

EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA «EUROORDEN»*

SONIA CALAZA LÓPEZ

El capítulo III de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (LOEDE) regula, bajo la rúbrica «Ejecución de una orden europea» (artículos 9 a 23) el procedimiento de ejecución de la orden europea.

El objeto del procedimiento de ejecución de la orden europea es idéntico, por lógicas razones de reciprocidad y proporcionalidad, al objeto del procedimiento de emisión de dicha orden.

En este sentido, no resultaría razonable que las autoridades judiciales españolas estuvieran facultadas para instar órdenes europeas por toda suerte de actuaciones delictivas, respecto de las cuales no estuviesen, al propio tiempo, autorizadas para consentir la detención y entrega, careciendo, en consecuencia, la relación entre dichas autoridades y sus homólogos comunitarios, de toda reciprocidad en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma europea.

Así, pues, en la regulación del objeto del procedimiento de emisión y ejecución de la orden europea, subyace el clásico criterio de la «reciprocidad», característico, por otro lado, de la extradición, en de-

* Este trabajo constituye una síntesis de un capítulo de la monografía titulada «El procedimiento europeo de detención y entrega», de próxima aparición en la colección «Garantías Constitucionales» de la editorial IUSTEL, elaborada en el marco del Proyecto de Investigación «Presente y futuro de la reforma Procesal Penal», concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, al Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), del que formo parte, bajo la dirección y coordinación del Prof. Dr. D. Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

fecto de tratado alguno aplicable al efecto. La reciprocidad, como es sabido, era predicable, en materia de extradición, de la actuación del Estado soberano, debidamente representado, en este ámbito de cooperación judicial, ello no obstante, por el ejecutivo.

La máxima «do ut des» se desplaza, pues, al ámbito estrictamente judicial, si bien, en esta nueva institución y a diferencia del tradicional procedimiento de extradición, será aplicable por causas tasadas, objetivas y previamente establecidas al efecto en el marco de la regulación legal que disciplina la nueva orden europea.

El objeto del procedimiento de ejecución de la orden europea viene integrado, de un lado, por el listado de treinta y dos delitos, respecto de los cuales, siempre y cuando estuvieren castigados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad superior a tres años, ha de acordarse, por imperativo de la LOEDE, la entrega inmediata, sin control previo de la doble tipificación de los hechos y, de otro, por los delitos que estén castigados, en el Estado miembro de emisión, con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.

En este momento conviene, asimismo, puntualizar, que la reciprocidad habrá de predicarse, siempre y en todo caso, de la interpretación y aplicación de la norma escrita, pero en modo alguno, en defecto de dicha norma interna y estando en juego el principio de la legalidad, de la «diplomacia» judicial.

En este sentido, la extradición venía caracterizada, tal y como han puesto de manifiesto los autores que se han ocupado del estudio de esta institución¹, por la existencia de una relación recíproca, entre Estados, que generaba derechos y obligaciones, tanto en los supuestos de entrega por ilícitos contemplados en un tratado previo, como, en aquellos otros en los que el hecho delictivo concreto no se hallare expresamente comprendido en dicho tratado, en la facultad de efectuar la propia entrega o, en su caso, negarse a ella.

De esta premisa parece colegirse, fácilmente, que la reciprocidad no sólo resultaba predicable de la aplicación e interpretación del

¹ *Vid.* entre otros, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R.: «Enjuiciamiento Criminal», Ley y legislación complementaria, Doctrina y Jurisprudencia, obra realizada bajo la dirección de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., t. II, Ed. Trivium, Madrid, 1998, pp. 3016 y 3017.

texto normativo, previamente suscrito por ambos Estados, sino incluso, en ausencia de regulación específica al efecto, y con el debido respeto, claro está, a principios esenciales como el de la legalidad interna, o el de la doble incriminación, de los criterios gubernativo-judiciales imperantes, en un determinado momento, entre los Estados implicados en ese concreto procedimiento.

En el momento actual parece claro que no existe esta última alternativa, habida cuenta de que la eventual entrega, amparada exclusivamente en razones de «reciprocidad», sin el soporte de una regulación normativa previa, podría colisionar radicalmente con el principio de legalidad. Y ello es tanto más evidente si reparamos en que el «numerus apertus» de categorías delictivas, por las que procede la ejecución de la orden europea, conforme a la DM, que requiere, para su aplicación, la previa transposición interna de los Estados europeos, viene, ineludiblemente, remitido a dicha normativa interna.

En este sentido, la ejecución de la orden europea, con carácter obligatorio o, en su caso, facultativo, según que la tipificación interna de los delitos, por los que se ha emitido dicha orden, sea superior a tres años y se hallen, al propio tiempo, comprendidos en el listado de delitos exentos de la dualidad incriminatoria, o, en otro caso, no reúnan dichos caracteres, respectivamente, se hará depender, en exclusiva, de la normativa sustantiva de los Estados miembros implicados en el procedimiento de detención y entrega, sin que, en defecto de dicha tipificación previa, puedan aplicarse, complementaria, ni mucho menos, supletoriamente, cualesquiera otra suerte de criterios de reciprocidad.

Así, pues, la entrega, a modo de ejemplo, por parte de las autoridades judiciales españolas, del autor de una actuación delictiva, tipificada en nuestro propio Código Penal con una pena privativa de libertad inferior a doce meses, a las autoridades judiciales correspondientes al lugar de comisión de los hechos, para el ejercicio de acciones penales, vendría a conculcar frontalmente los preceptos 2.1.º de la DM y 5.1.º a) de la LOEDE, resultando, en consecuencia, de todo punto irrelevante, frente a la violación normativa acontecida, una motivación judicial amparada en razones de reciprocidad.

El contenido de la orden será el reflejado en los preceptos 3 y 8 de la LOEDE y de la DM, respectivamente. El Estado miembro de ejecución vendrá obligado², en este momento, a velar por el cumpli-

² *Vid.* sin embargo, MUERZA ESPARZA, J. J., quién afirma que el principio de reconocimiento mutuo supone que, recibida la orden por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma prácticamente automática, sin

miento de los requisitos legales, de exigible cumplimiento, indicados, siquiera sea someramente, en la resolución judicial de emisión de la orden europea.

La ausencia de datos esenciales para dar cumplida tramitación, a este requerimiento de detención y entrega, como pudieran serlo, entre otros, la más perfecta identificación de la persona reclamada, la naturaleza y tipificación legal del delito, la pena impuesta, si hay una sentencia firme o, en su caso, la escala de penas que establece la legislación para ese delito, constituirá un obstáculo insalvable para el éxito de la orden. En tal caso, parece razonable que la autoridad judicial de ejecución, atendidas las circunstancias del caso, ponga en conocimiento de la autoridad judicial de emisión, la ausencia de los datos esenciales, que le impiden, en este momento inicial del procedimiento, el conocimiento de la orden, al objeto de su subsanación, si fuere posible.

Naturalmente, la autoridad judicial de ejecución vendrá obligada a conocer de la orden europea, una vez hubieren sido completados o de cualquier modo subsanados los datos inicialmente omitidos, estando facultada, en otro caso, tras el transcurso de un plazo razonable, para archivar el procedimiento, sin perjuicio, claro está, de que la autoridad judicial de emisión pueda reabrirlo en un momento ulterior.

Asimismo, consideramos prudente advertir que el sexto de los requisitos exigidos por la norma que regula el contenido de la orden, que es la «descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada» parece, a todas luces, esencial en orden a preservar, al sujeto reclamado, de una eventual violación de su derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, debido a la especial circunstancia de que las autoridades judiciales de ejecución no se hallan investidas, en este procedimiento de detención y entrega, de potestad jurisdiccional para el ejercicio de la acción penal, ni, en consecuencia, para entrar a conocer de la presunta culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, merced a la hipotética valoración de un medio de prueba que no se halla a su disposición, sino sólo para verificar el cumplimiento de los requisitos procesales y materiales que condicionan la entrega, no podemos, paralelamente, inferir, de su ac-

necesidad de que la autoridad que ha de ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno, en «Llega la eurrorden», *Actualidad Jurídica Aranzadim* n.º 573, 2002.

tuación favorable a la entrega en ausencia de prueba, atentado alguno al derecho, del sujeto reclamado, a la presunción de inocencia³.

El Juzgado Central de Instrucción, como autoridad judicial de ejecución española, comprobará que la orden europea esté traducida al español. En el supuesto de que no se remita la orden traducida, la autoridad judicial de ejecución española lo comunicará a la autoridad judicial de emisión, al objeto de que la remita en el más breve plazo. El procedimiento se suspenderá hasta tanto no se reciba la misma (ex. art.10.2.º). Cuando la detención de la persona reclamada sea consecuencia de la introducción de su descripción en el Sistema de Información Schengen, efectuada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 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, el Juzgado Central de Instrucción procederá, de oficio, a la traducción de la orden, sin suspender el procedimiento (ex. art.10.2.º III).

La solución arbitrada para la traducción de la orden ha sido, con acierto, calificada de «provocadora de un retardo injustificado»⁴, habida cuenta de que la suspensión del procedimiento, a la espera de la traducción por parte de la autoridad judicial de emisión, una vez detenida y pendiente de entrega la persona reclamada, supone, de un lado, una quiebra de la agilidad predicable de este tipo de procedimiento y, de otro, la consiguiente pérdida de garantías para el detenido por la espera del tiempo inútilmente transcurrido entre la petición de la entrega en el idioma del Estado en el que se encuentre y su traducción, por dicho Estado, al idioma oficial del Estado español. Así, pues, parecería razonable aplicar la premisa dispuesta para los casos de la descripción de la persona reclamada en el SIS, a todos los supuestos.

La autoridad judicial de ejecución habrá de verificar, en este momento, la efectiva concurrencia de los requisitos materiales de la orden europea. En este sentido, con la sola excepción de la resolución, dimanante de la autoridad judicial de emisión, en virtud de la

³ *Vid.* en este sentido, RUIZ DE LOS PAÑOS BRUSI, A., quién afirma, con acierto, que «la mayor o menor prueba sobre los hechos motivadores de la extradición es intrascendente a efectos de la resolución que haya de dictarse sobre la procedencia de aquella», en «Extradición pasiva y derechos humanos», Poder Judicial (2.ª época), n.º 38, junio, 1995, p.204.

⁴ *Vid.* al respecto, CASTILLEJO MANZANARES, R.: «El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega», Actualidad jurídica Aranzadi n.º587, Madrid, 2003, p. 3.

cual halla de producirse, ineludiblemente, la entrega automática, debido a la integración del «hecho delictivo» concreto, en alguna de las categorías delictivas recogidas en el listado que exige del cumplimiento de la «doble incriminación», de manera complementaria a su penalidad superior a tres años de privación de libertad, en los restantes supuestos, la autoridad judicial de ejecución habrá de examinar la inclusión y correlativa tipificación, conforme a sus propio código penal, del «hecho punible» por el que se ha solicitado la detención y la entrega.

Así, pues, cuando la orden europea transmitida no contenga la información preceptiva referida en el artículo 3 de la LOEDE, el Juez Central de Instrucción solicitará, a la autoridad judicial de emisión, la información omitida. Igualmente podrá solicitar, de la autoridad judicial de emisión, información complementaria sobre los posibles motivos de denegación o condicionamiento de la ejecución (ex. art. 15.1.º LOEDE). El Juez Central de Instrucción podrá fijar un plazo para que se le envíe dicha información, teniendo en cuenta la necesidad de respetar los plazos máximos previstos por el artículo 19 (ex. art. 15.2.º).

La autoridad judicial de ejecución tendrá, ciertamente, muy limitada su labor de conocimiento, siquiera sea incidental, de los «hechos delictivos» que, en verdad, perturbaron el «orden público» y la «paz social» de un Estado comunitario diferente al Estado en el que aquellas autoridades han de operar. Es por ello por lo que el conocimiento «incidental», predicable de las autoridades judiciales de ejecución, ha de quedar reducido al examen, de los presupuestos materiales y procesales, inherentes, de modo necesario, a todo procedimiento de entrega, habida cuenta de que le viene totalmente prohibida, habiéndose cumplido estos presupuestos, toda posibilidad de ulterior enjuiciamiento, ni mucho menos de ejecución de condena.

Bien es cierto que el parámetro de medición más exacto de la eficacia de este nuevo instrumento de «detención y entrega» vendrá determinado por la consecución de un número cada vez más decreciente de «huidas» o «fugas», de los autores de actuaciones delictivas, a un lugar diferente en el que las llevaron a cabo, motivadas en la evasión de la acción de la Justicia, toda vez que la agilidad y eficacia, predicable de este nuevo procedimiento, constituirá, sin duda alguna, un elemento disuasorio en el ánimo de la «huida» y, de otro, un factor ejemplificador de la realización inmediata de la Justicia penal, en el ámbito de la UE, de la que son, en buena medida, responsables las autoridades judiciales de ejecución, pues a ellas corresponde, en úl-

tima instancia, el examen sobre la «reclamación» de entrega y, en su caso, la decisión favorable a su realización automática o inmediata.

Asimismo, las autoridades judiciales de ejecución decidirán, aún cuando nada disponga, por razones obvias, la LOEDE al efecto, en el supuesto de que la persona reclamada fuese, al propio tiempo, un «residente ilegal» en su Estado, optar, con vistas a la ulterior «entrega», entre la realización, de un lado, del procedimiento de detención y entrega, que sería, naturalmente, lo deseable con independencia de la situación de «legalidad» o «ilegalidad» del sujeto reclamado, o, en su caso, de otro, la expulsión, al Estado de su nacionalidad, con la consiguiente pérdida, de haber delinquido dicho sujeto, en un Estado de la UE, de su enjuiciamiento, en el lugar de comisión de la actuación delictiva.

La jurisprudencia⁵ ha establecido, en este sentido, una notoria diferencia entre el procedimiento reglado de «entrega», entre dos Estados, sometidos, en esta materia, a un marco legal de recíproca actuación judicial y la decisión unilateral, de un determinado Estado, consistente en proceder a la expulsión de un extranjero, que se encuentre ilegalmente en su territorio.

En España, son «autoridades judiciales de ejecución» competentes a efectos de dar cumplimiento a la orden europea los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en los casos y forma determinados por la LOEDE (ex. art. 2.2.º).

Si el órgano judicial español que recibe una orden europea no es competente para darle curso, transmitirá de oficio dicha orden a la Audiencia Nacional e informará de ello a la autoridad judicial de emisión (ex. art. 10.1.º LOEDE).

La razón de ser de esta transmisión, en caso de incompetencia, siempre y en todo caso, a la Audiencia Nacional, responde, como luego veremos, a la centralización de la competencia, establecida por nuestro legislador interno, en este punto, con plausible criterio, puesto que la agilidad, del procedimiento, se verá, desde luego, premiada si el eventual error en la transmisión o recepción de la orden se sol-

⁵ *Vid.* entre otras, las SSTS de 14 de diciembre de 1989, (r. 9578) y de 7 de octubre de 2003, (r.7726), donde queda perfectamente claro que «al contrario de lo que ocurre en el caso de la extradición, en el que media la petición formal de un Estado a otro, la decisión de expulsión de un extranjero que se encuentra ilegalmente en su territorio, tiene un evidente carácter unilateral, pues queda bajo la exclusiva iniciativa y responsabilidad del Estado que la adopta, sin que otros Estados sean competentes para revisar su adecuación a sus normas reguladoras».

venta, con celeridad, en un único Tribunal, no siendo susceptible, tal y como acontece en el proceso penal, de eventuales problemas ulteriores de competencia.

El Juzgado Central de Instrucción comunicará al Ministerio de Justicia, a la mayor brevedad posible, la recepción de cuántas órdenes europeas le sean remitidas para su ejecución (ex. art.10.3.º LOEDE).

La LOEDE ha centralizado, con meridiana claridad y precisión, la competencia para la ejecución de las órdenes europeas, en el seno de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Ahora bien, la abierta posibilidad de emitir órdenes europeas, predicable de los Juzgados de menores y, en la materia atinente a la única jurisdicción especial existente en España, de los Juzgados militares, ha inducido, a la doctrina, a defender⁶, paralelamente, la extensión de la competencia para ejecutar dichas órdenes europeas, atribuida en principio de los Juzgados Centrales de Instrucción, a los Juzgados Centrales de menores y al Tribunal Militar Central

La centralización de la competencia, tanto en materia de extradición, como de detención y entrega, en la Audiencia Nacional, no ha sido, sin embargo, objeto de consenso doctrinal⁷.

Frente a la efectiva existencia y racionalización de las múltiples razones que avalan la «centralización» de la competencia, en materia de ejecución de la orden europea, se alza, ello no obstante, un buen número de motivaciones disidentes. Así, pues, habremos de concluir, tras la verificación del cómputo mayoritario alcanzado, merced al análisis de dichas motivaciones, que comporta toda técnica de «balance», con la asunción, de buen grado, de dicha unificada competencia.

La centralización de la competencia, en la Audiencia Nacional, de la ejecución de todas y cada una de las órdenes europeas, cursadas

⁶ JIMENO BULNES, M.: «La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales», La Ley n.º 5979, 19 de marzo de 2004, p.2.

⁷ Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., para quién «no se justifica que los delitos cometidos en el extranjero queden sujetos al corsé de la Audiencia Nacional, cuya razón de existencia no es otra, a nuestro juicio, que la necesidad de centralizar, por razones obvias, el enjuiciamiento fundamentalmente de los delitos de terrorismo que vienen hiriendo terriblemente a España desde hace más de treinta años», en «Reflexiones sobre el caso *Pinochet*: ¿Tienen competencia los Tribunales españoles?», Actualidad Penal, n.º 30, 24 a 30 de julio, 2000, p.652.

por las autoridades judiciales de nuestro entorno comunitario, supone, en primer lugar, un mayor nivel de *especialización*, de dicho órgano, en las diversas y numerosas peculiaridades, predicables de los nuevos procedimientos de detención y entrega, en relación con los cuales, por cierto, resultará de imprescindible observancia, la aplicación, en multitud de ocasiones, de la máxima *iura novit curia*, y ello no sólo, claro está, respecto de nuestra propia legislación nacional, sino también de la de los Estados miembros, que conforman la UE, e incluso del propio y singular modo de proceder, de los Tribunales de Justicia correspondientes a estos Estados, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado».

La centralización de la competencia, en la Audiencia Nacional, de la ejecución, en España, de las órdenes europeas supone, en segundo lugar, la evitación de resoluciones contradictorias, en relación con idénticos o muy similares supuestos de «detención y entrega», puesto que la experiencia judicial española nos demuestra, lamentablemente, que la interpretación y aplicación, de unos mismos cuerpos normativos, varía, enormemente, en función de los diferentes Tribunales de Justicia, a los que corresponda el conocimiento de cada concreta pretensión penal.

Finalmente, la centralización de la competencia, en la Audiencia Nacional, de la ejecución de todas las órdenes europeas, solicitadas a España, desde los Estados miembros, garantiza la inexistencia de eventuales «conflictos de competencia», que resultarían altamente lesivos, no sólo por el carácter urgente de este nuevo instrumento de cooperación judicial, sino también, por el alto nivel de desconfianza, que podría inspirar a nuestros vecinos comunitarios, la situación «en espera» de resolución, amparada en una concurrencia positiva o negativa de pretensiones instrumentales, por parte de nuestros Tribunales nacionales, de la detención y la entrega.

No se nos oculta, naturalmente, la existencia de otra suerte de razones que avalan la posición contraria, consistente, en la descentralización de la competencia y subsiguiente diversificación, entre nuestros distintos Tribunales de Justicia nacionales, de la competencia para ejecutar las órdenes europeas.

Estas razones serían, mayoritariamente, de índole procesal, esto es, de previsible técnica impropia, por parte de la Audiencia Nacional, en la aplicación de los presupuestos habilitantes para ejecutar la «entrega». Así, pues, la perniciosa aplicación, a los nuevos procedimientos de detención y entrega, de las normas extradicionales, que

venía acostumbrada a interpretar, la Audiencia Nacional, en todo tipo de procedimientos de extradición, de un lado, y la ausencia de relación directa, entre las autoridades judiciales europeas, implicadas en el ulterior ejercicio de acciones penales o ejecución de condena, constituyen, desde luego, razones de peso para estimar, en otro caso, que la competencia, para la ejecución de las órdenes europeas, debiera haberse descentralizado.

Sin embargo, y habida cuenta de que, lamentablemente, la afirmación de una posición resulta inconciliable con el mantenimiento de la otra, conscientes, como lo somos, de las ventajas e inconvenientes que acarrea la adopción, de cada una de ellas, nos inclinamos a considerar que la «especialización», la «evitación de resoluciones contradictorias» y la paralela «inexistencia de conflictos de competencia» constituyen, en verdad, razones de mayor calado que las atinentes, de un lado, a una mejor o peor «interpretación y aplicación técnica» de la normativa reguladora de la «entrega», predicable, por cierto, tanto de la Audiencia Nacional, como, entendemos, caso de haberse «descentralizado» la competencia, de cualquier otro órgano judicial, y, de otro, a una más fluida comunicación entre las autoridades judiciales europeas, llamadas a enjuiciar y ejecutar la condena, de los sujetos entregados, toda vez que este ulterior proceso penal o, en su caso, ejecución de la condena, no ha de encontrar paralelismo alguno, con el «procedimiento de detención y entrega», objeto del presente estudio.

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 (ex art.13.1.º LOEDE).

Del sentir general de la LOEDE parece desprenderse, en línea de principio, la obligatoriedad de la detención, predicable de la autoridad judicial de ejecución, frente a la discrecionalidad de la entrega.

Ahora bien, la obligatoriedad de la detención, atribuible a dicha autoridad de ejecución, habrá de venir determinada, a nuestro juicio, por la concurrencia previa, vigilable de oficio, de los requisitos mínimamente exigibles para estimar, siquiera sea incidentalmente, cumplidos los presupuestos materiales y procesales del procedimiento de detención y entrega.

En este sentido, parece razonable que la autoridad judicial de ejecución conozca de la solicitud de detención y entrega, con carácter previo a la emisión de la resolución en virtud de la cual se procederá

a efectuar la detención, puesto que la eventual detención del autor de un hecho delictivo prescrito o, en su caso, de una actuación carente de toda tipificación, en nuestro ordenamiento jurídico, no habrá de conllevar, como es lógico, limitación alguna de la facultad deambulatoria, de dicho sujeto, o de su libertad de movimientos en nuestro territorio y ello aunque en la legislación interna de las autoridades judiciales de emisión, aquel delito, no hubiere, en el primer supuesto, prescrito o, en el segundo, aquella actuación, se hallare tipificada con la pena mínima requerida al efecto de la emisión orden europea.

Sin perjuicio de lo anterior, parece igualmente razonable que las autoridades judiciales de ejecución, una vez atendidos los presupuestos materiales y procesales, inherentes al procedimiento de detención y entrega, en curso de realización, adopten, en este momento, una fórmula más leve y menos dañina para el sujeto reclamado, como podría serlo, a juicio de la doctrina⁸, la «citación», siempre que existan razones fundadas para sostener que no existirá peligro de fuga.

La detención deberá, asimismo, practicarse, conforme prescribe la LECrim., en su artículo 520.1.º, en la forma que menos perjudique al detenido, en su persona, reputación y patrimonio.

En el plazo máximo de 72 horas tras su detención, la persona detenida será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. 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 derechos que le asisten (ex. art.13. 2.º y 3.º LOEDE).

El establecimiento legal de este trámite procesal podría, en ciertos casos, haberse obviado, puesto que aún siendo lo cierto que toda detención requiere, necesariamente, la intervención judicial, no lo es menos, conforme ha indicado la doctrina⁹, que por dicha «interven-

⁸ Vid. al respecto, GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: «El espacio común europeo: aspectos procesales de la cooperación judicial en materia penal. La euroorden europea», en Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 341.

⁹ Vid. en este sentido, LÓPEZ AGUILAR, J. F., quién afirmaba, incluso durante la vigencia de la extradición que «la posibilidad de atender un requerimiento cursado por la autoridad judicial extranjera y poner en manos de INTERPOL, de la policía extranjera o de la propia autoridad judicial extranjera, sin necesidad de mediación de puesta a disposición de la autoridad judicial nacional, resulta constitucionalmente encajable a la luz de las garantías de los arts. 17, 24 y 117.3 CE», en «Reflexiones a propósito de la extradición pasiva», Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 66, 3 de septiembre de 1992, p.3.

ción judicial» cabría entender, a la luz del precepto 17.2.º CE, no sólo la de la autoridad judicial de ejecución, sino también, naturalmente, la de la autoridad judicial de emisión.

En este sentido, la entrega automática dimanante de este procedimiento, especialmente en los supuestos de exención de la doble incriminación, en los que la facultad de dicha entrega deviene obligatoria, podría haber sido agilizada considerablemente, de haberse conferido, expresamente, también a la autoridad judicial de emisión, la competencia atribuida, en la normativa interna española, en exclusiva, al Juzgado Central de Instrucción de nuestra Audiencia Nacional.

Ahora bien, sin perjuicio de que la anterior reflexión parece, en línea de principio, desde luego, muy atinada, en orden a la consecución de los fines de celeridad, agilidad y urgencia del procedimiento, conviene, ello no obstante, realizar algunas matizaciones.

El derecho fundamental, recogido en el precepto 17.3.º CE, que asiste a toda persona detenida, de ser informada, de forma inmediata, de las razones de su detención, no supone, necesariamente, por una supuesta y tal vez inadecuada extensión analógica, el derecho, de ese mismo sujeto, de ser informado, de las razones de su entrega, y ello aún cuando la detención constituye, en este procedimiento urgente, un elemental requisito *sine qua non* de la entrega.

Así, pues, y dado que no existe, fuera del marco de la LOEDE, ni en nuestra regulación constitucional, ni en la ordinaria, derecho fundamental u ordinario alguno a propósito del derecho, del detenido, a ser informado, de las razones de la «entrega», sino sólo de las de la «detención», y aún cuando, de las primeras razones, podrá inferir el sujeto reclamado, con probabilidad, las segundas, no parece que podamos afirmar rotundamente la imperiosa necesidad de que sea, por motivos diferentes a la premisa estipulada en la LOEDE, la autoridad judicial del Estado dónde se encuentra, la única competente para poner en su conocimiento las razones de la entrega.

Ahora bien, la imperiosa oportunidad de que sea nuestra propia autoridad judicial, quién ponga en conocimiento, de la persona detenida, la existencia de la orden europea vendrá determinada, de un lado, por la eventual manifestación del consentimiento¹⁰, de dicho su-

¹⁰ Conviene, asimismo, advertir, con VILLAGRÁN KRAMER, F., que «la sustracción de una persona por la fuerza, contra su voluntad y sin el consentimiento del Estado donde se encuentra es contraria al Derecho internacional general, independiente de si existen o no tratados de extradición entre los Estados, por cuánto entraña, por

jeto, a la entrega y, de otro, en caso contrario, por la imprescindible realización de su derecho de defensa, en el propio procedimiento de detención y entrega.

Aún siendo lo cierto que el procedimiento de entrega no se halla orientado, tal y como ya hemos anticipado, a la declaración judicial sobre la culpabilidad o inocencia, del sujeto reclamado, sino sólo a la apreciación de la concurrencia de los presupuestos de la entrega, no podemos dejar de secundar el razonamiento atinente a que el principio acusatorio¹¹ ha de desplegar, asimismo, toda su virtualidad, en cuánto antecedente inmediato y necesario del procedo principal, también en el procedimiento de detención y entrega.

En este sentido y atendidas todas las circunstancias anteriores, habremos de concluir afirmando que la eventual puesta a disposición, del sujeto detenido, directamente ante las autoridades judiciales de emisión, sin una comunicación previa entre dicho sujeto y las propias autoridades de ejecución, tan sólo habría sido razonable, en aras de una mayor celeridad de las entregas europeas, cuando la actuación delictiva por la que hubiere sido emitida la orden, estuviere tipificada, en el código penal del Estado miembro de emisión, con una pena o medida de seguridad, privativas de libertad, superior a tres años y se encontrare, al propio tiempo, incluida en el listado de delitos que eximen, siempre y en todo caso, la aplicación del principio de la doble incriminación. Estos son los únicos supuestos de «entrega automática» en los que las facultades, de las autoridades judiciales correspondientes al lugar dónde se encuentra el sujeto re-

una parte, intervención y, por la otra, violación del derecho al debido proceso legal de detención del afectado», de tal suerte que, no mediando dicho «consentimiento», por parte del sujeto reclamado, entonces, las autoridades judiciales de ejecución vendrán, de manera ineludible, obligadas a motivar, suficientemente, la aceptación o, en su caso, la denegación de la entrega», en «El caso Álvarez Machain a la luz de la jurisprudencia y doctrina internacional», en *Revista de derecho internacional*, n.º 2, julio-diciembre, 1993, pp. 547 y 548.

¹¹ Recuérdese, en este momento, con GÓMEZ COLOMER, J. L., que, «como consecuencia del principio acusatorio, la persona que presuntamente ha cometido el hecho punible debe recibir, y en España por ejemplo tiene derecho constitucional a ello (art. 24.2 CE), una información clara, concreta y precisa acerca de la acusación», en «La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional», *Revista penal*, n.º 12, Ed. «La Ley», 2003, p. 77; *Vid.* sin embargo, LORCA NAVARRETE, A. M., quién advierte, por su parte, que «frente a un modelo acusatorio pergeñado inquisitivamente y tutelado inquisitorialmente se accede a un modelo *sustancialmente adversarial*, lejano del modelo acusatorio pergeñado en la LE-Crim. y cercano, por el contrario, al *adversary system* de trazo anglosajón», «La aplicación del modelo adversarial del proceso penal al ordenamiento jurídico español», *Diario La Ley* n.º 5869, 13 de octubre de 2003p. 14.

clamado, son mínimas, habiendo de limitar su actuación a la mera ejecución de lo resuelto, por la autoridad judicial de emisión, en la resolución de detención y entrega.

La detención de la persona reclamada será, en todo caso, comunicada a la autoridad judicial de emisión por el Juzgado Central de Instrucción (ex. art. 13. 4.º LOEDE).

La detención realizada en España, del sujeto reclamado por las autoridades judiciales correspondientes al Estado miembro dónde hubiere tenido lugar la «actuación delictiva», que se le imputa o, en su caso, por la que hubiere sido condenado, habrá de practicarse, como es lógico, conforme a nuestro propio código procesal penal y, desde luego, a la Constitución Española, aún cuando la LOEDE no hubiese acometido, probablemente por descuido, referencia expresa, en este sentido, a nuestra carta magna.

El precepto 17.3.º CE establece que «toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca». El precepto 520.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, recoge, por su parte, con exhaustividad, el elenco de derechos que asisten al sujeto privado de libertad.

La Constitución española prescribe, en el segundo apartado de su precepto 17, que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

En sintonía con el anterior precepto constitucional, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene, en su artículo 520.1.º II, idéntica proscripción de la duración superior a setenta y dos horas del detenido preventivamente, salvedad hecha de que el detenido fuere, al propio tiempo, persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes (ex. art.384.bis), en cuyo caso, según prosigue el precepto 520.bis. 1.º, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, previa autorización del Juez, mediante resolución motivada.

Ahora bien, del rigor literal del precepto 13.2.º de la LOEDE («en el plazo máximo de 72 horas tras su detención, la persona detenida

será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional»), parece desprenderse que la eventual ampliación del plazo de detención de las personas integradas o, de cualquier modo, relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, a la que se refiere nuestra LECrim., no resulta, paralelamente, extensible al procedimiento de ejecución de la orden europea, toda vez que, por las especiales características de este procedimiento instrumental, no corresponde, en verdad, a nuestra propia policía judicial, sino a la del lugar dónde tuvo lugar la concreta actuación delictiva, por la que se reclama a su autor, la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

Así, pues, aún cuando coincidimos, con la doctrina¹² que se ha ocupado de la presente cuestión, en que aquel plazo constitucional de 72 horas constituye un «plazo máximo», o, conforme a su propia terminología un «tiempo límite», no pudiendo, no sólo ser rebasado, en cuánto «límite máximo», sino tampoco, llegar a ser agotado, de haber sido realizadas las oportunas investigaciones, antes de su efectivo cumplimiento, esto es, antes del transcurso definitivo de las setenta y dos horas, debemos acometer, ello no obstante, en este sentido, una matización. Y esta matización viene determinada, tal y como ya hemos apuntado, en relación con la inoportunidad de la «ampliación de la detención», por la naturaleza accesoria o instrumental del procedimiento de ejecución de la orden europea, respecto del propio proceso penal.

En este sentido, si a las autoridades judiciales de ejecución no les viene permitida la realización de investigaciones tendentes a la averiguación de la culpabilidad o inocencia, del sujeto reclamado, sino sólo a la del cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales, de imprescindible cumplimiento, para aceptar o, en su caso, denegar la entrega, entonces, no sería razonable exigir, a los miembros de nuestra policía, incluso con antelación a la puesta a disposición judicial, la realización de cualquier tipo de averiguación tendente al esclarecimiento de unos «hechos delictivos» que no han tenido lugar en nuestra propia demarcación territorial.

Es por ello por lo que, sin perjuicio, claro está, de la imprescindible realización de cualesquiera otro tipo de averiguaciones, tendentes, en exclusiva, a la comprobación de la identidad del sujeto recla-

¹² Vid. las reflexiones de ALONSO PÉREZ, F., a propósito de este plazo máximo de detención, «El plazo de detención», *Diario La Ley*, n.º 5246, 13 de febrero de 2001.

mado¹³, de la que han de responsabilizarse, como es lógico, nuestras autoridades policiales, con carácter previo a la puesta a disposición judicial, en el más breve plazo posible y, desde luego, siempre inferior a setenta y cuatro horas, ninguna otra obligación parece desprenderse de la atribución de funciones, al cuerpo policial español, en este procedimiento instrumental acelerado, efectuada deontológicamente, conforme al sentir de la LOEDE, de la Ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de la Ley de enjuiciamiento criminal y de nuestros otros códigos legales.

Así, pues, las autoridades policiales de ejecución habrán de limitar su actuación, en los procedimientos europeos de detención y entrega, a la verificación de la identidad del sujeto reclamado y a su inmediata puesta a disposición judicial, en el más breve plazo posible, con un límite máximo de setenta y dos horas, sin que la eventual realización de cualesquiera otras actuaciones tendentes al «esclarecimiento de los hechos» pueda constituir razón legítima alguna para agotar dicho plazo, ni mucho menos para rebasarlo, cuando hubieren alcanzado el pleno convencimiento de que la persona detenida, y no otra, es la efectivamente reclamada por las autoridades judiciales de emisión.

Si atendemos, antes de concluir, a la premisa, advertida por la doctrina¹⁴, consistente en que «el someter a un inocente a juicio o no perseguir a un culpable resulta normalmente de deficiencias en la investigación», habremos de admitir, paralelamente, que el principio de reconocimiento mutuo habrá de proyectar toda su virtualidad, por las razones anteriormente argüidas, no sólo respecto de las autoridades judiciales o fiscales europeas, según el sistema procesal elegido por los distintos Estados miembros, para la realización de la instrucción, sino también de las propias autoridades policiales, en la investigación de los delitos, por los que procederá, en su caso, la ejecución de la orden.

¹³ Téngase en cuenta, con CEZÓN GONZÁLEZ, C., que «en materia de identificación puede ser procedente la realización de pruebas acerca de la relación del detenido como reclamado con personas, lugares o circunstancias consignadas en el relato fáctico del Estado requirente, a efectos de que la persona sujeta al procedimiento de extradición (en nuestro caso, al procedimiento europeo de entrega) y la reclamada son la misma», en «Derecho extradicional», n.º 6 de la colección de estudios Penales, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 148.

¹⁴ *Vid.* a propósito de la premisa enunciada en el texto, MORAES ROCHA, J. L. y CONDE CORRÊIA, J.: «Sistema de procedimiento penal portugués», en «Sistemas penales europeos», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002, p. 224.

La LOEDE, en exacta consonancia con el artículo 18.1.º la D. M., prescribe, en su precepto decimosexto, que, en los supuestos de órdenes solicitadas con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, si la autoridad judicial de emisión lo solicitare, el Juzgado Central de Instrucción podrá acordar, bien que se tome declaración a la persona reclamada, o bien el traslado temporal de dicha persona al Estado miembro de emisión.

La imprecisión de este precepto no nos permite afirmar, con rotundidad, que la elección de la opción, en la dualidad alternativa ofrecida, entre tomar declaración, en el propio Estado miembro de ejecución o, en su caso, el traslado de la persona, al Estado miembro de emisión, corresponde, como debiera, siempre y en todo caso, a la autoridad judicial de este último Estado.

Así, pues, del rigor literal de aquel precepto cabe inferir, al menos, tres tipos de consecuencias: la primera y elemental consecuencia sería la dimanante de la eventual «negativa», por parte de la autoridad judicial de ejecución, tanto a la declaración, como al traslado temporal, habida cuenta que el legislador ha manifestado, a través de la expresión «podrá acordar», claramente, que la realización de una de estas posibilidades pende, en todo caso, de la voluntad favorable a su concesión, por parte del Juzgado Central de Instrucción.

Ahora bien, de la regulación de la solicitud, de declaración o traslado, efectuada por la autoridad judicial de emisión, con carácter previo a la resolución, en la que autoridad judicial de ejecución acepta o deniega dichas peticiones, cabe inferir, a su vez, dos tipos posibilidades.

La primera vendría determinada por la petición, a cargo de la autoridad judicial de emisión, de la declaración o, en otro caso, del traslado, de la persona reclamada, quedando sujeta la decisión final, que no la elección, a la voluntad favorable de la autoridad judicial de ejecución. La segunda sería la propia elección, por parte de la autoridad judicial de ejecución, de la declaración o del traslado, sin que la solicitud de una de estas opciones, por parte de la autoridad judicial de emisión, le vinculase en orden a la concesión de una u otra opción.

En este sentido, parece razonable que sea la autoridad judicial de emisión, quién, atendidas las circunstancias concretas del caso, goce, en su petición, de la dualidad opcional entre la declaración o el traslado, sin perjuicio, claro está, de la decisión final, que habrá de ser motivada, especialmente si es denegatoria, y corresponde, como es lógico, en todo caso, a la autoridad judicial de ejecución.

La toma de declaración de la persona reclamada se llevará a cabo por la autoridad judicial de emisión, que se trasladará a España, y, en su caso, con la asistencia de la persona designada de conformidad con el derecho del Estado de emisión. Dicha declaración se practicará según lo previsto por la ley española y en las condiciones pactadas entre las autoridades judiciales concernidas. En todo caso, se respetará el derecho a la asistencia letrada del detenido, su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como a ser asistido de un intérprete.

El Juzgado Central de Instrucción podrá establecer que dicha diligencia se practique en su presencia o con la de un secretario judicial que deje constancia del cumplimiento de las condiciones previstas en este artículo y las pactadas entre las autoridades judiciales que conocen del procedimiento (ex. art.16.2.º II).

En caso de haberse acordado el traslado temporal de la persona detenida, se llevará a cabo dicho traslado en las condiciones y con la duración que se acuerde con la autoridad judicial de emisión. 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 (ex. art. 16.3.º).

Aún cuando la dificultad supuesta por la realización material del traslado temporal, del imputado, ha sido calificada, por la doctrina¹⁵, de ímproba, no parece que la opción de la videoconferencia¹⁶, a salvo claro está de aquellos supuestos en los que la declaración resulte imposible de otra manera, sea una opción idónea en un sistema procesal penal, que como lo es el nuestro, se halle inspirado en principios tales como el de la contradicción y el de la intermediación.

Y es que, con independencia de la celeridad que imprima al curso del procedimiento, de lo que no cabe duda alguna es que las autoridades judiciales de emisión tendrían, a través de la videoconferencia,

¹⁵ Vid. en este sentido, CASTILLEJO MANZANARES, R.: «Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros», Ed. Colex, Madrid, 2002, p. 118.

¹⁶ Vid. BUJOSA VADELL, L. M., quién afirma que «la participación que se da a través de la informática no deja de ser una *pseudoparticipación*, en «Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal», Diario La Ley, n.º 5627, 7 de octubre de 2002, p.7; Vid. sin embargo, a favor de la utilización de la videoconferencia en las tomas de declaración y en la práctica de otras diligencias, en el Estado al que se reclama la entrega del detenido, GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V., en «Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia», Diario La Ley, n.º 5831, 24 de julio de 2003, p. 6.

un menor grado de certeza y verosimilitud, un déficit de seguridad jurídica, en suma, a los efectos de formarse un juicio sobre la veracidad de las afirmaciones del detenido, que si la propia declaración fuere efectuada presencialmente.

La audiencia de la persona detenida se celebrará ante el Juez Central de Instrucción, en el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial, con asistencia del Ministerio Fiscal, del Abogado de la persona detenida¹⁷ y, en su caso, de Intérprete, debiendo realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ex. art.14.1.º LOEDE).

En primer lugar, se oirá a la persona detenida sobre la prestación de su consentimiento irrevocable a la entrega. Si la persona detenida consintiera su entrega, se extenderá acta comprensiva de este extremo, que será suscrita por la persona detenida, el secretario, el representante del Ministerio Fiscal y el Juez. En la misma acta se hará constar la renuncia a acogerse al principio de especialidad, si se hubiere producido. En todo caso el Juez Central de Instrucción comprobará si el consentimiento a la entrega, por parte de la persona detenida, ha sido prestado libremente y con pleno conocimiento de sus consecuencias, en especial de su carácter irrevocable. De la misma forma procederá respecto de la renuncia a acogerse al principio de especialidad. A continuación, si no hubiere consentido, el Juez oirá a las partes sobre la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega (ex. art. 14.2.º LOEDE).

En todo caso, se oirá al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de la entrega o la imposición de condiciones a la misma (ex. art. 14.3.º LOEDE).

En la audiencia podrán proponerse por las partes los medios de prueba relativos a la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de dicha entrega. Si la prueba no pudiera practicarse en el curso de la audiencia, el Juez fijará plazo para su práctica, teniendo en cuenta la necesidad de respetar los plazos máximos previstos en esta Ley (ex. art. 14. 4.º LOEDE).

Naturalmente, este plazo máximo de 72 horas, de que dispone la autoridad judicial de ejecución, puede resultar insuficiente para exa-

¹⁷ Vid. a propósito de la propuesta de la instauración de la figura del «eurodefensor» o «Abogado defensor europeo», las críticas argüidas y los límites impuestos por VOGEL, J.: «Cooperation in criminal matters in the European Union: Five major tendencies-five proposals for future action», Congreso internacional sobre «el espacio judicial europeo», celebrado en Toledo, 29 octubre, 2003.

minar, adecuadamente, todos los extremos de la solicitud de entrega. Es por ello por lo que la D.M., en su duodécimo precepto ha prescrito que «cuando se detenga a una persona sobre la base de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución decidirá de conformidad con el Derecho del Estado miembro de ejecución si la persona buscada debe permanecer detenida. La libertad provisional del detenido podrá ser acordada en cualquier momento, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución, siempre que la autoridad competente de dicho Estado tome las medidas que considere necesarias para evitar la fuga de la persona buscada».

La previsible insuficiencia de este plazo de 72 horas, para examinar la solicitud de entrega, debiera haber impulsado al legislador, a regular la eventual adopción, conforme al principio de la proporcionalidad, de medidas alternativas, como podrían serlo, entre otras, la prohibición de abandonar el territorio nacional¹⁸ y la retirada, en su caso, del D.N.I., que es el único documento imprescindible, como es sabido, para efectuar las entradas y salidas de los distintos Estados que conforman el ámbito espacial de la UE.

El precepto 17 de la LOEDE establece, en este sentido, que en el curso de la audiencia a que se refiere el artículo 14 de la misma Ley, el Juez Central de Instrucción, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional o la libertad provisional, adoptando cuántas medidas cautelares considere necesarias para asegurar la plena disponibilidad de los afectados, y de modo especial las previstas a tal efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad de asegurar la ejecución de la orden europea. En cualquier momento del procedimiento y en atención a las circunstancias del caso, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, podrá acordar que cese la situación de prisión provisional, pero en tal caso deberá adoptar alguna o algunas de las medidas cautelares, previstas en la LECrim., para asegurar la plena disponibilidad de los afectados. Contra las resoluciones judiciales a que se refiere este artículo cabrá recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

¹⁸ *Vid.* sin embargo, a propósito de la inexistencia de una norma legal, en nuestra legislación nacional, que habilite la adopción de esta medida cautelar personal, lesiva del derecho a la libertad, el estudio de ANADON JIMÉNEZ, M. A.: «La insuficiencia de norma legal habilitante para acordar la prohibición de abandonar el territorio nacional y retirada del pasaporte», *Diario La Ley*, n.º 5658, 19 de noviembre de 2002.

Aún cuando el Juez Central de Instrucción habrá de regirse, a la hora de decretar la prisión o libertad provisional, por lo dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal al efecto del proceso penal, no debemos, en este momento, olvidar que la regulación legal de todos y cada uno de los extremos atinentes a este último proceso, no ha de resultar, siempre y en todo caso extensible, por analogía, al procedimiento de detención y entrega.

En este sentido, la libertad provisional o, en su caso, la prisión provisional, adoptada por las autoridades judiciales de ejecución, en un procedimiento de detención y entrega, destinado, en exclusiva, a examinar la concurrencia de requisitos que permiten o, en su caso, impiden la materialización de la entrega, para el ulterior ejercicio de acciones penales o, en su caso, para la ejecución de la condena, no será parangonable, a la adopción de idénticas medidas cautelares en el normal devenir de un procedimiento penal.

Las especiales características de aquel procedimiento acelerado, a escala de la Unión, debieran haber impulsado, al legislador comunitario y a nuestro propio legislador interno, a regular, con cierto detenimiento, las medidas cautelares inherentes a este concreto procedimiento, toda vez que su paralelismo, en esta materia, con las características del proceso penal es mínimo.

Así, pues, a modo de ejemplo, y sin ir más lejos, ni tan siquiera el límite penológico, introducido en el precepto 503.1.1.º de la LE-Crim., («los hechos han de presentar los caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión») por la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, para el procedimiento penal español, resulta coincidente con la estipulada por la LOEDE [ex.art.5.1.º a)] en el propio procedimiento español de detención y entrega, para la ejecución de órdenes europeas con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses¹⁹.

¹⁹ La falta de coincidencia entre el límite penológico, exigido por la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de prisión provisional, y el exigido por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, para decretar la prisión provisional, puede, por lo demás, resultar problemática, si tomamos en consideración, con GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M., que la adopción de la prisión provisional requiere, como primer presupuesto, que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley,

La prisión provisional, en cualquier caso, de acuerdo con los artículos 502 y ss., de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactados conforme a la LO 13/2003, recién mencionada, tan sólo se adoptará cuando sea, de un lado, *objetivamente necesaria*²⁰ y cuando, al propio tiempo, de otro, no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad²¹, a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional. Los requisitos materiales para su adopción, asimismo, son, en primer lugar, el límite penológico, al que acabamos de referirnos; en segundo, la existencia de «motivos bastantes», para considerar, al imputado, responsable de dicho delito; y en tercero, que, con la adopción de esta medida, se logre alguno de los siguientes fines: asegurar la presencia del imputado en el proceso (peligro de fuga)²², evitar que el imputado oculte, altere o destruya fuentes de prueba, evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y/o, en su caso, evitar que el imputado pueda cometer otros hechos delictivos.

resultando exigible, al propio tiempo, que esta medida, no sólo se instaure y regule mediante Ley orgánica (la LOEDE no lo es), sino que, además, sólo pueda ser adoptada como consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos que justifican el sacrificio de este derecho fundamental (y ninguno de los motivos de la LO 13/2003 han sido, previamente, regulados en la Ley 3/2003, ni, aunque lo hubieran sido, resultarían coincidentes, a salvo, claro está, el «peligro de fuga», por las especiales características del proceso de detención y entrega, con los que han de concurrir, para decretar idéntica medida cautelar, en el proceso penal), en «Derecho Procesal Penal», Ed. Colex, 1.ª ed., Madrid, 2004, p.537.

²⁰ La indebida adopción de la prisión provisional, por parte nuestros Jueces, no ha de merecer, ello no obstante, a juicio de SALAS DARROCHA, J. T., la consideración de «error judicial», en «La responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional indebidamente sufrida: perspectiva constitucional», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, n.º 19/2003, p. 11.

²¹ Téngase en cuenta, al respecto, con MUÑOZ CONDE, F., que «ninguna otra medida cautelar —como la prisión provisional, se entiende— restringe tanto los derechos del imputado, que aún es, no lo olvidemos, un inocente, con todos sus derechos y garantías, entre ellas la *presunción de inocencia*, al que, sin embargo, se le va a imponer una privación de libertad que, prácticamente, en nada se diferencia de la pena de prisión que, a lo mejor, finalmente, ni siquiera se le impone, y que, en todo caso, puede funcionar como una *pena a cuenta*, cuando no como una condena anticipada del preso preventivo», en «Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional», Derecho Penal, n.º 7, Ed. Juris, Argentina, 2000, p. 159.

²² El «peligro de fuga» concurrirá, siempre y en todo caso, en los procedimientos de detención y entrega, con la única salvedad de la cursada frente a un sujeto «español», si tomamos en consideración que dicho «elevado» peligro de fuga viene derivado, con carácter general, conforme tiene estipulado nuestra jurisprudencia [así, la AP de Girona, conforme al auto de 29 de septiembre de 2004, r. 310106], del «nulo arraigo» del acusado en nuestro país, es decir, de la «carencia de todo ligamen que nos haga presumir, con cierto fundamento y seriedad, que no tratará, caso de ser puesto en libertad, de sus- traerse a los requerimientos de la administración de Justicia».

La solicitud de la «entrega», por parte de la autoridad judicial de emisión, para proceder a la ejecución de la condena, de la persona reclamada, presupone, en efecto, la concurrencia de requisitos suficientes para decretar, con carácter general, la prisión provisional, y muy especialmente, por razones obvias, la del atinente a la existencia de «motivos bastantes» para considerar, al ya condenado, responsable del delito.

Ahora bien, la solicitud de «entrega», a cargo de esta misma autoridad judicial de emisión, de la persona reclamada, para proceder al ejercicio de acciones penales, no ha de presuponer, siempre y en todo caso, la concurrencia de aquellos requisitos, de imprescindible cumplimiento para la adopción de la prisión provisional, razón por la cual, las autoridades judiciales de ejecución españolas habrán de acordarla, en ausencia de norma específica para su adopción en los procedimientos de detención y entrega, con ciertas cautelas.

La única tesis jurisprudencial²³, argüida hasta el momento, en materia de prisión provisional, adoptada a los solos y exclusivos fines de «aseguramiento» del nuevo procedimiento de detención y entrega, ha estimado que la sustracción de la acción de la Administración de Justicia, predicable del sujeto reclamado, ya constituye, en sí mismo, la «conjuración de ciertos riesgos relevantes» para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad.

Sin perjuicio de la encomiable o, en otro caso, de la desafortunada interpretación y aplicación, de la prisión provisional, que nuestros Tribunales de Justicia puedan acometer, en orden a su adopción, en los futuros procedimientos de detención y entrega, lo cierto es que las peculiaridades de este procedimiento instrumental nos impulsan a considerar que no debieran serle aplicables, con carácter general, y sin la debida regulación de aquellas singularidades, las premisas contenidas en los preceptos procesales reguladores de las medidas cautelares personales en todo tipo de procesos penales.

La imprescindible revisión legislativa de las medidas cautelares, en general, y de la prisión provisional, en particular, se torna, si cabe, todavía más urgente, en los procedimientos de detención y entrega, ante la situación en la que se encuentran aquellos sujetos privados de libertad, a la espera de la «entrega», por una actuación delictiva acometida en un Estado comunitario, que al propio tiempo se

²³ Vid. a este respecto, el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 6 de julio de 2004 (r.267516).

hallan cumpliendo condena, en un centro penitenciario español, por otros hechos delictivos, acometidos en España, y enjuiciados por nuestros propios Tribunales de Justicia, puesto que, en tales supuestos, tal y como han advertido los especialistas en la materia²⁴, la situación de prisión provisional incide de forma importante en su situación penitenciaria, dado que le impide acceder a determinados beneficios del sistema, entre otros, los permisos de salida, el régimen de semilibertad y libertad condicional, que forman parte del modelo de ejecución penal que prevé el ordenamiento penitenciario, cuyo objetivo principal es el de procurar la reinserción social del recluso, lo que, en definitiva, viene a constituir un agravamiento en las condiciones de cumplimiento de la condena.

Si la persona afectada hubiera consentido en ser entregada al Estado de emisión y el Ministerio Fiscal no advirtiera causas de denegación o condicionamiento de la entrega, el Juez Central de Instrucción podrá acordar mediante auto su entrega al Estado de emisión. Este auto se dictará en el plazo máximo de 10 días y contra el no cabrá recurso alguno (ex. art. 18.1.º LOEDE).

El consentimiento de la persona afectada no ha de suponer, muy a pesar de la regulación específica de que ha sido objeto, una entrega mecánica o automática, por parte de las autoridades judiciales de ejecución, que vendrán, siempre y en todo caso, obligadas a examinar los presupuestos procesales y materiales inherentes a todo procedimiento de entrega, con independencia de la voluntad del detenido, al objeto, si los estimase incumplidos, de denegar, en todo caso, la entrega.

El auto en virtud del cual se acuerda la entrega de la persona que ha consentido, voluntariamente, dicha entrega habrá de ser, naturalmente, motivado, puesto que el consentimiento no ha de suponer, como es lógico, limitación alguna de los derechos que le asisten en orden al cumplimiento de todos los requisitos que permiten, tras la realización del oportuno procedimiento, efectuar la entrega.

El carácter irrenunciable del «consentimiento», manifestado por el sujeto reclamado, a la materialización de la entrega y la inmediata finalización del procedimiento de detención y entrega, supuesta por

²⁴ Para un estudio detallado a propósito de la problemática suscitada en el texto y el análisis de sus posibles soluciones, se remite al lector al trabajo de NISTAL BURÓN, J.: «La prisión preventiva en los procedimientos de extradición: consecuencias y efectos en el ámbito penitenciario», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n.º 1889, 15 de marzo de 2001, pp. 1014 y ss.

dicha irrenunciable manifestación, nos impulsan, asimismo, a considerar imprescindible no sólo la asistencia técnica del Abogado defensor y la audiencia del Ministerio Fiscal, en esta fase del procedimiento, sino incluso a sostener que el auto, en virtud del cual se realiza la entrega «consentida» deberá ser especialmente motivado.

En los demás supuestos, el Juez Central de Instrucción elevará sus actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La sala resolverá mediante auto, con observancia del plazo máximo fijado por el artículo siguiente. Contra este auto no cabrá recurso alguno (ex. art. 18.2.º LOEDE).

La competencia para adoptar el auto en virtud del cual se acceda, a la petición de entrega o, en otro caso, se deniegue esta solicitud, dependerá, tal y como se colige de los preceptos indicados, curiosamente, de la «aceptación voluntaria» u «obligatorio sometimiento», del sujeto reclamado, a la pretensión de la entrega. El «consentimiento» del sujeto reclamado ha de constituir, pese a esta curiosa regla de determinación de la competencia, un extremo secundario, en relación con la motivación judicial del auto que acuerde o, en otro caso, deniegue su entrega.

La decisión sobre la admisión o, en su caso, denegación de la entrega habrá de sustentarse, pues, en las causas objetivas legalmente reguladas al efecto, no pudiendo ampararse dicha decisión, como es lógico, en razones de oportunidad, de reciprocidad, de conveniencia o de mera discrecionalidad judicial al margen de lo estipulado en la DM y en la LOEDE.

El auto que acuerde o deniegue la entrega habrá de ser, en consecuencia, suficientemente motivado, y, aunque nada disponga la DM, ni nuestra propia normativa interna a este respecto, parece conveniente advertir que su contenido habrá de venir, necesariamente, integrado, de un lado, por una fundamentación fáctica, con relación circunstanciada de los hechos delictivos, siquiera sea presuntamente atribuibles al sujeto detenido y, de otro, por una fundamentación jurídica, a propósito del supuesto concreto.

Sin perjuicio de la debida observancia, respecto de dicha fundamentación jurídica, del principio *iura novit curia*, cuya aplicación habrá de secundarse, en esta materia, de forma especial, debido al previsible desconocimiento judicial, del derecho penal correspondiente a todos y cada uno de los Estados europeos, hemos de advertir, siquiera sea brevemente, de la gravedad supuesta por las escasas o nulas posibilidades, predicables de las autoridades judiciales de ejecu-

ción, de conocimiento la «fundamentación fáctica», más allá de la relación circunstanciada, aportada por las autoridades de emisión, y, por ende, de la improbable resolución, con intermediación, sobre la «entrega».

Las autoridades judiciales de ejecución habrán de limitarse, ante la «solicitud de entrega», cursada por las autoridades judiciales de emisión, en la que se incluye la descripción de unos «hechos delictivos», imputables a un determinado sujeto, a subsumirlos, en su propio código penal, y, en su caso, a verificar la efectiva concurrencia del resto de presupuestos materiales y procesales, inherentes al procedimiento de entrega, pero en ningún caso les resulta posible, al propio tiempo, cuestionar la comisión de dicha actuación o, en su caso, de dicha imputación, puesto que carecen, en este sentido, de toda posibilidad de investigación.

El auto que acuerde la entrega habrá de contener, en consecuencia, al menos, la subsunción, de la actuación delictiva concreta, por la que procede dicha entrega, en alguno de los tipos delictivos, sancionados en nuestro propio Código Penal, con la penalización mínima, cuantificable en un determinado número de meses de privación de libertad, requerida por la DM y la LOEDE, al respecto, una vez purgados, con éxito, los restantes presupuestos materiales y procesales.

La fundamentación jurídica del auto que deniegue la entrega, por su parte, habrá de venir integrado, al menos, por el impedimento procesal u obstáculo material, judicialmente detectado, ante la concreta petición formulada, que habrá de estar, como es lógico, debidamente sustentado, no sólo en nuestras propias normas sustantivas o procesales, sino también en la normativa comunitaria regulada al efecto.

La eventual entrega, a modo de ejemplo, tanto, en primer lugar, del autor de unos hechos constitutivos de «falta» en nuestro Código Penal, como, en segundo, del sujeto exento de responsabilidad criminal por prescripción, en España, del delito que le atribuye la autoridad judicial comunitaria o, incluso, finalmente, del menor de edad, con arreglo al derecho español, resultaría, cuando menos, tan perniciosa como la denegación de la entrega, ausente de motivación o, inclusive, amparada en toda suerte de razones discrecionales, al margen de los motivos legalmente estipulados como «causas de denegación», en la DM y en la LOEDE, puesto que la discrecionalidad dimanante de ambos tipos de resoluciones se tornaría arbitraria, precisamente por carecer de sustento o justificación legal, con la

clara incidencia que ello supone, de un lado, en el principio constitucional español de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, de otro, en la indefensión generada por la ausencia de ulterior recurso.

No se nos oculta, sin embargo, la tesis, argüida por cierto sector doctrinal²⁵, atinente a la imprescindible «motivación» de la decisión sobre la ejecución, únicamente, en el supuesto de que el contenido de dicha decisión tuviere un sentido negativo.

La razón esencial de la afirmación precedentemente aludida, a propósito de la imprescindible «motivación», de la resolución de la «entrega», en el único y excepcional supuesto de que fuere, al propio tiempo, denegatoria, habrá de sustentarse en que dicha denegación despliega sus efectos, no sólo en el ámbito comunitario, sino también en el interno.

Así, pues, parece obvio que no cabe, sino a costa de incurrir en una evidente manifestación de arbitrariedad, la emisión, por parte de las autoridades judiciales de ejecución, de una «negativa», carente de todo fundamento, por toda respuesta, frente a la petición de entrega, cursada por las autoridades judiciales de emisión, si tomamos en consideración, de un lado, que las «causas de denegación de la entrega» han sido reguladas, expresamente, en un sistema de «listado cerrado» o *numerus clausus* de motivos, discrecionales e imperativos, cuya interpretación no admite extensión analógica alguna, y, de otro, que la denegación de la entrega supondrá, paralelamente, según cual fuere el motivo en concreto de dicha «denegación», el antecedente inmediato, con carácter excluyente, de uno de los dos siguientes resultados: así, en primer lugar, la negativa a todo posible ulterior enjuiciamiento o cumplimiento de condena, si el motivo de denegación se hallare sustentado, a modo de ejemplo, en la prescripción del delito, o, en segundo lugar, en el enjuiciamiento y eventual ejecución de la condena, a cargo de las autoridades judiciales de ejecución, en el hipotético supuesto, también a modo de ejemplo, de que dicha denegación viniera supuesta por la comisión «en todo o en parte» del hecho delictivo, en su propio territorio.

²⁵ Vid. URREA CORRES, M., quién advierte que «tanto si la decisión de ejecución es positiva, como si tiene contenido negativo, en cuyo caso deberá, además, motivarse, será inmediatamente comunicada al Estado emisor», en «La orden europea de detención. Captura y entrega», Revista española de derecho internacional, núms. 1 y 2, enero-diciembre, 2002, p.710 y en este mismo sentido, posteriormente, en «La Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega», Revista española de derecho internacional, n.º 1, enero-junio, 2003, p. 570.

Ahora bien, la celebración del procedimiento de entrega, articulada por la D.M. y por la LOEDE, en una regulación con sentido negativo, no ha de suponer, paralelamente, que el examen de la «orden europea» halla de limitarse, exclusivamente, a la verificación de la concurrencia, en la decisión desfavorable a la entrega, de una o alguna de las «causas de denegación», legalmente estipuladas, al efecto, sino que también habrá de alcanzar, como es lógico, al examen de la inexistencia de dichas causas, cuando la decisión fuere, en otro caso, favorable a la entrega.

La realización de la «entrega», amparada en una resolución carente de toda motivación, podría, desde luego, no sólo incurrir en idéntica manifestación de «arbitrariedad» judicial²⁶, a la predicable de la resolución denegatoria, sino incluso, situar, al sujeto pasivo de dicha «entrega», en una posición de «indefensión», toda vez que la eventual «entrega», para el enjuiciamiento o cumplimiento de condena, ante las autoridades judiciales de emisión, de quién, por razones ajenas al conocimiento de la autoridad judicial de ejecución, nunca debiera haber sido «entregado», no resultará, desde luego, menos irrazonable, ni perniciosa que la «denegación de la entrega», ausente de toda motivación o razonamiento, del sujeto que, ello no obstante, en caso contrario, debiera, en efecto, haber sido «entregado».

La orden europea de detención se tramitará y ejecutará, en todo caso, por imperativo del precepto 19. 1.º de la LOEDE, con carácter de urgencia. Si la persona reclamada consiente la entrega, la decisión judicial deberá adoptarse en los diez días siguientes. Si no media consentimiento, se adoptará la decisión en el plazo de sesenta días tras su detención.

Aún cuando la «rapidez», predicable de los procedimientos de detención y entrega, pudiera, en ciertos casos, erigirse en «enemiga manifiesta» de las garantías procesales y derechos fundamentales, del imputado o condenado, debemos tener presente, ello no obstante, que la «urgencia», característica de las actuaciones judiciales realizadas a escala de la UE puede, sin lugar a dudas, desde otra perspectiva, constituirse en aliada de aquellas garantías, si tomamos en consideración que el imputado o condenado tendrá, tras una entrega prácticamente automática, la posibilidad, de ejercitar, con mayor

²⁶ Vid. a propósito de la arbitrariedad judicial, las recientes obras de NIETO, A.: «El desgobierno judicial», Ed. Trotta, Madrid, 2004 y de FERNÁNDEZ, T. R.: «Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial», Ed. IUSTEL, biblioteca jurídica básica, 1.ª ed., Madrid, 2005.

celeridad, su derecho de defensa, a través del ulterior enjuiciamiento o, en su caso, impugnación, si fuere posible, de la condena, que si hubiere de verse, al propio tiempo, sometido a un largo, y probablemente tortuoso, procedimiento de extradición.

Cuando por razones justificadas no se pueda adoptar la decisión en los plazos señalados, éstos podrán prorrogarse, conforme establece el precepto 19.4.º LOEDE, por otros treinta días, comunicando a la autoridad judicial de emisión tal circunstancia y sus motivos, así como manteniendo, entretanto, las condiciones necesarias para la entrega. Cuando, excepcionalmente, no se puedan cumplir los plazos previstos en este artículo, la autoridad judicial de ejecución española informará a Eurojust precisando los motivos de la demora.

No cabe obviar, asimismo, que las normas de procedimiento, tal y como ha señalado, con gran acierto, la doctrina²⁷, solamente proveen un marco general, dependiendo su fluido funcionamiento, en definitiva, de los protagonistas procesales, que lo son, en el procedimiento que nos ocupa, en exclusiva, las autoridades judiciales de emisión y ejecución, implicadas, respectivamente, en la petición y resolución de la detención y de la entrega.

En el caso de que dos o más Estados miembros hubieran emitido una orden europea, en relación con la misma persona, la decisión sobre la prioridad de ejecución será adoptada por la autoridad de ejecución española, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, el lugar y la gravedad relativa de los delitos, las respectivas fechas de las órdenes, así como el hecho de que la orden se haya dictado a efectos de la persecución penal o a efectos de ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad (ex. art. 23.1.º I LOEDE).

La autoridad judicial de ejecución española podrá solicitar, en su caso, el dictamen de Eurojust con vistas a la elección mencionada (ex. art. 23. 1.º II LOEDE).

En caso de concurrencia entre una orden europea y una solicitud de extradición, presentada por un tercer Estado, la autoridad judicial de ejecución española suspenderá el procedimiento y remitirá toda la documentación a la Autoridad Central. La propuesta de de-

²⁷ Vid. en este sentido, AMBOS, K.: «¿Es el procedimiento penal internacional «adversarial», «inquisitivo» o mixto?», Revista general de derecho procesal, Portal jurídico IUSTEL, 2003.

cisión sobre si debe darse preferencia a la orden europea o a la solicitud de extradición se elevará, por el Ministro de Justicia, al Consejo de Ministros, una vez consideradas todas las circunstancias y, en particular, las contempladas en el primer apartado de este mismo artículo (el lugar y la gravedad relativa de los delitos, las respectivas fechas de las órdenes, así como el hecho de que la orden se haya dictado a efectos de la persecución penal o a efectos de ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad) y las mencionadas en el convenio o acuerdo aplicable. Este trámite se regirá por lo dispuesto en la Ley de Extradición Pasiva (ex. art. 23. 2.º LOEDE).

En caso de que se decida otorgar preferencia a la solicitud de extradición, se notificará a la autoridad de ejecución española, que lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión (ex. art. 23. 3.º I LOEDE).

En caso de que se decida otorgar preferencia a la orden europea, se notificará a la autoridad judicial de ejecución española al objeto de que se continúe con el procedimiento en el trámite en el que se suspendió (ex. art. 23. 3.º II LOEDE).

La LOEDE se refiere, en estos preceptos, a los supuestos de concurrencia de solicitudes, ante nuestras autoridades judiciales de ejecución, de entrega, de un mismo sujeto, por parte de otro Estado miembro y de extradición, por parte de un tercer Estado, pero no se refiere, al propio tiempo, a la solicitud, por parte de nuestras propias autoridades judiciales, de entrega y, al propio tiempo, de extradición, de un mismo sujeto, ante las autoridades correspondientes al lugar en el que, dicho sujeto, se encontrase.

La eventual petición de la entrega, por parte de las autoridades judiciales de los distintos Estados miembros, en virtud de una orden europea, de un determinado sujeto, por la comisión de uno o alguno de los delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional presenta la particularidad de conferir, a la «entrega» ulterior a dicha solicitud, el carácter de «automática», toda vez que la comisión de este tipo de actuaciones delictivas, de enorme trascendencia, debido a la envergadura del bien jurídico lesionado, ha constituido uno de los treinta y dos delitos incluidos en el listado que exime del control previo, a cargo de la autoridad judicial de ejecución, de la doble tipificación.

La eventual concurrencia de solicitudes de entrega, por parte de las autoridades judiciales europeas y de la propia Corte Penal Inter-

nacional²⁸, habrá de dilucidarse a la luz de la regulación de la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (ex. art. 16) y del Estatuto de dicha Corte Penal (ex.art. 90), elaborado en Roma, el 17 de julio de 1998 (instrumento de ratificación de 19 de octubre de 2000)

La entrega de la persona reclamada se hará efectiva por agente de la autoridad española, previa notificación a la autoridad designada al efecto por la autoridad judicial de emisión del lugar y fechas fijados, siempre dentro de los 10 días siguientes a la decisión judicial de entrega (ex. art.20.1 LOEDE).

Si por causas ajenas al control de alguno de los Estados de emisión o de ejecución no pudiera verificarse en ese plazo, las autoridades judiciales implicadas se pondrán en contacto inmediatamente para fijar una nueva fecha, dentro de un plazo de 10 días desde la fecha inicialmente fijada (ex. art.20.2 LOEDE).

Excepcionalmente, la autoridad judicial podrá suspender provisionalmente la entrega por motivos humanitarios graves, pero ésta deberá realizarse en cuánto dichos motivos dejen de existir. La entrega se verificará en los 10 días siguientes a la nueva fecha que se acuerde cuando dichos motivos dejen de existir (ex.art. 20.3.º LOEDE).

Sin perjuicio de que esta norma se refiere, concretamente, a la suspensión «provisional» de la entrega, tan sólo en los supuestos en los que cabe la posibilidad de que los motivos humanitarios decaigan, ello no obsta, según ha estimado la jurisprudencia²⁹, para que, en el caso de que persistan indefinidamente, la suspensión de la entrega deba continuar con el carácter de «indefinida».

Transcurridos los plazos máximos para la entrega sin que la persona reclamada haya sido recibida por el Estado de emisión, se procederá a la puesta en libertad de la persona reclamada, sin que ello

²⁸ Para un estudio amplio y detallado a propósito de esta institución, se remite al lector a la obra editada a cargo de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Creación de una jurisdicción penal internacional», colección de la escuela diplomática, n.º 4, Madrid, 2000; y muy especialmente, al trabajo elaborado por la citada profesora, bajo el título «Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas»; *Vid.* asimismo, posteriormente, AA. VV.: «La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)», obra coordinada por GÓMEZ COLOMER, J. L., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CARDONA LLORENS, J., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

²⁹ *Vid.* en este sentido, el voto particular del auto, de la Audiencia Nacional, de 27 de febrero de 2004 (r.238912), dónde, sin embargo, se establece que el Estado de salud del reclamado no constituye motivo humanitario o legal para la denegación de la entrega.

sea fundamento para la denegación de la ejecución de una posterior orden europea basada en los mismos hechos (ex. art. 20.4.º LOEDE).

En todo caso, en el momento de la entrega la autoridad judicial de ejecución española pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión el período de privación de libertad que haya sufrido la persona a que se refiere la orden europea, a fin de que sea deducido de la pena o medida de seguridad que se imponga (ex. art.20.5.º LOEDE).

La entrega, como es archisabido, puede hallarse dirigida al ejercicio de la acción penal o, en su caso, al cumplimiento de la condena ya impuesta, en el Estado miembro de emisión. La regulación del procedimiento de detención y entrega ofrece, en este sentido, un tratamiento unívoco y, en consecuencia, la tramitación de dicho procedimiento no ostenta particularidades relevantes, según que su finalidad se halle orientada al ejercicio de la acción penal o, en otro caso, al cumplimiento de condena. La materialización de la entrega para el ejercicio de la acción penal, en el Estado miembro de emisión, tampoco presenta peculiaridad alguna, según que el justiciable haya de ser enjuiciado, en dicho Estado, en virtud de un procedimiento penal, a través de un Tribunal ordinario o, en su caso, del Tribunal del Jurado³⁰.

En el caso de que la persona reclamada haya sido extraditada a España desde un tercer Estado, y de que la misma estuviere protegida por disposiciones del acuerdo en virtud del cual hubiere sido extraditada relativas al principio de la especialidad, la autoridad judicial española de ejecución solicitará la autorización del Estado que la haya extraditado para que pueda ser entregada al Estado de emisión (ex. art. 27.1.º LOEDE).

En tanto se tramita la autorización, la autoridad judicial española de ejecución garantizará que siguen dándose las condiciones materiales necesarias para una entrega efectiva (ex. art. 27.2.º LOEDE).

La LOEDE no ha regulado la eventual posibilidad de la petición de la entrega, cursada por las autoridades judiciales de un determi-

³⁰ Para un estudio pormenorizado y de conjunto, a propósito de la regulación española del Tribunal del Jurado, con una propuesta alternativa, se remite al lector, al estudio de GIMENO SENDRA, V., quién, en el momento de elaboración de este trabajo, en el que ya habían transcurrido siete años de experiencia, de este Tribunal, ha venido, de nuevo, a señalar, que el «modelo europeo del *escabinado* es indudablemente mejor que el demagógicamente calificado como *jurado puro*», «España: alternativas a la reforma: propuesta de proyecto alternativo de Tribunal del Jurado», en «Sistemas penales europeos», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002, p. 68.

nado Estado miembro, frente a la misma persona y por idéntica actuación delictiva, respecto de las cuales, le ha sido denegada, en un momento anterior, la extradición.

En línea de principio, tal y como se verá, parecería razonable que la resolución judicial en virtud de la cual, la autoridad judicial de ejecución, hubiere denegado la «entrega», ya fuere a través de un procedimiento de extradición, ya de uno de «detención y entrega», gozase de los efectos materiales de la cosa juzgada, habida cuenta de la cadena ininterrumpida de peticiones de «entrega», que pueda comportar la opción contraria, especialmente ahora que se han flexibilizado, considerablemente, los requisitos exigidos para autorizar dicha «entrega».

Pero ello no ha sido así, puesto que la Audiencia Nacional³¹ ha estimado, en la única euro-orden cursada, a propósito de esta cuestión, en nuestro país, desde la fecha de comienzo de su aplicación, el 1 de enero de 2004, hasta la actualidad, que la ausencia de cosa juzgada, predicable de la denegación de la extradición, permite, sin duda alguna, la realización, a cargo de la autoridad judicial de emisión, de una segunda reclamación, por el nuevo procedimiento de detención y entrega, del mismo sujeto y por los mismos hechos, respecto de los cuales obtuvo, en un momento anterior, una respuesta negativa a su solicitud de extradición. La solicitud de «entrega», ulterior a la denegación de la extradición, será examinada, como es lógico, por las autoridades judiciales de ejecución, quiénes decidirán, conforme a los nuevos parámetros de actuación, legalmente estipulados, la realización de la «entrega» o, en otro caso, su denegación.

La implementación, en el nuevo instrumento judicial de «entregas», de principios tales como el de la «confianza recíproca» o el del «reconocimiento mutuo», merced a los cuales han quedado, afortunadamente, excluidos algunos de los requisitos típicos de la extradición, tales como la «no entrega de nacionales» o la exclusión de «delitos políticos» supondrá, es de prever, la admisión, por parte de las distintas autoridades judiciales de ejecución que conforman la UE, de un buen número de solicitudes de entrega, de los mismos sujetos y por idénticos «hechos», reclamados por las autoridades judiciales de emisión, tras la denegación de su extradición.

³¹ *Vid.* AAN de 3 de junio de 2004, (r.236150), donde se afirma que «una denegación extradicional carece de eficacia de cosa juzgada material respecto de una petición de detención y entrega en el marco de la llamada euro-orden, sin perjuicio de que siempre que concurra la misma causa denegatoria de la entrega la resolución sea igualmente denegatoria por falta de un mismo presupuesto habilitante».

La razón de la común aceptación de la ausencia de cosa juzgada, predicable, incluso por parte de nuestro Tribunal Constitucional³², de las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición y, en su caso, de la orden europea, ha de sustentarse en la naturaleza accesoria de este procedimiento instrumental.

El instituto de la cosa juzgada material o la prohibición del *ne bis in idem* no puede predicarse, según la jurisprudencia³³, sino de aquellas resoluciones que se pronuncien sobre la culpabilidad o inocencia y concurren los tres elementos de identidad (identidad subjetiva, de objeto y de acción), de tal modo que las resoluciones que ponen término al procedimiento de cooperación jurídica internacional – extradición u orden europea de detención y entrega— no contienen un pronunciamiento sobre la condena o absolución de una persona por unos determinados hechos, sino que se limitan a acceder o denegar la entrega del reclamado sobre la base de la concurrencia o no de los presupuestos habilitantes establecidos en el Convenio o Ley aplicable, según dispone el precepto 13.3 de nuestra CE.

Así, pues, la denegación de la orden europea, por razón de la apreciación de la cosa juzgada, tan sólo podrá sustentarse en la verificación del ejercicio de acciones penales o ejecución de la condena, por parte de otro Estado miembro, con antelación al momento de la petición de la «entrega», pero no, desde luego, en la anterior denegación de ésta o, en su caso, de la extradición, por ausencia de presupuestos procesales y materiales inherentes a cada uno de estos procedimientos de «entrega».

La tesis recién argüida, que no compartimos en su totalidad, vendrá a suponer, en la UE, la realización de múltiples entregas, especialmente de «nacionales» e imputados por la comisión de «delitos políticos», que han sido denegadas, no hace demasiado tiempo, por la realización infructuosa de procedimientos de extradición.

Cuando una persona haya sido entregada a España, en virtud de una orden europea, si es solicitada posteriormente su extradición por un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, no podrá otorgarse dicha extradición sin el consentimiento de la autoridad judicial de ejecución que acordó la entrega, a cuyo efecto el Juzgado Central de Instrucción cursará la pertinente solicitud (ex. art. 28.1.º LOEDE).

³² SSTC 227/2001, de 26 de noviembre; 160/2002, de 16 de septiembre; 156/2002, de 23 de julio.

³³ *Vid.* en este sentido, el auto, de la Audiencia Nacional, de 3 de junio de 2004 (r 236150).

Si las autoridades judiciales españolas hubieran acordado la entrega de una persona a otro Estado miembro de la Unión Europea, en virtud de una orden europea, y les fuera solicitado su consentimiento por las autoridades judiciales de emisión con el fin de proceder a su extradición a un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, dicho consentimiento se prestará de conformidad con los convenios bilaterales o multilaterales en los que España sea parte, teniendo la petición de autorización la consideración de demanda de extradición a estos efectos (ex. art. 28. 2.º LOEDE).

Cuando la persona reclamada tenga proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto del que motive la orden europea, la autoridad judicial de ejecución 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 (ex. art. 21. 1.º LOEDE).

En el supuesto del apartado anterior, la autoridad judicial de ejecución española acordará, si así lo solicitara la autoridad judicial de emisión, la entrega temporal de la persona reclamada en las condiciones que formalice por escrito con dicha autoridad judicial y que tendrán carácter vinculante para todas las autoridades del Estado miembro emisor (ex. art. 21. 2.º LOEDE).

La entrega «suspendida» o «condicional»³⁴ de la persona reclamada requiere, como el lógico, además de la concurrencia de pretensiones penales, por parte del Estado miembro de emisión y de ejecución, que éstas vengan referidas a diferentes «hechos delictivos» y que, al propio tiempo, ello no obstante, sean imputables a un mismo sujeto. Y ello es así puesto que si la concurrencia de pretensiones penales, por parte de ambos Estados miembros, viniere referida, en otro caso, a los mismos «hechos delictivos», siendo, al propio tiempo, dicha actuación punible, imputable a un mismo sujeto, entonces, esta hipotética apreciación judicial de la «litispendencia» recién descrita constituiría, a todas luces, una de las causas de denegación facultativa de la entrega, contempladas en el precepto 12.2.º de la LO-

³⁴ La Audiencia Nacional ya ha tenido ocasión de acordar, por auto de 27 de febrero de 2004 (r.230402), la entrega, a las autoridades belgas, de un sujeto, si bien suspendida hasta que, dicho sujeto, extinga en nuestro país, las responsabilidades penales que se derivan de las causas que tiene abiertas; *Vid.* asimismo, el auto de 5 de mayo de 2004 (r.237116), en virtud del cual la AN también ha acordado la entrega, a las autoridades francesas, de un determinado sujeto, en virtud de la nueva orden europea, si bien con advertencia de que dicha «entrega» queda suspendida hasta que queden dilucidadas las responsabilidades penales, de este mismo sujeto, en España.

EDE, en concreto, la recogida en el apartado b), que prescribe dicha denegación discrecional «cuando la persona que fuere objeto de la orden europea esté sometida a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea».

Ahora bien, esta entrega «suspendida» o «condicional», conforme a la nomenclatura utilizada por el legislador, en el título del precepto de la LOEDE, que se ocupa de su regulación, debiera, en verdad, haber sido calificada, en exclusiva, como entrega «suspendida», toda vez la situación de «espera», derivada del procedimiento penal pendiente en España, no impone, en puridad, «condición» alguna, a la autoridad judicial de emisión, sino sólo «suspensión» de la entrega, hasta la celebración del juicio o hasta cumplimiento de la pena impuesta en España.

La eventual «entrega temporal», por parte de las autoridades judiciales españolas, de la persona reclamada, en las condiciones precedentemente descritas, supone, como su propio nombre indica, por lo demás, una entrega, supeditada a un límite temporal, debido a la especial circunstancia de la pendencia, en España, de un procedimiento o, en su caso, de una ejecución de condena en curso de realización. La implícita motivación de la designación nominal de «entrega condicionada», a esta «entrega temporal», operada por nuestro legislador, viene, muy probablemente, amparada en la configuración de la ulterior «devolución», a España, de la persona entregada, como una «condición» de dicha entrega.

Ahora bien, si el compromiso de la devolución a España, de la persona entregada, provisionalmente, a la autoridad judicial de emisión, se erige en «condición» inexcusable de la entrega, entonces, este precepto debiera haber integrado otros supuestos, dispersos en el articulado de la LOEDE, referidos a auténticas «entregas condicionadas» y, nuestro legislador interno debiera, asimismo, paralelamente, haber delimitado, si no con cierta minuciosidad, sí al menos con márgenes de generalidad, las diferentes «condiciones» impuestas, en casos concretos, a la «entrega».

En este sentido, conviene apuntar, aún cuando la LOEDE se refiera, en esta materia, a «garantías que deberán ser solicitadas del Estado de emisión en casos particulares» (ex. art. 11), que constituye, en verdad, una auténtica «entrega condicionada» la sujeta a la «condición», de que, cuando la infracción en que se basa la orden europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, 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. Naturalmente, la eventual entrega, por parte de nuestras autoridades judiciales de ejecución, de un nacional español, supeditada, una vez oído al respecto, a la «condición» de que sea devuelto a España para cumplir la pena o medida de seguridad privativas de libertad, que pudiere pronunciar en su contra el Estado de emisión, constituye otro claro exponente de una auténtica «entrega condicionada».

Asimismo, y con ánimo expansivo, podríamos incluso admitir que el propio principio de la especialidad, presente en todo procedimiento de detención y entrega, constituye, ciertamente, una «condición» de dicha entrega, si tomamos en consideración que se sustenta, precisamente, sobre la base del «compromiso», entre las autoridades judiciales implicadas, del enjuiciamiento de la persona reclamada, única y exclusivamente, por los hechos que han motivado la petición de la entrega, quedando, en consecuencia, excluida toda posibilidad de enjuiciamiento o condena, una vez se encuentre dicha persona en el Estado de emisión, por hechos anteriores y diferentes a los enunciados en la referida resolución judicial de emisión.

Una vez advertida la omisión, en el precepto relativo a la «entrega condicional», de «entregas», que, como las anteriormente enunciadas, entre otras, se hallan sujetas a auténticas «condiciones», conviene, al propio tiempo, señalar que resultaría, ciertamente, conveniente, de nuevo en ausencia de norma aplicable al respecto, conocer, con carácter previo a la resolución favorable la entrega, en primer lugar, cuáles han de ser los requisitos formales y materiales de dichas «condiciones», cuál ha de ser, en segundo lugar, el momento procesal oportuno en el que haya de manifestarse el «compromiso», por parte del Estado miembro de emisión, atinente a la realización, pro futuro, de lo prometido y cuales hayan de ser, al fin, los remedios o sanciones jurídicas, a las que pudiera acogerse, el Estado miembro de ejecución, ante el eventual incumplimiento, por las autoridades judiciales de emisión, de las «condiciones» pactadas con las de ejecución.

La resolución judicial en virtud de la cual, la autoridad competente en el Estado miembro dónde se halle el sujeto reclamado, accede o, en su caso, deniega la entrega reviste, en España, la forma de auto, contra el que no cabe recurso alguno.

En este sentido y aún cuando nada disponga, expresamente, la LOEDE al respecto, parece evidente que la voluntad del legislador español, a la hora de redactar el precepto titulado «decisión sobre la

entrega de la persona reclamada» (ex. art.18), ha sido la de conferir, al auto que resuelva sobre dicha entrega, ya sea de admisión o, en su caso, de denegación, de la «orden europea», los efectos de la cosa juzgada.

Ahora bien, la tesis jurisprudencial argüida, a propósito de la eventual apreciación de la «cosa juzgada», dimanante de las resoluciones denegatorias de la extradición, ha sido la contraria y, en este sentido, ha advertido, tal y como hemos anticipado, que la prohibición del *ne bis in idem*, tan sólo resulta predicable de aquellas resoluciones que se pronuncien sobre la culpabilidad o inocencia, del imputado, con plena concurrencia de los tres elementos clásicos de identidad (subjética, de objeto y de acción). Del anterior razonamiento parece desprenderse, en consecuencia, que las resoluciones judiciales que ponen término al procedimiento de cooperación judicial internacional – extradición u orden europea de detención y entrega— no gozarán de los efectos materiales de la «cosa juzgada», debido a que carecen, por su propia naturaleza, de pronunciamiento alguno, a propósito de la condena o absolucón, de la persona reclamada, por la presunta comisión de unos determinados hechos delictivos, quedando, en definitiva, limitado, el cometido que inspira dichas resoluciones, a acceder o, en su caso, a denegar la entrega, sobre la base, en el primer supuesto, de la concurrencia y, en el segundo, de la ausencia, los presupuestos habilitantes para el ejercicio de dicha entrega.

La verificación del «enjuiciamiento» o, en su caso, de la «ejecución de la condena», anterior a la petición de entrega, como causa de denegación de dicha entrega, no impide, ni empece, a nuestro juicio, la eventual apreciación de la «cosa juzgada» ante la verificación de la existencia de una resolución judicial, anterior a la «segunda» petición de la entrega, denegatoria de la primera solicitud de entrega, en relación con el mismo sujeto y por idénticos hechos delictivos, a los contenidos en esta «nueva», aunque reiterativa «petición».

Si la «cosa juzgada material», predicable de la sentencia condenatoria o absolutoria, dictada en el seno del procedimiento penal, supone, necesariamente, la imposibilidad de «enjuiciar» y, en su caso, «condenar», ulteriormente, a un mismo sujeto, por unos mismos «hechos delictivos», debido a la proscripción del «doble» o «múltiple» enjuiciamiento, no se entiende, al propio tiempo, que las resoluciones judiciales, dimanantes del procedimiento de detención y entrega, que instrumenta, en el marco de la delincuencia transnacional, aquel procedimiento penal, carezcan, sin embargo, del efecto de «cosa juz-

gada», con la consiguiente perniciosa posibilidad, y sin perjuicio de su firmeza, ante la evidenciable «ausencia de recurso», de someter, al conocimiento judicial de las diferentes autoridades europeas de ejecución, el examen, «doble» o «múltiple», de idénticas peticiones de «entrega».

Y es que ha de tomarse en consideración que la decisión, por parte de las autoridades judiciales de ejecución, favorable o, en su caso, contraria, a la realización de la «entrega» no es, en ningún caso, equiparable a la adopción, en un procedimiento penal, de medidas cautelares, conforme a los cánones clásicos del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, sino, en todo caso, a una resolución judicial firme, fruto de un procedimiento contradictorio, en el que, desde la petición inicial de la «entrega» hasta la decisión final sobre la pertinencia o inconveniencia, de su admisión, el Juez ha entrado a conocer, examinar, valorar y, desde luego, enjuiciar toda suerte de principios, tanto de naturaleza sustantiva, como de índole procesal. Ante esta evidencia, tan sólo nos cabe objetar, a modo de interrogante: ¿hasta cuándo cabe la petición reiterada e ilimitada de la «entrega», de un determinado sujeto, por la comisión, a modo de ejemplo, de unos «mismos hechos delictivos» ya prescritos conforme a las normas sustantivas, legalmente establecidas en nuestro ordenamiento penal?

La muy criticable concepción de la ausencia de «cosa juzgada», predicable, siempre y en todo caso, de las resoluciones judiciales firmes denegatorias de la entrega, podría, por lo demás, tal y como ha manifestado la doctrina³⁵, suponer una clara violación del derecho fundamental a la libertad, del sujeto reclamado, toda vez que la emisión de la «orden europea» supone, como es sabido, tanto la automática detención, de dicho sujeto, como la eventual adopción de la prisión provisional.

Así, pues, y sin perjuicio de la reflexión jurisprudencial, recientemente, vertida, a propósito de la «ausencia de cosa juzgada», predicable de las resoluciones denegatorias de la extradición, parece, a todas luces, evidente, predecir la encomiable labor, de nuestros Tribunales, de proceder a una revisión radical de dicha tesis y anticipar,

³⁵ *Vid.* en este sentido, CUERDA RIEZU, A., quién, asimismo, ha afirmado que «no tiene ninguna racionalidad jurídica admitir que un mismo ciudadano pueda ser bombardeado con sucesivas demandas de extradición por unos mismos hechos, sólo por la razón de que las anteriores demandas de extradición estaban deficientemente fundamentadas», «De la extradición a la euro orden de detención y entrega», Ed. CEURA, Madrid, 2003, p. 38.

por nuestra parte, el previsible reconocimiento, en futuras manifestaciones jurisprudenciales, de la «cosa juzgada», de las resoluciones que ponen término a los procedimientos europeos de detención y entrega.

Ahora bien, aún cuando no nos ofrece duda alguna, en línea de principio, la aceptación del efecto de la cosa juzgada, dimanante de la resolución judicial que deniegue la orden europea, por motivos de fondo, no parece, sin embargo, que deba predicarse idéntico resultado, de la propia resolución judicial denegatoria por razones meramente formales, ni mucho menos de la resolución judicial que la acepte, con claro quebranto del procedimiento o, incluso, con violación de derechos fundamentales.

Así, pues, y sin perjuicio de la imprescindible ulterior revisión, por la que debiera abogarse, de la resolución judicial sobre la entrega, a la que de inmediato nos referiremos, parece razonable, en este momento, anticipar que no de toda resolución judicial sobre la denegación de la entrega han de predicarse los efectos de la cosa juzgada y, en esta línea de razonamiento, debiéramos establecer, en un listado cerrado, cuáles son los presupuestos materiales y, en su caso, los procesales, que no resulten, al propio tiempo, subsanables, que impidan la ejecución de la orden europea, y constituyan, en efecto, un obstáculo insalvable, con carácter definitivo, para la realización, conforme a derecho, de la entrega, frente a aquellos otros presupuestos, meramente formales, que no impidan, por su propia naturaleza, una vez hayan sido subsanados, la válida ejecución de la orden europea en un momento posterior.

Así, pues, resulta obvio señalar que ciertos principios generales constituyen auténticos presupuestos materiales y, en este sentido, la eventual infracción o inobservancia, por parte de la autoridad judicial de emisión, de principios tales como la legalidad, la doble incriminación, la especialidad, la extinción de la responsabilidad penal, la minoría de edad o el indulto, entre otros, traerán por toda consecuencia, la denegación de la ejecución con efecto de cosa juzgada. Asimismo, la resolución judicial que deniegue la «entrega» como consecuencia de la apreciación de ciertos otros presupuestos procesales, de imposible subsanación, como la litispendencia o la propia cosa juzgada del procedimiento, al que podríamos en este momento denominar «principal», por contraposición al accesorio o subsidiario en que consiste la «detención y entrega», habrán de merecer, lógicamente, al igual que acontece con los presupuestos materiales a los que acabamos de referirnos, los efectos de la cosa juzgada.

Sin embargo, no parece razonable que opere la cosa juzgada respecto de la resolución judicial denegatoria de la «entrega» por razones meramente formales, así entre otras, el defecto formal detectado en el formulario de la emisión de la orden europea, su falta de traducción a la lengua oficial del Estado miembro de ejecución, su interposición por parte o, en su caso, ante una autoridad judicial carente de jurisdicción. En estos casos, entre otros, la autoridad judicial de ejecución habrá de poner en conocimiento, a nuestro juicio, de la autoridad judicial de emisión, el defecto de que adolece la orden europea, al objeto de su subsanación y, caso de resultar inadvertida dicha apreciación judicial *a limine*, quedando, en consecuencia, imprejuzgada la verdadera cuestión de fondo, nada obsta a la válida emisión de una nueva orden europea, frente a la misma autoridad de ejecución, con vistas a la detención y entrega de la persona reclamada anteriormente y por los mismos hechos delictivos, en un momento ulterior.

En estrecha conexión con la clásica concepción de la extradición como un contrato de derecho internacional entre los Estados firmantes, se sitúa la premisa general de la inexistencia de un «derecho a la extradición», toda vez que la CE, en su precepto 13.3.º, se limita a señalar que «la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad», sin integrar, al propio tiempo, dicha institución, entre los derechos ordinarios de los ciudadanos, ni mucho menos entre los derechos fundamentales.

Así, pues, la orden europea, conviene apuntar por analogía respecto de su institución antecesora en el ámbito de la UE, no constituye derecho alguno en favor de las autoridades judiciales implicadas en su procedimiento, sino una suerte de «acuerdo», «pacto» o «contrato», en virtud del cual los Estados miembros quedan comprometidos, en la aplicación de unas normas internas, que, con ser fruto de la transposición de una Decisión Marco común a todas ellas, no tendrán, en verdad, un contenido idéntico, pero sí, al menos, unas similares pautas de actuación en materia de cooperación judicial.

El punto de inflexión de la problemática suscitada en materia de recursos habrá de centrarse, pues, en determinar, con cierta precisión, de un lado, cuáles pudieran ser las causas que ocasionasen, al presunto delincuente, un perjuicio «arbitrario» o, en su caso, contrario a la ley, en el procedimiento de detención y, ulteriormente, en la decisión de la entrega, así como, de otro, en dilucidar hasta dónde, en realidad, todavía resulta competente, la autoridad judicial de

ejecución, una vez efectuada la entrega, para responder, ulteriormente, de los derechos fundamentales o las garantías procesales que eventualmente pudieran resultar conculcados en el Estado de emisión.

El primero de los supuestos recién mencionados podría, a nuestro juicio, venir delimitado, de un lado, por el incumplimiento, predicable de la autoridad judicial de ejecución, en la resolución de la detención y entrega, de los presupuestos materiales y procesales y, de otro, por la inobservancia, predicable de esta misma autoridad judicial, de los derechos fundamentales y garantías procesales que asisten o, al menos, han de asistir, en todo procedimiento, a los justiciables. Esta resolución judicial debiera, sin lugar a dudas, según la naturaleza de la norma que ampare el derecho violado, ser susceptible de revisión, así, a través de un recurso de apelación, en el supuesto de la inobservancia de un derecho ordinario y, desde luego, de un recurso de amparo, en el supuesto de la violación de un derecho fundamental.

Así, pues, la regulación del procedimiento de detención y entrega, en el ámbito de aplicación español, corresponde a la LOEDE y, supletoriamente, desde luego, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal suerte que, ante la comisión, por parte de la autoridad judicial de ejecución, de cualquier infracción del contenido de dichos cuerpos normativos, así a modo de ejemplo, en el primer supuesto, la ejecución de la orden frente a una persona que ya ha sido juzgada definitivamente, por los mismos hechos, por un Estado miembro distinto al de emisión, con clara vulneración del precepto 12.1.º de la LOEDE, y, en el segundo supuesto, ante celebración de la audiencia, de la persona detenida, sin el debido respeto a la LECrim., a la que, por cierto, remite, expresamente, el precepto 14.1.º de la LOEDE, debiera asistir, a dicho sujeto, el derecho a interponer un recurso.

El reconocimiento legal de la posibilidad de interponer un recurso de apelación, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, frente a las resoluciones, dictadas por el Juzgado Central de Instrucción, en las que se hubiere decretado la prisión provisional, la libertad provisional, o, en su caso, la adopción de cuántas medidas cautelares hubiere considerado, dicho Juzgado, necesarias para asegurar la plena disponibilidad de los afectados, y de modo especial las previstas a tal efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta, desde luego, encomiable.

Ahora bien, sin perjuicio de nuestro reconocimiento expreso hacia este laudable reconocimiento del derecho al recurso, hemos, parale-

lamente, de advertir que resulta paradójica la explícita regulación del recurso de apelación, frente a las resoluciones, en virtud de las cuales se adoptan medidas cautelares, en el ámbito interno español, ante la ausencia de reconocimiento de todo derecho a recurrir, en este mismo ámbito de actuación, resoluciones, desde luego, mucho más gravosas, para el justiciable, como lo son las que admiten su «entrega» a las autoridades judiciales de otro Estado europeo.

En este sentido, parece imprescindible y urgente la inclusión, en el articulado de la LOEDE, *de lege ferenda*, de la regulación de un recurso de apelación, frente a las resoluciones que admitan la «entrega».

La vulneración, en el procedimiento de detención y entrega, de un derecho fundamental habrá de conllevar, a nuestro juicio, naturalmente, idéntico derecho al recurso, si bien, por razones obvias, a un recurso de amparo, esta vez, ante el Tribunal Constitucional. En este sentido, parece más que razonable que todo procedimiento de detención y entrega, efectuado en España, se halle presidido por los derechos fundamentales de la Constitución española. En este sentido, la eventual vulneración, a modo de ejemplo, del plazo de setenta y dos horas de detención preventiva, reconocido como límite máximo por el precepto 17.2.º CE, merecerá, como es lógico, el oportuno amparo ante el Tribunal Constitucional.

El segundo supuesto de los anteriormente enunciados podría, a su vez, venir delimitado por el perjuicio, ocasionado al sujeto pasivo de la detención y entrega, por la autoridad judicial de ejecución, ante el incumplimiento, presumible o efectivo, predicable de la autoridad judicial de emisión, de los derechos fundamentales y garantías procesales, salvaguardados, por una parte, en la Constitución y, por otra, en los distintos códigos procesales y materiales del Estado de ejecución.

En este segundo supuesto se hallaría, a modo de ejemplo, la ejecución de una «orden europea» en virtud de la cual se procediese la detención y entrega, por parte de un Estado miembro que no admite las condenas en «ausencia», de un sujeto, una vez haya sido condenado en rebeldía o con altas probabilidades de llegar a serlo, sin ulterior revisión de dicha condena, por procedimiento o recurso alguno, a otro Estado miembro que sí acepta dicha condena en ausencia. En este supuesto, el derecho de defensa vulnerado debería, naturalmente, ser reparado a través del oportuno recurso de amparo.

Naturalmente, somos conscientes de que la regulación legal, en el articulado de la LOEDE, de un adecuado sistema de recursos, frente

a las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de detención y entrega, ralentizaría, considerablemente, el principal objetivo de este instrumento de cooperación judicial, destinado, en esencia, a la realización, sin dilaciones, de la Justicia, en el marco de la UE. Ahora bien, la ausencia de todo derecho a recurrir, en este tipo de procedimientos acelerados, sitúa a los imputados y condenados en una situación muy próxima a la indefensión, si tomamos en consideración la dificultad, una vez efectuada la entrega, por parte de las autoridades judiciales de ejecución, de subsanar los presupuestos procesales y materiales eventualmente incumplidos, que al propio tiempo hubieren sido susceptibles de convalidación o, lo que todavía es peor, de erradicar la injusticia acometida con realización de la entrega, cuando ésta no hubiere estado debidamente amparada en los requisitos que, necesariamente, han de sustentarla.

En este sentido, y aún cuando no se nos oculta que el procedimiento de detención y entrega es, en puridad, un procedimiento instrumental respecto del proceso penal principal, debemos advertir, que los principios inspiradores de este último habrán de predicarse, como es lógico, también, necesariamente, del primero. Y un ordenamiento es respetuoso con las exigencias a un proceso «debido», de conformidad con nuestra moderna doctrina procesal³⁶, cuando en él se garantiza el libre y efectivo acceso de los ciudadanos a un órgano jurisdiccional legal e imparcial y a un proceso penal en el que, bajo la vigencia de los principios acusatorio, de contradicción y de igualdad, puedan alegar y probar las partes libremente los hechos que fundamentan sus respectivas pretensiones en orden a obtener una sentencia congruente, motivada y razonada, contra la que han de poder ejercitar los recursos, hasta alcanzar, dentro de un plazo razonable, la satisfacción definitiva y efectiva de sus pretensiones.

En este sentido, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico tan sólo es respetuoso con las exigencias a un «proceso debido» de detención y entrega, cuando las autoridades judiciales españolas velan por el cumplimiento, no sólo en su propio Estado, sino también en el Estado al que realizan la entrega, de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en su territorio.

La especial circunstancia dimanante de la instrumentalidad o accesoriedad de este tipo de procedimientos de entrega, respecto de los

³⁶ *Vid.* al respecto, GIMENO SENDRA, V.: «Las garantías constitucionales en el proceso y el secretario judicial dentro del marco del Consejo de Europa», *Poder Judicial* (2.ª época), n.º 38, junio, 1995, pp. 255 y 256.

procedimientos penales a los que se hallan, de alguna manera, preordenados, impiden, en línea de principio, afirmar la existencia de toda posible lesión directa de ciertos derechos fundamentales. Obviamente, la eventual vulneración de derechos que inciden, de manera directa, en el juicio sobre la culpabilidad o inocencia, del imputado, no podrá predicarse, en modo alguno, de un procedimiento destinado, en exclusiva, a la verificación, por parte de nuestras autoridades judiciales, de la existencia de los presupuestos necesarios para consentir en la materialización de la «entrega», del autor de un concreto hecho delictivo, a las autoridades judiciales de otro Estado miembro.

En este sentido, la jurisprudencia ha argumentado, con meridiana claridad, en múltiples resoluciones³⁷, que el derecho al doble enjuiciamiento o doble grado de jurisdicción constituye una de las garantías inherentes al derecho a un proceso penal justo, que sólo resulta aplicable en el proceso penal, ya que implica el derecho de toda persona declarada culpable a revisar la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal superior.

Evidentemente, el procedimiento de detención y entrega no puede equiparse, en modo alguno, al proceso penal, razón por la que nuestro Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho al doble enjuiciamiento carece de proyección en el primero de los procedimientos enunciados.

Ahora bien, la previsión de un adecuado sistema de recursos frente a las resoluciones judiciales de admisión o, en su caso, de denegación, de la orden europea, no vendría a suponer, como es lógico, la implementación, en el marco de las entregas europeas, de un derecho al doble enjuiciamiento, sobre la culpabilidad o inocencia, del sujeto reclamado, aspecto éste, bien es cierto, que no incumbe, al menos directamente, a las autoridades de ejecución, sino la de un derecho a la revisión de los presupuestos inherentes todo procedimiento legítimo de entrega, que también podrán contener, evidentemente, irregularidades, dignas de adecuada protección, tanto más si cabe, por la circunstancia de constituirse, dicho procedimiento, en el antecedente lógico del ulterior proceso penal.

Asimismo, las nulas potestades jurisdiccionales, predicables de las autoridades judiciales de ejecución, en el ejercicio de la acción

³⁷ Vid. SSTC 42/1982, de 5 de julio; 64/2001, de 17 de marzo; 105/2003, de 2 de junio y 148/2004, de 13 de septiembre. Vid. asimismo, AATC 59/1985, de 30 de enero y 282/2000, de 30 de noviembre.

penal o de la ejecución de la condena, al que se halla dirigido el procedimiento de detención y entrega, no han de suponer, paradójicamente, eximente alguno de su responsabilidad, en materia de defensa de nuestros derechos fundamentales, si tomamos en consideración que la ulterior vulneración de estos derechos, en el propio procedimiento penal, se hará depender, como es lógico, de su previa aceptación o denegación, a propósito de la entrega, con lo que, de haber previsto, en el procedimiento accesorio, que el sujeto reclamado sería víctima, en el Estado miembro de emisión, de una manifiesta violación de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, en nuestro Estado de derecho, y consecuentemente con esta previsión, de haber denegado la entrega, habrían evitado dicha vulneración.

Estas resoluciones de las autoridades judiciales de ejecución que, eventualmente podrían consentir o autorizar, por vía indirecta, la vulneración de los derechos fundamentales de los imputados o condenados, que se hubieren refugiado en nuestro territorio, tras haber delinquido, en el correspondiente al de otro Estado miembro, naturalmente, habrán de ser revisadas en amparo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión, por primera vez desde la implantación del instrumento de cooperación judicial en curso de análisis, de admitir a trámite un recurso de amparo³⁸, frente a un auto de la Audiencia Nacional, en el que se acordaba la entrega, de un nacional español, a las autoridades judiciales francesas, condicionada a la devolución, a España, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que pudiera serle impuesta, por los Tribunales de Justicia de nuestro vecino comunitario.

El Tribunal Constitucional no se conformó, asimismo, con admitir a trámite la demanda de amparo, sino que también acordó, con carácter provisional y a reserva de ulterior audiencia de las partes, dada la urgencia del caso, la suspensión del auto recurrido, al objeto, según argumenta este Tribunal, de que el presente recurso de amparo no pierda su finalidad.

La suspensión cautelar del auto, de la Audiencia Nacional, en el que se acordaba la «entrega condicionada», a las autoridades francesas, del nacional español, no fue objeto de consenso entre los Magistrados que componían la sala, provocando, en consecuencia, dicha motivación ajena a la mayoritariamente adoptada, la redacción de un

³⁸ *Vid.* ATC 320/2004, de 17 de julio.

voto particular³⁹, en virtud del cual se advirtió que la adopción de aquella medida cautelar podría poner en peligro el procedimiento de ejecución de la orden europea.

Naturalmente, la reiterada e indiscriminada práctica, que, francamente, no cabe esperar de nuestro Tribunal Constitucional, de «suspensiones» *inaudita parte*, de la ejecución de los autos de la Audiencia, que accedan a la «entrega» de los sujetos, reclamados por sus homólogos comunitarios, amparadas en razones de urgencia, vendría a conculcar los axiomas en los que asienta su razón de ser la nueva orden europea.

La común aceptación, por otra parte, de principios tales como el de la «confianza mutua» y el «reconocimiento recíproco», sin embargo, no ha de resultar óbice para que, estando en juego nuestros derechos fundamentales, halla de procederse, siempre y en todo caso, a la materialización de la entrega, con total inobservancia de la lesión indirecta de los derechos fundamentales que comporta su realización, y de la que, por cierto, conviene recordar, son responsables nuestros propios Tribunales.

Así, pues, de la apreciable gravedad del derecho fundamental, que aparentemente quepa, conforme a las máximas de experiencia, suponer en vía de vulneración, si se accediese a la entrega, del sujeto reclamado, al Estado de emisión, dependerá, como es lógico, la imprescindible o inútil, y en consecuencia, perniciosa, adopción, por parte de nuestro Tribunal Constitucional, de la suspensión de la ejecución de la orden europea.

El Tribunal Constitucional, en todo caso, una vez cumplimentado el trámite de concesión, de un plazo común de tres días, al recurrente y al Ministerio Fiscal, para que alegaran lo que estimasen oportuno, sobre la continuidad o, en otro caso, el alzamiento de la suspensión acordada, emitió una segunda resolución⁴⁰, en la que procedió, de nuevo, a acordar la suspensión de la resolución recurrida, con advertencia de que dicha suspensión habrá de surtir el efecto que le es propio, sin perjuicio de que el Tribunal competente mantenga o

³⁹ Vid. el voto particular del ATS de 17 de julio de 2004 (r.320), especialmente, el razonamiento que sigue: «salvo en casos extremadamente excepcionales, poniendo además énfasis en la excepcionalidad, la suspensión cautelar, por los Tribunales Constitucionales de la Unión Europea de la ejecución de estas órdenes de detención y entrega podría tener consecuencias graves que harían tambalearse el sistema de cooperación mediante *Euroorden*».

⁴⁰ Vid. ATC 388/2004, de 18 de octubre.

adopte las medidas cautelares oportunas para que el recurrente permanezca a disposición de la Justicia⁴¹.

La laudable doctrina, mantenida por este Tribunal, en orden a argumentar la procedencia de la suspensión de la ejecución de la resolución judicial que acordó, en su momento, la detención y entrega, ha sido, fundamentalmente, la de garantizar la finalidad del amparo⁴², toda vez que la realización material de la «entrega», del recurrente, a las autoridades judiciales de emisión, podría convertir en una decisión meramente declarativa, en cuánto desprovista de toda eficacia práctica, una eventual sentencia que otorgase el amparo, pues una vez que el ciudadano reclamado se encontrase bajo la potestad de aquel Estado miembro de emisión, sería muy difícil que un eventual pronunciamiento de este Tribunal, que, en hipótesis, anulara el auto que declara procedente la «entrega», pudiera surtir efectos plenos en dicho Estado.

La eventual lesión de nuestros derechos fundamentales, por la que ha sido admitida a trámite, la demanda de amparo en curso de análisis, no viene determinada, como es lógico, por la condición de nacional, del sujeto reclamado, toda vez que dicha condición no le confiere, en puridad, derecho fundamental alguno, en esta materia y, además, la nueva orden europea, como es sabido, excluye, de su ámbito de aplicación, la causa de denegación, característica, por lo demás, del procedimiento extradicional, consistente en la «no entrega de nacionales».

⁴¹ La tesis esgrimida por nuestro Tribunal Constitucional, en este recurso de amparo, suscitado, por primera vez, en la todavía escasa vigencia temporal de la orden europea, frente al nuevo procedimiento de «detención y entrega», no viene, por lo demás, sino a secundar una reiterada y constante doctrina constitucional, argüida, en tiempos recientes, en relación con la extradición. El lector puede consultar al respecto, la abundante cita jurisprudencial, sobre la temática objeto de estudio, ofrecida por MONTAÑÉS PARDO, M. A., en «La suspensión cautelar de las resoluciones judiciales en el proceso de amparo constitucional: análisis jurisprudencial», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, n.º 6/2000, pp. 18 y 19.

⁴² El Tribunal Constitucional advierte, en este auto, 388/2004, al propio tiempo, con abundante cita de otras resoluciones [AATC 228/1999, de 27 de septiembre, 266/1999, de 11 de noviembre, 88/2000, de 17 de marzo, 123/2000, de 16 de mayo, 78/2001, de 2 de abril, 2/2002, de 14 de enero], que «no cabe apreciar que la suspensión pueda originar una perturbación grave de los intereses generales, ni de los derechos fundamentales o las libertades públicas de un tercero, pues aunque existan intereses generales que aconsejan tanto el cumplimiento de las resoluciones judiciales, como de los tratados internacionales, dichos intereses no quedarán afectados por la suspensión provisional de unos autos, cuya ejecución inmediata provocaría consecuencias irreversibles».

Esta lesión viene determinada, a nuestro juicio, por la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal del sujeto reclamado, toda vez que la «entrega» de dicho sujeto ha sido acordada, por la Audiencia Nacional, con posterioridad a la realización, frente a ese mismo sujeto y por los mismos hechos, de un procedimiento de extradición, en virtud del cual, precisamente por su condición de nacional, fue denegada la entrega. Bien es cierto, a este respecto, que las resoluciones judiciales dimanantes de los procedimientos de extradición no gozan, conforme a una muy consolidada corriente jurisprudencial, de la que nos hemos ocupado anteriormente, de los efectos materiales de la cosa juzgada, de tal suerte que las autoridades judiciales de emisión podrán solicitar, *sine die*, tanto en aquel tipo de procedimientos, como en el de la orden europea la entrega de los sujetos reclamados, respecto de los cuales, por las razones que fueren, no se accedió, anteriormente, a la realización de dicha entrega.

Ahora bien, la tesis jurisprudencial, de cuestionable aceptación, atinente a la negación de efectos materiales de la cosa juzgada, a las resoluciones judiciales dimanantes de los procedimientos de extradición, viene referida, como es lógico, a la ulterior posibilidad de realización de nuevas peticiones de extradición, pero no podrá hacerse, asimismo, extensible, a toda suerte de nuevos mecanismos de cooperación judicial, como lo es, en el presente supuesto, la orden europea de detención y entrega.

Así, pues, las resoluciones denegatorias de extradición carecerán de los efectos materiales de la cosa juzgada, únicamente, en relación con la eventual realización de nuevos procedimientos de extradición, pero no, esperemos, con la ulterior realización de procedimientos de detención y entrega, toda vez que no parece razonable que un mismo sujeto halla de verse expuesto, por la comisión de unos mismos hechos delictivos, a dos mecanismos de cooperación judicial, tan diferentes como lo son la extradición y la entrega. A esta irrazonable posibilidad se une, asimismo, la nada desdeñable consecuencia de que muy probablemente, este mismo sujeto, por las especiales máximas que inspiraron la nueva orden europea, de las que nos hemos hecho eco a lo largo de este estudio, sería entregado, en el momento presente, cuando, no hace mucho tiempo, fue denegada, en idénticas circunstancias, su extradición, y ello con total inobservancia del principio que proscribe la irretroactividad de la ley penal para todas las circunstancias que le fueren desfavorables.

Finalmente, conviene advertir, en este momento final del estudio del nuevo procedimiento de detención y entrega, que la eventual au-

sencia de la debida diligencia, por parte de las autoridades judiciales de los Estados que componen la UE, en la «emisión» y «ejecución» de las órdenes europeas, se halla, al propio tiempo, exenta de todo ulterior control.

En este sentido, nos parecería muy recomendable la previsión de algún mecanismo de control, de la negligencia o, en su caso, de la ausencia de toda colaboración, de las distintas autoridades judiciales europeas, en orden a la futura regulación de una revisión, que, al modo del recurso por omisión⁴³, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, viniere, de cualquier modo, a vigilar, no sólo la observancia de los presupuestos procesales y materiales de los procedimientos europeos de detención y entrega, sino también, la satisfacción de los fines de «agilidad», «eficacia» y «celeridad» que, dichos procedimientos, vienen predestinados a cumplir, en la lucha contra la impunidad y en el mantenimiento de la seguridad y de la paz social.

⁴³ Para un estudio pormenorizado y de conjunto a propósito del recurso de control judicial de la legalidad de las instituciones comunitarias, enunciado en el texto, se remite al lector, a la obra de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas», Ed. Civitas, Madrid, 1993.