al Estado de emisión renuncia tácitamente al principio de especialidad “cuando, habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado miembro al que haya sido entregada, la persona no lo haya hecho en un plazo de cuarenta y cinco días desde su puesta en libertad definitiva, o haya vuelto a dicho territorio después de haber salido del mismo”³⁵.

Como podemos observar, la renuncia tácita no es automática ya que la persona entregada al Estado de emisión cuenta con un plazo de cuarenta y cinco días para sustraerse de la acción de la justicia. Como afirma BUJOSA VADELL, “Es una nueva concesión a la vieja regulación, que merecería una superación en un ámbito judicial verdaderamente integrado en el que se proclama la aceleración y la simplificación de la cooperación entre los Estados miembros, si no fuera por las suspicacias y desconfianzas que en realidad todavía imperan en la Unión Europea –y lo peor es que en ocasiones de manera justificada-”³⁶.

El motivo por el que se considera, en estos casos, que esta renuncia tácita de la persona entregada es razón suficiente para que el Estado de emisión le pudiera enjuiciar o condenar por hechos anteriores distintos a los que motivaron su entrega, no es otro que la desaparición de relación alguna entre Estado de ejecución y la persona reclamada a través de la euroorden, que ya ha cumplido con su finalidad. Cumplido el objetivo de la euroorden, la posibilidad de ser enjuiciado o no por las demás infracciones en el Estado de emisión, que es donde se encuentra, dependerá de aquella, pues, en estos supuestos, no cabe duda de que la persona que fue objeto de entrega al Estado de emisión podrá ser objeto de enjuiciamiento y/o condena por hechos anteriores distintos de los que motivaron la entrega.

Por otra parte, no cabe duda de que como excepción al principio de especialidad cabe la renuncia expresa de la persona detenida en el Estado

³⁴ Vid. artículo 27.3 a) DM.

³⁵ Vid. Artículo 60.4 c) LRM, así como el derogado artículo 27.4 c) LODE.

³⁶ Vid. Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo (2010), “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega. En torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)”, *op. cit.*, s.p.

de ejecución. Son dos, además, los momentos en los que, tal y como determina el artículo 27.3 DM³⁷, la persona reclamada puede renunciar expresamente al principio de especialidad. En un primer momento, y ante la autoridad de ejecución, con anterioridad a que se haya procedido a la entrega de la persona detenida³⁸ y, en un momento posterior, tras haberse practicado la entrega de la persona reclamada, en cuyo caso la renuncia expresa se realizará ante la autoridad judicial de emisión³⁹.

Por último, no podemos olvidar que, según se establece en el artículo 13.4 DM⁴⁰, el consentimiento prestado por la persona reclamada es, en principio, de carácter irrevocable. Y decimos, en principio, porque la misma norma europea consiente que sea cada Estado miembro el que determine en sus leyes internas de transposición el carácter revocable o

³⁷ “e) cuando la persona hubiere dado su consentimiento, en su caso junto con la renuncia al principio de especialidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13; f) cuando la persona hubiere renunciado expresamente, después de la entrega, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su entrega. La renuncia se efectuará ante la autoridad judicial competente del Estado miembro emisor, y se levantará acta de la misma con arreglo al Derecho interno de éste. La renuncia se efectuará en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha hecho voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona tendrá derecho a la asistencia de un abogado”.

³⁸ En España, como autoridad judicial de ejecución, ante el Juzgado Central de Instrucción. *Vid.* artículos 35.2 y 60.4 LRM.

³⁹ El citado artículo 60.4 LRM igualmente regula la posibilidad de que la persona detenida en España, como Estado de ejecución, renuncie al principio de especialidad tanto antes de la entrega ante el Juzgado Central de Instrucción como después de la entrega ante la autoridad judicial de emisión. Como consecuencia, si la persona detenida en España prestara su consentimiento ante el Juez Central de Instrucción podría ser enjuiciada o condenada en el Estado emisor por hechos anteriores y distintos de los que motivaron la euroorden. No obstante, si la persona detenida en España no renunciara al principio de especialidad antes de la entrega al Estado de emisión, podría renunciar al principio de especialidad prestando consentimiento expreso ante las autoridades judiciales de emisión una vez efectuada la entrega

⁴⁰ “El consentimiento será, en principio, irrevocable. Todo Estado miembro podrá establecer que dicho consentimiento y, en su caso, la renuncia podrá revocarse de conformidad con las normas aplicables en sus respectivos Derechos internos. En tal caso, el período comprendido entre la fecha del consentimiento y la de su revocación no se tomará en consideración para determinar los plazos previstos en el artículo 17. El Estado miembro que desee recurrir a dicha posibilidad informará de ello a la Secretaría General del Consejo en el momento de la adopción de la presente Decisión marco e indicará las modalidades conforme a las cuales es posible revocar el consentimiento, así como cualquier modificación de éstas”.

irrevocable de dicho consentimiento y, en su caso, la renuncia expresa de la persona reclamada al principio de especialidad⁴¹.

En el caso de España, el artículo 51.2 y 3 LRM atribuye carácter irrevocable al consentimiento de la persona detenida a ser entregada, sin embargo, no hace referencia alguna al carácter revocable o irrevocable de la renuncia al principio de especialidad. Atendiendo a lo establecido en el apartado 3 del artículo 51 LRM, según el cual, “*De la misma forma procederá respecto de la renuncia a acogerse al principio de especialidad*”, en contra de la opinión de parte de la doctrina⁴², consideramos que la renuncia al principio de especialidad es también de carácter irrevocable⁴³, puesto que dicho precepto remite a lo previsto para el consentimiento de la persona detenida a su entrega al Estado de emisión.

⁴¹ Vid. el Informe del año 2020 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (Bruselas, 2 de julio de 2020 COM(2020) 270 final), apartado 3.1 relativo al *Consentimiento en la entrega, principio de especialidad y renuncia a este (artículos 13 y 27)* en el que en la página 22 se advierte que “... en un número reducido de Estados miembros, la persona buscada pierde automáticamente la protección del principio de especialidad cuando consiente en la entrega. Por consiguiente, la persona buscada deja de poder decidir sobre la renuncia a la protección del principio de especialidad. En algunos Estados miembros no ha sido posible encontrar las disposiciones de transposición pertinentes, o bien la transposición solamente es parcial debido a que no se prevé explícitamente la renuncia al principio de especialidad”.

⁴² Vid. Bautista Samaniego, Carlos Miguel (2015), *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*, op.cit., pág. 221 y De Prada Solaesa, José Ricardo (2004), “La orden europea de detención y entrega”, *Estudios de Derecho Judicial, CGPJ*, núm. 61, pág. 419.

⁴³ En palabras de BUJOSA VADELL “Con buen criterio, fundado probablemente en consideraciones de seguridad jurídica, el legislador español no ha aprovechado esta posibilidad y, aunque no se diga directamente, parece claro que el consentimiento relativo a la renuncia al principio de especialidad se considera en España irrevocable. Así se deduce del párrafo tercero, del apartado segundo del artículo 14 de la Ley 3/2003: “En todo caso, el Juez Central de Instrucción comprobará si el consentimiento a la entrega por parte de la persona detenida ha sido prestado libremente, y con pleno conocimiento de sus consecuencias, en especial de su carácter irrevocable. De la misma forma procederá respecto de la renuncia a acogerse al principio de especialidad.

Sin embargo, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Finlandia y Suecia han declarado que desean considerar el consentimiento en el momento de la entrega, manifestado por la persona afectada, como revocable”. Vid. Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo (2010), “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega. En

Tal y como determina el artículo 27.3 f) DM, copiado literalmente por nuestra LRM, cuando la persona entregada haya renunciado expresamente al principio de especialidad tras la entrega a la autoridad judicial de emisión, tendrá derecho a la asistencia de un abogado que garantice que el consentimiento se prestó voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias que se derivan de su renuncia⁴⁴.

2.2. Infracciones que no llevan aparejada pena privativa de libertad

El ámbito de aplicación del principio de especialidad se limita a hechos delictivos que lleven aparejada una pena privativa de libertad en consonancia con los principios que rigen en el procedimiento de extradición. Tanto es así que, en relación con la euroorden, la DM, a la hora de delimitar el régimen de excepciones al principio de especialidad, no se aparta de lo previsto en el artículo 10 del Convenio de Dublín de 1996 sobre extradición que, bajo la rúbrica *Hechos distintos de los que motivaron la solicitud de extradición*, establece que:

“1. Por hechos cometidos antes de su entrega, distintos de los que hayan motivado la solicitud de extradición, la persona extraditada podrá, sin que sea necesario el consentimiento previo del Estado miembro requerido:

a) Ser perseguida o juzgada cuando los hechos no estén castigados con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad”.

torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)”, *op. cit.*, s.p.

⁴⁴ Así se recoge en el artículo 60.4 b) LRM según el cual no se aplicará el principio de especialidad “Cuando la persona hubiere renunciado expresamente, después de la entrega, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su entrega. La renuncia se efectuará ante la autoridad judicial competente del Estado miembro emisor, y se levantará acta de la misma con arreglo al derecho interno de éste. La renuncia se efectuará en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha hecho voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona tendrá derecho a la asistencia de un abogado”.

Efectivamente, tal y como resulta de lo establecido en los artículos 27.3 b) DM⁴⁵ y 60.4 d) LRM⁴⁶, tampoco resulta aplicable cuando el hecho no es sancionable con una pena privativa de libertad.

No obstante, en relación con el ámbito de aplicación del principio de especialidad, de nuevo debemos acudir a la jurisprudencia del TJUE para resolver las dudas a la hora de interpretar el alcance de este amplio régimen de excepciones previsto en la DM. Así, en sentencia de 24 de septiembre de 2020, el TJUE afirma que:

“...el artículo 27, apartados 2 y 3, de la Decisión Marco 2002/584 debe interpretarse en el sentido de que el principio de especialidad recogido en el apartado 2 de dicho artículo no se opone a una medida restrictiva de la libertad adoptada contra una persona, objeto de una primera orden de detención europea, por hechos distintos de los hechos que motivaron su entrega en ejecución de dicha orden y anteriores a estos, cuando esa persona haya abandonado voluntariamente el territorio del Estado miembro emisor de la primera orden y haya sido entregada a este, en ejecución de una segunda orden de detención europea emitida con posterioridad a esa salida a efectos de la ejecución de una pena privativa de libertad, siempre que, en virtud de la segunda orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución de esta haya dado su consentimiento a la ampliación del ejercicio de acciones penales a los hechos que dieron lugar a dicha medida restrictiva de la libertad”⁴⁷.

Volviendo a la regulación normativa de esta excepción al principio de especialidad, ni la DM ni la LRM hacen referencia al momento de los hechos que motivaron la entrega a la autoridad de emisión, sin embargo, la interpretación más lógica sería entender que ambas normas se refieren a hechos anteriores y, además, a la sanción en abstracto.

Por otra parte, tanto la DM como la LRM prevén como excepción al principio de especialidad aquellos supuestos en los que “... el proceso penal no concluye con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad individual”⁴⁸. Excepción que no está exenta de críticas por cuanto surgen

⁴⁵ “...la infracción no sea punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad”.

⁴⁶ “Cuando la infracción no sea sancionable con una pena o medida de seguridad privativas de libertad”.

⁴⁷ *Vid.* STJUE, de 24 de septiembre de 2020, Asunto C-195/20 PPU (ECLI:EU:C:2020:749).

⁴⁸ *Vid.* Artículo 27.3 d) DM y artículos 60.4 e) y 92.2 d) LRM.

dudas acerca de cómo interpretar el término “concluye”⁴⁹. MORENO CATENA considera que no se puede admitir el enjuiciamiento por otras infracciones anteriores a la que motivó la entrega y, en atención al contenido de la sentencia, solicitar o no autorización, “*porque la protección del principio de especialidad ampara no sólo el cumplimiento de una pena sino también el sometimiento a juicio*”.

Sin embargo, esta excepción al principio de especialidad tampoco permite que, en aquellos supuestos en los que el proceso penal del que trae causa la euroorden termine con una sentencia absolutoria o con una pena o medida no privativas de libertad de la persona entregada, el Estado de emisión pueda perseguir cualquier conducta anterior al margen de su gravedad.

Por último, nada cambia en la redacción de la excepción al principio de especialidad prevista en el artículo 60.4 f) en relación con lo previsto con el derogado artículo 24.4 f) de la antigua ley española de transposición, pues ambas parten de lo establecido en el artículo 27.3 d) DM que limita el principio de especialidad a los supuestos en los que la persona reclamada está sujeta a una pena o medida no privativas de libertad, incluidas las sanciones pecuniarias, o a una medida equivalente, aun cuando las mismas puedan llegar a restringir su libertad.

Para finalizar, DE MIGUEL ZARAGOZA advierte que en lo que la DM se aparta completamente del régimen previsto tanto en la LEP como en el Segundo Protocolo al Convenio Europeo de Extradición⁵⁰ es en relación a lo que se ha dado en llamar extradición accesoria⁵¹ pues, en función de lo establecido en el artículo 27 DM, cabe la emisión de una orden europea de detención y entrega con el objetivo de enjuiciar o ejecutar

⁴⁹ ¿Se debe entender referido a una sentencia dictada en ausencia que, efectivamente, ha finalizado con una pena o medida no restrictiva de libertad o a la apertura de un juicio en el que la acusación solicita una pena no privativa ni restrictiva de la libertad, incluso en el caso de que el Código Penal permitiera la condena a una pena de esa naturaleza pues, en caso contrario, operaría la excepción anterior?, *Vid.* Moreno Catena, Víctor (2005), “La orden europea de detención en España”, *op. cit.*, pág. 30.

⁵⁰ Hecho en Estrasburgo 17 de marzo de 1978 (Instrumento de Ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (número 98) (BOE núm. 139, de 11 de junio de 1985).

⁵¹ Según la cual, se procede a la extradición por delitos conexos, esto es, por delitos fuera del ámbito de este instrumento de cooperación siempre que estén relacionados con otros delitos que den lugar a extradición. *Vid.* al respecto Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 27 de abril de 2016 (CAC/COSP/IRG/2016/8), pág. 11.

condenas derivadas de infracciones leves, pero porque, precisamente, nos encontramos ante una de las excepciones al principio de especialidad⁵².

CONCLUSIONES

Han pasado veinte años desde la publicación de la Decisión Marco que regula la orden europea de detención y procedimientos de entrega. Dos décadas de debate en general y, en particular, sobre este primer instrumento de cooperación judicial penal que viene funcionando desde el 1 de enero de 2004 y en el que se implementa el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que, tal y como se reconoce en las conclusiones del Consejo de Tampere⁵³, se convierte en la piedra angular de la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁴, deben servir para iniciar una nueva etapa de profunda reflexión acerca de las luces y las sombras de este instrumento de cooperación en la Unión Europea.

⁵² Cfr. De Miguel Zaragoza, Juan (2003), “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, *Actualidad Penal*, núm. 4, pág. 147.

⁵³ Consejo de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea celebrado durante los días 15 y 16 de octubre de 1999 cuyas conclusiones se pueden consultar en https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (último acceso, 12.10.2022). Para un estudio pormenorizado de las directrices políticas y objetivos del Consejo Europeo de Tampere de 1999 se puede consultar la obra de Fernández Rozas, José Carlos (2004), “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la constitución europea”, *Diario La Ley* núm. 6097, pp. 6-7.

⁵⁴ Preámbulo de la LRM afirma que “El principio de reconocimiento mutuo, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros y consagrado en el Consejo Europeo de Tampere como la «piedra angular» de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que aquella resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento”. En este sentido, Vid. Jimeno Bulnes, Mar (2017), “Perspectiva de la orden europea de detención y entrega: el principio de reconocimiento mutuo y la cooperación judicial en la Unión Europea”, en J. Burgos Ladrón de Guevara (coord.), *La cooperación judicial entre España e Italia. La orden europea de detención y entrega en la ejecución de sentencias penales*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, pp. 11 y ss.

Han sido muchas las críticas⁵⁵ basadas tanto en reflexiones teóricas como empíricas y que van desde su propia nomenclatura⁵⁶ al instrumento normativo que lo regula⁵⁷, pero pocas, sin embargo, las reformas que ha sufrido esta herramienta de cooperación judicial internacional, razón por la cual consideramos que ha pasado el tiempo suficiente como para hacer frente a la necesaria reforma de la Decisión marco en su conjunto.

⁵⁵ Vid. Kühn, Werner Miguel (2007), “Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la Orden de Detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *RGDE* núm. 12, pág. 10.

⁵⁶ La orden europea de detención y entrega ha sido objeto de crítica con relación a la terminología para referirse a este instrumento de auxilio judicial pues se considera que el término “orden” no resulta apropiado teniendo en cuenta que la euroorden no presenta dicho carácter imperativo para la autoridad judicial. Vid. Calaza López, Sonia (2005b), *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid, Iustel, pp. 28 y 29 y Cedeño Hernán, Marina (2010), *La orden de detención y entrega: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Madrid, Civitas, pp. 60 y 61. A favor, sin embargo, de dicha terminología BAUTISTA SAMANIEGO, que considera que “El término utilizado es correcto en cuanto revela una vocación de imperatividad que se traduce en una primera regla general que impone una actuación de obligado cumplimiento en su primera fase (la detención), y una segunda regla de carácter general en la siguiente fase (la entrega) sometida a excepciones muy tasadas y de interpretación restrictiva (...) No es pues un simple ruego o solicitud, como lo es la petición extradicional, sometida al vaivén de las consideraciones políticas”. Cfr. Bautista Samaniego, Carlos Miguel (2015), *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*, op.cit., pp. 21 y 22.

⁵⁷ Como de todos es sabido, las Decisiones Marco de la Unión Europea son instrumentos jurídicos que, dejando libertad en cuanto a los medios que cada Estado considere más convenientes para lograrlo, obligan a los Estados miembros a obtener el resultado convenido en la DM. Estos instrumentos normativos, que se incorporan con el Tratado de Ámsterdam con el objetivo de lograr la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro, han sido sustituidos por las Directivas en el actual artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A pesar de que tampoco se han obtenido los resultados esperados con este tipo de instrumento normativo, CUERDA RIEZU considera que su elección para regular la orden europea de detención y entrega “no es casual ni fortuita”, sino más bien respuesta al fracasado sistema convencional para la regulación del procedimiento al que sustituye en el ámbito de la Unión Europea, esto es, la extradición. En este sentido, afirma este autor, que, dada la resistencia de muchos países a ser parte de los Tratados bilaterales o multilaterales, las Decisiones marco obligan a una aproximación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que deben, incluso, reformar sus propias legislaciones para alcanzar la adaptación comunitaria. Con las Decisiones marco, los Estados no son libres para decidir si adaptan o no sus legislaciones internas ni existe posibilidad de resistencia. Vid. Cuerda Riezu, Antonio (2003), *De la extradición a la “euroorden” de detención y entrega*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 81 y 82.

Que nos encontramos ante un instrumento totalmente diferente de la extradición, pues en palabras de BAUTISTA SAMANIEGO “...se prescinde de esa tradicional, esencial y consustancial relación entre Estados que se consideraba inseparable y añeja al concepto de extradición”⁵⁸, resulta hoy en día, prácticamente, incuestionable dado que este, ya no tan nuevo, instrumento de cooperación judicial, no solo ha supuesto un avance fundamental en la construcción del espacio europeo de justicia, sino que, rompiendo con la clásica idea de ayuda judicial mutua y de extradición entre Estados miembros de la Unión Europea, se ha logrado implementar un sistema de reconocimiento mutuo y de confianza mutua entre autoridades judiciales⁵⁹.

La propia Comisión Europea⁶⁰ reconoce que:

“Los principales elementos de la Decisión Marco que la diferencian de los regímenes de extradición son:

- la orden de detención europea es una resolución judicial con fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sobre la base del principio del reconocimiento mutuo;
- los motivos por los que se puede denegar la ejecución son limitados y se enumeran exhaustivamente en la Decisión Marco;
- no se prevé el control de la doble tipificación en relación con una lista de treinta y dos categorías de infracciones enumeradas en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor, siempre que dichas infracciones estén castigadas con una pena de prisión o medidas de seguridad privativas de libertad de al menos tres años en su grado máximo;
- la norma general es que el Estado miembro entregue a sus nacionales, para lo que solamente existe un número limitado de excepciones. Estas excepciones se refieren a la ejecución de una pena privativa de libertad en el Estado miembro «de origen» y se aplican por igual a los residentes. El principal motivo para estas excepciones es promover la reinserción social de la persona buscada;

⁵⁸ *Ibidem.* pág. 29.

⁵⁹ *Vid.* Fonseca Morillo, Francisco Julián (2003), “La orden de detención y entrega europea”, *op.cit.*, pág. 70.

⁶⁰ *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (Bruselas, 2 de julio de 2020 COM(2020) 270 final), pp. 3 y 4.

- existen plazos estrictos para adoptar una decisión sobre la ejecución de una orden de detención europea y para entregar a la persona buscada;
- a fin de simplificar las solicitudes y facilitar su cumplimiento, se emplea como base el formulario de la orden de detención europea”.

Sin embargo, la materialización de la confianza mutua que debe inspirar las relaciones entre los Estados miembro de la Unión Europea no es tarea fácil, tanto es así que, con más frecuencia de la deseable, el principal obstáculo para la creación del Espacio judicial europeo es, precisamente, la ausencia de dicha confianza mutua⁶¹ junto al fracaso del proceso de armonización normativa entre los Estados miembro.

No obstante, no solo son éstos los problemas a los que se enfrenta la orden europea de detención y entrega, que encuentra obstáculos para su correcta aplicación tanto en la defectuosa redacción de la norma europea como en la incorrecta o incompleta transposición de la misma en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembro⁶². Además, a lo largo de estas casi dos décadas de aplicación de la euroorden han ido

⁶¹ Desconfianza que, como afirma LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, “...va más allá de los márgenes legales, se ha traducido en pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión que han puesto de manifiesto divergencias en aspectos tales como el funcionamiento del propio Estado de Derecho, el nivel de protección dispensado a las garantías procesales de las partes o la situación de los establecimientos penitenciarios”. Vid. Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2021), “Hacia una nueva orden europea de detención y entrega”, en *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 276.

⁶² Esta es la conclusión a la que llega la Comisión Europea en el citado Informe en el que afirma que “A pesar de reconocerse los esfuerzos realizados por los Estados miembros hasta la fecha, el nivel de aplicación de la Decisión Marco en algunos Estados miembros sigue sin ser satisfactorio. La evaluación aquí presentada, las estadísticas sobre la orden de detención europea y un análisis comparativo con informes anteriores indican que determinados Estados miembros no han atendido algunas de las recomendaciones previas de la Comisión y las derivadas de la cuarta ronda de evaluaciones mutuas. Además, resulta que algunos Estados miembros todavía no han aplicado determinadas sentencias del Tribunal de Justicia. La transposición incompleta o incorrecta de la Decisión Marco entorpece la aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito de la justicia penal. El objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia para todos los ciudadanos de la UE, conforme a lo establecido en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, es imposible de alcanzar si los Estados miembros no aplican correctamente los instrumentos sobre los que ellos mismos han llegado a un acuerdo”. Cfr. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, pág. 24.

surgiendo, por un lado, innumerables dudas de interpretación en relación con la propia normativa europea, muchas veces resueltas por el TJUE, ya sea en relación con el alcance del principio de la doble incriminación⁶³ o el principio de especialidad, al que hemos dedicado este estudio y, por otro, problemas prácticos a la hora de seguir los trámites procedimentales de la euroorden.

Consideramos necesario que el legislador europeo proceda a regular convenientemente, entre otras cuestiones, los principios que deben inspirar este sistema de detención y entrega, poniendo fin a los interminables debates acerca de si, por ejemplo, se debe exigir o no la reciprocidad a la hora de proceder a la entrega de la persona reclamada en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea; cómo se debe aplicar el principio de la doble incriminación o el alcance del principio de proporcionalidad en la euroorden⁶⁴.

Concluimos, por tanto, con el firme convencimiento de que nos encontramos en un momento en el que, tras veinte años de la entrada en vigor de la decisión marco que regula la euroorden, ha llegado la hora de acometer una revisión global de la normativa europea poniendo fin a muchas de las dudas que, en este y en otros trabajos de investigación anteriores, hemos puesto de manifiesto, así como de garantizar efectivamente los derechos de la persona reclamada a través de una euroorden que, en muchas ocasiones, ante la imposibilidad práctica de ejercitarlos, quedan en papel mojado. Este es el caso, por ejemplo, sin entrar en profundidades, y a pesar de los avances en las garantías procesales⁶⁵, en general, en el ámbito de la Unión Europea, del derecho de

⁶³ Para un análisis crítico del principio de la doble incriminación en la orden europea de detención y entrega se puede consultar la citada obra Fontestad Portalés, L. (2021), *Perspectiva crítica de la orden europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (análisis comparativo con la Ley 3/2003)*, op. cit., pp. 86-101. Vide. también la necesaria revisión de la doble incriminación en la euroorden en Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2021), “Hacia una nueva orden europea de detención y entrega”, op.cit., pp. 281-285.

⁶⁴ Sobre este principio en la orden europea de detención y entrega se puede consultar la obra de Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2021), “Hacia una nueva orden europea de detención y entrega”, en *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 285-289.

⁶⁵ Sobre los avances en las garantías procesales en la euroorden Vid. Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2019), “La Orden Europea de detención y entrega tras la Ley 3/2018, de 11 de junio: un avance en garantías procesales”, *Revista General de Derecho Procesal*,

la persona detenida en el Estado de ejecución de nombrar defensor en el Estado de emisión de la euroorden.

Estamos plenamente convencidas de que una nueva orden europea de detención y entrega no solamente es necesaria, sino que será una realidad en un futuro inminente.

BIBLIOGRAFÍA

Alcacer Guirado, Rafael (2015), *La protección de los Derechos Fundamentales en la Extradición y la Euroorden*, Cizur Menor, Aranzadi.

Bautista Samaniego, Carlos Miguel (2015), *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*, Granada, Comares.

Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo (2010), “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega. En torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)”, en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 20.

Calaza López, Sonia (2005a), “El procedimiento de ejecución de la «euroorden»”, en *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26.

Calaza López, Sonia (2005b), *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid, Iustel.

Cedeño Hernán, Marina (2010), *La orden de detención y entrega: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Madrid, Civitas.

Cuerda Riezu, Antonio (2003), *De la extradición a la “euroorden” de detención y entrega*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.

núm. 47. Sin ánimo de exhaustividad, *Vid.* los derechos procesales mínimos a la persona buscada en el artículo 13, apartado 2; en el artículo 14 o en el artículo 23, apartado 5 de la Decisión Marco.

- De la Cuadra-Salcedo Janini, Tomás (2006), “La orden europea de detención y entrega y el principio constitucional de reciprocidad”, en *Revista española de derecho europeo*, núm. 18 (BIB 2006/806).
- De Miguel Zaragoza, Juan (2003), “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, *Actualidad Penal*, núm. 4.
- De Prada Solaesa, José Ricardo (2004), “La orden europea de detención y entrega”, *Estudios de Derecho Judicial, CGPJ*, núm. 61.
- De Prada Solaesa, José Ricardo (2006), “Consentimiento a la entrega: renuncia al principio de especialidad”, en *La orden de detención y entrega europea*.
- Fernández Rozas, José Carlos (2004), “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la constitución europea”, *Diario La Ley* núm. 6097.
- Fonseca Morillo, Francisco Julián (2003), “La orden de detención y entrega europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7 (14).
- Fontestad Portalés, Leticia (2022), *Perspectiva crítica de la orden europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (análisis comparativo con la Ley 3/2003)*, Cizur menor, Aranzadi Thomson Reuters.
- Fontestad Portalés, Leticia (2021), “Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 41, pp. 137-187.
- Fontestad Portalés, Leticia (2017), “El procedimiento de transmisión de la orden europea de detención y entrega en la nueva ley de

reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Madrid, Aranzadi.

Fontestad Portalés, Leticia (2011), “La orden europea de detención y entrega: origen y principios rectores”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núms. 1-2.

García Sánchez, Beatriz (2005), *La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Colección Estudios de Derecho Penal, Granada, Comares.

García Sánchez, Beatriz (2007), “Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 60, Fasc/mes 1.

Gómez Campelo, Esther (2011), “Orden de detención europea y garantías procesales”, en *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

González Rivas, Juan José, y Alcácer Guirao, Rafael (2012), “Extradición y euroorden como formas de cooperación internacional. Doctrina constitucional”, en *Encuentro trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*.

Hercé Quemada, Vicente., y Gómez Orbaneja, Emilio (1987), *Derecho Procesal Penal*, 10ª edición, Madrid.

Jimeno Bulnes, Mar (2017), “Perspectiva de la orden europea de detención y entrega: el principio de reconocimiento mutuo y la cooperación judicial en la Unión Europea”, en J. Burgos Ladrón de Guevara (coord.), *La cooperación judicial entre España e Italia. La orden europea de detención y entrega en la ejecución de sentencias penales*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal.

Jimeno Bulnes, Mar (2004), “La orden europea de detención y entrega: Aspectos procesales”, *Diario La Ley* núm. 5979.

- Kühn, Werner Miguel (2007), “Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la Orden de Detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *RGDE* núm. 12.
- Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2021), “Hacia una nueva orden europea de detención y entrega”, en *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2019), “La Orden Europea de detención y entrega tras la Ley 3/2018, de 11 de junio: un avance en garantías procesales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 47.
- López Ortega, Juan José (2002), “La orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega”, *Jueces para la democracia*, 2002, núm. 45.
- López Ortega, Juan José (2006), “Cadena perpetua y pena de muerte. El principio de especialidad”, en *La orden de detención y entrega europea*, Muñoz de Morales Romero, M., Alberto Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (coords.), Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha.
- Moreno Catena, Víctor (2005), “La orden europea de detención en España”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 78, pp. 11-38.
- Muñoz Cuesta, Javier (2013), “Orden europea de detención y entrega: el principio de especialidad y el derecho de defensa”, en *Revista Aranzadi Doctrina*, núm. 5 (septiembre).
- Sánchez Legido, Ángel (2007), “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los Derechos fundamentales”, en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 14.