



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MÓDULO IV

TEMA 10

La Orden de Detención Europea

5ª Edición

2013



AUTORA

Clara Penín Alegre

Magistrada. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria



Con el apoyo financiero del Programa de Justicia Penal de la Unión Europea
With the financial support from the Criminal Justice Programme of The European Union
Avec le soutien financier du Programme de Justice Pénale de l'Union Européenne

GLOSARIO

AAJJ: Autoridades Judiciales
AC: Autoridad Central
AJ: Autoridad Judicial
AN: Audiencia Nacional
Art: artículo
Arts.: artículos
CAAS: Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen
CE: Constitución Española
CEAJMP: Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal
CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEEx Convenio Europeo de Extradición
CEVISP: Convenio Europeo sobre el valor internacional de sentencias penales
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CNP: Cuerpo Nacional de Policía
CP: Código Penal
CPI: Corte Penal Internacional
CTPC: Convenio sobre traslado de personas condenadas
DA: Disposición Adicional
DM: Decisión Marco
DO: Diario oficial de la Unión Europea
DT: Disposición Transitoria:
EEMM: Estados miembros
EM: Estado miembro
FGE: Fiscalía General del Estado
GC: Guardia Civil
JCI: Juzgado Central de Instrucción
LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO: Ley Orgánica
LOEDE: Ley sobre la orden europea de detención y entrega
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTCC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MF: Ministerio Fiscal
MJ: Ministerio de Justicia
ODE: Orden de detención europea
REJUE: Red Judicial Española
RJE: Red Judicial Europea
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH Sentencia del TEDH
STJCE Sentencia del TJCE
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
TC: Tribunal Constitucional
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE: Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS: Tribunal Supremo
TSJ: Tribunal Superior de Justicia
TUE: Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea
UE: Unión Europea

NIVELES

NIVEL I: TEMA

NIVEL II: PARA SABER MAS

NIVEL III: DOCUMENTACIÓN DE REFERENCIA

NIVEL IV: ESPECIFICACIONES PARA ESPAÑA

NIVEL I: TEMA

SUMARIO

1. RECONOCIMIENTO MUTUO Y DERECHOS FUNDAMENTALES
2. PRINCIPIOS INSPIRADORES E INTERPRETACIÓN
3. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA ODE
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN
 - 4.1 Ámbito espacial
 - 4.2 Ámbito temporal
 - 4.3 Ámbito material
5. EMISIÓN DE UNA ODE
 - 5.1 Autoridad competente
 - 5.2 La solicitud
 - 5.2.1 Fase procesal
 - 5.2.2 Forma y contenido
 - 5.3 Transmisión
 - 5.4 Actuaciones en espera de la decisión
 - 5.4.1 Información adicional
 - 5.4.2 Autorizaciones
 - 5.4.3 Declaración y traslado temporal
 - 5.5. Actuaciones posteriores a la decisión
 - 5.5.1 Denegación
 - 5.5.2 Entrega
 - 5.5.3 Tránsito
 - 5.6 Efectos de la entrega
 - 5.6.1 Cómputo de la privación de libertad
 - 5.6.2 Principio de especialidad
 - 5.6.3 Entregas posteriores
 - 5.7 Gastos
6. EJECUCIÓN DE UNA ODE
 - 6.1 Autoridad competente
 - 6.2 Actuaciones iniciales
 - 6.2.1 Detención y puesta a disposición judicial
 - 6.2.2 Audiencia del reclamado
 - 6.3 Procedimiento
 - 6.4 Actuaciones hasta la decisión
 - 6.4.1 Información complementaria
 - 6.4.2. Declaración y traslado temporal
 - 6.5. Decisión
 - 6.5.1 Motivos de denegación obligatorios
 - 6.5.2 Motivos de denegación facultativos
 - 6.5.3 Concurrencia de solicitudes
 - 6.5.4 Motivos de condicionamiento
 - 6.6 Entrega
 - 6.6.1 Entrega condicionada o aplazada
7. BALANCE DE SU APLICACIÓN

1. Reconocimiento Mutuo y derechos fundamentales

En toda entrega de sujetos imputados o condenados por delito no sólo se contempla la relación entre los Estados implicados. Presupone una previa relación entre el Estado de emisión y la persona reclamada (fruto del procedimiento penal que contra la misma dirige) y engendra una relación entre el Estado de ejecución y el sujeto a entregar (antes, el procedimiento extradicional, ahora el de entrega). De esta manera convergen tres campos del derecho: el internacional, el penal y el procesal. El Derecho Penal es expresión de la soberanía de los Estados y como tal opera como límite de la persecución de los delitos haciendo precisos mecanismos de colaboración internacional. Por su parte, el Derecho Procesal Penal regula el ejercicio del *ius puniendi* mediante un entramado de difíciles equilibrios entre la protección de sensibles y valiosísimos derechos fundamentales y la necesidad de dotar al Estado de las potestades necesarias para proteger a la colectividad persiguiendo eficazmente los delitos. Una suerte de “Derecho constitucional aplicado” o de sismógrafo que refleja los valores básicos plasmados en la constitución de un Estado¹. Lógicamente crea conflictos cuando esa soberanía traspasa las fronteras y choca con otras “constituciones aplicadas”. La entrega de un sujeto por el Estado en que se ha refugiado, a otro Estado que le persigue penalmente, para que pueda ejercitar el *ius puniendi* supone el máximo nivel de cooperación penal. De ahí que la extradición, en cuanto susceptible de causar un gravamen irreparable en la libertad del sujeto junto a la lesión de otros valores, constituya uno de los ejemplos claros de colisión entre sistemas que no tienen porqué solventar de igual manera ese difícil equilibrio derechos fundamentales-protección de la colectividad. Y por ello se ha reservado habitualmente su regulación a acuerdos revestidos de unas especiales garantías y sometidos a unos rigurosos principios consolidados durante los siglos XIX y XX, que lo diferencian del resto de técnicas de asistencia jurídica internacional.

Sin embargo, es un hecho que la moderna criminalidad, además de organizarse, traspasa fronteras y se ha visto beneficiada de los avances tecnológicos e incremento vertiginoso de comunicaciones acaecidos en las últimas décadas. La globalización de la economía ha propiciado la explotación de países con instituciones débiles y deficientes regulaciones penales. En Europa, la desaparición de fronteras no ha discriminado la libre

¹ Confr. ORMAZABAL acogiendo la terminología acuñada por ROXIN (texto citado en la bibliografía).

circulación de delincuentes y del producto del delito. En este marco, el encorsetamiento que supone la soberanía de los Estados en materia penal proporciona un amplio margen de impunidad y dificulta tanto la investigación como la represión del delito. De ahí la necesidad de intensificar la cooperación jurídica. En una Europa sin fronteras interiores, los esquemas sobre los que ha pretendido diseñarse esta intensificación han mimetizado el sistema de libertades comunitarias. A la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales se ha unido la llamada quinta libertad o libre circulación de resoluciones judiciales².

La idea de ejecución en otro Estado de las resoluciones judiciales dictadas por los jueces penales no es una novedad de la cooperación regulada por la UE³. Existen precedentes en el marco del Consejo de Europa, como la CEVISP, que responden al esquema clásico de colaboración. Sin embargo, dentro de la Unión no es sino hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997, al sentar las bases para la creación de un “Espacio Judicial Europeo”, que Europa empieza a trabajar en una nueva idea: el principio de confianza recíproca como legitimador del reconocimiento de resoluciones. Entre las dos opciones que barajaba el Consejo Europeo de Cardiff (*15 y 16 de junio de 1998*) al elaborar el «Plan de Acción del Consejo» sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, cooperación judicial horizontal o imposición de un reconocimiento obligatorio, la UE se decanta por este último a partir del Consejo Europeo Tampere (*15 y 16 de octubre de 1999*), en la sesión especial dedicada a la creación de ese espacio de libertad, seguridad y justicia⁴, acuñando la idea que ha sido repetida hasta la saciedad: el principio de reconocimiento mutuo debe ser la “piedra angular” de la cooperación judicial. En general, insta a la adopción de un programa de medidas para llevar a la práctica este principio de reconocimiento mutuo, finalmente adoptado en 12-2000⁵.

Como desarrollo de este Programa se han ido adoptando distintas DM en relación con las materias que contemplaba. La primera y más significativa se vio impulsada a raíz de los ataques terroristas perpetrados el 11-9-2001, a raíz de los cuales la Comisión propuso la creación de un mandamiento de detención europeo que habría de sustituir a los procedimientos de extradición⁶. Finalmente, el 13-6-2002 fue aprobada la DM 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre EEMM⁷ inaugurando la lista de DM que tratan de desarrollar la quinta libertad comunitaria. Por su parte, el TJCE ha avalado la

² Puede encontrarse un análisis y graduación de este principio en DELGADO. Esta denominación dio título a un artículo en 1986 de IGLESIAS y DESANTES (textos citados en la bibliografía final).

³ Confr. IRURZUN, Principio de confianza...

⁴ Consejo de Tampere http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

⁵ DO C 12, 15-1-2001) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:012:0010:0022:ES:PDF>

⁶ DO C 332, 27-11-2001, COM (2001) 522 final.

⁷ DO L 190, 18-7-2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF>

adecuación de este instrumento para hacer efectivo el principio de reconocimiento mutuo al resolver la cuestión prejudicial planteada por el TC de Bélgica frente a esta primera DM⁸. Con este principio se persigue que la resolución dictada por una AJ de un EM con implicaciones transnacionales sea automáticamente reconocida por el resto de EEMM y despliegue las consecuencias legales que tendría en el país en que se dictó. Y se dice que está basado en la confianza recíproca pues, a pesar de las divergencias entre sistemas legislativos y judiciales nacionales, todos los EEMM confían en que el resto de ordenamientos respetan los derechos y libertades fundamentales, las garantías procesales y los valores propios del Estado democrático y de Derecho, como principios básicos conformadores de la convivencia en la UE.

Sin embargo, la mejora de los mecanismos de cooperación internacional y, entre ellos, la sustitución de la extradición por la ODE no puede hacerse a costa de los derechos del reclamado⁹. De ahí que sea un debate abierto la existencia de base suficiente en la DM para que la intervención de la autoridad de ejecución se extienda a hacer efectivos estos derechos y garantías, sin olvidar que el procedimiento de ejecución de la ODE no tiene como objeto la sanción penal, sino hacer posible el proceso penal en otro Estado, lo que trató de plantearse en una cuestión prejudicial¹⁰.

El art. 6 de la versión consolidada del TUE¹¹ remite en esta materia a la Carta de Derechos Fundamentales, a la que reconoce como parte del Derecho de la Unión, que será interpretada conforme a las Explicaciones a la misma publicadas en el DOUE¹² y que ya tiene fuerza vinculante según reconoce la Declaración 1ª al Tratado de Lisboa. Estas explicaciones descansan en la jurisprudencia del TEDH, con el que la Declaración 2ª a este Tratado reconoce existe un diálogo regular. Tanto el art. 6 del TUE como el Protocolo nº 8 de este Tratado prevén la adhesión de la UE al CEDH, y los derechos fundamentales que garantiza son declarados parte del Derecho de la Unión como principios generales. Claramente se refuerza la protección de los derechos fundamentales y las posibilidades de su invocación dentro de la UE.

2. Principios inspiradores e interpretación

Al utilizar la ODE, el jurista se enfrenta con una diversidad de legislaciones nacionales que han implementado la DM de forma no siempre homogénea. De hecho, una novedad lo constituye las actuales relaciones entre Estado de emisión y de ejecución, que antes se regían por el Derecho Internacional y en el que ahora convergen

⁸ STJCE 3-5-2007, c. 303/2005, *Advocaten voor de Wereld*

⁹ Ver sentencia 9-6-1998, nº 25829/1994, *Teixeira v. Portugal*

¹⁰ Petición de 31-7-09, c.306/09, IB, si bien la sentencia de 21-10-2010 rehuye entrar en este problema. Finlandia ha desistido de la planteada el 25-2-2010, c.105/10, *Gataev y Gataeva* (Auto 3-4-2010). La jurisprudencia del TJCE puede verse en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

¹¹ <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ%3AC%3A2008%3A115%3ASOM%3AES%3AHTML>

¹² Art. 52 de la Carta <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:303:SOM:ES:HTML>

diversas normativas, todas ellas nacionales, desarrollo o implementación de un instrumento jurídico único de la UE pero no derecho comunitario. Podrá hablarse, pues, de relaciones distintas dependiendo de los Estados involucrados. Repetidamente se ha venido citando la Sentencia del caso *María Pupino*¹³ en cuanto reconoce el efecto “indirecto” de las DM, que obliga a interpretar el derecho interno de acuerdo con los fines de aquella. Este es el parámetro de interpretación también para las diversas Leyes de trasposición. Igualmente, si bien de forma más reciente y según se le han ido atribuyendo competencias, el TJUE está comenzando a pronunciarse sobre diferentes preceptos de la DM, además de sobre extremos que pueden tener incidencia en la entrega de sujetos. Y como puede observarse en un examen de esta jurisprudencia, la interpretación se hace sobre la base de los principios u objetivos de la DM.

El primer objetivo que la ODE viene a desarrollar es el de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales al que alude el Preámbulo de la DM que la regula. Sin embargo y pese al énfasis con que se alude al mismo, la regulación mínima que impone la DM no suprime el procedimiento de verificación de los requisitos y garantías de la resolución cuya ejecución se insta, exigiendo finalmente una decisión de la autoridad de ejecución acerca de su procedencia. No se trata de una entrega automática. De ahí que se debata en la doctrina y en los Tribunales si la ODE sigue siendo un procedimiento de extradición por sus finalidades, la entrega de un sujeto acusado o condenado por delito, y limitación de unos mismos derechos para llevarla a efecto, manteniendo pronunciamientos recaídos en materia de extradición para la ODE.

El segundo, igualmente señalado en la DM al mismo nivel que el anterior, es la protección de los derechos fundamentales. De hecho, la mejor manera de afianzar la confianza recíproca es aumentando esta exigencia. Y de ahí que sea básico para la comprensión e interpretación de la regulación sobre ODE su respeto escrupuloso. De hecho, el propio TCJE sobreentiende su cumplimiento para considerar no se vulneran los derechos del art. 6 TUE. El respeto de los derechos fundamentales es uno de los pilares sobre los que se asienta la UE. Por tanto, en la medida que el reconocimiento mutuo descansa en la confianza de que el sistema jurídico del resto de EEMM es respetuoso con el contenido absoluto de estos derechos, los Tribunales deben interpretar la normativa exigiendo que el respeto sea efectivo. De este modo, aun partiendo de la confianza en el sistema judicial extranjero, la alegación de una concreta violación con visos de realidad podrá ser examinada por algunos Tribunales en cuanto llamados a velar por la tutela judicial efectiva, facultad defendida por

¹³ STJCE 16-6-2005, C-105/03.

algunos autores¹⁴. De ahí que no sea extraño el que antes de proceder a la entrega se indague sobre este eventual peligro de violación alegado. Otra cuestión será la decisión que se adopte tras ese examen y lo que se considere como posible violación indirecta de llevarse a efecto la entrega.

3. Concepto, naturaleza y características de la ODE

La ODE se define en el art. 1.1 DM como una resolución judicial dictada en un EM de la UE con vistas a la detención y entrega por otro EM de una persona a la que se reclama para:

- el ejercicio de acciones penales (entrega para enjuiciamiento).
- la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad (entrega para cumplimiento).

No obstante, no es ésta, o al menos no en exclusiva, su naturaleza. En primer lugar y como el nombre indica, es una «orden» dictada por una AJ para que se proceda a la detención inmediata del individuo dentro del ámbito de la UE, equivalente a una requisitoria internacional que precisa una previa resolución por la que se acuerde la privación de libertad. Si es para cumplimiento, una sentencia. Si es para enjuiciamiento, la resolución que el ordenamiento en cuestión prevea para su adopción. De ahí que el apartado b) del formulario exija que se haga referencia expresa a la sentencia o resolución por la que se acuerde la detención, único extremo de la ODE que, como se verá, resulta imperativo y de ahí la naturaleza de «orden de detención».

Segundo, además de una orden, este instrumento contiene una «solicitud de entrega». Así se indica en el encabezamiento del propio formulario, lo que le confiere el carácter propio de instrumento de cooperación judicial internacional. Que la situación de privación de libertad se mantenga mientras se decide la entrega, así como que se acuerde ésta en la decisión final, dependerá de la pertinente resolución judicial de la autoridad de ejecución y sin que necesariamente deba acceder a ambas.

Tercero, la ODE se dicta a través de un «formulario unificado» del que deben disponer todas las AAJJ de todos los EEMM. Este carácter viene a contrarrestar no sólo las dificultades idiomáticas propias del multilingüismo vigente en la Unión, con el efecto de permitir su reconocimiento físico inmediato. A pesar de la inexistencia de una gramática penal común europea, posibilita la utilización de una misma herramienta con un único lenguaje penal.

¹⁴ Ver en este sentido la interesante reflexión de VOGEL previa a la DM y su teoría de "reserva europea en relación con los derechos fundamentales y los derechos humanos", tesis también sostenida por CUERDA bajo la denominación del *non refoulement* y GONZÁLEZ-CUÉLLAR (textos citados en la bibliografía).

Por lo que a las características de esta regulación se refiere, en parte son comunes al resto de DM que desarrollan el principio de RM y permiten identificar los rasgos diferenciadores del antiguo sistema de extradición, desarrollo de tres ideas básicas: monopolio judicial, armonización y la simplificación del procedimiento.

a. Judicialización. Mecanismo exclusivamente judicial, en el que se suprime toda la intervención gubernativa y el principio de oportunidad¹⁵, permitiendo la cooperación judicial directa entre AAJJ. Esta nueva visión de la ODE conlleva que el papel de la AC pasa a ser de mero auxiliador.

b. Homogenización. La DM sienta las bases de un procedimiento común que todos los EEMM han implementado con un margen de discrecionalidad.

c. Armonización. Se facilita un formulario común. Impreso único, sencillo y breve, que conlleva una reducción de trámites y de documentación a remitir; consta de siete páginas, es idéntico para todas las AAJJ de la UE y en principio basta con su sola remisión acompañada de la traducción para que se produzca la entrega.

d. Simplificación. Desaparece como fase independiente la detención previa de la extradición. Basta con la emisión de la ODE para que se detenga al individuo, se active el procedimiento de decisión y se produzca la entrega.

e. Celeridad. Consecuencia de la desaparición del trámite gubernativo¹⁶, de la comunicación directa¹⁷ entre AAJJ y del establecimiento de plazos muy breves de tramitación. La decisión final ha de adoptarse en un plazo máximo de 90 días, lo que posibilita la continuación del procedimiento en el Estado de emisión en un tiempo relativamente corto.

f. Flexibilidad procedimental. Contempla la posibilidad de que el reclamado consienta la entrega¹⁸ con una reducción drástica de los plazos, e Incluye mecanismos alternativos que, como la entrega temporal, permiten la agilización de la cooperación.

g. Favorecimiento de la entrega. Se suprime el control de doble tipificación para 32 categorías de delitos, se reducen los motivos de denegación, permite la entrega de nacionales y desaparece la referencia a delitos políticos y militares¹⁹.

i. Garantismo. Se fortalece el respeto de los derechos fundamentales del reclamado desde el mismo momento de la detención y a lo largo de toda la

¹⁵ Para MORENO, suprimida la intervención del ejecutivo, debería haberse terminados con las tres grandes trabas de la extradición: la doble incriminación, el principio de especialidad y la protección del nacional (en texto citado en la bibliografía final).

¹⁶ Descriptivamente, CUERDA denominaba a la extradición pasiva «sawwich» a la hora de distribuir los papeles del ejecutivo y judicial en la decisión (texto citado en la bibliografía).

¹⁷ Resalta CASTILLEJO como precedente el CEAJMP de 2000. Alentado desde la Recomendación R(82)1 del Comité de Ministros de 15-1-1982, es una novedad en la entrega de sujetos procesales (texto citado en la bibliografía).

¹⁸ Ya preveían esta simplificación en base al consentimiento del sujeto los Convenios de Schengen, Bruselas y Dublín.

¹⁹ Como indica LÓPEZ (2003), la DM no contempla la posibilidad de asilo entre los EEMM pues el principio de confianza recíproca permite atribuirles la condición de “país seguro”, estando obligados a adoptar una posición contraria a su concesión respecto de nacionales de estos Estados.

tramitación, aplicando a la condena el tiempo de privación de libertad sufrido con motivo de la entrega.

4. Ámbito de Aplicación

4.1 Ámbito espacial

Fruto de una DM dictada en el seno de la UE, éste es el territorio en el que está llamada a operar la ODE²⁰. De hecho, el art. 31.1 DM solemnemente proclama que la ODE sustituirá, a partir del 1-1-2004, las disposiciones de los principales Convenios de Extradición por los que se regían hasta el momento los EEMM²¹. Sin embargo, la aplicación de la DM no fue inmediata. Precisó la adaptación de los sistemas internos. Aun cuando el plazo de incorporación finalizaba el 31-12-2003²², no todos los EEMM cumplieron esta obligación puntualmente. Pese al retraso inicial en las transposición (hasta 16 meses en el caso de Italia), y las iniciales dificultades constitucionales, su aplicación lo es ya para todos los miembros de la UE y puede calificarse de un éxito de progresiva utilización²³.

El primer efecto práctico es el de simplificación del caos normativo que regulaba la extradición dentro de la UE. En él convergían distintos niveles jurídicos de regulación, superponiéndose progresivamente. Ninguno de ellos dejaba sin efecto al anterior sino que lo venía a “complementar” La ODE facilita drásticamente la identificación del texto aplicable. En la actualidad, en la UE la detención y entrega de un imputado o condenado se rige únicamente por la ODE.

Sustitución con dos matices. Primero, sólo opera respecto de los EEMM de la UE, pero no en la relación con Estados no miembros. Segundo, la sustitución no es total sino que, como indica la propia DM en el art. 31, los EEMM podrán seguir aplicando o celebrar nuevos acuerdos que permitan ir más allá de los objetivos o simplifiquen o faciliten los procedimientos de entrega²⁴. De hecho, acontecimientos posteriores como la anulación de la normativa alemana, por la que se adaptó la DM al

²⁰ El 28-6-2006 se firmó un acuerdo entre la UE con Noruega e Islandia a fin de ampliar el mecanismo de la entrega a estos países con algunas modificaciones, acuerdo que no está en vigor todavía.

²¹ El CE de extradición, de 13-12-1957 y sus dos protocolos adicionales; el CE para la represión del terrorismo de 27-1-1977 en lo que se refiere a la extradición; el Acuerdo entre EEMM relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, de 26-5-1989; el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los EEMM de la UE, 10-3-1995; el Convenio relativo a la extradición entre los EEMM de la UE de 27-9-1996; y el capítulo IV del título III del CAAS de 19-6-1990.

²² Obligación que los 15 países originarios de la Unión debían cumplir, conforme al art. 34.1 de la DM y que quedó diferida para los 10 nuevos EEMM al 1-5-2004. Bulgaria y Rumanía, de integración posterior, se les aplazó al 1-1-2007.

²³ Actualización de la evaluación por la Comisión relativo a la aplicación de la DM desde 2005 [SEC(2007) 979] <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/st11/st11788.es07.pdf>

²⁴ Así lo han hecho Dinamarca, Finlandia y Suecia al considerar que en la mayoría de los ámbitos la legislación uniforme en vigor entre los Estados nórdicos autoriza a simplificar y hacer más fáciles los procedimientos de entrega. DO L 246 29-9-2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:ES:PDF>. La República Checa también mantiene los Tratados con Eslovaquia y Austria. Ejemplo de compromisos adquiridos con posterioridad está la aprobación de la denominada “orden de detención nórdica”. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st05/st05573.en06.pdf>

ordenamiento interno, provocaron como primera consecuencia la reactivación del extinto sistema de extradición hasta el 2-8-2006²⁵.

a. Ámbito temporal

En principio, la ODE estaba pensada para aplicarse a las solicitudes cursadas a partir del 1-1-2004. Al margen del retraso en la trasposición, 3 EEMM limitaron su aplicación a una fecha de comisión de los hechos en aplicación del art. 32 DM. En concreto, Francia, Italia y Austria: Francia, hasta el 1-11-1993, Italia y Austria, hasta el 7-8-2002. Con posterioridad a la DM, otros países han seguido este sistema en contra de las previsiones de la DM. Incluso Italia fue más allá de su inicial declaración y limitó su aplicación a ODEs emitidas o recibida después de la entrada en vigor de su ley²⁶. En la actualidad se encuentra operativa en todos los EEMM desde las fechas referidas en el cuadro que se adjunta en el Nivel II.

b. Ámbito material

La ODE tiene como objeto la detención y entrega de un sujeto incurso en un procedimiento penal. Así se deduce del art. 1.1 de la DM, indicando que la persona reclamada debe serlo para el ejercicio de acciones penales (ODE para enjuiciamiento) o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad consecuencia de haber sido juzgado (ODE para cumplimiento).

La DM no excepciona ningún delito de su ámbito de aplicación. No obstante, y ésta constituye una de las novedades más acentuadas de la ODE, la determinación del ámbito material por razón del delito se hace conforme a un sistema dual. Va a exigir distintos requisitos según el delito sea uno de los recogidos en un listado de 32 categorías de delito²⁷ o no, resultando común la exigencia en todo caso de un mínimo punitivo o umbral de duración de la pena en el Estado de emisión.

²⁵ Mediante la Sentencia de 18-7-2005 del TC alemán, en el caso *Darkanzali*.

²⁶ Luxemburgo, que no hizo manifestación alguna en el momento de la adopción, la hizo al trasponer la DM y aunque los nuevos EEMM que se integraron en la UE no disponían de esta facultad, la República Checa y Eslovenia incluyeron sendos límites. En el caso de la República Checa incluso sin respetar el límite absoluto que prevé la DM del 7-8-2002, si bien modificó su legislación el 19-4-2006 atemperando esta declaración para los nacionales. Eslovenia finalmente ha retirado su declaración para hechos posteriores al 7-8-2002, documento del Consejo nº 13636/08, 3-10-08, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN747.pdf.

²⁷

- pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas según el Convenio 26-07-1995, sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- blanqueo del producto del delito,
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,
- delitos de alta tecnología, en particular delito informático,
- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,
- homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,

- Delitos incluidos en el listado del art. 2.2 DM²⁸.
 - Mínimo punitivo. Para estos delitos se exige que la pena o medida de seguridad privativa de libertad sea superior a 3 años en el Estado de emisión, sin diferenciar entre ODE para enjuiciamiento o cumplimiento.
 - Ausencia de control de doble tipificación.
- Delitos no incluidos en el listado (art. 2.1 DM).
 - Mínimo punitivo. Para ODEs de enjuiciamiento, la pena o medida de seguridad prevista en la ley del Estado de emisión deberá ser de al menos 1 año de privación de libertad atendiendo a la pena en abstracto. Para las ODEs de cumplimiento de pena o medida, que ésta sea de al menos 4 meses. En ambos casos y a diferencia del sistema tradicional²⁹ ya no es necesario que el Estado de ejecución cumpla mínimo alguno³⁰.
 - Control de doble tipificación (arts. 2.4 y 4.1 DM): tan sólo se requiere que los hechos estén también tipificados en el Estado de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación, labor de interpretación que en este caso corresponde a la autoridad de ejecución, por lo que algunos autores consideran que este control no es tan amplio como en la extradición.

El mayor problema que plantea el listado al emitir una ODE será el de interpretar si los hechos objeto del procedimiento son subsumibles o no en alguna de las categorías, lo que debe hacerse constar en el formulario tachando la casilla correspondiente. En principio, esta competencia es exclusiva del órgano de emisión. Pero la necesidad de efectuar una somera descripción de los hechos entrañará que,

-
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
 - secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,
 - racismo y xenofobia,
 - robos organizados o a mano armada,
 - tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
 - estafa,
 - chantaje y extorsión de fondos,
 - violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
 - falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
 - falsificación de medios de pago,
 - tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
 - tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
 - tráfico de vehículos robados,
 - violación,
 - incendio voluntario,
 - delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,
 - secuestro de aeronaves y buques,
 - sabotaje.

²⁸ Listado que, como indica CASTILLEJO (texto citado en la bibliografía), son los delitos competencia de Europol, cuando no delitos incluidos en Tratados de los que todos los EEMM son parte. Como indica MORENO, el examen de doble incriminación no se suprime tampoco en este caso pues se sobreentiende que todos los países tienen tipificados en sus CP figuras que se corresponden con estas categorías, por lo que el examen de doble incriminación habría venido hecho *a priori* en la norma comunitaria (texto citado en la bibliografía). Ver normativa del Nivel II.

²⁹ Artículo 2.1 CEEEx.

³⁰ El Convenio de Dublín (art. 2) ya sustituía el sistema tradicional por uno de doble tasa de penalidad.

caso de abuso en la calificación, puedan surgir problemas para la ejecución de la ODE y sea evidenciado por la Comisión en sus evaluaciones³¹.

Finalmente y teniendo en cuenta que pervive el principio de especialidad en la ODE, conforme al cual la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiera motivado ésta salvo en los supuestos que la norma recoge (27.2 DM), es aconsejable que se efectúe la reclamación del sujeto por todos aquellos delitos que tuviera pendientes en el Estado de emisión. Lo que representa un problema en los países, como España, en que AJ de emisión no está centralizada. Pero el formulario recoge la posibilidad de que sean varias las infracciones por las que se inste la entrega. En principio y atendiendo a los mínimos punitivos, es necesario que el ilícito revista cierta gravedad, no estando prevista la *entrega accesoria*, para delitos menores que no alcancen el umbral de pena exigido³². Algunos autores rechazan, por quedar omitida, esta posibilidad. En virtud del art. 31.2 DM podría interpretarse que el precepto del CEEEx, como convenio multilateral suscrito por los EEMM, facilita el procedimiento de entrega en este punto y en este sentido se decanta la Comisión.

5. Emisión de una ODE

5.1 Autoridad competente

Lo será aquélla AJ designada por cada Estado en aplicación del art. 6 DM, pudiendo consultarse en la página del Consejo de la UE en sus respectivas declaraciones, siendo una cuestión de derecho interno del Estado de emisión. Se plantea si alcanza a otras jurisdicciones con competencia para acordar penas o medidas privativas de libertad. En primer lugar y al no excepcionar el delito militar como hiciera el art. 4 del CEEEx, caso de que exista una jurisdicción distinta de la ordinaria, nada impida que pueda hacer uso de la ODE. Igual cuestión se plantea con la posible jurisdicción de menores. Cierto es que la DM prevé como motivo de no ejecución imperativo el que la persona reclamada no pueda ser considerada responsable penalmente de los hechos. Cada país recoge una distinta edad penal y para tramos inferiores al marcado suelen preverse medidas de privación de libertad. Es una cuestión abierta y depende de cada país, incluso del intérprete, la solución que se de a la cuestión.

³¹ Sostiene una mínima facultad de control por la AJ de ejecución al apreciar el relato fáctico MORENO (texto citado en la bibliografía).

³² A diferencia de lo que ocurría con el art. 2.2 CEEEx.

a. La solicitud

Su contenido se encuentra en el art. 8 DM y lo desarrolla el formulario. Para su confección se aconseja seguir el Manual europeo de emisión de ODE que obra en la página del Consejo de la UE³³, cuya principal finalidad es la de armonizar las prácticas divergentes constatadas en los distintos EEMM. La ODE, en cuanto medida restrictiva de derechos, ha de ser adoptada atendiendo al principio de proporcionalidad, considerando que es una medida que restringe la libertad de persona y el alto coste económico de la entrega³⁴. Requisito objeto de precisión en la última versión del Manual, invitando al uso de medidas alternativas menos restrictivas de derechos³⁵.

i. Fase procesal

La DM no establece ninguna previsión sobre el momento procesal en que puede ser emitida limitándose a exigir que la entrega se haga para el ejercicio de acciones penales o para ejecución de una pena o medida de seguridad ya impuesta. Parece que la ODE no está diseñada para indagaciones sobre sospechosos no sustentadas sobre un mínimo probatorio sino que los indicios deben permitir el ejercicio de acciones penales. En este sentido el Manual europeo recuerda la STJCE en el caso *Advocaten* (que por su importancia incorpora al mismo junto con la sentencia *María Pupino*), así como el contenido del art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales sobre la vigencia de este principio³⁶.

ii. Forma y contenido

El contenido de la ODE viene dado por el formulario, por lo que éste se encarga de incluir todas las exigencias que recoge el art. 8 DM y no precisa que se acompañe inicialmente de ningún otro documento. El propio Manual europeo recomienda descargarlo en el ordenador personal. Es decir, no es necesario que se adjunte la resolución (auto o sentencia) que le sirve de presupuesto. Pero sí hacer en el apartado b) del modelo una referencia que permita su identificación: número, procedimiento, fecha y, en caso resolución distinta a sentencia, que es de detención o prisión³⁷. El impreso puede obtenerse por todos los EEMM en todos los idiomas comunitarios en la página de la RJE, la cual incluye un apartado “*EAW Wizard*” que

³³ El Manual efectúa la advertencia de que las observaciones que recoge no tienen carácter vinculante, al tiempo que recuerda al obligación de interpretación conforme derivada de la Sentencia *María Pupino* <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st08/st08216-re02.es08.pdf>

³⁴ La Corte di Cassazione, Sección VI, 17-19-4-07, nº 15970, Piras e Stori: anula una decisión de ODE acordada a los simples efectos de obtener un testimonio.

³⁵ Han de valorarse la gravedad de la infracción, la sanción, las posibilidades de detención, la necesidad de protección de la población y los intereses de las víctimas. Respecto de la necesidad de cumplir con el requisito de necesidad en cuanto medida restrictiva de derecho y posibilidad de denegar la entrega por este motivo se ha planteado la cuestión prejudicial c.396/11, 27-7-2011, *Radu*.

³⁶ Reino Unido exige para la entrega que las investigaciones se hayan cerrado.

³⁷ Sin embargo, no nos extraña que alguna autoridad de ejecución nos lo requiera como información complementaria pese a que, como recuerda el Informe de la Comisión no es necesario.

facilita la redacción *online* de la ODE mediante una herramienta interactiva³⁸. Dicha página también incluye los distintos formularios en su correspondiente apartado “forms”³⁹. Igualmente están disponibles en la página oficial del Consejo de la UE⁴⁰. Necesariamente ha de ser utilizado este impreso y no otro abreviado o prescindiendo de epígrafes, y rellenarse a máquina, no a mano. Un formulario por cada sujeto, pero puede ser objeto de reclamación por diversas infracciones en una misma ODE.

El impreso ha de ser rellenado por la AJ, sea cual sea la vía utilizada para la transmisión y se conozca o no el paradero del sujeto. Así se especifica en la letra i), requiriendo firma y sello oficial al final de la ODE. No cabe, pues, remitir un oficio a SIRENE o INTERPOL para que efectúe esta labor en nuestro nombre. En cuanto a su cumplimentación material, es el propio documento el que va pidiendo la información necesaria e imprescindible a los efectos de la entrega⁴¹.

El **apartado a)** consiste en la descripción del sujeto reclamado⁴², con los datos que tengamos en la causa. Lo normal es que se desconozca el paradero, en cuyo caso habrá que hacerlo constar así. Algunos países exigen que se concrete como información adicional el idioma que entiende el reclamado. Si se desconoce este extremo, resulta conveniente dejar constancia de ello en este apartado.

Si se dispone de fotografías, huellas dactilares, señas personales (tatuajes, deformidades, características especiales, etc) o análisis de ADN, el formulario ya nos indica que deben adjuntarse, pues la identidad del sujeto reclamado suele ser uno de los puntos más conflictivos en el procedimiento de entrega. Si no se dispone de ninguno de estos datos, lo que por otro lado será el supuesto más habitual, es conveniente hacer una referencia al número de atestado y grupo que lo ha levantado, de existir, para que el canal policial utilizado haga las gestiones necesarias para reunir la ficha dactiloscópica y el material de identificación. También es conveniente hacer referencia a la peligrosidad del sujeto o posibilidad de que porte armas⁴³. Si utiliza nombres falsos, se aconseja consignarlos entre corchetes e incluir los datos fraudulentamente utilizados en todos los campos relativos a su identidad.

La decisión base de la orden (el auto o la sentencia) se identifica en el **apartado b)**, que permite diferenciar la finalidad de la ODE (para enjuiciamiento o para cumplimiento de pena o medida, incluyendo la fecha de la firmeza)⁴⁴. En la casilla que

³⁸ <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/eawwizard.aspx>

³⁹ <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/forms.aspx>

⁴⁰ <http://www.consilium.europa.eu/App/PolJu/Default.aspx?Detailid=134&cmsid=720&lang=ES>

⁴¹ EL SIS I sólo admite la introducción de una única ODE por persona en cada EEMM en cuanto sólo permite una descripción o modelo “A” (formulario de la descripción inicial, señalamiento o alerta, que permite la consulta única y simultánea en los diversos EEMM). Una vez validado e incluido en el sistema, SIRENE conserva la información del resto de ODEs que se han emitido sobre la misma persona en ese EEMM a través de múltiples modelos “M” (información diversa de de un mismo señalamiento).

⁴² Una ODE por sujeto, con independencia de que hayan participado varios en un mismo hecho delictivo.

⁴³ Irlanda remite la “evaluación de riesgo” sobre las personas objeto de ODE.

⁴⁴ Si el procedimiento avanza y el sujeto, por ej, es juzgado en rebeldía, el Manual aconseja emitir nueva ODE.

no resulte pertinente puede consignarse “no procede” o tacharla. Las sentencias dictadas en rebeldía plantean problemas a este respecto pues en muchos EEMM no son “ejecutables”⁴⁵, decantándose el Manual porque se consignen en el apartado b) 1 y no en el b) 2.

El **apartado c)** requiere, a efectos de comprobar si se cumplen los umbrales punitivos, que se indique la duración máxima de la pena: la que puede imponerse o la ya impuesta así como la que resta por cumplir, según la finalidad de la ODE. Nuevamente habrá que tachar o consignar que “no procede” el apartado correspondiente y de forma correlativa al apartado b)⁴⁶. Si la pena impuesta es indefinida (ej. perpetua o internamiento en centro psiquiátrico), deberá especificarse que al menos quedan por cumplir 4 meses.

Respecto del **apartado d)** cuando la sentencia se ha dictado en rebeldía, en primer lugar ha de recordarse que la DM 2009/299/JAI⁴⁷, cuya fecha límite de trasposición era el 28-3-2011 (excepcionalmente el 1-1-2014 si existen dificultades) modifica este apartado. Es el epígrafe donde ha de especificarse si el reclamado fue citado personalmente o informado por otros medios o, alternativamente, no lo fue pero dispone de garantías que puede prestar anticipadamente a través del recuadro f) en su caso. Así se evitará se nos pida información adicional, ya que es a la AJ de ejecución a la que incumbe evaluar tanto si el juicio no puede ser calificado de “justo”, como el grado de “suficiencia” de las garantías ofrecidas. El Manual europeo aconseja que se incorpore en el recuadro b).1 (sentencia no firme) y aprovechar el recuadro f) para explicar la situación. Principalmente, cuando no ha sido citado personalmente pero sí “por otros medios” permitidos por la legislación del Estado de emisión, explicando cuáles son y el grado de certeza de que el reclamado ha tenido efectivo conocimiento de la fecha y lugar del juicio; las condiciones de la nueva vista o recurso que cabe si ha sido juzgado en rebeldía, plazo para interponerlo, y si la notificación de la ODE se asimila a la notificación de la sentencia a efectos del plazo para recurrir⁴⁸. Por lo demás y aun cuando el reclamado, una vez detenido como consecuencia de la ODE, pueda entenderse que ya tiene conocimiento formal del procedimiento seguido en su contra dado que necesariamente ha de ser informado de su existencia y del motivo de

⁴⁵ Este extremo, por la incidencia de cara a la aplicación de la garantía de retorno de los nacionales en relación con los arts. 4.6 ó 5.3 DM se planteó en la cuestión prejudicial IB 31-7-09 (C-306/09), considerando las conclusiones de 6-7-2010 que cabe la mutación de la ODE dependiendo de las circunstancias. La STJUE 21-10-2010 resuelve que cuando el EM de ejecución haya incorporado el artículo 5.1 y 3 a su ordenamiento, la ejecución de una ODE de cumplimiento dictada en rebeldía puede condicionarse a que la persona, nacional o residente en el EM de ejecución, sea devuelta para cumplir la pena impuesta tras un nuevo juicio celebrado en su presencia en el EM emisor.

⁴⁶ Salvo para la sentencia dictada en rebeldía si se ha optado por considerarla resolución “no ejecutiva”.

⁴⁷ De 26-2-2009, por la que se modifican las DM 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27-3-2009) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:ES:PDF>

⁴⁸ Por las dificultades de traducción, el Tribunal de Gante ha traducido la normativa de los juicios en ausencia a todos los idiomas comunitarios.

la ODE⁴⁹. La nueva DM 2009/299 dispone que la información que sobre la sentencia se suministre en la ejecución de la ODE no servirá como notificación a efectos del cómputo del plazo para recurrir.

Quizás el punto más complicado pueda ser el **aparatado e)** relativo a la descripción de la infracción. Lo primero que se nos va a pedir este recuadro es el número de infracciones por las que se emite, siempre referidas a un mismo sujeto. Numeración que deberá seguirse en toda la información que requiera el recuadro. A continuación se solicita una descripción de los hechos. La redacción ha de ser lo más sencilla y breve posible. Primero, por cuanto los formularios han de ser objeto de traducción. Segundo y según informa SIRENE y recoge el Manual europeo, si no son sucintas suponen un problema que obliga a la utilización de diferentes formularios accesorios, dado que la longitud técnica del SIS en cada una de las casillas es de 1024 caracteres, lo que supone unas 15 líneas aproximadamente. Teniendo en cuenta aspectos funcionales y que las Oficinas SIRENE no pueden alterar la redacción de la ODE emitida por un órgano judicial (una cosa es la subsanación técnica y otra la modificación de una “orden”), es deseable un esfuerzo a la hora de realizar una redacción completa y a la vez concisa en la descripción. De no hacerlo existe peligro de colapso en estas Oficinas, que además deben preparar una “traducción de apoyo” para su introducción en el SIS. Esta concisión no es exigida en igual medida por INTERPOL. Al redactar los hechos no es conveniente que se copien los del escrito de acusación o los de los hechos probados de la sentencia, como tampoco incluir datos innecesarios. El art. 8 DM especifica cuáles son las circunstancias que necesariamente han de relatarse: momento en que se cometieron (concretamente el día, para determinar la aplicación en el tiempo de la ODE, la posible prescripción o, caso de concurrencia con otras solicitudes, valorar este dato), el lugar (a efectos de competencia internacional y comprobación el territorio en que se han desarrollado, por lo que la descripción debe ceñirse a esta finalidad, bastando con citar la localidad donde se han producido los hechos), el grado de consumación y el de participación de la persona reclamada. Habrá que huir de detalles innecesarios o extremos no imprescindibles para comprender la tipificación de los mismos desde la óptica de una autoridad extranjera, como la descripción profusa de unas heridas.

El segundo inciso de este apartado interesa, mediante la denominación de naturaleza y tipificación legal de la infracción y disposición legal aplicable, la calificación jurídica del delito o delitos objeto de la ODE y la reseña del precepto legal en que se describe. No es necesario, pues, que se aporte copia de la legislación. Esta

⁴⁹ En la vertiente de respeto a los derechos fundamentales del reclamado, hasta el momento podía interpretarse que seguía siendo de aplicación el Segundo Protocolo al CEEEx y considerarse que la notificación de la ODE no equivale a la notificación de la sentencia recaída en su ausencia, por aplicación del artículo 31.2 DM, a los efectos del cómputo del plazo para interponer el referido recurso.

calificación no se precisa para los delitos de la lista comprendida en el apartado e) del formulario ODE y que no exigen control de la doble incriminación. En tal supuesto basta con que se marque el correspondiente en la casilla situada en el margen izquierdo, recordando que la pena o medida debe ser al menos de 3 años de privación. Recordatorio que hace el propio modelo, si bien con una redacción un tanto confusa. Sí es necesario que se describa el delito cuando la infracción queda fuera de la lista (apartado e) II), pudiendo perfectamente transcribir el precepto que lo regula. Conviene pensar que el destino de esta descripción es una autoridad extranjera que desconoce nuestro sistema penal y de ahí que le facilitemos la información. El Manual europeo recomienda incorporar las infracciones accesorias que, sin cumplir el umbral de privación de libertad, ha cometido el sujeto. Quedará a la facultad de la AJ de ejecución conceder la ODE también por estos hechos.

Bajo el **apartado f)** inserta la ODE un recuadro permitiendo dejar constancia de lo que denomina información facultativa. Entre los ejemplos mencionados en el formulario destaca las causas de dilación del proceso, pues ésta es una cuestión examinada por algunos EEMM y suele ser objeto de información complementaria⁵⁰. Este es el espacio que permite plantear, sea cual sea el resultado de la decisión, la adopción de medidas como la entrega temporal o la toma de declaración (con o sin desplazamiento al territorio) de los art. 18 y 24 DM, incluido el empleo de la videoconferencia⁵¹. También sería admisible avisar por este cauce de las circunstancias de urgencia que pudieran concurrir o hacer, si se considera oportuno, alguna referencia al hecho de haber permanecido ya privado de libertad en nuestro país, así como cualquier otra eventualidad que consideremos pudiera ser de interés a la hora de adoptar la decisión, tanto sobre la situación procesal en espera de la resolución, como sobre la propia entrega⁵². Lo que no deberá incluirse en este apartado es el extremo relativo a los objetos que sean prueba o resultado del delito, pues dicha cuestión se aborda en el siguiente apartado, salvo que se anuncie su reclamación anticipada y urgente⁵³.

El **apartado g)** dedicado a los objetos que pudieran servir de prueba o que sean resultado del delito y estén en su poder. Deberán ser descritos y proporcionarse datos para su localización a fin de posibilitar su incautación, siempre y cuando se conozca. No incluye los simples efectos personales del reclamado.

⁵⁰ Motivo de oposición denominado "*passage of time*" cuando transcurre más de un año entre la comisión del delito y la ODE.

⁵¹ El Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los EEMM de la Unión Europea, 29-5-2000 lo regula. DO C 197, de 12-7.

⁵² Conviene recordar que la ODE, en cuanto solicitud, no conlleva necesariamente el que la persona reclamada permanezca hasta el momento de la decisión y, en su caso, de la entrega, privado de libertad (decisión exclusiva de la autoridad de ejecución una vez que el reclamado le es puesto a su disposición (art. 17 DM).

⁵³ Podría instarse también el comiso de estos objetos y reclamarlos antes de la entrega por comisión rogatoria (que se regirán por los instrumentos convencionales entre los países implicados).

El **apartado h)**, se dedica a la pena perpetua, casilla que contempla específicamente la información que puede servir como garantía para los Estados que tienen prevista esta pena, indicando si cabe la revisión o medidas de clemencia, cuya explicación puede consignarse en la información opcional del apartado f). Si no existe esta clase de privación, se hará constar que “no procede”. El manual europeo aconseja incorporar también la posible duración indefinida de la medida o pena el recuadro c).

Finalmente, el antepenúltimo recuadro, **apartado i)**, tiene como objeto identificar la autoridad emisora, titular del órgano o su representante (referencia del expediente, número de teléfono, fax, e-mail, etc...) y obliga a dejar constancia de los datos necesarios para permitir una comunicación directa (cuando se produce la detención, es un extremo muy importante). Aquí puede ser conveniente consignar los idiomas en que podría entablar esta comunicación o proporcionar las de otra persona que pueda servir de contacto⁵⁴. El recuadro final exige estampar el sello y la firma de la AJ que la emite, tal y como especifica la propia ODE, firma en que se reitera nombre y función de la autoridad así como la fecha de emisión.

Rellenado el formulario se entenderá confeccionada la orden de detención europea, sin mayores aditamentos, documentos anexos ni otras informaciones que las que la autoridad de ejecución nos vaya requiriendo.

b. Transmisión

La transmisión y el procedimiento para llevarla a efecto se regulan en los arts. 9 y 10 DM y contempla tanto la posibilidad de que se conozca el paradero del reclamado como que este dato se ignore, que será el supuesto habitual.

- **Paradero conocido del reclamado**

Si se conoce el domicilio de la persona se “permite” la comunicación directa entre AAJJ. Una vez identificada la autoridad que tiene atribuida la competencia en el Estado de ejecución, cabe remitirle la ODE directamente⁵⁵. Esta tarea la facilita la RJE como prevé el art. 10.1 DM a través del Atlas obrante en su página web⁵⁶, asesorando también sobre cuáles son las exigencias de su normativa nacional.

Si nos equivocamos en la remisión existe la obligación del receptor de transmisión de oficio a la autoridad competente, informando de ello a la de emisión⁵⁷. Finalmente, ha de recordarse que algunos países han previsto una autoridad de

⁵⁴ No debe extrañar que a la recepción de la ODE la autoridad de ejecución remita un fax o e’mail acusando recibo.

⁵⁵ Según el Informe de la Comisión y por lo que respecta a los contactos entre autoridades de ejecución y emisión, éstos suelen producirse a través de la oficina SIRENE, canal por el que se remiten la mayoría de las órdenes así como la petición de información adicional. Los Magistrados de Enlace, cuando existen, también son utilizados, al igual que los puntos de contacto de la RJE. El intercambio de información puede acentuarse para organizar la entrega práctica del sujeto, una vez adoptada la decisión.

⁵⁶ http://www.ejn-crimjust.europa.eu/EAW_atlas.aspx

⁵⁷ Artículo 10.6 DM.

transmisión y recepción distinta de la de ejecución, en uso de la facultad ofrecida por el art. 7 DM. El mayor problema práctico lo representa la exigencia de traducción por la falta de medios suficientes y diversidad de idiomas comunitarios. De los 27 EEMM, 13 aceptan el inglés pero muchos exigen su propia lengua (ver recuadro de idiomas aceptados por países en el Nivel II). Pero en este caso, al no ser fruto la remisión de una previa detención y conocerse de antemano el país al que va a dirigirse, la traducción puede llevarse a cabo sin la premura de los breves plazos establecidos por las distintas legislaciones para la remisión de la ODE tras la detención del individuo.

- **Paradero desconocido del reclamado**

Lo normal es que se ignore dónde se encuentra el imputado o condenado, y si lo está en algún EM o no. El formulario de la ODE sirve también como requisitoria internacional para posibilitar la detención en todos los países del mundo, reseñando este extremo, además de en el título de la ODE (añadiendo “e internacional”), en el apartado f), ofreciendo la remisión de una solicitud de extradición. En tales supuestos habrá que remitir un ejemplar a INTERPOL y, en aquellos países en que no esté centralizada y exista, otro a la oficina SIRENE para su gestión en el SIS⁵⁸. Surtirá entonces los efectos como extradición además de como ODE. Estas oficinas efectuarán las transformaciones para la introducción de la ODE en sus respectivos sistemas de difusión. Ha de recordarse que la remisión es exclusivamente de la ODE y sin documentación o resolución adjunta⁵⁹.

Hallazgo de la persona. Si el reclamado es hallado en un EM al que es aplicable la ODE, y si la AJ de ejecución lo requiere (ver cuadros obrantes en el Nivel II sobre las específicas exigencias de cada país), se remitiría original con copia traducida a un idioma que acepte⁶⁰. Habrá que estar, pues, a la comunicación que nos haga la autoridad de ejecución y en los plazos que ésta nos determine, con el riesgo de puesta en libertad de no cumplirlos⁶¹. Si el hallazgo se produce en un tercer Estado o en un EM en el que la ODE no resulta aplicable por razón de la fecha de comisión de los hechos, la ODE surtirá efectos como solicitud de detención provisional a los efectos de la extradición, la cual habrá de cursarse conforme a los Convenios correspondientes⁶².

Este es el supuesto en que la **traducción** se convierte en un problema por razón de los breves plazos en que ha de remitirse la ODE traducida desde el momento de la detención del reclamado. Puede tenerse preparada una traducción al inglés por

⁵⁸ Una descripción del SIS equivale a una ODE acompañada de la información requerida por ésta conforme a lo dispuesto en el art. 95 del CAAS.

⁵⁹ En algunos EEMM una descripción de Interpol no es base suficiente para proceder a una detención siendo importante indicar expresamente que la ODE existe.

⁶⁰ Algunos países, como Francia, exigen que la traducción también vaya firmada y sellada.

⁶¹ Facultad de la que goza en todo momento la AJ de ejecución en virtud del citado art. 12 DM.

⁶² Conforme al art. 64 CAAS, una descripción introducida en el SIS surtirá el mismo efecto que una solicitud de detención provisional.

el alto número de EEMM que lo aceptan. Pero la diversidad en este aspecto impide cualquier otra anticipación.

En cuanto a la **vía de transmisión**, la DM permite que se envíe por cualquier medio fiable que pueda dejar constancia escrita y que permita a la autoridad de ejecución establecer su autenticidad. Lo habitual es que se realice por fax, pero algunos países no aceptan este medio de remisión, en cuyo caso se podrá emitir el original por mensajería internacional (nuevamente, ver cuadro obrante en Nivel II).

Mención aparte merece la cuestión de si las extradiciones denegadas conforme al antiguo régimen impiden o no una nueva solicitud de entrega mediante ODE. Es decir, si aquella decisión reviste o no efecto de cosa juzgada, cuestión que ha resultado problemática en la doctrina pero que la DM no veta.

c. Actuaciones en espera de la decisión

i. Información adicional

El art. 15.2 DM y desde el punto de vista de la autoridad de ejecución, contempla el supuesto de que la información suministrada con la ODE resulte insuficiente, en cuyo caso se recabará ésta urgentemente pudiéndose fijar un plazo al efecto. El medio para llevarlo a cabo será el que acuerden las autoridades involucradas, pudiendo servir el fax o el correo electrónico. Información complementaria que puede solicitarse en cualquier fase del procedimiento y que en algunos países conlleva, caso de incumplimiento, que el sujeto quede en libertad. Principalmente estará destinada a aclarar aspectos relacionados con los motivos de denegación o de prestación de garantías y que serán alegados en el Estado de ejecución al oponerse el sujeto a la entrega, si bien en la práctica puede ir referida a aclarar cualquier extremo. También prevé la remisión por la AJ de emisión de información sin previa reclamación (15.3 DM).

ii. Autorizaciones

Si la persona reclamada se encuentra amparada por una inmunidad o privilegio, nada impide que se emita la ODE, tal y como prevé el art. 20 DM. La mayoría de los EEMM contemplan el supuesto como autoridad de ejecución, siendo ésta quien solicita la retirada cuando la inmunidad o privilegio lo ostenta en el Estado de ejecución y lo notifica a la autoridad de emisión cuando le ampara en otro Estado u organización. En este caso será la autoridad de emisión la que deba solicitar su retirada a fin de que pueda ser objeto de entrega, informando posteriormente a la AJ de ejecución una vez que la inmunidad o privilegio se retiren para que empiece el cómputo de los plazos de cumplimiento de la ODE. Este supuesto se considera motivo

de oposición facultativo para el reconocimiento de una sentencia penal a efectos de su ejecución en otro Estado en la DM 2008/909/JAI⁶³ que ha de transponerse en breve.

iii. Declaración y traslado temporal

Se regulan en los art. 18 y 19 DM y supone la posibilidad de pedir, durante la tramitación del procedimiento en el Estado de ejecución, la práctica de actuaciones y la DM lo limita a ODEs para enjuiciamiento. Lo más frecuente es para que se le reciba declaración o participe en un careo, para interrumpir la prescripción, o cuando se está enjuiciando a otros partícipes.

El manual europeo aconseja que se utilice el recuadro f) del formulario, sea cual sea el resultado de la decisión, expresando las razones de la urgencia. Estas dos formas de cooperación judicial internacional, junto con la de la entrega de objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito, incluso cuando la entrega no pueda llegar a ejecutarse, tienen su cobertura legal en la propia ODE, sin que sea necesaria la emisión de una Comisión Rogatoria complementaria al amparo de otros instrumentos jurídicos de cooperación internacional. Bien en el mismo formulario de la ODE, bien a través de otra comunicación posterior por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita que permita establecer su autenticidad⁶⁴.

Traslado temporal. Sería aconsejable que en el acuerdo al que llegaran las autoridades figurara el plazo en que se hará la entrega y la garantía asumida de devolución. La entrega se lleva a cabo de la misma forma que la entrega definitiva, pero con la obligación de retorno de la persona que se entrega, que en todo caso debe poder volver al Estado de ejecución para asistir a las vistas orales que le conciernan dentro del marco de la ODE (art. 18.3 DM).

Declaración. La AJ emisión puede pedir que se oiga a la persona reclamada. La audiencia se efectúa conforme a la legislación del Estado de ejecución, siéndole aplicables las reglas del interrogatorio según la calidad en que esta declaración haya de prestarse (testigo, acusado...) independientemente de que asista un representante de la autoridad de emisión como prevé expresamente el art. 19 DM. Es posible pedir que la audiencia se realice por videoconferencia, si la legislación del Estado de ejecución lo permite o si es parte en uno de los Convenios europeos que la regulan, lo que supone menos costes que el desplazamiento de la AJ de emisión. Así se prevé en el manual europeo.

⁶³ Artículo 9.1.f) de esta DM, de 27-11- 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5-12-2008), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:ES:PDF>

⁶⁴ Más dudosa sería la posibilidad de que la ODE ofreciera cobertura a otras diligencias de auxilio judicial no reguladas en la DM pero admisibles por los Convenios vigentes entre los países implicados, como solicitar el análisis pericial inmediato de un instrumento del delito (por ej. los restos de sangre de un vehículo en el que se sospecha se ha cometido un asesinato), para la que parece necesario emitir una Comisión Rogatoria adicional.

d. **Actuaciones posteriores a la decisión**

La AJ de ejecución debe comunicar a la AJ de emisión la decisión motivada adoptada finalmente, tanto si accede como si no a la solicitud de entrega (art. 22 DM), siendo responsabilidad de la AJ de emisión que la ODE deje de producir efectos, por lo que deberá encargarse de enviar esta información al SIS e INTERPOL cuando así proceda⁶⁵.

i. **Denegación**

Si la autoridad de ejecución concluye que no procede la entrega, esta resolución no conlleva necesariamente el archivo de las actuaciones. Nada impide el regreso voluntario de este sujeto procesal o que se produzca un cambio de circunstancias. Otra alternativa sería la del traslado del procedimiento al Estado que nos ha denegado la entrega el Convenio Europeo que rige esta materia y se dan los presupuestos necesarios, o cursar una denuncia en aplicación del art. 21 del CEAJMP para que pudiera ser enjuiciado en dicho país. Y si la ODE era para cumplimiento, aplicar el CEVISP, teniendo en cuenta la DM 2008/909/JAI para el reconocimiento de sentencias mencionada y la DM 2009/948/JAI de 30-11 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales⁶⁶. Si se mantiene el procedimiento en el territorio de emisión, nada impide que se practiquen otros actos de cooperación internacional.

ii. **Entrega**

Si la decisión es positiva, la entrega física se efectúa por INTERPOL o SIRENE (en aquellos Estados en que esté operativa ésta) si la decisión no se condiciona ni se suspende. La DM la regula en el art. 23 y prevé que se realice como máximo a los 10 días siguientes a la decisión definitiva, plazo que resulta prorrogable por cualquier circunstancia ajena al control de alguno de los EEMM afectados fijando uno nuevo de 10 días desde que se acuerde nueva fecha entre las AAJJ. Excepcionalmente y por motivos humanitarios graves, que no técnicos, entre los que menciona el peligro para la vida o la salud, se suspenderá la entrega hasta su desaparición. El plazo volvería a ser de 10 días a partir de entonces.

Junto al reclamado, cabe la entrega de los objetos que pudieran servir de piezas de convicción u sean producto del delito y obraren en poder del reclamado (entre las que no se incluyen las pertenencias personales), incluso cuando no los

⁶⁵ Se ha añadido un formulario normalizado para adoptar la decisión de entrega que no sustituye ni a la decisión que deberá notificarse a tenor del art. 22 de la DM sobre ODE, ni cuando se solicite la AJ de emisión, al texto completo de la resolución judicial.

⁶⁶ DO L 328 15-12-2009 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:ES:PDF> cuya incorporación al derecho interno ha de hacerse antes del 15-6-2012.

hayamos solicitado (art. 29 DM), dejando a salvo los derechos de terceros, así como los del Estado de ejecución, quien podrá retenerlos o remitirlos temporalmente. La devolución de los objetos en estos casos no comportará cargos para el Estado de ejecución. Deberán entregarse aun cuando la ODE no pueda ejecutarse debido al fallecimiento del sujeto o a su evasión.

iii. Tránsito

Se contempla el hecho de atravesar en la entrega el territorio de otro EM, que deberá autorizarlo, salvo que el sujeto sea nacional o residente de este territorio. En este caso cabe la aplicación del motivo de oposición facultativo cuando la ODE es para cumplimiento de sentencia, o condicionarla en los mismos términos que los establecidos en el art. 5.3 DM. Para este tránsito debe facilitarse información sobre la identidad y nacionalidad del sujeto, existencia de una ODE, carácter y calificación del delito y descripción de sus circunstancias, incluida fecha y lugar de comisión de los hechos, transmitida por cualquier medio que deje constancia escrita y no se aplicará cuando lo es por vía aérea sin escalas, pero sí cuando exista un aterrizaje fortuito. Deberá designarse una autoridad responsable de estas comunicaciones y recepción de la documentación (ver cuadro obrante en Nivel II).

e. Efectos de la entrega

i. Cómputo de la privación de libertad

Puesto el reclamado a disposición de la AJ de emisión, con la entrega deberá participarle la AJ de ejecución el tiempo que ha permanecido privado de libertad, que de deberá deducir de la posible condena (art. 26). Si no lo hace deberá reclamarse este dato, evidenciándose en los informes de Eurojust y de la Comisión el frecuente incumplimiento de esta obligación, con las disfunciones procesales que plantea. Por lo demás, pueden surgir dificultades de “conversión” respecto a otras medidas alternativas que hayan podido adoptarse para la entrega en el cómputo como privación de libertad. Si el sujeto es finalmente absuelto, también podría instar una indemnización por responsabilidad de la Administración.

ii. Principio de especialidad

Se regula en el art. 27 DM. Conforme a este principio, la persona que ha sido entregada no puede ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción que cometió antes de su entrega distinta de la que hubiera motivado la entrega. Reducto soberanista de la extradición y que late no sólo en el art. 27 DM sino también en toda posterior entrega del sujeto, bien en virtud de extradición (art. 21 DM), bien de ODE (art. 28 DM). La doctrina señala la paradoja que supone el mantenimiento de este principio frente a la devaluación del control de doble incriminación. Dada su

pervivencia, la emisión de la ODE debería realizarse por todos aquellos delitos que tuviera pendientes, lo que causa problemas de coordinación que destaca el Informe de Evaluación de la Comisión dado que la necesidad de emitir una ODE surge en el curso de cada procedimiento penal. A tales efectos sería conveniente arbitrar algún medio para conocer la emisión de una ODE sobre un sujeto del que penden otras causas en el Estado de emisión⁶⁷.

No se aplicará este principio en los siguientes supuestos:

- Cuando el Estado de ejecución lo autoriza. Si no se ha declarado que se presume *iuris tantum* la renuncia a acogerse a este principio, el consentimiento del Estado requiere una solicitud de ODE, con los mismos requisitos de contenido, transmisión y traducción, rigiendo los mismos motivos de no ejecución obligatorios y facultativos, y pudiendo imponerse las mismas garantías. Sólo varía el plazo de decisión, que se acorta a 30 días. Pero antes de que se obtenga la autorización puede ser acusada y procesada en el Estado de emisión si no se le aplica ninguna medida restrictiva de libertad según indica el TJCE⁶⁸.
- Cuando lo consiente el sujeto:
 - De forma tácita: no saliendo del territorio en 45 días o regresando
 - De forma expresa, renuncia voluntaria y consciente, asistido de letrado⁶⁹
 - ante la AJ de ejecución en el procedimiento de entrega
 - ante la AJ de emisión después de la entrega
- Por razón de que la pena o medida no es privativa de libertad: la infracción no prevé estas penas, no se imponen finalmente o está la persona sujeta a otras medidas, aun cuando puedan restringir su libertad individual.

iii. Entregas posteriores

En los arts. 21 y 28 DM se recogen dos supuestos de extensión del principio de especialidad en que se introduce como elemento diferenciador la existencia de dos entregas. En el primero, consecuencia de una previa extradición el sujeto goza en el Estado de ejecución de esta protección. En tal supuesto, éste deberá instar el consentimiento del Estado que le concedió la extradición, suspendiendo en el *ínterin* el cómputo del plazo de decisión y debiendo adoptar las garantías para mantener las condiciones materiales para la entrega efectiva.

El art. 28 DM contempla el supuesto inverso. Que el principio de especialidad despliegue sus efectos después de la entrega consecuencia de una ODE, no ya en el

⁶⁷ Considerando 23 de la DM. A los efectos de reconocimiento de sentencias penales privativas de libertad sólo rige cuando la persona es entregada forzosamente, no cuando se refugia en un Estado según la DM 2008/909.

⁶⁸ STJCE 1-12-2008, c.388/08, Leymann y Pustovarov.

⁶⁹ Nada dice aquí del intérprete, sí recogido entre los derechos como detenido en el artículo 11 DM.

Estado de emisión sino respecto de entregas posteriores que éste pueda acordar. Si lo es a efectos de una nueva ODE, lo que impide dicho principio es la nueva entrega, básicamente con las mismas salvedades y tramitación que para el principio de especialidad, salvo su no aplicación por razón de la pena. Para el caso de entrega posterior en virtud de extradición, remite a los correspondientes convenios.

f. Gastos

Los asume el Estado de emisión salvo los causados en el territorio del Estado de ejecución (art. 30 DM).

6. Ejecución de una ODE

Una de las novedades de la DM es la de establecer unos mínimos procesales comunes que todos los EEMM están obligados, en principio, a respetar. Sin embargo, es precisamente el procedimiento de ejecución el que se ha implementando en cada país teniendo en cuenta las peculiaridades de cada ordenamiento, por lo que más allá de las garantías mínimas que se exigen y los plazos (no siempre respetados), cada Estado dispensará la protección como persona buscada y adoptará la decisión correspondiente conforme a sus normas procesales.

6.1 Autoridad competente

Es la designada por cada EEMM según las declaraciones que se han ido realizando a la Secretaría del Consejo en aplicación del art. 6 DM, las cuales se recogen en el cuadro del Nivel II. Sin embargo, la determinación más segura de cuál es la autoridad competente para la ejecución en un determinado país es a través del Atlas de la página de la RJE⁷⁰.

a. Actuaciones iniciales

i. Detención y puesta a disposición judicial

Instaura la DM un sistema judicializado de entrega con lo que podría hablarse de doble tutela judicial. Además de la dispensada en el proceso penal que se sigue ante el Estado de emisión, la DM impone una serie de derechos y garantías en el procedimiento de extradición, sin que en ningún caso pueda hablarse de entrega automática.

Dentro del denominado estatuto del reclamado se encuentran el derecho de información, a la asistencia letrada, a intérprete (art. 11 DM), a prestar consentimiento libre (art. 13 DM), con independencia de las garantías que le reconozca la legislación

⁷⁰ http://www.ejn-crimjust.europa.eu/EAW_atlas.aspx

interna en el Estado de ejecución como detenido⁷¹. La información abarca la existencia de la ODE, su contenido y la posibilidad de consentir. Es recomendable la entrega de una copia en idioma que comprenda el recurrente.

ii. Audiencia del reclamado

El art. 14 DM recoge el derecho a ser oído por la AJ de ejecución. Sin embargo, éste no tiene porqué ser un trámite obligatorio en el procedimiento de entrega sino tan sólo un derecho dependiente de la voluntad del reclamado, como ocurre en algunos EEMM.

b. Procedimiento

El procedimiento posterior debe ser urgente. La DM se limita a diferenciar a través de los arts. 13 y 17 DM entre una tramitación breve, si se presta consentimiento a la entrega y/o renuncia al principio de especialidad (ante la AJ, quien se asegura de que lo presta libre y consciente de sus consecuencias, con asistencia de abogado y levantándose acta del trámite)⁷² y la normal. En el primer caso acorta el plazo de decisión drásticamente y pasa a ser de 10 días.

Si no presta el consentimiento, el plazo de decisión es de 60 días prorrogables por otros 30 tras informar a la AJ de emisión, debiendo adoptar las garantías para mantener las condiciones materiales y posibilitar la entrega efectiva. Si por circunstancias excepcionales no puede cumplir el plazo debe informar a Eurojust. Si un Estado sufre demoras reiteradas lo comunicará al Consejo⁷³.

c. Actuaciones hasta la decisión

i. Información complementaria

Siempre que según la legislación nacional sean necesarios datos no transmitidos con la ODE, la AJ de ejecución está habilitada a solicitarlos, en el plazo y con las condiciones que prevea su normativa y que deberá cumplir la AJ de emisión⁷⁴.

ii. Autorizaciones

La AJ de ejecución solicitará la retirada de la inmunidad o privilegio de que goce el sujeto en el Estado de ejecución, y hasta que no sea informada de que se ha producido la retirada no comienzan a correr los plazos del procedimiento, debiendo adoptar entre tanto las garantías para mantener las condiciones materiales para la entrega efectiva (art. 20 DM).

⁷¹ Contrasta este estatuto con las dificultades de aprobación que ofreció la propuesta de DM sobre garantías procesales en los procesos penales, finalmente abortada y desgajada en diferentes instrumentos relativos a cada uno de los derechos básicos.

⁷² Artículo 13 DM.

⁷³ Artículo 17 DM.

⁷⁴ Artículo 15.2 DM.

iii. Declaración y traslado temporal

La AJ de ejecución dispone de una alternativa conforme al art. 18 DM: o acceder a la entrega temporal de la persona reclamada o proceder a la audiencia de ésta, fijándose normalmente mediante acuerdo entre las AJ las condiciones de la entrega o de la audiencia. Lo que no parece posible es la denegación de una de las opciones. Tampoco limita la DM la posibilidad de que esta solicitud se curse más de una vez si la decisión se demora. Y si opta por recibir declaración, lo hará conforme a su derecho interno, sin perjuicio de lo que puedan acordar las AAJJ, de la presencia de la persona designada por la AJ de emisión o de la presencia de otra AJ designada en este caso por la AJ de ejecución (art. 19 DM).

d. Decisión

Deberá adoptarse en los plazos previstos en el art. 17 DM. Se denegará si concurren motivos obligatorios (los establecidos en el art. 3 DM) o facultativos (art. 4 DM) de su no ejecución. Y si hay varias solicitudes de entrega en que no concurren estas causas, deberá decidirse previamente cuál es prioritaria.

i. Motivos de denegación obligatorios

- **Protección de los derechos fundamentales**

Algunos países han introducido, además de los motivos expresos recogidos en el art. 3 y 4 de la DM, una referencia a estos derechos como motivo de denegación. En tal caso debería limitarse a su núcleo intangible que configuran el “orden público internacional” en cuanto inherentes a la condición humana.

- **Amnistía**

El primer motivo obligatorio de no ejecución (art. 3.1 DM) es la cobertura del delito por la amnistía en el Estado de ejecución competente según su propio ordenamiento. En una acepción laxa incluye cualesquiera medidas de perdón o remisión de las penas, incluido el indulto (caracterizado por la individualidad, frente a otras medidas de gracia dirigidas a un grupo de personas). Otras concepciones constriñen la amnistía a decisiones de carácter general del Parlamento, adoptadas según el procedimiento interno para la sanción de las leyes. Pero las diferencias que concurren en Europa a propósito de estas fórmulas de clemencia no distorsionan su virtualidad extintiva del *ius puniendi* en todos los Estados, ni la innegable realidad de que autoridades no judiciales abrogan, a través de su ejercicio, los efectos de una

sentencia penal, razón por la que la doctrina lo concibe como un reducto de la soberanía de los Estados⁷⁵.

- **Non bis in idem**

La DM, en su art. 3.2, entre los motivos para la no ejecución obligatoria de la ODE, y en el art. 4 entre los motivos de no ejecución facultativa, recoge el principio *non bis in idem*, fijando los límites de su eficacia en relación con decisiones adoptadas por AAJJ de otro EM. Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE surgida posteriormente en desarrollo e interpretación de los arts. 54 y ss. del CAAS (ver Nivel II) obliga a replantear el alcance de esa normativa. Básicamente considerando que si la resolución, por entrar en el fondo, crea efecto de cosa juzgada, puede ser opuesta para impedir un nuevo enjuiciamiento⁷⁶. La propia Comisión entiende que, pese al texto del 4.2 de la DM, si las AAJJ del Estado de ejecución hubieren decidido concluir la acción penal por la infracción que sea objeto de la ODE, el motivo de no ejecución no debiera ser facultativo sino obligatorio⁷⁷.

- **Minoría de edad**

Prevé el art. 3.3 DM que por razón de su edad el reclamado no pueda considerarse responsable penalmente de los hechos conforme al Estado de ejecución. No señala el precepto la minoría de edad como causa de denegación sino la ausencia de “responsabilidad penal”, la cual puede ser reclamada por Tribunales especializados de menores, siempre que acuerden penas o medidas privativas de libertad.

ii. Motivos de denegación facultativos

Los motivos facultativos de no ejecución son en algunos casos expresión del resquicio de la soberanía de los Estados en materia punitiva y es el extremo de mayor disparidad entre los diversos ordenamientos (ver cuadro del Nivel II).

- **Motivos relacionados con el *non bis in idem***

Doble incriminación para delitos ajenos al listado (art. 4.1 DM).

El planteamiento de la cuestión prejudicial belga en el caso *Advocaten* abordó este espinoso problema de la inexistencia de control de la doble incriminación para los datos del listado, operando como simple motivo facultativo para el resto de ilícitos, siendo rechazada finalmente⁷⁸.

⁷⁵ El TJCE no se ha pronunciado directamente pero en las conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO del presentadas el 8-4-2008 en el asunto C-297/07, *Bourquain* se realiza una serie de comentarios acerca de la naturaleza divergente de la amnistía y del *ne bis in idem*, a fin reflexionar sobre las implicaciones de la primera dada “la variada gama de registros que este mecanismo excepcional de clemencia experimenta en los sistemas jurídicos comparados”.

⁷⁶ SSTJCE de 11-2-2003, asuntos C-187/01 y 385/01, *Gözütok y Brügge*; 10-3-2005, C-469/03, *Miraglia*; 22-12-2008, C-491/07, *Turansky*; 28-9-2006, c-150/05, *Van Straaten*; 28-9-06, c-467/04, *Gasparini*; 17-7-2007, c-288/05, *Kretzinger*; 11-12-2008, C-297/07, *Bourquain*, 9-3-2006, C-436/04, *Van Esbroeck*; 18-7-2007, C-367/05, *Kraaijenbrink*; 1-12-2008, c.388/08, *Leymann y Pustovarov* y, 16-11-2010, c.261/09, *Mantello*.

⁷⁷ SEC(2006)79, de 24.01.2006, p. 11.

⁷⁸ Las Conclusiones del Abogado general español seguidas finalmente en la sentencia se decantaron por considerar que no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados, de legalidad e igualdad. Y lo hace partiendo de que en tales comportamientos dicha comprobación ‘se antoja superflua, pues se repudian en la generalidad de los EEMM’.

Resolución impeditiva (art. 4.3 DM)

La doctrina del TJUE parece extender a este tipo de resoluciones la eficacia obstativa como motivo obligatorio de oposición y comprende la decisión de no incoación, su conclusión u otra resolución definitiva que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales sobre los mismos hechos objeto de la ODE.

Bis in idem de un tercer Estado (art. 4.5 DM)

La diferencia de considerar este motivo como facultativo frente al *bis in idem* de un EEMM está precisamente en la confianza recíproca que producen los ordenamientos penales de la UE, base del principio de reconocimiento mutuo.

Litispendencia (art. 4.2 DM)

Cuando la persona está sometida en el Estado de ejecución a un procedimiento por los mismos hechos, pues la resolución definitiva podrá estar amparada por la eficacia de cosa juzgada. Para abordar los conflictos de jurisdicción se ha dictado la DM 2009/948/JAI de 30-11 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

Prescripción en el Estado de ejecución (art. 4.4 DM)

Para su apreciación debe ser competente según su ordenamiento a fin de evitar posibles abusos. Si concurre en el Estado de emisión los hechos deberían haber sido objeto de archivo.

- **Territorialidad** (art. 4.7 DM)

- Cuando los hechos se hubieran cometido total o parcialmente en el Estado de ejecución.
- Cuando se hubieran cometido fuera del Estado de emisión y el de ejecución no permita en estos supuestos la extensión de la jurisdicción penal.

- **Nacional, residente o habitante en ODEs para cumplimiento** (art. 4.6 DM)

Frente a la regla general extradicional de no entrega de nacionales (extensible a veces a residentes), la DM sólo prevé una causa de oposición facultativa para ODEs dirigidas al cumplimiento de condena bajo el principio *aut dedere aut punire*. Paralelamente, el art. 5.3 DM permite imponer la garantía de retorno en las ODEs para enjuiciamiento. La mera posibilidad de entrega de nacionales ha sido cuestionada por los tribunales nacionales de algunos países a nivel constitucional (Alemania, Polonia y Chipre) siendo uno de los mayores escollos que sufrió la aplicación de la ODE (ver Nivel II). El objetivo de este motivo es que estas personas sean devueltas a un medio

No obstante, finaliza invitando a acudir, en caso de duda sobre esta subsunción, a los apartados 1 y 4 del artículo 2 DM, ofreciendo una solución que permite disipar cualquier recelo a la eliminación de este principio.

próximo al habitual para ellos -familia, amigos-, así como resocializarlas de manera más rápida y fácil, una vez que hayan cumplido su pena⁷⁹.

Sobre el concepto de residencia permanente, el TJCE⁸⁰ afirma que refuerza el sentimiento de ciudadanía de la Unión y confirma que estas previsiones tienden a garantizar la reintegración social después del cumplimiento de la sentencia. Estima puede establecerse una exigencia de 5 años para considerar la residencia continuada a un ciudadano de la Unión, pero no se le puede imponer requisitos adicionales administrativos, como un permiso de residencia indefinido. Y si reside legalmente en otro EM puede invocar el derecho a la no discriminación con nacionales de ese Estado. En cuanto a los residentes y habitantes afirma que se trata de conceptos autónomos del Derecho de la Unión que exigen definición uniforme⁸¹. El objeto es permitir a la autoridad judicial conceder una particular importancia a la posibilidad de aumentar las oportunidades de reinserción social. Una persona reclamada es «residente» del EM de ejecución si ha establecido su residencia real en éste y «habita» en él cuando, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en ese EM, ha creado vínculos con ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una residencia. Para ello, la autoridad debe hacer una apreciación global de varios elementos, en particular de la duración, naturaleza y condiciones de la permanencia y lazos familiares y económicos con el Estado de ejecución. Pueden valorarse negativamente la no permanencia ininterrumpida y la ilegalidad de la entrada, pero no la comisión de delitos o el permanecer en prisión. La DM 2008/909 tiene como objeto establecer las normas con arreglo a las cuales un EM, para facilitar la reinserción del condenado, reconocerá una sentencia y ejecutará la condena⁸².

iii. Concurrencia de solicitudes

Viene regulada en el art. 16 DM. Surge cuando una persona es reclamada por más de un Estado, bien porque el delito está sujeto a la jurisdicción penal de todos ellos⁸³, bien sea porque la persona ha cometido distintos delitos en los distintos Estados y al no mediar motivos de denegación en varias, se plantea un conflicto de prioridad en la entrega. La concurrencia es posible tanto entre EEMM de la UE (concurrencia de ODEs) como entre una ODE y una solicitud de extradición. Lo que la DM no contiene es una prescripción concreta de cuál debería tener prioridad. Es un

⁷⁹ Expresamente señala la DM 2008/909 éste como el objetivo del reconocimiento mutuo de sentencias penales, art. 3.

⁸⁰ STJCE 6-10-2009 (C-123/08), *Wolzenburg*.

⁸¹ STJCE 17-7-2008 (C-66/08), *Kozłowski*.

⁸² Son interesantes las Conclusiones del caso *Rottmann* 30-9-09, C-135/08 sobre la facultad discrecional de que disponen los Estados para determinar sus nacionales en relación al concepto de ciudadanía de la Unión. La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad y ciudadanía de la Unión es competencia exclusiva de los Estados Pero debe ejercerse respetando el derecho comunitario (STJCE 7-7-1992, c.369/90, *Micheletti*).

⁸³ La DM 2009/948 prevé una mayor cooperación y prevención del *non bis in idem*, buscando soluciones eficaces a través de contactos directos e intercambio de información y posibilidad de acudir a Eurojust si resulta competente.

problema de apreciación de la autoridad de ejecución conforme a unos criterios orientativos, pero no exhaustivos, que ofrece: la gravedad y el lugar de los delitos, las fechas de las solicitudes, y el objetivo por el cual es reclamada la entrega (a efectos del enjuiciamiento o de la ejecución de una pena ya impuesta). Si concurre con una solicitud de extradición, lógicamente se habrán de tomar en consideración también los tratados de aplicación. Existen otras circunstancias no citadas que también influyen, como la nacionalidad de la persona y las probabilidades de que el Estado del que es nacional acceda a una futura entrega. Lo mismo sucede con el lugar en que se han producido los efectos perjudiciales o aquél en que se encuentra la mayor parte de las pruebas. El anexo II al informe de Eurojust de 2004⁸⁴ analiza las cuatro situaciones de concurrencia de ODEs y los criterios que tendrían más peso en cada caso adoptados en la reunión estratégica convocada en Praga.

Precisamente, para resolver el conflicto entre ODEs se prevé la asistencia de Eurojust. Pero sólo en caso de concurrencia entre ODEs y no entre ODE y solicitud de extradición ya que miembros de Eurojust son solamente los de la UE. En los diferentes informes anuales se resumen los supuestos en que ha intervenido y la solución a la que se ha llegado.

El manual europeo estima que si un mismo país ha emitido varias ODEs relativas a la misma persona no deben considerarse concurrentes. Pero hay autoridades que no aceptan más que una ODE por persona desde un país emisor.

iv. Motivos de condicionamiento

En este caso, la protección de los derechos del reclamado juega como condicionante de la entrega, no de la decisión. Junto a los motivos de denegación por la posible violación de estos derechos, la DM prevé la posibilidad de condicionar la entrega del reclamado a la prestación de unas determinadas garantías en aras a su protección, mecanismo conocido ya en los tradicionales procedimientos de extradición.

La diferencia es que, con el fin de ahorrar tiempo en pedir las y obtenerlas, el mismo formulario de la ODE prevé recuadros para que, a la vista del art. 5 DM común para todos los EEMM y teniendo claras las circunstancias en que se ha dictado la resolución y el tipo de la sanción impuesta o prevista, podamos adelantarnos y ofrecerlas, explicando en qué consistiría ésta. Si no se ha prestado la garantía en la emisión, la autoridad de ejecución podrá exigir las posteriormente.

- **Rebeldía** (art. 5.1 DM)

La DM señala inequívocamente que dicha garantía es aplicable en caso de que la persona no ha sido advertida del procedimiento que se sigue contra ella y no ha participado en el mismo, exigencia propia del derecho a un juicio justo, que implica el

⁸⁴ Los informes de Eurojust son accesibles en todos los idiomas: http://www.eurojust.europa.eu/press_annual.htm

haber sido personalmente citada o advertida de la existencia de una causa penal contra ella, sin que se pueda presumirse que probablemente estaba enterada del proceso. Esta conclusión concuerda con la jurisprudencia del TEDH. Teniendo en cuenta las diferencias de regulación en esta materia y los problemas de la exigencia y la aplicación de garantías consideradas como “suficientes” por la AJ de ejecución se ha aprobado la DM 2009/299 con el fin de unificar criterios habiendo interpuesto nuestro TC una cuestión prejudicial al respecto⁸⁵ (ver Nivel II). La garantía dada será suficiente cuando la AJ de ejecución llegue a convencerse de que el reclamado ostenta un derecho a la revisión en el Estado de emisión. Garantía que puede estar prevista en la legislación de éste u otorgarse de forma individual por la AJ de emisión en la ODE y que es compatible con la nacionalidad o residencia del sujeto⁸⁶. Francia ha cuestionado ante el TJUE si esta previsión atenta al principio de no discriminación⁸⁷.

- **Pena perpetua o medida equivalente** (art. 5.2 DM)

La pena perpetua, de preverse como sanción, tampoco goza de una regulación uniforme en los EEMM. Portugal y España la consideran, por ejemplo, como una pena inhumana. En otros se prevé una revisión obligatoria pasado un tiempo. Incluso puede ser de imposición obligatoria para los delitos más graves. El TEDH, sin embargo, no plantea como requisito de validez su posible revisión. Y la mayoría de los Estados prevén la posibilidad de indultar a la persona condenada a pena perpetua. Dentro de las “medida equivalentes” puede incluir las impuestas a personas de trastorno mental cuyo período de duración es imposible de determinar en el tiempo y depende del grado de trastorno y de la amenaza que ésta representa para la sociedad. La diversidad de normativas conlleva una regulación suficientemente amplia de la garantía.

- **Nacionalidad o residencia en ODEs para enjuiciamiento** (art. 5.3 DM)

En las ODEs para enjuiciamiento no permite invocar la nacionalidad o residencia como motivo de oposición. Sólo puede condicionarla y exigir la garantía de regresar al Estado de ejecución para cumplir en éste la pena que pueda imponerse en el Estado de emisión. La garantía de retorno al Estado de ejecución se presta después de ser oído el reclamado al respecto.

En este supuesto no existe un recuadro específico del formulario de ODE para ofrecer de antemano las garantías de retorno al Estado de ejecución de la persona que se entrega pues es decisión de la autoridad de ejecución evaluar si el eventual

⁸⁵ Petición de decisión prejudicial, 28-7-11, c.399, *Melloni*.

⁸⁶ Sentencia 21-10-2010, c.306/09, IB (Corte constitucional belga).

⁸⁷ Cuestión prejudicial (31-1-2011, c-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*). Se cuestiona una normativa nacional que reserva la facultad de denegar la ejecución de una ODE para cumplimiento al supuesto de que la persona buscada tenga nacionalidad del Estado de ejecución, si el motivo de no ejecución del art. 4.6 de la DM se deja a discreción de los EM o tiene carácter obligatorio y si es una medida que implica discriminación por razones de nacionalidad.

cumplimiento de la pena en su país va a contribuir a la reinserción social del reclamado. En el recuadro a) consta, sin embargo, la nacionalidad y residencia de la persona buscada. Aun cuando el Manual europeo no lo dice, nada impide anticipar en el recuadro f) del formulario de ODE la posible garantía que se ofrece a los efectos del art. 5.3 DM si se trasmite directamente al Estado del que es nacional. El concepto de residencia, por el momento, difiere más de un país a otro. Es el Estado de ejecución el que está en mejores condiciones para determinar si el reclamado reside o no en su país y el que tiene que determinar si considera útil exigir la garantía de regreso. Además de que en la mayoría de los supuestos la residencia aflorará en el momento de la detención y alegado en el procedimiento de entrega por vez primera. Según los datos de la Comisión, más de 1/5 de las entregas son nacionales o residentes en el país de ejecución. Precisamente para tratar de solventar los problemas de retorno se ha dictado la DM 2008/909 (ver Nivel II).

e. Entrega

i. Entrega ordinaria

Desde el punto de vista del Estado de ejecución, la entrega igualmente la coordina SIRENE-INTERPOL. Si finalmente se acuerda la entrega de la persona reclamada, ésta debe materializarse en un plazo máximo de 10 días a contar desde la fecha de la resolución judicial de entrega, pudiéndose prorrogar por otros 10 días más desde el nuevo acuerdo, pero sólo por causas ajenas al control de alguno de los Estados (de emisión o de ejecución) y previa resolución de la AJ, motivando las causas que impiden el cumplimiento del plazo. Por motivos humanitarios graves, la AJ de ejecución puede suspender la entrega, que se aplaza hasta el momento en que los motivos cesen. Junto a la persona reclamada se entregaran los objetos hallados en su poder que constituyan medio de prueba o efectos del delito.

ii. Entrega condicionada o aplazada

Es el supuesto previsto en el art. 24 DM. Cabe la posibilidad de que el reclamado sea objeto de persecución penal en el Estado de ejecución por delito o delitos distintos del descrito en la ODE. En tal caso se otorga la posibilidad procesal, bien de efectuar la entrega de forma condicional, bien de aplazarla, garantizando el respeto de la soberanía nacional del Estado de ejecución y la posibilidad de ejercitar prioritariamente su competencia penal respecto a la persona reclamada. Ambas hipótesis sólo son aplicables después de la decisión acordando la ejecución de la ODE y no mientras esté pendiente. Si se informa a la autoridad de emisión de la intención de aplazar la entrega, es posible que ésta solicite una entrega temporal antes de que

la decisión se adopte finalmente, si bien lo normal es que tenga conocimiento del aplazamiento tras la decisión.

Entrega aplazada. Se han de señalar los procedimientos penales pendientes en el Estado de ejecución hasta cuya conclusión se aplaza la entrega. Pero las medidas de privación de libertad adoptadas por la ODE no podrán prolongarse durante todo el periodo de aplazamiento y en todo caso la prisión provisional tiene unos plazos máximos, lo que exigirá un esfuerzo de coordinación entre las autoridades involucradas. Lo que puede producirse en el propio Estado de ejecución, pues puede ser distinta la AJ que aplaza la entrega y la que es competente para el procedimiento pendiente. Si en el período de la postergación el Estado de ejecución constata la existencia de otros procedimientos penales o sentencias condenatorias no consideradas al dictar la decisión o mientras tanto ha cometido nuevos delitos, éstos no deberían incorporarse al aplazamiento, aunque permitirían dirigir contra ella el procedimiento hasta el momento de la entrega efectiva. Habrá supuestos en que, realizada la entrega condicionada, desaparezca la necesidad de su posterior entrega (por ej. por haber asistido a juicio y resultar absuelto).

Entrega condicionada. Similar a la entrega temporal, se lleva a cabo tras la decisión accediendo a la ejecución de la ODE, con la obligación de retorno al Estado de ejecución. Lo normal sería acordarla cuando la causa pendiente en este Estado se prevé larga. Se diferencia del traslado temporal tanto por el momento en que se adopta, antes o después de la decisión, como por la alternativa prevista: la audiencia del sujeto en la entrega temporal y el aplazamiento en la segunda. Cabría, no obstante, plantear que se solicitase una Comisión Rogatoria mientras la entrega se ha aplazado para que el reclamado sea oído al amparo de otros instrumentos internacionales, incluso por videoconferencia. Supondría menos gastos que el traslado temporal y podría hacer desaparecer la causa de la petición de entrega de la persona reclamada.

7. Balance de su aplicación

En el último trimestre de 2009 Eurojust llevó a cabo una exhaustiva evaluación de todos los casos cerrados⁸⁸, la mayoría de los cuales se referían a ODEs, siendo la DM uno de los instrumentos jurídicos más frecuentemente invocados en la cooperación jurídica. Evaluación que evidenció que entre los obstáculos a la cooperación se encuentra la insuficiencia de recursos nacionales, lo que repercute en la mala calidad de las traducciones y tiene como consecuencia la de dar prioridad a

⁸⁸ Informe de Eurojust de 2009, http://www.eurojust.europa.eu/press_releases/annual_reports/2009/Annual_Report_2009_ES.pdf

las solicitudes internas frente a las extranjeras. Destaca igualmente la insuficiencia de información remitida. Entre los obstáculos culturales se encontraría el desconocimiento de los sistemas de justicia penal extranjeros (ej. no en todos los países es necesario el interrogatorio formal del sospechoso para formular acusación). Los obstáculos de tipo jurídico están claramente relacionados con diferencias en el procedimiento penal y la regulación procesal⁸⁹. No por ello deja de ser un balance positivo el de su utilización apreciándose un incremento exponencial sin retorno⁹⁰.

Pero la mejora de la cooperación, se insiste, no puede hacerse a costa de los derechos del reclamado. Si bien cabe una revisión de aquellos principios clásicos de la extradición si son únicamente expresión de la soberanía de los Estados y, como tales, disponibles, no cabe plantearse aquellos que se vinculan a la protección de los derechos del reclamado. Pero lo que es imparable es la creciente utilización de este instrumento por los EEMM, por lo que deberá hacerse un esfuerzo a fin de no se vean violados con su aplicación.

Santander, 5 de marzo de 2012

⁸⁹ En 2009, Eurojust identificó los siguientes aspectos problemáticos en la aplicación práctica de la ODE:

- La nacionalidad de la persona reclamada como motivo del rechazo a la ejecución de la ODE.
- Problemas relativos a la proporcionalidad. Emisión de ODEs por desproporcionados por su escasa entidad.
- Resistencia a la ejecución cuando la sentencia que se puede imponer es desproporcionadamente elevada.
- Problemas prácticos con el principio de especialidad cuando la persona reclamada, una vez entregada, es acusada de otros delitos distintos de los recogidos en la ODE.
- Obstáculos para la entrega cuando el reclamado se encuentra cumpliendo en el EM de ejecución una condena que le ha sido impuesta en otro EM distinto.
- Los juicios en rebeldía. Dificultades cuando un sospechoso no ha de ser necesariamente notificado en persona siempre que esté representado en el juicio o si se considera improbable que el reclamado pueda exigir un nuevo juicio.
- Diferencias en los distintos sistemas jurídicos respecto a la cadena perpetua.
- Dificultades en la devolución de nacionales en aplicación del artículo 5.E DM si no se considera a la DM como una base jurídica adecuada y se acude al Convenio de 1983.
- La insuficiente información contenida en las ODEs emitidas y las solicitudes de información adicional son causa de retrasos en muchos procedimientos.
- Los problemas de traducción, concretamente en relación con la descripción de los delitos y el relato de hechos, se encuentran en muchas ocasiones en el origen del incumplimiento de los plazos para decidir sobre la ejecución de la ODE. Eurojust prestó su apoyo en la emisión de las ODEs, en un esfuerzo por evitar malentendidos lingüísticos y anticiparse a posibles solicitudes de información adicional.
- En algunos casos, el retraso en obtener la traducción y en el envío del formulario original de la ODE (cuando éste es exigido por la legislación del EM de ejecución) condujo a la puesta en libertad de la persona detenida.
- La necesidad de conocer el período exacto de detención en el EM de ejecución hasta su entrega.
- Las diferencias entre los sistemas jurídicos, en particular entre los sistemas de *dº* continental y los de *common law*.

⁹⁰ Esta impresión se avala por las respuestas al cuestionario remitido en el año 2009, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st07/st07551-re06.en10.pdf>

NIVEL II: PARA SABER MAS

SUMARIO

1. RECONOCIMIENTO MUTO Y DERECHOS FUNDAMENTALES
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN
 - 2.1 Ámbito espacial
 - 2.2 Ámbito temporal
 - 2.3 Ámbito material
3. EMISIÓN DE UNA ODE
 - 3.1 Autoridad competente
 - 3.2 La solicitud
 - 3.3 Transmisión
 - 3.4 Actuaciones en espera de la decisión
 - 5.4.1 Información adicional
 - 5.4.2 Autorizaciones
 - 5.4.3 Declaración y traslado temporal
 - 3.5. Decisión
 - 3.6 Efectos de la entrega
 - 5.6.2 Principio de especialidad
 - 5.6.3 Entregas posteriores
 - 3.7 Gastos
4. EJECUCIÓN DE UNA ODE
 - 4.1 Autoridad competente
 - 4.2 Actuaciones iniciales: derechos del reclamado
 - 4.3 Procedimiento
 - 4.4 Actuaciones hasta la decisión
 - 4.5. Decisión
 - 4.5.1 Motivos de denegación obligatorios
 - 4.5.2 Motivos de denegación facultativos
 - 4.5.3 Concurrencia de solicitudes
 - 4.5.4 Motivos de condicionamiento

1. Reconocimiento Mutuo y derechos fundamentales

Habida cuenta de que el procedimiento extradicional es lento y complejo y que el Tratado de Ámsterdam ya señalaba explícitamente esta materia como un ámbito de actuación conjunta de los Estados previendo el uso de la DM, el Consejo Europeo de Tampere hace una llamada a la supresión del procedimiento formal de extradición para sustituirse por el mero traslado de personas, «de conformidad con el artículo 6 del TUE» y «respetando el principio de juicio justo». Por su parte, el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal definió la finalidad de este principio y diseñó el marco de actuación de las instituciones comunitarias para impulsarlo, siendo confirmado y completado por la comunicación de la Comisión de 19-5-2005⁹¹ y la adopción por el Consejo del Plan de Acción del Programa de la Haya⁹². En la actualidad, el Tratado de Lisboa de 2007 consagra de forma “constitucional” el principio de reconocimiento mutuo como base de la Cooperación Judicial Penal en la Unión, al dar nueva redacción al TUE⁹³.

La DM objeto de análisis no ha sido la única dictada en aplicación del referido principio. A ella le han seguido otras iniciativas finalmente aprobadas, como las que sin ánimo exhaustivo se relacionan a continuación:

- DM 2003/577/JAI, 22-7, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas⁹⁴.
- DM 2005/214/JAI, 24-2, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias⁹⁵.
- DM 2006/783/JAI, 6-10, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso⁹⁶ y DM 2005/212/JAI, 24-2, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁹⁷.
- DM 2008/909/JAI, 27-11, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE⁹⁸.
- DM 2008/947/JAI, 27-11, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas⁹⁹.

⁹¹ Documento COM(2005) 195 final, de 19 de mayo

⁹² DO C 53 de 3-3-2005

⁹³ Artículos 67.3 y 82 TUE.

⁹⁴ DO L 196, 2-8-2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0045:0055:ES:PDF>

⁹⁵ DO L 76, 22- 3-2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:076:0016:0030:ES:PDF>

⁹⁶ DO L 328, 24-11-2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:ES:PDF>

⁹⁷ DO L 68, 15- 3-2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:ES:PDF>

⁹⁸ DO L 327, 5-12-2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:ES:PDF>

⁹⁹ DO L 337, 16-12-2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:337:0102:0122:ES:PDF>

- DM 2008/977/JAI, 27-11, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal¹⁰⁰
- DM 2008/978/JAI, 18-12, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal¹⁰¹.
- DM 2008/315/JAI, 26-2-2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros penales entre los EEMM¹⁰² y Decisión 2009/316/JAI, 6-4-, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la anterior DM¹⁰³.
- DM 2009/299/JAI, 26-2, por la que se modifican las DM 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado¹⁰⁴.
- DM 2009/829/JAI, 23-10, relativa a la aplicación, entre EEMM de la UE, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional¹⁰⁵.
- DM 2009/948/JAI, 30-11, sobre prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales¹⁰⁶.
- Directiva 2011/99/UE, 13-12, sobre la orden europea de protección¹⁰⁷.

Del análisis de estos instrumentos pueden sintetizarse las características comunes que los estructuran y los nuevos principios de la cooperación judicial europea basada en el principio de reconocimiento mutuo:

- Cooperación directa entre autoridades judiciales mediante la supresión de la intervención gubernativa.
- Supresión del principio de doble incriminación para una parte importante de hechos delictivos y reducción de los motivos de denegación al mínimo.
- Creación de un documento único, sencillo y breve, que conlleva una reducción de trámites y de documentación a remitir.
- Reducción de plazos de tramitación y decisión.
- Inclusión de mecanismos que agilizan la cooperación y la acción de la justicia.

¹⁰⁰ DO L 350, 30-12-2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0060:0071:ES:PDF>

¹⁰¹ DO L 350, 30-12-2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0072:0092:ES:PDF>

¹⁰² DO L 93, 7-4-2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0023:0032:ES:PDF>

¹⁰³ DO L 93 7-4-2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0033:0048:ES:PDF>

¹⁰⁴ DO L 81, 27-3-2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:ES:PDF>

¹⁰⁵ DO L 294, 11-11-2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:294:0020:0040:ES:PDF>

¹⁰⁶ DO L 328, 15-12-2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:ES:PDF>

¹⁰⁷ DO L 338, 21-12-2011, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:338:0002:0018:ES:PDF>

Sin embargo, la soberanía nacional sigue operando como límite de la persecución penal de cada Estado. La inercia europeísta por la que se viene rigiendo el hoy TJUE hace presagiar que se decante a favor de tesis comunitarias frente a las nacionales en todos aquellos supuestos en que exista una mínima base normativa en el Derecho originario¹⁰⁸. Pero la pervivencia de distintos ordenamientos penales crea, a su vez, problemas en cuanto a la distinta forma de entender la protección de los derechos fundamentales que rigen en la UE.

La tensión entre el principio de reconocimiento mutuo y el debido respeto a estos derechos se plasma en la diversidad de trasposiciones de la DM objeto de estudio, dependiendo de cuál de los objetivos se considere debe primar y salpica a las propias instituciones comunitarias. La Comisión es más proclive a acentuar el primero de los principios, mientras que la necesidad protección de los derechos fundamentales pasa a un primer plano en los pronunciamientos del TJUE¹⁰⁹. En sus conclusiones de 6-7-2010, el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón descartaba una interpretación estricta de los motivos facultativos de denegación del artículo 4 DM y de las garantías del artículo 5 DM. Y para ello recuerda que entre los objetivos de la DM no sólo está el reconocimiento mutuo sino también la protección de derechos y libertades fundamentales, haciendo una expresa referencia a la jurisprudencia del TEDH y poniendo en evidencia el nuevo valor de la Carta de los Derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa¹¹⁰.

No obstante, la Comisión no ignora este segundo objetivo relativo a los derechos fundamentales. Desde el Primer informe de evaluación basado en el artículo 34 DM¹¹¹, y pese a calificar de “inquietante” la introducción de motivos no previstos por la DM, considera que una causa de oposición consistente en aplicar el *ne bis in idem* respecto de la CPI, colma una “laguna” de la DM y “no se cuestiona”. Y expresamente efectúa la siguiente afirmación: “Sin embargo, *ni qué decir tiene que una AJ siempre está facultada para denegar la ejecución de una orden de detención si constata que el procedimiento está viciado por una violación del artículo 6 TUE y de los principios*

¹⁰⁸ Un claro ejemplo lo constituye la STJCE 13-9-2005, c-176/2003, Comisión contra Consejo. Reitera este parecer la STJCE 23-10-07, c. 440/05. Frente a la defensa del Consejo y EEMM en relación a la importancia considerable del Derecho Penal para la soberanía de los Estados, el Pleno del TJCE decidió anular la DM 2003/80JAI, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, y ello porque consideró que invadía competencias de la Comunidad, por lo que su regulación debía hacerse mediante Directiva. De hecho, la STJCE 3-5-2007, c.303/05, *Advocaten voor de Wereld*, avala la utilización de la DM como instrumento para armonizar la entrega de sujetos.

¹⁰⁹ La Sentencia del TJCE de 3-5-2007 dictada en el citado asunto rechaza la vulneración del principio de legalidad penal precisamente por el deber de respetar los derechos fundamentales del art. 6 UE.

¹¹⁰ Más profusa era la petición de decisión prejudicial planteada por Finlandia, 25-2-2010, c.105/10, *Gataev y Gataeva*. En primer lugar planteaba la relación entre la Directiva de refugiados y la ODE cuando el reclamado solicita asilo en el Estado de ejecución y ambos procedimientos penden al tiempo. En segundo lugar, entraba de lleno en la interpretación del art. 1.2 DM y los considerandos 12 y ss en relación con el 6.1. TUE y la Carta de Derechos Fundamentales. Concretamente, si permitían nuevos motivos de denegación de los artículos 3 y 4 DM, la incidencia de la jurisprudencia del TEDH, la posibilidad de valorar el contenido de la sentencia y si se había dictado en un juicio justo. Lamentablemente, Finlandia ha desistido de dicha cuestión provocando su archivo por Auto de 3-4-2010.

¹¹¹ Documento del Consejo nº 6815/05, 1-3-05 [SEC (2005) 257] 23-2-05 http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN656.pdf

*constitucionales comunes a los EEMM (sic); en un sistema basado en la confianza mutua, este tipo de situación no puede ser sino excepcional”*¹¹².

En cualquier caso, el contenido absoluto de los derechos fundamentales no puede confundirse con la protección que el Estado de ejecución otorgue a estos derechos, sino que este debe ser el núcleo irrenunciable inherente a la protección de la dignidad de la persona en cuanto tiene una proyección universal, lo que debe estar en íntima conexión con la jurisprudencia del TEDH. Esta conexión entre la jurisprudencia del TEDH y el Derecho de la Unión se hace patente expresamente en el preámbulo de la DM 2009/299.

2. Ámbito de Aplicación

2.1 Ámbito espacial

Si bien opera en los países de la UE, se excluyen territorios en los que no se aplica la DM pese a que sus relaciones exteriores sean asumidas por algún EM, como indica el art. 31.3 DM¹¹³. Por lo demás, algunos Estados han remitido en su legislación de transposición a una Orden o Decreto que concreta los países con los que aplica la ODE, aunque en la práctica está vigente en todos los EEMM¹¹⁴.

2.2. Ámbito temporal

El siguiente cuadro ilustra sobre la vigencia de la ODE en cada EEMM destacando mediante sombreado los últimos países que la implementaron¹¹⁵.

PAISES		VIGENCIA
AT	Austria	01-05-2004 para hechos posteriores al 7-8-2002
BE	Bélgica	01-01-2004
BG	Bulgaria	01-01-2007
CY	Chipre	01-05-2004
CZ	R. Checa	01-11-2004 para hechos posteriores al 1-11-2004 si son nacionales checos
DE	Alemania	23-08-2004
DK	Dinamarca	01-01-2004
EE	Estonia	01-07-2004
EL	Grecia	09-07-2004
ES	España	01-01-2004
FI	Finlandia	01-01-2004
FR	Francia	13-03-2004 para hechos posteriores al 1-11-1993
HU	Hungría	01-05-2004
IE	Irlanda	01-01-2004

¹¹² Parece compartir esta visión CASTILLEJO (texto citado en la bibliografía). De forma más tajante se ha pronunciado la doctrina alemana y autores como GONZÁLEZ-CUÉLLAR (texto citado en la bibliografía) Sobre la relevancia de estos derechos para la comprensión de la ODE, ver las Conclusiones en el Asunto C-303/05 y Sentencia posterior recaída en el mismo, de 3-05-07 así como las Conclusiones en el Asunto C-306/09, IB. La STJCE 3-5-2007, (C- 303/05), *Advocaten voor de Wereld*, recuerda la vinculación de la UE con la protección de los derechos fundamentales tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los EEMM y como principios generales del Derecho comunitario.

¹¹³ Precepto que ha sido explícitamente utilizado por los Países Bajos en nombre de las Antillas Neerlandesas o Aruba según indica el segundo Informe de evaluación de la Comisión.

¹¹⁴ Concretamente, Irlanda, Malta y Reino Unido.

¹¹⁵ Los datos consignados son los obtenidos del último informe oficial de la UE, el Manual Europeo pues el anexo al informe de la Comisión no recoge las últimas declaraciones realizadas por los EEMM.

IT	Italia	14-05-2005 para hechos posteriores al 7-8-2002 y ODEs emitidas tras el 14-5-2005
LT	Lituania	01-05-2004
LU	Luxemburgo	26-03-2004 para hechos posteriores al 7-8-2002
LV	Letonia	30-06-2004
MT	Malta	07-06-2004
NL	Países Bajos	12-05-2004
PL	Polonia	01-05-2004
PT	Portugal	01-01-2004
RO	Rumanía	01-01-2007
RU	Reino Unido	01-01-2004
SE	Suecia	01-01-2004
SI	Eslovenia	01-05-2004
SK	Eslovaquia	01-08-2004

2.3 Ámbito material

La confección de esta lista y su penalidad mínima fue el aspecto que más duras negociaciones provocó y de ahí que se haya configurado como un elemento básico en las DM que descansan en el principio de reconocimiento mutuo. Algunas experiencias calificadas de “escandalosos” al ejercer algunos EEMM el control de doble incriminación¹¹⁶ llevaron a la UE a prescindir de este control respecto de un listado de 32 categorías de delitos. Sin embargo, lo que podría haber sido la superación de una traba histórica de la extradición, por la heterogeneidad de categorías elegidas termina aglutinando conductas de muy distinto alcance y gravedad, siendo considerada por algunos autores como serio retroceso.

Debe tenerse en cuenta que muchos de éstas no tienen una correspondencia absoluta con las denominaciones de la legislación penal de cada EM, por lo que la AJ emisora ha de hacer una labor de integración difícil. Puede ser útil a estos efectos tener en cuenta la normativa de la UE. Si bien el derecho comunitario diferencia entre actos jurídicos *hard law* y *soft law* en función de la naturaleza vinculante o no de los mismos respectivamente, el TJCE no despoja de toda eficacia a estos últimos y afirma la obligación de tenerlos en cuenta¹¹⁷, como antesala de la “interpretación conforme”¹¹⁸ reconocida a las DM a partir de *María Pupino*. De ahí que la mejor manera de superar la desconfianza ante los distintos ordenamientos punitivos sea a través de la armonización. Sin ánimo exhaustivo, ofrecen definiciones de diversos tipos penales los siguientes instrumentos:

- Pertenencia a organización delictiva: Acción común 98/733/JAI del Consejo, de 21-12-1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los EEMM de la UE¹¹⁹ y DM 2008/841/JAI, de 24-10, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada¹²⁰.

¹¹⁶ Cita LÓPEZ (2007) el delito de asociación de malhechores en Francia, asociación mafiosa en Italia y pertenencia a banda armada en España, así como la denegación por el Consejo de Estado belga en 2-1996 de una extradición e España por esta causa propiciando un tratamiento específico de esta figura en el Convenio de Extradición de 1996.

¹¹⁷ Ver DELGADO (2007) y STJCE 13-12-1989, c-322/89, *Grimaldi*.

¹¹⁸ Ver STJCE 13-11-1990, c-106/89, *Marleasing*.

¹¹⁹ DO L 351 de 29-12-1998 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:351:0001:0002:ES:PDF>

¹²⁰ DO L 300 de 11-12-2008 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF>

- Terrorismo: DM 2008/919/JAI, de 28-11 por la que se modifica la anterior DM 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo¹²¹.
- Trata de seres humanos: DM 2002/629/JAI, de 19-7-2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos¹²².
- Explotación sexual de niños: DM 2004/68/JAI, de 22-12-2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil¹²³.
- Tráfico ilícito de estupefacientes: DM 2004/757/JAI, de 25-10, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas¹²⁴.
- Corrupción: DM 2003/568/JAI, de 22-7, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado¹²⁵.
- Blanqueo del producto del delito: DM 2001/500/JAI, de 26-6, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito¹²⁶.
- Falsificación de moneda: DM 2000/383/JAI, de 29-5, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro¹²⁷.
- Delitos de alta tecnología: DM 2005/222/JAI, de 24-2, relativa a los ataques contra los sistemas de información¹²⁸.
- Delitos contra el medio ambiente: Directiva 2008/99/CE, de 19-11, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal¹²⁹.
- Ayuda a la entrada y residencia en situación irregular: DM 2002/946/JAI, de 28-11, destinada a reforzar el marco penal de las conductas definidas en la Directiva 2002/90/CE, de 28-11 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares¹³⁰.

¹²¹ DO L 330 9-12-2008 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:ES:PDF>

¹²² DO L 203 de 01-08-2002 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:203:0001:0004:ES:PDF>

¹²³ DO L 13 de 20-01-2004 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:ES:PDF>

¹²⁴ DO L 335 de 11-11-2004 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:335:0008:0011:ES:PDF>

Completada por las Decisiones relativas a determinadas sustancias psicotrópicas o estupefacientes (Decisión 2003/847, 17-11; 2005/387, 10-5; 2008/206, 3-3, etc)

¹²⁵ DO L 192 de 31-07-2003 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:192:0054:0056:ES:PDF>

¹²⁶ DO L 182 de 05-07-2001 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:182:0001:0002:ES:PDF>

Completada por las Directivas 2001/97/CE de 4-12 por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, DO de L 344 28-12-2001; Directiva 2005/60/CE de 26-10 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, DO L 209 de 25-11-2005; y Directiva 2008/20/CE de 11-3 por la que se modifica la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, DO L 76 de 19-3-2008.

¹²⁷ DO L 140 de 14-06-2000 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:140:0001:0003:ES:PDF>

¹²⁸ DO L 69 de 16-03-2005 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:069:0067:0071:ES:PDF>

¹²⁹ DO L 328 de 06-12-2008 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:ES:PDF>

¹³⁰ DO L 328 de 05-12-2002 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0001:0003:ES:PDF>

- Racismo y xenofobia: DM 2008/913/JAI, de 28-11, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal¹³¹.
- Falsificación de medios de pago: DM 2001/413/JAI, de 28-5, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo¹³².

Respecto al umbral de pena, y para algunos autores este periodo viene referido a la pena impuesta mientras que para otros es el periodo mínimo que aún resta por cumplir¹³³. En todo caso, es preciso acudir al principio de proporcionalidad y evitar que penas ínfimas den origen a elevados costes que conlleva la entrega¹³⁴. En la actualidad, el propio Manual apela a la utilización de instrumentos alternativos a la ODE y dadas las diferencias legislativas de los EEMM, va a ser objeto de estudio por el Consejo y está pendiente de resolución una cuestión prejudicial sobre el requisito de necesidad como motivo de oposición¹³⁵.

Conviene recordar que en las conclusiones a la cuestión prejudicial 303/05, el Abogado General Ruiz-Jarabo salvó las quejas a la derogación del control de doble incriminación para las categorías del listado por comprender figuras delictivas que afectan gravemente a bienes jurídicos necesitados de especial protección en Europa, requiriéndose que en el Estado de emisión se castiguen con penas de cierta intensidad. Literalmente afirma “son comportamientos en los que la comprobación de la doble incriminación se antoja superflua, pues se repudian en la generalidad de los EEMM”¹³⁶.

3. Emisión de una ODE

3.1 Autoridad competente

Todos los EEMM han notificado a la Secretaría General las autoridades correspondientes cuya información obra en las respectivas declaraciones obrantes en la página oficial del Consejo. Destaca Dinamarca, que pese a la judicialización del proceso mantiene como autoridad de emisión al MJ. La AC suele ser el MJ.

¹³¹ DO L 328, 6-12-2008 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:ES:PDF>

¹³² DO L 149 de 02-06-2001 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:149:0001:0004:ES:PDF>

¹³³ Del primer parecer, PANDO (en texto citado en la bibliografía final); del segundo, SÁNCHEZ en Emisión...

¹³⁴ Los datos sobre trasposición de los distintos EEMM se han obtenido del Anexo al Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la DM desde 2005 [SEC(2007) 979], <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11788-ad01.en07.pdf>. La interpretación del umbral y trasposición del listado ha sido dispar en los diferentes EEMM. Destaca Bélgica, al haber excluido expresamente el aborto y la eutanasia. Por el contrario y según la Comisión, la práctica pone de manifiesto que sólo media un examen somero de la calificación jurídica otorgada por el EM emisor.

¹³⁵ Cuestión prejudicial (26-7-2011, c-396/11, *Radu*) plantea si los arts. 5 y 6 del CEDH en relación con los arts. 48 y 52 de la Carta son normas de derecho primario, si la ODE es una injerencia que debe cumplir el requisito de necesidad y si puede invocarse su incumplimiento, o defectos de implementación como motivo de oposición.

¹³⁶ La doctrina defiende que el artículo 2, apartado 2, no contiene tipos delictivos, pues en su listado faltan los elementos característicos de la conducta perseguida (Flore, D (2002), «Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la Justice pénale européenne», en *Journal des Tribunaux*, , p. 276; y Unger, E.M. (2005), *Schutzlos ausgeliefert? – Der Europäische Haftbefehl*, Frankfurt am Main, p. 100).

3.2 La solicitud

Todos los EEMM han incorporado el contenido del artículo 8 según el anexo al Informe de la Comisión una vez que Malta modificara su legislación¹³⁷. Para los idiomas, se adjunta un cuadro ilustrativo de los aceptados por los distintos EEMM conforme han declarado en sus notificaciones¹³⁸.

PAISES		IDIOMAS
AT	Austria	Alemán u otra lengua con carácter de reciprocidad
BE	Bélgica	Francés, holandés, alemán
BG	Bulgaria	Búlgaro
CY	Chipre	Griego, turco, inglés
CZ	R. Checa	Checo. Acepta de Eslovaquia una ODE dictada o traducida al eslovaco y de Austria, una ODE en alemán
DE	Alemania	Aplica un régimen de reciprocidad
DK	Dinamarca	Danés, inglés, sueco ¹³⁹
EE	Estonia	Estonio o inglés
EL	Grecia	Griego
ES	España	Español. Cuando la ODE se emita mediante la introducción de una descripción en el SIS, la autoridad judicial de ejecución se encargara de la traducción si esta no está en español
FI	Finlandia	Finés, sueco, inglés
FR	Francia	Francés ¹⁴⁰
HU	Hungría	Húngaro o una traducción al húngaro. Para EEMM que no exigen solo su lengua acepta el inglés, francés o alemán
IE	Irlanda	Irlandés o inglés, o una lengua que el MJ pueda fijar mediante decreto, o una traducción al irlandés o al inglés
IT	Italia	Italiano
LT	Lituania	Lituano, inglés
LU	Luxemburgo	Francés, alemán, inglés
LV	Letonia	Letón, inglés
MT	Malta	Maltés, inglés
NL	Países Bajos	Holandés, inglés o cualquier otra lengua oficial de la UE junto a una traducción al inglés
PL	Polonia	Polaco
PT	Portugal	Portugués
RO	Rumanía	Rumano, francés e inglés
RU	Reino Unido	Inglés o una traducción al inglés
SE	Suecia	Sueco, danés, noruego, inglés o una traducción a una de estas lenguas
SI	Eslovenia	Esloveno e inglés
SK	Eslovaquia	Eslovaco o, en virtud de acuerdos bilaterales anteriores, alemán con Austria, checo con la Republica Checa y polaco con Polonia

3.3 Transmisión

Hay una aceptación general del uso de la Interpol¹⁴¹, que se considera como la principal alternativa a la transmisión a través del SIS¹⁴². Se adjunta cuadro ilustrativo

¹³⁷ Reino Unido, si bien no ha incluido toda la información de este precepto, mantiene que en la práctica utiliza el formulario del anexo de la DM. No obstante, como Estado de ejecución exige indicios de que la persona se ausentó deliberadamente para dar comienzo a su búsqueda, lo que puede plantear problemas. De hecho, Irlanda, Chipre y el Reino Unido añaden otras exigencias al formulario que distorsionan el sistema de la ODE. Si actúa como Estado de emisión, la República Checa prevé la remisión de documentos adicionales en caso de condena en rebeldía o si ha transcurrido más de 3 años entre la comisión de la infracción y la emisión de la ODE. Malta también exige certificados adicionales dependiendo de la naturaleza del delito como AJ de emisión.

¹³⁸ Los datos consignados son los obtenidos del último informe oficial de la UE, el Manual Europeo. Los países sombreados admiten en todo caso el inglés, siendo más de la mitad de los países miembros, por lo que permitiría su elección como uno de los idiomas que podrían aceptar todos los EEMM.

¹³⁹ Salvo en casos de urgencia según el anexo al último informe de la Comisión.

¹⁴⁰ La autoridad de emisión deberá remitir información adicional en 10 días.

¹⁴¹ De entre los Estados en los que no es operativo el SIS, 7 permiten la remisión directa entre AAJJ: R. Checa, Chipre, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia. Otros 5 no lo autorizan si se conoce el paradero de la persona Estonia, Irlanda, Hungría, Malta y Reino Unido.

¹⁴² La versión del sistema que se utiliza actualmente en la denominada SIS1+. En la última extensión que se hizo del SIS, para acoger a los EEMM que se incorporaron a la UE (salvo Chipre) y a Suiza, respectivamente, se utilizó la

de los canales y medios de transmisión admitidos. Aparecen sombreados los países que no tienen operativo el SIS y los que exigen en todo caso original o copia certificada, en este caso según la información suministrada por el MJ francés a finales de 2009.

PAISES		CANAL DE TRANSMISION	MEDIOS ACEPTADOS
AT	Austria	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
BE	Bélgica	S.I.S.	Original o copia certificada. Es posible fax o correo electrónico (caso por caso)
BG	Bulgaria	Interpol	El original suele ser necesario. Pero puede bastar fax o correo electrónico
CY	Chipre	Interpol	Necesario original o copia certificada
CZ	R. Checa	S.I.S.	El fax de la ODE permite iniciar el procedimiento pero es necesario el original
DE	Alemania	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
DK	Dinamarca	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
EE	Estonia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada después de la detención
EL	Grecia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
ES	España	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
FI	Finlandia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
FR	Francia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
HU	Hungría	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
IE	Irlanda	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
IT	Italia	S.I.S.	No cabe correo electrónico pero sí fax con la transmisión de la ODE
LT	Lituania	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
LU	Luxemburgo	S.I.S.	Aunque precisan original o copia certificada, acepta en la práctica fax o correo electrónico por su autenticidad
LV	Letonia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
MT	Malta	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
NL	Países Bajos	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
PL	Polonia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
PT	Portugal	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
RO	Rumanía	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
RU	Reino Unido	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico ¹⁴³
SE	Suecia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
SI	Eslovenia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
SK	Eslovaquia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico

aplicación SISone4ALL como base para sus N.SIS respectivos. Cuando entre en funcionamiento el SIS de segunda generación (SIS II) y que acogerá definitivamente a Chipre, Reino Unido e Irlanda, la ODE original se escaneará para introducirla en el sistema y estará inmediatamente disponible.

¹⁴³ Hasta la decisión de la Cámara de los Lores en *Dabas v. high Court of Madrid*, (2007) 06 UKHL, el SOCA ha sido responsable de la certificación de la ODE como documento independiente. A partir de entonces la ODE es suficiente y no requiere un documento separado.

En cuanto a los datos relativos al plazo de remisión de la ODE producida la detención, no coinciden en las distintas fuentes oficiales que los incorporan¹⁴⁴. En la práctica se aconseja estar a la exigencia que se haga en la primera comunicación.

PAISES		PLAZOS ¹⁴⁵
AT	Austria	40 días
BE	Bélgica	10 días
BG	Bulgaria	24 horas ¹⁴⁶
CY	Chipre	3 días, si la ODE haya sido dictada antes de la detención
CZ	R. Checa	40 días
DE	Alemania	40 días
DK	Dinamarca	lo antes posible (la legislación sobre extradición dispone, a ser posible, en los 10 días siguientes a la fecha de detención o del consentimiento en ser extraditada) ¹⁴⁷
EE	Estonia	3 días hábiles
EL	Grecia	15 días, prorrogables a 30 días
ES	España	La legislación española no contempla un plazo para la recepción del original de la ODE. No obstante, las autoridades judiciales de ejecución piden que la ODE se reciba lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo de 10 días desde la detención de la persona
FI	Finlandia	Lo antes posible o, previa solicitud, en el plazo fijado por la autoridad de ejecución finlandesa competente; no obstante, no hace obligatoria la presentación de una ODE cuando la solicitud de ODE ya ha sido incluida en la descripción en el SIS
FR	Francia	6 días hábiles
HU	Hungría	40 días
IE	Irlanda	La persona buscada es detenida una vez que se ha recibido la ODE y el Tribunal Superior la ha aprobado. Cuando el SIS sea aplicable a Irlanda, se fijara un plazo de 7 días
IT	Italia	10 días
LT	Lituania	48 horas a partir de la detención de la persona
LU	Luxemburgo	6 días hábiles
LV	Letonia	48 horas ¹⁴⁸
MT	Malta	Si existe una descripción en el SIS, esta se asimila a una ODE y la AJ puede fijar un plazo para la recepción del formulario. En los demás casos, puede realizarse la detención sobre la base de una orden de detención preventiva con un plazo de 48 horas para la recepción de la ODE, sólo en circunstancias excepcionales
NL	Países Bajos	Respecto de los EEMM que participan en el SIS: como máximo 23 días después de la detención, cuando esta obedezca a una descripción del SIS. Respecto de los EEMM que no participan en el SIS, la ODE ha de recibirse lo antes posible
PL	Polonia	48 horas
PT	Portugal	A discreción del órgano jurisdiccional; por lo general 10 días
RO	Rumanía	48 horas a partir de la detención de la persona con la participación del ministerio público, del abogado del detenido y, en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con la Ley de enjuiciamiento criminal rumana
RU	Reino Unido	48 horas a partir de la detención provisional; solo podrá recurrirse a la detención provisional en circunstancias excepcionales; la ODE ha de presentarse cuando así se solicite o el sujeto será puesto en libertad
SE	Suecia	Lo antes posible (unos cuantos días, según decida el fiscal)
SI	Eslovenia	10 días ¹⁴⁹
SK	Eslovaquia	18 días a partir de la detención de la persona, para la recepción del original de la ODE con su traducción. De no recibirse, el fiscal podrá solicitar al juez la puesta en libertad de la persona, cuando proceda; si en un plazo de 40 días no se reciben los documentos, la puesta en libertad de la persona es obligatoria ¹⁵⁰

¹⁴⁴ La divergencia obedece a la falta de suministro de datos oficiales en las diversas comunicaciones realizadas a la Secretaría General del Consejo, por lo que las respuestas dependen de la interpretación que los distintos aplicadores del derecho efectúan de la normativa interna, principalmente en caso de laguna en la ley de trasposición.

¹⁴⁵ Días naturales salvo que se indique lo contrario.

¹⁴⁶ Según el informe de la Comisión el plazo es de 7 días desde la detención.

¹⁴⁷ Según el informe de la Comisión no es necesario recibir la ODE si la información de la alerta del SIS es suficiente.

¹⁴⁸ Según el informe de la Comisión el plazo es de 72 horas.

¹⁴⁹ Según el informe de la Comisión el plazo es de 20 días. Pese a la nueva declaración remitida a la Secretaría General, documento del Consejo nº 13636/08, 3-10-08, no se aborda este extremo

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN747.pdf

¹⁵⁰ Según el informe de la Comisión una copia de la ODE, incluido el fax, debe remitirse en 48 horas con una traducción, aunque sea provisional.

3.4 Actuaciones en espera de la decisión

3.4.1 Información adicional

También en este extremo hay diversidad a la hora de establecer un plazo para suministrarla y sus consecuencias¹⁵¹. El Informe de Eurojust de 2008¹⁵² señala como la razón principal esgrimida por los EEMM de no poder aplicar la ODE en los plazos establecidos en el artículo 17 de la DM, el hecho de que se solicitara a la autoridad emisora el suministro de información adicional, y este proceso (recepción de la solicitud, obtención de la información contenida en los ficheros y su correspondiente traducción) retrasó aún más las diligencias. La prestación de garantías a los efectos del art 5 DM una de las principales causas en que la misma se solicita. De ahí la conveniencia de ofrecerse al emitir la ODE con la mayor información posible a través del recuadro f).

3.4.2 Autorizaciones

Respecto a las inmunidades y privilegios, recordar que el TEDH ha valorado la posible vulneración del derecho de la víctima al acceso a la vía judicial si no se levanta una inmunidad¹⁵³. La STJCE 15-10-2008 (T-3345/05), *Mote*, aborda el tema de los privilegios e inmunidades de un parlamentario europeo afirmando que sólo tienen un carácter funcional, la de evitar se obstaculice el funcionamiento e independencia de las instituciones de la Unión creando un derecho subjetivo a favor de las personas a las que se aplica. Pero no impide una decisión de suspensión de la inmunidad que suprima esta protección¹⁵⁴.

3.4.3 Declaración y traslado temporal

Los artículos 18 y 19 se han incorporado de forma variada, desde la ausencia de aparente aplicación (inicialmente Malta) a la inclusión por vía de prácticas, como en Dinamarca¹⁵⁵. Varios países no consideran necesaria una mayor transposición por ser suficiente el CEAJMP de 1959, lo que conllevará la intervención de la AC y la invocación de otros motivos de oposición.

¹⁵¹ No tramitan la ODE o dejan en libertad a la persona si la información no se recibe a tiempo o la ODE no es completa Alemania, España, Italia, Lituania, Portugal, Eslovaquia y Suecia. Chipre y Rumanía devuelven la incompleta y exigen casi sistemáticamente una nueva.

¹⁵² Los formes de Eurojust son accesibles en todos los idiomas: http://www.eurojust.europa.eu/press_annual.htm

¹⁵³ En STEDH 3-6-2004, nº 73936/01, *Jorio v. Italia* considera que el demandante no pudo ejercer la defensa de su derecho a la protección de su reputación si quien le difamó disfrutó de inmunidad parlamentaria. Ésta constituye una salvaguarda contra la persecución de los representantes públicos por motivos políticos, objetivo legítimo (STEDH 17-12-2002, nº 35373/1997, *A v. Reino Unido*), pero no un blindaje frente a actuaciones que se realizan fuera del contexto político en relaciones personales (STEDH 30-1-2003, nº 40877/1998, *Cordova c. Italia*)

¹⁵⁴ Irlanda, Italia y Suecia lo prevén como motivo obligatorio de denegación.

¹⁵⁵ Luxemburgo, Austria, Polonia y Suecia sólo prevén la declaración pero no la transferencia temporal.

3.5 Decisión

Los elementos esenciales del artículo 23 DM se han incorporado en casi todos los EEMM, sin bien países como Irlanda, tienen problemas para cumplir los plazos.

3.6 Efectos de la entrega

3.6.1 Principio de especialidad

Por el momento, se ha pronunciado sobre este concepto la STJCE 1-12-2008 (C-388/08), *Leymann y Pustovaro* permitiendo la acusación y procesamiento si no se adopta medida privativa de libertad¹⁵⁶. La STJUE 16-11-2010 (C-261/09), *Mantello*, ha resuelto que el concepto de “los mismos hechos”, a efectos del artículo 3.2 DM es un concepto autónomo de la UE, con posible influencia sobre este principio de especialidad. Sólo Estonia y Austria han declarado que en sus relaciones mutuas se presumirá la renuncia a acogerse al principio de especialidad, mientras que Rumanía lo aplica con los EEMM que haya realizado la misma notificación¹⁵⁷.

3.6.2 Entregas posteriores

A diferencia del supuesto anterior, ningún EM ha recurrido a la presunción de consentimiento en base al artículo 28.1 DM¹⁵⁸.

4. Ejecución de una ODE

4.1 Autoridad competente

La determinación más segura de cuál es la autoridad competente para la ejecución en un país es a través del Atlas de la página de la RJE¹⁵⁹. No obstante, se adjunta un cuadro ejemplificativo de la diversidad de autoridades involucradas conforme a sus distintas declaraciones. Reseñar que Dinamarca ha designado al MJ como AJ de emisión y ejecución, otorgando al poder ejecutivo la decisión final¹⁶⁰.

PAISES	AJ EJECUCIÓN	AC	
AT	Austria	Fiscales de la sede de los Tribunales de Distrito del domicilio o de custodia; sino, del lugar de detención. Residual, el de Viena	Ministerio Federal de Justicia (competente en tránsito) y de Interior: Dirección General de Seguridad Pública y Departamento Federal de Investigación Criminal)
BE	Bélgica	Juez de instrucción y la Sala del Consejo	Servicio Público Federal de Justicia (MJ).

¹⁵⁶ Pero admite la privación de libertad en virtud de la ODE inicial. Por infracción distinta se entiende que sean los mismos elementos constitutivos de la tipificación.

¹⁵⁷ Por su parte, Malta y Reino Unido mantienen una legislación más restrictiva que la DM al permitir la denegación de la entrega si no hay acuerdo con el EM emisor y prescindiendo de otros supuestos en que decae la aplicación del principio. Por lo demás, la trasposición de todas y cada una de los excepciones al principio no resulta homogénea.

¹⁵⁸ También en este extremo la trasposición resulta dispar. En cuanto a la posterior extradición que contempla el último párrafo del precepto, Estonia y Lituania la permiten sin el permiso del Estado original de ejecución.

¹⁵⁹ http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_EAWAtlas.aspx

¹⁶⁰ No obstante, si bien las facultades de detención recae en las fuerzas policiales, el reclamado tiene derecho a revisión judicial de la decisión de entrega ante un tribunal en sus funciones de garantía durante 3 días. El Ministerio no está vinculado por la petición de la fiscalía, que no puede recurrir la decisión de no entrega. La emisión se prepara por el fiscal y acude al Tribunal en casos de detención *en rebeldía*, aprobándose finalmente por el Ministerio.

		<i>(Chambre du Conseil)</i>	Recepción en tránsito
BG	Bulgaria	Tribunales de Distrito (<i>District courts</i>)	MJ. Recepción y tránsito
CY	Chipre	Juez de 1ª instancia (<i>Judge of the District Court</i>). De Nicosia, si se desconoce el paradero. Recepción por la AC	MJ y Orden Público. Recepción en tránsito
CZ	R. Checa	Fiscalías regionales y municipal de Praga, Tribunal Municipal de Praga. Recepción por Fiscales regionales o el municipal de Praga	MJ, Fiscalía General del Estado y el Presidio de la Policía. Recepción de tránsito por Tribunal Supremo
DE	Alemania	Fiscalías de los Tribunales de 2ª instancia (<i>Oberlandesgerichte</i>) en general. Competentes en tránsito	MJ Federal y de los <i>Länder</i> . La competencia depende del <i>Land</i>
DK	Dinamarca	MJ	MJ
EE	Estonia	Juzgado de 1ª instancia de Tallin y de Tartu. Recepción AC	MJ. Recepción en tránsito. Competencias en plazos de entrega
EL	Grecia	Magistrado Presidente del Tribunal de Apelación, si consiente, Consejo Judicial del Tribunal de apelación si no consiente. Recepción: Fiscal del Tribunal de apelación donde se detenga (sino, Atenas, competente en tránsito)	MJ
ES	España	Juzgados Centrales de lo Penal (recepción) y Audiencia Nacional	MJ. Recepción en tránsito
FI	Finlandia	Juzgados penales (<i>Distric Courts</i>) de Helsinki, Kuopio, Oulu y Tampere. Recepción por Fiscales de distrito	MJ (recepción en tránsito) u Oficina SIRENE. Ambas pueden recibir también la ODE
FR	Francia	Procuradores generales (<i>Procureur General</i>) y órganos de instrucción	MJ. Recepción en tránsito y transmisión en inmunidades y privilegios
HU	Hungría	Tribunal metropolitano (<i>Court of Budapest</i>). Recepción por AC	MJ. Recepción en tránsito
IE	Irlanda	Tribunal Superior (<i>High Court</i>). Recepción de traducción por AC	Ministerio de Justicia, Igualdad y Reforma Legislativa o persona designada. Recepción en tránsito. Competencias en plazo de entrega
IT	Italia	Tribunales de apelación del territorio (subsidiario de Roma). Recepción: MJ o El propio Tribunal	MJ. Competencias en correspondencia y tránsito
LT	Lituania	Oficina del Fiscal General (<i>Prosecutor General</i>) y Tribunal de la provincia de Vilnius Oficina de Policía Judicial en caso de urgencia	Oficina del Fiscal General (<i>Prosecutor General</i>)
LU	Luxemburgo	Fiscalía, Juez de Instrucción y Sala del Consejo ante el Tribunal de 1ª instancia. Cabe apelación	<i>Procureur Général d'Etat</i> . Recepción en tránsito
LV	Letonia	Fiscalía General del Estado (<i>Office of the Prosecutor General</i>)	Office of the Prosecutor General
MT	Malta	<i>Court of Committal</i>	<i>The Office of the Attorney General</i> : otorgamiento de consentimientos . <i>Commissioner of Police and Principal Immigration Officer</i> : recepción en tránsito
NL	Países Bajos	Fiscal del distrito, Juez de Instrucción y Tribunal de Amsterdam (<i>Officier van justitie, rechter-commissaris y el rechtbank d'Amsterdam</i>). Contacto: el fiscal. Oficina SIRENE fuera de las horas de oficina	Fiscal del distrito, Juez de Instrucción y Tribunal de Amsterdam (<i>Officier van justitie, rechter-commissaris y el rechtbank d'Amsterdam</i>). Contacto: el fiscal. Oficina SIRENE fuera de las horas de oficina
PL	Polonia	Juzgado de distrito (<i>Circuit Court</i>). Recepción por Fiscal de Distrito (<i>Circuit prosecutor</i>) o por AC	MJ-Fiscal General. Recepción en tránsito
PT	Portugal	Audiencias Territoriales (<i>Tribunal de Relação</i>). Recepción: Fiscal del Tribunal de Relação o la Procuraduría General de la República	MJ-Fiscal General. Recepción en tránsito
RO	Rumanía	Tribunales de apelación (<i>Courts of appeal</i>). Por defecto el de Bucarest y el MJ, si se desconoce el paradero del reclamado o no se remite directamente	MJ. Recepción y tránsito
RU	Reino Unido	Inglaterra y Gales: Juez de distrito (<i>District Judge</i>). Escocia Tribunal de 1ª instancia de Lothian y Borders (sheriff). Irlanda del Norte: Juez de un Tribunal del condado (<i>County Court Judge</i>)	Escocia: <i>Scottish Crown Office</i> . Resto: <i>National Criminal Intelligence Service</i> . Recepción en tránsito
SE	Suecia	Fiscales y Tribunales ordinarios. Recepción: Fiscal designado por el Fiscal General del Reino (ayudado por la policía)	MJ (puede ayudar con la correspondencia). Dirección de Policía Nacional: recepción de tránsito
SI	Eslovenia	Tribunales regionales	No designa pero el MJ efectúa labores de auxilio. Recepción en tránsito
SK	Eslovaquia	Fiscales y tribunales regionales del lugar de detención	MJ. Recepción en tránsito

4.2 Actuaciones iniciales: derechos del reclamado

Todos los EEMM incorporan o ya regulaban los derechos del art. 11 DM así como la posibilidad de quedar en libertad del art. 12, aunque algunos, como Polonia, no contemplan medidas para evitar la fuga. Tampoco plantea problemas el derecho a la audiencia del artículo 14 DM, si bien Dinamarca sólo prevé la vista en caso de recurso interpuesto por el reclamado contra la decisión del MJ designado como AJ.

4.3 Procedimiento

Todas las legislaciones recogen la doble vía procedimental según se haya consentido o no la entrega conforme al artículo 13 DM, si bien algunos, como Francia y Eslovaquia, sólo permite la renuncia al principio de especialidad cuando la persona ha consentido en la entrega. Bélgica, Malta, Holanda, Austria y el Reino Unido lo han regulado de tal manera que cuando se presta el consentimiento a la entrega, automáticamente existe una renuncia al principio de especialidad.

El consentimiento es irrevocable en todos los EEMM excepto en Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Lituania, Finlandia y Suecia, mientras que Austria y Polonia admiten la posibilidad de recurso una vez que se ha prestado.

4.4 Actuaciones hasta la decisión

Si bien todos los EEMM permiten solicitar información complementaria, el anexo al informe de la Comisión destaca la automaticidad de Italia e Irlanda en reclamarla.

4.5 Decisión

La ausencia de sanción ante el incumplimiento del plazo en la DM provoca que los defectos de las legislaciones al incorporar los plazos de decisión previstos en el artículo 17 DM tengan difícil solución. No surgen dificultades cuando el procedimiento se ha seguido con el consentimiento del sujeto a la entrega¹⁶¹. El anexo a la actualización del Informe de la Comisión alude a una oscilación entre un año a 43 días de media, cuando la entrega se resuelve sin consentimiento, y de 11 días si consiente (salvo Irlanda y Reino Unido que tienen plazos de entrega superiores). Y no siempre se notifica este incumplimiento a Eurojust.

4.5.1 Motivos de denegación obligatorios

Aunque la mayoría traspone los diversos supuestos del artículo 3 DM, lo llamativo es la incorporación de nuevos motivos de denegación obligatorios. Unos, por

¹⁶¹ El "Conseil d'Etat" belga ha considerado que el uso de un recurso no puede considerarse un supuesto de "casos específicos" a los efectos de la prórroga del artículo 17.4 DM.

el mecanismo de incluir motivos facultativos del artículo 4 DM o con base en los derechos fundamentales. Otros al relacionarlos con las garantías del artículo 5 DM.

- **Protección de los derechos fundamentales**

Para algunos no existe peligro real de su vulneración en la UE por la garantía que de los mismos se hace en los distintos ordenamientos. Pero las SSTEDH en los casos *Soering*, 7-7-1989, nº 14038/88, y *Einhorn*, de 16-10-2001 nº 71555/01 dan pie a esta interpretación, de forma que los EEMM, en cuanto sujetos al TEDH, no pueden acceder a una entrega cuando exista la posibilidad de que se produzca una violación de estos derechos. Con el alcance que les ha otorgado este Tribunal y siempre que exista una posibilidad real de vulneración, lo que en la UE supondrá una excepción. De ahí su previsión en algunos EEMM como motivo de denegación¹⁶².

- **Amnistía¹⁶³**

Resulta ilustrativas las conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO del presentadas el 8-4-2008 en el asunto C-297/07, *Bourquain*. Según éstas, el Protocolo 2ª de la Convención de Ginebra aproxima la amnistía a un sentimiento de pacificación y de reconciliación, tras periodos de convulsiones que hubiesen aparejado enfrentamientos violentos en el seno de una comunidad. Este “ramillete de medidas de gracia, unívoco por los objetivos a los que sirve”, evidencia sin fisuras auténticos gestos de voluntad política, nutridos por principios de oportunidad que hunden sus raíces en la soberanía de los Estados, como expresión de la gestión de sus propios conflictos. “La mutua confianza no debería albergar, al amparo del *ne bis idem* comunitario, los supuestos de inejecución de una pena provocados por la excitación de estas facultades exorbitantes de los poderes nacionales, pues la lógica del reconocimiento recíproco deja de operar en la esfera de la aplicación judicial de la ley, adquiriendo otra derrota, propiciada por vientos de fuerte componente sociológica y política”. Y reconoce que no se debe al azar que la DM sobre ODE descubra la amnistía como uno de los motivos obligatorios para su no ejecución, siempre que el Estado requerido tenga la competencia para perseguir el delito según su propio derecho penal. “Con la óptica de los derechos fundamentales, la amnistía tampoco resiste el envite de proporcionar un abrigo capaz de justificar la no ejecución de la pena por aplicación del *ne bis in idem*, pues, con independencia de que pueda erigirse en un peligroso catalizador para su postergación, nuevamente se constata la presencia de dos dimensiones diferentes, ya que, la base que la inspira no bebe del

¹⁶² Estonia aplica el criterio de proporcionalidad para llegar a una decisión con respecto a la entrega; Italia introduce motivos que siquiera aparecen en la DM propios de un examen de fondo. De algún modo se deniega en caso de amenaza de violación de derechos fundamentales en Dinamarca, Lituania, Holanda, Polonia, Portugal, Reino Unido... Más problemática es la oposición que puede ejercer por razones de seguridad nacional este último transfiriendo el poder de decisión *de facto* al poder ejecutivo.

¹⁶³ Aun cuando la mayoría de EEMM contemplan este motivo obligatorio, Holanda y Reino Unido no lo han incorporado, mientras que Irlanda lo refiere a la amnistía o el indulto en el EM emisor en lugar del de ejecución, lo que han justificado por sus peculiaridades procesales.

manantial de los valores que los derechos fundamentales encarnan, al tiempo que actúa bajo parámetros tan difusos y aleatorios que trascienden los clásicos de racionalidad jurídica, cercenando la posibilidad de un control judicial¹⁶⁴.

- ***Non bis in idem***

Ya se ha adelantado en el Nivel I la profusa jurisprudencia del TJUE recaída al respecto. En la STJCE de 11-2-2003, asuntos C-187/01 y 385/01, *Gözütok y Brügge*, lo aplica a procedimientos de extinción de la acción pública por los que el MF entra en el fondo, como cuando ordena el archivo de un proceso penal previa imposición de unas obligaciones, sin intervención de un órgano jurisdiccional, considerando en tal caso que la sanción se ha “ejecutado”. Por el contrario, si no entra en el fondo, el principio no se aplica. Así sucede en la STJCE 10-3-2005, C-469/03, *Miraglia*, dado que el archivo obedece a la decisión del MF de no proseguir la acción penal por haberse iniciado actuaciones penales en otro EM contra el mismo imputado y por los mismos hechos. En la STJCE 22-12-2008, C-491/07, *Turansky*, pese a examinar el fondo del asunto de que conoce, ordena, en una fase previa a la inculpación, el archivo sin extinguir definitivamente la acción pública y sin impedir que se emprendan nuevas diligencias penales. En relación a sentencias firmes, en la STJCE 28-9-2006, C-150/05, *Van Straaten* confirma su aplicación en caso de absolución, incluso si es consecuencia de la apreciación de prescripción, como sucede en la STJCE 28-9-06, C-467/04, *Gasparini*. Dado que tanto el CAAS como la DM excluyen las sentencias condenatorias ejecutables cuya ejecución no ha dado comienzo, también se ha pronunciado sobre el alcance del concepto ejecución. En la STJCE 17-7-2007, C-288/05, *Kretzinger* considera que la sanción impuesta “se ha ejecutado” o “se está ejecutando” cuando la pena ha sido dejada en suspenso; pero no alcanza a la prisión provisional previa a la condena pese a que se compute a efectos de la finalmente impuesta. En la STJCE 11-12-2008, C-297/07, *Bourquain* considera que “ya no puede ejecutarse” una condena aun cuando la inejecución obedezca a la prescripción de la pena, pudiendo ser invocada la sentencia incluso cuando los hechos ya no fueran punibles por haber sido amnistiados y apreciando su firmeza en el momento de dar comienzo el segundo proceso al haber sido juzgado el sujeto en rebeldía. Finalmente y a efectos de invocación de este principio, basta con que su norma reguladora esté vigente en el momento de su apreciación, aunque no lo estuviera en el momento de dictarse la resolución (STJCE 9-3-2006, C-436/04, *Van Esbroeck*).

¹⁶⁴ Por su parte, en las conclusiones del Abogado General PAOLO MENGGOZZI presentadas el 1-6-2010 en los asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, caso *B*, (sobre el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados y las cláusulas de exclusión en relación con la Directiva 2004/83/CE), se reconoce *obiter dicta* cómo la Agencia de la ONU para los refugiados (ACNUR) ha afirmado que en caso de que el solicitante, condenado por un delito grave común, haya sido amnistiado o indultado, se presumirá que no puede aplicarse la cláusula de exclusión prevista en el artículo 1.F.b), de la Convención de 1951, “salvo que se pueda demostrar que, pese al indulto o a la amnistía todavía predomina en el solicitante el carácter de delincuente” debido a su peligrosidad social. Cautela que proyecta en particular respecto de crímenes o actos de particular brutalidad.

El Tribunal de Justicia también se ha pronunciado sobre la “identidad de hechos materiales” a efectos de la aplicación del *bis in idem*. En la STJCE 9-3-2006, C-436/04, *Van Esbroeck* afirma que esta identidad descansa en la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido¹⁶⁵. Los hechos consistentes en la exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados deben considerarse, en principio, como “los mismos hechos” si bien la apreciación definitiva corresponde al juez nacional. Esta doctrina es reiterada en pronunciamientos posteriores, SSTJCE 28-9-2006, c-150/05, *Van Straaten*, 28-9-06, c-467/04, *Gasparini* y 17-7-2007, c-288/05, *Kretzinger* extendiéndola a la comercialización y transporte posterior a la importación si tenía esta intención desde el principio. Pero que los hechos estén relacionados por una misma intención criminal no sería suficiente según la STJCE 18-7-2007, C-367/05, *Kraaijenbrink*. En la Sentencia *Van Straaten* afirma además que en los delitos sobre estupefacientes no se exige que las cantidades de droga o que las personas que hayan tomado parte sean idénticas a efectos de identidad de hechos. Pero obviamente este motivo de oposición no se aplica a personas distintas de las que han sido juzgadas en sentencia firme (*Gasparini*).

De hecho y abordando ya la interpretación de la DM, en la STJCE 1-12-2008, c.388/08, *Leymann y Pustovarov* afirma que serán los “mismos hechos” si se mantienen los elementos constitutivos de la infracción, incluso cuando exista un cambio de circunstancias de tiempo y lugar y de la clase de estupefaciente¹⁶⁶. Y se ha planteado una petición de decisión prejudicial el 14-7-09, c.261/09, *Mantello* sobre el alcance de esta identidad a efectos del artículo 3.2 DM, si es de apreciación en el Estado de emisión, en el de ejecución o se trata de un concepto autónomo.

- **Minoría de edad**

Para la Comisión, ha sido correctamente implementado en todos los EEMM.

4.5.2 Motivos de denegación facultativa

Muchos EEMM han interpretado este artículo como una facultad del legislador, otros no lo han transpuesto al ser opcional y otros delegan la facultad de decisión en la AJ. De ahí la aplicación de este artículo se convierte en un verdadero mosaico del que da muestra el cuadro que se adjunta.

¹⁶⁵ Sentencia en la que cobran relevancia el contenido del art. 71 del propio CAAS, en relación con el art. 36.2.A)i del Convenio Único de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961, y el art. 22.2.a)i del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971. A reserva de lo dispuesto por su constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada parte, cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerara como un delito distinto (el primero); si se ha cometido en diferentes países una serie de actos relacionados entre sí que constituyan delitos de conformidad con el párrafo 1, cada uno de esos actos será considerado como un delito distinto (el segundo).

¹⁶⁶ En algunos ordenamientos, como el español, la penalidad del delito está en función de la sustancia.

Por los problemas que ha creado, es digna de mención la causa de denegación facultativa prevista en el artículo 4.6 DM para ODEs de cumplimiento y la garantía paralela de retorno del 5.3 DM, ambas tendentes al cumplimiento en el país de origen o residencia para facilitar la reinserción. Ya se adelantó que posibilidad de entrega de nacionales ha sido cuestionada por los tribunales nacionales de algunos países a nivel constitucional. Algunos, como Portugal y Eslovenia, han emprendido modificaciones constitucionales para adaptarse a la obligación de entregar a sus nacionales en virtud de la ODE. Algunas quejas, como las de Grecia o la República Checa, finalmente fueron rechazadas¹⁶⁷. Sin embargo, en tres países, Alemania, Chipre y Polonia, su cuestionamiento provocó una decisión contraria del Tribunal Constitucional¹⁶⁸.

El Trybunał Konstytucyjny (Tribunal Constitucional Polaco), en sentencia de 27-4-2005, concluyó que el artículo 607t § 1 de su Código de Procedimiento Criminal modificado por una Ley de 2004, al permitir la entrega de nacionales no era conforme al artículo 55(1) de la Constitución, otorgando un plazo para cambiar ésta de 18 meses. Modificación de la Constitución que fue directamente aplicable el 7-11-2006, pero sólo para hechos cometidos fuera de Polonia y tipificados en el derecho polaco.

Apenas tres meses más tarde, el Bundesverfassungsgericht alemán (Tribunal Constitucional Federal) se pronunció en el mismo sentido respecto de su ley (Sentencia 18-7-2005, Darkanzali) por vulnerar los artículos 16.2 y 19.4 de su Ley Fundamental en los términos en que se había traspuesto, si bien en esta ocasión la declaración de inconstitucionalidad alcanzó a toda la Ley¹⁶⁹. Decisión provocada por petición de entrega a España de un ciudadano alemán para enjuiciamiento prestando garantías suficientes de devolución, cuya extradición había sido previamente denegada por este motivo y respecto a hechos sólo punibles en Alemania con posterioridad a su comisión. Se volvió al sistema de extradición en tanto se reguló de nuevo y provocó la reacción de algunos países, como España y Hungría, que

¹⁶⁷ Así, se pronunció la Corte Suprema griega en su decisión nº 591/2005 y el Ústavní soud (Tribunal Constitucional checo), en sentencia de 3-5-2006, asunto 66/04.

¹⁶⁸ Conclusiones de 12-9-2006 previas a la STJCE 3-5-2007 (C-303/05), Advocaten voor de Wereld. También puede verse en el Estudio sobre la aplicación de la ODE y los equipos conjuntos de investigación encargado por el Parlamento y realizado por el Centro Europeo de Jueces y Abogados del Instituto Europeo de Administración Pública y en los informes de la Comisión que obran en la página del Consejo de la UE.

¹⁶⁹ En 5-2002, unos 90 prestigiosos penalistas alemanes firmaron un manifiesto titulado «Toma de posición de los Profesores alemanes de Derecho penal respecto al «Libro verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la protección penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sobre la creación de una Fiscalía europea»». Posteriormente, en 6-2003 y en número superior firmaron otro escrito bajo el título «Tesis sobre la «Europeización de la persecución penal mediante el principio de reconocimiento recíproco»» y que terminaba alentando una desobediencia a los órganos comunitarios. Al respecto, GÓMEZ-JARA (texto citado en la bibliografía). La lectura de la sentencia y de los votos particulares, dictada precisamente en una ODE cursada por el JCI nº 5 de la AN contra un ciudadano de nacionalidad alemana y siria, al que se acusaba de integración en banda armada, organización o grupo terrorista (art. 516.2 en relación con art. 515.2 CP) cuando las AAJJ alemanas habían abierto un sumario debido a la sospecha de participación en una organización terrorista (§ 129 a del Código Penal alemán --StGB--) y de blanqueo de dinero (§ 261 StGB), evidencian lo forzado de la decisión evitando ofrecer cualquier tipo de solución, recordando la vieja desconfianza de Alemania hacia las instituciones comunitarias y hacia el resto de ordenamientos europeos. Como bien indica en sus Conclusiones RUIZ-JARABO, tal vez se evite la reedición de desencuentros pasados a través de una mayor tutela de los derechos fundamentales en tres planos diferentes pero coextensos: nacional, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, imbuidos de idénticos valores.

aplicaron el principio de reciprocidad frente a Alemania, volviendo al sistema extradicional entre el 18-7-2005 y el 2-8-2006.

El Tribunal Supremo de Chipre siguió idéntica estela (STS 7-11-2005, asunto 294/2005) en relación a una persona de doble nacionalidad, británica y chipriota, solicitada por el Reino Unido, al considerar que el art. 11 de su Constitución excluía la extradición de nacionales y que la DM carecía de efecto directo, pese a la explícita referencia al caso *Pupino* del TJCE. La modificación del art. 11 entró en vigor el 28-7- 2006 pero sólo se aplica para hechos cometidos después de su ingreso en la Unión (1-5-2004).

Artículo 4DM	Motivo facultativo	Motivo obligatorio
4.1 1^{er} inciso	BG, DK, DE, EL, ES, PL, PT, RO, RU	BE, CZ, FR, IE, IT, LT, LU, HU, MT, NL, AT, SI, SK, FI, SE
4.2	BE, BG, DK, DE, EE, EL (para no nacionales), ES, FR, IE (si se considera procesar), CY, LV, LT, LU, PL, PT, SI (cuando no es obligatorio), FI, RO, RU	CZ, EL (para nacionales), IT, HU, MT, NL, AT, SI (delitos contra nacionales o Eslovenia), SK, SE
4.3 1^{er} inciso	BE, BG, DK, DE, EE, EL, ES, FR, CY, LV, LT, LU, PL, PT, RO, SI, FI	IE, HU, NL, AT (con algunas excepciones a extranjeros), SE, SK
4.3 2^o inciso	BE, BG, DK, DE, EE, EL, ES, FR, CY, LV, LT, LU, PL, PT, RO, SK, FI	CZ, IE, HU, NL, AT (con algunas excepciones a extranjeros), SI
4.3. 3^{er} inciso	BG, DE, EE, EL, ES, CY, LU, PT, SK, FI, RO	BE, CZ, IE, IT, HU, NL, AT (con algunas excepciones a extranjeros), SI (sólo si la resolución es de SI), SK (con excepciones), SE
4.4	BG, DK, DE, EE, ES, CY, LU, PL, PT, RO, FI	BE, CZ, EL, FR, IE, IT, LT, HU, MT, NL, AT, SI, SK, SE, RU
4.5	BE, BG, DK, EE, EL, ES, CY, LU, FI, RO	CZ, FR, IE, LT, HU, MT, NL, AT, PL, SI, SK, SE, RU
4.6	Para nacionales: ES, FR. Para residentes: EL, CY, IT, LU, PL. Para nacionales y residentes: BE, DK, PT, SI, FI, BG, RO	Para nacionales: EE, HU, LT, AT (si consiente la entrega), LV, SI (para nacionales que consientan la ejecución en SI) Para nacionales y residentes: CZ, DE (si consiente la entrega), PL (incluye los que piden asilo) Otras condiciones: NL (con ofrecimiento de ejecutar la sentencia), SE (si tiene fuertes lazos con el Estado de emisión)
4.7.a	BE, BG, ES, FR, CY, LV, LT, LU, HU, NL, PL, PT, RO, SI, FI	EL, IE (si en IE se ha abierto proceso), IT, MT, AT (para nacionales), SK, RU, y en parte en DK y SE
4.7.b	BE, BG, EE, ES, FR, CY, LV, LU, NL, PT, RO, SI, FI	DK, EL, IE (en la práctica), IT, LT, MT, NT, AT (para nacionales), SK, RU (si la conducta está penada con 12 meses en el RU)

4.5.3 Concurrencia de solicitudes

Aun cuando no todos los Estados prevén el informe de Eurojust, dado el margen de discreción que ofrece el precepto, su trasposición no ha planteado problemas de acomodo a la DM, si bien sí han sido dispares los criterios de prioridad aplicados.

4.5.4 Motivos de condicionamiento

- **Rebeldía**¹⁷⁰

Es doctrina general del TEDH¹⁷¹ que a pesar de no mencionarse expresamente en el art. 6.1 CEDH, el objeto y fin del juicio justo es que los imputados por delito puedan participar en su enjuiciamiento. Pero la condena en rebeldía no es necesariamente incompatible con el art. 6.1 y 3 CEDH¹⁷², que consagra respectivamente el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa, ni con el artículo 2 del 7º Protocolo, que reconoce el derecho a la revisión de una condena por otra instancia. Puede renunciarse al derecho a estar presente en juicio, si bien debe hacerse de forma inequívoca y sin afectar al interés público¹⁷³. Renuncia que puede ser implícita, cuando deliberadamente se sustrae el imputado a la justicia, si se acredita que pudo prever razonablemente las consecuencias de su conducta¹⁷⁴. Pero mientras no se notifique personalmente a una persona que es imputado no puede considerarle como “fugitivo”, ni entender que ha renunciado a su derecho a comparecer en juicio y a defenderse. La previsión legislativa del juicio en rebeldía debe ser excepcional y para condenas no desproporcionadas a las circunstancias del hecho.

El TEDH rechaza se haya producido una violación de su derecho a un juicio justo cuando el sujeto conoce la imputación contra él realizada, ha declarado como imputado y se sustrae voluntariamente a la justicia incumpliendo la prohibición de abandonar la localidad de su domicilio sin autorización, contribuyendo activamente a crear la situación que hizo imposible que se le comunicaran las citaciones judiciales para participar en el juicio¹⁷⁵. Por el contrario, sí se aprecia violación de los artículos 6.1 y 6.3 cuando, pese a notificarse a un tercero (generalmente su abogado) no se demuestra que conociera la causa seguida en su contra. Por lo demás, la notificación de las diligencias penales requiere unas condiciones de fondo y de forma que garanticen el ejercicio efectivo del derecho del imputado a conocer la acusación dirigida contra él, debiendo acreditarse que ha tenido real conocimiento de la imputación y sin que baste con un conocimiento indirecto¹⁷⁶. Fórmulas como edictos o anuncios públicos no cubrirían estas exigencias. Incluso habiendo tenido este

¹⁷⁰ Esta garantía ya se previó para el sistema de extradición tradicional desde que las primeras reservas al art. 1 del CEEEx realizadas por Holanda y Luxemburgo provocaran la regulación del art. 3 del Segundo Protocolo. Según recoge el informe explicativo al CEEEx la garantía que debe prestar la autoridad de emisión puede variar según el país en cuestión e incluso de acuerdo a cada caso particular, permitiendo no ser un compromiso formal sino de recomendación o una simple declaración de intenciones.

¹⁷¹ STEDH 28-2-2008, nº 68020/2001, Demebukov v. Bulgaria

¹⁷² SSTEDH 12-2-1985, nº 9024/1980, Colozza v. Italia; 18-5-2004, nº 67972/2001, Somogyi v. Italia

¹⁷³ STEDH 21-2-1990, nº 11855/1985, Håkansson y Stureson v. Suecia

¹⁷⁴ STEDH 9-9-2003, nº 309000/2002, Jones v. Reino Unido

¹⁷⁵ STEDH 28-2-2008, nº 68020/01, Demebukov v. Bulgaria

¹⁷⁶ SSTEDH 8-2-2007, nº 25701/03, Kollcaku v. Italia; 21-12-2006, nº 14405/05, Zunic v. Italia; 9-6-2005, nº 42191/02, R.R. v. Italia; 12-10-1992, nº 14104/1988, T. v. Italia

conocimiento, si le es imposible asistir, por ej. por estar cumpliendo condena en otro Estado, debe tener derecho a la doble jurisdicción¹⁷⁷. Las distintas legislaciones de los EEMM regulan el procedimiento en rebeldía de forma dispar por lo cual resulta difícil que haya una coincidencia entre los criterios de la AJ de emisión y de ejecución. De ahí el criterio de la DM relativo a si la persona ha sido personalmente citada o advertida acerca del procedimiento seguido contra ella. En caso de que no haya sido así, es obvio que la persona ha sido condenada injustamente según los criterios del art. 6 del CEDH y su entrega exige una garantía de parte del Estado que ha condenado al reclamado de que éste podrá ejercer su derecho a la revisión del asunto en el mismo Estado con su participación. Pero no impone que el sujeto ejercite realmente su derecho a la revisión, pudiendo aquietarse con la sentencia si considera que le satisface. Tampoco el derecho de revisión o recurso es igual en todos los EEMM. Esta diversidad de tratamiento puede complicar la cooperación judicial¹⁷⁸, y que van del nuevo procedimiento al derecho a un recurso ante una instancia superior con control sobre los hechos del asunto. Según el TEDH existe vulneración cuando la declaración de rebeldía impide la elección de abogado y el derecho al recurso¹⁷⁹. En concreto, la garantía que prestaba Italia sobre la posible impugnación, que prosperaba sólo si la declaración de rebeldía se considera errónea, no era suficiente¹⁸⁰.

La DM 2008/909 ya mencionada, cuya fecha límite de trasposición era el 5-12-2011 (y con una demora para Polonia), recoge el principio de reconocimiento mutuo para ejecución de sentencias penales privativas de libertad¹⁸¹. Aun cuando incide principalmente en la garantía de retorno del art. 5.3 DM relativa a la ODE, también se refiere expresamente a las sentencias dictadas en rebeldía. Concretamente, prevé éste como motivo facultativo de oposición¹⁸² si bien permite la consulta entre autoridades y la información adicional en el art. 9.3 antes de denegar al traslado. De ahí que el certificado uniforme que debe transmitir el Estado de emisión para la ejecución de la sentencia incorpore un recuadro específico para determinar las condiciones en que se ha dictado la sentencia, el i), aunque nada impide que se especifiquen las circunstancias en que se ha dictado la sentencia en rebeldía en el recuadro l). Ambos preceptos han sido objeto de modificación por la DM 2009/299, art 5, para acomodarlos a su regulación.

¹⁷⁷ STEDH 31-3-2005, nº 43640/1998, Mariani v. Francia. La imposibilidad de acudir a juicio por un hecho ajeno a la voluntad del imputado se recoge en la Resolución (75) 11, 21-5-1975 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, junto con la posibilidad de que pueda interponer los mismos recursos que si hubiera estado presente y de que la comunicación de la sentencia en el procedimiento de extradición no equivalga a su notificación formal.

¹⁷⁸ En las conclusiones de 8-4-2008 (C-297/07) Bourquain, el Abogado General señala como causa de entorpecimiento de una fluida cooperación las diferentes regulaciones de los juicios *in absentia*, y la DM 2009/299 (considerando 2).

¹⁷⁹ SSTEDH. 20-3-2001, nº 34989/1997, Goedhart v. Bélgica, 20-3-2001 nº 36449/1997 Stroek v. Bélgica, 13-2-2001, nº 29731/1996, Krombach V. Francia

¹⁸⁰ STEDH 10-11-2004, nº 56581/2000, Sejdovic v. Italia.

¹⁸¹ Artículo 26. Supera el CTPC y su Protocolo, el CEVISP y el CAAS en los artículos que regulan esta materia.

¹⁸² Artículo 9.1.i).

Por su parte, la DM 2009/299, cuya fecha límite de trasposición era el 28-3-2011 (excepcionalmente el 1-1-2014 si existen dificultades) parte de la complicación que supone la diversidad de regulaciones en materia de juicios en rebeldía, definiendo motivos claros en que no cabe la denegación por esta cuestión. Toma como base la jurisprudencia del TEDH recaída sobre la materia (considerandos 1º y 7º), suprimiéndolo como motivo de entrega supeditada a condición y añadiendo un artículo 4 bis a la DM sobre ODE pasando a ser un motivo facultativo de oposición. Pero no opera cuando conste una de las cuatro situaciones que regula: 1) el reclamado tuvo conocimiento con suficiente antelación del lugar y fecha del juicio y de que podía ser condenado en rebeldía; 2) tuvo este conocimiento y encomendó su defensa a letrado que le defendió; 3) se le ha notificado su derecho a nuevo juicio o a un recurso efectivo (con derecho a comparecer, examen de sus argumentos y nuevas pruebas) y no hace uso de este derecho; 4) se le va a notificar la sentencia, el derecho al juicio o recurso efectivo y el plazo para interponerlo en breve. La información que sobre la sentencia se suministre en la ejecución de la ODE no sirve como notificación a efectos del cómputo del plazo para recurrir. En consecuencia, sustituye el apartado d) del anexo de la ODE para acomodarlo a estas previsiones. Es en cualquier caso la AJ de ejecución la que decide si las garantías ofrecidas son satisfactorias, lo cual es extensible a todas las garantías que prevé la DM¹⁸³.

Resultan ilustrativas las conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, 6-7-2010, c.306/09, I.B. en la petición de decisión prejudicial planteada por Bélgica sobre la calificación de las sentencias en rebeldía. Señala cómo Bélgica y Polonia consideran que es una ODE para enjuiciamiento, mientras que Suecia, Alemania, Austria y la Comisión la consideran para cumplimiento. Para el Abogado General, podría considerarse incurso en ambas categorías en función del momento y de la conducta de la persona afectada. En principio es dictada como una ODE cumplimiento. Pero si la persona opta por el nuevo juicio se transforma en ODE de enjuiciamiento, mutación que no entraña pérdida de garantías y propone que en el supuesto del artículo. 5.1 DM puedan exigirse también las garantías del artículo 5.3 DM. En la STJCE 11-12-2008, (C-297/07), *Bourquain*, considera una condena en rebeldía como sentencia firme a los efectos del principio *non bis in idem* sólo porque en ese caso ya no era posible su ejecución.

¹⁸³ El TC español ha planteado cuestión prejudicial (28-7-11, c-399/11, *Melloni*) sobre si el nuevo artículo 4 bis (1) de la DM, en la redacción dada por la DM 2009/299, impide a las AAJJ de ejecución someter ésta a la condición de que la condena pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado, la compatibilidad de esta posibilidad con el dº a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo de los arts. 47 y 48.2 de la Carta, y si estos preceptos, junto con el art. 53, permiten condicionar la entrega otorgando un mayor nivel de protección del que se deriva del derecho de la UE para evitar una interpretación lesiva de un dº fundamental reconocido por la Constitución de ese EM.

- **Pena a perpetuidad**

En la STEDH 12-2-2008, nº 21906/2004, *Kafkaris v. Chipre*, el TEDH considera que la condena a perpetuidad no supone un tratamiento inhumano y degradante en el sentido del art. 3 CEDH por sí misma. Para que se hable de malos tratos es preciso un mínimo de gravedad, especialmente por la duración del trato y sus efectos psíquicos y físicos. En el caso de condena a perpetuidad debe valorarse si el reo tiene alguna posibilidad de ser liberado, incluso bajo condición, o de que su pena sea revisada, conmutada o suspendida. En STEDH 11-4-2006, nº 19324/2002 *Léger v. Francia*, reconoce que entraña necesariamente angustias e incertidumbres ligadas a la vida carcelaria, pero no considera que alcancen el umbral de gravedad requerido por el art. 3 CEDH.

- **Nacionalidad y residencia**

Señalan los Informes de evaluación de la Comisión cómo Holanda incorpora el control de doble tipificación y conversión de la pena para entrega de nacionales conforme al Convenio 1983. Y de hecho, ha formulado una declaración a la DM 2008/909 de forma que seguirá aplicando dicho Convenio para sentencias dictadas durante los tres años siguientes a la entrada en vigor de la DM. En esta última DM el reconocimiento de sentencias penales privativas de libertad se extiende a la ejecución de ODEs para enjuiciamiento de nacionales o residentes a los se ha impuesto la garantía de regreso al país de ejecución y así impedir la impunidad¹⁸⁴. Utiliza conceptos similares a los que viene manejando el TJCE y confirma que el objetivo es la reinserción social del reclamado¹⁸⁵. La nacionalidad y Estado en que vive se utilizan como criterios para la transmisión de sentencias. Prevé la adaptación de la condena si no es posible trasladar la impuesta en el Estado de emisión por su duración o naturaleza, y el derecho por el que se rige la ejecución será el del Estado de ejecución. La garantía de retorno se presta incluso a efectos de dar cumplimiento al principio de especialidad en la entrega¹⁸⁶. La devolución del nacional condenado, entregado en ejecución de una ODE para el ejercicio de acciones penales al Estado del que es nacional, es automática o requiere su consentimiento, exigido por el CTPC. En la actualidad está pendiente una petición de decisión prejudicial planteada por Rumanía, 28-5-2010, c.264/10, *Kita* sobre este artículo 5.3 DM.

Santander, 5 de marzo de 2012

¹⁸⁴ Conforme al art. 25 de esta DM.

¹⁸⁵ Ver artículo 3 de esta DM.

¹⁸⁶ Artículos 4, 8, 17 y 18.3 de esta DM.

NIVEL III: DOCUMENTACIÓN DE REFERENCIA

1. Decisión Marco

1.1. Textos oficiales

1.1.1. Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18-7-2002, p. 1 a 18)

ES:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF)

FR:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:FR:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:FR:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:FR:PDF)

EN:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:EN:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:EN:PDF)

1.1.2. Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión marco (DO L 190 de 18-7-2002, p. 19 a 20)

ES:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:ES:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:ES:PDF)

FR:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:FR:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:FR:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:FR:PDF)

EN:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:EN:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020:EN:PDF)

1.2. Información y estudios

1.2.1. Datos de la UE sobre las diversas normativas nacionales, evaluaciones e informes de la ODE

ES:[http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-\(jai\)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=es&detailId=66](http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-(jai)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=es&detailId=66)

FR:[http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-\(jai\)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=fr&detailId=66](http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-(jai)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=fr&detailId=66)

EN:[http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-\(jai\)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=en&detailld=66](http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-(jai)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=en&detailld=66)

1.2.2. Datos de España sobre la ODE y los aspectos esenciales de las diversas normativas de los EEMM en la página del Ministerio de Justicia, área temática de cooperación jurídica internacional (en español).

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198003700/Detalle.html

1.2.3. Versión final del manual europeo para la emisión de ODEs

ES: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st17/st17195-re01.es10.pdf>

FR: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/10/st17/st17195-re01.fr10.pdf>

EN: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st17/st17195-re01.en10.pdf>

1.2.4. Localización de las autoridades competentes y asistente para la confección del formulario de ODE (en inglés y francés)

<http://www.ejn-crimjust.europa.eu>

1.2.5. Informes anuales de Eurojust (en todos los idiomas comunitarios)

http://www.eurojust.europa.eu/press_annual.htm

1.2.6. Informe inicial de la Comisión de 23 de febrero de 2005 basado en el artículo 34 de la Decisión Marco 2002/584/JAI [COM(2005) 63 final]

ES:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:ES:PDF>

FR:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:FR:PDF>

EN:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:EN:PDF>

1.2.7. Anexo al informe inicial de la Comisión [SEC (2005) 267] (sólo en inglés)

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN657.pdf

1.2.8. Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la DM desde 2005 [COM(2007/407 final)]

ES: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/st11/st11788.es07.pdf>

FR: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st11/st11788.fr07.pdf>

EN: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11788.en07.pdf>

1.2.9. Anexo al Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la DM desde 2005 [SEC(2007) 979] (sólo en inglés)

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11788-ad01.en07.pdf>

1.2.10. Respuestas al cuestionario sobre información cuantitativa sobre el funcionamiento práctico de la orden de detención europea - Año 2010 (únicamente en inglés)

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st07/st07551-re06.en10.pdf>

1.2.11. Estudio sobre la aplicación de la ODE y los equipos conjuntos de investigación encargado por el Parlamento y realizado por el Centro Europeo de Jueces y Abogados del Instituto Europeo de Administración Pública (en inglés y francés)

FR:<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=es&file=30129#search=%20european%20Y%20arrest%20%20Y%20warrant%20>

EN:<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=es&file=30128#search=%20european%20Y%20arrest%20%20Y%20warrant%20>

1.2.12. Reseña bibliográfica EUR-Lex de la DM 2002/584/JAI

ES:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:ES:NOT>

FR::<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:FR:NOT>

EN::<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:EN:NOT>

1.2.13. Ficha de síntesis de la UE sobre la DM 2002/584/JAI

ES:http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_es.htm

FR:http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_fr.htm

EN:http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_en.htm

1.2.14. Iniciativa originaria. Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros [COM/2001/0522 final] (cambiar la lengua a través de la pestaña del idioma)

:<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=256595:cs&lang=es&list=397616:cs,397503:cs,397255:cs,389561:cs,286347:cs,285795:cs,284030:cs,256595:cs,240434:cs,212030:cs,&pos=8&page=4&nbl=41&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

1.3. Normativa posterior

1.3.1. Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5-12-2008, p. 27 a 46).

ES:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:ES:PDF>

FR:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:FR:PDF>

EN:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:EN:PDF>

1.3.2. Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27-3-2009, p. 24 a 36).

ES:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:ES:PDF>

FR:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:FR:PDF>

EN:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:EN:PDF>

1.3.3. Declaración de Dinamarca, Finlandia y Suecia al amparo del artículo 31.2 de la DM (DO L 246 29-9-2003, p. 1)

ES:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:ES:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:ES:PDF)

FR:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:FR:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:FR:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:FR:PDF)

EN:[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:EN:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:EN:PDF)

1.3.4. Orden de Detención Nórdica

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st05/st05573.en06.pdf>

2. Normativa española de trasposición

2.1. Textos oficiales

2.1.1. Texto oficial. Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (BOE 17-3-2003, p. 10244-10258)

<http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10258.pdf>

2.1.2. Ley Orgánica 2/2003, complementaria de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (BOE 17-3-2003, p. 10244)

<http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10244.pdf>

2.2. Información básica

2.2.1 Información del Ministerio de Justicia español complementaria al Prontuario

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198003700/Detalle.html

2.1.1. Informe de Evaluación de España en materia de ODE

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN715.pdf

2.3. Trabajos preparatorios

2.3.1. Tramitación parlamentaria del proyecto de Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW17&PIECE=IW17&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLB.A.fmt&DOCS=118-118&QUERY=121.cini

2.3.2. Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW17&PIECE=IW17&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLB.A.fmt&DOCS=119-119&QUERY=121.cini

2.3.3. Informe del CGPJ a los Anteproyectos de Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega y Ley Orgánica complementaria

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValu e=152785&Download=false&ShowPath=false>

2.3.4. Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (pese a su denominación, informa sobre el anteproyecto de Ley)

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2002-2920

2.3.5. Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (pese a su denominación, informa sobre el anteproyecto de Ley Orgánica)

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2002-2921

NIVEL IV: ESPECIFICACIONES PARA ESPAÑA

SUMARIO

1. RECONOCIMIENTO MUTO Y DERECHOS FUNDAMENTALES
2. PRINCIPIOS INSPIRADORES E INTERPRETACIÓN
3. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA ODE
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN
 - 4.1 Ámbito espacial
 - 4.2 Ámbito temporal
 - 4.3 Ámbito material
5. EMISIÓN DE UNA ODE
 - 5.1 Autoridad competente
 - 5.2 La solicitud
 - 5.3 Transmisión
 - 5.4 Actuaciones en espera de la decisión
 - 5.4.1 Información adicional
 - 5.4.2 Autorizaciones
 - 5.4.3 Declaración y traslado temporal
 - 5.5. Actuaciones posteriores a la decisión
 - 5.5.1 Denegación
 - 5.5.2 Entrega
 - 5.5.3 Tránsito
 - 5.6 Efectos de la entrega
 - 5.6.1 Cómputo de la privación de libertad
 - 5.6.2 Principio de especialidad
 - 5.7 Gastos
6. EJECUCIÓN DE UNA ODE
 - 6.1 Autoridad competente
 - 6.2 Actuaciones iniciales
 - 6.2.1 Incoación del procedimiento
 - 6.2.2 Detención y puesta a disposición judicial
 - 6.2.3 Audiencia del reclamado
 - 6.3 Procedimiento
 - 6.4 Actuaciones hasta la decisión
 - 6.4.1 Información complementaria
 - 6.4.2. Declaración y traslado temporal
 - 6.5. Decisión
 - 6.5.1 Motivos de denegación obligatorios
 - 6.5.2 Motivos de denegación facultativos
 - 6.5.3 Concurrencia de solicitudes
 - 6.5.4 Motivos de condicionamiento
 - 6.6 Entrega
 - 6.6.1 Entrega ordinaria
 - 6.6.2 Entrega condicionada o aplazada
7. DIFICULTADES SURGIDAS EN SU APLICACIÓN

1. Reconocimiento Mutuo y derechos fundamentales

Adoptada la DM sobre ODE y los procedimientos de entrega durante la Presidencia española del primer semestre de 2002 y aun cuando el plazo de incorporación finalizaba el 31-12-2003, en una reunión informal de los Ministros de Justicia e Interior celebrada en Santiago de Compostela el 14-2-2002, Francia, Bélgica, Portugal, la República Federal Alemana, Luxemburgo y España acordaron hacer uso de la posibilidad señalada en el artículo 34.2 DM para adelantar su aplicación y adoptar sus normas de transposición en el plazo más breve posible. España cumplió con este compromiso y el 17-3-2003 publicó sendas leyes, la Ley 3/2003, de 14-3, sobre la orden europea de detención y entrega¹⁸⁷ y LO 2/2003, complementaria de la Ley 3/2003, de 14-3, sobre la orden europea de detención y entrega¹⁸⁸ para incorporar a la LOPJ la nueva competencia en materia de ODE en cuanto AJ de ejecución, convirtiéndose en el primer Estado en llevar a cabo su implementación sin necesidad de adaptación constitucional.

Quizás por la relativa precipitación con que se redactó¹⁸⁹ y pese a los informes preceptivos al Anteproyecto del Consejo de Estado, CGPJ y FGE, la Ley española tiene evidentes lagunas de regulación además de lamentables deficiencias técnicas y que se han de solventar vía interpretación. Muchos de estos problemas derivan del hecho de no asumir que se trata de una ley interna dirigida a autoridades españolas y no de una DM, cuyos destinatarios son los Estados. De ahí la diferencia de terminología utilizada y el margen de discrecionalidad desaprovechado en esta ocasión por el legislador. Vacíos normativos y errores que no impiden su eficaz aplicación ni hacen que pierda agilidad la entrega. La Comisión, sin embargo, considera se ha efectuado una trasposición fiel del articulado de la DM¹⁹⁰.

Pese a los nuevos instrumentos de cooperación, y en particular, pese a la nueva concepción que algunos pretenden dar a la ODE frente al sistema de extradición¹⁹¹, no existe un Derecho Penal transnacional. Como afirman los Tribunales ordinarios, la soberanía nacional sigue operando como límite de la persecución penal de cada Estado¹⁹². La lógica tensión entre eficacia del sistema penal y garantía de los

¹⁸⁷ BOE 17-3-2003, <http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10258.pdf>

¹⁸⁸ BOE 17-3-2003, <http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10244.pdf>

¹⁸⁹ Como indica MORENO, "la 'medalla' que se ha querido poner en esa carrera de velocidad no puede privar a la ley española de serios reproches de fondo, ya que peca de falta de rigor y su aplicación resulta de dudosa eficacia" (texto citado en bibliografía)

¹⁹⁰ Conclusiones del Informe de evaluación de España en cuarta ronda de evaluaciones mutuas sobre la aplicación práctica de la ODE (documento 5085/2/07, 6-6-2007). http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN715.pdf

¹⁹¹ Véase el informe del Consejo de Estado al respecto y los votos particulares emitidos principalmente por el Magistrado del TC D. Jorge Rodríguez-Zapata.

¹⁹² STS, 2ª, 18-12-2002, rec. 479/2002

derechos no sólo se ha erigido como la principal objeción realizada a la DM sobre ODE fuera de nuestras fronteras sino que ha tenido profundo eco en nuestra doctrina¹⁹³.

Llama la atención que ni el informe del CGPJ ni los debates parlamentarios hicieran referencia a la omisión de cualquier mención a los derechos fundamentales, siquiera como cláusula de estilo, en el texto de regulación nacional de la ODE. Todos ellos partieron de la premisa de que una ODE debía ser emitida con las garantías propias del debido proceso, garantías existentes en nuestro ordenamiento. El TC ha ido más allá y mantiene, no sólo el deber de respeto de estos derechos que pesa sobre el Estado español, con la lógica consecuencia de reconocer la viabilidad del recurso de amparo de los sujetos sobre los que se acuerda la entrega en virtud de una ODE. Por encima del texto de la legislación española, ha mantenido su tesis de posible violación indirecta si con la entrega se contribuye a que ésta se produzca¹⁹⁴.

Ya el informe del Consejo de Estado previó las impugnaciones ante el TC con la consiguiente suspensión de la entrega efectiva. A tal fin y dados los breves plazos del nuevo procedimiento, propuso la reforma de la normativa constitucional, con un régimen sumario y preferente equivalente al existente en materia electoral. Tal reforma no se llevó a cabo en su momento y, pese a que el recurso de amparo se identifica como el principal problema en las dificultades de funcionamiento del TC, la LO 6/2007, 24-5 que modifica la LOTC deja pasar la oportunidad de adoptar un procedimiento que permita una rápida decisión dentro de los plazos previstos en el artículo 19 LOEDE. No obstante, al introducir un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo e invertir el juicio de admisibilidad, es previsible que el número de suspensiones de entrega y pronunciamientos del TC se reduzca drásticamente en esta materia¹⁹⁵.

2. Principios inspiradores e interpretación

Las deficiencias más llamativas de la LOEDE se producen desde el punto de vista pasivo, es decir, respecto de la entrega del reclamado por España, y se atribuye un desmesurado margen judicial en la determinación de las causas de denegación

¹⁹³ Especialmente crítico es GONZÁLEZ-CUÉLLAR (texto citado en bibliografía).

¹⁹⁴ Tesis que, sin embargo, es discutida por alguno de sus miembros, como puede observarse en los votos particulares.

¹⁹⁵ Es el caso del ATC 188/2008, 21-7. Inadmite el recurso de amparo frente a la prisión por ODE por no cumplir con la carga de justificar la especial trascendencia constitucional. Al tiempo modifica el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 de la LO 6/1985, 1-7, permitiendo su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE, para posibilitar una mayor protección por los Tribunales ordinarios. Por el contrario, en los casos en que la estimación del amparo traiga causa de la aplicación de una ley lesiva de derechos o libertades públicas, la nueva regulación ordena elevar la cuestión al Pleno a fin de que aborde la cuestión de constitucionalidad interna, lo que es objeto de propuesta por el voto particular del Magistrado D. Pablo Pérez Tremps a la STC 199/2009, 28-9 con carácter subsidiario al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

facultativas, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca. No obstante, también se plantean problemas de interpretación en la emisión de la ODE. Aun cuando dedica el capítulo II a ésta, no prevé cuestiones que sí solventa en la entrega por la AN de un reclamado. Precisamente cuando el juez o tribunal ordinario está mucho menos aclimatada a la cooperación internacional.

La cuestión de cómo resolver las lagunas ha de partir, primero, de la naturaleza de la ODE y de los principios que inspiran su regulación recogidos en el Nivel I. Nuestra Ley es desarrollo de la DM. De ahí que, aun cuando ésta carezca de efecto directo, puede ayudar en las labores de interpretación. Tesis ésta asumida por el TJCE al exigir una «interpretación conforme» del ordenamiento nacional con la DM, siempre que ello no conduzca a una interpretación *contra legem* (Sentencia *María Pupino*).

Segundo, la entrega de sujetos es una institución unitaria de una única dirección de doble vía, pese a la habitual clasificación entre entregas pasivas y activas. El núcleo de la misma se aplica en los dos sentidos, variando sólo la posición del Estado. Podrá acudirse a la analogía cuando sólo una de las perspectivas ha sido regulada.

Tercero, si se considera que la ODE participa de algún modo de la naturaleza jurídica de la extradición, serían aplicables tanto la doctrina como la jurisprudencia (incluida la del TC) recaída sobre esta materia con las adaptaciones pertinentes¹⁹⁶.

El procedimiento extradicional y el actual de entrega ni supone el ejercicio directo por el Estado Requirente de la acción penal (*ius ut procedatur*), ni el ejercicio inmediato por el Estado Requerido de la potestad punitiva (*ius puniendi*). No se ventila en él la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en la normativa sobre la entrega¹⁹⁷. Como indica la STC 177/2006, 5-6, la extradición y la ODE son “normas procedimentales o instrumentales que se han sucedido en el tiempo para lograr una más eficaz colaboración en el ámbito jurídico”¹⁹⁸. El carácter mixto del procedimiento de entrega ha dado pie a lo que algunos autores denominan “estatuto del reclamado”¹⁹⁹. No obstante, y pese a la incidencia clara que sobre la libertad de la persona entraña una orden de detención, la regulación en España se ha realizado mediante Ley Ordinaria y no Orgánica, como exigiría el artículo 81 de la Constitución²⁰⁰.

¹⁹⁶ Ver respecto de estas dos últimas propuestas de interpretación DE MIGUEL (texto citado en bibliografía).

¹⁹⁷ En este sentido ver SSTC 191/2009, 28-9, 120/2008, 13-10 y 30/2006, 30-1. En la ODE “no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado”. Es decir, sería un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido.

¹⁹⁸ Esta naturaleza procedimental también se reconoce en la STJCE 12-8-2008, c. 296/08, *Santesteban Goicoechea*.

¹⁹⁹ Ver LÓPEZ (2007).

²⁰⁰ Señala el incumplimiento del mandato constitucional CUERDA (texto citado en la bibliografía). Vuelve a recordar la STC 99/2006, de 27-3 que la Ley “por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita”. Y en la STC 147/2000, 29-5 mantuvo que la ley reguladora de supuestos de prisión provisional y de su

Por lo demás, tanto la doctrina como el TC mantienen abierto el debate sobre si la ODE sigue siendo un procedimiento de extradición mejorado aun cuando se suprime el principio de oportunidad. El Consejo de Estado y algunos votos particulares del TC aluden al sistema alternativo y sustitutivo de la extradición que impedirían asumir la doctrina hasta el momento forjada en materia de garantías. Sin embargo, la mayoría del TC se decanta por considerar la entrega en virtud de la ODE un procedimiento extradicional. Y de ahí la extensión de su doctrina, tanto en materia de privación de libertad como en la consideración de los derechos absolutos que España no puede contribuir a violar, si bien con el carácter limitado propio de la naturaleza del procedimiento. Por tanto, es conveniente tener presentes los pronunciamientos del TJUE y del TC en esta materia. Tampoco debe extrañar, por el contrario, que frente a ODEs emitidas por España, las AAJJ de ejecución examinen motivos de oposición basados en la violación de estos derechos al haberse considerado como motivo de oposición las legislaciones de algunos EEMM.

3. Concepto, naturaleza y características de la ODE

Nuestra ley, siguiendo la definición recogida en la DM, atribuye a la ODE la condición de resolución judicial (1.1 LOEDE). Sin embargo, la resolución ha de dictarse previamente a la emisión de la ODE en el proceso penal abierto por la AJ de emisión. Si el proceso se sigue en España, la emisión de la ODE debe ser acordada mediante una resolución judicial, concretamente mediante sentencia o auto de detención o prisión²⁰¹, nunca providencia, pues el deber de motivación es más riguroso cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con el valor superior de libertad²⁰².

El texto español abandona la denominación de “orden de detención europea” de la DM sobre ésta y los procedimientos de entrega y se refiere a ella como “orden europea de detención y entrega”²⁰³. Ya el Consejo de Estado advirtió del posible equívoco que podía conllevar el uso del término, más aún cuando se utiliza en el texto de la ley de forma reducida. La orden no es europea por su emisión ni se ordena la entrega. Tan sólo el procedimiento que permite concederla. Es siempre la autoridad nacional quien la emite. Son sus efectos los que son europeos, al ejecutarse fuera de

duración máxima ha de adoptar la forma de ley orgánica, ya que al limitar el derecho a la libertad personal constituye un desarrollo del derecho fundamental, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE.

²⁰¹ En nuestro país se han dado supuestos de emisión directa de una ODE sin previa resolución que la avalase, lo que ha creado serios problemas al procederse a la detención del reclamado.

²⁰² En este sentido STC 110/2003, 16-6. Por su parte y para la extradición, el art. 825 LECrim. impone la necesidad de auto motivado acordando la prisión o sentencia firme.

²⁰³ De ahí la diversidad de abreviaturas utilizadas, ODE, OEDE... Personalmente sigo utilizando el de la DM para evitar confusiones y por fidelidad al instrumento que traspone o implementa.

las fronteras del Estado de emisión. Por lo demás, el carácter judicial de la ODE es completo en nuestro ordenamiento y la labor de la AC prevista en el art. 2.3. LOEDE es la de mero auxiliador, sin que deba remitirse la ODE al MJ español para su tramitación sino tan sólo la copia que exige el art. 7 in fine de la LOEDE²⁰⁴.

4. Ámbito de Aplicación

4.1 Ámbito espacial

La DT 2ª no difiere en este sentido del art. 34.2 de la DM. España la aplica a todos los EEMM que la han implementado, con las advertencias ya hechas en el Nivel I²⁰⁵. Prácticamente es un hecho que el sistema de extradición ha sido sustituido en la actualidad en el seno de la UE²⁰⁶ salvo, como recoge nuestra LOEDE en su DA 1ª, «lo previsto en los convenios bilaterales o multilaterales suscritos por España en los que se simplifique o facilite el procedimiento de entrega»²⁰⁷.

Un supuesto especial es el de Gibraltar, regulado en la DA 3ª LOEDE, al que el art. 33 DM expresamente incluye en su ámbito espacial. La DA remite al «régimen acordado sobre autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea y Tratados Conexos», conteniendo en el documento del Consejo nº 7998, de 19-4-2000²⁰⁸.

4.2 Ámbito temporal

En principio y según la DT 2ª LOEDE, se aplica a las solicitudes “emitidas” a partir del 1-1-2004²⁰⁹, siendo necesario que el Estado de ejecución haya notificado la implementación de la ODE al momento de su recepción. En España la LOEDE permite que puede ir referida a hechos anteriores²¹⁰, precepto que ha sido avalado por el TC

²⁰⁴ Lamentablemente, también se han dado supuestos en que se ha pretendido como vía de transmisión la AC en nuestro país por puro desconocimiento de la Ley. AC que en España lo es el MJ y no el CGPJ como éste propuso.

²⁰⁵ Varios han sido los casos en que se ha emitido una ODE dirigida a un país antes de que se hubiese adaptado la legislación en el Estado receptor siendo rechazadas. Por lo demás, ejemplo paradigmático de nulidad de una Ley de trasposición lo supuso Alemania, a raíz del caso *Darkazanli* tras la STC alemán de 18-7-2005 que la declaró inconstitucional.

²⁰⁶ El papel de sustitución de estos instrumentos se recoge en el artículo 31 de la DM, no contemplado en nuestra LOEDE. 16 EEMM han efectuado la correspondiente declaración efectuada al Consejo de Europa en virtud del referido precepto: Bélgica, R. Checa, Alemania, España, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Holanda, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y Reino Unido.

²⁰⁷ Esta disposición no transcribe exactamente el apartado 2º del art. 31 DM. Lo que indica este precepto es la posibilidad de aplicación de estos convenios cuando “permitan ir más allá de los objetivos de la misma (DM)”. Y el artículo 1.3 de la DM, tampoco traspuesto en nuestra ley, deja bien claro que la DM no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 TUE.

²⁰⁸ La autoridad del Reino Unido será la *The United Kingdom Government/Gibraltar Liaison Unit for EU Affairs of the Foreign and Commonwealth Office* del Reino Unido con sede en Londres, o cualquier organismo del Reino Unido, con sede en Londres que este Gobierno decida nombrar conforme recoge este acuerdo.

²⁰⁹ El art. 32 DM del que deriva este precepto contemplaba como *dies a quo* de la aplicación de la ODE la fecha de “recepción”. Nótese la confusión del legislador destacada por CUERDA, en *ob.cit.*, entre vigencia y eficacia.

²¹⁰ Esta previsión fue cuestionada por algunos autores al considerar que podría resultar contraria al principio de irretroactividad de las normas penales vigente en Derecho material, por estimar que no todas las normas de la LOEDE

en diversas Sentencias²¹¹. De hecho, ha sido una práctica habitual la de esperar a la pertinente trasposición en el Estado de ejecución para cursarla en lugar de la extradición si la persona reclamada no había sido aún detenida. Al igual que reproducir antiguas solicitudes de extradición como ODEs previamente rechazadas, aceptando las AAJJ españolas las cursadas por otros países en las mismas circunstancias. No obstante, el efecto de cosa juzgada de una previa decisión extradicional es objeto de debate intenso ante la AN y el TC, que aun cuando en un margen reducido, no lo descartan si se mantiene la misma causa de pedir y la inicial decisión entró en un examen de fondo²¹².

El que sí consideran erradicado en el ámbito de la ODE es el principio de reciprocidad que a nivel constitucional (artículo 13 CE) rige para la extradición clásica. Como indica la STC 177/2006, 5-6, la DM “ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los EEMM no pueden ser sometidas a dicha exigencia”. Al efecto se apoya en las SSTJCE 30-9-2003 Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española, C-405/01 y de 30-6-2005 *Tod's y Tod's France*, C-28/04, cuando se afirma que “el cumplimiento de las obligaciones que el Tratado o el Derecho derivado imponen a los EEMM no puede someterse a una condición de reciprocidad”²¹³. Bajo este argumento se descarta la denegación de una ODE basada en las declaraciones realizadas al art. 32 DM en otros países.

Más problemas ha presentado la entrada en vigor de la ODE y la aplicación retroactiva a procedimientos de extradición en curso, cuestión abordada por el TC. En la 292/2005, de 10-11, al resolver un recurso de amparo presentado por un ciudadano español cuya extradición había sido pedida por Francia antes de que se dictara la DM pero que fue concedida cuando Francia ya la había traspuesto.²¹⁴ Sin embargo, el TC estima el amparo dado que la «retirada de la reserva a la no entrega de nacionales» fue publicada en el BOE después de dictarse el Auto de la AN, por lo que aplicó una

tienen carácter procesal. CUERDA, en *ob.cit.*, propone que sólo se aplique en tales casos cuando se beneficie así a la persona reclamada. Para nuestro TC no se plantean problemas de retroactividad.

²¹¹ SSTC 120/2008, 13-10, 293/2006, 10-10 y 30/2006, 30-1. Como indica el TC, ciertamente la DT podría haber previsto la retroactividad de la LOEDE. Pero al no ejercerse pretensión penal en este procedimiento no le alcanza la protección del artículo 9.3 CE. Además, dicho precepto se proyecta sobre la selección de la norma aplicable a la entrega, pero no sobre los derechos fundamentales.

²¹² Ver SSTC 120/2008, 13-10; 293/2006, 10-10; 177/2006, 5-6, etc. De estas decisiones se ha hecho eco la AN y en el Auto, Secc 4ª, 19-11-2008, ODE 40/06, aprecia cosa juzgada material tras la estimación del recurso de amparo.

²¹³ En las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo 12-9-2006, c-303/05, *Advocaten voor de Wereld* se explica por la intervención última de responsables políticos, razón por la que criterios como el de reciprocidad o el de doble incriminación se justifican por provenir de esferas diferentes, presuponiéndose en la ODE.

²¹⁴ En aplicación de la DT, la AN siguió los trámites de la extradición para resolver la petición. Sin embargo, consideró que ello no era obstáculo para resolver teniendo en cuenta los principios que inspiran la ODE, considerando que en el nuevo contexto de la euroorden Francia sí extradita a sus nacionales, y concluyó que no había razones para denegar la entrega.

norma que aún no formaba parte de nuestro derecho interno. Esta doctrina fue reiterada en las STC 328/05, de 12-12 y la 37/2007, de 12-2.

4.3 Ámbito material

La legislación española reproduce la necesidad de que la ODE se dicte en el curso de un procedimiento penal (artículo 1.1 de la LOEDE) diferenciando igualmente la finalidad para la que puede ser emitida: enjuiciamiento o cumplimiento de pena. Mantiene el sistema dual de la DM que desarrolla en los artículos 5 y 9 LOEDE (emisión y ejecución respectivamente) con los mismos umbrales de pena y sin control o con exigencia de doble incriminación según se haya o no incluido la infracción en alguna de las categorías del listado que transcribe en el artículo 9 LOEDE. Lo habitual es que se desconozca en el momento de la emisión si el delito cumple o no con este principio²¹⁵.

5 Emisión de una ODE

España mantiene la dualidad de finalidades por las que puede emitirse la ODE (artículo 5.1 LOEDE), de forma que el sujeto reclamado puede ser un imputado, procesado, acusado o condenado.

En concreto y por lo que a España acontece, al copiar literalmente el listado de categorías del artículo 2 de la DM en el art. 9, crea problemas de interpretación y subsunción de conductas²¹⁶. La integración a través de los instrumentos europeos de interpretación consignados en el Nivel II puede resultar útil.

Como signo de buena práctica y si el reclamado se ha sustraído ya a la acción de la justicia, convendría dejar constancia de ello en la ODE al suponer un plus respecto del peligro de fuga ínsito en todo reclamado que, como recuerda el ATC 118/2003, 8-4, para ello ha huido del territorio del Estado reclamante o se niega a regresar a él.

El delito por el que se emite no debe estar extinguido²¹⁷. No ya sólo conforme a nuestro ordenamiento. Caso de tener constancia de la existencia de una resolución firme por los mismos hechos dictada por otro EM, cabría considerar el efecto de cosa juzgada en nuestro procedimiento²¹⁸. Primero, porque opera como motivo de denegación imperativo en la DM y en nuestra LOEDE. Segundo, por cuanto la propia

²¹⁵ Como acertadamente recuerda RODRÍGUEZ (texto citado en bibliografía) “el principio *iura novit curia* no alcanza lógicamente al derecho extranjero”

²¹⁶ Como botón de muestra ver los más significativos evidenciados por LÓPEZ (2007).

²¹⁷ BLANCO y SÁNCHEZ analizan lo que parece ser una tendencia inversa dentro del ámbito internacional, la acentuación del principio *non bis in idem* y el debilitamiento del principio de doble incriminación, correlativa al fortalecimiento de los derechos fundamentales y reconocimiento mutuo que antes he expuesto (en texto citado en la bibliografía final).

²¹⁸ Atendiendo a su fundamento constitucional, y cuando la sentencia ha recaído en terceros Estados, la AN advierte al Estado requirente de su existencia por considerar que corresponde a los órganos de aquél Estado su apreciación al formar parte del enjuiciamiento. Ver CEZÓN y LÓPEZ (2003) (texto citado en la bibliografía).

Carta de Derechos Fundamentales, ahora parte del Tratado de Lisboa, recoge el principio *non bis in idem* (art. 50²¹⁹ y Explicaciones²²⁰) y es reconocido por la jurisprudencia del TJCE²²¹.

La imputabilidad es una cuestión del procedimiento de fondo²²² por lo que cabe pedir la entrega de un inimputable²²³, máxime cuando se le pueden aplicar medidas de seguridad privativas de libertad²²⁴.

5.1 Autoridad competente

En España lo es el Juez o Tribunal que conoce de la causa (art. 2.1 LOEDE). Dependiendo de la fase en que se dicte podrá ser el Juez de Instrucción, el JCI, el Juez de lo Penal, el Juez Central de lo Penal, la Audiencia Provincial, la AN, y el TSJ y el TS en caso de aforamiento. En cuanto a la jurisdicción castrense y en aplicación del CP Militar, ésta tiene competencia para acordar penas de prisión²²⁵ por lo que nada impide que pueda actuar como AJ emisión. Y en cuanto a la jurisdicción de menores, nuestro CP considera a quienes no han cumplido 18 años “inimputables”. Pero no por ello quedan exentos de toda responsabilidad. El art. 19 remite para la exigencia de esta “responsabilidad criminal” a la ley que la regule, lo que ha venido a hacer la LO 5/2000, 12-1²²⁶ para mayores de 14 años y menores de 18 y con posible aplicación a mayores. De hecho, se denomina “de responsabilidad penal de los menores”. Y entre las medidas que permite imponer se encuentra la de internamiento que cuando se impone en régimen cerrado puede considerarse como verdadera medida privativa de libertad. Nada, pues, impide al Juez de Menores que curse una ODE. La cuestión no será tanto la facultad de este órgano para la emisión, dependiendo de la interpretación que de la LOEDE haga, como la posición de la autoridad de ejecución, quien interpretará la irresponsabilidad penal por razón de la edad conforme a su propio

²¹⁹ Según este precepto, cuyo título es el de «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley. No obstante, resulta interesante la lectura de las conclusiones de la abogada general ELEANOR SHARPSTON presentadas el 5-12-2006 en el Asunto C-288/05 en relación a la expresión «los mismos hechos» y el concepto de «ejecución» de una sanción penal en el artículo 54 CCAS y si incide en la definición de ejecución la aplicación en el Derecho nacional de la DM sobre ODE.

²²⁰ Se afirma en las Explicaciones que el principio *non bis in idem* no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios EEMM.

²²¹ Nótese que pese a la ausencia de control de doble tipificación, si la AJ de ejecución es competente, podría abrir procedimiento y dictar sobreseimiento libre por no ser constitutivo de delito, con efecto de cosa juzgada. Rehuye entrar en la cuestión por falta de alegación previa la STC 191/2009, 28-9. Como indica el voto particular del Magistrado Pablo Pérez Tremps, no deja de ser contradictorio que esta exigencia no se aplique al procedimiento seguido en rebeldía en otro Estado y sí para las violaciones dentro de nuestro territorio.

²²² Ver ATC 121/2000, 6-5.

²²³ Así lo ha entendido nuestra AN frente a la extradición en AA 16-3-2001 y 30-3-2001.

²²⁴ Arts. 101 y concordantes del CP.

²²⁵ Ver arts. 24 y 26 del Código Penal Militar, LO 13/1985, de 13-12.

²²⁶ Avanzó ya esta cuestión MANZANARES (texto citado en bibliografía).. Para este autor el problema sería complejo pues, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán, cuya Ley de Tribunales Juveniles (JGG) contiene no sólo medidas educativas (§ 9) y correctivas (§ 13) sino también una pena general con ese mismo nombre (§§ 17 y ss.), nuestra Ley Orgánica únicamente contempla unas «medidas» que no califica, no siendo ni penas ni medidas de seguridad. De otro lado, recuerda cómo tampoco establece una determinada duración de las medidas en relación a los distintos hechos. Sin embargo y dada la duración que éstas podrían alcanzar (ver art. 9 de la Ley), nada impediría que se impusieran medidas de duración superior al mínimo exigido en la ODE.

ordenamiento²²⁷. Nótese que la LOEDE sólo alude como AJ de emisión al Juez o Tribunal que conoce de la causa sin mayor especificación (art. 2 LOEDE)²²⁸.

No podrán emitirla los Fiscales, pues quedan fuera de los órganos establecidos en dicho precepto pese a la residual competencia para acordar la detención provisional de una persona²²⁹. No obstante, sí podrá instar la emisión de la ODE, al igual que el resto de las acusaciones. Posibilidad que contempla el art. 824 y ss LECrim para la extradición y el art. 829 permite acordarla de oficio. No obstante esta última posibilidad, ha de recordarse que la prisión requiere en nuestro ordenamiento la petición de parte (art. 505 LECrim). De ahí que resultase una buena práctica que su emisión se solicitara por el MF pues, de accederse a la entrega y puesto a disposición de la AJ de emisión el reclamado, será necesaria la petición de la prisión por alguna de las acusaciones²³⁰. El Informe de evaluación de España evidencia la dispersión de Tribunales en nuestro territorio, que contabiliza en 1.704, así como la posibilidad de que se emita de oficio sin intervención del MF, haciendo especial hincapié en la obligación de remitir copia a la AC²³¹.

5.2 La solicitud

Se seguirá el procedimiento descrito en el Nivel I para cumplimentarlo. Necesariamente debe utilizarse el modelo de la DM y que nuestra ley incorpora como anexo sin que sea en principio necesario que se adjunte la resolución en que se acuerda su emisión. Basta con la mera indicación de su existencia²³². Muchas han sido las dificultades surgidas cuando el órgano judicial ha reducido por su cuenta y riesgo el modelo oficial o, lo que es más frecuente, ha ordenado nuevamente su traducción pese a constar en todos los idiomas comunitarios.

La labor de rellenar el formulario y, en concreto, la inclusión en una de las categorías del listado, difícilmente podrá ser objeto de recurso dentro de nuestro procedimiento penal pues la resolución previa que necesariamente ha de dictarse acordando la privación de libertad no tiene por qué aludir a estos datos, que sólo

²²⁷ Comparte este criterio CASTILLEJO (texto citado en bibliografía).

²²⁸ El informe de la FGE al Anteproyecto ya evidenciaba el problema que se planteaba en este caso y la peligrosidad de la delincuencia organizada juvenil, mientras que en la evaluación de España se reclama una clarificación de esta cuestión, principalmente a efectos de la incorporación de esta información a las fichas francesas.

²²⁹ Así se recoge en el art. 5 de su Estatuto, Ley 50/1981, 30-12, aunque no podrá imponer medidas cautelares o limitativas de derechos, ni en las diligencias a prevención de la LECrim, ni en el ámbito de los menores, según el art. 17.5 de la LO 5/2000, pese a las facultades de instrucción que se le otorga.

²³⁰ Lo considera imprescindible CEZÓN (texto citado en bibliografía), para quien al requerir previo auto de prisión y ser necesaria que ésta se solicite por la acusación, debe entenderse que la entrega sólo puede solicitarse a instancia de éstas. Aunque en teoría, nada impide que se acuerde la detención internacional sin necesidad de petición por la acusación o si se trata de ejecutar una sentencia, sería contrario al principio de proporcionalidad tener que dejar en libertad al entregado en virtud de una ODE por no pedir su prisión ya en nuestro país el MF.

²³¹ Deja claro que los fiscales no emiten ODEs, pero sí menciona como positivos los protocolos y guías prácticas elaboradas por el Fiscal Jefe y el CGPJ, así como la intervención de la REJUE y la paralela Red de Fiscales, las funciones de asistencia y estadística del MJ, a las que añade la elaboración de buenas prácticas y coordinación en materia tránsito y decisión ante la concurrencia entre una ODE y una solicitud de extradición. Finalmente alude a las funciones consultivas del CGPJ y a la herramienta del Prontuario.

²³² art. 3 LOEDE, trasposición del art. 8 de la DM y apartado b) del formulario.

figuran en el impreso de ODE. Frente a la resolución previa sí cabría recurso siguiendo el régimen general. Aunque la calificación la hace la AJ de emisión, el reclamado podría combatirla en el procedimiento de entrega ante la AJ de ejecución por sus consecuencias de cara al control de doble tipificación. Máxime teniendo en cuenta que la trasposición al respecto es dispar por los distintos países. De ahí el recordatorio de que no se acuda fraudulentamente al listado de categorías del artículo 9 LOEDE.

En España puede emitirse la ODE a lo largo de todo el procedimiento, bien durante la instrucción, bien para la celebración del juicio o para la ejecución de la sentencia. Lo que debe determinar la emisión es la necesidad procesal de la presencia del sujeto en nuestro territorio. La no comparecencia voluntaria determina la orden de prisión o detención. Pero en aras al principio de proporcionalidad, si luego no va a permanecer privado de libertad, una eventual declaración como puro elemento de investigación puede obtenerse por otros medios, supuesto contemplado por el Manual europeo, advirtiendo sobre este peligro expresamente el Informe de evaluación a España²³³. En ningún caso es suficiente con que la persona esté privada de libertad en otras diligencias o en el extranjero, pues la ODE es subsiguiente a una resolución por la que se acuerda la privación de libertad. Y no resulta ocioso reiterar el elevado coste económico que conlleva la entrega procesal de un sujeto desde otro país. Recordar que en nuestro ordenamiento está prevista la videoconferencia y que en ocasiones puede resultar ésta una fórmula alternativa²³⁴.

Sí conviene llamar la atención sobre una técnica procesal muy usual dentro de nuestro territorio: cursar orden de búsqueda y captura a los efectos de practicar una notificación. En tales casos, una vez realizada ésta se procede a la inmediata puesta en libertad. Este supuesto no satisface el canon de proporcionalidad y, de hacer un uso indebido de esta práctica, se generaría desconfianza en el resto de EEMM con el riesgo de incrementarse las denegaciones sistemáticamente a España²³⁵.

En España se dispone de información, además de en los sitios europeos oficiales, en el Prontuario colgado en el portal del CGPJ²³⁶ y en la página oficial del MJ, Área temática de Internacional²³⁷. Los principales problemas que se están planteando obedecen a las dificultades de acceder a Internet, por lo que convendría mantener un ejemplar en papel. También hay quejas sobre la no aptitud del formato

²³³ El problema surge por la terminología del artículo 1.1 DM y las exigencias procesales en España sobre la necesidad de que el imputado sea oído con carácter previo a que se formule acusación contra él, extremo que está dando muchos problemas cuando la detención del reclamado se produce en un Estado del *common law*. Debe especificarse claramente que no se utiliza como medida para iniciar una investigación sino como exigencia procesal para formular la acusación.

²³⁴ La referencia al posible uso de la videoconferencia la echó de menos el informe del CGPJ al Anteproyecto, si bien la mayoría de autores admiten que es posible acudir a este instrumento si la legislación del Estado de ejecución lo permite.

²³⁵ Podrían plantearse fórmulas alternativas a la misma, como el auxilio judicial o incluso retrasar esta notificación hasta un momento procesal en que fuera imprescindible la presencia del sujeto subsanando posteriormente lo actuado.

²³⁶ www.prontuario.org

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198003700/Detalle.html

electrónico para todos los procesadores de texto, por lo que no siempre quedará constancia informática de su emisión²³⁸.

Cuando la oficina SIRENE o INTERPOL advierten deficiencias en la cumplimentación y al responsabilizarse de la “validación técnica”, las subsanaN en la medida de lo posible, lo que supone una evidente sobrecarga en la tarea que realmente les es encomendada y sin que puedan invadir funciones que sólo a los órganos judiciales competen. En ocasiones, en lugar de la descripción de los hechos, algunos órganos judiciales han remitido un “auto” en documento anexo²³⁹. Documento que SIRENE no acepta a efectos de realizar un señalamiento en el SIS, por lo que ha de resumirse y concentrarse el contenido del mismo dentro de la propia ODE. Esta Oficina sólo puede consignar los datos que figuren en formulario y no los documentos anexos.

Pese a que en España la ODE se vincula a un solo procedimiento, el reclamado puede haber cometido varios hechos y seguirse por ellos un mismo procedimiento. Razones procesales, además de la necesidad de una resolución que ampare la emisión de la ODE, impedirían que se incluyesen diversos delitos seguidos en procesos diferentes, lo que plantea muchos problemas en relación al principio de especialidad²⁴⁰.

En cuanto a los recuadros del formulario, el MJ aconseja tachar los supuestos que no proceden. Concretamente en relación a la pena a perpetuidad y la rebeldía. Pero ello no es del todo así y de hecho constituye uno de los supuestos de petición de información adicional por otros países pues en nuestro ordenamiento sí son posibles juicios “en ausencia”. Lo normal es que, de haber recaído sentencia, el imputado haya sido citado personalmente y haya estado presente en juicio, en cuyo caso procede tachar los dos últimos párrafos del apartado, dejando tan sólo el primero. Sin embargo, la actual regulación procesal permite que los juicios se celebren en ausencia sin citación personal (art. 775 LECrim). No sólo se permite esta posibilidad sino que se ha ampliado la posibilidad de enjuiciamiento en estos términos para penas previstas de hasta 2 años de privación de libertad (art. 786 LECrim). Si se ha hecho uso del precepto y no se ha procedido a la citación personal practicándose en el domicilio proporcionado a efecto de notificaciones, se deberá informar sobre la existencia del recurso de revisión y de su contenido (art. 793 LECrim), concretando las posibilidades de anulación.

²³⁸ Dado que los medios materiales están transferidos, en algunos territorios se está haciendo un esfuerzo por los especialistas informáticos para incorporarlo, siempre y cuando se les sugiera esta necesidad, labor que perfectamente podría realizar el corresponsal de la REJUE penal.

²³⁹ Así se ha pretendido en algún territorio, siendo una corruptela que utilizan algunos JCI con INTERPOL.

²⁴⁰ En la STC 181/11, 21-11, se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber sido declarada la ampliación de una ODE *in autita parte*.

Por lo demás, SIRENE-INTERPOL advierten de la inutilidad de incluir la previsión de prescripción conforme a la Ley española porque, considerando que este dato sólo puede ser examinado por la autoridad de emisión y podría llevar a equívocos si la inserción es la primera. Cuando se incorpora, SIRENE-INTERPOL lo suprime.

Finalmente, el penúltimo recuadro suele inducir a confusión en nuestro país. La AC, el MJ (art. 2.3 LOEDE), tiene atribuidas en la Ley funciones de mero auxilio, pero no de transmisión ni recepción, como posibilitaba el art. 7 DM. De ahí que se haya de tachar el mismo o consignar que “no procede”.

Con la ODE se retiraron en España todos los indicadores de validez conocidos como *flags*, y que incluye un EM para que el señalamiento en el SIS no tenga eficacia o la tenga limitada en su país. De forma que si la AN deniega una ODE o libera a una persona sometida a una ODE debe de comunicarlo a SIRENE-INTERPOL para que no vuelva a ser detenido. Y lo mismo cuando la ODE se deja sin efecto por la AJ de emisión.

5.3 Transmisión

- **Paradero conocido del reclamado**

Es el supuesto contemplado en los arts. 6.1 y 6.3 LOEDE. Aun cuando la LOEDE no lo diga expresamente, podrán auxiliar los miembros de la RJE y REJUE, los Magistrados de Enlace y Eurojust. Y en España en particular es aconsejable acudir a las redes internas: REJUE y Red de Fiscales, cuyos datos obran en el Prontuario.

La LOEDE no impide en este supuesto la posibilidad de introducir una descripción en el SIS (art 6.3 LOEDE), por lo que abre las puertas a la utilización de SIRENE aun siendo conocido el paradero, con la ventaja de que esta Oficina nos facilita una traducción de apoyo y nos sirve de canal de remisión a la autoridad competente. Dada la “informatización” de la Oficina, en la que para la gestión de los expedientes se toma como índice el “número de identificación Schengen” del SIS, las ODEs transmitidas directamente de juez a juez (sin señalamiento en el SIS), complican la tramitación de las posteriores gestiones de información adicional y en el momento de la entrega efectiva, si se precisan. Y en todo caso impiden que pueda advertirse a otras autoridades españolas la existencia de la ODE de forma que si se accede a la misma el sujeto puede estar amparado por el principio de especialidad. De ahí la conveniencia de comunicar a SIRENE la existencia de la ODE y ordenar la creación del correspondiente señalamiento en el SIS pese a la remisión directa, si ésta es la opción elegida, para posterior uso de este canal, bien en la información adicional, bien en la entrega. No obstante la previsión del art. 9.2 y 10.4 de la DM, Francia no ha

venido aceptando la remisión vía SIRENE en el supuesto de que se conozca el paradero del reclamado²⁴¹.

- **Paradero desconocido del reclamado**

Es el supuesto más habitual, regulado en los arts. 6.2 y 6.5 LOEDE en términos similares a los de la DM. En tal caso es imprescindible que en el encabezamiento se añada a «ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN» el texto «E INTERNACIONAL»:

ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN E INTERNACIONAL

Igualmente debe reseñarse en el apartado f) dedicado a la información facultativa:

f) en caso de que se produzca la detención en país ajeno a la ODE se interesa la detención preventiva a efectos de extradición. Si se procede a su detención, la autoridad emisora se compromete a solicitarla incluso por vía diplomática.

En tales supuestos, a la hora de rellenar el formulario y ante la posible detención del sujeto buscado en algún territorio del mundo anglosajón (Reino Unido, Chipre e Irlanda dentro de Europa, EEUU, Australia, Canadá y Japón en el resto), se aconseja se rellene el formulario lo más detalladamente posible, pues estos países extreman las exigencias de cara a la entrega del sujeto, tanto en la descripción de los hechos como en la traducción y pruebas existentes²⁴².

El Informe de evaluación de España señala el avance existente en la dirección única SIRENE-INTERPOL. Cualquier duda que pueda surgir al respecto se atiende por el órgano que actualmente lo centraliza, el CENCI²⁴³, servicio que permanece de Guardia 24 horas. De todos los datos relativos a España, éste será el más importante que debemos retener en cuanto ventana única a la que dirigir la ODE, encargándose de su distribución entre las oficinas SIRENE e INTERPOL-España

²⁴¹ El informe de la Comisión deja constancia de un caso entre España y Francia en que la ODE fue entregada por un piloto de avión ante la necesidad de transmitir el original que exige Francia.

²⁴² El EI SOCA británico (agencia contra el crimen organizado) debe revisar todas las ODEs que reciba en aplicación de la Ley británica. Las dudas que puedan surgir al respecto se pueden consultar a la Unidad de Fugitivos, tfno. +44 207 238 8555 o por correo electrónico a London@soca.x.gsi.gov.uk en inglés. Para consultas en castellano se recomienda acudir al contacto europeo en Interpol o a un miembro del grupo de traducciones del SOCA, a través del mismo correo electrónico o en el tfno. +44 207 238 8066.

²⁴³ Centro Nacional de Cooperación Internacional

CENCI (24 horas)

Teléfono: (34) 91-582-29-00

Fax: (34) 91-582-29-80

cenci@dgp.mir.es

Suele plantearse la cuestión del **nº de ejemplares**. El original se mantiene en los autos hasta que el sujeto es hallado, para poder remitirlo en su caso a la AJ de ejecución. Además del enviado al CENCI (SIRENE e INTERPOL), será necesario hacer llegar una copia a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del MJ (art. 7 in fine LOEDE)²⁴⁴. La copia para el MJ resulta necesaria a los efectos estadísticos pues, desaparecido el antiguo papel de transmisor de la AC y sin que exista ningún otro mecanismo de control, sólo podrá conocerse el número ODEs remitidas, deficiencias detectadas y grado de cumplimiento por los otros EEMM a través de este canal, quien además será nuestro interlocutor en los foros internacionales, como recuerda el Protocolo del MJ²⁴⁵ y hace especial hincapié nuestro Informe de evaluación.

No está permitido insertar en el SIS dos señalamientos del mismo país sobre la misma persona²⁴⁶. Por esta razón, cuando conste una alerta (modelo "A"), el resto de ODEs emitidas desde España frente a un mismo sujeto quedarán en el expediente a través de múltiples modelos "M" hasta que se produzca la detención del reclamado. Rellenados el modelo "A" y cuantos modelos "M" sean necesarios, se ofrece una **traducción de apoyo**. Si un Estado pide ampliación de información se comunica a la AJ de emisión. Si otros Estados introducen *flags*, también se da cuenta inmediata a la AJ de emisión.

Cuando se produce la detención, la respuesta positiva (*hit*) se comunica a la AJ de emisión (si no es posible contactar con él, al Juzgado de Guardia) mediante fax²⁴⁷ y copia a INTERPOL y al MJ, remitiendo el material de reseña de identificación que

²⁴⁴ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, C/ San Bernardo 62, 28015 Madrid, Tfno (34) 91 390 2228, Fax (34) 91 3904457. Oficinas SIRENE e INTERPOL: c/ Julián González Segador, s/n, 28043 Madrid. SIRENE: tfno. (34) 915823013; fax (34) 915372324, correo electrónico: sirene@ses.mir.es; INTERPOL ESPAÑA: Tfno (34) 915822966; fax (34) 915822980/2972. Correo electrónico: ocninterpol@dgp.mir.es Datos todos ellos facilitados por la página del MJ.

²⁴⁵ El incumplimiento de dicho deber, sin embargo, no está sancionado específicamente y resultará difícilmente detectable, salvo que surjan problemas en el procedimiento de entrega.

²⁴⁶ Ver exposición detallada en MARIA (texto citado en la bibliografía).

²⁴⁷ Con un texto del siguiente tenor: "...En relación con la ODE contra la persona reclamada arriba citada, difundida al SIS, adjunto se remite formulario «G» procedente de SIRENE__xxxx__, por el que informan de la detención del reclamado.....Se procede a adelantar por fax copia de la ODE, al tiempo que rogamos que nos faciliten la dirección, fax y teléfono de la autoridad judicial de ejecución en su país..."

pueda recabar. De existir múltiples ODEs, todas ellas se envían al Estado de ejecución a la espera de recibir instrucciones de la AJ de emisión.

Mención aparte merece la cuestión de la traducción. El Informe de evaluación de España recoge que se nos brinda en apoyo policial. El SIS por lo general en inglés (salvo se conozca el paradero y en él se utilice otro idioma). INTERPOL opera con francés, inglés, español y árabe. Los mayores problemas se plantean con lenguas como el polaco, checo, búlgaro, esloveno o griego. Y si este es un problema generalizado se acentúa cuando se sale de las principales ciudades, pues no siempre se dispone de intérpretes de todas las lenguas comunitarias y puede coincidir con días festivos²⁴⁸. Con Portugal, a pesar del Convenio bilateral hispano-luso²⁴⁹, en la práctica se exige la traducción al portugués.

Las **vías de transmisión** se regulan en el artículo 7 LOEDE. Pese a la previsión contenida en la DA 2ª, el sistema de comunicaciones protegido de la RJE aún no se encuentra operativo. La DT 2ª de la LOEDE dispone su aplicación para órdenes emitidas con posterioridad a su entrada en vigor. No obstante, con anterioridad ya se encontraba en funcionamiento el SIS, además de quedar pendientes múltiples órdenes de búsqueda internacional cursadas a INTERPOL. Según el Informe de evaluación de España, la mayoría de alertas antiguas han sido reeditadas como ODEs.

Aun cuando la DT 2ª recoge el mantenimiento de los procedimientos de extradición en curso, sin embargo y a los efectos de emisión, nada dice sobre las solicitudes de búsqueda ya cursadas. Ha sido el propio MJ como AC quien ha procedido a la devolución de las diferentes peticiones de entrega conforme al régimen anterior, a medida que los distintos EEMM fueron trasponiendo la DM.

Detención del sujeto. SIRENE-INTERPOL comunica la detención en el extranjero a todos los Juzgados en que le consten requisitorias para que puedan emitir una ODE y salvar el principio de especialidad que cubre la entrega del sujeto. Si la emisión se hace directamente de AJ a AJ, se recomienda remitir una copia a SIRENE-INTERPOL a estos efectos.

5.4. Actuaciones en espera de la decisión

5.4.1 Información adicional

El art. 7.3 LOEDE prevé la posibilidad de transmisión facultativa por la AJ de emisión de cuanta información adicional pueda ser de utilidad para proceder a la

²⁴⁸ Por ello resulta útil ponerse en contacto con los traductores que vengamos utilizando en cada territorio, al efecto de explicar esta función. 1º, Se dispone en Internet del formulario ya traducido a todos los idiomas de la Unión; 2º, lo único que ha de traducirse es lo que la autoridad de emisión cumplimenta; 3º, esta traducción debe incorporarse finalmente al formulario en la lengua deseada (bien por el traductor, bien en la oficina judicial).

²⁴⁹ Convenio relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19-11-1997, BOE 21-1-1999 y que por vía del 31 DM podría entenderse eximiría de traducción a las ODEs entre ambos países.

ejecución de la ODE. En cuanto a la que se nos requiera por la AJ de ejecución, dependerá de la legislación de dicho Estado. En algunos supuestos se fijan plazos perentorios que han de respetarse al penalizarse su incumplimiento.

Cabe que en este trámite se nos reclame como AJ de emisión la prestación de garantías e información de cuáles serían éstas. Si lo son de devolución del sujeto a la autoridad de emisión (será poco usual que se haya juzgado en ausencia y no cabe pena perpetua), el MJ puede emitir un certificado estándar si la AJ de ejecución no considera suficientes las ofrecidas como AJ de emisión²⁵⁰. Lo que debe quedar claro es que el compromiso de devolución es vinculante. La base jurídica es la propia ODE, aunque algunos países han invocado las disposiciones del CTPC, que incluye la posibilidad de convertir la pena conforme al art. 11 del Convenio.

5.4.2 Declaración y traslado temporal

Tales supuestos se regulan desde el punto de la ejecución en el artículo 16 LOEDE. De solicitarse por una AJ de emisión española al amparo de los artículos 18 y 19 DM, habrá de estarse a la regulación del Estado de ejecución y eventuales acuerdos que puedan alcanzarse con su AJ.

5.5 Actuaciones posteriores a la decisión

5.5.1 Denegación

Si se deniega la entrega se podría dar cuenta al MJ como interlocutor internacional, y a Eurojust si se considera vulnera es espíritu de la DM. En nuestro proceso, si la causa no puede seguirse sin la presencia del reclamado y la ODE lo era para enjuiciamiento, el archivo que procedería sería provisional, no definitivo. Si desaparecen los obstáculos que impidieron acceder a la entrega en su día (siempre y cuando la autoridad de ejecución considere que existe una modificación de la *causa petendi* y que no produce la denegación efecto de cosa juzgada, decisión que habrá que adoptar ante la nueva solicitud). También cabe pensar en el seguimiento de la pieza de responsabilidad civil del condenado.

5.5.2 Entrega

Cuando la AJ de ejecución informa de la decisión de entrega incluyendo condiciones y plazo para llevarla a efecto, la AJ de emisión comisiona a los servicios policiales para que realicen las gestiones administrativas y se hagan cargo del sujeto. A la llegada al territorio nacional se conduce al Juzgado de Guardia de Madrid, salvo que la AJ de emisión sea la AN o en casos de urgencia que deberán comunicarse al CENCI.

²⁵⁰ En este caso la garantía se expresa en el sentido de comprometerse a que si el reclamado es nacional o residente en el Estado de ejecución, éste podrá cumplir la condena en su país de origen, si así lo desea.

En tanto que supone la puesta a disposición de un detenido a la autoridad judicial, deberá practicarse **la comparecencia** del art. 505 LECrim. Están resultando bastante frecuentes, principalmente con Francia, las entregas materiales en frontera, de forma que una vez comunicada ésta a las Fuerzas de Seguridad españolas, proceden a poner al sujeto a disposición del Juzgado de la localidad más cercana para evitar costes de viaje.

Producida la entrega, la declaración o enjuiciamiento del reclamado no debería producirse de forma inmediata, sino otorgando un mínimo de descanso si el viaje ha sido largo²⁵¹. Y resultaría útil comunicar a la Subdirección General de Cooperación del MJ como interlocutor internacional la entrega producida a los efectos de constancia, al igual que cualquier otra incidencia que pudiera haberse producido.

5.5.3 Tránsito

Nuestra LOEDE sólo regula el tránsito por territorio español, pero no solventa qué sucede caso de que la entrega de un reclamado a España deba realizarse a través del territorio de otro u otros EEMM. Por aplicación analógica del art. 25 LOEDE y 25 DM, se ha mantenido la competencia de la AJ de emisión a fin de cursar la información sobre la identidad y nacionalidad de la persona²⁵², existencia de una ODE, carácter y calificación del delito y descripción de las circunstancias de comisión, incluidos lugar y fecha, datos todos ellos que constan en la ODE.

5.6 Efectos de la entrega

5.6.1 Cómputo de la privación de libertad

El art. 26.2. DM establece que la autoridad de ejecución deberá proporcionar “toda la información relativa a la duración de la privación de libertad”. Si no lo hace deberá reclamarse. Esta referencia nos permitirá, además de cumplir con el art. 5.4 LOEDE, plantearnos este tiempo a los efectos del cómputo del art. 504 LECrim²⁵³.

5.6.2 Principio de especialidad

La regulación del este principio y sus efectos sobre entregas sucesivas se recoge en los artículos 24, 26 y 27 LOEDE que poco difiere de la regulación de la DM. Si la persona que se reclama invoca este derecho, lo normal es que lo haga ante la AJ

²⁵¹ La llamada de atención se realiza teniendo en cuenta la STEDH de 6-12-1988, caso *Barberá, Masegué y Jarabo*, y en la que se critica que los acusados fueran trasladados el día antes del juicio recorriendo durante la noche más de 600 km, pues en estas circunstancias debieron quedar en un estado de menor resistencia física y moral frente a un juicio de gran importancia. Ver CUERDA (texto citado en la bibliografía).

²⁵² Ver CASTILLEJO (texto citado en la bibliografía).

²⁵³ Conforme tiene afirmado el TC (Sentencia. 13/1994, 17-1), no nos resultan ajenas las dilaciones coetáneas del procedimiento extranjero. Cabría también recordar la doctrina del TEDH en los casos *Quinn contra Francia* (Sentencia de 22-3- 1995), *Scott contra España* (18-12- 1996), asumida a su vez por el TC en Sentencia 305/2000, de 11-11 y la STEDH de 17-6- 2003, caso *Raf contra España* y ATC 118/2003, de 8-4. De esta forma, el plazo máximo de prisión incluirá la suma de los distintos periodos de libertad sufridos. Realiza un estudio sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de extradición ORAA y sobre la prisión provisional de los reclamados NISTAL (textos citados en la bibliografía).

de ejecución. Si se nos ha entregado y lo invoca posteriormente en futuras entregas a otro EM, corresponderá a la AN pronunciarse en cuanto AJ. Pero puede suceder que, una vez entregado a España por otros hechos, invoque este principio respecto de una ODE emitida por autoridad española sobre la que no ha recaído resolución. Habrá que solicitar, entonces, la autorización prevista en el artículo 24.2 LOEDE sin que pueda mantenerse privado de libertad²⁵⁴. Se recomienda en casos problemáticos el contacto directo entre las AAJJ de emisión y ejecución así como la intervención de Eurojust.

5.7 Gastos

Pese a la dicción literal del precepto que los regula, art. 4, del espíritu de esta norma y del art. 30 DM, los gastos de emisión correrán a cargo de España, incluidos los de tránsito pero no los ocasionados en territorio del Estado de ejecución²⁵⁵.

6 Ejecución de una ODE

6.1 Autoridad competente

El artículo 2.2 LOEDE señala como AAJJ de ejecución los JCI y la Sala de lo Penal de la AN. Mediante modificación de la LOPJ por la LO 2/2003, los artículos 65 y 88 de la LOPJ recogen esta competencia para la tramitación de los expedientes de ejecución de ODEs²⁵⁶.

- Los JCI son competentes para:
 - la tramitación inicial del procedimiento
 - adoptar la decisión sobre la entrega si el reclamado consiente y el MF no advierte causas de denegación o condicionamiento de la entrega
- La Sala de lo Penal de la AN, para la decisión sobre la entrega:
 - si la persona reclamada no consiente a la entrega o
 - el MF advirtiera la existencia de causas de denegación o condicionamiento a la entrega.

El Consejo de Estado, al informar sobre el anteproyecto, si bien aplaudía la competencia centralizada de la AN por asimilación de la ODE a extradición²⁵⁷, propugnaba una distinta distribución de funciones JCI-AN. Reparto funcional doble y

²⁵⁴ En la práctica son frecuentes supuestos en que, como consecuencia de una ODE emitida por una autoridad española, el sujeto es entregado para enjuiciamiento y finalmente absuelto. Puesto en libertad, aparecen otras causas pendientes, bien ante éste, bien ante otro órgano. Al estar amparado por el principio de especialidad y en tanto se solicita autorización, no cabe acordar auto de prisión. Se recomendó que al tiempo de solicitar esta autorización se cursara ODE al resto de los EM en previsión de que huyese de nuestro país. De permanecer en España, a los 45 días podría ser detenido.

²⁵⁵ No obstante y como curiosidad, se participa que en alguna ODE cursada desde la AN al Reino Unido se ha interesado por la autoridad de ejecución inglesa provisión de fondos para atender los gastos producidos por la remuneración extra del Magistrado encargado de la resolución.

²⁵⁶ CONDE-PUMPIDO ofrece una visión crítica acerca de la atribución de competencia como AJ de ejecución a los JCI y a la AN, cuestionando igualmente la ausencia de doble instancia (en texto citado en la bibliografía final).

²⁵⁷ También lo hace la Comisión en la evaluación a España.

sucesivo²⁵⁸ que suscita reparos al no aprovechar la oportunidad de introducir la doble instancia otorgando facultades resolutivas al JCI, que asegurarían la inmediación, una mayor coherencia con el contenido de la vista, y mayores garantías con el sistema de recursos (que sí operan en la privación de libertad²⁵⁹). La FGE proponía que fuera la Sala quien celebrara vista y ante ella se practicase la prueba para luego resolver. Ninguna de las dos propuestas fue acogida. Pese a las deficiencias del sistema adoptado por el legislador, la STC 177/2006, 5-6 ha avalado esta distribución pese a que la audiencia no se haga ante la Sala y se prive de todo recurso ordinario.

Otros organismos o autoridades pueden intervenir de forma auxiliar. La RJE, la REJUE y la Red del MF podrán efectuar labores de asesoramiento y coordinación. El MJ, como AC, asume funciones, además de las estadísticas para cuyo fin recibirán copia de las ODES recibidas²⁶⁰, en el caso de concurrencia de solicitudes de extradición²⁶¹ y tránsito²⁶². En cuanto el MJ es el órgano encargado de participar en las reuniones del Consejo de la UE en las que se procede a evaluar la aplicación de las DM, es conveniente que disponga de la información necesaria para llevar a cabo su cometido. Finalmente, Eurojust, podrá facilitar la aplicación de las ODEs conforme al artículo 3 de la Decisión de Eurojust, dar asesoramiento en caso de ODEs concurrentes²⁶³ y recibir informes sobre el incumplimiento de plazos establecidos²⁶⁴.

6.2 Actuaciones iniciales

6.2.1 Incoación del procedimiento

- **Remisión directa de una ODE²⁶⁵**

Cuando la ODE es remitida directamente por la AJ de emisión a los JCI, es objeto de reparto. Si se recibe en cualquier otro órgano judicial, lo deberá enviar sin demora al Decano de los JCI en aplicación del artículo 10.1 LOEDE, comunicando a la AJ de emisión dicha circunstancia.

El JCI que conoce de la ODE abre el procedimiento dando cuenta al MF, como parte en el procedimiento, y al MJ, por así disponerlo el artículo 10.3 LEODE. En tal caso, la ODE deberá estar traducida al español²⁶⁶. De no estarlo, se suspende el

²⁵⁸ Ver MORENO (texto citado en la bibliografía).

²⁵⁹ La STC 132/11, 18-7, aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso al no haber dado trámite a los instrumentos de impugnación por una causa no prevista en la ley: no estar el reclamado a disposición del Tribunal.

²⁶⁰ Artículo 10.3 LEODE.

²⁶¹ Artículo 23 LOEDE.

²⁶² Artículo 25 LOEDE.

²⁶³ Artículo 16 DM, 23 LOEDE.

²⁶⁴ artículo 17 DM, 19 LOEDE.

²⁶⁵ Recordar que conforme al artículo 19.1 LOEDE se tramitará y ejecutará con carácter de urgencia. La tramitación sigue la información proporcionada por ANDREU como Magistrado de un JCI en la AN (textos citados en la bibliografía).

²⁶⁶ Artículo 10.2 LOEDE.

procedimiento, comunicándolo a la AJ de emisión a fin de que remita la traducción en el más breve plazo posible sin que la Ley imponga ninguno.

Una vez recibida la ODE con su traducción, el JCI examina si contiene la información requerida en el art. 3 LOEDE, trasposición fiel del artículo 8 DM, necesaria y exigible para la tramitación del procedimiento. No se procederá al control de la doble tipificación de ser un delito castigado en el Estado de emisión con una pena o medida de privación de al menos 3 años y el delito lo es de alguna de las categorías recogidas en el listado del art. 9.1 de la Ley, que reproduce el 2.2 DM. En los restantes supuestos, el control lo es del mínimo punitivo correspondiente a la finalidad de la ODE y si los hechos son constitutivos de delito conforme a la legislación española con independencia de los elementos constitutivos y calificación que de los mismos realice la autoridad de emisión²⁶⁷. Y realizará las comprobaciones de su efectiva localización en España. Si el sujeto no se encuentra en nuestro país, procedería comunicarlo a la AJ de ejecución para que difundiera la ODE a través de los canales pertinentes.

Si se cumplen estos requisitos, se dicta auto de detención y presentación del reclamado cursando las órdenes a las Fuerzas de Seguridad. Orden de detención nacional pues la internacional ha sido dictada por la AJ emisora. Si carece de información suficiente se solicita a la AJ de emisión²⁶⁸.

- **Comunicación a través de SIRENE o INTERPOL**

Si la detención de la persona reclamada se comunica al JCI en virtud de la inserción de la ODE en el SIS²⁶⁹ o vía INTERPOL, es entonces cuando se incoa el procedimiento, con la misma dación de cuenta al MF y AC. Pero a diferencia de la remisión directa, si la ODE no está traducida, es el propio JCI quien ordena su traducción de oficio. Mientras el SIS no pueda contener todos los datos que se exigen en la ODE, la descripción que en dicho sistema se contiene es título bastante para proceder a la detención de la persona, si bien se deberá requerir de la autoridad emisora que remita la ODE. A diferencia de otras legislaciones, la ley española nada dice sobre el plazo en que la autoridad emisora debe cumplir con tal exigencia. Ello ha significado en la práctica la existencia de una disparidad de criterios que el legislador podría haber evitado²⁷⁰. Una vez recibe la ODE, se procede a su examen.

²⁶⁷ Para ANDREU, en Procedimiento... este supuesto se dará fundamentalmente en casos en los que la legislación española tipifique como faltas hechos que la legislación del Estado emisor califique como delitos.

²⁶⁸ Artículo 15 LOEDE.

²⁶⁹ Conforme a la DT 1ª LOEDE con carácter provisional, hasta el momento en que el SIS tenga capacidad para transmitir toda la información que figura en el art. 3, la descripción equivaldrá a una ODE mientras la AJ de ejecución recibe el original.

²⁷⁰ Alude ANDREU, ibidem, al hecho de haberse establecido plazos varios, o a la aplicación del principio de reciprocidad, otorgando el mismo plazo que la legislación del estado emisor exige cuando actúa como autoridad de ejecución. Entiende que este plazo nunca podrá exceder de 10 días, conforme a los plazos máximos establecidos en el artículo 19 de la Ley.

6.2.2 Detención y puesta a disposición judicial

La detención de la persona reclamada se practica por cualquiera de los cuerpos policiales españoles conforme al régimen general de los artículos 520 y ss LECrim. El plazo máximo de detención no puede exceder de las 72 horas²⁷¹, si bien lo deseable es que la puesta a disposición judicial se practique de forma inmediata al no ser necesario más que la información al detenido de sus derechos y del motivo de su detención. Si la detención se produce en una localidad distinta a Madrid, se plantean problemas de traslado en el plazo previsto por la Ley. Cuando no puede cumplirse esta obligación, el reclamado se lleva al Juzgado de guardia del partido en que es detenido y ahí se pone a disposición del JCI, quien recibirá un exhorto para la práctica de las correspondientes diligencias de legalización, incluida la declaración por videoconferencia si existen medios al efecto. El JCI comunicará la detención a la AJ de emisión, a la Fiscalía y al MJ²⁷².

6.2.3 Audiencia del reclamado

En esta audiencia²⁷³ se concentran una serie de trámites preceptivos conforme a los artículos 13 y 14 LOEDE: información al detenido, posibilidad de consentir a la entrega y renunciar al principio de especialidad, examen de motivos de oposición o condicionamiento y legalización de la situación personal.

En el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición, el JCI realiza la audiencia de la persona detenida en los términos del artículo 14 LOEDE: ante el Juez y Secretario Judicial, con la presencia del detenido asistido de abogado (designado por el mismo como recuerda el TC²⁷⁴ o por turno de oficio en caso contrario) e intérprete si no conoce el idioma y el MF. Tras informar al detenido de los derechos que le asisten²⁷⁵ conforme a la LECrim, se le pone en conocimiento la existencia de la ODE y en concreto, qué AJ la ha emitido, mediante qué tipo de resolución y en qué fecha; hechos por los que se le reclama; calificación jurídica que ha realizado la AJ

²⁷¹ Dados los óbices opuestos en los distintos informes, se corrigió el inicial Anteproyecto que reducía el plazo a 24 horas.

²⁷² Cuando SIRENE recibe de los homólogos de la UE una ODE, se consulta con la AN y se ordena su difusión en las bases de datos de todas las fuerzas y cuerpos de seguridad para su detención caso de ser localizado. Procede a su traducción y a un estudio técnico formal previo antes de iniciar la búsqueda, incluidos residencia y centros penitenciarios. Si el sujeto es detenido, el cuerpo policial actuante lo comunica a SIRENE y éste a la oficina homóloga en el Estado de emisión reclamando el material fotográfico y dactilar a efectos de identificación así como del formulario de la ODE y proporciona los datos de la AJ de ejecución. El JCI suele requerir se informe de la pendencia de responsabilidades en nuestro territorio, consultándose el CNP, la GC, Ertzaintz, Mossos d'Esquadra y centros penitenciarios.

²⁷³ Para la STC 81/2006, 13-3, la comparecencia consiste básicamente en determinar si el detenido se opone o no la entrega, si aduce causas de denegación y solicita se practiquen pruebas al efecto, y si renuncia al principio de especialidad.

²⁷⁴ SSTC 81/2006, 13-3 y 339/2005, 20-12: el derecho a la asistencia letrada incluye el de un Letrado de elección propia.

²⁷⁵ La STC 339/2005, 20-12 afirma que la lectura de derechos se acredita mediante la firma correspondiente y la información sobre la ODE se practica en la audiencia, no en el traslado como detenido.

emisora; y si se trata de una reclamación para enjuiciamiento o para cumplimiento de una pena impuesta.

A continuación se oye al reclamado para que manifieste **si presta su consentimiento a la entrega inmediata y si renuncia o se acoge al principio de especialidad**, previa información de las consecuencias de dicho consentimiento y renuncia, así como de su carácter irrevocable. Si se presta el consentimiento y, en su caso, la renuncia, el JCI debe asegurarse que se realiza de forma libre y voluntaria, y con pleno conocimiento de las consecuencias que conllevan²⁷⁶.

Si la persona reclamada es nacional español y la ODE se ha dictado para el cumplimiento de una pena, se le pregunta si consiente cumplirla en el Estado de emisión o si prefiere hacerlo en España. Si se ha dictado para ser enjuiciado, se le pregunta, para el supuesto de que finalmente sea condenado a una pena privativa de libertad, si desea ser devuelto a España para cumplir la pena o si acepta hacerlo en el Estado emisor.

Con independencia de las respuestas anteriores, el JCI debe oír al MF para que informe si, a su juicio, existen causas de denegación o condicionamiento de la entrega.

Si el reclamado no consiente a la entrega, tras informar el MF, también se oye al letrado sobre estas causas. En el curso de sus intervenciones, las partes podrán proponer los medios de prueba para acreditar su existencia, pronunciándose el Juez en el mismo acto sobre su admisión y debiendo fijar el plazo para su práctica, que en ningún caso podrá superar los señalados en el artículo 19 LOEDE. Frente a la denegación de los medios de prueba guarda silencio la Ley, por lo que se acudirá al régimen general de reforma y apelación.

En la misma audiencia se abre turno final (MF, abogado y el propio reclamado) sobre **la situación personal** del mismo que se resolverá mediante auto susceptible de recurso de apelación (artículo 17.4 LOEDE). A diferencia del régimen general de prisión, la única finalidad del mantenimiento de la privación de libertad es la de asegurar la ejecución de la ODE (artículo 503.3.a LECrim: riesgo de fuga) y en base a las circunstancias del caso²⁷⁷. No sólo las estrictamente jurídicas (incluido en consentimiento a la entrega) sino también las personales-familiares-laborales y factores de arraigo, ponderando riesgo de huida o de no comparecencia al llamamiento judicial²⁷⁸. Si considera que procede la libertad provisional del reclamado se deberán adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar la plena disponibilidad del reclamado. Sin embargo, no especifica cuáles son éstas. El artículo

²⁷⁶ El Informe de evaluación de España señala cómo en una ocasión las deficiencias de interpretación llevaron a considerar nulo el consentimiento prestado.

²⁷⁷ Artículo 17.2 LOEDE.

²⁷⁸ Ver ANDREU en Las medidas cautelares... (texto citado en la bibliografía).

17.1 LOEDE hace una llamada especial a las previstas en el LECrim: imposición de una fianza, presentaciones periódicas, retirada de pasaporte. Pero se plantea si estarían abiertas igualmente las establecidas en la Ley de Extradición Pasiva como propusieron en sus informes al Anteproyecto la FGE y el Consejo de Estado y parte de la doctrina²⁷⁹. De todo ello se levantará acta firmada por los asistentes y Secretario. El Juez puede en cualquier momento, previa audiencia del MF, reformar la prisión acordando la libertad provisional del reclamado, pero adoptando alguna de las medidas cautelares referidas para asegurar que se mantienen las condiciones materiales para la entrega efectiva²⁸⁰. Cláusula que se reitera en los supuestos en que surjan dificultades que supongan un retraso en el curso de aquélla²⁸¹.

La especialidad de la prisión provisional a efectos extradicionales venía siendo reconocida por el TC (SSTC 207/2000, 24-7; 147/2000, 29-5 y 305/2000, 11-12). Si bien produce unos mismos efectos materiales que cualquier otra privación de libertad, se diferencia por acordarse en el seno de un procedimiento dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional, sin que en él se ventile la existencia de responsabilidad penal sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición. No se valora la implicación del detenido ni se requieren indicios racionales de criminalidad. Su adopción, mantenimiento y duración se regula por la Ley reguladora de esta cooperación y se dirige exclusivamente a evitar la fuga, decretándose sobre quien no está dispuesto a comparecer ante los Tribunales que lo reclaman. Estas reflexiones se mantiene respecto de la ODE.

Las SSTC 95/2007, 7-5 y 99/2006, 27-3 se han encargado de recordar esta doctrina y el carácter instrumental de la prisión en el al procedimiento de entrega. De ahí que, cumplidos los plazos de los artículos 19 y 20 LOEDE, se imponga la libertad del sujeto, pues la privación de libertad sólo cumple un papel instrumental de asegurar la entrega.

Finalmente, se recomienda acumular las OEDes de ejecución para evitar que al resolver la primera pueda quedar el sujeto en libertad e imposibilitar la resolución efectiva de las siguientes ODEs pues el señalamiento SIS es único.

6.4 Actuaciones hasta la decisión

6.4.1 Información complementaria

²⁷⁹ Al respecto, confrontar LÓPEZ (2007), texto citado en la bibliografía. La cuestión es si esta previsión cumple el canon de legalidad exigible a la luz de la STC 169/2001,16-7, como plantea ANDREU en Las medidas... (texto citado en la bibliografía). Este autor también se plantea otras medidas además de las del artículo 8.3 de la Ley 4/1985, 21-3, como la posibilidad de prohibir la salida del territorio español consecuencia de la retirada de pasaporte o la vigilancia electrónica que parece contempla el artículo 48 CP.

²⁸⁰ Artículo 17.3 LOEDE.

²⁸¹ Artículo 19.4, cuando la decisión no puede adoptarse en el plazo de 60 días; 27.2 mientras se tramita la autorización del Estado que ha extraditado para proceder a la entrega de una ODE; 29.2, mientras se resuelve la retirada de inmunidad o privilegio...

Pese a que en la privación del derecho libertad de un detenido rigen los principios de inmediación, oralidad y contradicción, en el diseño de la LOEDE sorprende la ausencia de intervención que a la defensa se otorga tanto en la información complementaria como una vez practicada la prueba sobre los motivos de no ejecución, que la decisión de la Sala se adopte sin haber visto al detenido y la no posibilidad de recurso cuando el JCI sea el competente para resolver²⁸².

6.4.2 Autorizaciones

Conforme a la guía del MJ, la autoridad competente para otorgarlas sería el JCI, pudiendo surgir la necesidad de que se inste a lo largo del procedimiento que se levante la inmunidad o privilegio que ampara al reclamado en España, o se notifique a la AJ de emisión su existencia en un tercer Estado u organismo oficial. Nuestra regulación parece contemplar este supuesto desde el punto de vista pasivo en el art. 29 LOEDE. De hecho, este precepto reitera en el número 4º la regulación de la entrega ulterior a una extradición en los mismos términos que ya lo hiciera el artículo 27 LOEDE.

6.4.3 Declaración y traslado temporal

Si la ODE lo es para enjuiciamiento, la AJ de emisión puede interesar recibir declaración al reclamado, o la entrega temporal del mismo al amparo de los artículos 18 y 19 DM, que nuestra LOEDE recoge en el artículo 16.

- **Toma de declaración**

Si así se solicita, el JCI puede acceder a ello. Llama la atención que la LOEDE no contemple otra forma de llevarla a cabo que mediante el desplazamiento a España de la AJ emisora cuando ésta dependerá de su regulación y disponibilidad para ello. Máxime el elevado coste que conlleva y posibilidad de practicarla mediante videoconferencia. La declaración se realizaría por la AJ de emisión, pero conforme a lo previsto en la legislación procesal española: derecho a la asistencia letrada, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y de ser asistido de intérprete²⁸³.

- **Entrega temporal**

Si así se solicita por la AJ emisora, podrá ser autorizada por el JCI, por el plazo y en las condiciones que el mismo establezca de común acuerdo con la AJ de emisión²⁸⁴.

6.5 Decisión

- **Si la persona reclamada consiente a la entrega**

²⁸² Por ejemplo, sobre si concurre un vicio en la prestación del consentimiento a la entrega o renuncia al principio de especialidad.

²⁸³ Para ANDEU en Procedimiento... se haría a presencia del JCI o de un Secretario judicial que de fe del cumplimiento de las condiciones mencionadas.

²⁸⁴ En este mismo sentido economicista se pronuncia el MJ sobre utilización de videoconferencia.

Los artículos 18 y 19 LOEDE contemplan los dos supuestos de la DM según haya prestado o no consentimiento. En el primero, si el MF no ha apreciado la existencia de causas de denegación o condicionamiento a la entrega y la persona reclamada no tiene pendiente ninguna causa penal en España, se dicta resolución en forma de auto accediendo a la entrega.

En dicha resolución se deberá hacer constar la fecha de detención de la persona reclamada; que ha prestado su consentimiento irrevocable a la entrega; si el mismo ha renunciado al beneficio de especialidad; la AJ de emisión a la que se concede la entrega; los hechos a los que se concreta la ODE, con indicación del nº de procedimiento o expediente en el que se ha dictado la misma; la inexistencia de causas de denegación o condicionamiento a la entrega.

El plazo para dictar dicha resolución es de 10 días desde la fecha en la que la persona reclamada consiente a la entrega, pues puede prestarse en cualquier momento durante el curso del proceso. Contra dicha resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno.

- **La persona reclamada no consiente a la entrega**

El JCI elevará la causa a la Sala de lo Penal de la AN para su resolución. La Sala cuenta con un plazo de 60 días desde la fecha de la detención, para resolver mediante Auto y sin recurso ordinario alguno.

Si el MF alega alguna causa de denegación o de condicionamiento de la entrega, tampoco el JCI puede resolver sobre su concurrencia elevando la causa a la Sala para su resolución aun cuando la persona reclamada haya consentido a la entrega.

Prórroga del plazo para resolver. Mediante resolución motivada, por razones justificadas, los anteriores plazos pueden prorrogarse por 30 días más, comunicando dicha circunstancia a la AJ emisora. Si aún así, no pueden cumplirse, deberá comunicarse a Eurojust los motivos de la demora. El incumplimiento de estos plazos sólo conlleva la puesta en libertad del sujeto pero no la denegación de la ODE ni la nulidad de la entrega, lo que ha avalado el TC en las Sentencias 95/2007 y 99/2006 citadas.

6.5.1 Motivos de denegación obligatorios

Para su interpretación, recordar que la STJCE 13-12-1989, c-322/89, *Grimaldi*, por la que se obliga a los EEMM a tener en cuenta los actos no vinculantes de la UE (*sof law*) sirvió de base al TC en Sentencia 224/1999, 13-12 para erigirlos en parámetros del alcance de los derechos fundamentales. En caso de que se aprecie un motivo obligatorio o facultativo y se deniegue la entrega, la resolución deberá ser motivada y notificarse a la AJ de emisión. Lo que no aclara ni la DM ni la LOEDE es si

en tal caso puede reiterar una nueva solicitud, volviendo a plantarse el efecto de cosa juzgada de estos pronunciamientos, principalmente cuando de deniega por motivos de fondo. España ha recogido los motivos (“causas”) obligatorios de oposición en el artículo 12.1 LOEDE.

- **Protección de los derechos fundamentales**

Cabe interpretar que la responsabilidad de la autoridad de ejecución no se limita a su propia actuación. También ha de prevenir la violación de los derechos que puedan prevenir de una autoridad extranjera, lo que impone proyectar «ad extra» el contenido absoluto de los derechos fundamentales. En este sentido se pronunció el TEDH²⁸⁵ y se han planteado las dos interesantes peticiones de decisión prejudicial antes mencionadas ante el TJUE, si bien la segunda ha sido objeto de desistimiento. De hecho, algunos EEMM han acogido como motivos de oposición en su normativa de trasposición estas cuestiones. Nuestro TC, en la Sentencia 199/2009, 28-9, sostiene que la no incorporación en la LOEDE de una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, interpretando la DM y su considerando 13. Pero exige que esté suficientemente motivada.

- ***Non bis in idem***²⁸⁶

Trasposición fiel del artículo 3.2 DM, los mayores problemas que puede plantear en nuestro ordenamiento proceden de la extensión que el TJCE está realizando de este principio y su aplicación a las resoluciones definitivas con efecto de cosa juzgada. Sin embargo, la LOEDE concibe el sobreseimiento libre como un causa de denegación facultativa²⁸⁷. Lo mismo sucede con las resoluciones definitivas con efecto de cosa juzgada dictadas por otros EEMM, amparadas por este principio según el STJCE²⁸⁸. Por su parte, la aplicación como motivo obligatorio se limita a la UE, no a terceros Estados, donde nuevamente se convierte en motivo facultativo de denegación²⁸⁹. Por lo demás, normalmente será el reclamado el que ponga en conocimiento de la AN la existencia de la causa seguida por los mismos hechos. Y nada impide que pueda alegarse con posterioridad en la causa seguida en el Estado de emisión una vez producida la entrega.

²⁸⁵ STEDH 7-7-1989, nº 14038/88, *Soering v. Gran Bretaña*, citada en las Explicaciones a la Carta de Derechos Fundamentales. Siempre que un Estado entienda que con la entrega de un reclamado pueda cooperar a una violación de los derechos fundamentales que se consideran absolutos, surge la necesidad de protección y el deber de no acceder a la entrega. El TEDH se pronunció en contra de que ese ciudadano alemán reclamado a Gran Bretaña por los EE.UU, fuera entregado a este último país, aun cuando no era parte del CEDH, pues el sufrimiento que podía acarrear el corredor de la muerte suponía una pena inhumana contraria al artículo 3 del Convenio y la entrega por Gran Bretaña una violación indirecta al mismo. Más recientemente, STEDH 16-12-2009, nº 16012/06, *Gurguchiani v. España*.

²⁸⁶ Artículo 12.1.a LOEDE. Algún autor, como MORENO (texto citado en la bibliografía), plantea la posibilidad de que la resolución apreciando el *bis in idem* la adoptase la AJ de emisión, en cuanto es la que conoce de la pretensión penal.

²⁸⁷ Artículo 12.2.c LOEDE.

²⁸⁸ Artículo 12.2.d LOEDE.

²⁸⁹ Artículo 12.2 e LOEDE.

- **Minoría de edad**²⁹⁰

Al abordar el ámbito material de aplicación ya se aludió a la “responsabilidad penal” de los menores de 18 años y mayores de 14 conforme a la LO 5/2000, 12-1. Aun cuando en el Informe de evaluación de España afirma no se han dado supuestos de reclamación, es lo cierto que por la AN se está procediendo a la entrega cuando son menores responsables penalmente conforme a nuestra legislación, sorprendiendo que siquiera se plantee la cuestión de la minoría de edad como motivo de denegación²⁹¹. En otras ocasiones referidas a menores de edad conforme a la legislación del Estado de emisión, se ha instado información adicional al respecto²⁹². En cualquier caso, el momento del cómputo de esta minoría de edad será el de la fecha de comisión de los hechos, pues caso contrario bastaría con esperar a que cumpliera la mayoría para efectuarse la entrega. También puede plantear problemas que algún EEMM establezca la diferencia, no en razón de una concreta edad sino de la capacidad intelectual, como sucede con Inglaterra.

- **Indulto**²⁹³

Dentro de la gama de medidas de perdón de la pena, España ha reducido éstas al indulto del reclamado por los hechos objeto de la ODE, acentuando las potestades que el ejecutivo se reserva en materia punitiva. En el CP se contempla como causa de extinción de la responsabilidad penal (artículo 130 CP). Siempre y cuando fuera perseguible por la jurisdicción española²⁹⁴.

6.5.2 Motivos de denegación facultativos

Se regulan en el mismo precepto 12, si bien en su número 2. Tampoco en este caso se ha realizado una trasposición literal de los motivos establecidos en la DM, siendo el rasgo más característico el amplio margen de discrecionalidad que otorga a la Sala de lo Penal de la AN para su apreciación. para el TC (STC 191/2009, 28-9) si las causas invocadas para oponerse a la entrega tienen un carácter meramente facultativo, queda al arbitrio del órgano judicial su decisión, ciñendo el examen del tribunal a comprobar si ha cumplido con el deber de motivación (que reconoce debe ser reforzada en la ODE), por lo que queda prácticamente en manos de la AN el criterio a seguir en cada caso.

²⁹⁰ Artículo 12.1.b. LOEDE.

²⁹¹ Ver Auto AN, Secc 4ª, 28-408, orden nº 57/08. El menor en cuestión tenía 14 años a la fecha de comisión de los hechos.

²⁹² Auto AN, Secc 3ª, 5-5-08, orden 86/08. Se solicitó información sobre el cumplimiento de la “pena de menores” y se concedió finalmente su entrega al Tribunal de menores reclamante.

²⁹³ Artículo 12.1.c LOEDE.

²⁹⁴ De otra forma el ejecutivo se abrogaría facultades desorbitantes de oposición a una ODE, pues permitiría indultar a cualquier sujeto reclamado por otro EEMM. Para nuestro TC (Sentencia 227/2007, 22-10) el indulto se incluye dentro del concepto de cosa juzgada, con independencia del órgano que lo haya acordado.

- **Motivos relacionados con el *bis in idem* por el efecto de cosa juzgada**

Doble incriminación para delitos no integrados en el listado del art. 9 LOEDE²⁹⁵

Planteadas en la STC 191/2009, 28-9 varias de estas causas de denegación invocando el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y el principio non bis in idem, si bien no entra en este último por falta de alegación previa, sí se pronuncia sobre el principio de legalidad extradicional recogido en el art. 13.3 CE. Y como ya afirmara en la STC 83/2006, 13-3, considera no hallarían acomodo en el art. 25.1 CE referido exclusivamente a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, aunque admite la posibilidad de lesión del derecho a la legalidad penal si los requisitos legales habilitantes de la entrega guarden una directa relación con el haz de garantías que contempla el derecho fundamental recogido en el art. 25.1 CE, lo que considera sucedería en el caso “paradigmático” de doble incriminación²⁹⁶.

Sobreseimiento libre²⁹⁷

En la STC 191/2009, 28-9 citada, no se entra en su examen por cuanto, pese a su alegación, materialmente el sobreseimiento que había recaído era provisional y no libre, sin impedir su reanudación posterior. No obstante, de la resolución base de la AN parece deducirse que, caso de concurrir, sí denegaría la entrega por el efecto de cosa juzgada que produce.

Resolución impeditiva²⁹⁸

Al igual que en el supuesto anterior, la doctrina del TJUE parece extender a este tipo de resoluciones la eficacia obstativa como motivo obligatorio de oposición.

Bis in idem de un tercer Estado²⁹⁹

Por la ausencia de confianza recíproca.

Litispendencia³⁰⁰

Cuando la persona está sometida en España a un procedimiento por los mismos hechos³⁰¹. Al ser un motivo facultativo y en cuanto la decisión de entrega corresponde a la AN pero afecta al órgano judicial que conoce de la causa, éste se verá obligado a dictar un archivo en base a una causa procesalmente no prevista en la LECrim. Para abordar los conflictos de jurisdicción ver la DM 2009/948/JAI.

²⁹⁵ Artículo 12.2.a LOEDE.

²⁹⁶ En Sentencia 102/97,20-5 recordó su doctrina afirmando que “la regla de la doble incriminación, que cabe incluir en el derecho constitucional a la legalidad penal, no significa tanto identidad de las normas penales de los Estados concernidos como ‘que el hecho sea delictivo y con una determinada penalidad (mínima) en las legislaciones penales del Estado requirente y del Estado requerido”. Sin embargo, no fue tan claro en las SSTC 162/2000, 12-6 y 82/2006, 13-3 citadas por la Sentencia objeto de comentario.

²⁹⁷ Artículo 12.2.c LOEDE.

²⁹⁸ Artículo 12.2.d LOEDE: “Cuando sobre la persona que fuere objeto de la orden europea haya recaído en otro EEMM de la UE una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales”.

²⁹⁹ Artículo 12.2.e LOEDE.

³⁰⁰ Artículo 12.2.b LOEDE.

³⁰¹ No aclara el precepto si el momento en que debe apreciarse es en el de emisión de la ODE o el de recepción de esta por la AJ de ejecución.

Prescripción³⁰²

Si bien no figuraba esta causa en el anteproyecto, tanto la FGE como el Consejo de Estado aluden a su omisión. En nuestro ordenamiento el sobreseimiento libre puede recaer por aplicación de la prescripción, en cuanto extingue la responsabilidad penal (artículo 130 CP). Sin embargo, el precepto no exige que se haya seguido causa en España, pues en tal supuesto hubiera podido recaer resolución de este tenor³⁰³. Contrasta, no obstante, con la decisión que respecto al Convenio de Dublín efectuó España de mantener los indicadores de validez referidos a la prescripción para oponerse a las entregas por este motivo en base a la jurisprudencia de la AN³⁰⁴.

- **Territorialidad**³⁰⁵

- Cuando los hechos se hubieran cometido en España total o parcialmente³⁰⁶.
- Cuando se hubieran cometido fuera del Estado de emisión y nuestro ordenamiento no permita en estos supuestos la extensión de la jurisdicción penal.

- **Nacionalidad**³⁰⁷

Ya tratado con carácter general en el Nivel I y II, la especialidad más llamativa de la regulación española, al igual que sucede con las garantías que cabe imponer, es su limitación a nacionales españoles, sin recoger la posibilidad de que los “residentes” y, en el caso ODE para cumplimiento, “habitantes” gocen de la posibilidad de reinserción social que, sin embargo, es prevista en nuestra Constitución como finalidad de la pena (artículo 25 CE)³⁰⁸. Exclusión que por esta razón y dada la interpretación que al efecto viene haciendo el TJUE podría ser dudosa³⁰⁹. En España, sin embargo, la prohibición de entrega de nacionales no tiene rango constitucional, tal y como afirma la STC 30/2006, de 30-1³¹⁰. Pese al predicamento de las tesis alemanas contra el principio de reconocimiento mutuo, en nuestra doctrina los Tribunales ordinarios

³⁰² Artículo 12.2.i LOEDE.

³⁰³ Ya se ha dicho que para el TC el examen se limita al deber de motivación, quedando la prescripción extramuros del principio de legalidad extradicional. Y en este sentido, en la STC 191/2009, 28-9 considera suficiente la desestimación que hace de este motivo la AN, partiendo de la inexistencia de obligación legal de denegar la entrega, al considerarse que no estaban prescritos según la ley del Estado de emisión además de por la gravedad y reprochabilidad de los hechos. Sin embargo, en el AAN 7-5-2007, Secc 5ª, orden nº 36/07, se deniega la entrega por estar los hechos prescritos conforme a la legislación española, donde se había seguido procedimiento archivado provisionalmente.

³⁰⁴ Documento del Consejo de la UE 13475/99, 26-11-99 en relación al art. 8.1 del CExtUE.

³⁰⁵ Artículo 12.2. g y h LOEDE

³⁰⁶ Ver AAN Secc 4ª, 19-5-05, orden 58/05, denegatoria de la entrega por razones de territorialidad.

³⁰⁷ Artículo 12.2.f LOEDE

³⁰⁸ En las conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, 6-7-2010, c.306/09, I.B. a la petición de decisión prejudicial planteada por Bélgica alude expresamente a esta finalidad que considera de todo el derecho penal en España, para compatibilizar las garantías del juicio dictado en rebeldía con el derecho a la reinserción social.

³⁰⁹ Ver STJCE 6-10-2009, C-123/08, *Wolzenburg*.

³¹⁰ Argumenta la referida sentencia que “en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma ... no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del TEDH, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio”. Incluso se admite la entrega de nacionales a Francia respecto de hechos anteriores al 1-11-1993, época en que este país no regía la euroorden y no extraditaba nacionales (ver STC 177/2006,5-6).

permanecen completamente ajenos a este debate. De hecho, la entrega de un nacional español a efectos de extradición se acordó mediante Auto del Pleno de la AN de 30-7-1998, avalado posteriormente por el TC en sentencia 87/2000, 27-3, salvo que se aplicase el principio de reciprocidad. Para los defensores de que opere como motivo de oposición, apelan a que la decisión de no entregar no conllevaría la impunidad por la pervivencia del principio *aut dedere, aut punire*, además de verse afectados otros derechos además del de la privación de libertad y que convendría ser considerados en esta decisión, como el derecho a la vida privada y familiar (art. 18 CE)³¹¹ a través de una ponderación del principio de proporcionalidad que tuviera en cuenta la gravedad de los hechos, el grado de vinculación con el territorio y las posibilidades de enjuiciamiento y ejecución en España.

6.5.3 Concurrencia de solicitudes

El artículo 23 LOEDE reproduce básicamente el artículo 16 DM, siendo la AC la competente para resolver la concurrencia de ODEs con solicitudes de extradición, quien lo elevará al Consejo de Ministros y notificará su decisión a la AJ española.

6.5.4 Motivos de condicionamiento

Si bien se accede a la entrega, la resolución incorpora una condición o garantía que el Estado de ejecución debe cumplir en todo caso. En este precepto regulado en el artículo 11 LOEDE no implementa todas las garantías que sí recoge la DM omitiendo toda referencia al supuesto de la rebeldía³¹².

- **Rebeldía**

Este es el supuesto del que el legislador ha prescindido pese a la abundante jurisprudencia del TC a propósito de la posible vulneración indirecta que provocaría la entrega de un sujeto condenado en ausencia, mantenida a partir de la STC 177/2006, 5-6 para los procedimientos de entrega. En la STC 199/2009, 29-9³¹³ esta tesis se aplica pese a que compareció al juicio su abogado, pues el derecho del acusado a estar presente lo considera instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa (puede presar su conformidad, la declaración del acusado se convierte en

³¹¹ Ver LÓPEZ (2007).

³¹² El informe al anteproyecto del CGPJ tan sólo señaló esta omisión. La FGE lo justificó en compromisos bilaterales asumidos por España, concretamente, el acuerdo de 28-11-2000 con Italia considerando zanjada la doctrina del TC recaída frente a los juicios celebrados en ausencia en este país. Sin embargo, el Consejo de Estado la tildó de "drástica" teniendo en cuenta las numerosas objeciones del TC al respecto y advertía de que debía sopesarse cuidadosamente esta cuestión.

³¹³ El TC argumenta la relevancia constitucional de la decisión de acceder a la entrega para cumplimiento de condenas graves dictadas en ausencia del reclamado declarada en reiteradas ocasiones por el TC. Desde la STC 91/2000, 30-3 declaró que la autorización judicial de entrega incondicionada para cumplir una pena impuesta en rebeldía "constituye una vulneración "indirecta" de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana en casos de delito muy grave (SSTC 134/2000, 16-5; 162/2000, 12-6; 156/2002, 23-7; y 183/2004, 2-11). La anterior doctrina ha sido considerada aplicable a la ODE a partir de la STC 177/2006, 27-6. Aunque la DM no la prevea como condición *sine qua non*, es inherente al contenido esencial de un derecho fundamental a un proceso -en este caso extradicional- con todas las garantías y debe ser respetado por la Ley nacional, aunque la DM no obliga imperativamente a los EEMM a establecer dicha condición. Tales conclusiones vendrían sustentadas en la doctrina del TEDH según el TC.

un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, y puede coordinarse la defensa). Sin embargo, el voto particular del Magistrado Pablo Pérez Tremps pone de relieve cómo esta protección sólo puede alcanzar el contenido absoluto de los derechos fundamentales y en este caso va más allá, tanto de la doctrina del TEDH en materia de juicios en ausencia como de las previsiones de la DM 2009/299, que limita la discrecionalidad de la AJ de ejecución al respecto³¹⁴. Máxime cuando no exige la previa denuncia de vulneración de derechos fundamentales al valorar la conducta de un tercer país que sí exige cuando la vulneración se ha producido a nivel nacional. Quizás por ello se haya planteado la cuestión prejudicial sobre la posibilidad de imponer un mayor nivel de protección que el derivado del derecho de la UE³¹⁵.

- **Pena a perpetuidad** (artículo 11.1 LOEDE)

Cubre las exigencias de la jurisprudencia del TEDH citada en Nivel II y TC 91/2000, 30-3 sobre pena a perpetuidad. La pena será inhumana o degradante, no por su duración sino por el contenido material, sin reproche de violación indirecta. Pero a diferencia de la DM, impone la exigencia de prestar garantía en todo caso. Bien la previsión de una revisión de la pena, bien de medidas de clemencia en la práctica las que el reclamado se acoja.

- **Nacionalidad** (artículo 11.2 LOEDE)

Tampoco en este caso efectúa una trasposición fiel de la garantía prevista en el artículo 5.3 DM pues se reduce a los nacionales españoles sin incluir a los residentes, que sí pueden beneficiarse del derecho de retorno en otros EEMM. España sin embargo considera que el regreso puede llevarse a cabo sobre la base de la DM y no del CTPC de 1983, lo que es aplaudido por el Informe de evaluación de España pues no son ambos regímenes asimilables en cuanto a la judicialización, plazos, consentimiento y doble incriminación. En el mismo sentido se pronuncia la STC 37/2007, 12-2, considerando ambos institutos distintos.

6.6 Entrega

6.6.1 Entrega ordinaria

Si finalmente se acuerda la entrega de la persona reclamada, ésta debe materializarse en un plazo máximo de 10 días y con las mismas prórrogas que prevé

³¹⁴ Resulta interesante la STC 123/2009, 18-5 en cuando evidencia un posible supuesto de fraude por las autoridades italianas incumpliendo las condiciones impuestas por España con la entrega. Sin embargo, no entra en su enjuiciamiento pues lo que se examina es el traslado del sujeto nuevamente a España, traslado que consintió.

³¹⁵ Cuestión prejudicial (28-7-11, c-399/11, *Melloni*). Plantea si el nuevo artículo 4 bis (1) de la DM, en la redacción dada por la DM 2009/299, impide a las AAJJ de ejecución someter ésta a la condición de que la condena pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado, la compatibilidad de esta posibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo de los arts. 47 y 48.2 de la Carta, y si estos preceptos, junto con el art. 53, permiten condicionar la entrega otorgando a esos derechos un mayor nivel de protección del que se deriva del derecho de la UE para evitar una interpretación lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese EM..

la DM (artículo 20 LOEDE). Si transcurrido el plazo señalado la entrega no se ha podido llevar a cabo, se deberá decretar la inmediata libertad del reclamado, si estuviere privado de ella, sin perjuicio de que pueda ser objeto de una nueva ODE de detención y entrega. Nótese que la LOEDE es más restrictiva en cuanto a esta prórroga que la DM, pues ésta permite extenderla a los 10 días siguientes “a la nueva fecha acordada”, cuando nuestra Ley refiere el cómputo “a la fecha inicialmente fijada”. La STC 99/2006, 27-3 sostiene que no pueden aducirse razones humanitarias cuando concurren problemas instrumentales de Interpol.

SIRENE-INTERPOL informa a la AJ de emisión de la decisión de ejecución de la ODE y antes de proceder a la entrega se vuelve a constatar la inexistencia de causas judiciales pendientes (con los problemas inherentes de falta de datos centralizados de los procesos penales en España si no consta un atestado previo).

6.6.2 Entrega condicionada o aplazada

Como afirma la STC 95/2007, 7-5, el artículo 21 LOEDE prevé la suspensión de la entrega cuando la persona reclamada tenga un proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto hasta la celebración del juicio o el cumplimiento de la pena. Pero ni éste ni ningún otro permite que la prisión pueda prorrogarse durante el periodo de dicha suspensión, pues en tal caso se introduce como factor decisivo para adoptar la resolución acordada un elemento ajeno a la medida cautelar e incierto e imprevisible para el recurrente: la pendencia de un procedimiento distinto ante la jurisdicción española.

Si el sujeto del que se pide la entrega tiene una causa pendiente en España, la AN sólo suspende la entrega para que depure las responsabilidades en nuestro territorio si por dicha causa tiene acordada la prisión provisional por los problemas en cuanto al plazo de prisión advertidos por el TC y el riesgo de fuga de permanecer en libertad.

7 Dificultades surgidas en su aplicación

- **Desconocimiento e infrautilización**

Muchos han sido los esfuerzos para dar a conocer la Euroorden en España y estimular su utilización destacados en el Informe de evaluación de España. Además de llamar la atención el alto grado de incumplimiento del deber de remitir copia al MJ, su uso se concentra en órganos judiciales que conocen o están especializados en delincuencia organizada transnacional. Sin embargo, estudios de campo evidencian el escaso empleo de esta herramienta una vez que el sujeto a huido de la acción de la justicia si no consta expresamente que lo haya hecho al extranjero, siendo alarmante

el grado de desconocimiento de su funcionamiento por los juzgados de la periferia de Madrid³¹⁶: un 97 % en el año 2006.

- **La cosa juzgada de una denegación**

La DM deja claro que puede ir referida a hechos anteriores por tratarse de normas procesales³¹⁷. Se plantea en tal supuesto el efecto de cosa juzgada de una extradición previamente denegada. Ya desde el Auto 60/2004, de 3-6, la AN resolvió que el instituto de la cosa juzgada material o prohibición del *non bis in idem* no puede predicarse 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). Y una denegación extradicional carece de eficacia de cosa juzgada material respecto de una petición de detención y entrega en el marco de la llamada euroorden, sin perjuicio de que siempre que concorra la misma causa denegatoria de la entrega la resolución sea igualmente denegatoria por falta de un mismo presupuesto habilitante. Nuestro TC, en SSTC 37/2007, 2-2; 83/2006, 13-3 y 177/2006, 5-6, participa de la tesis mayoritaria en la AN, negando eficacia de cosa juzgada a las resoluciones extradicionales, pudiendo en determinados supuestos ser sustituidas por otras, bastando en principio con que hubiera mediado una mínima mutación de la *causa petendi* (por ej. entrega denegada a efectos de enjuiciamiento y reiterada para cumplimiento de condena), pasando en la primera de las citadas a establecer un criterio jurisprudencial claro al respecto, al no existir una condena o absolución en el procedimiento de entrega de sujetos. Sin embargo, tras la STC 120/2008, 13-10, que otorga amparo por haber incurrido la AN en error al examinar la anterior extradición denegada, dicta nuevo Auto la Secc 4ª, de 19-11-08 estimando cosa juzgada (denegación en que se apreció indulto, prescripción y rebeldía).

- **Reforma inevitable**

La entrada en vigor de la DM 2009/299va a obligar modificar la LOEDE antes del 28-3-2011³¹⁸. Aprovechando la necesidad de reforma se ha aconsejado una redistribución de funciones dentro de la AN para dotar al procedimiento de mayores garantías de inmediatez y recursos. Y se otorgue amparo legal a la posibilidad de que la primera comparecencia del detenido en España como consecuencia de una ODE se haga en el lugar de detención a través de videoconferencia, limitada a la legalización y

³¹⁶ Estudio en la Comunidad de Madrid realizado por el Colegio de Abogados con el auxilio de la REJUE. El seguimiento fue realizado por Rosa Bedregal, Coordinadora Comisión de Relaciones con la Administración de Justicia del Colegio de Abogados de Madrid.

³¹⁷ Así lo entiende la STJCE 12-8-2008, (C-296/08), *Santesteban Goicoechea*, que aborda la relación de la ODE con el resto de instrumentos extradicionales. Dada la disposición transitoria del artículo 32 DM, que permite seguir aplicando la extradición por hechos cometidos antes del 7-8-2002, nada impide que incluso pueda aplicarse el Convenio de Dublín de 27-09-1996, pese a que la entrada en vigor se ha producido después de la entrada en vigor de la ODE. Sólo se sustituyen los convenios cuando el régimen de la ODE sea aplicable. También señala la compatibilidad con otros instrumentos que permitan ir más allá de los objetivos de la DM, simplificando o facilitando la entrega de personas.

³¹⁸ El artículo 2 de la DM 2009/299 introduce un nuevo artículo 4 bis en la DM 2002/584 y suprime el apartado 1 del artículo 5 de la LOEDE. El punto d) del formulario de ODE es sustituido por uno nuevo.

a determinar si presta el consentimiento para su entrega. El coste económico del traslado inmediato es muy alto y dispara el peligro de ser interceptado durante el mismo³¹⁹.

Santander, 5 de marzo de 2010.

³¹⁹ Estas recomendaciones se efectuaron por un grupo de expertos en el último Encuentro de la REJUE en el que convergieron miembros de SIRENE-INTERPOL, MJ, Eurojust, AN y REJUEs.