

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA: REGULACIÓN Y BALANCE DE SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

di MARIEN AGUILERA MORALES (*)

1. DE LA EXTRADICIÓN A LA «EUROORDEN»: UN TRAYECTO DIFÍCIL Y SINUOSO

Como es de general conocimiento, el primer instrumento jurídico de la Unión que tomó por base el principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere fue la *Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros*; un instrumento aprobado, no sin ciertas dificultades¹, por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea el 13 de junio de 2002, durante la Presidencia española².

Menos conocido, tal vez, es el dato de que el primero de los Estados miembros en llevar a cabo la trasposición de la mencionada Decisión Marco 2002/584/JAI fue precisamente España. La trasposición tuvo lugar al amparo:

(1) De la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial con el objeto de atribuir a determinados órganos jurisdiccionales las competencias relativas al

(*) La realización del presente estudio se ha realizado al amparo del Proyecto Nacional I+D (Ref. SEJ 2008-04863/JUR): "La construcción de un Derecho Procesal Europeo en el marco del Tratado de Lisboa". Investigador Principal: Andrés de la Oliva Santos. Su contenido engloba la actividad docente que, con la financiación del *Erasmus Lifelong Learning Programme*, se desarrollará en la Facoltà di Giurisprudenza de la Università di Roma, los días 31 de enero a 4 de febrero. Mi más sincero agradecimiento, por tanto, a la propia Università La Sapienza di Roma, así como a los Profesores Alfredo Gaito, Giorgio Spangher y Mario Antinucci que tuvieron la amabilidad de invitarme y con los que he contraído una deuda de proporciones sólo comparables con su inmensa generosidad.

¹ Estas dificultades obedecieron en su mayoría a las no escasas reticencias manifestadas por la delegación italiana a la aprobación de la DM; particularmente, a la inclusión de los delitos de fraude y corrupción en el ámbito de la orden de detención y entrega europea.

² (DOUE, de 18 de julio de 2002). Este instrumento, junto con otros muchos, se ha visto modificado por mor de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, dirigida 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 los juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DOUE, de 27 de marzo de 2009).

nuevo procedimiento de entrega; y

(2) De la Ley 3/2003, de 14 de marzo, que estableció el régimen jurídico interno de la conocida, en nuestro país, como «euroorden»³.

Ambas leyes — cuya entrada en vigor se remonta al 18 de marzo del propio año 2003 — fueron, ciertamente, pioneras en hacer efectivo el mandato que la Decisión Marco de 2002 impuso a los Estados miembros⁴ de sustituir los clásicos procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento basado en el reconocimiento prácticamente automático de las resoluciones judiciales que reclamasen la detención y entrega de una persona, bien para ser juzgada, bien para cumplir la pena o medida de seguridad que le hubiera sido impuesta.

En este orden de cosas, conviene echar la vista atrás y traer a estas páginas preeliminares dos recordatorios:

1) Un primero recordatorio es que, hasta la euroorden, la vía clásica de auxilio interestatal en este ámbito era la extradición. Durante décadas, en efecto, la extradición se erigió, por vía convencional⁵,

³ El contenido de ambos textos normativos resulta accesible en la dirección: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10258.pdf>.

⁴ También respecto de la conocida como Orden Europea de Protección, España puede decirse pionera, pues a nuestro país correspondió el impulso de poner en marcha este instrumento dirigido a procurar protección a las víctimas de cualquier delito y, muy especialmente, a las víctimas de violencia de género. La iniciativa, aunque no llegó a prosperar durante la Presidencia española, recibió el pasado mes de diciembre la aprobación del Parlamento Europeo. De contar, pues, con la aprobación del Consejo de Ministros, dentro de poco tiempo dispondremos también en este sentido de un nuevo instrumento de cooperación judicial penal.

⁵ En el ámbito del Consejo de Europa la principal fuente convencional en materia de extradición fue el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957 y sus Protocolos adicionales de 15 de octubre de 1975 y de 17 de marzo de 1978. En el ámbito europeo, la vía extradicional por excelencia fue el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990; a este Convenio se unieron con posterioridad el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE de 10 de marzo de 1995 y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE de 27 de septiembre de 1996; sin embargo, estos dos últimos convenios no llegaron a entrar en vigor por falta de las ratificaciones necesarias. Tampoco llegó a entrar en vigor el «Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la persecución de los delitos graves mediante la superación de la extradición en un espacio de justicia común», firmado en Roma el 28 de noviembre de 2000: un convenio bilateral que

en el remedio clásico con que los Estados se enfrentaban a dos clases de problemas:

— Los casos en que un sujeto era condenado penalmente y, con el objeto de evitar el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad impuesta, se desplazaba al territorio de otro Estado diferente; y

— Los casos en que un sujeto era imputado en un proceso penal, pero se encontraba en el territorio de un Estado distinto de aquel en que el proceso se hallaba pendiente.

La vía extradicional, sin embargo, presentaba dos graves inconvenientes: su excesiva duración y el no menor margen de discrecionalidad política con que se dibujaba la posibilidad de atender o no a las solicitudes de extradición. A estos inconvenientes intentó suvenir, precisamente, la «euroorden»: un instrumento cuya nomenclatura sólo hace referencia, en sentido propio, al acto inicial —resolución judicial— de lo que, si bien se mira, constituye un procedimiento, en parte desarrollado en el Estado de emisión de la orden y, en parte en el Estado de ejecución de la misma. Así, en efecto, la euroorden puede definirse como un procedimiento a través del cual la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión (Estado de emisión) solicita a la autoridad competente de otro Estado miembro (Estado de ejecución) la detención y entrega de un sujeto, con el objetivo de juzgarle por su participación en un hecho delictivo o de ejecutar sobre él una pena o medida de seguridad privativa de libertad, debiendo el Estado de ejecución decidir sobre esa solicitud con arreglo a las reglas contenidas en la DM 2002/584/JAI o, más exactamente, de la correspondiente ley de trasposición nacional.

Como apuntábamos, la euroorden se aparta del clásico sistema extradicional, intentando soslayar los problemas que son consustanciales a este último. El método utilizado para ello descansa, en e-

buscaba poner solución a los problemas surgidos entre ambos Estados en materia de extradición, debidos en buena medida a que las autoridades españolas se negaban a entregar a sus homólogos italianos a ciertos delincuentes juzgados y condenados en ausencia por delitos muy graves.

sencia, en:

(a) La colaboración directa entre órganos judiciales, sin la intervención, por ende, del Ejecutivo tan propia de los procedimientos extradicionales. La decisión, por tanto, de entregar la persona reclamada se basa en criterios jurídicos y no de oportunidad política.

(b) La desaparición como motivos de denegación de la euroorden de motivos de denegación habituales en los procedimientos extradicionales, como los relativos a los delitos políticos y militares o el relativo a la entrega de nacionales propios, que deja de considerarse como un motivo de denegación para convertirse en una causa que faculta al Estado de ejecución para condicionar la entrega a que se den garantías suficientes de que la persona sea devuelta al Estado de su nacionalidad o al de su residencia para cumplir allí la pena o medida de seguridad que se le impusiere. Además, y para treinta y dos categorías delictivas, se suprime el control de doble tipificación si es que superan cientos umbrales punitivos según la legislación del Estado de emisión de la orden, lo que a la postre significa que, tratándose de determinada clase de hechos, el Estado de ejecución de la orden no podrá oponerse a la entrega de la persona reclamada con el argumento de que el hecho no está tipificado como delito en su ordenamiento o que no supera un cierto umbral punitivo; fuera de estas categorías delictivas, la doble tipificación se configura, por lo demás, como una causa de denegación facultativa y, por tanto, se deja a la decisión del Estado de ejecución de la orden decidir si rechazar o no la entrega por este motivo.

(c) La agilización el procedimiento de entrega; objetivo que se pretende conseguir permitiendo, de un lado, que la orden europea sea remitida directamente por la autoridad judicial que la emite a la autoridad que ha de proceder a su ejecución, sin necesidad de que intervenga la autoridad central; y mediante el establecimiento, de otro lado, de breves plazos a los que se somete la decisión de entregar o no a la persona reclamada y la entrega misma.

En este último orden de cosas, importa adelantar que el legislador español ha tenido especial cuidado en que se cumplan los breves plazos dispuestos, al respecto, por la DM, de modo que si hay consentimiento en la entrega, la decisión ha de adoptarse en los diez días siguientes a la prestación del consentimiento, y si no hay consentimiento, en los sesenta días siguientes a la detención. En uno y otro caso, la entrega habrá de producirse normalmente en los diez días siguientes a la adopción de la decisión.

2) El segundo recordatorio que interesa traer a colación en estas páginas introductorias es que el proceso de adaptación de los ordenamientos internos de los Estados miembros al contenido de la Decisión Marco, en absoluto fue igual. En este contexto, conviene partir de la idea de que la fecha inicialmente prevista para que los Estados adaptaran sus legislaciones a las obligaciones adquiridas en virtud de aquella decisión era el 1 de enero de 2004.

Pues bien, como ha quedado apuntado, España cumplió aquella obligación anticipadamente. Junto a España, siete Estados más adaptaron sus respectivas legislaciones en fecha. Y en noviembre de 2004 eran veinticuatro los países que tenían vigente el nuevo sistema. El Estado que más retrasó el cumplimiento de sus compromisos fue Italia que no traspuso la DM a su legislación interna hasta el 14 de mayo de 2005, es decir, con más de un año de retraso respecto de la fecha inicialmente prevista. Desde el 1 de enero de 2007, la orden de detención y entrega europea está vigente en Rumania y Bulgaria, que en ese mismo año se incorporaron a la Unión Europea⁶.

De cuanto acaba de exponerse, bien se desprende que la vigencia del sistema de euroorden no ha sido uniforme en todo momento;

⁶ Nótese, en este orden de cosas, que el sistema de la euroorden puede también alcanzar en el futuro a dos Estados — Islandia y Noruega — que no son miembros de la Unión pero que mantienen con ella una estrecha colaboración. En este sentido, conviene hacer notar que el 17 de diciembre de 2009 ya se aprobó una «Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega». Este Acuerdo, sin embargo, aún no ha sido alcanzado.

afirmación a la que hay que unir que ha habido períodos más o menos prolongados de tiempo en que la aplicación de la euroorden ha quedado suspendida en determinados Estados por presentar problemas de constitucionalidad. Estos problemas concernían, en su mayoría, a la entrega de nacionales propios del Estado de ejecución de la orden, pues algunos Estados miembros tenían normas constitucionales que prohibían o limitaban la extradición de sus propios nacionales. Para hacer frente al problema, algunos Estados como Portugal, Eslovenia y Francia procedieron a reformar sus textos constitucionales antes de llevar a cabo la trasposición de la Decisión Marco. Otros Estados, por el contrario, como Polonia, Alemania⁷ y Chipre, traspusieron el sistema de detención y entrega europea a sus ordenamientos internos, debiendo enfrentarse con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de toda o parte de la normativa interna que regulaba la orden de detención y entrega y, por lo mismo, a la revisión de aquella legislación cuya entrada en vigor se demoró, obviamente, mucho más allá del 1 de enero de 2004.

2. LA EMISIÓN DE LA EUROORDEN EN ESPAÑA

Sobre la base de que una orden europea de detención y entrega es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a que, en otro Estado miembro, se detenga y entregue a la persona que se reclama bien para el ejercicio de las acciones penales, bien para la ejecución de una pena o de una me-

⁷ La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de 21 de julio de 2004 por la que se incorporó al ordenamiento alemán la orden de detención europea tuvo lugar por Sentencia de 18 de julio de 2005. La Sentencia en cuestión tuvo una gran repercusión en España porque se dictó con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano con nacionalidad siria y alemana, cuya entrega había sido solicitada por España por su implicación en hechos terroristas. La declaración de inconstitucionalidad de la ley alemana y la denegación de la persona reclamada a España comportó un Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2005, por el que se acordó que, hasta la aprobación por Alemania de una nueva Ley de trasposición —lo que tuvo lugar en julio de 2006—, las solicitudes de entrega procedentes de Alemania se tramitarían conforme a las normas convencionales de extradición.

dida de seguridad privativa de libertad, es evidente que un recto entendimiento de la forma en que este instrumento se aplica en los diferentes Estados pasa por diferenciar entre la emisión de la euroorden y la ejecución de la euroorden.

En España, la emisión de la euroorden es función que compete a cualquier juzgado o tribunal que conozca de un proceso penal, en el que, a su vez, resulte procedente tal clase de órdenes (art. 2.1 LOEDE). Significa esto, más claramente, que cualquier Juzgado o Tribunal de los que integran el orden penal de la jurisdicción española puede ostentar la condición de «autoridad judicial de emisión», pues, en abstracto, cualquier Juzgado o Tribunal pueden llegar a conocer de procesos en que se den las circunstancias que permiten, de oficio o a instancia de parte, dictar una orden europea.

A propósito de esto último, conviene tener en cuenta que los dos supuestos en que puede dictarse una euroorden en España (art. 5.1 LOEDE) son⁸:

- a) Cuando la euroorden persiga proceder al ejercicio de acciones penales o, lo que viene a ser lo mismo, de juzgar a una persona por un hecho de apariencia delictiva; caso en podrá dictarse respecto de aquellos hechos para los que la Ley Penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses.
- b) Cuando la euroorden persiga proceder al cumplimiento de una

⁸ Como puede apreciarse, la Ley española cumple escrupulosamente con el criterio de la pena abstracta (cuando con la euroorden se busca el ejercicio de las acciones penales) y con el criterio de la pena concreta (cuando con la euroorden se emite con el fin de ejecutar una condena). Lamentablemente, sin embargo, no puede decirse lo mismo de todos los Estados miembros; así lo refleja un informe de la Comisión en que se pone de manifiesto el incumplimiento en este punto de algunas legislaciones nacionales en lo que se refiere a los umbrales mínimos de penas exigidos para emitir la euroorden o a la exclusión del sistema de la tentativa de delito o de la complicidad. Cfr. *Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (versión revisada) [SEC (2006) 79] (COM/2006/008 final).

A propósito de esto último conviene tener presente que la Comisión ha emitido un posterior informe en relación con este extremo, contenido en el documento [SEC (2007) 979 (COM/2007/407 final)].

condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.

Dándose, por tanto, estos presupuestos, cualquier Juzgado o Tribunal español puede emitir una orden europea, lo que hará de distinta forma según se conozca o no el paradero de la persona reclamada:

De ignorarse el paradero de la persona reclamada, la autoridad judicial española puede cumplimentar una orden europea y remitirla a las oficinas SIRENE España e INTERPOL España para que surta efectos como orden europea de detención y entrega y como orden internacional de búsqueda y captura. En este caso la cumplimentación de la orden se realiza en español; ahora bien, comunicado el hallazgo de la persona buscada por cualquier Estado miembro, la autoridad judicial de emisión española deberá remitir la orden a la autoridad de ejecución acompañada de una traducción al idioma oficial aceptado por el Estado de ejecución y en el plazo que se le indique pues, de no realizarse el envío en este plazo, la persona reclamada será puesta en libertad.

De conocerse, el paradero de la persona reclamada, la orden se enviará directamente a la autoridad judicial del Estado de ejecución que sea competente⁹, en el idioma que haya sido aceptado para esta clase de resoluciones¹⁰. En cualquier caso, la autoridad judicial de emisión española también puede decidir en este supuesto introducir una descripción de la persona reclamada en el Sistema de Información de Schengen (SIS).

En consonancia con lo dispuesto por la normativa europea, la transmisión de la euroorden por parte de la autoridad judicial española a la autoridad judicial de ejecución puede realizarse por cualquier

⁹ Si esta autoridad es desconocida, podrá solicitarse la asistencia de la Red Judicial Europea y de Eurojust, en el ámbito de sus competencias. Idéntica asistencia o auxilio podrá instarse de las dos Redes internas españolas: la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE) y la Red de Fiscales de Cooperación Jurídica Internacional.

¹⁰ Interesa llamar la atención acerca de un supuesto especial de transmisión de la euroorden. Nos referimos al supuesto de Gibraltar; caso en que las euroordenes deben remitirse a la autoridad competente de Reino Unido.

medio fiable que permita dejar constancia escrita y acreditar su autenticidad. Con todo, el Ministerio de Justicia español recomienda el envío de la orden simultáneamente por fax y por servicio de mensajería urgente. Realizado el envío, cualquier duda que surja en relación con ella se solventa mediante comunicación directa entre las autoridades judiciales implicadas, con el auxilio, en su caso, de la Red Judicial Europea y Eurojust.

En este orden de cosas, no hemos especificado aún y conviene matizar ahora que la eurorden debe formalizarse en un formulario normalizado y único para la Unión, que habrá de completarse en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o en cualquier otra lengua aceptada por éste, y que, en el concreto caso de España, debe contener cuanta información detalla el formulario anexo a la Ley 3/2003¹¹, en particular —y si es el caso— que la eurorden se emite en relación con hechos constitutivos de delito castigados con pena o medida de seguridad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años y sea susceptible de integrarse en alguna de las categorías delictivas previstas en el artículo 9.1 de la Ley 3/2003¹² (esto es, aquellas excluidas del control de la doble tipifica-

¹¹ La orden ha de cumplimentarse mediante un formulario disponible a través de las páginas web www.poderjudicial.es y www.mjusticia.es, que también procuran un Manual para su complementación. La descarga y cumplimentación en español de estos formularios puede realizarse, además, a través del portal de la Red Judicial: http://www.ejn-crimjust.europa.eu/publications/2007/12/Forms/ES_EAW_form.pdf o, en cualquier otro idioma, a través del enlace: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/forms.aspx>.

¹² Estas categorías delictivas se corresponden, tal y como vienen definidas en la Ley española con los siguientes delitos: (1) pertenencia a organización delictiva; (2) trata de seres humanos; (3) explotación sexual de niños y pornografía infantil; (4) tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; (5) tráfico ilícito de armas municiones y explosivos; (6) corrupción; (7) fraude; (8) blanqueo del producto del delito; (9) falsificación de moneda; (10) delitos de alta tecnología; (11) delitos contra el medio ambiente; (12) ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; (13) homicidio voluntario y agresión con lesiones graves; (14) tráfico ilícito de órganos; (15) secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; (16) racismo y xenofobia; (17) robos organizados o a mano armada; (18) tráfico ilícito de bienes culturales; (19) estafa; (20) chantaje y extorsión; (21) violación de los derechos de propiedad industrial; (22) falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; (23) falsificación de medios de pago; (24) tráfico ilícito de sustancias hormonales; (25) tráfico ilícito de materiales radioactivos; (26) tráfico de vehículos robados; (27) violación; (28) incendio voluntario; (29) delitos incluidos en la jurisdicción de la

ción de los hechos).

Hecho el matiz y retomando el hilo de la exposición, debe hacerse hincapié en dos situaciones relacionadas con la emisión de la euroorden como son los supuestos de entrega temporal y de entrega de objetos.

A la solicitud de entrega temporal de la persona reclamada se refiere el artículo 8 de la Ley 3/2003, en los siguientes términos:

« 1. (Cuando se haya solicitado la entrega para el enjuiciamiento) la autoridad judicial española podrá solicitar de la autoridad judicial de ejecución, antes de que ésta se haya pronunciado sobre la entrega definitiva, bien el traslado temporal a España de la persona reclamada para la práctica de diligencias penales o la celebración de la vista oral, bien ser autorizada para trasladarse al Estado de ejecución con el fin de tomar declaración a dicha persona¹³.

2. Si la autoridad judicial de ejecución, tras haber acordado la entrega de la persona reclamada, decidiera suspender la misma hasta la celebración de juicio o hasta el cumplimiento de la pena impuesta en el Estado de ejecución, por un hecho distinto del que motivare la orden europea, la autoridad judicial de emisión española podrá solicitar el traslado temporal de dicha persona con el fin de proceder a la práctica de diligencias penales o para la celebración del juicio oral».

Si bien se mira estos dos supuestos responden a dos momentos temporales distintos en que puede tener lugar la entrega temporal: el primer supuesto obedece, en efecto, a un momento anterior a que la autoridad judicial de ejecución adopta una decisión sobre la entrega; el segundo, en cambio, presupone una decisión favorable a la entrega por parte de la autoridad de ejecución, si bien condicionada a la terminación del proceso o al cumplimiento de la condena definitiva que se le impusiera en el Estado de ejecución de la

Corte Penal Internacional; (28) secuestro de aeronaves y buques; y (29) sabotaje.

¹³ Nótese que, *de facto*, se permite que en estos supuestos el traslado de la autoridad española al Estado de ejecución se sustituya por el sistema de videoconferencia en las condiciones que acuerde con la autoridad judicial de ejecución.

orden.

En cuanto a la entrega de objetos, el artículo 5.3 de la Ley 3/2003 dispone, en consonancia con la DM, que en el propio formulario de euroorden la autoridad judicial española puede solicitar de la autoridad judicial de ejecución que intervenga y entregue, de conformidad con su Derecho interno, los objetos que pueden servir como prueba o que posea la persona buscada como resultado del delito; y ello, aun en los casos en que la orden no pueda ser ejecutada debido al fallecimiento o a la evasión de la persona reclamada.

3. LA EJECUCIÓN DE LA EUROORDEN EN ESPAÑA

3.1. Autoridades competentes para la ejecución de la euroorden

Así como cualquier Juzgado o Tribunal español goza en principio de competencia para emitir una euroorden, tratándose de la ejecución de este tipo de resoluciones judiciales, la competencia recae exclusivamente en dos órganos integrantes del orden penal de la Jurisdicción: los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Los Juzgados Centrales de Instrucción son competentes para la tramitación inicial del procedimiento, así como para adoptar la decisión sobre la entrega, si es que se dan estas dos circunstancias: que la persona reclamada consienta la entrega y que, además, el Ministerio Fiscal no advierta causas de denegación o de condicionamiento de la entrega.

No dándose estas últimas circunstancias, la decisión sobre la entrega se adoptará, como cabe adivinar, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹⁴.

3.2. Procedimiento

a) Actuaciones iniciales: detención y puesta a disposición judicial

¹⁴ Aunque carecemos de datos estadísticos sobre el número de euroordenes emitidas y ejecutadas en España durante estos años de vigencia de la Ley 3/2003, la última información procurada al respecto por el CGPJ —relativa al año 2009— revela que el número de órdenes de detención y entrega y de solicitudes de extradición recibidas en el ámbito de la Audiencia Nacional durante ese año se elevó, en ese año, a 201.

Las actuaciones que dan inicio al procedimiento de ejecución de una euroorden comienzan, obviamente, con la recepción de ésta. En este sentido, hay que distinguir según que:

— La euroorden haya sido recibida directamente por el Juzgado Central de Instrucción; supuesto en que el titular del Juzgado correspondiente ordenará a la policía la detención de la persona reclamada y comunicará al Ministerio de Justicia español la existencia de la mencionada euroorden¹⁵.

— La euroorden haya sido recibida por un Juez incompetente para proceder a su ejecución; supuesto es que deberá comunicarse de inmediato su existencia y remitirse al Juzgado central de Instrucción, que procederá conforme al apartado anterior.

— La euroorden haya sido transmitida vía SIS/SIRENE/INTERPOL; supuesto en que la Policía puede practicar directamente la detención.

En cualquier caso, hallada que sea en territorio español a la persona reclamada, se procederá a su detención por la Policía en la forma prevista en nuestro Derecho interno y se notificará tal circunstancia al Juzgado Central de Instrucción, que, a su vez, lo comuni-

¹⁵ Coherentemente con lo previsto para el caso de que la autoridad judicial de emisión sea española, puede ser que, de emitirse la euroorden para el ejercicio de acciones penales, lo solicitado por la autoridad judicial de emisión no sea propiamente la entrega sino el traslado temporal o la toma de declaración de la persona reclamada.

De acceder el Juzgado Central de Instrucción a lo primero —i.e.: al traslado temporal—, éste se llevará a cabo en las condiciones y con la duración que se acuerde con la autoridad judicial de emisión. No obstante, y en todo caso, la persona reclamada deberá volver a España para asistir a las vistas orales que le conciernan en el marco del procedimiento de entrega.

De acceder, por el contrario, el Juzgado Central de Instrucción a la toma de declaración de la persona reclamada por la autoridad judicial de emisión y con la asistencia de la persona designada de conformidad con el derecho del Estado de emisión, la declaración se practicará según lo previsto en la Ley Española y, en todo caso —señala el art. 16.2 de la Ley 3/2003—, con respeto del derecho a la asistencia letrada al detenido, del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y del derecho a estar asistido por intérprete. A fin de que, en la declaración del detenido se respeten estos derechos así como las condiciones pactadas con las autoridades judiciales del Estado de emisión, el Juzgado Central de Instrucción puede acordar que la declaración se practique ante su presencia o ante la presencia del Secretario Judicial.

cará a la autoridad judicial de emisión, con indicación del plazo para emitir la orden europea.

La persona detenida debe ser puesta a disposición del Juzgado Central de Instrucción, directamente o a través del Juzgado de Instrucción del partido (demarcación judicial) en que hubiera sido detenida, en el plazo máximo de 72 hs. a partir de la detención.

b) Audiencia

En el momento en que se produce la puesta a disposición judicial, la autoridad judicial debe informar a la persona detenida de la existencia de la orden europea, de su contenido, de la posibilidad de consentir con carácter irrevocable la entrega y del resto de los derechos que le asisten.

En el plazo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial de la persona detenida, se celebrará una audiencia ante el Juzgado Central de Instrucción (o ante el Juzgado de Instrucción en que se encuentre detenida la persona reclamada), con asistencia del Ministerio Fiscal, el abogado del detenido¹⁶ y en su caso del intérprete.

Esta audiencia se celebrará tal y como se desarrolla la declaración del detenido según la LECrim., recabándose la opinión de éste sobre su consentimiento irrevocable a la entrega y sobre la renuncia, en su caso, a acogerse al principio de especialidad.

De consentir el detenido a la entrega, se extiende acta sobre este extremo, que debe ser suscrita, además de por el detenido, por el Secretario Judicial, por el representante del Ministerio Fiscal y por el Juez. De haberse producido, en ese mismo acta se hará constar asimismo la renuncia a acogerse al principio de especialidad¹⁷.

¹⁶ Como ha declarado el Tribunal Constitucional español, la persona reclamada ha de estar asistida por el abogado de confianza que ella designe, entendiéndose que la designación de abogado de oficio para la audiencia del procedimiento de euroorden pese a la expresa designación de letrado por parte de la persona reclamada vulnera la Constitución Española y el derecho a la asistencia letrada consagrado en su artículo 17.3. Cfr. STC (Sala Primera) núm. 339/2005, de 20 de diciembre.

¹⁷ Si la persona reclamada fuera española, la audiencia se extenderá a preguntarle: a) si desea ser devuelto a España para cumplir la pena o medida de seguridad que pudiera imponérsele en el proceso seguido en el Estado de emisión, si es que la orden se dictó a efectos de entablar una acción penal, o; b) si consiente en cumplir la pena o medida en el Estado de emisión de la orden, si es que ésta se hubiera dictado a efectos de ejecución de

A continuación, si la persona reclamada hubiera consentido la entrega, el Juez Central de Instrucción debe oír a las partes personas y al Ministerio Fiscal sobre la concurrencia de las causas de denegación o condicionamiento de dicha entrega. En dicha audiencia, podrán proponerse los medios de prueba relativos a una u otra clase de causas, que se practicarán en la propia audiencia o, de no ser posible, dentro del plazo razonable que, a tal efecto, señale el Juez de Instrucción.

También en esta audiencia, el Juzgado Central de Instrucción deberá decidir, previa audiencia del Ministerio Fiscal, sobre la situación personal de la persona reclamada, pudiendo acordar, en este sentido, la prisión provisional, la libertad provisional o cuantas otras medidas cautelares previstas en la LECrim aseguren la plena disponibilidad de la persona reclamada¹⁸.

c) Decisión sobre la entrega

Como quedó apuntado en otro momento la decisión de entregar a la persona reclamada puede provenir del propio Juzgado Central de Instrucción o bien de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En ambos casos la decisión adopta la forma de auto frente al que no cabe recurso alguno.

El Juzgado Central de Instrucción podrá, en efecto, acordar la entrega siempre que concurren dos requisitos cumulativamente, a saber: que la persona reclamada así lo haya consentido y que el Ministerio Fiscal no advierta causas de denegación o de condicionamiento de la entrega. Esta decisión habrá de adoptarla el Juez Central de Instrucción en el plazo máximo de 10 días a partir de la celebración de la audiencia.

No dándose los anteriores requisitos, el órgano competente para decidir sobre la entrega será, como decimos, la Sala de lo Penal de

una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad.

¹⁸ A diferencia de las decisión judicial sobre la entrega que —adelantamos— es irrecurrible, las resoluciones judiciales que se adopten relativas a la situación personal del reclamado son susceptibles de ser recurridas en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

la Audiencia Nacional, cuya decisión habrá de adoptarse igualmente mediante auto y en el plazo de 60 días a partir de la detención¹⁹.

Además de la indicada, la ejecución de la euroorden por parte de la autoridad judicial española puede comportar la toma de otra clase de decisiones, en principio más complejas. Nos referimos a los supuestos en que a aquélla lleguen concurrentemente varias solicitudes de detención y entrega sobre una misma persona y/o de extradición (art. 23 Ley 3/2003):

En caso de que sean varias las euroordenes que, sobre una misma persona, reciba la autoridad judicial española, lo que dispone la Ley española al respecto es que la decisión sobre a cuál de ellas debe darse prioridad se realizará teniendo en cuenta las circunstancias, en particular: el lugar y gravedad de los delitos; las fechas de las diferentes euroordenes y el hecho de que éstas hayan sido dictadas para el enjuiciamiento o para la ejecución de una pena o medida de seguridad ya impuesta. Con vistas a adoptar esta decisión, resulta igualmente de suma utilidad la labor de Eurojust.

Por su parte, en caso de que, también sobre una misma persona, concurren no ya varias euroordenes, sino una (o más) euroorden y una (o más) solicitud de extradición proveniente de un Estado no miembro, se suspenderá el procedimiento y se remitirá la documentación a la Autoridad Central (Ministerio de Justicia), que elevará una propuesta de decisión al Consejo de Ministros acerca de a cuál de tales solicitudes debe darse prioridad. En caso de que se decida otorgar preferencia a la extradición, la autoridad judicial de ejecución española lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión. Si, por el contrario, se otorga preferencia a la euroorden, se continuará el procedimiento en el trámite en que se suspendió.

d) Entrega de la persona reclamada

Entrega ordinaria. Como a nadie escapa, la eficacia de la euroorden

¹⁹ Los plazos de 10 y 60 días a los que se alude en texto pueden prorrogarse, por razones justificadas, por 30 días más, si bien debe comunicarse la prórroga y sus motivos a la autoridad judicial de ejecución.

sólo es tal cuando se hace efectiva la entrega de la persona reclamada. Siendo la autoridad española la encargada de ejecutar la orden, la entrega debe hacerse efectiva en el lugar y fecha fijados y comunicados a la autoridad judicial de emisión.

Como regla general, la entrega no podrá demorarse más allá de 10 días contados desde aquél en que se accedió a ella. Con carácter excepcional, no obstante, este plazo puede prolongarse por otros 10 días más.

Transcurridos los plazos máximos de entrega sin que ésta se haya verificado, la persona reclamada debe ser puesta en libertad, lo que no será óbice para que posteriormente pueda emitirse —y ejecutarse— una nueva euroorden por los mismos hechos.

Entrega suspendida o condicional. Junto al supuesto ordinario de entrega, la Ley 3/2003 también contempla en su artículo 21 un supuesto en que la autoridad judicial de ejecución española puede decidir suspender la entrega de la persona reclamada.

Así, de tener ésta proceso penal pendiente en España por hechos distintos de los fundaron la orden europea, aun cuando la autoridad judicial de ejecución española hubiera resuelto proceder a la entrega, podrá suspender ésta hasta la celebración del juicio o el cumplimiento de la pena en España²⁰. Con todo, y respecto de este mismo supuesto, si la autoridad judicial de emisión solicita la entrega temporal de la persona reclamada, la autoridad judicial española deberá acceder a ella en las condiciones que formalice por escrito con la autoridad judicial del Estado miembro emisor de la orden.

Entrega de objetos. De forma paralela a lo expuesto en los casos en que la emisión de la euroorden provenga de la autoridad judicial española, ésta deberá —bien a petición de la autoridad judicial de emisión, bien incluso a iniciativa propia— intervenir y entregar al

²⁰ El artículo 20.3 de la Ley 3/2003 también contempla la posibilidad —que califica de "excepcional" de suspender la entrega de la persona reclamada por razones humanitarias graves, si bien desaparecidos estos motivos, la entrega habrá de verificarse en los diez días siguientes.

Estado miembro de emisión los objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito, aun cuando la entrega de la persona reclamada no pueda producirse debido a su fallecimiento o a su huída.

La entrega de estos objetos, sin embargo, se denegará o se acordará únicamente con carácter temporal si es que los objetos en cuestión están sujetos a embargo o comiso en España.

3.3. Causas de denegación y condicionamiento de la entrega

3.3.1. Con carácter previo: la trasposición de los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega en los Estados Miembros

Como a nadie se le oculta, lo propio de las Decisiones Marco es que sus normas obligan a los Estados en cuanto al resultado a obtener en sus respectivas legislaciones internas, pero dejando libertad respecto de la forma en que hacerlo. Esta virtualidad permite, obviamente, que los Estados adapten la normativa comunitaria a las peculiaridades de sus propios ordenamientos; una ventaja que en cierta medida deslucen el hecho de que aquella libertad conduce a una legislación que no es uniforme en todos los Estados de la Unión Europea. Así ha sucedido en la materia que aquí nos ocupa y, más concretamente, con los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega. Y es que no todos los Estados han incorporado de la misma manera las causas de denegación y condicionamiento previstas en la DM 2002/584/JAI.

Así, y en lo que respeta a los motivos de denegación obligatoria, lo cierto es que la generalidad de los Estados han incorporado a sus respectivas legislaciones las tres que prevé el artículo 3 de la Decisión Marco. Esto es: (1) la amnistía —o el indulto— en el Estado miembro de ejecución; (2) el enjuiciamiento definitivo de la persona reclamada por los mismos hechos en un Estado de la Unión Europea; y (3) la minoría de edad penal conforme al Estado de ejecución.

Camino muy distinto han seguido las causas de denegación facultativa *ex* artículo 4 DM. Algunos Estados han incorporado a sus legislaciones todos los motivos; otros sólo algunos; otros Estados

han convertidos los motivos de denegación facultativa en obligatorios; y los hay incluso que han dejado en manos de las autoridades encargadas de la ejecución de la orden la apreciación discrecional de estos motivos²¹.

Dispar camino han seguido también los motivos recogidos en el artículo 5 de la Decisión Marco, que permiten condicionar la entrega al ofrecimiento de alguna garantía por parte del Estado de emisión. Así, en efecto, no todos los Estados han incorporado estas causas a sus ordenamientos y respecto de los que sí lo han hecho, no todos han respetado las previsiones de la DM en la medida en que han venido a exigir condiciones suplementarias no previstas en la normativa europea. Paradigmática, en este sentido, ha sido la causa consistente en la entrega de nacionales del Estado de ejecución, pues la mayoría de los Estados no sólo supeditan la entrega de sus nacionales a la condición —como establece la DM— de que sean devueltos a su territorio para cumplir la pena o medida que se les imponga, sino también a la cláusula de reciprocidad y a la condición de poder convertir la pena que se les imponga (así, *v.gr.*: Países Bajos y República Checa).

3.3.2. Causas de denegación y condicionamiento de la entrega en España

El legislador español ha regulado los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega en los artículos 11 y 12 de la Ley 3/2003. Esta regulación es prácticamente una copia casi literal de las normas de la DM, con los necesarios matices. Estos matices a que nos referimos tienen que ver con algunas modificaciones y so-

²¹ Sin duda ninguna, lo más criticable en este sentido, es la previsión de ciertos motivos de denegación que chocan con el fundamento mismo de la euroorden y que, obviamente, no están previstos ni explícita ni implícitamente en la DM 2002/584/JAI. En este grupo cabe incluir aquellos Estados (como Portugal, Italia, Reino Unido, Malta, Dinamarca o Países Bajos) que incluyen entre las causas de denegación motivos políticos o de seguridad nacional, o causas que implican un control sobre el fondo del asunto, o que se centran en circunstancias personales o familiares de la persona reclamada.

bre todo con algunas omisiones que la Ley 3/2003 presenta respecto del texto de la DM, y que han creado —y, muy probablemente, crearán en el futuro— graves problemas interpretativos y aplicativos.

Sirva como botón de muestra de esto que decimos la ausencia total en la Ley 3/2003 de algún tipo de criterio que permita valorar a nuestros Tribunales la concurrencia o no de los motivos de denegación facultativa de la euroorden: una omisión que en nada favorece la seguridad jurídica y que, en opinión de nuestro TC, no exige al juzgador de expresar las razones por las que ha decidido proceder a la entrega. A tenor, en efecto de la STC 191/2009, de 28 de septiembre, cuando concurra alguna causa de denegación facultativa de la entrega, queda al arbitrio del órgano jurisdiccional la decisión de proceder o no a la entrega, independientemente de que concurran los presupuestos fácticos que le permitirían no ejecutar la orden de detención²².

Sobre la base, pues, de que nos hallamos ante el extremo más deficiente y problemático de nuestra ley de trasposición, procederemos a exponer, primero, los motivos de denegación obligatoria y facultativa de la entrega según la Ley 3/2003 y a analizar, después, los motivos de condicionamiento de la entrega. La brevedad que necesariamente ha de acompañar a este estudio y su finalidad, nos impide acompañar a tal exposición de un examen en profundidad de las cuestiones que se suscitan con ocasión de esta materia. Se entiendo por esto que, en este punto, nos hayamos decantado exclusivamente por apuntar los no escasos problemas prácticos que suscita la Ley española en relación con esta clase de motivos y por

²² La STC 191/2009 trae causa de un recurso de amparo fundado en la indebida inaplicación de tres motivos de denegación facultativa de la euroorden prevista en la Ley 13/2003. En lo que aquí interesa, uno de esos motivos era la prescripción del delito conforme a la ley española. La Audiencia Nacional decidió que, pese a haberse producido efectivamente la prescripción delictiva conforme a la legislación española, accedía a la entrega de la persona reclamada en Francia porque los hechos en que se fundaba la euroorden revestían cierta gravedad y porque el delito no había prescrito conforme a la legislación francesa. Para el TC, esta motivación proporcionada por la Audiencia Nacional era suficiente para dejar de aplicar el motivo de denegación facultativa.

centrarnos en aquellos que nos parecen más relevantes.

a) Motivos de denegación obligatoria: el non bis in idem y su doble faceta como motivo de denegación

Los motivos que obligan a la autoridad judicial española a denegar la entrega son tres, que se expresan en los siguientes términos (art. 12.1):

a) Que la persona reclamada haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro distinto del Estado de emisión, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o no pueda ya ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena.

b) Que la persona reclamada no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se basa dicha orden, con arreglo al derecho español²³.

c) Que la persona haya sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos en que se funda la orden europea, siempre que estos sean perseguibles por la jurisdicción española²⁴.

Prima facie, estos motivos coinciden con la proscripción de *non bis in idem*, la minoría de edad, y la existencia de medidas de gracia que la propia DM configura como motivos de denegación obligatorio. Esta última afirmación exige, no obstante, ser convenientemente puntualizado pues, aun cuando es cierto que el primer motivo

²³ Conforme al ordenamiento español, las personas mayores de dieciocho años son responsables penales conforme a lo dispuesto en el Código Penal, mientras que los menores de edad penal (y, en concreto, aquellas personas con edad comprendida entre catorce a dieciocho años) son penalmente responsables conforme a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal del menor. A la luz, por tanto, de la legislación española la edad mínima para dar luz verde a una orden europea de detención y entrega serían los catorce años. Así lo ha interpretado también la Audiencia Nacional en el auto 69/2008, de 9 de junio.

²⁴ Que la Ley de trasposición española mencione el indulto y no la amnistía como causa de denegación obligatoria de la euroorden obedece al hecho de que la amnistía hace ya años que ha dejado de contemplarse en el Código Penal español como una causa de extinción de la responsabilidad penal, manteniéndose sólo el indulto como manifestación del derecho de gracia.

de denegación obligatoria está relacionado con el *non bis in idem*, no se identifica con él.

Y es que, siguiendo marcada la senda de la DM, la proscripción de *non bis in idem* puede actuar respecto de la solicitud de detención y entrega tanto como motivo de denegación obligatorio, como motivo de denegación facultativa. El legislador procesal español ha dividido, en efecto, la regulación del *non bis in idem* en el ya mencionado motivo de denegación obligatoria y en varias causas de denegación facultativa (art. 12.2 c), d) y e). En este último sentido, ha de repararse en que la autoridad de ejecución española "podrá" (facultativamente, por tanto) denegar la entrega:

« c) Cuando se haya acordado el sobreseimiento libre en España por los mismos hechos;

d) Cuando sobre la persona objeto de la orden de detención haya recaído en otro Estado miembro de la Unión Europea una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales; y

e) Cuando la persona objeto de la orden detención europea haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ya ejecutada, se esté ejecutando o no pueda ya ejecutarse en virtud del derecho del Estado de condena».

Atendido lo anterior, bien cabe deducir:

1º) Que sólo la circunstancia de que se haya dictado una sentencia firme de condena por los mismos hechos que motivan la emisión de la euroorden actúa como motivo obligatorio de denegación, mientras que tratándose de otra clase de resoluciones igualmente firmes (como los autos de sobreseimiento libre o las resoluciones que ponen fin a un proceso en aras al acuerdo llegado entre el acusado y el Ministerio Fiscal) éstas operan simplemente como causas de denegación facultativa.

La deducción es claramente reveladora de lo defectuoso de la regulación española y, antes aún, de la DM. Se trata, además, de una regulación que en nada se compadece con la interpretación soste-

nida por el Tribunal de Justicia respecto del que durante mucho tiempo ha constituido —y constituye— el desarrollo legislativo del *non bis in idem* en la Unión Europea: el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Según esta interpretación, la proscripción de *bis in idem* no sólo alcanza a las sentencias firmes sobre el fondo, sino también a otras resoluciones firmes que no adoptan la forma de sentencia, pero que suponen un enjuiciamiento definitivo de la persona por los mismos hechos, como sería el caso, en España, de los autos de sobreseimiento libre²⁵, o en otros países, de ciertas decisiones que ponen fin al proceso penal o impiden su inicio a causa de la transacción entre el Ministerio Fiscal y la defensa y la obligación por parte de éste de asumir determinadas obligaciones de contenido sancionador.

2º) Que, como causa de denegación obligatoria, el *non bis in idem* sólo entra en juego si la sentencia de condena cumple un requisito adicional —también contemplado en el artículo 54 del CAAS—: «que la condena haya sido ejecutada, esté en curso de ejecución o no pueda ejecutarse ya conforme al derecho del Estado miembro de condena». Este requisito, amén de demostrar una clara desconfianza entre los Estados de la Unión, también puede ocasionar serios problemas prácticos a la hora de precisar si concurre o no, sobre todo en aquellos supuestos en que la sentencia de condena ha sido suspendida²⁶ o en que el tribunal sentenciador ha procedido a

²⁵ El sobreseimiento libre es una resolución judicial que adopta forma de auto y que se reserva en España para poner fin anticipado al proceso penal, cuando en la fase intermedia del proceso se constata que no hay indicios de la comisión de los hechos, o que éstos no constituyen delito o que los procesados, en fin, están exentos de responsabilidad penal. En todo estos casos procede, como decimos, un auto de sobreseimiento libre cuyos efectos son idénticos a los de una sentencia absolutoria firme, en el sentido en que poseen eficacia de cosa juzgada y obstan, por tanto, a un nuevo enjuiciamiento del mismo sujeto por los mismos hechos. Esto sentado, bien se comprende que el hecho de configurar el sobreseimiento libre como un motivo de denegación facultativa de la euroorden comporte un mayúsculo error del legislador español, pues quien resulta favorecido por esta clase de resoluciones en España tiene sobre sí el riesgo de que en futuro sea entregado, vía euroorden, a otro Estado miembro para ser juzgado por los mismos hechos respecto de los que, *de iure*, resultó absuelto.

²⁶ Lejos de ser hipotético, éste es un problema al que ya se ha tenido que enfrentar el Tri-

la sustitución de la pena. Entiendo, por esto, que lo más deseable sería, llanamente, que en el futuro se procediera a su eliminación.

3º) Que, como motivo de denegación obligatoria, el *non bis in idem* juega respecto de sentencias firmes dictadas en Estados miembros distintos del Estado de emisión de la orden, lo que parece dar a entender que este último Estado, el Estado de emisión, tiene las puertas abiertas a un doble enjuiciamiento de la persona reclamada. Lo que, obviamente, constituye un sinsentido.

b) Motivos de denegación facultativa

Junto a ciertas facetas de la proscripción de *non bis in idem*, son otros muchos los motivos de denegación facultativa que, en recta coherencia, con lo que dispone la DM, contempla la Ley 3/2003, en el apartado 2 de su artículo 12. Detengámonos siquiera brevemente en ellos:

— En primer lugar, la euroorden puede facultativamente denegarse por *falta de doble tipificación* respecto de aquellos hechos delictivos no exentos del control de este requisito. En este orden de cosas, ya señalamos que la Ley 13/2002 acoge sin variaciones el catálogo de treinta y dos conductas delictivas previstas en la DM que dan lugar a la entrega sin control de la doble tipificación de los hechos, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años. Lo que aún no hemos señalado, y conviene incidir en ello ahora, es que no dándose estas circunstancias —esto es, no siendo los hechos que motivan la euroorden incluidos en aquellas categorías o, estando incluidos, pero no mereciendo en el Estado de emisión una pena privativa de libertad de tres años— la doble tipificación juega como motivo de denegación facultativo de la entrega, de modo que, dejando a salvo los supuestos de tasas, impuestos y aduanas, la autoridad española de ejecución puede denegar la entrega si los hechos que dan lugar a la emisión de la euroorden no son constitutivos de delito conforme al ordenamiento español.

– La entrega también puede facultativamente denegarse por *liti-spendencia*, esto es, cuando la persona que sea objeto de la euroorden esté sometida a un proceso penal en España por los mismos hechos, independientemente, claro es, de la calificación jurídica que merezcan²⁷.

– Un tercer motivo de denegación facultativa de la entrega descansa en que la persona reclamada sea nacional español. En este contexto ya advertimos en otro lugar que, a fin de facilitar la reinserción social de la persona reclamada, la DM 2002/584/JAI rompe con el clásico principio de la no entrega de nacionales del propio Estado de ejecución, previendo en su lugar: (1) la posibilidad de condicionar la entrega a que la persona nacional o residente en el Estado de ejecución sea devuelta a éste para cumplir la pena o medida que se le hubiera impuesto en el Estado de emisión de la euroorden o; (2) la posibilidad de denegar facultativamente la entrega si es que la euroorden se ha emitido a efectos de ejecutar una pena o medida impuesta, si es que el propio Estado de ejecución se compromete él mismo a ejecutar la pena o medida de seguridad conforme a su Derecho interno. Pues bien, la Ley 3/2003 ha traspuesto esta normativa, si bien con algunas variaciones.

Una de esas variaciones tiene que ver con la denegación facultativa de la entrega a que se ha hecho referencia *ut supra*, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.2 f) Ley 3/2003²⁸ y de la interpretación que de este precepto han hecho nuestros Tribunales, debe concluirse que la apreciación de este motivo de denegación no es discrecional para la autoridad judicial española, sino que, por el

²⁷ Nótese que si el proceso penal abierto en España frente a la persona reclamada son distintos de los que fundan la euroorden, lo que podrá acordar la autoridad de ejecución española es bien la suspensión de la entrega hasta que se celebre el juicio o hasta el cumplimiento de la pena o medida que pudiera imponérsele, bien su entrega temporal (art. 21 Ley 3/2003).

²⁸ Según este precepto, la autoridad de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea en los casos siguientes: «f) Cuando la orden se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España».

contrario, está condicionado por la decisión que adopte la persona cuya entrega se solicita²⁹. También respecto de este motivo la Ley española contempla una novedad no prevista en la DM: la necesidad de oír a la persona reclamada, lo que es claramente coherente y acorde con la finalidad de procurar la reinserción social que subyace a esta previsión.

Más criticable resulta otra de las novedades que la legislación española introduce en este punto, separándose de la DM. Nos referimos al hecho de que la Ley 3/2003 no haya incluido a los residentes en el ámbito de aplicación de este motivo de denegación; omisión que no se corresponde con la tan traída y llevada finalidad de favorecer la reinserción social y que, además, resulta de dudosa compatibilidad con el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad y con el propio concepto de «ciudadanía de la Unión».

— La denominada «cláusula de territorialidad» se halla también en la base de otros dos motivos que según el artículo 12.2 de la Ley 13/2003 permiten fundar (facultativamente) la denegación de la euroorden y que, en este punto, es reproducción casi literal de lo dispuesto en la DM 2002/584/JAI. Así, en efecto, la autoridad de ejecución española podrá denegar la entrega de la persona reclamada «cuando la orden contemple delitos que el ordenamiento jurídico español considere cometidos en su totalidad o en parte en territorio español» o «cuando la orden contemple delitos que se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y el ordenamiento español no permita la persecución de esos mismos hechos cuando se hayan cometido fuera del territorio español».

— Motivo también de denegación facultativa de la entrega es la prescripción del delito o de la pena; causa que recoge el artículo 12.2 i) de la Ley 3/2003 con el siguiente tenor literal: «2. La autori-

²⁹ Demostrativos, en este sentido, son los Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 145/2008, de 30 de octubre, y 242/2008, de 13 de octubre. Tras estas resoluciones, en efecto, subyace paladina la idea de que la falta de consentimiento de la persona reclamada a que la pena o medida de seguridad se ejecuten en el Estado de emisión de la euroorden debe traducirse en una denegación de la entrega. Similar idea late también en la STC 37/2007, de 12 de febrero.

dad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea en los casos siguientes: i) Cuando conforme a la legislación española el delito en que se funda la orden europea o la pena impuesta hubieran prescrito, si —y esto es lo importante— respecto de los hechos delictivos hubieran sido competentes para su persecución los tribunales españoles».

No podemos terminar este breve —y, por lo mismo, incompleto— repaso de los motivos que, conforme a la legislación española, permiten denegar ora obligatoria, ora facultativamente la entrega de la persona reclamada por otro Estado miembro de la Unión, sin hacer una breve referencia a un motivo que dos tercios de los Estados han incorporado a su legislación interna pese a no hallarse contemplado explícitamente como motivo de denegación de la euroorden en la Decisión Marco. Aludimos a la «cláusula de orden público o de respeto a los derechos y garantías fundamentales». la referencia es obligatoria porque, a diferencia de la mayor parte de los Estados miembros, España no recoge en su ley de trasposición interna esta cláusula como motivo específico de denegación de la euroorden: una omisión que, sin embargo, y en opinión de la propia Comisión, no empece a la posibilidad de no ejecutar la orden europea de detención si las autoridades españolas aprecian una infracción en este sentido.

c) Motivos de condicionamiento de la entrega. La entrega de las personas condenadas en ausencia y su problemática en España

Bajo la rúbrica «Garantías que deberán ser solicitadas del Estado de emisión en casos particulares», el artículo 11 de la Ley 3/2003 prevé los motivos que permiten condicionar la entrega de la persona reclamada. Estos motivos —que coinciden con ligeras variaciones a los previstos en la DM— toman como base: (1) que la entrega de la persona reclamada lo sea para el cumplimiento en el Estado de ejecución de una pena o medida privativa de libertad a perpetuidad y; (2) que la euroorden se emita para el enjuiciamiento de quien posee nacionalidad española.

Más concretamente, según el mencionado artículo 11:

«1. Cuando la infracción en que se basa la orden europea esté castigada con una pena o medida de seguridad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea por la autoridad judicial española estará sujeta a la condición de que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta, o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al derecho o práctica del Estado de emisión, con vistas a la no ejecución de la pena o medida de seguridad.

2. Asimismo, cuando la persona que fuere objeto de la orden europea a efectos de entablar una acción penal fuera de nacionalidad española —no de residencia española, interpolamos—, 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 privativa de libertad que pudiera pronunciar en su contra el Estado de emisión³⁰».

Sobre la base de esta regulación es necesario hacer dos observaciones:

La primera es que, a las anteriores causas, debe unirse otra que aunque no prevista como motivo de denegación de la entrega, produce consecuencias similares. Nos referimos al supuesto de que la persona reclamada goce de inmunidad de jurisdicción o ejecución en España, ya que sólo cuando se cumpla la condición de que se deje sin efecto la inmunidad, cabrá entregar la persona reclamada al Estado de emisión (art. 29 ley 3/2003).

La segunda es que la legislación española no ha contemplado como

³⁰ Hágase notar que mientras esta causa lo es de condicionamiento de la entrega, cuando la orden se emite no para el enjuiciamiento de un nacional español, sino para la ejecución de la pena o de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta a un español, la facultad de denegar la entrega se haya supeditada a la falta de consentimiento de la persona reclamada para cumplir la pena en el Estado de emisión.

De otra parte, pero también respecto de este motivo, debe hacerse notar que la DM 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas o otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión, permitirá salvar en el momento en que los Estados miembros procedan a su transposición los no pocos obstáculos que presenta la aplicación de este motivo de condicionamiento de la entrega (tal es el caso, *v.gr.*, de las condiciones en que debe procederse al traslado o la posibilidad de adaptar la pena que haya de ser ejecutada al ordenamiento del propio Estado de ejecución).

causa de denegación de la euroorden uno de los motivos que, conforme al artículo 5 de la DM 2002/584/JAI permiten condicionar la entrega: el de que la euroorden se emita para ejecutar una pena o medida privativa de libertad en ausencia y la persona reclamada no hubiera sido citada personalmente o informada de otro modo de la fecha y lugar que llevó a la resolución final. Detengámonos algo más en este punto.

Como es sabido, a fin de garantizar el respeto del derecho de defensa de los condenados en ausencia, el mencionado artículo 5 de la DM 2002/584/JAI prevé que si la orden se ha emitido al objeto de ejecutar una pena o medida de seguridad privativa de libertad impuesta mediante resolución dictada en ausencia y, además, la persona reclamada no fue «citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía», «la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista³¹».

El motivo transcrito no está —como decíamos— contemplado en la legislación española ni como motivo de denegación ni como motivo de condicionamiento. Lejos de ser un descuido de nuestro legislador, nos hallamos ante una omisión voluntaria cuya razón de ser estriba, dicho sea de paso, en la problemática habida entre E-

³¹ Este precepto guarda una cierta relación con la jurisprudencia del TEDH sobre violación del artículo 6.3. d) CEDH. Según aquella jurisprudencia se incurre en violación de esta norma y del derecho a un proceso equitativo que en ella se salvaguarda cuando el acusado no ha sido citado correctamente al juicio o a la vista y no ha tenido conocimiento de la sustanciación del proceso o cuando no ha tenido una efectiva defensa a cargo de un abogado o cuando no existe en el ordenamiento del Estado algún remedio para garantizar un nuevo proceso o recurso que permita revisar la sentencia de condena si concurren cualquiera de las circunstancias anteriores. De esta jurisprudencia y, por ende, de la normativa europea, se deduce, pues, que el condicionamiento de la entrega sólo procede en casos de rebeldía o ausencia involuntaria, pretendiéndose salvaguardar, así, el derecho de defensa.

paña e Italia en materia de extradición de condenados en contumacia. Así, en efecto, antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2003, fueron muchas las Sentencias del TC español recaídas con ocasión de la interposición de recursos de amparo, que denegaron la extradición solicitada por las autoridades italianas de destacados miembros de la mafia condenados en ausencia a penas privativas de larga duración y que habían fijado su residencia en España. Estas decisiones del TC fueron interpretadas en el sentido de entender que España había construido un paraíso de impunidad para la mafia: crítica que intentó soslayar el legislador español de 2003, en el ámbito de la euroorden, por la vía de ignorarlo.

El problema radica en que la omisión legislativa acerca de este motivo, lejos de solucionar una problemática análoga a la producida con Italia en materia de extradición de personas condenadas en contumacia, la ha aumentado. La razón de esto que afirmamos debe buscarse en la doctrina conocida como «la vulneración indirecta de derechos fundamentales»; doctrina que acuñó nuestro TC precisamente en el ámbito de la extradición, pero que se ha venido aplicando también al ámbito de la euroorden.

El *leading case* de la doctrina de la «vulneración indirecta de los derechos fundamentales» es el conocido como asunto *Paviglianiti*, con ocasión del cual el TC español estimó la demanda de amparo formulada frente a dos autos de la Audiencia Nacional por los que se concedía, sin condicionamiento alguno, la extradición a Italia de un mafioso condenado en contumacia por delitos muy graves (las penas impuestas fueron de doce y veinte años). La estimación de la demanda de amparo la fundó el TC en que cuando la jurisdicción española reconoce o da validez a una resolución adoptada por una autoridad extranjera que lesiona un derecho fundamental reconocido en la Constitución Española, incurre en vulneración indirecta de ese derecho fundamental³². Éste es el caso —en consideración del TC— de que la condena en ausencia recaída en el extranjero no

³² STC 91/2000, de 30 de marzo. A esta Sentencia siguieron, como decimos, otras muchas del TC en que se aplica esa misma doctrina en el ámbito de la euroorden. Así, *v.gr.*, SSTC 177/2006, de 5 de junio; y 199/2009, de 28 de septiembre.

vaya acompañada de la posibilidad posterior de revisar la condena y ésta, además, haya recaído con ocasión de un proceso seguido por delitos muy graves.

Hablando en primera persona, esta consideración de nuestro TC resulta sumamente desacertada. Primero, porque parece fundarse en lo previsto para las condenas en ausencia en nuestro propio ordenamiento jurídico, sin reparar que esas previsiones o garantías no son extrapolables sin más al resto de los países de la Unión³³. Y, en segundo lugar, porque se trata de una interpretación que aboca a una solución más restrictiva que la prevista en la propia DM para las condenas en ausencia, pues comporta la exigencia de que la entrega se condicione a que el Estado de emisión garantice la posibilidad de un nuevo proceso o recurso no sólo cuando la ausencia es involuntaria —como contempla la DM— sino también cuando la rebeldía es voluntaria y el delito es grave.

Cuanto se acaba de exponer resulta bastante ilustrativo de la problemática que se produce dentro de nuestras propias fronteras a la hora de ejecutar una euroorden para el cumplimiento de una condena dictada en ausencia de la persona reclamada. La problemática respecto de este tipo de resoluciones no es, empero, privativa de España, ya que afecta con más o menos intensidad a los restantes Estados Miembros de la Unión Europea. No es de extrañar, por esto, que el legislador europeo haya pretendido dar solución a estos problemas a través de la reciente Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado.

³³ Según el artículo 786 LECrim, en España el juicio en ausencia sólo podrá tener lugar cuando concurran las siguientes circunstancias: (1) que el imputado haya sido citado personalmente o a través de persona designada por él en fase de instrucción; (2) que el imputado deje de comparecer a juicio sin causa justificada; (3) que cualquiera de las partes acusadoras, incluido el Ministerio Fiscal, soliciten la celebración del juicio oral; (4) que en esta fase del proceso se dé audiencia a la defensa y; (5) que la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o de seis años si es de otra naturaleza.

En este sentido, la mentada DM 2009/2299/JAI, modifica ciertos Instrumentos normativos europeos –entre ellos la DM 2002/584/JAI– definiendo los motivos comunes que permiten denegar el reconocimiento de las resoluciones dictadas en ausencia y también los supuestos en que no podrá denegarse el reconocimiento³⁴. Por lo que hace, concretamente, al ámbito de la euroorden, estas modificaciones son, en síntesis, las que siguen:

1) Se suprime como motivo de condicionamiento relativo a la entrega en caso de condena en ausencia del acusado. En su lugar, la entrega en estos supuestos pasa a ser considerada como un supuesto de denegación facultativa, en el bien entendido de que lo dispuesto a tal efecto es la autoridad judicial de ejecución «podrá» denegar la entrega de la persona reclamada «cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que se derive la resolución».

2) Se establecen cuatro excepciones frente a la anterior regla, de modo que concurriendo cualquiera de esos cuatro supuestos no podrá denegarse la ejecución de la orden pese a que la condena haya sido dictada en ausencia del acusado. Estos supuestos son:

– Que, con suficiente antelación, el imputado hubiera sido citado e informado en persona o por cualquier otro medio de información oficial de la fecha y lugar del juicio del que derivó la resolución condenatoria.

– Que el imputado hubiera tenido conocimiento de la celebración del juicio y hubiera dado mandato a un letrado, bien designado libremente o bien de oficio, para que le defendiera en juicio y hubiera contado con una defensa efectiva.

– Que la ausencia del imputado en juicio hubiera sido involuntaria, pero se le hubiera notificado la resolución condenatoria e informado de su derecho a un nuevo proceso o a un recurso para revocar la condena y que el condenado renunciara expresa o tácita-

³⁴ Los Estados Miembros habrán de incorporar a sus respectivos ordenamientos las previsiones de esta nueva DM antes del 28 de marzo de 2011. Con todo, si en el momento de trasposición de la norma europea, algún Estado manifiesta que tiene dificultades para cumplir sus compromisos en plazo, podrá obtener una prórroga hasta el 1 de enero de 2014.

mente a hacer uso de aquel proceso o de este recurso para impugnar la resolución.

– Que la ausencia del imputado hubiera sido involuntaria y no se le notificara la resolución condenatoria pero esta notificación sí se realice tras la entrega de la persona reclamada al Estado de emisión junto con la información de su derecho a un nuevo proceso o a un recurso con el que lograr revocar la sentencia condenatoria³⁵.

A la vista, pues, de lo anterior, es claro que el TC español ya no podrá seguir manteniendo su doctrina sobre «vulneración indirecta de derechos fundamentales» ya que, de persistirse en la misma, se estarían incumpliendo las obligaciones derivadas de la DM 2009/299/JAI.

³⁵ Como a nadie escapa este supuesto presenta evidentes analogías con el motivo de condicionamiento de la entrega previsto en el artículo 5.1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI.