



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega a la luz de la última jurisprudencia nacional y europea

Presentado por:

Juan Martín-Granizo Martínez

Tutelado por:

Alejandro Hernández López

Valladolid, julio de 2024

INDICE

1.	Introducción.....	3
2.	La Orden Europea de Detención y Entrega: antecedentes y evolución....	6
2.1.	Antecedentes: el convenio de extradición entre Estados miembros de la Unión Europea.....	6
2.2.	El Consejo Europeo de Tampere y el principio de reconocimiento mutuo.....	10
2.3.	La creación del instrumento: Decisión Marco 2002/187/JAI.....	10
2.4.	La reforma del instrumento: Decisión Marco 2009/299/JAI.....	11
3.	La Orden Europea de Detención y Entrega y su implementación en España.....	12
3.1.	Objeto y ámbito de aplicación espacial.....	14
3.2.	Concepto y naturaleza jurídica.....	15
3.3.	Ámbito de aplicación.....	17
3.4.	Autoridades competentes.....	25
3.5.	Plazos.....	28
3.6.	Motivos de denegación.....	30
3.6.1.	Motivos de denegación obligatorios.....	30
3.6.2.	Motivos de denegación facultativos.....	35
3.7.	Implementación en España.....	39
3.7.1.	Implementación y regulación actual en la Ley 23/2014.....	40
3.7.2.	Emisión de una Orden Europea de Detención y Entrega.....	42
3.7.3.	Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega.....	44
4.	Problemas de aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega..	48
4.1.	Juicios en ausencia.....	48
4.2.	La cuestión de la minoría de edad.....	53
4.3.	Determinación de autoridades competentes.....	56
4.4.	Riesgo grave de vulneración de derechos fundamentales.....	60
5.	Conclusiones.....	66
6.	Bibliografía.....	67

Resumen: el trabajo tiene por finalidad el examen de los problemas surgidos en la aplicación práctica de la orden de detención europea para lo cual debemos partir necesariamente de la ubicación sistemática de la institución, el instrumento jurídico al que trata de superar, sus orígenes en el ámbito del derecho de la UE y los requisitos generales, para tratar a continuación de los problemas en su aplicación práctica surgidos en la mayor parte de las ocasiones, tanto de la oposición de las personas concernidas como del diferente trato en los distintos ordenamientos jurídicos de diferentes ámbitos, como la condena en ausencia o la minoría de edad.

Palabras clave: Orden europea de detención y entrega (OEDE), reconocimiento mutuo, motivos de denegación, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Abstract: the purpose of this work is to examine the various difficulties and obstacles to be removed that would hinder the implementation in proceedings concerning the execution of the European arrest warrant. We start with a brief explanation about the systematic to which it belongs, EU lawmaker origin and minimum requirements to fulfil, from where we get up to analyse the crisis of mutual recognition in its practical use, chiefly as to the opposition of the people involved or the remaining differences in the legislations of the EU Member States within the scope of mutual recognition, mainly in criminal matters.

Keywords: European arrest warrant, mutual recognition, grounds for refusal, Court of Justice of the European Union (CJEU)

1. INTRODUCCIÓN

La materia que vamos a estudiar tiene un difícil encaje en alguna de las clásicas disciplinas jurídicas que se deben superar para la obtención del título de graduado en derecho, ya que tiene relación tanto con el derecho internacional, como con el derecho procesal y con el derecho penal, hasta el punto de que ha surgido una nueva categoría jurídica, el derecho penal internacional que surge para superar las limitaciones a la persecución de los delitos impuesta por la soberanía de los distintos estados y en concreto la cooperación judicial internacional imprescindible para poder perseguir a las personas que, habiendo delinquido, se refugian en otro Estado.

Tradicionalmente, la institución jurídica mediante la cual se podía hacer efectiva la entrega por parte de un Estado de una persona reclamada por la justicia de otro Estado era la extradición, institución que, siguiendo a la doctrina clásica¹, pertenece tanto al derecho internacional público, pues contempla relaciones entre Estados, como al derecho procesal, al llevarse a cabo mediante un procedimiento especial.

De acuerdo con RODRIGUEZ DEVESA, hay que incluirlo también en el derecho penal por las conexiones que guarda con él, pues la efectividad de las normas penales en el ámbito espacial depende de que el delincuente (hoy posiblemente utilizaríamos otra expresión como sospechoso, investigado, acusado, condenado o simplemente reclamado) se halle a disposición de los tribunales nacionales.

El autor afirma que ello no sería posible si no mediara la extradición, que era en aquella época el único sistema de cooperación penal internacional y a continuación aporta lo que denomina una breve noticia de aquellos extremos más esenciales para la teoría del ámbito de aplicación de la ley penal.

CUELLO CALÓN define la extradición como “el acto por el cual un gobierno entrega a un individuo refugiado en su territorio al Gobierno de otro país que lo reclama por razón de delito para que sea juzgado y, si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o medida de seguridad impuesta”².

El fundamento de la extradición radica en la solidaridad de los Estados y en la necesidad de superar las limitaciones que impone a la persecución y castigo de los delitos el principio de territorialidad, que impide aplicar la ley penal a hechos ocurridos fuera del país en que ha buscado refugio el delincuente, por lo que, en definitiva, se trata de un acto de auxilio jurisdiccional³.

¹ Rodríguez Devesa, Jose Maria. *Derecho Penal Español. Parte general*. Tercera Edición. Madrid 1973.

² Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal* Barcelona 1971.

³ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, tomo II*. Editorial Losada Buenos Aires.

Se distingue entre la extradición activa, la solicitada por un Estado que pretende la entrega y la extradición pasiva.

Son fuentes de la extradición activa los tratados vigentes, en defecto de tratados, el derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida y en defecto de los dos anteriores, el principio de reciprocidad.

La extradición pasiva se rige por lo convenido en los Tratados.

En materia de extradición existen una serie de principios que operan a modo de postulados. Así en materia de delitos rigen los principios de legalidad, identidad y especialidad.

Por el principio de legalidad no se admiten otras causas de extradición que las expresamente consignadas en la ley.

En virtud del principio de identidad, o de la doble incriminación en lenguaje más moderno, el hecho que lo motiva ha de constituir delito según las legislaciones del Estado requirente y del requerido.

Por el principio de especialidad el extraditado no puede ser juzgado por ningún delito distinto del que motivó la extradición⁴.

Entre los principios relativos a los delincuentes es clásico el de la no entrega del nacional.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el procedimiento de extradición activa que se inicia a instancia del fiscal (artículo 824), correspondiendo la competencia al juez o tribunal que conozca de la causa (artículo 828), que podrá pedir la extradición en forma de suplicatorio dirigido al ministro de Gracia y Justicia, excepción hecha del caso en que exista Tratado vigente con la Nación en cuyo territorio se hallare el procesado y en virtud de dicho Tratado pueda pedirlo directamente.

Recibido el suplicatorio en el Ministerio de Justicia, si se estimare que es conforme a derecho, será remitido al Ministerio de Asuntos Exteriores para que por vía diplomática se formule la demanda de extradición⁵.

La extradición pasiva estuvo regulada por la Ley de 26 de diciembre de 1958 que adoptaba el sistema mixto gubernativo-judicial, integrado por una fase gubernativa, correspondiendo al Gobierno los trámites preliminares y la decisión inicial de haber o no lugar a continuar el procedimiento, pasando en el primer caso el asunto a las autoridades

1950

⁴ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, tomo II*.

⁵ Gómez Orbaneja, Emilio. *Derecho Procesal Penal*, séptima edición, Madrid 1972.

judiciales que resuelven accediendo o denegando la extradición.

En ambos casos, tanto la extradición activa como la pasiva y a diferencia de los modernos sistemas de cooperación judicial internacional basados en la confianza mutua entre jueces de distintos estados, la decisión de solicitar la extradición o de acceder a la solicitud dependía de una decisión del Gobierno que tiene naturaleza política, siendo la autorización gubernativa requisito necesario y previo a la fase judicial.

La norma ahora vigente es Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva que surge, según su exposición de motivos, para suprimir obsoletos criterios y recoger aquellos otros que la técnica internacional ha perfeccionado a través del tiempo hasta ser aceptados por la generalidad de los países, aunque la ley mantiene el mismo sistema y principio cardinal de la anterior, en cuanto que la extradición, como acto de soberanía en relación con otros Estados, es función del Poder Ejecutivo, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, sin perjuicio de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los Tribunales en cada caso con la intervención del Ministerio Fiscal.

La ley sigue el sistema de la doble incriminación, la no entrega por delitos de menor entidad y la no entrega de los nacionales ni en los casos en que los hechos sean competencia de la jurisdicción española.

La nueva ley declara siempre potestativa la concesión de la extradición, con la que España, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá decidir con libertad cada demanda de extradición y se establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aun habiéndola considerado procedente el Tribunal, en base al principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España, por lo que la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno, el cual podrá denegarla por las razones que ya hemos expuesto.

2. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

2.1. Antecedentes: el convenio de extradición entre Estados miembros de la Unión Europea.

La cooperación penal en Europa tiene sus orígenes en la labor iniciada por el Consejo de Europa a finales de los años cincuenta del siglo XX. El Consejo se centró en la cooperación penal, habiendo adoptado un total de veintidós Convenios en dicha materia, mientras que la Comunidad Europea, centrada en la consecución de una unión económica,

permanecía al margen del derecho penal, centrándose en los ámbitos civil y mercantil⁶.

Sin embargo, desde principios de los años noventa se han producido modificaciones importantes dentro de la Comunidad Europea ante la falta de eficacia de los mecanismos de cooperación penal internacional existentes y la necesidad de superar las restricciones que en esta materia imponía el principio de soberanía.

El Acta Única Europea⁷, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero por otros tres, fue el primer acuerdo interestatal en la materia, todavía ajeno a las competencias comunitarias.

El siguiente paso, fue el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990⁸, también fuera del marco comunitario, aunque después se integró a partir de la firma del Protocolo número 2 por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea⁹ y que en el ámbito de la extradición constituye un precedente del establecimiento de categorías delictivas en las que la entrega queda asegurada o reforzada.

El Tratado de Maastricht de 1 de noviembre de 1993 dedicaba su título VI a las disposiciones en materia de justicia e interior y por primera vez se consideraba de interés común la cooperación judicial en materia penal, la cooperación policial referida a una serie de delitos cuya persecución se consideraba fundamental, como el terrorismo, y el tráfico ilícito de drogas y la elaboración de convenios en la materia.

Así surge el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición de fecha 27 de septiembre de 1996¹⁰, establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea que supuso un notable avance sobre otros instrumentos de cooperación y contiene una serie de principios que luego fueron recogidos en la Decisión Marco de Orden

⁶ Bautista Samaniego, Carlos. *Estudio Sistemático de la Orden de Detención y entrega*. Granada 2022.

⁷ Instrumento de ratificación del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. (BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1987).

⁸ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. (BOE» núm. 81, de 5 de abril de 1994).

⁹ DOCE de 29 de diciembre. Completado por el Reglamento 187/2006, de 20 de diciembre, sobre el establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen, publicado en el DOCE de 28 de diciembre de 2006.

¹⁰ Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996. Aplicación provisional. (BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 1998).

Europea de Detención, hasta el punto de que algunos autores lo consideran un embrión de ésta¹¹.

El tratado modifica algunos de los principios clásicos de la extradición. Así, en el artículo 3 suprime el requisito de la doble incriminación en materia terrorismo, tráfico de estupefacientes y otras formas de delincuencia organizada, aun cuando la legislación del Estado requerido no contemple como delito la conspiración o asociación con propósito delictivo en estas materias. Asimismo, se suprime el delito político como motivo de oposición en el artículo 5.

El artículo 7 permite a su vez la extradición de nacionales, ya que salvo reserva expresa, la extradición no puede denegarse aduciendo que la persona objeto de la solicitud es nacional del Estado requerido.

En el artículo 8 se recoge que sólo se tendrá en cuenta la legislación del Estado requirente en materia de prescripción; finalmente, se establecerá un motivo de oposición que estará también contemplado en la orden europea, cual es el previsto en el artículo 9, referido a la amnistía, que veda la entrega por un delito cubierto por la amnistía en el Estado requerido, siempre que este Estado tenga competencia para perseguir el delito conforme a su legislación penal.

En la práctica el Tratado tuvo serias dificultades para entrar en funcionamiento ante la falta de ratificación por parte de los Estados. Sirva como ejemplo que en España no fue publicado en el BOE hasta el 24 de febrero de 1998 y su entrada en vigor se ha producido muchos años más tarde, concretamente el 5 de noviembre de 2019¹², si bien su aplicación provisional por España se inició el 9 de marzo de 1998.

Con posterioridad, el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997¹³ modificó el artículo K.1, en el que se ponía de manifiesto la necesidad de aproximar las legislaciones en materia penal, y en el artículo K.3 estableció que la cooperación judicial en el área penal incluiría la facilitación de la extradición entre las partes, así como la consecución de la compatibilidad entre las normas de los distintos Estados.

El artículo K.6. b) es el origen normativo de las decisiones que han sido claves en la consecución del reforzamiento en materia de cooperación judicial, pues en él se hace un llamamiento a los Estados a “adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando,

¹¹ Defteras, Dora María. *Mutual Recognition in Criminal Matters and State Sovereignty: The case of the European Arrest Warrant*. University Queen Mary of London, 2012.

¹² BOE de 31 de octubre de 2019.

¹³ DOC 340 de 10.11.1997.

sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo”.

La opción por las decisiones marco fue muy criticada por la doctrina, si bien en palabras de MATÍA SACRISTÁN: “no obstante todos sus inconvenientes, la Decisión Marco supuso un gran avance con respecto a la situación anterior al Tratado de Ámsterdam, dado que, a pesar de los retrasos y defectos en su cumplimiento e implementación, constituyó el instrumento idóneo para la armonización de legislaciones, en la medida que permitió lograr una cierta homogeneidad en la normativa interna de todos los Estados miembros” ¹⁴.

El 3 de diciembre de 1998 se adopta el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la implementación de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam en el área de Libertad, Seguridad y Justicia, cuyo objetivo prioritario era la necesidad de mejorar la cooperación judicial para hacer frente a la criminalidad organizada, considerando imprescindible la uniformidad en la tipificación de las conductas delictivas en todo el ámbito de la Unión Europea en materias como terrorismo, corrupción, trata de seres humanos, y delincuencia organizada.

2.2. El Consejo Europeo de Tampere y el principio de reconocimiento mutuo

El siguiente paso fundamental se produjo en el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999, en el que se consagró el principio de reconocimiento mutuo y se adoptaron una serie de conclusiones que pueden considerarse origen de la Decisión Marco objeto de este trabajo.

En sus conclusiones, se afirmaba que “El Consejo Europeo está resuelto a que la Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando plenamente las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam. El Consejo Europeo lanza un firme mensaje político para confirmar la importancia de este objetivo, y ha acordado una serie de orientaciones y prioridades políticas que convertirán rápidamente este espacio en una realidad.”

Para conseguir dicho objetivo, se elaboraron una serie de recomendaciones sobre las siguientes materias:

En su punto 33 consagra el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales;

“Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el

¹⁴ Matía Sacristán, Ángela. “Los instrumentos normativos de la cooperación judicial penal en la Unión Europea”. *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* n.º 2086, 1 de junio de 2009. Madrid.

principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales.”

En el punto 35 se instó a los Estados a ratificar los Convenios extradicionales: “En materia penal, el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a que ratifiquen con celeridad los Convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996. Considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de las personas condenadas por sentencia firme que eluden la justicia, y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el artículo 6 del TUE. También deben considerarse procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo. El Consejo Europeo invita a la Comisión a que formule propuestas en ese sentido, a la luz del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.”

El punto 36 se refiere a la obtención de pruebas y al embargo de bienes y el 37 a la elaboración de mínimas normas procesales comunes para facilitar el reconocimiento mutuo, todo lo cual ha tenido el oportuno desarrollo normativo¹⁵.

2.3. La creación del instrumento: Decisión Marco 2002/187/JAI

A lo largo del año 2000 se realizaron diversos trabajos con la finalidad de poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, si bien el hecho que supuso el avance fundamental en la materia fueron los atentados del 11 de septiembre de 2001. En este contexto, la cooperación judicial internacional se convierte en una prioridad extrema, acelerando en cierta medida la adopción de la Decisión Marco.

Ante la falta de aplicación de los tratados de extradición, el 21 de septiembre de 2001 el Consejo Europeo acordó un Plan de Acción con cinco ejes básicos, el primero de los cuales fue reforzar la cooperación policial y judicial. Dentro de ese objetivo amplio se incluyó la necesidad de crear una orden de detención europea en sustitución del vigente sistema de extradición entre Estados miembros, que se evidenciaba como insuficiente e inadecuado para combatir la delincuencia transnacional.

Se otorgó un mandato al Consejo, en su formación de ministros de justicia e interior, para llegar a un acuerdo que creara esta orden europea de detención, a más tardar, en su reunión de 6 y 7 de diciembre de 2001. Esta fecha fue prácticamente respetada¹⁶, puesto

¹⁵ Así la Decisión Marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas (2008) y, más adelante la Directiva sobre la Orden Europea de Investigación (2014), así como el nuevo Reglamento sobre órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas (2023). En materia de embargo de bienes, Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso (2018) y la novísima Directiva sobre recuperación y decomiso de activos (2024).

¹⁶ Fonseca Morillo, Francisco. “La orden de detención y entrega europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año 7. N.º 14. Enero-abril de 2003.

que el día 12 de diciembre se llegó a un pacto político entre los Estados miembros, tras superar un veto del ministro de Justicia italiano en la primera reunión, que objetaba el número de categorías exentas del principio de doble incriminación. Finalmente, el Consejo aprobó en fecha 13 de junio de 2002 la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros¹⁷.

La orden de detención europea supuso un punto de no retorno en la construcción del espacio europeo de justicia, en la medida en que se traduce en un cambio de cultura en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea, al pasar del sistema clásico de ayuda judicial mutua y de extradición a un sistema de reconocimiento y confianza mutua entre autoridades judiciales¹⁸.

El nuevo sistema supuso además un cambio profundo en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea, al pasar del sistema de extradición clásico a un sistema privilegiado de reconocimiento y confianza mutua entre autoridades judiciales, en el que desaparecen muchos de los motivos de denegación habituales en los procedimientos extradicionales, como los relativos a la no entrega de nacionales.

El sistema se aplica a una amplia lista de categorías delictuales que se establecen en la Decisión Marco (que analizaremos posteriormente), en las que ya no se permite controlar la existencia de doble incriminación, y ello a través de un sistema de detención y entrega sin intervención del ejecutivo, mediante un procedimiento ágil con la exclusiva intervención del juez que emite la orden al juez que debe ejecutarla.

La Decisión Marco sustituyó por lo tanto a los clásicos procedimiento de extradición en el ámbito de la Unión Europea, y concretamente su artículo 31 estableció que las disposiciones contenidas en la presente Decisión Marco sustituirán a partir del 1 de enero de 2004 a las disposiciones correspondientes de los convenios siguientes aplicables en materia de extradición en las relaciones entre Estados miembros y en concreto al convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957, al Acuerdo entre los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, de 26 de mayo de 1989, al Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 10 de marzo de 1995, al Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996 y al capítulo IV del título III del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 19 de junio de 1990.

¹⁷ DOUE 190 L, de 18 de julio de 2002.

¹⁸ Fonseca Morillo, Francisco. "La orden de detención...", cit.

Puede afirmarse que el procedimiento de extradición ha desaparecido de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros, lo que lleva a algunos autores a afirmar que el tiempo de la extradición, en lo que afecta a la Unión Europea, ha concluido¹⁹.

2.4. La reforma del instrumento: Decisión Marco 2009/299/JAI

La Decisión Marco 2009/299²⁰ introdujo el artículo 4bis en la Decisión Marco 2002/584, para tratar de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas sin la comparecencia de la persona afectada en el juicio derivadas de la existencia en los Estados miembros de diferencias en la protección de los derechos fundamentales.

Siguiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), la Decisión Marco lleva a cabo una armonización de las condiciones de ejecución de una orden de detención europea en caso de condena en rebeldía, que refleja el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión, a los derechos procesales de los que disfrutaban las personas condenadas en rebeldía contra las que se emite una orden de detención europea²¹.

3. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA Y SU IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA

La implementación de la Decisión Marco en los países de la Unión Europea no fue sencilla. En algunos países, como Polonia y Alemania, se plantearon problemas de constitucionalidad, lo mismo que en Chequia, siendo el principal obstáculo planteado la entrega del nacional.

En Polonia, durante la tramitación parlamentaria de la ley de trasposición, se suscitó el debate acerca de la necesidad de enmendar la Constitución, que prohibía la extradición de nacionales y el Tribunal Constitucional polaco en sentencia de 27 de abril de 2005 declaró que la esencia el artículo 55 de la Constitución polaca era garantizar que un polaco fuera enjuiciado por un Tribunal polaco, por la que resultaba necesario modificar el citado

¹⁹ Quintero Olivares, Gonzalo. "Lugar de Comisión del delito. El principio de territorialidad". *La orden Europea de Detención y Entrega*. VV.AA. Ed. UCLM. Cuenca, 2006.

²⁰ DOUE» núm. 81, de 27 de marzo de 2009.

²¹ STJUE de 26 de febrero de 2013. C-399/2011, ECLI: EU.C.2013:107.

artículo²².

La Constitución alemana prohibía en su artículo 16.2 la entrega de un ciudadano alemán a un país extranjero. Esta rígida prohibición se flexibilizó en parte con la Ley 47 de reforma de la GG (Änderungsgesetz zum Grundgesetz) de 29 de noviembre de 2000, que a juicio de VIDAL PRADO²³ se aprobó pensando en las exigencias planteadas por el nuevo orden internacional. El reformado artículo 16.2 añadió, a continuación de la frase citada, un segundo inciso: “Por medio de una ley puede ser aprobada una regulación divergente para la extradición a un Estado miembro de la Unión Europea o a un Tribunal internacional, en la medida en que se garanticen los principios fundamentales del Estado de Derecho”.

A pesar de la modificación constitucional, el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 18 de julio de 2005 consideró que no se protegía el vínculo especial de los ciudadanos alemanes con su ordenamiento jurídico en orden al rechazo de causas de denegación de la entrega del nacional alemán previstas en la Decisión Marco y además afirmó que los ciudadanos alemanes no podían ser entregados contra su voluntad a un país cuyo sistema jurídico ignoran y en el cual no tienen confianza.

En la República Checa el Tribunal Constitucional, en sentido contrario, consideró en su sentencia de 3 de mayo de 2006, que si el ciudadano checo goza de ciertas ventajas derivadas de su estatus de ciudadano europeo, debe aceptar ciertas desventajas, y dado que el estándar de protección de derechos fundamentales dentro de la Unión no da pie a presunción alguna de que tenga una calidad inferior a los niveles de salvaguarda de la República Checa, la protección constitucional no se ve alterada, puesto que, a diferencia del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional polaco, considera que la norma constitucional no implica que el ciudadano checo deba ser enjuiciado por tribunales checos²⁴.

La Decisión Marco establecía en su artículo 34.1 la obligación de los Estados Miembros de la UE de tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la orden europea antes del 31 de diciembre de 2003, lo que solo fue cumplido por 13 de los 25 Estados Miembros.

España promulgó la Ley 3/2003²⁵, sobre la orden europea de detención y entrega, el 14 de marzo, de forma que su entrada en vigor tuvo lugar justo 8 meses después de la adopción de la Decisión Marco. A juicio de MARTÍN ÁLVAREZ, la extraordinaria

²² BAUTISTA Samaniego. Obra citada.

²³ Carlos Vidal Prado. “Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal Constitucional Federal alemán frente a la eficacia del derecho comunitario”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 77, mayo-agosto (2006).

²⁴ Bautista Samaniego, obra citada.

²⁵ BOE núm. 65, de 17/03/2003.

predisposición de España se debió a razones de necesidad y de coherencia, dado que desde finales de los 90 las autoridades españolas habían insistido infructuosamente en la conveniencia de simplificar la extradición y agilizar la entrega de detenidos y su traslado al territorio de otro Estado miembro, especialmente de aquellos acusados de la comisión de delitos relacionados con el terrorismo, por lo que aprovecharon el impacto del 11-S para presentar una propuesta formal de orden europea que fue aprobada en tiempo récord de una semana²⁶.

La Ley 3/2003 ha sido sustituida por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre²⁷, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en cuya exposición de motivos se afirma que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal ha de ser de aplicación en cada una de las fases del proceso penal, tanto antes, como durante e incluso después de dictarse la sentencia condenatoria, razón por la que en la nueva ley, además de introducir algunas novedades en la regulación de la orden europea de detención y entrega, se regula el resto de los instrumentos europeos de reconocimiento mutuo, como las resoluciones por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, las resoluciones de libertad vigilada, las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional, la orden europea de protección, las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, de comiso, las resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias o la Orden Europea de Investigación.

3.1 Objeto y ámbito de aplicación espacial

El procedimiento de entrega, con base en la orden europea de detención y entrega, se encuentra regulado en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Este procedimiento se enmarca en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, que supone la existencia de una comunidad de Derecho en la que se asegure la protección jurídica efectiva de los derechos ciudadanos y en la que la lesión de tales derechos cuente con la respuesta de un sistema judicial sin fronteras dentro de la Unión.

Según el artículo 1.1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, que se reproduce casi literalmente en el artículo 34 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, la orden europea de detención es una resolución judicial dictada por un Estado miembro para conseguir la detención y la

²⁶ Martín Álvarez, Magdalena M. "La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras". *Revista de Derecho de la Unión Europea* n.º 10, 1er semestre 2006.

²⁷ BOE 282 de 21/11/2014.

entrega por las autoridades de otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad.

La Orden Europea de detención tiene un ámbito geográfico limitado, siendo una institución que nace para superar los complicados cauces de los procedimientos tradicionales de cooperación penal y un instrumento imprescindible para profundizar en la integración europea y en la reducción o eliminación de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea.

La esencia de la Unión Europea reside en la libre circulación de personas y la eliminación de controles en las fronteras lo que facilita que las personas que se encuentran en el territorio de un Estado miembro puedan desplazarse sin dificultades a otros estados. Esta facilidad en el desplazamiento necesita la profundización en la cooperación entre las autoridades penales, pues en caso contrario el espacio europeo sin fronteras podría convertirse en un fuerte incentivo para la delincuencia, dado que las actividades contrarias a derecho que se perpetraran en alguno de los estados no podrían ser perseguidas al trasladarse el responsable a otro estado, sin necesidad de tener que sortear ningún control fronterizo.

En este marco, los tradicionales mecanismos de cooperación judicial dejan paso a una nueva forma de entender las relaciones entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza. En esta confianza se inserta el principio de reconocimiento mutuo, que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados.

El tránsito entre la extradición y la orden europea de detención ha recorrido un largo camino político y legislativo cuyos principales hitos pasamos a exponer.

3.2 Concepto y naturaleza jurídica

La Decisión Marco de 13 de junio de 2002 relativa a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros recoge y se basa en el principio de reconocimiento mutuo, aunque sin llegar a la total automaticidad. En efecto, tanto la Decisión Marco, como la derogada Ley 3/2003, de 14 de marzo, y la vigente Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, consagran este principio de reconocimiento mutuo limitado, en cuanto que subsisten condiciones y motivos de denegación, por más que éstos sean tasados y limitados.

Como ya hemos dicho antes la definición legal se recoge en el art. 1 y correlativamente

en el artículo 34 de la Ley 23/2014, según el cual “la orden europea de detención es una resolución judicial dictada por un Estado miembro para conseguir la detención y la entrega por las autoridades de otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad.”

La naturaleza de la Orden Europea de Detención y Entrega (en adelante OEDE), como instrumento de cooperación penal internacional, no puede entenderse sino con referencia la extradición, el instrumento al que ha venido a sustituir en el ámbito de la Unión Europea.

Siguiendo a FONTESTAD PORTALÉS²⁸, la primera diferencia radica en su naturaleza y deriva de la propia definición en la que se recoge el carácter jurisdiccional de la orden de detención europea, en tanto que resolución judicial, lo que no puede predicarse de la extradición, que se inicia por vía gubernativa, pudiendo pasar después a una fase judicial si el Gobierno así lo decide, como sucede en la Ley 4/1985 de Extradición Pasiva²⁹.

Extradición y euroorden tienen la misma finalidad, que no es otra que la entrega de una persona por un Estado a otro que lo reclama para ser juzgado o para ejecutar una pena o medida de seguridad ya impuesta y a pesar de que algunos autores, como MARCOS GONZÁLEZ³⁰, consideren que la euroorden no es más que un procedimiento rápido de extradición, la naturaleza jurisdiccional de la euroorden le confiere un carácter distinto, por cuanto en la euroorden se prescinde de la tradicional, esencial y consustancial relación entre Estados, que se consideraba inseparable y aneja al concepto de extradición³¹.

El nuevo sistema parte tanto del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como de la confianza mutua entre autoridades judiciales, todo ello en el ámbito de la construcción del espacio europeo de justicia³².

La extradición partía del sistema convencional ante el que muchos países eran renuentes a ser parte de los Tratados bilaterales o multilaterales. El nuevo sistema aparece regulado en una decisión marco, instrumento normativo que permite a cada Estado

²⁸ Fontestad Portalés, Leticia. *Perspectiva crítica de la orden europea de detención y entrega*. Aranzadi, 2022.

²⁹ BOE núm. 73 de 26 de marzo de 1985.

³⁰ Marcos González, M. “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España”, en *La Ley Penal*, núm. 25, marzo 2006.

³¹ Bautista Samaniego, Carlos, *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*. Ed Comares, Granada 2015.

En cualquier caso, el término euroorden actualmente se encuentra desfasado, habida cuenta de la existencia de otra clase de órdenes europeas en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (por ejemplo, la Orden Europea de Investigación).

³² Fonseca Morillo, Francisco. “La orden de detención...”, cit.

adoptar los medios más convenientes para lograr los fines contenidos en la norma, pero a la vez obliga a una aproximación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que puede llevar a reformar sus propias legislaciones para adaptarlas a la norma comunitaria³³.

A la vista de lo anterior, la segunda diferencia entre la extradición y la OEDE radica en las normas que las regulan. La extradición se regula en tratados o convenios que los estados acuerdan libremente, mientras que la OEDE se regula por una decisión marco, acto jurídico de Derecho de la Unión.

La tercera diferencia radica en su relación con la soberanía nacional. La OEDE supone una cesión de la soberanía, que en nuestro caso se regula en el artículo 13.3 de la Constitución Española, mientras que la extradición es una manifestación de esta, como se deduce de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2014, dictada en el llamado caso Melloni, en que el tribunal consideró que estamos en una materia en la que operó la cesión constitucional de soberanía recogida en el artículo 93 de la Constitución³⁴.

Desde el punto de vista procesal, la euroorden ha consagrado un procedimiento de entrega de personas para ser juzgadas o para que cumplan la pena impuesta, distinto de la extradición y de naturaleza jurisdiccional, siendo el procedimiento más sencillo y ágil.

En el nuevo procedimiento ya no se habla de estado requirente y requerido, sino de autoridad judicial de emisión y de ejecución y, a diferencia de la extradición en la que el Gobierno es el que decide la entrega, previa autorización judicial en una fase intermedia, en el procedimiento de la OEDE no existe más que una sola fase de naturaleza jurisdiccional, siendo además la transmisión directa entre autoridades judiciales.

Los principios disponibles de la extradición, en cuanto manifestación de la soberanía nacional, como son la prohibición de la entrega de los nacionales y la doble incriminación³⁵, se relajan en la euroorden.

En definitiva, la euroorden es un instrumento de naturaleza procesal y, más concretamente, se trata de una medida cautelar de carácter personal por cuanto, según JIMENO BULNES, la detención “constituye el contenido básico y, en suma, la esencia del

³³ Cuerda Riezu, A. *De la extradición a la euroorden de detención y entrega* ED Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2003.

³⁴ Bautista Samaniego, obra citada.

³⁵ López Ortega, Juan José. “La Orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega.” *Jueces para la Democracia* 2022.

nuevo procedimiento introducido en sede procesal a instancia de la Unión Europea”³⁶.

3.1. **Ámbito de aplicación**

El ámbito material de aplicación de la orden europea no queda delimitado por las 32 categorías delictivas recogidas tanto en la Decisión Marco como en la Ley 23/2014, sino por el principio de mínimo punitivo establecido en ambas: se aplicará el régimen de la orden europea a todas las infracciones castigadas con pena o medida de seguridad privativa de libertad de hasta un año de duración o para ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad con extensión no inferior a cuatro meses, lo que consagra el principio del mínimo punitivo en la normativa, dejando fuera las penas no privativas de libertad.³⁷

El nuevo sistema supone la supresión limitada del principio de la doble incriminación, que era uno de los principios básicos de la extradición y como ella, una manifestación de la soberanía estatal. Con arreglo a este principio, si el hecho no es constitutivo de delito en el país al que se reclama la entrega de una persona, la entrega no será atendida.

La doble incriminación se funda en el principio de legalidad y en el principio de la soberanía con arreglo al cual un Estado soberano no prestará su colaboración para la entrega de un individuo a otro Estado cuando el hecho por el cual se le reclama no está tipificado como delito en el Estado reclamado. Si el hecho no es delito en el Estado requirente no puede ser objeto de persecución penal; si no lo es en el Estado requerido, no supone una infracción de sus normas de convivencia y no puede considerarse la entrega porque “obligar a cooperar a un Estado que no castiga esos hechos como delito supone inmiscuirse en su soberanía”.³⁸

Pues bien, el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal pretende eliminar este principio tradicional en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal.

El principio de doble incriminación supuso en su momento un notable avance, en cuanto definió las reglas que posibilitaban la captura y entrega de criminales que se refugiaban en otro país distinto al que le perseguía; sin embargo, más tarde se ha convertido en una cierta rémora para la eficacia de la búsqueda y entrega del reclamado.³⁹

³⁶ Jimeno Bulnes, Mar. “La adopción de medidas cautelares de carácter personal, con motivo de la ejecución de una orden europea de detención y entrega.” *Revista Penal* núm, 16, julio 2005.

³⁷ Bautista Samaniego, Carlos. *Estudio Sistemático de la Orden de Detención y entrega*, cit.

³⁸ Silva Melero, Valentín. “La extradición”. *Nueva Enciclopedia Jurídica IX*, Barcelona 1958.

³⁹ Delgado Martín, Joaquín. “La Orden de Detención y los procedimientos de entrega entre los

La cooperación judicial entre miembros de Unión Europea se funda en la creación de un espacio judicial europeo y en el principio del reconocimiento judicial mutuo, lo que según ALONSO MOREDA debería llevar a la eliminación del principio de doble incriminación y ello por la confianza mutua entre los ordenamientos jurídicos de los Estados basada en la adhesión al Convenio de los Derechos Humanos ordenamientos jurídicos⁴⁰.

Dicho esto, la Decisión Marco que crea la orden de detención europea suprimió la aplicación de la doble incriminación para una serie de categorías delictivas recogidas en su artículo 2.2. Sin embargo, la doctrina alemana se ha mostrado contraria a esta postura, afirmando que la supresión permite la libre circulación del derecho penal más represivo, frente al que lo es menos⁴¹, aunque en sentido contrario puede decirse si dicha libre circulación se produce, lo es para posibilitar la persecución de delitos que afectan a los valores fundamentales del Estado de la autoridad judicial requirente, no para imponerlos en el territorio de la autoridad judicial de ejecución⁴².

Algunos autores como LÓPEZ ORTEGA consideran que el nuevo sistema de lista anudado a la desaparición del principio de doble incriminación supone un retroceso al sistema extradicional clásico del siglo XIX⁴³, frente a lo cual BAUTISTA SAMANIEGO considera que, dado el complejo sistema de adopción de decisiones en el seno de la Unión Europea, este ha sido el precio a pagar, y que el sistema de lista se configura como un primer paso y que, siguiendo a ALONSO MOREDA, debiera culminar en la posterior desaparición del listado y su sustitución por la referencia a límites penológicos de la infracción que motiva el requerimiento, algo que únicamente podrá hacerse en el futuro tras la armonización del derecho penal sustantivo⁴⁴.

En todo caso existen precedentes en instrumentos que eliminaron el principio de la doble incriminación. Así el Convenio de Dublín de 1996⁴⁵, que suprimía parcialmente el

Estados miembros de la Unión Europea". *Cuadernos de Derecho Judicial*. N.º 13. CGPJ. 2003.

⁴⁰ Alonso Moreda Nicolás. *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La euro-orden, instrumento privilegiado de cooperación*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

⁴¹ Gómez Jara, Carlos, "Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo. *La ley año 2004, n.º 6069, pág. 3*.

⁴² Bautista Samaniego, Carlos. *Estudio Sistemático de la Orden de Detención y entrega*, cit.

⁴³ López Ortega, op. cit.

⁴⁴ Bautista Samaniego, Carlos. *Estudio Sistemático de la Orden de Detención y entrega*, cit.

⁴⁵ Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996. Aplicación provisional. Publicado en el BOE 47 de 24 de febrero de 1998.

requisito de la doble incriminación en materia de terrorismo, tráfico de estupefacientes, otras formas de delincuencia organizada y actos contra la vida, la integridad de las personas; o el acuerdo entre la República Italiana y el Reino de España para la persecución de crímenes graves de fecha 15 de diciembre de 2000⁴⁶ eliminó el procedimiento extradicional en el ámbito del terrorismo, crimen organizado, tráfico de drogas, de seres humanos, abusos sexuales a menores y tráfico de armas, con fundamento en la confianza mutua en la estructura y funcionamiento de sus respectivos sistemas judiciales y su capacidad para asegurar el principio del justo proceso.

La elaboración de la lista de delitos excluidos del principio de la doble incriminación no fue sencilla ni pacífica, por cuanto la primera idea que se planteó fue la de la simple aplicación del principio de reconocimiento mutuo, propuesta que, al ser rechazada por muchos estados, llevó a una solución de compromiso en forma de elaboración de un listado de delitos en los que se excluiría el requisito de la doble incriminación y un listado de delitos en los que se mantendría.

La lista se compone de doce delitos tomados de la Convención de Europol (asesinato, lesiones graves, tráfico ilícito de órganos humanos, secuestro, toma de rehenes, racismo y xenofobia, robo organizado, tráfico ilícito de bienes culturales y obras de arte, falsificación de productos, falsificación y tráfico de documentos administrativos, falsificación de medios de pago, tráfico de hormonas y sustancia de crecimiento).

Otro delito fue extraído de las conclusiones de Tampere (delitos de alta tecnología, particularmente, crímenes informáticos). Once delitos fueron debatidos en la propuesta de Decisión Marco de congelación de bienes (pertenencia a organización criminal, terrorismo, tráfico de seres humanos, explotación sexual de menores, pornografía infantil, tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluyendo el que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea, blanqueo de capitales, falsificación de euros, delitos contra el medio ambiente).

Después se incorporaron cuatro categorías de delitos (violación, facilitación de entrada o residencia no autorizada, delitos relacionados con el automóvil y tráfico de sustancias nucleares o radioactivas).

Finalmente, se añadieron otras cuatro (incendio doloso, crímenes dentro de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, apoderamiento de naves o aeronaves y sabotaje) hasta completar la lista de 32.

BAUTISTA SAMANIEGO, siguiendo a MASSIMO FICHERA afirma que la finalidad de

⁴⁶ Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la persecución de delitos graves mediante la superación de la extradición en un espacio de justicia común, hecho en Roma el 28 de noviembre de 2000.

incluir categorías y no delitos en concreto se hizo para facilitar la negociación, centrándose en las clases de delitos ya aceptados por los entonces quince Estados miembros, habiéndose definido las listas como cajas vacías que no tienen valor legal per se, sino que deben ser rellenas por el Estado reclamante con la definición más adecuada según su propio ordenamiento⁴⁷.

En definitiva y siguiendo el artículo 2.2 de la Decisión Marco, cuando la orden europea hubiera sido emitida por un delito que, tal como se define en el derecho del Estado de emisión, pertenezca a una de las categorías de delitos que en ambas normas se especifican y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de doble tipificación sobre los hechos.

Conforme al artículo 2.2 de la Decisión Marco y el art. 20 de la Ley 23/2014, la lista de delitos o categorías delictivas excluidos del control de la doble tipificación es la siguiente:

1. Pertenencia a organización delictiva
2. Terrorismo
3. Trata de seres humanos,
4. Explotación sexual de los niños y pornografía infantil
5. Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
6. Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos.
7. Corrupción.
8. 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
9. Blanqueo del producto del delito.
10. Falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro.
11. Delitos de alta tecnología, en particular delito informático
12. Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas
13. Ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal.
14. Homicidio voluntario, agresión con lesiones graves.
15. Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos

⁴⁷ Bautista Samaniego, Carlos. *Estudio Sistemático de la Orden de Detención y entrega*, cit.

16. Secuestro, detención ilegal y toma de rehenes.
17. Racismo y xenofobia.
18. Robos organizados o a mano armada.
19. Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte.
20. Estafa.
21. Chantaje y extorsión de fondos.
22. Violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías.
23. Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos.
24. Falsificación de medios de pago.
25. Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento
26. Tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares.
27. Tráfico de vehículos robados
28. Violación.
29. Incendio voluntario.
30. Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.
31. Secuestro de aeronaves y buques.
32. Sabotaje.

BAUTISTA SAMANIEGO pone de manifiesto que la mayor parte de las clases delictivas del listado han sido objeto de aproximación por medio de instrumentos jurídicos previos, como directivas o decisiones marco y que hubiera sido útil una remisión a los consensos alcanzados y siguiendo a DEFTERAS, afirma que la indeterminación provocada por el uso de categorías, si bien tiene la ventaja de evitar una constante actualización y puesta al día, su gran desventaja consiste en la vaguedad de aquéllas y la inexistencia de una definición concreta de los crímenes en ellas incluidos, lo que crea lagunas e inconsistencias, de manera que no está claro qué delitos entran dentro de las categorías exentas del requisito de la doble incriminación⁴⁸.

Las categorías elegidas parecen las más próximas entre las que figuran en los Códigos Penales de los 27 países de la Unión, a pesar de lo cual existen diferencias en algunas infracciones, y así, en palabras de ALONSO MOREDA, “se trata de categorías de delitos en algunas ocasiones difíciles de concretar en tipicidades específicas en las legislaciones internas de los diferentes Estados miembros. Será la autoridad judicial de emisión la encargada de superar esta dificultad teniendo, en su caso, que subsumir los

⁴⁸ Bautista Samaniego, Carlos. *Estudio Sistemático de la Orden de Detención y entrega*, cit.

hechos delictivos en una de estas categorías”⁴⁹.

Ante la falta de una definición común de categorías delictivas, cada legislación nacional ha optado por diversas soluciones en aquellos casos en que la inclusión de un delito en una de dichas categorías puede chocar con principios esenciales de su legislación penal, bien usando la técnica negativa de exclusión con la creación de listas negativas o con la creación de una lista positiva con la definición nacional de categorías delictivas.

Un caso de lista negativa lo constituye la eutanasia, que no aparece recogida de forma expresa en el listado, pero que en la mayoría de los países que castigan esta conducta aparece incluida en la rúbrica del homicidio o del asesinato, categorías delictivas que sí se incluyen en el listado.

Por esta razón el Reino de Bélgica excluyó en su Ley de trasposición de 19 de diciembre de 2003 la eutanasia y el aborto de la lista de infracciones, respecto a las cuales se suprime la exigencia de doble tipificación y junto a ello ha establecido como causa imperativa de denegación la exigencia de incriminación dual.

Existen otros supuestos de conductas que aparecen despenalizadas en algunos países, en los que podría estar justificada la existencia de una lista negativa. Sin embargo, siguiendo a BAUTISTA SAMANIEGO, la creación de una lista negativa nacional ocasiona graves disfunciones en la práctica diaria de la OEDE y vulnera directamente el contenido y el espíritu de la Decisión Marco, que expresamente descartó el control de tipificación en las categorías seleccionadas, por lo que la solución debiera ser una adaptación de la Decisión Marco con exclusión a nivel europeo de determinadas infracciones penales, por lo que lo que debería haber es una lista negativa de la Unión Europea y no 27 listas nacionales de exclusión⁵⁰.

Por el contrario, ALONSO MOREDA sí se muestra partidario de las listas nacionales de exclusión “como elemento corrector del sistema se podría establecer un sistema de listas negativas...de esta forma los Estados miembros que así lo considerasen necesario podrían elaborar una lista que contuviese aquellas conductas respecto de las cuales se niega a priori la ejecución de los mandamientos de detención europeos. Esta lista únicamente podría incluir aquellos comportamientos no incriminados en el Estado miembro que elabora la lista, pero sí en otros Estados miembros. De esta forma se evitaría que un Estado miembro se pueda encontrar en la obligación de ejecutar una orden europea por una serie determinada de comportamientos que, fruto del debate democrático,

⁴⁹ Alonso Moreda, cit.

⁵⁰ Bautista Samaniego, Carlos. *Estudio Sistemático de la Orden de Detención y entrega*, cit.

han sido despenalizados en su ordenamiento”⁵¹.

Algunos países como Italia han reintroducido de hecho el control de la doble incriminación, mediante la definición nacional de las categorías mediante la conversión de las categorías delictivas previstas en la Decisión Marco en delitos concretos tipificados en el Código Penal Italiano, con detallada descripción de sus elementos constitutivos. Así Ley 69/2005, de 22 de abril, proclama en su artículo 7 como principio rector y obligación de la autoridad judicial de ejecución el control de la doble incriminación, recogiendo el listado de categorías en el artículo 8 como una excepción, no la norma general, invirtiendo así la sistemática seguida por la Decisión Marco⁵².

Siguiendo a BAUTISTA SAMANIEGO, la inclusión de los hechos en alguna de las categorías no debería hacerse bajo la perspectiva de la propia legislación nacional de la autoridad judicial de ejecución, pues ello supondría resucitar la lista nacional negativa, por lo que el órgano judicial de ejecución no debería tener la facultad de controlar la aplicación que hace el órgano judicial reclamante respecto a su propio derecho, ni debería pedir que este justifique por qué determinadas conductas descritas en la orden europea tienen encaje en las categorías formales de la Decisión Marco según la legislación del reclamante y ello porque el órgano judicial de ejecución no conoce el ordenamiento jurídico del país de emisión ni la interpretación que del mismo hacen sus tribunales y además sería contrario al principio de confianza mutua.⁵³

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abunda en esta idea:

“conforme al principio de reconocimiento mutuo —piedra angular en la cooperación en materia penal— las autoridades de ejecución sólo pueden denegar la entrega de una orden de detención europea por los motivos de no ejecución enumerados exhaustivamente en la Decisión Marco 2002/584, que son tasados y deben de ser de interpretación restrictiva.

Así, la creación de una lista de delitos que ambas partes asumen, pese a no contener un contenido típico perfectamente delimitado, es consecuencia de los diversos principios inspiradores de la tutela penal en cada uno de los Estados Miembros. Es por esto por lo que, dado lo limitado de los avances en orden a establecer una armonización en el ámbito del Derecho penal a escala de la Unión, una interpretación estricta de la identidad del bien jurídico protegido entre ambos ordenamientos limitaría considerablemente las situaciones en las que podría

⁵¹ Alonso Moreda, op. cit.

⁵² Gazette ufficiale 98 del 29 de abril de 2005.

⁵³ Bautista Samaniego, op. cit.

cumplirse el requisito de la doble incriminación del acto, poniendo así en peligro el objetivo perseguido por la Decisión Marco 2002/584.”⁵⁴

La doctrina solo contempla una excepción: cuando el órgano judicial de ejecución valorase que la autoridad judicial requirente ha cometido un error manifiesto en la inclusión en el listado en un caso en que el órgano de emisión había calificado como chantaje y extorsión de fondos⁵⁵.

Este es el criterio seguido por la Audiencia Nacional en el auto 506/2017 en el que efectúa el control de la inclusión en el listado yendo más allá de sus facultades como órgano de ejecución, en un caso en calificado como chantaje y extorsión de fondos, por la autoridad de emisión, al que reprocha haber forzado la calificación para eludir el control de la doble incriminación.

En el auto se afirma que, si bien la conducta delictiva está incluida en el listado de 32 infracciones que se incluye en el formulario, ello no supone que cualquier relato de hechos pueda de manera automática dar lugar a la entrega. “Si por las circunstancias que se reflejan en la OEDE el formulario es manifiestamente incorrecto o defectuoso, por no recoger desde ninguna perspectiva las circunstancias de hecho que permitan calificar los hechos dentro de alguna de las categorías delictivas contempladas, deberá rechazarse su ejecución...lo que resulta inadmisibles es forzar la calificación jurídica de los mismos para eludir el control de la doble incriminación mediante su inclusión en una de aquellas categorías delictivas, la relativa a chantaje y extorsión de fondos...no se trata de valorar la existencia de doble incriminación, sino de que exista una correspondencia entre la descripción del hecho y la calificación jurídica, de modo que pueda considerarse incluido dentro del listado de las 32 infracciones que contempla la Decisión Marco 2002/584.”⁵⁶

Por su parte la Audiencia Nacional, en un caso de blanqueo afirma que: “Respecto al control del principio de doble incriminación, se ha reiterado en numerosas resoluciones que no se exige identidad de la calificación jurídica de los hechos delictivos por los que se reclama al detenido en el Estado de emisión y en el de ejecución, sino que basta con que el relato de hechos incluidos en la euroorden (acusatorios o probados, según la orden sea para enjuiciamiento o cumplimiento de condena) constituyan actividad o conducta delictiva en las legislaciones de ambos países, con independencia del “nomen iuris” dado por cada una de ella y la penalidad con sean castigados.”⁵⁷

⁵⁴ Sentencia TJUE de 11 enero de 2017, asunto c-289/15 *Grundza*. EU:C: 2017:4.

⁵⁵ Cedeño Hernán, Marian. *La orden de detención y entrega. Los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*. Ed. Civitas.Madrid.2010.

⁵⁶ Auto 506/2017 de 24 de noviembre de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

⁵⁷ Auto 651/2022 de 26 de octubre de 2022 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia

3.2. Autoridades competentes

Dos son las autoridades que intervienen en una orden de detención y entrega: la autoridad de emisión y la autoridad de ejecución.

El artículo 2 de la Decisión Marco definía la autoridad de emisión como “un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal, o cualquier otra autoridad judicial según se defina por el Estado de emisión...”

De acuerdo con el artículo 6, los estados pueden determinar libremente cual sea el órgano judicial competente. La única limitación es precisamente que se trate de un órgano judicial, pero no un órgano político o administrativo.

En otro apartado de este trabajo nos referimos al cuestionamiento por parte de la autoridad belga de la competencia del Tribunal Supremo español actuando como instancia única en caso de aforados y la decisión adoptada al respecto por el TJUE y los criterios para la determinación de la autoridad competente tanto por doctrina del TJUE como por la del órgano de ejecución español.

Según el artículo 35.1 de la Ley 23/2014, que reproduce el artículo 2.1 de la ley 3/2003, de 14 de marzo, son “autoridades judiciales de emisión” competentes a efectos de emitir la orden europea los jueces o tribunales que conozcan de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes.

En materia de cooperación judicial penal, el fiscal siempre ha estado considerado autoridad judicial y no solo en aquellos países en los que existe un estatuto de magistrado para jueces y fiscales. Así sucedía en España después de la aprobación en 1982 del Convenio Europeo de asistencia Judicial en Materia Penal de 1959.

Sin embargo, el fiscal no se encuentra incluido en la relación del artículo 35 de la LRM, por lo que en España no puede ser considerado autoridad de emisión, por más que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le atribuya en su artículo 5 facultades para ordenar la detención.

La doctrina considera que la atribución a la autoridad judicial de la función de emitir y ejecutar las OEDS elimina cualquier tipo de interferencia política basada en criterios oportunistas dependientes de la coyuntura internacional de cada momento⁵⁸, sin embargo a juicio de FONTESTAD PORTALÉS⁵⁹, la amplia discrecionalidad judicial para apreciar las

Nacional ES:AN: 2022:9417A.

⁵⁸ Alonso Moreda Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La euroorden, instrumento privilegiado de cooperación*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

⁵⁹ Fontestad Portalés, Leticia. *Perspectiva crítica de la orden europea de detención y entrega (...)* Aranzadi, 2022.

causas de denegación facultativa hace que resulte difícil lograr la unidad de criterio, por más que la decisión de la ejecución en España quede residenciada en la Audiencia Nacional, donde intervienen los seis juzgados centrales, como órgano de primera instancia y las cuatro secciones de la Sala de lo Penal como órgano de apelación.

Por tanto, según el artículo 35 de la LRM, las autoridades judiciales de emisión no son otras que el juez o Tribunal que conozca de la causa. Por tanto, lo será cualquier juez penal con competencia en la materia, tanto los jueces de Instrucción, Jueces de Violencia de Género, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo. También por supuesto los Jueces Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional.

El artículo 34 de la Ley de Reconocimiento Mutuo incluye también a los jueces de Vigilancia Penitenciaria, así como a los de menores cuando se trate de una medida impuesta de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La doctrina también incluye a los Tribunales militares siempre que las infracciones por las que se formule la OEDE estén incluidas en las categorías penológicas recogidas en el artículo 9.1 de la Decisión Marco o en el mínimo punitivo establecido en el apartado segundo del artículo⁶⁰.

Sin embargo, en nuestro país el juez, como autoridad de emisión, en el caso de una OEDE dictada para el ejercicio de la acción penal, no puede actuar de oficio, por cuanto la LRM, ha dispuesto como novedad en su artículo 39 la necesaria intervención del fiscal o de la acusación particular para que así lo soliciten, introduciendo de esta manera el principio acusatorio en la tramitación de la OEDE, aunque ello resulte criticable para autores como BAUTISTA SAMANIEGO⁶¹.

La doctrina discute el alcance de la omisión de la acción popular, y JIMENO BULNES⁶² considera que la acusación popular, en caso de estar presente en el procedimiento, también debería ser escuchada y su petición podría ser válida para emitir la OEDE, mientras que RUZ GUTIÉRREZ⁶³ afirma que la omisión de la acción popular no es un olvido del legislador, sino consecuencia del menor papel que se le otorga, tanto en los

⁶⁰ Arangüena Fanego, Coral. "La Orden Europea de Detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al Ordenamiento Jurídico español de la Decisión Marco sobre la Euroorden." *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003.

⁶¹ Bautista Samaniego, op. cit.

⁶² Jimeno Bulnes, Mar. "La orden europea de detención y entrega, análisis normativo", en la obra colectiva *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2015, pág. 52

⁶³ Ruz Gutiérrez, Pablo. "Cuestiones prácticas relativas a la orden europea de detención y entrega", en la obra colectiva *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

últimos proyectos o borradores de la ley procesal penal, como en la reforma de la LOPJ en materia de justicia universal.

En otro orden de cosas, BAUTISTA SAMANIEGO plantea si el juez que conoce de la causa está obligado a emitir una OEDE, lo que parece deducirse del tenor literal del artículo 7 de la LRM: “cuando la eficacia de una resolución penal española requiera la práctica de actuaciones procesales en otro Estado miembro de la Unión Europea...la autoridad judicial española la documentará”, lo que hace pensar en la imperatividad de su adopción⁶⁴.

Para este autor, sin embargo, los antecedentes legislativos y el contexto abogan por el carácter discrecional, tal y como se recoge en la expresión del artículo 37 de la Ley de Reconocimiento Mutuo cuando dice que el juez podrá dictar una OEDE. En cualquier caso discrecionalidad no equivale a arbitrariedad y el juez deberá dictar una OEDE con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad y no podrá dictarla ni retirarla por motivos de oportunidad, por más que este criterio parezca haber sido adoptado por el auto del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2017 dictado en la causa especial cuando afirma lo siguiente: “... resultando evidente también que, siendo la orden europea de detención un puro instrumento de colaboración judicial, una vez emitida, el juez instructor puede ponderar en cualquier momento la conveniencia u oportunidad de su mantenimiento, teniendo en cuenta las circunstancias que le prestan soporte conforme con su derecho interno y los efectos que la orden de detención pueda tener en el proceso penal que se esté tramitando en el Estado emisor”.

Los mismos criterios que el Tribunal Constitucional ha establecido para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁶⁵ resultan aplicables en la decisión de emitir una OEDE, tal y como se recoge en el Manual de la OEDE que refiere una serie de factores a tener en cuenta, debiendo valorar también la posibilidad de utilizar otro instrumento de colaboración judicial menos coercitivo, tanto en la fase previa como una vez dictada sentencia y condicionar la decisión de retirar la OEDE, como en caso de cualquier medida cautelar, a la desaparición de los presupuestos de eficacia, necesidad y proporcionalidad que la fundamentaron.

La doctrina tampoco es pacífica respecto a la necesidad de que el juez previamente a la emisión de una OEDE dicte un auto de prisión por los mismos hechos, lo que en el artículo 39 de la Ley de Reconocimiento Mutuo tampoco impone expresamente pues se limita a afirmar que deben concurrir los requisitos de ésta. Las sentencias del TJUE abogan

⁶⁴ Bautista Samaniego, op cit.

⁶⁵ STC 39/2016 ES:TC:2016:39.

por la necesidad de emitir una orden de detención, lo que también se deduce del manual Europeo de la Orden de Detención y Entrega⁶⁶.

A juicio de BAUTISTA SAMANIEGO⁶⁷ será preciso dictar un previo auto de prisión provisional en la pieza de situación como mejor modo de justificar que concurren los requisitos precisos para librar una orden europea pues resultaría absurdo que se dicte un auto acordando librar dicha orden y, sin embargo, no se dicte un auto de prisión provisional, que es lo que justificaría una orden de busca y captura nacional y una busca a través de Interpol.

3.3. Plazos

La Decisión Marco de 13 de junio de 2002, en sus artículos 17 y 23, establece unos plazos para la resolución y ejecución de la euroorden de sesenta días desde la detención, prorrogables por treinta días, plazos que, tradicionalmente, se han considerado tasados, por lo que debe entenderse caducada cualquier OEDE que no se decida o ejecute dentro de estos plazos, lo que afecta a la situación procesal del detenido, que debería ser puesto en libertad.

Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE modificó enseguida este criterio. Así en el asunto Lanigan⁶⁸, parte del principio general de que los Estados sólo pueden negarse a ejecutar la orden europea de detención en los supuestos de no ejecución enumerados en los artículos 3, 4 y 4 bis de la Decisión Marco y únicamente pueden supeditarla a las condiciones definidas en el artículo 5 de dicha Decisión y así argumenta la sentencia que, “habida cuenta, por un lado, del carácter esencial que reviste la obligación de ejecutar la orden de detención europea en el sistema instituido por la Decisión Marco y, por otro lado, de la inexistencia en ésta de cualquier indicación explícita acerca de una limitación de la validez temporal de dicha obligación, no cabe interpretar que la norma enunciada en el artículo 15, apartado 1, de la Decisión Marco suponga que, una vez expirados los plazos establecidos en el artículo 17 de la Decisión Marco, la autoridad judicial de ejecución ya no puede adoptar la decisión sobre la ejecución de la orden de detención europea o que el Estado miembro de ejecución ya no está obligado a proseguir el procedimiento de ejecución de la orden”

En la sentencia del caso Vilkas⁶⁹, el Tribunal consideró que propugnar la caducidad

⁶⁶ Sentencias de 1 de junio de 2016 C-241/15 Asunto *Bob-Dogi* EU:C:2016:385 y 13 de enero de 2021 Asunto C-414/20 PPU EU:C:2021:4.

⁶⁷ Bautista Samaniego, op cit.

⁶⁸ Sentencia de 16 de julio de 2015. C-237/15 PPU Asunto *Lanigan* EU:C:2015:474.

⁶⁹ STJUE de 25 de enero de 2017. C-640/15, Asunto *Vilkas* EU:C:2017:39.

del expediente supondría tanto como forzar al Estado emisor a librar una segunda orden europea de detención para permitir un nuevo procedimiento de euroorden. En consecuencia, la superación del tiempo de entrega previsto en el artículo 23 de la Decisión Marco no exime al Estado miembro de su obligación de proseguir el procedimiento de ejecución.

En el asunto T.C⁷⁰ la corte europea reitera que el artículo 12 de la Decisión Marco no dispone que la persona reclamada únicamente pueda ser detenida dentro de unos límites temporales prefijados ni que pueda excluirse su necesidad expirados los plazos del artículo 17. En la sentencia se afirma que “si bien el artículo 12 de la Decisión Marco 2002/584 admite la posibilidad, con ciertas condiciones, de que se ponga en libertad provisional a la persona detenida sobre la base de una orden de detención europea, ni esta disposición ni ninguna otra de esa norma disponen que, tras la expiración de los plazos establecidos en el artículo 17 de la misma, la autoridad judicial de ejecución deba proceder a tal puesta en libertad o, a fortiori, a una liberación pura y simple de dicha persona”.

La Audiencia Nacional sigue el mismo criterio⁷¹ al resolver el recurso en el que se alegaba la preclusión del plazo de 60 fijado por el artículo 54.3 de la ley 23/2014 días para resolver la entrega del recurrente.

El tribunal argumenta que el hecho de sobrepasar el plazo no constituye una causa de denegación de la entrega, por cuanto esta consecuencia no está prevista en la ley, siguiendo para ello la doctrina contenida en la sentencia 16 de julio de 2015 anteriormente referida.

3.4. Motivos de denegación

El principio de confianza mutua en la actuación de las autoridades judiciales y la desaparición del control de la doble incriminación hace que con el sistema de la euroorden la entrega de la persona reclamada sea prácticamente automática, aunque la resolución judicial no debe escapar al control de legalidad que realiza el órgano judicial⁷² como garantía de los derechos fundamentales de la persona cuya entrega se reclama y por ello la doctrina considera que deberían establecerse causas de denegación cuando concurren circunstancias que no permitan que la persona reclamada sea juzgada en el Estado de

⁷⁰ STJUE de 12 de febrero de 2019. C-492/18 PPU EU:C:2019:108.

⁷¹ Auto 288/223 de 18 de abril de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. ES:AN:2023:4653^a.

⁷² Fontestad Portalés, Leticia. op cit.

emisión⁷³.

Sin embargo, la regulación de la Decisión Marco ha sido criticada por establecer un elevado número de situaciones que permiten al Estado de ejecución denegar la entrega de la persona reclamada y por dejar al arbitrio de cada Estado la posibilidad de regularlas como causas de denegación obligatoria o facultativa⁷⁴.

En todo caso los motivos de denegación son tasados, según establece el artículo 29 de la Ley de reconocimiento Mutuo y de la misma forma la jurisprudencia del TJUE afirma que la relación de los motivos de denegación es exhaustiva y que la denegación de la eurorden es la excepción, "...de esta Decisión Marco, y en particular de su artículo 1, apartado 2, se deduce que la ejecución de la orden de detención europea constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta [véase, en este sentido, la sentencia de 29 de abril de 2021, X (Orden de detención europea — Non bis in idem), C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, apartado 46 y jurisprudencia citada]⁷⁵.

3.5.1. Motivos de denegación obligatorios

La Decisión Marco estableció en su artículo 3 tres causas de denegación imperativa, a saber: amnistía en el Estado miembro de ejecución, cosa juzgada/non bis in idem y minoría de edad.

La Ley de Reconocimiento Mutuo regula los motivos de denegación obligatoria no solo en el artículo 48, sino también en los supuestos generales de los artículos 32 y 33.

Non/ne bis in idem: principio que aparece recogido en el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 e impide un nuevo proceso o castigo por la jurisdicción de un Estado, si ya ha sido absuelto o condenado por los mismos hechos conforme al procedimiento de ese Estado.

El ne bis in idem nacional ya se reconoció como causa de rechazo de la extradición en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 cuando la parte requerida hubiera dictado una resolución definitiva sobre los mismos hechos y el Protocolo Adicional de 15 de octubre de 1975 amplió la causa de denegación en el caso de que la sentencia hubiera sido dictada por un tercer estado, estableciendo un reconocimiento pleno de la sentencia absolutoria.

Sin embargo, el Convenio de Schengen no parecía recoger las sentencias

⁷³ Alonso Moreda Nicolás. *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea*. op. cit.

⁷⁴ Fontestad Portalés, Leticia, op. cit.

⁷⁵ Sentencia TJUE de 31 de enero de 2023 ap. 68 C-158/21 EU:C: 2023:57.

absolutorias como impedimento para un nuevo juicio, lo que fue corregido por el TJUE en el caso Caso Gasparini y en el Caso Mantello⁷⁶ que incluyeron en este ámbito tanto las sentencias absolutorias como las condenatorias.

El motivo aparece ahora regulado de forma precisa en el artículo 32 1 a) de la Ley de Reconocimiento Mutuo: *“cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem...”*

El precepto, siguiendo el criterio del TJUE, incluye tanto las sentencias, sean condenatorias o absolutorias y dictadas en cualquier estado de la Unión Europea, como otro tipo de resoluciones judiciales firmes que produzcan los efectos de la cosa juzgada material, en España, por ejemplo, un auto de sobreseimiento libre, pero no un auto de sobreseimiento provisional

La norma viene a instaurar el reconocimiento de los efectos de la cosa juzgada de la sentencia extranjera, ello supone a juicio de algunos autores, otorgar a la sentencia efectos extraterritoriales⁷⁷.

Amnistía: la materia es de gran actualidad, no exenta de polémica, no en vano la regulación de la Ley de Reconocimiento Mutuo difiere de la contenida en la Decisión Marco que obliga al Estado de ejecución a denegar la entrega cuando el delito que la motivó esté cubierto por la amnistía en el Estado de ejecución siempre y cuando éste fuera también competente para conocer de dicho delito según su propio derecho penal.

La Ley de Reconocimiento Mutuo se refiere en su artículo 48 1 a) al indulto como causa de imperativa de denegación de la euroorden lo que para LETICIA FONTESTAD es debido a que tanto la amnistía como los indultos generales están prohibidos en España a la vista del artículo 62 de la Constitución⁷⁸.

Frente a esta afirmación, hay quienes ven cierta constitucionalidad de las leyes de amnistía, y ello porque la tramitación parlamentaria del texto constitucional no permite ver una prohibición en la ausencia de mención y en todo caso, si bien la Constitución no menciona la amnistía, tampoco la prohíbe⁷⁹.

La Ley 1/2024, de 10 junio, de amnistía para la normalización, institucional, política

⁷⁶ STJUE de 28 de septiembre de 2006 C-467/04, EU:C:2006:610 y 16 de noviembre de 2010 C-261/09 EU:C:2010:683.

⁷⁷ Blanco Cordero, Isidoro. “El principio ne bis in ídem en la Unión Europea.” *Diario La Ley*, 30 de junio de 2009.

⁷⁸ Fontestad Portalés, Leticia. op cit.

⁷⁹ Linde Paniagua, Enrique. “Amnistía e Indulto en la Constitución Española” *Revista de Derecho Político*. 1979.

y social en Cataluña⁸⁰, entró en vigor en el día de su publicación, si bien todavía no se han puesto de manifiesto las tachas de constitucionalidad que se anuncian, aunque el Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas ya ha anunciado la posibilidad de plantear al TJUE varias cuestiones a título prejudicial.

En cualquier caso, cualquiera de las expresiones, tanto amnistía como indulto, se refieren a una medida de gracia y será cada Estado quien fije su alcance concreto siguiendo los criterios del TJUE⁸¹, “...han de reconocerse todas las medidas de gracia previstas en el Derecho del Estado de condena que tengan por efecto que la sanción impuesta ya no pueda ejecutarse, independientemente...de la autoridad que haya adoptado la medida y de las consideraciones en que se base...”

CARLOS BAUTISTA afirma que los Estados miembros, al trasponer la Decisión Marco, se han adaptado a las medidas de gracia existentes en su derecho interno y por ello en España, la palabra amnistía se ha sustituido en la ley por el vocablo indulto.

La consecuencia es que el indulto no será un motivo de denegación autónomo, pues el indulto individual presupone una previa decisión de condena pronunciada por los órganos judiciales del Estado que, por otra parte, ha concedido la medida de gracia. por lo que, en este caso, la imposibilidad de denegar la entrega deriva, en primer término, del principio *ne bis in idem*, pues nos encontramos a un sentenciado y condenado respecto al cual la pena es ya de imposible ejecución⁸² en los términos del artículo 32.1.a) de la Ley, artículo que extiende los efectos de la causa de denegación imperativa de *ne bis in idem* a los casos en que el condenado hubiera sido posteriormente indultado.

Minoría de edad: El artículo 48.1 de la Ley de Reconocimiento Mutuo dispone en su apartado e) que la autoridad judicial de ejecución española denegará la ejecución de la orden europea de detención y entrega. “Cuando la persona que sea objeto de la orden europea de detención y entrega aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho español.”

La doctrina considera que la Decisión Marco no excluye a todos los menores, sino solo a aquéllos que no puedan ser objeto de enjuiciamiento o condena según la legislación del Estado de ejecución⁸³.

⁸⁰ BOE 141 de 11 de junio de 2024.

⁸¹ STJUE de 29 abril de 2021, caso X, C-665/20 PPU, apartado 87. EU:C:2021:339.

⁸² Bernardi, Alessandro y Grandi, Ciro. “Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción”. *La orden de detención y entrega europea*. VV.AA. Ed. UCLM. Cuenca. 2006.

⁸³ Jiménez Arroyo, Sandra. “Consideraciones sobre la aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega en el proceso penal de menores en España”, en la obra colectiva *Orden Europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2019.

En nuestro país el Código Penal en su artículo 19 declara inimputables a los menores de 18 años, mientras que la Ley de Responsabilidad Penal del Menor establece que la responsabilidad penal por hechos tipificados como delito comienza a los 14 años, por lo cual si el reclamado tenía dicha edad en el momento de la comisión de los hechos, la orden europea debe ejecutarse, puesto que, siguiendo a BAHAMONDE BLANCO, “el legislador español ha optado decididamente por la emisión y ejecución de la OEDE frente a menores sobre la base de la distinción entre la responsabilidad penal y la mayoría de edad penal que claramente establece nuestro Código Penal”⁸⁴.

La causa de denegación prevista en la Ley de Reconocimiento Mutuo está limitada a la persona que tuviere menos de 14 años en el momento de los hechos, lo contrario provocaría, siguiendo a Moreno Catena una falta de protección en países como España, que determinan la imputabilidad atendiendo a la edad y no a la capacidad intelectual del imputado⁸⁵.

La minoría de edad plantea problemas, por cuanto la edad mínima de responsabilidad penal fijada en España no coincide con la de otros países europeos. Así, mientras en unos la edad es coincidente con la española, en otros es fijada en los 15-16 años, en 13-12, o incluso en 10 y así puede suceder que España deniegue la ejecución en caso de menores de 14 años y vea denegada su petición en caso de mayores de dicha edad.

En otros Estados se sigue un criterio mixto o biopsicológico, teniendo en cuenta junto a la edad física el grado de madurez del menor⁸⁶. En estos casos, como veremos más adelante, la sentencia del Caso *Piotrowski*⁸⁷, impide que se apliquen criterios adicionales al puramente biológico, por cuanto la DM únicamente hace referencia a criterios de edad.

Prescripción: la Decisión Marco regula la prescripción como una causa de denegación facultativa, sin embargo, la Ley de Reconocimiento Mutuo lo considera causa de denegación imperativa y lo incluye en su artículo 32 entre los motivos generales para la denegación del reconocimiento o la ejecución de las medidas solicitadas⁸⁸.

Como vemos. la Ley de Reconocimiento Mutuo, lo mismo que la Decisión Marco,

⁸⁴ Bahamonde Blanco, Miriam, “La orden europea de detención y entrega sobre menores y la sentencia *Piotrowski*, nueva afirmación del principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial penal”, *Diario La Ley* n.º 146, de 23 de febrero de 2018.

⁸⁵ Moreno Catena, Víctor. “La orden europea de detención en España”. *Revista Poder Judicial* n.º 78. 2005.

⁸⁶ Jiménez Arroyo, Sandra, op cit.

⁸⁷. STJUE de 23 de enero de 2018. C-367/16, EU:C:2018:27.

⁸⁸ 1 b) Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español.

establecen que la legislación a tener en cuenta es la del Estado de ejecución, por más que la doctrina considere que la única legislación que debería tenerse en cuenta es la del Estado de emisión, y ello porque los hechos constitutivos de delito vulneran la ley del Estado de emisión⁸⁹ y resulta ilógico que una cuestión como la prescripción que cada estado trata de forma individualizada se imponga al país que se ha visto afectado por la comisión de un delito por el mero hecho de hallarse el infractor en su territorio⁹⁰.

En todo caso, la regulación legal ha sido criticada no solo por haber convertido una causa de denegación facultativa en causa de denegación imperativa, sino también por considerar que la posible ignorancia de los hechos ocurridos en territorio español o la falta de diligencia o inactividad en su persecución, no pueden beneficiar al autor, por más que la competencia pueda también recaer en las autoridades judiciales españolas⁹¹.

Para BAUTISTA SAMANIEGO debería ser la tipificación y la pena prevista por el Estado de emisión, lo que debería tener en cuenta el órgano judicial de ejecución a la hora de fijar el plazo de prescripción, por ser dicha tipificación y pena la que determina la aplicación de la orden europea.

La Audiencia Nacional, órgano de ejecución español, ha solventado alguna de las objeciones planteadas por la doctrina:

Así el Auto 64/2023 de la Sección Cuarta de 31 de enero de 2023 dispuso que “La prescripción de la pena, en su caso, conforme a la legislación española (Estado de ejecución) solo operaría como causa facultativa de denegación de la ejecución, cuando haya prescrito el delito o la pena y los hechos sean competencia española, tal y como literalmente establece el artículo 4 apartado 4 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, reformada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009.”⁹²

La misma Sección Cuarta insiste en el argumento y añade que en el caso de autos, las autoridades españolas no eran en ningún caso competentes para el conocimiento de unos hechos relativos a numerosos delitos de robo con fuerza en casa habitada ocurridos en diversas localidades de Alemania⁹³.

El Tribunal insiste en rechazar la aplicación de la prescripción: “Tampoco es aplicable el apartado c) del mismo artículo 32.1. Dicho apartado, establece como causa

⁸⁹ Fontestad Portalés, Leticia. op cit.

⁹⁰ García Sánchez, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Granada, 2005.

⁹¹ Bautista Samaniego, Carlos, op. cit.

⁹² Auto 64/2023 de la Sección Cuarta de 31 de enero de 2023. ES:AN:2023:682A.

⁹³ Auto 210/2023 de 3 de abril de 2023 de la Sección Cuarta ES:AN:2023:3123A.

de denegación del reconocimiento y ejecución, aplicable a todos los instrumentos regulados en la Ley 23/2014, la prescripción, conforme al derecho español, del delito o de la sanción impuesta, pero solamente cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas. Y, en el presente caso, nos encontramos ante un presunto delito de robo con fuerza en las cosas, cometido en el seno de una organización o grupo criminal, en el extranjero”.⁹⁴

3.5.2. Motivos de denegación facultativos

Según el artículo 4 de la Decisión Marco, motivos de no ejecución facultativa son: litispendencia, prescripción, o que la orden afecte a un nacional o residente del EM de ejecución o se refiera a infracciones cometidas total o parcialmente en su territorio.

Litispendencia: con arreglo al artículo 4.2 de la DM y el artículo 48.2.a) de la LRM, el sometimiento de la persona objeto de la orden europea a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea, constituye una causa potestativa de denegación de la euroorden.

La litispendencia es la situación que se produce cuando existen varios procesos pendientes sobre una misma cuestión litigiosa⁹⁵.

Además de la existencia de varios procesos y la identidad de objeto, y a diferencia del proceso civil en el que se da prioridad al proceso que primero comenzó, en el ámbito del proceso penal en el que está en juego el *ius puniendi* estatal, se toman en cuenta otros criterios, como el de las mayores posibilidades de éxito de cada proceso o la mayor vinculación de los hechos con el país reclamante.

El motivo de denegación facultativa de la existencia de litispendencia se solapa en ocasiones con el supuesto regulado en el art. 32.3 de la Ley 23/2014, cuando el motivo de la entrega se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español, que, como enseguida veremos, se resuelven en base a los mismos criterios.

Nacionalidad o residencia: la nacionalidad tiene un tratamiento distinto, dependiendo de que la orden europea sea a los efectos de entablar una acción penal o de ejecutar una pena o medida de seguridad privativa de libertad.

En el primer caso, estamos en presencia de una causa de condicionamiento de la

⁹⁴ Auto 202/2023 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2023. ES:AN:2023:3081A.

⁹⁵ Vega Torres, Jaime. “La eficacia de la litispendencia” *Revista REDUR*, junio de 2002.

entrega. Según el artículo 55.2 de la Ley 23/2014 y el artículo 5.3 de la Decisión Marco, cuando la persona que fuere objeto de la orden europea a efectos de entablar una acción penal fuera de nacionalidad española o residente en España, su entrega se podrá supeditar, después de ser oída al respecto, a la condición de que sea devuelta a España para cumplir la pena o medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciar en su contra el Estado de emisión.

El segundo supuesto, cuando la orden europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad recogido en el artículo 48.2.b) de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre y artículo 4.6 de la Decisión Marco, siendo la persona reclamada de nacionalidad española o con residencia en España, estamos ante una causa de denegación facultativa, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España.

Siguiendo a ALONSO MOREDA, no se trata de un supuesto de impunidad, sino que el Estado de ejecución decide el cumplimiento en su territorio para facilitar la reinserción del sujeto, que será más fácil de conseguir en el Estado del que es nacional⁹⁶.

La posibilidad de la entrega del nacional, como hemos dicho anteriormente, es una de las novedades del sistema respecto de tradicional procedimiento de la extradición.

Sin embargo, la doctrina considera que la DM mantiene la protección de los nacionales, al incluir la nacionalidad como motivo de denegación facultativa, a diferencia del Convenio de extradición de 1996, en el que no solo desaparecía la prohibición de la entrega del nacional, sino lo que se prohibía era la denegación de la entrega⁹⁷.

La referencia a la residencia no aparecía recogida en la ley 3/2003, a pesar de lo cual la Audiencia Nacional aplicó de forma directa la Decisión Marco, criterio apoyado en la sentencia del caso *Pupino*⁹⁸.

La doctrina criticó esta omisión en la derogada LODE, por desconocer las consecuencias y la finalidad de la reinserción social que comporta el cumplimiento de la pena en el lugar de residencia⁹⁹, teniendo en cuenta que el arraigo será mayor en el país de residencia que en el país de nacionalidad¹⁰⁰. La reforma operada en la LRM por la ley 3/2018 de 11 de junio amplió la posibilidad de denegar la euroorden también para los residentes en España.

⁹⁶ Alonso Moreda. op. Cit.

⁹⁷ Cuerda Riezu, Antonio. *De la extradición a la euroorden de detención y entrega*. Op. Cit.

⁹⁸ STJUE de 16 de junio de 2005. Asunto C-105/03 Caso *Pupino* EU:C:2005:386.

⁹⁹ García Sánchez, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Op. Cit.

¹⁰⁰ Arangüena Fanego, Coral. "La Orden Europea de Detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003" Op. Cit.

La lectura del art. 48.2 b) de la Ley de Reconocimiento Mutuo lleva a concluir que la autoridad española de ejecución no podrá denegar la entrega de un nacional para el cumplimiento de la pena en el Estado de emisión, siempre y cuando éste consienta en ello y en sentido contrario, en caso de no consentir en la entrega, la autoridad de ejecución deberá denegarla.

La interpretación del precepto ha generado controversias en la doctrina que considera que aun sin consentimiento del reclamado, cabe autorizar la entrega, por cuanto nos encontramos ante una causa facultativa de denegación de la entrega¹⁰¹.

La cuestión de la residencia ha sido frecuentemente alegada ante nuestra autoridad de ejecución, que ha tenido en cuenta para considerar cumplido el requisito de la residencia “el vínculo estable con este país del recurrente, realizando actividades económicas y desarrollando una vida familiar estable¹⁰²”.

En sentido contrario el Auto de 19 de junio de 2023 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: “el escaso tiempo de residencia en España no es arraigo suficiente en nuestro país y aun no siendo precisa, de manera inexcusable, la tenencia de un permiso de residencia para acreditar el arraigo en España, los extranjeros que no dispongan de dicho permiso deberán aportar una documentación que acredite que tienen suficientes vínculos familiares, económicos y sociales que puedan demostrar su integración en la sociedad de ese Estado de manera equiparable a la de un nacional del Estado de ejecución¹⁰³.”

En el mismo sentido el Auto de 9 de octubre de 2023 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: “Resulta exigible un arraigo prolongado personal y familiar, analizado bajo parámetros de racionalidad y proporcionalidad apreciables judicialmente para determinar cuándo a un residente se le debe dar igual trato que a un nacional¹⁰⁴”

Territorialidad. infracciones cometidas total o parcialmente en su territorio:

El art. 32.3 de la Ley 23/2014 prevé como causa de denegación facultativa a la entrega la comisión de la totalidad o parte de los hechos en territorio español, al disponer: “La autoridad judicial española podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una orden o resolución cuando se refiera a hechos que el Derecho español considere

¹⁰¹ Fontestad Portalés, Leticia. op cit.

¹⁰² Auto 196/2022 de 21 de abril de 2022 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2022:3369A.

¹⁰³ Auto 328/2023 de 19 de junio de 2023 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN: 2023:6737A.

¹⁰⁴ Auto 490/2023 de 9 de octubre de 2023 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:10378A.

cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español. En este supuesto se deberá deducir testimonio y remitirse al órgano judicial competente para el conocimiento del asunto”.

La Audiencia Nacional acoge la consideración facultativa que concede el artículo 32.3 de la Ley 23/2014, puesto que los graves hechos supuestamente perpetrados desde luego que no se han cometido totalmente en España, ni tan siquiera en una parte importante o fundamental, puesto que es en Francia donde se han perpetrado la mayoría de los hechos, efectuándose en España un mero eslabón, de la cadena organizativa criminal allí investigada, residiendo en Francia la mayoría de los investigados, cometándose allí gran parte de los hechos sujetos a comprobación, y ubicándose allí la mayoría de las fuentes de prueba a utilizar en el juicio a celebrar. Hasta tal punto constituye se han producido en España un eslabón más de los actos delictivos cometidos, que ni siquiera en nuestro país se han incoado diligencias en averiguación de los hechos, lo que abunda en la jurisdicción preferente asignada a Francia¹⁰⁵.

En el mismo sentido el auto 90/2023 de la Sección Primera “...es en el Estado requirente donde se ha abierto el procedimiento penal correspondiente y donde hay más elementos para el enjuiciamiento, sin que, por el contrario, exista ningún procedimiento en curso en España. Y no resulta conveniente fragmentar la investigación, por los problemas que supondría para probar la organización criminal¹⁰⁶.”

En otras ocasiones la Audiencia Nacional resolvió la cuestión en favor de la jurisdicción más eficaz en un supuesto de cibercriminalidad, resolviendo la competencia a favor del Juzgado del territorio que pueda actuar de forma más eficaz en la instrucción, y en el caso, el Tribunal chipriota que sigue procedimiento de investigación por tales hechos desde el año 2020, en el que se encontrarán las pruebas hasta ahora acopiadas¹⁰⁷.

3.5. Implementación en España

La DM establecía la obligación de los Estados miembro de la Unión Europea de tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la orden europea «antes del 31 de diciembre de 2003». (art. 34.1). Sin embargo, tal y como se desprende de los sucesivos Informes evaluadores del Consejo, sólo 13 de los 25 Estados miembro respetaron el plazo de transposición inicialmente fijado, lo que ha supuesto que también en la entrega de

¹⁰⁵ Auto 78/2023 de 9 de febrero de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:977A y auto 328/2023 de 19 de junio de 2023 de la misma sección ES:AN:2023:6737A.

¹⁰⁶ Auto 90/2023 de 14 de febrero de 2023 de la Sección Primera ES:AN:2023:1242A.

¹⁰⁷ Auto 282/2023, de 17 de abril de 2023 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:4730A.

personas pueda hablarse de geometrías variables o de una Europa a varias velocidades¹⁰⁸.

En algunos Estados se plantearon problemas de constitucionalidad por cuanto su constitución no admitía la entrega del nacional, lo que no sucedía en España que fue uno de los estados más cumplidores al promulgar la Ley Orgánica 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, el 14 de marzo de 2003, de forma que su entrada en vigor tuvo lugar justo 8 meses después de la adopción de la Decisión Marco. La extraordinaria predisposición de España se debe a razones de necesidad y de coherencia. Desde finales de los 90 las autoridades españolas habían insistido infructuosamente en la conveniencia de simplificar la extradición y agilizar la entrega de detenidos y su traslado al territorio de otro Estado miembro especialmente de aquellos acusados de la comisión de delitos relacionados con el terrorismo, por lo que aprovecharon el impacto del 11-S para presentar una propuesta formal de orden europea que fue aprobada en tiempo récord de una semana.

La aprobación de la Decisión Marco se produjo precisamente durante la presidencia española del Consejo Europeo, lográndose así un objetivo político imprescindible para mejorar la lucha antiterrorista en la Unión Europea. Además, en el caso de España se pretendió que la ley ayudara a solucionar el conflicto suscitado tras la anulación por el Tribunal Constitucional en las sentencias 91/2000, de 30 de marzo y 134/2000, de 16 de mayo de las extradiciones de ciudadanos italianos que habían sido condenados en su país en rebeldía¹⁰⁹.

La ley de transposición tiene carácter orgánico, al afectar a derechos y libertades fundamentales y conforme a ella, en España será competente para emitir una orden europea cualquier juez o tribunal que esté conociendo de una causa penal, lo que implica la supresión de cualquier intromisión gubernativa y la judicialización de la entrega.

La ley atribuyó la competencia para la ejecución de la orden europea a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional y, en el caso de que la entrega tenga lugar sin el consentimiento del reclamado o concurran causas de denegación o condicionamiento, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

3.5.1. Implementación y regulación actual en la Ley 23/2014

En el preámbulo de la ley se afirma que los Estados miembros de la Unión Europea

¹⁰⁸ Martín Álvarez, Magdalena M. "La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras". *Revista de Derecho de la Unión Europea* n.º 10, 1er semestre 2006.

¹⁰⁹ Sentencias 91/2000, de 30 de marzo ES:TC:2000:91 y 134/2000, de 16 de mayo ES:TC:2000:134.

han seguido reforzando sus mecanismos de cooperación judicial a través de la aplicación de sus dos principios básicos: la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

El preámbulo 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.

El nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación.

Además, afirma que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal ha de ser de aplicación en cada una de las fases del proceso penal, tanto antes, como durante e incluso después de dictarse la sentencia condenatoria.

La ley recoge toda la normativa europea, tanto decisiones marco como directivas, en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el ámbito de la Unión Europea, tanto las ya transpuestas a nuestro derecho, como las que estaban pendientes de serlo¹¹⁰.

Así, la ley desarrolla la orden europea de detención y entrega, el embargo preventivo de bienes, el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, de resoluciones de decomiso, sentencias penales en las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad y resoluciones de libertad vigilada, exhorto para la obtención de pruebas, resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional y la orden europea de protección.

En el preámbulo se indica que, ante esta prolífica tarea normativa de las instituciones de la Unión Europea, los Estados miembros tienen la obligación de afrontar una intensa labor legislativa para incorporar a sus ordenamientos las disposiciones aprobadas hasta el momento y por ello se decide modificar la técnica normativa empleada

¹¹⁰ Vela Mouriz, Ana. "Contenido y novedades introducidas por la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea" *Noticias Jurídicas*. 2014.

hasta ahora en la transposición de las cuatro primeras decisiones marco a fin de evitar la enorme producción normativa, tanto de las leyes que habrían de adoptarse como por las consiguientes leyes orgánicas complementarias que someterían a constantes modificaciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La ley se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y las directivas aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales y se incluye tanto las ya transpuestas a nuestro Derecho como las que están pendientes.

El Título I regula las características básicas del nuevo sistema de cooperación judicial basado en el reconocimiento mutuo. Sus artículos contienen las reglas comunes que rigen tanto la transmisión de las órdenes europeas y resoluciones judiciales a otros Estados miembros, como su ejecución en España, los motivos generales de denegación del reconocimiento y la ejecución.

La ley contiene el listado de categorías delictivas a las que no será de aplicación el principio de doble tipificación, en el que se expresa el compromiso básico de los países de la Unión Europea de renunciar a la exigencia del control de la doble incriminación para una serie de infracciones y como consecuencia de la actuación del principio de reconocimiento mutuo la decisión de la autoridad competente de reconocer y ejecutar la orden europea acordada por la autoridad judicial extranjera es casi automática sin necesidad de verificar su conformidad con su ordenamiento jurídico interno, y se limitan los supuestos de denegación de la ejecución de la decisión transmitida a causas tasadas y estrictamente previstas en esta Ley.

El Título II se dedica a la orden europea de detención y entrega y supone, según el preámbulo, la puesta al día de la ley 3/2003, en atención a la experiencia ya acumulada en esta materia, con el reforzamiento de las garantías jurídicas, algunas mejoras de técnica normativa y otras modificaciones que persiguen mejorar la aplicación práctica de la norma.

3.5.2. Emisión de una Orden Europea de Detención y Entrega.

a) Autoridad judicial competente: El artículo 35.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre 1, dispone que son “autoridades judiciales de emisión” competentes a efectos de emitir la orden europea los jueces o tribunales que conozcan de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes.

Cualquier Juez o Tribunal, investido de competencia en una causa penal, puede emitir una orden europea de detención y entrega, en cualquiera de las fases del procedimiento.

La doctrina incluye a los juzgados militares y los de menores¹¹¹.

b) Auto ordenando la prisión o detención: ni la Ley de Reconocimiento Mutuo ni tampoco la ley 3/2003 imponen que en la causa original se acuerde previamente la detención o la prisión del reclamado, pero así lo impone la lógica procesal a juicio de BAUTISTA SAMANIEGO¹¹² por cuanto así aparece en la normativa interna y en la sentencia del caso *Bog-Dog*¹¹³, y ello se deduce del concepto de “orden de detención europea” que viene definido, en el artículo 1, apartado 1, de la Decisión Marco, como “la 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” y que la orden de detención contenida en el artículo 8 de la Decisión Marco, no puede ser otra que la orden detención nacional.

La doctrina también considera que para que pueda emitirse una orden europea, deberá primero haberse dictado un auto motivado de prisión frente al afectado¹¹⁴ y sería absurdo que se dicte un auto acordando librar la orden de detención europea y, sin embargo, no se dicte un auto de prisión provisional, que es el único, precisamente, que justificaría una orden de busca y captura nacional y una busca a través de Interpol¹¹⁵.

c) Objeto: De conformidad con el artículo 2 de la Decisión Marco y el artículo 37 de la Ley 23/2014, las autoridades judiciales de emisión españolas podrán dictar una orden europea en los siguientes supuestos: a. Con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de 12 meses. b. Con el fin de proceder al cumplimiento de una condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.

e) Petición de las acusaciones: No es precisa la audiencia del reclamado por la autoridad judicial de emisión con carácter previo a dictar una orden europea. Si lo es, en cambio, de acuerdo con el artículo 39.3, la de audiencia de acusaciones, por plazo de dos días, salvo plazo más breve en casos de urgencia, con carácter previo al libramiento de una orden europea, estando vedada dicha emisión sin petición expresa del Fiscal o de una

¹¹¹ Arangüena Fanego, Coral. “Las medidas cautelares en la regulación de la Orden Europea”. *La orden de detención y entrega europea*. VV.AA. Ed. UCLM. Cuenca. 2006, págs. 388 y 389.

¹¹² Bautista Samaniego, Carlos. Op cit.

¹¹³ STJUE de 1 de junio de 2016 EU:C:2016:385.

¹¹⁴ De Prada Solaesa, José Ricardo. “La orden europea de detención y entrega”. *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ. N.º 61, 2004, págs. 375 y 376.

¹¹⁵ Bautista Samaniego, Carlos. Op. cit.

acusación particular.

La doctrina resalta la contradicción de este precepto con el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que otorga al juez la facultad de acordar de oficio la prisión provisional en caso de urgencia¹¹⁶.

f) Transmisión: Si se conoce el paradero de la persona reclamada, la autoridad judicial de emisión española pueda comunicar directamente a la autoridad judicial competente de ejecución la orden europea.

Si no se conoce dicho paradero, la autoridad judicial de emisión española podrá decidir introducir una descripción de la persona reclamada en el Sistema de Información Schengen. La descripción se remitirá a la Oficina Nacional del Supplementary Information Request at the National Entries (SIRENE) que la hará llegar a todos los miembros de la Unión Europea que formen parte del Sistema de Información Schengen.

La autoridad judicial española de emisión podrá transmitir la orden europea por cualquier medio fiable que pueda dejar constancia escrita, en condiciones que permitan a la autoridad de ejecución establecer su autenticidad, de conformidad con los artículos 8.1 de la Ley 23/2014 y 9.4 de la Decisión Marco.

El contenido de la orden debe recoger el formulario del anexo I con el contenido previsto en el artículo 36 de la LRM, entre los que no se encuentra el testimonio de la resolución en que se acuerde la prisión provisional de la persona objeto de la reclamación¹¹⁷.

Cuando la autoridad judicial de ejecución considere que la autoridad judicial de emisión no es suficiente para poder decidir sobre la entrega de la persona reclamada, podrá solicitar urgentemente la información complementaria necesaria, que deberá ser enviada en el plazo indicado por la autoridad de ejecución, debiendo respetar el plazo de 60 días establecido en el artículo 17 de la DM.

g) Puesta a disposición de la autoridad judicial española: cuando el reclamado sea puesto a disposición de la autoridad judicial española que emitió la orden, se convocará a una comparecencia en los plazos y forma previstos en la LECrim, a fin de resolver sobre la situación de la persona entregada.

3.6.3. Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega

¹¹⁶ Jimeno Bulnes, Mar. "La orden europea de detención y entrega, análisis normativo", en la obra colectiva *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2015, pág. 52.

¹¹⁷ Fontestad Portalés, Leticia. op cit.

a) Órgano competente: la Ley de Extradición Pasiva 4/1985, de 21 de marzo, centralizó la competencia para conocer de las peticiones de extradición en la Audiencia Nacional, criterio seguido tanto por la derogada Ley 3/2003, como por la vigente Ley de Reconocimiento Mutuo, cuyo artículo 35.2 dispone que son «autoridades judiciales de ejecución» competentes a efectos de dar cumplimiento a la orden europea los Juzgados Centrales de Instrucción y cuando la orden se refiera a un menor la competencia corresponderá al Juez Central de Menores.

La atribución competencial centralizada ha sido criticada por la doctrina, pues si la OEDE es un instrumento que supera la vieja figura de la extradición, no parece justificable que se mantengan los antiguos clichés en materia de competencia¹¹⁸., aunque para otros la centralización es positiva por favorecer la unificación de criterios, que desaparecería en caso de dispersión territorial de la competencia¹¹⁹.

b) Actuaciones iniciales: el procedimiento comienza, en la mayoría de los casos con la puesta a disposición del detenido, en base a la orden de detención introducida por el juez de emisión en el Sistema de Información Schengen.

También puede empezar con la remisión directa de la orden por la autoridad judicial de emisión a la autoridad judicial de ejecución. En este caso el artículo 22 de la Ley 23/2014 prevé la notificación al reclamado, salvo que dicha comunicación pueda frustrar la finalidad perseguida.

Recibida la orden europea por el Juez competente, se establece una limitada comprobación de sus requisitos formales, relativos a la lengua y contenido mínimo.

A diferencia de otros países que admiten la remisión en varias lenguas, el artículo 17 de la Ley 23/2014 establece que, cuando el formulario no venga traducido al español, se devolverá inmediatamente a la autoridad judicial de emisión que lo hubiese firmado para que lleve a cabo la traducción correspondiente.

El artículo 19 de la Ley de Reconocimiento Mutuo, no establece de forma explícita la obligación de comprobar los requisitos formales, pero ello se deduce de la posibilidad de pedir la subsanación en caso de insuficiencia del formulario o del certificado, cuando éste falte o no se corresponda manifiestamente con la resolución judicial cuya ejecución es transmitida.

Agotadas las posibilidades de subsanación por la vía del artículo 19 de la ley, el artículo 32.1.c) establece como motivo de denegación imperativo que el formulario esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto.

¹¹⁸ Conde Pumpido, Cándido. “La Orden de Detención y Entrega Europea” Ed. UCM. 2006.

¹¹⁹ Calaza López, Sonia. *El procedimiento europeo de detención y entrega*. Ed. Iustel. Madrid 2005.

c) Detención y puesta a disposición de la autoridad judicial: la detención de una persona afectada por una orden europea de detención y entrega se practicará en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 50 de Ley de Reconocimiento Mutuo,) y en todo caso, el plazo de detención puede alcanzar las 72 horas, ampliación que la doctrina considera injustificado¹²⁰, habida cuenta que la única diligencia policial a practicar resulta ser la identificación y reseña del detenido para averiguar si se corresponde con la persona reclamada¹²⁰. Sin embargo la ampliación del plazo fue efectuada a instancia del Consejo General del Poder Judicial que lo consideró excesivamente corto y difícil de cumplir en función del lugar donde podía producirse la detención, sugiriendo su sustitución por el período de 72 horas previsto de manera general en la legislación¹²¹.

El artículo 50.3 dispone que puesta la persona detenida a disposición de la autoridad judicial, ésta le informará de la existencia de la orden europea, su contenido, la posibilidad de consentir con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten, entre ellos el derecho, reconocido por la ley 3/2018¹²², a designar a un letrado en el Estado miembro emisor que pueda prestar asistencia al letrado del Estado miembro de ejecución, facilitándole información y asesoramiento tanto acerca de la posibilidad de consentir con carácter irrevocable su entrega como también sobre el resto de los derechos que le asisten, entre los cuales debe encontrarse presente la posibilidad de invocar motivos de no ejecución.

d) Audiencia del detenido: La audiencia del detenido se celebrará, según el artículo 51.1 de la Ley 23/2014, en el plazo de máximo de 72 horas desde la puesta del detenido a disposición judicial. A dicha comparecencia debe asistir el Ministerio Fiscal, el abogado de la persona detenida y, en su caso, de intérprete, debiendo realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La comparecencia regulada en la LRM es distinta de la que preveía la ley 3/2003 en la que el juez central intervenía en la vista y en el trámite de alegaciones, si bien la decisión final correspondía a la Sala de lo Penal. La Ley 23/2014, atribuye en su artículo 51 la competencia para decidir en primera instancia a los Jueces Centrales de Instrucción.

BAUTISTA SAMANIEGO considera que este sistema está contaminado de un exceso de celeridad, con comparecencias solapadas, lo que hace muy difícil la aportación documental necesaria para apreciar ciertas causas de condicionamiento o denegación;

¹²⁰ Jimeno Bulnes, Mar. Op. Cit.

¹²¹ Informe del CGPJ al anteproyecto de ley de 2003.

¹²² Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación. BOE» núm. 142, de 12 de junio de 2018.

por otra parte, las resoluciones de entrega adolecen de un contenido estereotipado y de escasa profundidad en el tratamiento de las materias, dado que se dictan en el calor de la guardia, que abarca otras muchas actuaciones, lo que no invita a un razonamiento sosegado¹²³.

Esta primera comparecencia tiene por objeto decidir sobre el consentimiento en la entrega, la situación personal del detenido y la renuncia al principio de especialidad.

De conformidad con el artículo 51.4 de la Ley 23/2014, si el reclamado consintiera en ser entregado al Estado de emisión y el Juez Central no advirtiera causas de denegación o condicionamiento, acordará mediante auto su entrega; de no existir consentimiento, se convocará a una vista, según el artículo 51.5 del texto legal, que versará sobre la concurrencia de causas o motivos de denegación.

e) Consentimiento del reclamado y renuncia al principio de especialidad: el juez debe comprobar que el detenido consiente libremente y que conoce las consecuencias de su declaración y ello porque el consentimiento del reclamado es irrevocable, según el artículo 51.2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, que no contempla la posibilidad de revocación recogida en el artículo 13.4 de la Decisión Marco.

El principio de especialidad implica que la persona que se entrega al Estado requirente únicamente puede ser procesada, condenada o provida de libertad por los mismos hechos por los cuales se solicitó la entrega. Por ello el juez debe comprobar que la renuncia al principio de especialidad se ha hecho libremente y con pleno conocimiento de sus consecuencias y ello porque frecuentemente el detenido no comprende su significado, ni tampoco que la renuncia implica poder ser enjuiciado por todas las causas pendientes y anteriores a su entrega en el país reclamante.

La ley nada dice acerca de la irrevocabilidad de la renuncia al principio de especialidad, por lo que ante la ausencia de determinación en la norma, la doctrina considera que el silencio del legislador implica que se ha querido dar un trato diferenciado a la renuncia al principio de especialidad respecto de la renuncia al consentimiento en la entrega y que a diferencia de éste, la renuncia al principio de especialidad sería esencialmente revocable, habida cuenta los gravísimos perjuicios que puede provocar¹²⁴.

El artículo 51.4 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, establece que el Juez, una vez consienta el reclamado, debe hacer un control de la existencia o no de causas de condicionamiento o denegación.

¹²³ Bautista Samaniego. Op. cit.

¹²⁴ De Prada Solaesa, José Ricardo. "La orden europea de detención y entrega". *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ. N.º 61, 2004.

f) Segunda comparecencia: según el artículo 51.5 de la Ley 23/2014, si el reclamado no consiente la entrega, se convocará a las partes a una nueva comparecencia, a celebrar en el plazo máximo de los tres días siguientes, en la que se practicará prueba y se realizarán alegaciones sobre la concurrencia de causas de condicionamiento o denegación.

g) Ejecución de la entrega: artículo 58 de la Ley de Reconocimiento Mutuo: la entrega de la persona reclamada se hará efectiva por agente de la autoridad española, dentro de los diez días siguientes a la decisión judicial de entrega.

Si por causas ajenas al control de alguno de los Estados de emisión o de ejecución no pudiera verificarse en este plazo, las autoridades judiciales implicadas se pondrán en contacto inmediatamente para fijar una nueva fecha, dentro de un nuevo plazo de diez días desde la fecha inicialmente fijada.

Excepcionalmente, la autoridad judicial podrá suspender provisionalmente la entrega por motivos humanitarios graves, pero ésta deberá realizarse en cuanto dichos motivos dejen de existir.

h) Suspensión de la entrega: cuando la persona reclamada tenga algún proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto del que motive la orden europea de detención y entrega, la autoridad judicial española, aunque haya resuelto dar cumplimiento a la orden, podrá suspender la entrega hasta la celebración de juicio o hasta el cumplimiento de la pena impuesta.

i) Recurso contra la decisión del Juez Central de Instrucción la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, estableció un sistema de doble instancia, atribuyendo la competencia inicial para resolver al Juez Central de Instrucción y un posterior recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, según el artículo 51.8 de la Ley.

El artículo 24.1 de la Ley 23/2014, establece que la interposición del recurso podrá suspender la ejecución de la orden cuando ésta pudiera crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación.

4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

4.1. Juicios en ausencia

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.3 d) el derecho a hallarse presente en el proceso. Por su parte el Convenio de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, en su artículo 6, no se refiere a ello de forma

expresa, aunque puede entenderse incluido dentro del derecho que se reconoce a defenderse a sí mismo, a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.

La doctrina considera que, aunque no todo el amplio rango de derechos recogidos en el artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos debe ser tenido en cuenta en los procedimientos de entrega, sí debe serlo el derecho a un juicio justo en su modalidad de estar presente en la vista oral¹²⁵ y así lo confirma la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000 de 30 de marzo cuando argumenta que la condena en ausencia sin posibilidad de subsanar deficiencias ataca dicho núcleo absoluto de los derechos fundamentales

En cualquier caso, y salvo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la normativa internacional no consagra el derecho de presencia en juicio de manera absoluta y ello porque el mero hecho de que una persona haya sido condenada en rebeldía no es, por sí solo, un factor definitivo a la hora de afirmar que se ha vulnerado su derecho de defensa¹²⁶, lo que se solo se producirá en caso de que dicha ausencia haya supuesto una merma efectiva de las posibilidades de defenderse de una acusación.

Siguiendo a RODRÍGUEZ SOL, la cuestión resulta más compleja de lo que en principio parece 26: si la presencia obligada en juicio, aún contra la voluntad del acusado, es aparentemente más respetuosa con el derecho de defensa, el sistema contrario deja en manos del acusado, según estime conveniente, la posibilidad de asistir o no a juicio.

En este sentido El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Sejdovic c. Italia*¹²⁷, resolvió que los procesos en ausencia no son en sí mismos incompatibles con el artículo 6 del Convenio, pero sí es preciso un nuevo pronunciamiento judicial en presencia, salvo que el sujeto haya renunciado a dicho derecho, bien de forma expresa, bien de forma tácita, debiendo la renuncia ser inequívoca y siempre que el renunciante haya gozado de todas las garantías procesales en el momento de hacerlo.

La Decisión Marco, estableció en su momento como condición de la entrega, para el caso de que una persona no hubiera sido citada o informada de cualquier otra manera de la fecha y lugar de la audiencia que llevó a la resolución de rebeldía, que en el Estado reclamante se llevara a cabo un nuevo proceso y se dieran garantías de la presencia personal en la vista. La transposición de la DM no fue uniforme y en el caso de España la derogada Ley 3/2003, de 14 de marzo, no recogió como uno de los condicionamientos de la entrega las sentencias dictadas en rebeldía, lo que fue debido, según CONDE PUMPIDO, a los problemas que se habían planteado en el pasado con las extradiciones

¹²⁵ Alegre, Susie y Leaf, Marisa. "Mutual Recognition in European Judicial Cooperation" *European Law Journal*. Marzo 2004.

¹²⁶ Rodríguez Sol, Luis "Sentencia dictada en rebeldía". *La orden de detención y entrega europeas*. VV.AA. Ed. UCLM. Cuenca. 2006, pág. 284.

¹²⁷ STEDH (Gran Sala) de 1 de marzo de 2006 ECLI:CE:ECHR:2006:0301JUD005658100.

solicitadas por la República de Italia¹²⁸.

A pesar del silencio legislativo, la práctica judicial exigió como condición de la entrega la revisión del juicio en ausencia, siguiendo la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de fecha 16 de junio de 2005, Caso María Pupino contra Italia. La solución no era incorrecta a juicio de AGUILAR CALAHORRO, pues la Decisión Marco contiene una previsión de juicio en ausencia que puede ser introducida como guía de las decisiones judiciales que se adopten respecto a las órdenes de detención europeas, a pesar del silencio de la ley, dado que la posición que recoge ya formaba parte de nuestro ordenamiento a través de las decisiones judiciales y del Tribunal Constitucional, las cuales habían asentado el criterio de que en estos casos era posible condicionar la extradición¹²⁹.

La Decisión Marco fue modificada en 2009, introduciendo un artículo 4 bis, y ahora ya no exige la comparecencia en juicio si el sujeto ha tenido pleno conocimiento de la fecha de su celebración y la ausencia es enteramente debida a su propia voluntad.

La modificación de la Decisión Marco motivó que el Tribunal Constitucional español planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el llamado Caso Melloni mediante el auto de 9 de junio de 2011¹³⁰.

El asunto fue resuelto inicialmente por la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹³¹ por el que se acordó la entrega del ciudadano italiano Stefano Melloni a República de Italia y, frente a la alegación de indefensión y sentencia en rebeldía, se consideraba que la presencia en su nombre de un abogado de confianza designado expresamente para la ocasión y la posterior presentación de diversos recursos ante el Tribunal Supremo italiano impedía que pudiera hablarse de una resolución dictada en ausencia.

Presentado recurso de amparo, el Tribunal Constitucional planteó la cuestión prejudicial en la que se contenían dos preguntas.

La primera si es compatible el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco sobre la OEDE con los requisitos derivados del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo (artículo 47 de la Carta) y al derecho de defensa (artículo 48, apartado 2, de la Carta).

La segunda si el artículo 53 de la Carta Permite al Estado miembro de ejecución supeditar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la posibilidad de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor para evitar un perjuicio para el

¹²⁸ Conde Pumpido, Cándido. "La Orden de Detención y Entrega Europea" Ed. UCM. 2006.

¹²⁹ Aguilar Calahorro, Augusto. "La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Auto 86/2011, de 9 de junio". *ReDCE. Año 8, n.º 16, julio-diciembre de 2011*, pág. 481.

¹³⁰ Auto 86/2011, de 9 de junio ES:TC:2011:86A.

¹³¹ Auto 185/2008, de 12 de septiembre ES:AN:2008:248A.

derecho a un juicio justo y el derecho de defensa garantizado por la Constitución del Estado miembro de ejecución.

El planteamiento de la cuestión no fue acogido de forma pacífica y aunque para la doctrina las dudas sobre el significado y validez de las disposiciones de derecho europeo tienen relevancia constitucional¹³².

El voto particular formulado por PABLO PÉREZ TREMPES argumentó que era incongruente que se considere la prohibición de juicio en ausencia como algo de carácter absoluto, cuando es admitido en nuestro ordenamiento interno.

BAUTISTA SAMANIEGO considera además que el propio Tribunal Constitucional demás había ya recogido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sí permite el juicio en ausencia y no establece el carácter absoluto de la presencia en la vista¹³³.

El criterio del Abogado General del TJUE fue contrario a las cuestiones planteadas y fue asumido por el propio Tribunal en la sentencia de 26 de febrero de 2013 que considera que la opción de pormenorizar los supuestos en que es admisible un juicio en ausencia sin vulnerar el derecho de defensa es incompatible con el mantenimiento de la posibilidad de que la autoridad judicial condiciones la entrega a un nuevo juicio en ausencia.

En cuanto a la segunda cuestión planteada por el Tribunal Constitucional, el TJUE estima que el derecho a comparecer en juicio no tiene carácter absoluto, siguiendo el criterio marcado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, la Decisión Marco no vulnera el derecho de defensa.

Por último, con relación a la tercera cuestión formulada, el TJUE la desestima igualmente al considerar que la interpretación sugerida por el Tribunal Constitucional menoscabaría la primacía del Derecho de la Unión, de modo y manera que los estándares de protección nacionales no pueden afectar a la normativa europea, por cuanto dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado.

El Tribunal Constitucional hubo de desestimar el amparo del Sr. Melloni.,

¹³² Arroyo Jiménez, Luis. "Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional". *InDret. Barcelona. 2011*.

¹³³ STC 160/2002 ES:TC:2002:160.

modificando, según dice, la doctrina mantenida hasta ahora, aunque a juicio de BAUTISTA SAMANIEGO lo que hizo fue volver al criterio mantenido en la STC 160/2002, más acorde con el del Tribunal Europeo de Derechos humanos¹³⁴.

La cuestión ha sido resuelta por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, introduce por primera vez la regulación de los juicios en ausencia, con un doble tratamiento: como causa de denegación imperativa en el artículo 33 y como motivo de denegación facultativa en el artículo 49.

Ahora la regla general es la improcedencia de la entrega en los casos de enjuiciamiento en ausencia (artículo 33.1, primer inciso), con determinadas excepciones a valorar por el Tribunal (artículo 49), en concreto que en el formulario conste que, a pesar de la celebración del juicio en ausencia, se le notificará la resolución tras la entrega y se le informará de su derecho, bien a un nuevo juicio, bien a interponer un recurso que puede rescindir la decisión inicial.

Así el artículo 33.1 de la Ley de Reconocimiento Mutuo establece que La autoridad judicial española denegará también la ejecución de la orden o resolución que le hubiere sido transmitida cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la misma conste, de acuerdo con los demás requisitos previstos en la legislación procesal del Estado de emisión, alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que, con la suficiente antelación, el imputado fue citado en persona e informado de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución.
- b) Que, teniendo conocimiento de la fecha y el lugar previstos para el juicio, el imputado designó abogado para su defensa en el juicio y fue efectivamente defendido por éste en el juicio celebrado.
- c) Que, tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso con la posibilidad de que en ese nuevo proceso, en el que tendría derecho a comparecer, se dictase una resolución contraria a la inicial, el imputado declaró expresamente que no impugnaba la resolución,

En aplicación de la nueva regulación, podemos citar algunas recientes resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En el primero de ellos, el Auto 293/2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹³⁵ la Sala descarta que se haya producido violación de

¹³⁴ Bautista Samaniego, Carlos. Op. Cit.

¹³⁵ Auto 293/2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de

garantías en el juicio en ausencia pues expresamente se dice en el formulario OEDE refiriéndose al apartado “d” que la “Resolución dictada en rebeldía según el procedimiento judicial (artículo 466 del Código de Enjuiciamiento Criminal)” dado que fue citado en su domicilio, del que según parece tenían constancia en Rumanía, aunque en el formulario no consta que el reclamado adquiriera conocimiento de la citación, aportándose la garantía de revisión prevista en el artículo 522/1º del Código Procesal penal rumano.

En el Auto 50/2023 de la Sección Segunda el Tribunal transcribe el artículo 33 de la Ley de Reconocimiento Mutuo y hace referencia a la sentencia del TJUE del caso Melloni en la que se afirma que, si bien el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto¹³⁶.

En el auto de 24 de mayo de 2023 el Tribunal confirma la decisión de la entrega del reclamado y argumenta que el examen contrastado de las circunstancias procesales indicadas en el formulario de OEDE y la disposición contenida en el art.33.1 de la Ley 23/2014 permite concluir que el hecho de haber sido juzgado en ausencia el reclamado no es motivo en este caso para denegar la entrega, porque el reclamado tiene garantizada la celebración de un nuevo juicio o la interposición de un recurso contra la sentencia condenatoria según cual sea su opción¹³⁷.

Finalmente, y en sentido contrario el Tribunal en el auto de 26 de julio de 2013 acuerda la denegación de la ejecución por el motivo estipulado en el artículo 49 de la ley 23/14 de 20 de noviembre, pues en el presente caso, no constan en la OEDE los extremos exigidos por el referido artículo 49 y por tanto, la OEDE adolece de un defecto de forma esencial, que debe ser objeto de subsanación por parte del Estado emisor, sin que se pueda, como se recoge en el Auto que ahora se impugna, señalar que el Estado Miembro emisor cuenta con las garantías suficientes para asegurar que el reclamado tendrá la posibilidad de solicitar un nuevo proceso¹³⁸.

4.2. La cuestión de la minoría de edad

La cuestión de la minoría de edad ha sido tratada *supra* al referirnos a los motivos de denegación obligatoria de una OEDE, donde poníamos de manifiesto que la minoría de

abril de 2023 ES:AN:2023:4916A.

¹³⁶ Auto 50/2023 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2023 ES:AN:2023:696A.

¹³⁷ Auto 357/2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2023 ES:AN:2023:5793A.

¹³⁸ Auto 401/2023 de la 26 de julio de 2023 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:8337A.

edad plantea problemas, por cuanto la edad mínima de responsabilidad penal fijada en España no coincide con la de otros países europeos y porque, además, en otros Estados se sigue un criterio mixto o biopsicológico, teniendo en cuenta junto a la edad física el grado de madurez del menor. Si bien la cuestión ha sido resuelta por la sentencia del TJUE de 23 de enero de 2018, en el llamado caso Piotrowski, que pasamos a analizar.

Siguiendo a BAHAMONDE BLANCO¹³⁹, la cuestión tuvo su origen en una OEDE emitida el 17 de julio de 2014 por el Tribunal regional de Bialystock (Polonia) contra el Sr. Piotrowski, nacional polaco nacido el 11 de agosto de 1993, que en la fecha de emisión se encontraba interno por otros motivos en la prisión de Vorst (uno de los diecinueve municipios de la región de Bruselas-Capital, Bélgica).

La OEDE tenía por objeto el cumplimiento de dos condenas firmes dictadas por el Tribunal polaco, si bien el juez belga dictó un auto el 6 de junio de 2016 en el que acordó la detención del Sr. Piotrowski y su traslado a Polonia para el cumplimiento de una sola de las penas por las que había sido reclamado y denegó la entrega para el cumplimiento de la otra sentencia en base a que el Sr. Piotrowski tenía diecisiete años en el momento de la comisión de los hechos y que no se cumplían en su caso las condiciones previstas en el derecho belga para considerar a un menor penalmente responsable.

En el derecho belga la mayoría de edad penal se alcanza a los dieciocho años. La responsabilidad penal puede también ser exigida para determinados delitos a personas comprendidas entre los 16 y los 18 años y además conste una resolución motivada del juez de menores sobre la personalidad del interesado, su entorno y su grado de madurez. El derecho belga permite por tanto la emisión de una OEDE de una persona de dicha edad, pero surge la duda si debe autorizarse la entrega de una persona mayor de 16 y menor de 18 años, existiendo resoluciones contradictorias del Tribunal de Casación belga acerca de la necesidad de valorar las circunstancias de personalidad y madurez del reclamado.

El Fiscal belga, a la vista de las dos interpretaciones divergentes del contenido de la Decisión Marco, interesó el planteamiento de una cuestión prejudicial, lo que así fue acordado por el Tribunal de Apelación de Bruselas, que planteó al TJUE que aclare si el motivo de no ejecución obligatoria del art. 3.3 de la Decisión Marco se aplica por el mero hecho de que el autor del delito objeto de la OEDE fuere menor de edad en el momento de la comisión de los hechos objeto de la misma y, en el caso de una respuesta negativa, que determine si el concepto de «responsable penalmente» de dicho artículo permite al Estado de ejecución un examen de la concurrencia de los requisitos que, en su caso, exija su derecho interno para la atribución de responsabilidad penal a un menor de edad.

¹³⁹ Baamonde Blanco, Miriam. Op. Cit.

Respecto de la primera cuestión planteada el TJUE resolvió que no cabe denegar la entrega de menores que hayan alcanzado la edad mínima con arreglo a la que pueden ser considerados penalmente responsables con arreglo al derecho interno del estado que debe ejecutar la orden. La respuesta tuvo en cuenta la Directiva UE 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016¹⁴⁰, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, que consagra una serie de derechos procesales dirigidos a garantizar el interés superior de los menores de dieciocho años sujetos a un proceso penal y da por hecho la aplicabilidad de la OEDE a los menores de dieciocho años al disponer que estas garantías serán a su vez aplicables «cuando (los menores) sean detenidos en el Estado miembro de ejecución en virtud de un procedimiento relativo a una orden de detención europea».

Respecto de la segunda cuestión planteada, debe tenerse en cuenta que a la hora de atribuir responsabilidad penal a un menor, hay países de la Unión que, como España o Portugal, utilizan un sistema «biológico», acudiendo a unos límites de edad fijos (14 y 16 años respectivamente), otros, como Italia, Francia o, en el caso que nos ocupa, Bélgica, optan por el llamado «criterio mixto o biopsicológico», en el que ha de acreditarse que los menores, además de alcanzar un determinado límite de edad (14 años en Italia, 13 años en Francia), tienen un grado de madurez acorde con la misma y por tanto capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta.

El Tribunal argumenta que el art. 3.3 de la Decisión Marco debe interpretarse en el sentido de que la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución solo debe negarse a entregar a los menores que son objeto de una ODE y que, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, aún no han alcanzado la edad en que se les considera penalmente responsables de los actos en los que se basa la orden emitida contra ellos.

El Tribunal argumenta que la idea inspiradora de la Decisión Marco es facilitar y acelerar la cooperación judicial penal entre los Estados miembros. La negativa a ejecutar una ODE pretende ser una excepción que debe interpretarse en sentido estricto (apartado 48). El artículo 3, apartado 3, de la Decisión Marco sobre la ODE no puede interpretarse en el sentido de que permita a la autoridad judicial de ejecución denegar la ejecución de tal orden de detención sobre la base de un análisis que no contiene ninguna disposición expresa (apartado 51).

Una interpretación de la norma en la que fuere el estado de ejecución el que hubiere de valorar si concurren otros requisitos adicionales al de la edad para atribuir

¹⁴⁰ Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales. Diario Oficial de la Unión Europea 21.5.2016.

responsabilidad penal a un menor, sería contraria a exigencias propias del principio de reconocimiento mutuo.

Además, dicho análisis equivaldría en realidad a un nuevo examen sustantivo de un análisis realizado previamente en el Estado miembro emisor e infringiría y haría ineficaz el principio de reconocimiento mutuo (apartado 52) afectando no solo a la confianza, sino también a la agilidad y simplificación del procedimiento, ya que ese examen dificultaría el cumplimiento de los breves plazos de entrega que establece la Decisión Marco, por cuanto el objetivo de la Decisión Marco sobre la OEDE era establecer un sistema simplificado y más eficiente para la entrega de personas, lo que implica, entre otras cosas, que los Estados miembros estén obligados a respetar los plazos para adoptar decisiones relativas a una OEDE (artículo 17 de la Decisión Marco sobre la OEDE) (apartados 55 y 56) y llevaría a que fuere necesario solicitar información adicional al Estado de emisión como regla general, y no como excepción, teniendo en cuenta que el recurso al artículo 15 de la Decisión marco sobre la OEDE (solicitudes de información necesaria o complementaria) solo puede tener lugar como último recurso en casos excepcionales (apartado 61). Y además el formulario previsto para la OEDE no contiene ninguna información que permita conocer la situación personal del menor.

Por todo ello, el Tribunal concluye que el art. 3. 3 de la Decisión Marco ha de interpretarse en el sentido de que para decidir la entrega de un menor la autoridad judicial de ejecución tendrá únicamente que comprobar si la persona de que se trata ha alcanzado la edad mínima para ser considerado penalmente responsable según su derecho interno. No es necesario considerar ninguna condición adicional relativa a una evaluación basada en las circunstancias de la persona a la que el enjuiciamiento y la condena de un menor están específicamente sujetos con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro.

4.3. Determinación de autoridades competentes

Decíamos más arriba que el artículo 2 de la Decisión Marco definía la autoridad de emisión como “un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal, o cualquier otra autoridad judicial según se defina por el Estado de emisión...”

El debate se centra, no tanto en la exclusión de la autoridad central, por su carácter administrativo, lo que apenas genera polémicas, sino en cuanto a la consideración del fiscal como autoridad de ejecución, que como hemos visto aparece excluido en nuestra LRM, por más que otros países de la Unión Europea el fiscal tenga la condición de magistrado.

La jurisprudencia del TJUE ha ido aquilatando el concepto de autoridad nacional,

especialmente referidas a este punto concreto. Así en tres sentencias dictadas el 10 de noviembre de 2016 en los asuntos Poltorak (C-452/16), Özçelik (C-453/16) y Kovalkovas (C-477/16) ¹⁴¹.

En el primero de ellos, Caso Poltorak¹⁴², planteado por el Tribunal de Ámsterdam en relación con una OEDE emitida por la Dirección General de la Policía Sueca considera que el concepto de autoridad judicial de emisión no se limita a los jueces, sino que permite incluir a las autoridades que participan en la administración de justicia, pero no hasta el punto de incluir a los servicios de policía ni a otras autoridades administrativas, por formar parte del poder ejecutivo y ello porque la emisión de la OEDE por una autoridad no judicial no permite aportar a la autoridad judicial de ejecución la garantía de que la proporcionalidad de la emisión se haya visto sometida a un control judicial.

En la sentencia del caso Kovalkovas¹⁴³, planteado igualmente por el Tribunal de Ámsterdam ante la petición efectuado por el Ministerio de Justicia lituano, el TJUE interpretó que el Ministerio de Justicia no estaba incluido en el concepto de autoridad judicial, ni la orden emitida puede ser considerada una resolución judicial, incluso cuando la OEDE fuese emitida para el cumplimiento de una condena, negando que un órgano del poder ejecutivo pueda ser considerado como autoridad judicial emisora.

En el tercero de las sentencias, caso Özçelik¹⁴⁴, planteado igualmente por el Tribunal de Ámsterdam, en caso de una orden emitida inicialmente por la policía húngara y después ratificada por el fiscal, el TJUE afirmó que como quiera que el Fiscal es una autoridad que participa en la administración de la justicia penal de un Estado miembro, la resolución dictada por tal autoridad debe considerarse una «resolución judicial» en el sentido del artículo 8.

Para JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ¹⁴⁵ lo más destacado de este reconocimiento, es que tiene en cuenta un rasgo distintivo del Ministerio Fiscal, a saber, su para participar en la administración de la justicia, como instrumento del Estado que emprende acciones penales y, en cuyo seno, puede incluso acordar, al menos provisionalmente, órdenes de detención o resoluciones equivalentes, antes de que los detenidos pasen a disposición del juez, autoridad que ha de regularizar su situación personal, resolviendo sobre su libertad o su encarcelamiento.

La cuestión fue nuevamente abordada en las sentencias de la Gran Sala del TJUE

¹⁴¹ Jiménez-Villarejo Fernández, Francisco. El Ministerio Fiscal como autoridad emisora de una OEDE. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*. 2020.

¹⁴² STJUE de 10 de noviembre de 2016 EU:C:2016:858.

¹⁴³ STJUE de 10 de noviembre de 2016 EU:C:2016:861.

¹⁴⁴ STJUE de 10 de noviembre de 2016 EU:C:2016:860.

¹⁴⁵ Jiménez Villarejo, Francisco, op. Cit.

asuntos C-508/18 (caso O.G.) y C-82/19 (caso P. I.) TJUE de 27 de mayo de 2019¹⁴⁶, en las que el criterio del abogado general fue que el fiscal no está sometido exclusivamente a la ley y no es independiente en el mismo grado que el juez, por lo que solo éste está en condiciones de ponderar la proporcionalidad en la emisión de una ODE y que el concepto de autoridad judicial debe reservarse exclusivamente a los jueces y tribunales.

La primera de las sentencias (caso OG), si bien admite que una fiscalía participa en la administración de la justicia del estado de que se trate, y en términos generales “debe considerarse que una autoridad, como una fiscalía, que tiene competencia, en el marco del procedimiento penal, para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal, participa en la administración de la justicia del Estado miembro de que se trate.” (apartado 60) y que, en estas circunstancias, puede considerarse que tales fiscalías participan en la administración de la justicia penal en el Estado miembro de que se trata” (apartado 60).

En el apartado 73 la sentencia argumenta que la autoridad judicial de emisión, si es un fiscal, debe estar en condiciones de ejercer esta función (emitir una OEDE) con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo y el apartado 74 insiste en que la proporcionalidad de la decisión debe poder ser objeto de un recurso judicial en el Estado miembro de emisión que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva.

La sentencia concluye que la Fiscalía alemana no puede ser incluidas en el concepto de autoridad de emisión al no poderse descartar que la decisión de la Fiscalía de emitir una OEDE pueda estar sujeta en un caso individual a una instrucción del ministro de Justicia, al formar parte de una estructura jerarquizada que depende del ministro de Justicia del Lander.

En la sentencia del asunto C-509/18 (caso PF)¹⁴⁷ por el contrario, el TJUE considera que la fiscalía lituana si puede tener la consideración de autoridad judicial emisora de una OEDE ya que tiene las funciones de organizar y dirigir la instrucción y de ejercer la acción pública y su estatuto legal le garantiza la objetividad de sus misiones y le confiere garantía de independencia frente al poder ejecutivo.

La sentencia del asunto C-489/19¹⁴⁸ se refiere al sistema austriaco, resolviendo que por más que el fiscal austriaco pueda estar sometido a instrucciones del ejecutivo, la OEDES que está facultado a emitir son válidas en la medida que necesitan ser

¹⁴⁶ STJUE de 27 de mayo de 2019, EU:C:2019:456.

¹⁴⁷ STJUE de 27 de mayo de 2019 EU:C:2019:457.

¹⁴⁸ STJUE de 9 de octubre de 2019 EU:C:2019:946.

previamente homologados por un tribunal que supervisa el cumplimiento de los requisitos de emisión de la orden y de su proporcionalidad.

En otras sentencias el TJUE analiza los sistemas judiciales de Francia, Suecia y Bélgica, concluyendo que reúnen los requisitos necesarios para emitir una OEDE y que la tutela judicial no se ve afectada por el sistema de contrapesos y garantías existente en cada caso.

En el caso de Francia la sentencia dictada en los asuntos C-566/19 y C-626/19¹⁴⁹ reconoce la independencia del fiscal francés, que tiene la misma condición de magistrado que los jueces, para valorar la proporcionalidad de emitir una OEDE al no poder recibir instrucciones particulares por parte del ejecutivo y actuar con arreglo al principio de imparcialidad, por más que puedan estar obligados a atenerse a las instrucciones de sus superiores jerárquicos que también tiene la consideración de magistrados.

La sentencia dictada en el asunto 625/19 consideró que en el caso de Suecia la emisión de la OEDE por la Fiscalía traía causa, de acuerdo con el ordenamiento sueco, de un auto de prisión provisional de la persona reclamada dictado por un Tribunal que evalúa igualmente la proporcionalidad de la emisión de la OEDE, y por ello el TJUE considera las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, de las que debe gozar la persona reclamada para enjuiciamiento, se respetan cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro emisor, los requisitos de emisión de dicha orden y, en particular, su proporcionalidad, están sujetos a control jurisdiccional en ese Estado miembro.

La sentencia dictada en el asunto C-627/19 consideró igualmente que el fiscal belga goza de la independencia funcional necesaria para emitir una OEDE pues tiene garantizada la independencia para investigar y ejercer la acción penal, por más que el ministro de Justicia pueda elaborar directrices en materia de política penal, dado que no constituyen ordenes o instrucciones referidas a un asunto concreto.

Por el contrario la sentencia dictada en el asunto C 492/22 (Caso CJ)¹⁵⁰ niega la posibilidad de calificar al fiscal de la Fiscalía de Ámsterdam de «autoridad judicial de ejecución», en el sentido del artículo 6, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584, haciendo referencia a la anterior sentencia del caso, Openbaar Ministerie (Falsedad documental) (C 510/19)¹⁵¹, en la que ya había declarado que no está comprendido en dicho concepto, ya que esa autoridad puede ser sometida a instrucciones individuales del Ministro de Justicia neerlandés y por ello la decisión de suspender la entrega controvertida en el litigio principal, en la medida en que fue adoptada por el fiscal de la Fiscalía de

¹⁴⁹ STJUE de 12 de diciembre de 2019 EU:C:2019:1077.

¹⁵⁰ STJUE de 8 de diciembre de 2022. EU:C:2022:964.

¹⁵¹ STJUE de 24 de noviembre de 2020. EU:C:2020:953.

Ámsterdam, no fue adoptada por tal «autoridad judicial de ejecución».

El sistema español no puede considerarse afectado por estas resoluciones por cuanto nuestra regulación atribuye exclusivamente la competencia al juez o tribunal que dictó el auto de prisión o la sentencia, por más que el fiscal que participa en la administración de justicia tenga una intervención sustantiva como luego veremos y ello a pesar del criterio de JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, para quien el fiscal reúne las condiciones para ser autoridad de emisión, desempeñando el papel proactivo que se espera de la autoridad de emisión de manera complementaria con el juez de instrucción, sin comprometer la imparcialidad objetiva propia del mismo¹⁵².

Los criterios anteriores han sido recogidos por nuestra autoridad de ejecución en el auto de 21 de abril de 2023 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el que deniega la entrega de un ciudadano búlgaro por cuanto la Orden fue emitida por el Fiscal, sin que en el formulario aparezca intervención de la autoridad judicial búlgara, y siguiendo la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2021 afirma que las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva de la que debe gozar una persona contra la que se haya dictado una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales no se cumplen cuando tanto la orden de detención europea como la resolución judicial sobre la que se fundamenta han sido dictadas por un fiscal que puede calificarse de “autoridad judicial emisora”, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de dicha Decisión Marco, pero no pueden ser objeto de un control judicial en el Estado miembro emisor antes de la entrega de la persona buscada por el Estado miembro de ejecución¹⁵³.

Igualmente se deniega la entrega, citando la misma sentencia, porque en el presente caso no se ha acreditado que la Orden Europea de Detención, dictada por el fiscal, esté ratificada por una autoridad judicial búlgara¹⁵⁴.

En sentido contrario el auto de 27 de mayo de 2022 afirma que la Fiscalía de Suecia reúne las condiciones para la expedición de una OEDE, porque en Suecia el fiscal es completamente libre e independiente de tomar sus decisiones. En Suecia la función del fiscal se ha concebido de manera que el fiscal desempeñe un papel central e independiente durante todo el proceso de investigación y los procedimientos judiciales en los tribunales y por lo tanto un fiscal sueco no está expuesto al riesgo de estar sujeto directa o indirectamente a instrucciones del poder ejecutivo en relación con adopción de

¹⁵² Jiménez Villarejo, Francisco. Op. Cit.

¹⁵³ Auto 218/2023 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2023. ES:AN:2023:4714A.

¹⁵⁴ Auto 621/2023 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de septiembre de 2023. ES:AN:2023:9556A.

emitir una orden detención europea¹⁵⁵.

4.4. Riesgo grave de vulneración de derechos fundamentales

Algunos autores incluyen la vulneración de derechos fundamentales, las torturas y los tratos inhumanos entre las causas no explícitas de denegación de la orden de detención europea¹⁵⁶ y ello en razón de no estar incluidas tales causas de oposición ni en la derogada ley 3/2003 ni en la vigente Ley de Reconocimiento Mutuo, que seguían así el criterio de la Decisión Marco, que solo contenía una referencia a esta cuestión en el preámbulo, por más que en el artículo 1.3 se hiciera una remisión al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea que reconoce los derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A pesar de esta criticada omisión de la Decisión Marco, no puede concebirse la posibilidad de la entrega de una persona si existe el riesgo de sufrir torturas, tratos degradantes o riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales, tal como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas sentencias¹⁵⁷.

Otros autores consideran que la omisión no es criticable, pues si la Unión Europea y los países que la integran se inspiran y defienden los derechos humanos, sería inconcebible la permanencia en su seno de un país en el que se produjera una violación sistemática de estos derechos, por lo que se entiende que en los debates de la Decisión Marco se entendiera que dicha causa de denegación no era necesaria y en caso de producirse una crisis de vulneración generalizada de los derechos humanos, la solución estaría en el propio Tratado de la Unión, que introdujo un *emergency break* en su artículo 7.

Por el contrario, BAUTISTA SAMANIEGO considera que la autoridad de ejecución debe evitar que la entrega no suponga una potencial vulneración de derechos fundamentales, por lo que el art. 1.3 debería tener un valor normativo¹⁵⁸ y así lo hicieron varios países como Reino Unido, Irlanda, Italia y Grecia, mientras que en España la causa de denegación que no estaba prevista en ley, se instauró de hecho por la doctrina del Tribunal Constitucional que consideró imposible la entrega en este caso, con fundamento

¹⁵⁵ Auto 326/2022 de 27 de mayo de 2022 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. ES:AN:2022:4647A.

¹⁵⁶ Bautista Samaniego. Op. Cit.

¹⁵⁷ CALAZA LÓPEZ, Sonia. *El procedimiento europeo de detención y entrega*. Ed. Iustel. Madrid. 2005.

¹⁵⁸ Bautista Samaniego. Op. Cit.

en el apartado decimotercero del Preámbulo de la Decisión Marco¹⁵⁹.

La Ley de Reconocimiento Mutuo, establece de forma implícita esta causa de denegación en el artículo 3 que contiene una referencia al artículo 6 del Tratado de la Unión y por tanto justificaría la no aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo en caso de vulneración de los derechos fundamentales.

El TJUE consagra la vulneración de derechos fundamentales como motivo de rechazo de la entrega, al establecer la posibilidad de que el principio de reconocimiento mutuo ceda ante la constatación de un riesgo real para dichos derechos¹⁶⁰.

La sentencia parte del principio de la confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea, que ya no será incondicional, sino que puede quedar sin efecto si existe un cierto riesgo de vulneración de derechos o de tratos inhumanos o degradantes.

El Tribunal de Bremen consideró que existían indicios fundados de que, de ser entregado a Hungría, el Sr. Aranyosi podría verse sometido a condiciones de reclusión contrarias al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ya los derechos fundamentales, visto que Hungría había sido ya condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la sobrepoblación carcelaria y por someter a los demandantes a reclusión en celdas demasiado pequeñas y superpobladas. Por ello el tribunal alemán planteó la cuestión prejudicial al TJUE para que éste determinase si procedía condicionar el cumplimiento de la orden de detención europea a la constitución de garantías relativas a las condiciones de reclusión.

La misma cuestión se planteó con el Sr. Caldararu, habida cuenta que igualmente Rumanía había sido condenada por el TEDH por causa de la sobrepoblación carcelaria en dicho país.

La sentencia afirma en su apartado 88 que la ejecución de la orden no puede dar lugar a que se haga objeto a una persona de tratos inhumanos o degradantes y encomienda a la autoridad judicial de ejecución que compruebe si existe un riesgo objetivo y real de trato inhumano o degradante a consecuencia de las condiciones de la prisión y de qué manera dicho riesgo puede afectar a la persona entregada mediante dos pasos.

En primer lugar, debe comprobar si «existen elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión.

¹⁵⁹ STC 199/2009 de 28 de septiembre. ES:TC:2009:199.

¹⁶⁰ Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016 (Caso *Aranyosi-Caldararu*) C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

Estos elementos pueden proceder de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resoluciones judiciales del estado miembro o emisor o de informes del Consejo de Europa o de la ONU.

En segundo, lugar, “una vez constatada la existencia de tal riesgo, la autoridad judicial de ejecución aún deberá comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor”, y ello porque, «la mera existencia de elementos que acrediten deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión en lo referente a las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor no implica necesariamente que, en un caso concreto, la persona de que se trate vaya a sufrir un trato inhumano o degradante en el supuesto de que sea entregada a las autoridades de ese Estado miembro».

La sentencia añade que “la autoridad judicial de ejecución deberá aplazar su decisión sobre la entrega de la persona de que se trate hasta que obtenga la información complementaria que le permita excluir la existencia de tal riesgo. Si la existencia de ese riesgo no puede excluirse en un plazo razonable, la mencionada autoridad deberá decidir si procede poner fin al procedimiento de entrega”.

En otras resoluciones el TJUE se ha referido a la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes¹⁶¹ y más recientemente¹⁶² ha vuelto a tratar las consecuencias de la posible vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el magistrado instructor de la Causa Especial 20907/17 del Tribunal Supremo, en relación con las órdenes de detención europeas dictadas contra el Sr. Puigdemont Casamajó, el 14 de octubre de 2019, y contra los Sres. Comín Oliveres y Puig Gordi y la Sra. Ponsatí Obiols, el 4 de noviembre de 2019, siendo suspendidas la ejecución de las dos primeras y la cuarta al haber adquirido los reclamados la condición de miembros del Parlamento Europeo.

El magistrado español decidió iniciar un procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia para cuestionar la compatibilidad de esta decisión con el derecho de la Unión.

Siguiendo a HERNÁNDEZ LÓPEZ¹⁶³ la legitimación del magistrado del Tribunal Supremo como autoridad de emisión para plantear las cuestiones prejudiciales respecto de la decisión belga denegando la entrega del Sr. Puig estaba garantizada, como así ha

¹⁶¹ STJUE 25 de julio de 2018 Caso MI (Condiciones de detención en Hungría) C-220/18 PPU. EU:C:2018:589 y STJUE de 15 de octubre de 2019 caso *Dorobantu* (C-128/18). EU:C:2019:857

¹⁶² Sentencia TJUE de 31 de enero de 2023. EU:C:2023:57.

¹⁶³ Hernández López, Alejandro. “El procedimiento de entrega de Carles Puigdemont. Estado actual y perspectivas” *Revista de estudios europeos, n.º Extraordinario monográfico 1* (2023).

sucedido, por el derecho de la Unión, gracias al pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo en el asunto AY¹⁶⁴.

HERNÁNDEZ LÓPEZ ya realizó un análisis exhaustivo del contenido de todas las cuestiones planteadas por el magistrado español, así como de las perspectivas de respuesta a la luz de la jurisprudencia europea¹⁶⁵ y como el debate se centraba en el motivo principal de la denegación de la entrega por las autoridades de ejecución belgas basado en la falta de competencia del Tribunal Supremo para enjuiciar al reclamado por los hechos que se le imputan en la OEDE y que la estimación de la falta de competencia del Tribunal Supremo se traduce, a su vez, en una posible vulneración de derechos fundamentales de los procesados en rebeldía, en concreto, a su derecho al juez predeterminado por la ley reconocido supranacionalmente tanto por el CEDH como por la CDFUE.

HERNÁNDEZ LÓPEZ defendía la necesidad de que el Tribunal de Luxemburgo rechazara de plano el examen sobre la competencia de la autoridad de emisión española realizado por la autoridad judicial de ejecución belga, no solo porque el art. 6(1) de la DM OEDE establece la competencia exclusiva de los Estados miembros a la hora de determinar las autoridades competentes para la emisión de una ODE, sino también porque la doctrina recientemente desarrollada por el TJUE sobre el concepto de autoridad judicial emisora no es aplicable en ningún caso al presente supuesto ni a la situación del Tribunal Supremo.¹⁶⁶

Todas las previsiones del autor se han visto confirmadas por la sentencia de 31 de enero de 2023, que, por su importancia, pasamos a analizar.

El Tribunal belga denegó la ejecución de la OEDE respecto del sr. Puig Gordi por considerar que el Tribunal Supremo no era competente para conocer de las diligencias penales contra el Sr. Puig Gordi, en base al dictamen del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTDA). La resolución fue confirmada por el Tribunal de Apelación belga que consideró que la competencia del órgano jurisdiccional competente para enjuiciar al Sr. Puig Gordi no se apoyaba en una base legal expresa y dedujo de ello que la ejecución de la orden de detención europea emitida contra él pondría en peligro sus derechos fundamentales.

El magistrado del Tribunal Supremo, en relación la posible violación de derechos

¹⁶⁴ STJUE de 25 de julio de 2018, AY, C-268/17. EU:C:2018:602.

¹⁶⁵ Hernández López, Alejandro, "La desconfianza mutua como principio: sobre la trascendencia europea de las cuestiones prejudiciales planteadas por el magistrado instructor del caso *Procs*", *La Ley Unión Europea*, n.º 94. (2021).

¹⁶⁶ Hernández López, Alejandro. "El procedimiento de entrega de Carles Puigdemont. Estado actual y perspectivas" *Revista de estudios europeos, n.º Extraordinario monográfico 1 (2023)*.

fundamentales planteó al TJUE tres cuestiones:

a) ¿Posibilita la Decisión Marco [2002/584] que la autoridad judicial de ejecución deniegue la entrega de la persona reclamada por apreciar que existe un riesgo de violación de sus derechos fundamentales en el Estado miembro de emisión, a partir del informe de un Grupo de Trabajo presentado ante la autoridad nacional de ejecución por la propia persona reclamada?

b) A los efectos de la pregunta anterior, ¿constituye tal informe un elemento objetivo, fiable, preciso y debidamente actualizado para justificar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la denegación de la entrega de la persona reclamada sobre la base de un riesgo serio de vulneración de sus derechos fundamentales?

c) En caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior, ¿qué elementos exige el Derecho de la Unión para que un Estado miembro pueda concluir que en el Estado miembro de emisión existe el riesgo de violación de derechos fundamentales que aduce la persona reclamada y que justifique el rechazo de la OEDE?

La respuesta del TJUE fue que la existencia de un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales enunciados en los artículos 4 y 47 de la Carta permite a la autoridad judicial de ejecución abstenerse, con carácter excepcional y tras un examen adecuado, de dar curso a una orden de detención europea, sobre la base del artículo 1, apartado 3, de la referida Decisión Marco¹⁶⁷ pero que admitir que cada Estado miembro pueda añadir a dichos motivos otros motivos que permitan a la autoridad judicial de ejecución no dar curso a una orden de detención europea podría, por una parte, menoscabar la aplicación uniforme de la Decisión Marco 2002/584¹⁶⁸.

Por ello, la sentencia concluye que una autoridad judicial de ejecución no dispone de la facultad de denegar la ejecución de una orden de detención europea basándose en un motivo de no ejecución que no se derive de dicha Decisión Marco, sino del Derecho del Estado miembro de ejecución exclusivamente¹⁶⁹.

La sentencia analiza la jurisprudencia del Tribunal en la que ya había declarado que cuando la autoridad judicial de ejecución que haya de pronunciarse sobre la entrega de una persona que es objeto de una orden de detención europea disponga de datos que tiendan a acreditar que existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del

¹⁶⁷ apartado 72.

¹⁶⁸ apartado 75.

¹⁶⁹ apartado 79.

Estado miembro emisor, dicha autoridad deberá comprobar, de modo concreto y preciso, si, habida cuenta de la situación individual de esa persona, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico en el que se dictó la orden de detención europea, existen razones serias y fundadas para creer que dicha persona correrá tal riesgo en caso de ser entregada a ese Estado miembro¹⁷⁰.

La sentencia afirma que corresponde a la autoridad judicial de ejecución apreciar el fundamento de la alegación referida al riesgo de ser enjuiciado por un órgano jurisdiccional carente de competencia, determinar si existen elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que tiendan a demostrar la existencia de un riesgo real de que se vulnere, en el Estado miembro emisor, el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta¹⁷¹.

El examen del posible incumplimiento de la exigencia de un tribunal establecido por la ley, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en dicho Estado miembro o de deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado¹⁷².

Sin embargo, a falta de estos elementos objetivos referidos anteriormente no hay ninguna razón válida para que la autoridad judicial de ejecución presuma que no existen los cauces jurídicos que permitan controlar la competencia del órgano jurisdiccional que deba enjuiciar a la persona reclamada¹⁷³.

Finalmente, la sentencia no concede virtualidad por sí solo al informe del GTDA sobre el riesgo de ser enjuiciado por un órgano judicial carente de competencia, aunque si puede ser tenido en cuenta con otros elementos para apreciar la existencia de deficiencias sistémica o generalizada en el funcionamiento judicial de dicho Estado¹⁷⁴.

5. CONCLUSIONES

1. La Orden Europea de Detención y entrega, junto al resto de los instrumentos de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, constituye un instrumento adecuado para la persecución de la criminalidad en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, en cuyo ámbito ha venido a sustituir a la extradición, instrumento tradicional de cooperación internacional en materia penal, que tenía la misma finalidad que la OEDE, evitar que la delincuencia internacional esquivara el castigo de los hechos delictivos

¹⁷⁰ apartado 97.

¹⁷¹ apartado 101.

¹⁷² apartado 102.

¹⁷³ apartado 114.

¹⁷⁴ apartado 126.

cometidos por la limitación territorial del poder de los Estados.

2. El nuevo sistema ha introducido un procedimiento más sencillo y ágil, con la intervención exclusiva de las autoridades judiciales de los distintos Estados miembros que se relacionan directamente entre sí, lo que ha supuesto un gran impulso en el ámbito de la cooperación judicial penal internacional. La judicialización del sistema ha conseguido la eliminación de trámites y ha sustituido las decisiones políticas, que todavía se mantienen en la extradición, por las resoluciones judiciales, lo que favorece la independencia de poderes, fundamental en un Estado de Derecho y característica común de todos los Estados de la Unión Europea.

3. La implantación del sistema y la necesidad de conciliar los distintos criterios de los Estado Miembros impidieron un mayor avance en determinadas cuestiones, tales como la supresión en todos casos de la doble incriminación. El uso de la Decisión Marco como técnica legislativa para la creación de la OEDE ocasionó discrepancias en la transposición de ésta en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

4. El tiempo y las decisiones de las diversas instancias judiciales, tanto nacionales como europeas, han conseguido el fluido desarrollo del sistema, especialmente gracias a los avances derivados de la aplicación práctica de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y a la progresiva armonización de las legislaciones nacionales.

5. La aplicación práctica del instrumento ha puesto de relieve la existencia de divergencias interpretativas y dificultades durante su ejecución, tales como las analizadas en este trabajo. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha arrojado luz en estos supuestos y ha permitido la plena vigencia del instrumento hoy en día.

6. A pesar del gran avance que ha supuesto este instrumento, la armonización legislativa no es total y el catálogo de figuras respecto de las que se prescinde de la aplicación del principio de la doble incriminación no es suficientemente amplio ni resulta suficientemente claro, por lo que sería necesario una mejor concreción de los tipos penales, lo que, junto al aumento de la confianza mutua entre los Estados Miembros de la Unión Europea, mejoraría el resultado de aquellos procedimientos de entrega que resultan problemáticos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Alonso Moreda Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La euro-orden, instrumento privilegiado de cooperación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

Bernardi, Alessandro y Grandi, Ciro, *Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción». La orden de detención y entrega europea*, VV.AA. Ed. UCLM. Cuenca. 2006.

Bautista Samaniego, Carlos, *Estudio Sistemático de la Orden de Detención y entrega*, Granada 2022.

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

Cedeño Hernán, Marian. *La orden de detención y entrega. Los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*. Ed. Civitas.Madrid.2010.

Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*, Barcelona 1971.

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

Fontestad Portalés. Leticia, *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)*, Aranzadi, 2022.

García Sánchez, Beatriz, *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005.

Gómez Orbaneja, Emilio, *Derecho Procesal Penal, séptima edición*, Madrid 1972.

Jiménez Arroyo, Sandra, "Consideraciones sobre la aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega en el proceso penal de menores en España", en la obra colectiva *Orden Europa de investigación y prueba trasfronteriza en la Unión Europea*. Ed.Tirant Lo Blanch. Valencia. 2019.

Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, tomo II*, Editorial Losada, Buenos Aires 1950.

Jimeno Bulnes, Mar, "La orden europea de detención y entrega, análisis normativo", en la obra colectiva *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2015, pág. 52.

Rodríguez Devesa, Jose Maria, *Derecho Penal Español. Parte general*. Tercera Edición,

Madrid 1973.

Silva Melero, Valentín, “La extradición” Nueva Enciclopedia Jurídica IX, Barcelona 1958.

VV AA, *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, Ed. Aranzadi. Pamplona, 2015.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

Arangüena Fanego, Coral, “La Orden Europea de Detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al Ordenamiento Jurídico español de la Decisión Marco sobre la Euroorden”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003.

Arangüena Fanego, Coral, “Las medidas cautelares en la regulación de la Orden Europea». *La orden de detención y entrega europea*”, VV.AA. Ed. UCLM. Cuenca. 2006, págs. 388 y 389.

Arenas Garcia, Rafael, “Orden europea de detención y entrega y defensa del orden constitucional de los Estados miembros de la UE”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 25, nº 53. Segundo cuatrimestre de 2023.

Arroyo Jiménez, Luis, “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional”, *InDret*. Barcelona. 2011.

Bahamonde Blanco, Miriam, “La orden europea de detención y entrega sobre menores y la sentencia *Piotrowski*, nueva afirmación del principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial penal”, *Diario La Ley n.º 146, de 23 de febrero de 2018*,

Blanco Cordero, Isidoro, “El principio ne bis in idem en la Unión Europea”, *Diario La Ley, 30 de junio de 2009*.

Conde Pumpido, Cándido, “La Orden de Detención y Entrega Europea”, *Ed. UCM*. 2006.

Delgado Martín, Joaquín, “La Orden de Detención y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Judicial*. N.º 13. CGPJ. 2003.

De Prada Solaesa, José Ricardo, “La orden europea de detención y entrega”, *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ. N.º 61, 2004, págs. 375 y 376.

Fonseca Morillo, Francisco, “La orden de detención y entrega europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año 7. N.º 14. Enero-abril de 2003.

Gómez Jara, Carlos, “Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones

sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *La ley* año 2004, n.º 6069, pág. 3.

Hernández López, Alejandro, “La desconfianza mutua como principio: sobre la trascendencia europea de las cuestiones prejudiciales planteadas por el magistrado instructor del caso *Procés*”, *La Ley Unión Europea*, n.º 94. (2021)

Hernández López, Alejandro, “El procedimiento de entrega de Carles Puigdemont. Estado actual y perspectivas”, *Revista de estudios europeos*, n.º Extraordinario monográfico 1 (2023):

Irurzun Montero, Fernando, “La Orden Europea de detención y entrega”, *Noticias de la Unión Europea* 2003.

Jiménez Villarejo, Francisco, “El Ministerio Fiscal como autoridad emisora de una OEDE”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020.

Linde Paniagua, Enrique. “Amnistía e Indulto en la Constitución Española”. *Revista de Derecho Político*. 1979.

López Ortega, Juan José, “La Orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega”, *Jueces para la Democracia* 2022.

Marcos González, M. “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España”, en *La Ley Penal*, núm. 25, marzo 2006.

Martín Álvarez, Magdalena M, “La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* n.º 10, 1er semestre 2006.

Matía Sacristán, Ángela, “Los instrumentos normativos de la cooperación judicial penal en la Unión Europea”. *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* n.º 2086, 1 de junio de 2009. Madrid.

Moreno Catena, Víctor, “La orden europea de detención en España”, *Revista Poder Judicial* n.º 78. 2005.

Quintero Olivares, Gonzalo, “Lugar de Comisión del delito. El principio de territorialidad”, *La orden Europea de Detención y entrega*. VV.AA. Ed. UCLM. Cuenca, 2006.

Rodríguez Sol, Luis, “Sentencia dictada en rebeldía”, *La orden de detención y entrega europeas*. VV.AA. Ed. UCLM. Cuenca. 2006, pág. 284.

Vega Torres, Jaime, “La eficacia de la litispendencia”, *Revista REDUR*, junio de 2002.

Vidal Prado, Carlos, “Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal Constitucional Federal alemán

frente a la eficacia del derecho comunitario” *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 77, mayo-agosto (2006).

LEGISLACIÓN

Nacional

Constitución Española. (BOE núm. 311, de 29/12/1978).

Ley enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (*Gaceta de Madrid*» núm. 260, de 17/09/1882).

Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre extradición. (*Boletín Oficial del Estado*» núm. 311, de 29 de diciembre de 1958).

Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. (BOE» núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega. BOE núm. 65, de 17/03/2003.

Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. BOE 282 de 21/11/2014.

Unión Europea

Instrumento de ratificación del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. (BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1987).

Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. (BOE» núm. 81, de 5 de abril de 1994).

Tratado de Maastricht (DO C 191 de 29.7.1992).

Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996. Aplicación provisional. (BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 1998).

Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (DO C 340 de 10.11.1997).

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 (2002/584/JAI) (DOCE núm. 190, de 18 de julio de 2002).

Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. (DOUE» núm. 81, de 27 de marzo de 2009).

JURISPRUDENCIA

Nacional

STC 34/2000, de 16 de mayo ES:TC:2000:34.

STC 91/2000, de 30 de marzo ES:TC:2000:91.

STC 160/2002 de 18 de septiembre ES:TC:2002:160.

STC 199/2009 de 28 de septiembre ES:TC:2009:199.

ATC 86/2011 de 9 de junio de 2011 ES:TC:2011:86A.

STC 39/2016 ES:TC:2016:39.

Auto de la Sala II Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2017 (causa especial/20907/2017) ES:TS:2017:11325A.

Auto 185/2008, de 12 de septiembre de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2008:248A.

Auto 506/2017, de 24 de noviembre, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Auto de 21 de abril de 2022 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2022:3369A.

Auto 326/2022 de 27 de mayo de 2022 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2022:4647A.

Auto 651/2022 de 26 de octubre de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2022:9417A.

Auto 50/2023 de 27 de enero de 2023 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:696A.

Auto 64/2023 de 31 de enero de 2023 de la Sección Cuarta la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:682A.

Auto 78/2023 de 9 de febrero de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:977A.

Auto 90/2023 de 14 de febrero de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:1242A.

Auto de 25 de febrero de 2023 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:977A.

Auto 202/2023, de 13 de marzo de 2023 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:3081A.

Auto 210/2023 de 3 de abril de 2023 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:3123A.

Auto 282/02023, de 17 de abril de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:4730A.

Auto 288/2023 de 18 de abril de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:4653A.

Auto 293/2023 de 21 de abril de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:4916A.

Auto 218/2023 de 21 de abril de 2023 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:4714A.

Auto 357/2023 de 24 de mayo de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:5793A.

Auto 328/2023 de 19 de junio de 2023 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:6737A.

Auto 401/2023 de 26 de julio de 2023 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:8337A.

Auto de 27 de septiembre de 2023 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:9556A.

Auto 490/2023 de 9 de octubre de 2023 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ES:AN:2023:10378A.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 16 de junio de 2005 asunto C-105/03 Caso *Pupino* EU:C:2005:386.

STJUE de 28 de septiembre de 2006, C-467/04 *Gasparini* ECLI:EU:C:2006:610.

STJUE de 16 de noviembre de 2010 *Mantello* C-261/09 EU:C:2010:683.

STJUE de 26 de febrero de 2013 C-399/11 Asunto *Melloni* ECLI:EU.C.2013:107.

STJUE 16 de julio de 2015 asunto C-237/15 Asunto *Lanigan* EU:C:2015:474.

STJUE de 1 de junio de 2016 Caso C-241/15 *Bob-Dogi* EU:C:2016:385.

STJUE de 5 de abril de 2016 Caso C-404/15 y C-659/15 PPU *Aranyosi-Caldararu* EU:C:2016:198.

STJUE de 10 de noviembre de 2016 asuntos *Potorak* (C-452/16 EU:C:2016:858), *Özçelik* (C-453/16) EU:C:2016:860 y *Kovalkovas* (C-477/16) EU:C:2016:861.

STJUE de 25 de enero de 2017 asunto C-640/2015 *Vilkas* EU:C:2017:39.

STJUE de 11 enero de 2017, asunto c-289/15 *Grundza* EU:C:2017:4.

STJUE de 23 de enero de 2018, asunto C-367/16 *Piotrowski* EU:C:2018:27.

STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-268/17 AYE EU:C:2018:602.

STJUE de 25 de julio de 2018 Caso C-220/18 PPU MI EU:C:2018:589.

STJUE de 12 de febrero de 2019 asunto C-492/18 TC PPU EU:C:2019:108.

STJUE de 27 de mayo de 2019 asuntos C-508/18 (caso O.G.) y C-82/19 (caso P. I.) EU:C:2019:456.

STJUE de 27 de mayo de 2019 C-509/18 Caso PF EU:C:2019:457.

STJUE de 9 de octubre de 2019 asunto C-489/19 EU:C:2019:946.

STJUE de 15 de octubre de 2019 caso C-128/18 *Dorobantu* EU:C:2019:857.

STJUE de 12 de diciembre de 2019 asuntos acumulados C-566/19 PPU y C-626/19 PPU EU:C:2019:1077.

STJUE de 24 de noviembre de 2020 C 510/19 EU:C:2022:964.

STJUE de 13 de enero de 2021 Asunto C-414/20 PPU EU:C:2021:4.

STJUE 29 de abril de 2021 C-665/20 PPU EU:C:2021:339.

STJUE de 8 de diciembre de 2022 asunto C 492/22 (Caso CJ) EU:C:2022:964.

S TJUE de 31 de enero de 2023 asunto C-158/21 Puig Gordi y otros EU:C:2023:57.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH (Gran Sala) de 1 de marzo de 2006 caso *Sejdovic c. Italia* nº 56581/2000.
ECLI:CE:ECHR:2006:0301JUD005658100.

