

Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea

BEATRIZ GARCÍA SÁNCHEZ

Profesora Titular (i) de Derecho Penal
de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. Antecedentes.–2. Concepto.–3. Fundamento y naturaleza.–4. Algunos problemas prácticos por la puesta en aplicación de las normativas sobre «Euroórdenes». A) No entrega por falta de garantías (Rebel-
día, penas o tratos inhumanos o degradantes, tribunales de excepción, delitos políticos o militares). a.1) Principios sometidos a determinadas garantías que *debe* ofrecer el Estado emisor (art. 5 de la Decisión marco). a.2) Garantías ausentes en la Decisión marco. B) Principio de entrega de nacionales. C) Principio de irretroactividad desfavorable. D) Principio de doble incriminación. Recapitulación. E) Principio de reciprocidad en la «Euroorden». Problema constitucional español. F) Falta de armonización y homogeneidad en las legislaciones de los Estados miembros a la hora de transponer la Decisión marco.–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES

El objeto de este trabajo se va a centrar en el análisis de algunas de las dificultades con las que ya se han encontrado los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación práctica del instrumento que se ha calificado por muchos como «novedoso» en la cooperación judicial internacional en la lucha contra el crimen: me estoy refiriendo a la denominada «euroorden» o normativamente *orden europea de detención y entrega*.

Para comprender las dificultades que presenta esta institución, voy a explicar de manera resumida los orígenes, la finalidad y el fundamento de este instrumento de cooperación jurídica internacional, que

surge para la entrega de presuntos delincuentes o ya condenados entre los Estados miembros de la Unión Europea, y que viene a sustituir los tradicionales procedimientos de extradición que estaban vigentes entre estos Estados en virtud de los distintos Convenios Europeos que se han ido formulando desde 1957.

La «euroorden» u *orden de detención y entrega europea* se articula en virtud de la Decisión Marco de 13 de junio de 2000 (DOCE L 190 de 18 de julio de 2002), esto es, en virtud de una fuente novedosa del Derecho europeo con efecto obligatorio pero que carece del efecto directo (1); por ello, los Estados de la UE están obligados a incorporar dicha norma en sus ordenamientos en los términos estipulados en dicha Decisión marco, la cual deja en determinados puntos un gran margen de maniobra a los Estados. Este instrumento se consigue gracias a la labor intensa realizada por España, Francia, Alemania y Dinamarca en la lucha contra la criminalidad. El interés de los Estados europeos se centraba en la búsqueda de nuevos instrumentos de cooperación jurídica internacional más rápidos, ágiles y eficaces que sustituyeran a los procedimientos tradicionales de la extradición, debido fundamentalmente a la crisis que rodeaba a esta última institución (2).

Crisis de la institución de la extradición que venía dada por el complejo procedimiento que suponía la entrega de presuntos delincuentes o de ya condenados que se hallaban en un país, a otro Estado que lo reclamaba para juzgarlo o condenarlo. Procedimientos lentos que en muchas ocasiones suponía frustrar la realización de la justicia o la finalidad última de la extradición que era impedir la impunidad por el traspaso de las fronteras; por ejemplo, en algunos casos, debido a la dilación del procedimiento, se tenía que poner en libertad a un sujeto por haber transcurrido el plazo máximo de la prisión preventiva sin que se hubiera dictado una resolución ya sea denegatoria o ya sea de concesión de la extradición (3).

(1) Cfr: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 3, quien apunta que la causa de adoptar una Decisión marco fue el fracaso de la armonización a través de las Directivas que situaban la materia en el seno del primer pilar; así se optó por la armonización a través del tercer pilar.

(2) Cfr: Sobre los orígenes y antecedentes de la orden europea de detención y entrega, GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 405 a 418.

(3) Cfr: VIDAL FERNÁNDEZ, B., «De la Asistencia Judicial Penal en Europa», en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 38 a 55, quien apunta las causas de la crisis de la institución:

Por ello, los Estados apostaban por su eliminación o sustitución por otros instrumentos en los que se agilizaran los procedimientos y se suprimieran determinados obstáculos, principios o requisitos a los que se sometía la entrega. Así se abogó por la sustitución del principio de petición que presidía los procedimientos extraditorios por el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales al que aludiré en páginas posteriores, y a fortalecer los derechos de la persona reclamada.

No hay que olvidar, que si bien es cierto que la «euroorden» se estaba gestando por los Estados desde el Consejo Extraordinario de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999 donde se proclamaba el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en materia de justicia e interior, la razón de su rápida adopción por una Decisión Marco de 13 de junio de 2002 fue lo ocurrido en EEUU en septiembre de 2001, esto es, los atentados contra las Torres Gemelas en Nueva York y contra el edificio del Pentágono en Washington el 11 de septiembre (4). Estos acontecimientos tuvieron una repercusión mundial en la medida en que produjo una especial sensibilización tanto en la sociedad como en los Estados respecto a la persecución a nivel internacional de los actos terroristas. Aquí es donde se puede enmarcar la adopción de este «novedoso» instrumento de cooperación jurídica internacional.

Por tanto, se puede concluir que la finalidad de este instrumento, además de los fundamentos que apuntaremos a continuación, se centra en la supresión de los procedimientos extraditorios entre los Estados miembros tanto respecto de los condenados como de los aún no juzgados, y sustituirlos por un nuevo procedimiento más rápido y ágil al suprimirse determinados requisitos del Derecho Extradicional (5).

la inoperancia en el espacio judicial europeo y la nueva criminalidad a la que había que hacer frente en el ámbito europeo, la organizada. Todo ello, apunta dicha autora, imponía la necesidad de incrementar el grado de colaboración entre los Estados miembros y de evolucionar de la cooperación jurídica internacional a la integración o coordinación.

(4) *Cfr.* Sobre el camino hacia la «euroorden» desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003, pp. 75 a 79; GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 405 a 418.

(5) En los Considerandos de la Decisión Marco se establece: «*Conforme a las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999, y en particular el punto 35, conviene suprimir entre los Estados miembros el procedimiento formal de extradición para las personas que eludan la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme y acelerar los procedimientos de extradición relativos a las personas sospechosas de haber cometido un delito*».

Así también se establece en la Exposición de Motivos de la Ley española 3/3003 que desarrolla la Decisión Marco de 13 de junio de 2002:

«(...) primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones de Tampere. (...) En este contexto los mecanismos tradicionales de cooperación judicial tienen que dejar paso a una nueva forma de entender las relaciones entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza (...). La presente ley tiene por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión marco establece para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la Justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme. (...) Se trata, por tanto, de una ley que introduce modificaciones tan sustanciales en el clásico procedimiento de extradición que puede afirmarse sin reservas que éste ha desaparecido de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. El procedimiento de entrega que se aplicará en su lugar permitirá a partir de ahora que esta forma de cooperación judicial directa opere de manera eficaz y rápida, entre Estados cuyos valores constitucionales se basan en el respeto de los derechos fundamentales y en los principios democráticos.»

Ya desde esta delimitación breve realizada de la «euroorden» se pueden detectar algunos problemas que presenta este nuevo marco normativo, teniendo en cuenta que los procedimientos de extradición vienen a garantizar los derechos fundamentales de los individuos incurso en ellos, y su lentitud y complejidad se explicaba porque los órganos jurisdiccionales de los Estados requeridos tenían que analizar si se respetaban o no esos derechos. Así cabría preguntarse, ya desde el comienzo, si la sustitución de los procedimientos de extradición, en aras a la agilización, no supondría una relajación de garantías en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales de las personas reclamadas (6). Y es aquí donde se han planteado, ya en la práctica, estos problemas. Me refiero sobre todo a la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de julio de 2005, a la que aludiré con posterioridad.

(6) En este sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 412 a 413.

2. CONCEPTO

El artículo 1.1 de la Decisión marco nos ofrece el concepto de este «nuevo» instrumento de cooperación jurídica internacional:

«La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.»

El mismo artículo en su apartado 3 señala que dicha Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión.

El artículo 1 de la Ley española 3/2003 transcribe literalmente dicho precepto de la Decisión marco:

«La orden de detención europea (en adelante, la orden europea) es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.»

A mi juicio, de la lectura del concepto de *orden de detención y entrega europea*, se puede interpretar que este presunto nuevo instrumento de cooperación jurídica internacional no se distingue del tradicional procedimiento de extradición entre Estados miembros, en cuanto finalidad, fundamento y naturaleza; esto es, constituye un instrumento de cooperación jurídica internacional que pone en relación a dos Estados, cuya finalidad es la entrega de una persona por parte de un Estado a otro para ser juzgado en este último Estado o para cumplir la condena en el Estado emisor de la orden de ejecución (7).

(7) En este sentido, KRESS, C., «Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag. Ein Rückblick auf die ausserordenentliche Strafrechtslehrer-tagung am 7. und 8. November 2003 in Dresden», en *ZStW*, 116 (2004), pp. 462, quien afirmó que la euroorden es una forma simplificada de extradición y no suponía una revolución en Derecho Extradicional. En España también, SANZ MORÁN, A. J.: «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 81 a 90, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, p. 95; DE HOYOS SANCHO, M., «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judi-*

Si bien hay que advertir que la terminología empleada es totalmente distinta de la utilizada para la extradición: ya no se trata de Estado requirente y requerido, sino de Estado emisor y Estado de ejecución. También algunos principios tradicionales de la extradición, como trataré con posterioridad, sufren cambios en su regulación como por ejemplo, la supresión de la doble incriminación.

Pese a estos cambios en la denominación de sus componentes, los elementos, tanto objetivos como subjetivos, de la extradición siguen subsistentes en la «euroorden». Por lo que se refiere a las características subjetivas, la «euroorden» consiste también en la reclamación de una persona física de un Estado a otro por razones penales. En la «euroorden» también siempre se pone en relación a dos Estados soberanos: el Estado emisor, que es aquél que solicita la entrega de la persona reclamada; y el Estado de ejecución que es aquél al que se solicita la entrega y bajo cuya jurisdicción se encuentra el sujeto reclamado.

Por lo que toca a las características objetivas de la extradición, también se puede constatar que pueden ser trasladadas ahora para la institución de la *orden europea de detención y entrega*. Por un lado, cabe destacar que el sujeto reclamado se encuentra físicamente bajo la jurisdicción del Estado de ejecución y como consecuencia del principio de respeto de las soberanías ajenas y del principio de territorialidad vigentes en el espacio europeo en la actualidad, el Estado emisor no lo puede detener, por lo que es necesario acudir a este mecanismo de auxilio jurídico internacional, para juzgarle o condenarle en dicho Estado. De ahí que en la Decisión marco se exija, al igual que para los procedimientos de extradición, la existencia de una pretensión penal por parte del Estado emisor [art. 8.1 c) de la Decisión marco], que se constatará por el hecho de que en la orden de detención europea deberá indicarse la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2 de la Decisión marco. Finalmente, hay que señalar que la orden europea de detención y entrega constituye, al igual que la extradición, un procedimiento reglado para

cial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega, Valladolid, 2005, pp. 217 a 222; GONZÁLEZ LECUONA, M.^a M.: «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, pp. 1 a 5, hasta el punto de que dicha autora denomina a estos procedimientos de «euroextradiciones» o procedimientos rápidos de extradiciones, ya que el carácter cuasiautomático e inmediato de estos procedimientos se refieren a la detención pero no abarca la entrega puesto que ésta no va precedida de una mera orden sino de un procedimiento.

conseguir la aprehensión de delincuentes, esto es, un acto jurídico sujeto a requisitos legales, a los que los Estados intervinientes deben someterse (art. 1.2 de la Decisión marco).

Este es a mi juicio, el planteamiento que se puede llevar a cabo sobre el concepto de la *orden de detención y entrega europea*. No obstante, tanto desde la política como incluso en la propia Decisión marco y en la Ley española 3/2003, se parte de una premisa contraria, esto es, se señala y se insiste en la novedad que supone la asunción de este instrumento respecto al sistema tradicional de extradición (8). Ahora la base jurídica se encuentra en el principio de reconocimiento mutuo, casi automático, de las resoluciones judiciales (9), el cual vendría a sustituir al principio de petición que rige en los procedimientos de extradición.

La Exposición de Motivos de la Ley 3/2003 apunta que:

«Este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión, la orden europea de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta. De la misma forma, la autoridad judicial competente en España deberá proceder a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado miembro».

En mi opinión, no creo que rija para la «euroorden» el principio de reconocimiento automático de resoluciones judiciales, al menos en su versión amplia, que sería la nota distintiva de este instrumento frente a la tradicional extradición, y ello porque la ejecución de la orden europea también está sometida a obstáculos a través de la articulación de

(8) También en la doctrina existen posturas que defienden el cambio que supone la adopción de este instrumento. En este sentido: CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, Sevilla, 2003, pp. 70 a 71; ARANGÜENA FANEGO, C., «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pp. 14 a 15 y 94 a 95. A pesar de ello, dicha autora considera trasladable a los procedimientos de entrega la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los procedimientos extradicionales, *Ibidem*, p. 77, e incluso la posibilidad de recurrir en amparo ante una orden de ejecución dictada por un tribunal español, pese a no preverse en la Decisión marco ningún tipo de recurso, *Ibidem*, p. 82.

(9) El Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de febrero de 2004, también ya ha insistido en esta idea del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales que preside a este nuevo instrumento de auxilio jurídico internacional y que lo diferencia del método de la extradición.

requisitos legales, que deben ser examinados por parte de la autoridad judicial de ejecución para tomar la decisión sobre dicha ejecución o entrega (10). Y a mi entender, además, ésta es la postura correcta, la adopción del principio de reconocimiento mutuo o automático de decisiones judiciales en un proyecto, en la actualidad, demasiado ambicioso (11), como trataré de explicar a continuación.

3. FUNDAMENTO Y NATURALEZA

A) **Fundamento**

El principal fundamento de este instrumento de colaboración penal internacional es común para los distintos instrumentos existentes en dicho ámbito, esto es, la lucha contra la impunidad o la lucha contra la delincuencia. Es por tanto, un mecanismo de auxilio jurídico internacional que pone en relación a dos Estados y están a su vez implicados los individuos. Lucha contra la impunidad a través del traslado de individuos de un Estado a otro para que sean juzgados o que cumplan la pena en este otro Estado y que el traspaso de fronteras no constituya un obstáculo en esta lucha contra el crimen; en este punto, en nada dista del tradicional instrumento que constituye la extradición (12).

No obstante, la finalidad concreta de la creación de este «nuevo» instrumento de cooperación jurídica internacional en la lucha contra la delincuencia era la de suprimir el procedimiento de extradición, que parte tanto de la doctrina científica como desde los Estados, sobre todo en el marco de la Unión Europea. Para estos sectores con la extradición se duplica el control judicial: por un lado, el del Estado requirente, que pretende bien el enjuiciamiento bien el cumplimiento de la condena; y, por otro lado, el del Estado requerido, que examina si la

(10) De esta misma opinión parecen decantarse, BUENO ARÚS, F. / DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, pp. 232, 233 y 235 a 236. También en DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «Algunas consideraciones sobre la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición», en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2003.

(11) En este sentido, GONZÁLEZ LECUONA, M.^a M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, pp. 5.

(12) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, p. 420.

demanda de extradición está bien fundada (13). Por ello, abogan por la supresión de este último control judicial, dando lugar a la «euroorden» que consistiría, en un principio, en un mero traslado de un individuo de un Estado a otro, esto es, en una mera entrega administrativa o policial. Esta era la postura que en un principio se planteó tanto a nivel europeo como nacional.

La voluntad de la Decisión marco es, por tanto, instaurar un nuevo mecanismo de cooperación jurídica internacional que supere todas las dificultades con las que se encontraba la extradición y distinto de éste.

Esta supresión de la extradición y su sustitución por una simple entrega se fundamentaría, a su vez, en la *confianza plena* y mutua en la estructura y funcionamiento de los respectivos sistemas judiciales penales y en el respeto a las garantías de un proceso justo, *reconociendo plenamente la eficacia de las resoluciones judiciales penales*, y creando así un espacio común en materia penal. Ello es así porque se parte de la premisa de que todos los Estados miembros son Estados democráticos de Derecho y todos respetan las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (14).

Sin embargo, como apunta acertadamente Vogel, «considerada detenidamente, la confianza abstracta en las acciones penales con arreglo a Derecho en el Estado requirente es una condición fundamental en todo expediente de extradición, pero la presunción de que cada acción penal concreta en cada caso específico se ejerce con arreglo a derecho sería por el contrario ajena a la vida real y expresión de una confianza ciega que vendría abajo en una especie de suposición irrefutable del respeto a las garantías del Estado de Derecho en acciones penales ajenas (...). En consecuencia, el principio de reconocimiento no puede conducir a que en cada caso concreto no se proceda a efectuar un examen de las acciones penales ejercidas por el Estado requirente con arreglo al orden público nacional o internacional y los derechos humanos y fundamentales nacionales e internacionales. Esto equivale a decir que el Estado requerido también tiene la responsabilidad de que se mantenga dicho examen. El Estado requerido se sustrae de asumir esta corresponsabilidad si reconoce de manera incondicio-

(13) *Cfr.* estas opiniones en CUERDA RIEZU, A., «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen III, Universidad del País Vasco, 1999-2002, p. 193.

(14) *Cfr.* este argumento en VOGEL, J., «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001, p. 175.

nal y sin someter a examen, o sea, automáticamente, la acción penal ejercida por el Estado requirente con arreglo al principio de asimilación» (15).

El fundamento de la técnica de la «euroorden», como se sostuvo en la sesión del Consejo de Tampere, es el reconocimiento mutuo o recíproco de resoluciones judiciales (16). De conformidad con este principio, las autoridades judiciales de un Estado reconocen o asumen como si fuera propia y sin necesidad de sustituirla por una decisión del órgano propio, si concurren determinados requisitos establecidos por un tratado internacional o por una ley, una resolución dictada por las autoridades judiciales de otro Estado (17); ello se fundamenta en la idea de equivalencia y en la idea de confianza en el sistema de justicia de los otros Estados (18), como indica el apartado 10 del Preámbulo de la Decisión marco. También la Ley española 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, en la Exposición de Motivos define lo que debe de entenderse por reconocimiento mutuo en esta materia:

(15) VOGEL, J., «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001, pp. 187 a 188; el mismo, «Abschaffung der Auslieferung? Kritische Anmerkungen zur Reform des Auslieferungsrechts in der Europäischen Union», en *JZ*, 2001, pp. 937 a 945, donde advierte de los riesgos de una confianza ciega que se rebaje a una especie de presunción incuestionable de la jurisdicción de la persecución penal extranjera, recordando que ello ni siquiera sería posible en el ámbito interno, pues en otro caso habría que renunciar al sistema de recursos.

(16) *Cfr.* sobre los orígenes del principio de reconocimiento mutuo y su plasmación normativa GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 1 a 3, quien, a pesar de detectar los defectos de su adopción, afirma la necesidad de adoptar un instrumento que permita las entregas de sujetos reclamados; apunta también que la razón de la adopción del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la Unión, aparte de la creación del mercado único, fue el fracaso en la armonización de las legislaciones penales y procesales.

(17) En este sentido, *cfr.* CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 84 a 85, quien afirma que «en lo que sí se ha producido una transformación verdaderamente notable es en el nuevo fundamento jurídico que sirve de base a la técnica de la «euro-orden», que es (...) el principio de reconocimiento mutuo o del reconocimiento recíproco (artículo 1. 2 de la Decisión marco)».

(18) En este sentido, DELGADO MARTÍN, J., «El principio de reconocimiento mutuo: Un paso más en la cooperación judicial internacional», Exposición realizada por dicho autor en La Rábida, Huelva, dentro del Curso de la UIA titulado «El principio de justicia universal en la persecución de los crímenes contra la humanidad», 20-24 de agosto de 2001.

«La aplicación del principio de reconocimiento mutuo determina que, recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma prácticamente automática, sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno. De esta forma los motivos por los que la autoridad judicial puede negarse a la ejecución están tasados en el texto de la ley y su naturaleza permite una apreciación objetiva por parte de la autoridad judicial. Desaparecen, por tanto, motivos de denegación habituales en los procedimientos extradicionales, como los relativos a la no entrega de nacionales o a la consideración de los delitos como delitos políticos.»

Este principio de reconocimiento mutuo de decisiones jurisdiccionales, en el que se asienta la «euroorden», vendría a sustituir principios tradicionales de Derecho Internacional en el que se sustentaba la extradición como el principio de petición o colaboración (19). Mediante el principio de petición un Estado soberano solicita a otro la práctica de un acto jurídico y éste que recibe la petición decide si le da curso o no. Si decide darle curso, el Estado requerido hace un acto de sustitución, emana una decisión por su órgano interno que es la que va a cumplir el Estado; no va a cumplir la orden de un tribunal extranjero sino que va a examinar que se reúnen las circunstancias o los requisitos que exige su propia legislación, y su órgano interno, va a dictar una decisión que es la que va a ejecutar. Mediante el principio de recono-

(19) En este sentido, DELGADO MARTÍN, J., «El principio de reconocimiento mutuo: Un paso más en la cooperación judicial internacional», Exposición realizada por dicho autor en La Rábida, Huelva, dentro del Curso de la UIA titulado «El principio de justicia universal en la persecución de los crímenes contra la humanidad», 20-24 de agosto de 2001. En cambio, desde otra perspectiva, VOGEL, J., «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001, pp. 185 a 186, apunta que la legislación en materia de extradición se ha sustentado desde siempre en un principio de reconocimiento, pues al conceder la extradición el Estado requerido, éste reconoce al mismo tiempo la acción penal del Estado requirente como base de su propia actuación. No obstante, reconoce dicho autor, que el principio de reconocimiento tiene sin duda otro significado tal y como se define en los actuales instrumentos internacionales; este principio significa, ahora, que la acción penal ejercida por el Estado requirente debe reconocerse incondicionalmente y sin someterse a examen, lo que equivale a un reconocimiento automático. Opina dicho autor, que un principio de reconocimiento de alcance tan amplio requiere una discusión y una fundamentación más detallada, sobre todo a la vista de que la administración de justicia penal en la UE sigue siendo esencialmente competencia de los Estados miembros.

cimiento mutuo de decisiones judiciales, en el tema que ahora nos ocupa, un Estado soberano reconocería y ejecutaría automáticamente la decisión judicial de otro Estado asumiéndola como propia (20).

Esta visión de la «euroorden» es por la que abogaban algunos autores, que creían necesaria la implantación de una mera entrega, incluso de una mera entrega policial sin intervención de las autoridades judiciales del Estado requerido (21). Pero según se desprende, en mi opinión, del modelo finalmente adoptado en la Decisión marco de 13 de junio de 2002, la «euroorden» no supone la plasmación del principio de reconocimiento mutuo tal y como lo he definido hasta ahora y como se pretendía establecer en un principio, es decir, de manera amplia (22).

(20) La mayoría de la doctrina española, a diferencia de la alemana, acogió de manera positiva el principio de reconocimiento mutuo, la supresión de la doble incriminación y, en definitiva, este novedoso instrumento de cooperación jurídica internacional, entre otros, *cfr.* FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero/abril, 2003, pp. 70 ss.; DELGADO MARTÍN, J., «La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, 2003, pp. 288 ss.; DEL POZO PÉREZ, M., «La Orden de Detención y Entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», en *La Ley*, de 10 de enero de 2005, pp. 1 a 24, aunque es partidaria del principio de reconocimiento mutuo automático de las decisiones judiciales, constata que esto es sólo un deseo pues hay problemas para llevarlo a la práctica con todas sus consecuencias debido sobre todo a la falta de armonización; no obstante, reconoce que la «euroorden» es todo un avance de cara a implantar este principio.

(21) En este sentido, entre otros, DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La detención preventiva a efectos de extradición en el marco de la Unión Europea», en BARBERO SANTOS, M. (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional. Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca, 1997, p. 60.

(22) En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M., «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 226 a 236, para quien se ha implantado un concepto restrictivo del principio de reconocimiento mutuo, rechazándose el concepto amplio, esto es, la autoridad judicial de ejecución debe analizar si se dan o no las causas de denegación y, en caso afirmativo, denegar la entrega; apunta dicha autora que la razón de adoptarse el principio de reconocimiento mutuo restringido es la falta de armonización en las legislaciones penales y procesales de los Estados miembros; GONZÁLEZ LECUONA, M.^a M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, pp. 2 a 7. En contra, FONSECA MORILLO, F. J., «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 14, enero-abril 2003, pp. 70 y 72: aunque dicho autor al analizar los impedimentos que regula la Decisión marco para ejecutar una orden de detención y entrega habla de excepciones al principio de reconocimiento mutuo, *ibidem*,

Según el sistema implantado, es necesaria la intervención de órganos jurisdiccionales tanto en el Estado emisor como en el Estado ejecutor. Además los órganos jurisdiccionales del Estado de ejecución deben revisar las decisiones judiciales de los tribunales extranjeros para ver si cumplen o no con determinados requisitos a los que se condicionan la entrega según dicha normativa y, en consecuencia, emitir una resolución al respecto sobre si es viable o no la ejecución de dicha orden europea, por lo que no proceden a un reconocimiento automático de toda decisión extranjera (23). Sistema que no resulta muy novedoso respecto a lo establecido en la extradición en los últimos Convenios europeos sobre la materia, por ejemplo, en el Acuerdo de Schengen de 1985, en el que se suprime el sistema de petición entre los Gobiernos por el sistema de petición entre los órganos jurisdiccionales exclusivamente (24).

Por todo ello, a mi juicio, en el instrumento adoptado por la Decisión marco de 13 de junio de 2002 se incurre en una contradicción: por un lado, se afirma y reafirma el fundamento de la orden de detención y entrega europea, esto es, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; pero por otro, se establece un sistema similar, si no igual, que el regulado para la extradición al someter a examen jurisdiccional una decisión extranjera (25).

No obstante, en mi opinión el sistema finalmente adoptado me parece el correcto, en cuanto a la no implantación del principio de reconocimiento mutuo de manera amplia y automático de decisiones judiciales

p. 82. En similar sentido, CALAZA LÓPEZ, S., «El Derecho a la Libertad y la Detención en el ámbito interno e internacional», 2003/2004, en www.us.es/cidc/Ponencias.

(23) En este sentido, CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 86 a 88, de ahí que afirme que con la «euro-orden» también rige el principio de petición entre autoridades judiciales, cuestión que le parece correcta, esto es, incide en la necesidad de un control judicial por parte de las autoridades de ejecución.

(24) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 420 a 424.

(25) En este sentido, GONZÁLEZ LECUONA, M.^a M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, p. 7. En cambio, CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 89 a 92, afirma que aunque el objetivo sea el mismo que en la extradición, el fundamento, la base normativa y los procedimientos son distintos en la «euro-orden»; así el fundamento se centra en el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales; la base normativa en la «euro-orden» la constituye la Decisión marco y no los Tratados; y el procedimiento en la «euro-orden» es exclusivamente jurisdiccional.

en materia penal en el ámbito de la Unión –no en cuanto a la regulación finalmente adoptada en algunos aspectos–, pues su plasmación es todavía, a mi juicio, un proyecto demasiado ambicioso (26). En este sentido, comparto algunas de las críticas que se han vertido sobre el reconocimiento mutuo por parte de la doctrina alemana en el sentido de que dicho principio sólo puede ir precedido o presupone la armonización del derecho subyacente y sólo puede tener éxito en aquel ámbito en el que el Derecho material está armonizado o unificado (27).

(26) En la doctrina alemana también se formularon críticas respecto de este principio de reconocimiento mutuo. En este sentido, en el año 2002, 90 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 la Fiscalía europea», *cf.* al respecto CUERDA RIEZU, A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. Posteriormente, mediante las ponencias presentadas a la reunión extraordinaria de penalistas alemanes celebrada en Dresde los días 7 y 8 de noviembre de 2003, publicadas en *ZStW*, fascículo segundo de 2004 titulado «Die Europäisierung der Strafverfolgung. Rechtsstaatliche Voraussetzungen, Grenzen und Alternativen», se realiza una crítica rotunda al principio de reconocimiento mutuo. En un sentido crítico se mostraron entre otros: SCHÜNEMANN, B., «Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung», pp. 376 a 399; FUCHS, H., «Bermerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen», pp. 368 a 371. *Cf.* los argumentos a favor y en contra del principio de reconocimiento mutuo vertidos por la doctrina penalista alemana en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 2 ss y en SANZ MORÁN, A. J., «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 81 a 90, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005. Como señala este último autor, p. 89, ante estas críticas en la doctrina alemana, veintitrés penalistas alemanes suscribieron un texto (al que luego se sumaron un total de 123 penalistas), tras una reunión en 2003 en Bayreuth, imputando al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en el ámbito penal la vulneración de determinados derechos de los ciudadanos básicos e instando incluso al legislador alemán a que no transformara en derecho positivo interno aquellas Decisiones marco en las que pudiera constatarse una tal vulneración, como sucedería con la supresión del principio de doble incriminación. Dicha doctrina alemana también queda reflejada por DEMETRIO CRESPO, E., «El Caso Darkazanli (Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de detención Europea)», en *La Ley*, de 15 de marzo de 2006. Argumentos de dicho texto recogidos por SCHÜNEMANN, B., «Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU», en *GA*, 2004, p. 207, quien fue uno de los redactores, y traducido parcialmente el documento por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, p. 4.

(27) En este sentido, FUCHS, H., «Bermerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen», *ZStW*, 2004, pp. 368 a 369; SCHÜNEMANN, B.,

Ahora bien, se han vertido otras críticas en las que en absoluto estoy de acuerdo. Así, por ejemplo, se ha aludido por parte de algún autor alemán al déficit democrático del que adolecen las instituciones europeas para implantar normas de naturaleza penal o procesal y, por tanto, el déficit democrático que supone la adopción del principio de reconocimiento mutuo a través de la Decisión marco; en este sentido, Schünemann ha expresado que «el principio democrático garantiza al ciudadano que básicamente sólo puede ser privado de su libertad, en cuanto enemigo de la sociedad, de acuerdo con aquellas leyes penales a cuya elaboración ha podido contribuir en cuanto ciudadano activo» (28), aplicándose estas consideraciones críticas a la Decisión marco sobre la «euroorden». Respecto a estas cuestiones, efectivamente creo que al Parlamento Europeo se le debería conceder mayores atribuciones en materia legislativa y un mayor protagonismo en paralelo con los parlamentos nacionales, aunque, a mi juicio, dicho déficit democrático quedaría salvado por el hecho de que los parlamentos nacionales tienen que aprobar las leyes de transposición de la Decisión marco. Pero, por otro lado, no comparto la idea de que un ciudadano no pueda ser sometido a una ley penal en la que él no haya participado en su proceso de aprobación, pues con tal afirmación estaría-

«Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU», en *GA*, 2004, pp. 193 a 209. En España, en este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 2 ss; DE HOYOS SANCHO, M., «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 215 a 222; GONZÁLEZ LECUONA, M.^a M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, p. 5.

(28) SCHÜNEMANN, B.: «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsetwurf auf schiefer Ebene», en *ZRP*, 2003, pp. 185-189, quien incluso ha afirmado que el principio de reconocimiento mutuo es «un lobo con piel de cordero» o como «un caballo de Troya», e incluso ha llegado a afirmar que si el Parlamento alemán transpusiera la Decisión marco se convertiría en un «lacayo de Bruselas», traducido por SANZ MORÁN, A. J.: «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 86-87, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, p. 87, quien también concluye que resulta imprescindible que el Parlamento Europeo asuma funciones legislativas tal y como lo hacen los parlamentos nacionales. Al respecto señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, p. 7, que «la subsanación del déficit democrático no tiene por qué pasar por la instauración de una democracia estatal; la conformación de una adecuada democracia supraestatal (federal) puede suponer el paso decisivo para erradicar definitivamente dicho déficit».

mos negando el principio de territorialidad de la ley penal, o el sometimiento de los extranjeros a la ley penal que infrinjan (29).

Sin embargo, es curioso y a mi juicio criticable, que dichos autores alemanes conectan esa falta de legitimación democrática, exclusivamente, con la entrega de sus nacionales que no han participado en la elaboración de las leyes del país que lo reclaman y puede que no sea delito en Alemania; dicha entrega, en opinión de esta doctrina alemana, iría en contra de los principios esenciales del Estado de Derecho por esa falta de legitimación democrática (30).

En tercer lugar, se ha criticado que la Decisión marco supone la prevalencia del orden penal más punitivo y represivo –entre otras razones por la supresión del principio de doble incriminación–, evitando cualquier laguna de punibilidad (31). Esta crítica se conecta a mi juicio con la supresión de la doble incriminación y la falta de armonización en materia penal y procesal que son las principales críticas y obstáculos para implantar el principio de reconocimiento mutuo (32).

De Hoyos Sancho explica las razones por las que quizás se han vertido tan fuertes críticas por la doctrina alemana contra el principio de reconocimiento mutuo y sus consecuencias, como es la supresión de la

(29) En este sentido, DEITERS, M.: «Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, 10, p. 360; GLESS, S.: «Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116 (2004), p. 360, citados ambos autores por DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, p. 231, quien también comparte esta crítica a Schünemann.

(30) *Cfr.* SCHÜNEMANN, B.: «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsetwurf auf schiefer Ebene», en *ZRP*, 2003, pp. 185-189.

(31) En este sentido, SCHÜNEMANN, B.: «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsetwurf auf schiefer Ebene», en *ZRP*, 2003, pp. 186-187; el mismo, «Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU», en *GA*, 2004, pp. 202-204. En la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», en *Revista Penal*, 13 (enero 2004), pp. 138-150, al señalar que «en la discusión acerca del Derecho penal europeo se echa de menos el clásico pensamiento europeo de principios, una insistencia en el significado de las garantías clásicas del Derecho penal (...); al ser la pretensión fundamental la punitivista, esto es, la de evitación de hipotéticas lagunas, difícilmente podrá evitarse que en cada una de las materias debatidas tienda a imponerse la solución más sencilla y con ello también la más laxa».

(32) En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 4-5, quien afirma que «mientras no exista una verdadera armonización definida y consolidada del Derecho penal en la Unión Europea, tanto en la vertiente material como en la formal, se estará favoreciendo la máxima punibilidad con el menor garantismo».

doble incriminación «probablemente también exista un temor que no se manifiesta por la doctrina con claridad, pero que se puede intuir, provocado destacadamente por la ampliación de Europa hacia el Este, temor a que tal ampliación, unida al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, a la supresión del requisito de la doble incriminación y a la eliminación de la prohibición de extraditar a los propios nacionales, provoque un grave descenso del nivel de protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros» (33).

Ante alguna de las críticas vertidas, con razón en mi opinión, contra el principio de reconocimiento mutuo, confirmadas con la puesta en práctica de estos procedimientos regulados por la Decisión marco sobre la «euroorden», cabe concluir, a mi entender, que no cabe sin más suprimir la extradición, pues no se debe olvidar que en la entrega de delincuentes a otros países están en juego sus derechos fundamentales (34). Habría que establecer como mecanismo alternativo un instrumento que superara las dificultades de la extradición, pero que garantizase en igual medida esos derechos (35). Parece que la Decisión marco no olvida este extremo, pues tanto en los Considerandos como en el articulado insiste en la idea de esta protección de los derechos fundamentales de los individuos en el espacio judicial europeo, como señalaré a continuación. Pero el problema de su garantía viene dado fundamentalmente en la regulación del procedimiento instaurado en la Decisión marco al suprimir determinados principios que garantizaban estos derechos fundamentales: la pretendida implantación del principio de reconocimiento mutuo, aunque en su versión restringida, y la supresión de la doble incriminación, pueden conllevar, en la actualidad, a la vulneración de principios fundamentales del Estado de Derecho y con ello a la vulneración de derechos fundamentales como el principio de legalidad, irretroactividad de las leyes penales, derecho a la libertad, a la tutela judicial efectiva... Para que esos derechos y principios se respeten, la regulación en materia penal y procesal en el ámbito europeo debe pasar primero por la armonización de las legislaciones penales y procesales en aras a garantizar el principio de legalidad, seguridad jurídica; ello fo-

(33) DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, p. 229.

(34) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 420-424.

(35) En este sentido, VOGEL, J.: «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 185, 188-191.

mentaría a su vez el principio de confianza (36) y se estaría en condiciones ya de adoptar el principio de reconocimiento mutuo rodeado de todas las garantías del Estado de Derecho (37).

CUERDA RIEZU también enfatiza sobre la protección de los derechos fundamentales en los procedimientos de entrega de un Estado a otro, ya que en su opinión «la simple entrega no puede ser llevada a cabo si no se cumplen al menos dos condiciones: la legalidad, es decir, que venga prevista en un tratado o en una ley; y la jurisdiccionalidad, esto es, que se permita el control judicial no sólo del procedimiento extraditorio sino ante todo de la entrega y de los derechos fundamentales que puedan resultar implicados en la misma» (38). Y ello es debido a que la entrega de un ciudadano a otro Estado miembro «no sólo afectaría a sus derechos a la libertad (art. 17 de la Constitución española) y a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 ó 17.4 de la Constitución española), sino también y además a su derecho a la libre circulación (art. 19 de la Constitución española)» (39).

(36) Principio de confianza que es la base que fundamenta la adopción de la Decisión marco y el argumento utilizado para suprimir determinados principios garantistas en los procedimientos de extradición: se afirma que en el ámbito de la Unión Europea no se vulneran derechos fundamentales pues todos los Estados son Estados de Derecho y respetuosos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No estoy de acuerdo con tal planteamiento, pues si eso fuera cierto ¿qué labor tendrían los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Además como dato adicional cabe citar una noticia de prensa según la cual un informe de la UE denuncia la concentración de medios en Italia, en el sentido de «riesgo de grave violación de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información por una situación de concentración de poder mediático en manos del presidente del Consejo (Berlusconi)...», *cfr. El País*, de 27 de septiembre de 2003. O la noticia aparecida en *El País*, de 6 de septiembre de 2003, sobre la condena a España del Comité de Derechos Humanos de la ONU por vulnerar por segunda vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que se refiere al derecho a la doble instancia penal. *Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, p. 426.

(37) En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 215-217; dicha autora apunta, no obstante, en p. 212, que el futuro de la cooperación depende del grado de confianza mutua que haya entre los Estados y de esto depende a su vez el éxito del principio de reconocimiento mutuo. Creo que no sólo basta con la confianza entre los sistemas legales de los Estados miembros, sino que para que exista tal confianza es necesaria la armonización entre los ordenamientos jurídicos.

(38) CUERDA RIEZU, A.: «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen III, Universidad del País Vasco, 1999-2002, p. 197; CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, p. 111.

(39) CUERDA RIEZU, A.: «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen III, Universidad del País Vasco, 1999-2002, p. 197.

En la misma línea de pensamiento cabe destacar la posición de la profesora PÉREZ MANZANO, que hace igualmente hincapié en la protección de los derechos fundamentales en los procedimientos de entrega y en el control jurisdiccional que se debe de llevar a cabo en el Estado requerido, incluso entre Estados miembros de la Unión Europea. Es de reseñar los argumentos que destaca dicha profesora para defender ese control incluso en el ámbito europeo: por un lado, resalta la cantidad elevada de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de condena de los distintos Estados de la Unión Europea; en segundo lugar, apunta que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha impuesto a los Estados partes la obligación de examinar las demandas extradicionales provenientes de otros Estados partes para ver si respetan los derechos fundamentales; y en último lugar, frente al argumento de los que defienden la supresión de la extradición en el ámbito europeo basado en la confianza que debe de existir entre los Estados miembros, resalta que la desconfianza existe en el propio orden interno, debido a la existencia de Tribunales Constitucionales como garantes de la Constitución y de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a vulneraciones individuales por parte de alguno de los tres poderes del Estado (40).

Con lo expuesto quiero denotar que la supresión de la extradición y su sustitución por una simple entrega basada en el principio de reconocimiento automático de decisiones judiciales no es posible según nuestro ordenamiento y según el de muchos Estados de la Unión Europea, pues, en el concreto caso español, nuestros tribunales tienen que intervenir necesariamente, ya que no sólo se le está privando de libertad al sujeto sino que están en juego otros derechos fundamentales, debiendo examinar la solicitud de cara a garantizar dichos derechos y principios (41).

(40) Cfr. PÉREZ MANZANO, M.: «Ius Puniendi, Fronteras y Derechos Fundamentales: Un Modelo Constitucional de Extradición», en *Separata de Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, VI, 2003, pp. 390-391.

(41) En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 232-236, 238-246, este análisis por parte de las autoridades judiciales de ejecución del respeto de los derechos fundamentales se hace necesario debido sobre todo a la falta de armonización en cuanto a las legislaciones penales, procesales y a la falta de homogeneidad en cuanto al entendimiento e interpretación de los derechos fundamentales; no obstante, apunta dicha autora que ello no puede suponer la imposición de un sistema penal o procesal de un Estado miembro a otro, sino que el parámetro debe ser lo que se conoce como «orden público europeo», es decir, el conjunto de derechos y libertades básicas, junto con sus respectivas garantías tal y como aparecen

Como ya he señalado, la Decisión marco que regula la «euroorden» insiste en la idea de que en estos «nuevos» procedimientos se deben garantizar los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el apartado 8 del Preámbulo de la Decisión marco se establece, en primer lugar, que las decisiones relativas a la ejecución de la orden de detención europea deberán ser tomadas por una autoridad judicial del Estado miembro en el que ha sido detenida dicha persona, con lo que se desecha la mera entrega policial y se someten al órgano judicial. En el artículo 1.2 de la Decisión marco se establece que los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco, por lo que se sujeta la entrega al principio de legalidad (42). En el artículo 1.3 de la Decisión marco se establece la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos también fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, con lo que se puede entender que existe una remisión implícita a los Convenios sobre Derechos Humanos.

En igual medida, el apartado 12 del Preámbulo añade que la «euroorden» no debe ser ejecutada cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. También se advierte que dicha Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, así como de las libertades de asociación, prensa y expresión. El principio *non refoulement*, aparece reflejado en el apartado 13 del Preámbulo de la Decisión marco al prever que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (43).

en el CEDH y según la interpretación realizada por el TEDH (también alude al PIDCP, según también pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la ONU). En virtud de estos Convenios, apunta dicha autora, se puede denegar una entrega por causa no prevista expresamente en la Decisión-Marco.

(42) Sometimiento al principio de legalidad y control judicial imprescindibles, también a juicio de LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 314-317.

(43) *Cfr.* FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, 2003, núm. 14, p. 86, quien

Al igual se garantizan los derechos a ser oído ante la autoridad judicial, así como la asistencia por Letrado, y en su caso, por intérprete [arts. 14, 11.2, 13.2, 27.3 f) y 28.2 b) de la Decisión marco]. El tema de los plazos de la detención y prisión provisional queda relegado por la Decisión marco, a la regulación interna que debe realizar los distintos Estados a la hora de incorporar este instrumento a su ordenamiento interno. No obstante, los artículos 12 y 23.4 de la Decisión marco, se refieren a esta cuestión (44).

El artículo 5.1 de la Decisión marco faculta a los Estados a que la ejecución de la orden de detención europea quede supeditada al cumplimiento de ciertas garantías. Dicho artículo regula la cuestión de las sentencias en rebeldía en el sentido de que la entrega podrá supeditarse a que la autoridad judicial emisora dé garantías de que la persona buscada tendrá la posibilidad de un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa y estar presente en la vista. La Decisión marco ofrece una definición de sentencia en rebeldía: si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y del lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía.

Otro aspecto relacionado con la protección de los derechos fundamentales en la Decisión marco sobre la «euroorden» es la posibilidad de condicionar la entrega de la persona buscada cuando la infracción que motiva la «euroorden» esté castigada con cadena perpetua o con una medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad. De esta manera, la ejecución podrá estar sujeta a la condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición, o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida.

Todo el articulado expuesto de la Decisión marco nos muestra la preocupación constante por la protección de los derechos fundamenta-

respecto de estos Considerandos de la Decisión marco apunta que los Estados miembros al transponer dicha normativa a sus ordenamientos internos podrían reintroducir en su legislación cláusulas de este tipo, aunque no figuren entre las causas de denegación explícitamente enumeradas.

(44) *Cfr.* sobre esta cuestión, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euroorden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 106-107, quien recuerda que pese a que la Decisión marco no distingue entre detención preventiva y prisión provisional, la ley interna de desarrollo española sí debiera hacerlo para no vulnerar nuestra Constitución.

les del individuo, al someter estas cuestiones a examen por la autoridad judicial del Estado de ejecución (45), con lo que el principio de reconocimiento automático de decisiones judiciales no está presente en este nuevo instrumento. Sin embargo, toda esta normativa garantista se desvanece con algunas de las regulaciones que realiza a continuación la mencionada Decisión. En primer lugar, hubiera sido deseable, en mi opinión, que algunas de estas cuestiones tendentes a proteger los derechos fundamentales del individuo que se incluyen en los Considerandos de la Decisión Marco o en la Exposición de Motivos de la LO 3/2003 española de transposición, pasaran a formar parte del articulado, sobre todo, teniendo en cuenta la posible ampliación de la Unión Europea a los países del Este de Europa. En algunos de estos países, la vulneración de derechos fundamentales ha sido reconocida por numerosas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En segundo lugar, la supresión de la doble incriminación impuesta por la Decisión marco, supone que en la práctica los Estados no puedan respetar, en mi opinión, algunos derechos fundamentales del individuo y algunos principios del Estado de Derecho, reconocidos en nuestra Constitución. Ello debido fundamentalmente a la falta de armonización. Por ejemplo, ¿cómo un Estado va a entregar a un individuo, ya sea nacional o extranjero, por un delito que no está tipificado en su ordenamiento, a otro Estado que lo reclama? o ¿cómo un Estado va a entregar a un sujeto por hechos no típicos en el momento de su comisión a otro Estado, por el hecho de que la solicitud de entrega se realice en un momento posterior al mes de enero de 2004? Y todo ello sin infringir preceptos constitucionales ni los Convenios sobre la protección de los derechos fundamentales.

B) Naturaleza

Respecto de la naturaleza, creo que este instrumento tampoco dista de la tradicional extradición (46). En primer lugar, la orden de

(45) En este sentido, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 105-106.

(46) En este sentido, GONZÁLEZ LECUONA, M.^a M.: «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, pp. 6-8. También el Tribunal Constitucional español en los Autos 388/

detención europea constituye un procedimiento jurisdiccional para conseguir la aprehensión de delincuentes dentro del espacio común europeo, es decir, con intervención de los órganos jurisdiccionales que garantizan el respeto de los derechos fundamentales de los individuos puestos en juego en estos procesos. Intervención exclusiva, en lo que al poder de decisión se refiere, de los órganos jurisdiccionales ya establecida en el Acervo Schengen para los procedimientos de extradición. En segundo lugar, es un procedimiento reglado, esto es, la decisión sobre la ejecución de la «euroorden» está sujeto al principio de legalidad, sólo se puede basar la ejecución o no en la Decisión marco y en la ley interna que la desarrolle (art. 1.2 de la Decisión marco). Igual principio, el de legalidad, rige para la extradición previsto en el artículo 13.3 de la Constitución española, no obstante, aquí la diferencia se basa en la fuente, la extradición se rige por el Tratado o por la ley; la «euroorden» se regula por dicha Decisión marco y por las leyes internas que la desarrollan. En tercer lugar, la «euroorden» supone un acto de asistencia jurídica internacional, supone el reconocimiento del respeto al *ius puniendi* de otro Estado; en virtud de esta nueva fuente del Derecho, la Decisión marco, consensuada y adoptada por todos los Estados miembros, se impone la obligación de entregar al sujeto tan pronto como se cumplan los requisitos pactados.

La novedad, como ya he señalado, es la elección de una nueva fuente de desarrollo para el establecimiento de este «nuevo» instrumento de auxilio jurídico internacional. Nueva fuente del Derecho europeo introducida por el Tratado de Ámsterdam en el Tratado de la Unión Europea. El nuevo artículo 34.2 *b*) del Tratado de la Unión apunta que las Decisiones marco van dirigidas a la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros y su finalidad es la de obligar a los Estados en cuanto al resultado que

2004, de 18 de octubre y 139/2005, entiende que «la doctrina mantenida por este Tribunal en los casos de extradición pasiva (...) resulta de aplicación a los casos de orden europea de detención y entrega puesto que esta institución se configura legalmente como sustitutiva del sistema de extradición entre los países firmantes del Convenio Europeo de Extradición», y «concorre una relación analógica entre ambas instituciones». En contra parece haberse pronunciado la Audiencia Nacional en el Auto de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal, de 3 de junio de 2004, al apuntar que «la orden europea de detención y entrega supone un instituto jurídico o un marco normativo absolutamente distinto a aquel que deroga de manera expresa, siendo que este nuevo sistema tiene una filosofía, una finalidad y en suma unos principios habilitantes claramente diferenciados y novedosos de los contemplados en el Convenio Europeo de Extradición y Convenios que lo ha completado».

deba conseguirse, facultando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. Hay que señalar que las Decisiones marco no tienen efecto directo (47).

La adopción de dicho instrumento presenta sus ventajas e inconvenientes. Por un lado, la ventaja fundamental de adoptar esta nueva fuente en detrimento de los tradicionales Tratados que se adoptaban para llevar a cabo las extradiciones, es que se impone a todos los Estados miembros. El problema que existía frente a la extradición en Europa, es que si bien se intentó reformar para superar sus defectos a través de los últimos Convenios de extradición de 1995 y 1996, los Estados no ratificaban dichos Convenios, existiendo múltiples fuentes a aplicar, dependiendo de los Estados incurso en los distintos procedimientos (48). Con la Decisión marco se pretende conseguir una codificación de las normas en cuanto a este mecanismo de auxilio jurídico internacional, pues obliga a todos los Estados partes a desarrollar dicha norma en su ordenamiento (49).

El inconveniente de este instrumento es que deja bastante margen de maniobra a los Estados a la hora de incorporar dicha norma en su ordenamiento (50). Dicha Decisión marco establece cláusulas facultativas que otorgan a cada Estado la facultad de regular, como ellos estimen pertinente, determinadas materias en las que, en algunos casos, están en juego los derechos fundamentales (51).

(47) *Cfr.* sobre este nuevo instrumento, ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 14, nota a pie 2.

(48) Sobre los inconvenientes de la adopción de Tratados internacionales, *cfr.* FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANI, C.: *Derecho Internacional Público*, Madrid, 2003, p. 151.

(49) *Cfr.* sobre las ventajas de adoptar este nuevo instrumento, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 82-83.

(50) Ello debido fundamentalmente a que dicho instrumento no admite las reservas que se pueden estipular para los Tratados internacionales. Ello explica también que la Decisión marco sobre la «euroorden» suponga un retroceso en algunos aspectos respecto a la regulación existente en la extradición. Sobre este punto, *cfr.* CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 83-84, quien cita como retroceso en dicha regulación la previsión de la no entrega de nacionales o la reentrega a otro Estado miembro.

(51) Ello implica que las legislaciones internas de desarrollo deben proceder a hacer uso de dichas cláusulas facultativas, incorporando, como estimen pertinentes, los principios recogidos en ellas. Lo deseable, a mi juicio, hubiera sido que a través de la legislación interna se ofreciera mayor seguridad jurídica a los individuos implica-

Con ello, se corre doble riesgo: el fracaso en la codificación y la no homogeneidad, pues si cada Estado lo regula de diferente manera, van a existir tantas fuentes de la «euroorden» como Estados miembros haya (52); y el olvido del respeto de los derechos fundamentales en estos procedimientos en los que la Decisión marco realiza especial hincapié. Ejemplo de esto último, por ejemplo, lo muestra el hecho de la cláusula facultativa a través de la cual se regulan las condenas en rebeldía: los Estados pueden o no regularlo en su ley interna, si no lo regulan se corre el riesgo de que el derecho a un proceso con todas las garantías quede sin protección como ha ocurrido en el caso español. Riesgos que ya son una realidad por el proceder de los Estados a la hora de transponer dicha normativa a sus ordenamientos respectivos.

4. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS POR LA PUESTA EN APLICACIÓN DE LAS NORMATIVAS SOBRE «EUROÓRDENES»

A) **No entrega por falta de garantías (Rebeldía, penas o tratos inhumanos o degradantes, tribunales de excepción, delitos políticos o militares)**

a.1) *Principios sometidos a determinadas garantías que debe ofrecer el Estado emisor (art. 5 de la Decisión Marco)*

A mi entender, en el artículo ahora tratado de la Decisión marco, concurre una grave contradicción que da lugar a ambiguas interpretaciones peligrosas desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales. Por un lado, el título del artículo se refiere a las garantías que *deberá* dar el Estado miembro emisor en casos particulares. Aquí parece que estamos ante normas imperativas que impone la Decisión marco, en determinados casos, al Estado miembro emisor,

dos en estos procedimientos que lo que realmente ofrece la norma comunitaria. *Cfr.* al respecto, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español.* Madrid, 2003, pp. 124-127, quien critica el excesivo arbitrio judicial que otorga la Ley española 3/2003, que desarrolla la Decisión marco, y que podría suponer la vulneración del principio de igualdad.

(52) En este sentido, LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 309-310.

sin que quepa cierto margen de maniobra. Pero por otro lado, de la redacción del precepto parece desprenderse todo lo contrario, esto es, literalmente establece:

«la ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a una de las condiciones siguientes...»

Por tanto, aquí parece que la Decisión marco se remite a lo que el Derecho interno, a la hora de incorporar dicho instrumento, establezca al respecto, dejando al arbitrio de los Estados la exigencia o no de dichas garantías. Creo que esta última interpretación es la correcta según el tenor literal. Ahora bien, creo que es desacertada dicha regulación, pues teniendo en cuenta algunos de los supuestos a los que se puede supeditar la entrega, como la condena en rebeldía y la cadena perpetua, debería haberse previsto de manera imperativa, pues en estos casos, a mi juicio, están en juego derechos fundamentales de los individuos que los Estados deberían de garantizar.

En efecto, haciendo uso de la facultad que otorga la Decisión marco a los Estados a la hora de incorporar las exigencias de dichas garantías, nuestro legislador español en la Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la *orden europea de detención y entrega*, no ha incorporado la exigencia de la garantía que, a mi juicio, debiera revestir la entrega de los condenados en rebeldía. Existe una explicación política para entender dicha supresión; hay que recordar que en España causó mucha alarma social la denegación de la extradición de los capos de la mafia italiana. También hay que recordar que los Tratados, que no entraron en vigor, firmados entre España e Italia venían a solventar este problema en aras a la entrega a Italia sin obstáculos de los condenados por ella en rebeldía. De ahí que el Gobierno español, de aquél entonces, viera la luz, al ver el margen de maniobra que le otorgaba la Decisión marco y decidir, finalmente, suprimir dicho obstáculo para la entrega (53). No obstante, es del todo criticable a la vista de los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional

(53) Omisión criticada entre otros por, MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «El Anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega», en *Actualidad Penal*, núm. 1, 2003, p. 9; ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 75; PÉREZ MANZANO, M.: «Ius Puniendi, Fronteras y Derechos Fundamentales: Un Modelo Constitucional de Extradición», en *Separata de Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, VI, 2003, pp. 415-416.

sobre los condenados en rebeldía y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que exigen unas garantías para la entrega con el fin de que el derecho a un proceso justo no se vea lesionado (54). De todas las maneras, dicha laguna habrá de resolverse a la luz de los Convenios sobre protección de los derechos fundamentales y de los pronunciamientos de los órganos mencionados (55).

No obstante, en mi opinión, la regulación de la Decisión marco, en cuanto a la entrega de los condenados en rebeldía, se queda escasa por dos motivos principalmente. En primer lugar, en cuanto a la garantía que se les debe conceder a los condenados en rebeldía al condicionar sólo dicha entrega, o mejor dicho, la ejecución de la orden europea en los casos en los que los sujetos no hayan sido citados personalmente. Puede que el sujeto haya sido citado y le hubiera sido imposible físicamente comparecer en el juicio. En estos casos nada se garantiza en cuanto al derecho a un proceso justo (56). En segundo lugar, porque la prestación

(54) *Cfr.* sobre el silencio de la Ley española 3/2003 que guarda de las sentencias en ausencia GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 455-459. Cabe recordar que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de las condenas en rebeldía en varias ocasiones. En Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1983, *Caso Korkala*, afirma que una sentencia dictada en rebeldía es absolutamente inválida como título de extradición. Las SSTC 147/99, de 4 de agosto, 91/2000, de 3 de marzo y 162 y 163/2000, de 12 de junio, establecen que tanto desde el punto de vista interno como internacional no se puede juzgar y condenar a un sujeto sin estar presente cuando se trata de delitos graves; con lo que no se puede entregar, de forma incondicionada a un sujeto a un Estado para que cumpla la condena por un delito grave sin haber estado presente en el juicio. Ello porque afecta al contenido absoluto del derecho fundamental a la dignidad humana. De acuerdo con esta doctrina, en mi opinión, por aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que impone en el artículo 6 el derecho a una defensa, se debe denegar la entrega de los condenados en ausencia cuando la legislación del Estado emisor no permita la restitución de esos derechos; por el contrario, se debía conceder, en aras a la cooperación internacional y a la protección de los derechos fundamentales, cuando el Estado requirente dé garantías, o su regulación lo permita, de la celebración de un nuevo juicio o la posibilidad de recurrir para dar audiencia al reo y permitirle los medios de defensa que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(55) En este sentido, BUENO ARÚS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 238, para quienes la Audiencia Nacional tendrá que acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional español respecto de la extradición de condenados en rebeldía para resolver las peticiones de ejecución de órdenes de detención y entrega de sujetos condenados en ausencia.

(56) *Cfr.* al respecto, ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 50, nota a pie 78, para quien se echa en falta, no obstante, en la Decisión marco, la inclusión de la exigencia de una mención

de garantías por parte del Estado emisor debiera de imponerse y no dejarlo a la regulación facultativa por parte de los Estados miembros a la hora de desarrollar dicha normativa en sus ordenamientos.

a.2) *Garantías ausentes en la Decisión marco*

La prohibición de entrega cuando el sujeto vaya a ser juzgado por Tribunales de excepción es un principio consagrado en Derecho extraditacional y que no está regulado en la Decisión marco sobre la «euroorden» como obstáculo a la entrega. La prohibición de los tribunales de excepción viene impuesta por nuestra Constitución en el artículo 117, también reconocido por normas internacionales como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El fundamento de tal prohibición sería el derecho a un proceso justo con todas las garantías, considerando que estos tribunales de excepción no garantizan los principios de imparcialidad e independencia.

Dicho principio no estaba regulado en los Convenios europeos de extradición y, por ello, era criticada esta laguna. No obstante, numerosos Estados formularon reservas en el sentido de no extraditar cuando el sujeto fuera a ser juzgado por un tribunal de estas características. Es lógico que en la Decisión marco no se regule este extremo, pues se supone que dichos tribunales no existan en los países de la Unión Europea al ser todos Estados democráticos y de Derecho. No obstante, no hay que olvidar la ampliación que puede experimentar la Unión Europea en los próximos años, donde pudieran darse estos tribunales de excepción. En tales casos, dichos tribunales estarían prohibidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos; en virtud de esta norma, los Estados miembros deberán denegar la entrega a los países donde existiesen este tipo de tribunales.

Normalmente, en los Convenios de extradición se prevé un condicionamiento a la entrega en los casos en los que el sujeto vaya a ser sometido a la pena de muerte o a penas que atenten contra su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes. La entrega se sujeta a que dichas penas no serán ejecutadas. Su fundamento reside en

en cuanto al derecho a interponer recurso y sobre el procedimiento aplicable, algo inexplicable, a juicio de dicha autora, a la vista del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea que garantiza el derecho a la defensa. Apunta dicha autora, que en nuestro ordenamiento no se plantearían problemas al respecto, debido a que en nuestro sistema la condena en ausencia siempre dispone de la garantía añadida que supone la posibilidad de recurrir en anulación, ante el superior jerárquico, para tratar de obtener la rescisión de la sentencia de condena y, en su caso, la celebración de un nuevo juicio.

el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios internacionales. De esta manera se regula en el Convenio Europeo de Extradición de 1957, artículo 11, donde se impone la no concesión de la extradición en el caso de que el sujeto fuese a ser sometido a la pena capital, a no ser que el Estado requirente diese garantías de no ejecutarla.

En el ámbito europeo el Protocolo VI de 28 de abril de 1983 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, prevé la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, al igual que el Protocolo al Tratado de Ámsterdam de 1997. También la garantía de la prohibición de la pena de muerte o de las penas que condenen a tratos inhumanos o degradantes se halla recogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el texto de la Constitución Europea.

Por ello, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación territorial de la Decisión marco, el ámbito europeo, y, además, que ninguno de los países miembros del Consejo de Europa y que han adoptado la Decisión marco no tienen en sus legislaciones la pena de muerte como consecuencia jurídica del delito, no veo inconveniente en suprimir dicho condicionamiento en la normativa que debe regular la orden de entrega europea en los Estados miembros.

Otras de las cuestiones no reguladas explícitamente en el articulado de la Decisión marco es el principio de no entrega cuando en el Estado emisor la persona pueda someterse a penas que atenten contra su integridad y que vulneren el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, hay que recordar que el artículo 1.3 de la Decisión marco establece la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. También, como he señalado con anterioridad, en el Preámbulo se recoge el principio *non refoulement*, que hace referencia a esta cuestión.

No obstante, la Audiencia Nacional ha considerado en el concepto de pena o trato inhumano y degradante a la pena de muerte, a la cadena perpetua (cuestión a la que sí se hace alusión en la Decisión marco) y a los trabajos forzados. Dicho órgano jurisdiccional tiene en cuenta para determinar el carácter inhumano y degradante de la posible pena a cumplir, si el país solicitante es Parte de los Convenios sobre protección de Derechos Humanos; en caso afirmativo, suele entregar a dicho sujeto sin más condicionamientos.

Hay que partir, que la prohibición de infringir tratos inhumanos o degradantes constituye una norma de Derecho internacional y que tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo

han aceptado varias solicitudes de reclamados en extradición acogiendo sus alegaciones en cuanto que, en caso de entrega, podrían ser expuestos a tratos inhumanos o degradantes en el Estado requirente.

Dicho condicionamiento no estaba previsto en el Convenio Europeo de Extradición, laguna resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al hacer una interpretación extensiva a los reclamados en extradición del artículo 3 de la Convención Europea, que impide que nadie sea sometido a tortura ni a penas inhumanas o degradantes.

Resulta curioso, que la Decisión marco en su Preámbulo, Considerando número 13, señale que: «*nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes*», dado que dicha norma no se dirige a regular ni las expulsiones ni las extradiciones (57), sino las entregas entre Estados miembros de personas perseguidas por la justicia, a las que no se hace alusión en dicha prohibición y quizás sea ésta la causa de no incluir dicha prohibición en su articulado entre las causas de denegación de la entrega (58). No obstante, dichas prohibiciones vienen impuestas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos también para las entregas entre Estados miembros (59).

Hay que recordar que en el ámbito europeo la cláusula tradicional de denegar la extradición por delitos políticos ya se suprimió en el Convenio Europeo de Extradición de 1996, bajo el argumento de que todos los Estados miembros eran Estados democráticos y de Derecho

(57) Para LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, p. 346, dicha cláusula se dirige a los supuestos de reextradición a un tercer Estado.

(58) *Cfr.* LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 344-350, quien explica tal omisión bajo el fundamento de que en el ámbito europeo donde se va a aplicar la Decisión marco no existen, con carácter general, los tratos inhumanos o degradantes, ni la persecución por delitos políticos, ni el enjuiciamiento por tribunales de excepción; de ahí que se puedan suprimir tales excepciones a la entrega bajo la vigencia del principio de confianza recíproca.

(59) Esta parece ser también la postura de LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 317-319, quien afirma que en ausencia de una regulación específica sobre los motivos que pueden dar lugar a una denegación de ejecutar la orden de detención y entrega, ésta se puede basar en el principio de prevalencia de los derechos fundamentales. Dicho autor lo aplica, por ejemplo, en el caso de mayores de edad que cometieron el hecho delictivo cuando eran menores; también para el caso de inimputables.

en el que se respetaban los derechos fundamentales del individuo y no había persecución política (60).

Esta tendencia se confirma en la Decisión marco, en la que no se prevé ninguna causa de denegación por dichos motivos. Además, en el Preámbulo, Considerando número 12, se establece:

«La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular en su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios».

Con ello se quiere mantener la misma línea que la seguida hasta el momento en el ámbito europeo, esto es, no prever como excepción a la entrega el que el sujeto sea acusado o condenado por un delito político. Y ello por el mismo motivo apuntado con anterioridad, se presume, sin que quepa prueba en contra, que en los Estados europeos se respetan los derechos fundamentales y no hay persecución de los individuos por motivos políticos. De todas formas, en mi opinión, se podría alegar el Convenio Europeo de Derechos Humanos para denegar la entrega si se sospechara la presencia de una persecución política.

B) Principio de entrega de nacionales

Respecto de esta cuestión en el nuevo marco jurídico europeo que constituye la Decisión marco, lo primero que llama la atención es su

(60) Supresión de la excepción a la entrega por delitos políticos alabada por ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 20.

novedosa regulación con relación a lo establecido en los últimos Convenios de extradición y, en concreto, respecto del Convenio de 1996. Parece que en este último instrumento se había superado el principio de no entrega de nacionales cuyo fundamento se centraba en la confianza en las administraciones de justicia de los demás Estados miembros (61). Pues bien, debo reiterar que la regulación de este nuevo instrumento de cooperación jurídica internacional se basa, ante todo, en la confianza en las legislaciones y en las administraciones de justicia de los demás Estados, de ahí que en la base de esta adopción aparezca el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. Pese a ello, parece que en materia de nacionales no hay tanta confianza entre los Estados miembros, pues la nueva regulación no declara el principio de entrega de nacionales (62), sino que, faculta a los Estados para que denieguen esta entrega (63), a diferencia del Convenio de Extradición de 1996 que en su artículo 7 prohibía la denegación de la extradición por el motivo de que la persona objeto de la solicitud de extradición sea nacional del Estado miembro requerido (64).

En la Decisión marco se distinguen dos casos con relación a la entrega de nacionales. En primer lugar, cuando la orden de detención

(61) Aunque hay que advertir, que los pocos Estados de la Unión que ratificaron dicho Convenio realizaron reservas en el sentido de excepcionar la entrega de sus nacionales.

(62) No obstante, algún autor ha calificado de novedosa la regulación que hace en este punto la Decisión marco en el sentido de entregar a los nacionales, en este sentido, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006.

(63) Aunque en opinión de LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 322-326, la Decisión marco sobre la orden de detención europea no autoriza, en supuesto alguno, la denegación de la entrega por razón de la nacionalidad del reclamado, lo que, a su juicio, no es correcto pues cuando se trata de la reclamación de un ciudadano español, debería atenderse a la finalidad preventiva del Derecho penal para establecer, en el caso concreto, si el desplazamiento forzoso del reclamado nacional a un Estado extranjero se encuentra justificado. También en esta línea, ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la “Euroorden”», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 20, al apuntar que la Decisión marco abandona la excepción acordada para los nacionales.

(64) De ahí que CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, p. 110, afirme que «la Decisión marco ha dado, hasta cierto punto, marcha atrás en lo que se refiere a la entrega de nacionales».

européa se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él; en tales casos, se faculta al Estado de ejecución para que deniegue la entrega si se compromete a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno (art. 4.6 de la Decisión marco). En segundo lugar, cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiere en él; en tales casos, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativa de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor (art. 5.3 de la Decisión-marco).

En similares términos, aunque con matizaciones, se desarrollan dichas previsiones en la Ley española 3/2002, sobre la orden de detención y entrega europea, en los artículos 12.2 *f*) y 11.2. El primer supuesto tratado, esto es, cuando el sujeto nacional es reclamado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad, nuestra ley en el artículo 12.2 *f*) faculta la denegación de la entrega a la autoridad de ejecución española, siempre que se comprometa ella misma a ejecutarla, salvo que consienta la persona reclamada en cumplir la pena en el Estado emisor, excluyendo a los residentes españoles. Esta previsión, de dar relevancia al consentimiento de la persona reclamada en estos casos, no aparece en la Decisión marco y tiene como fin eliminar los obstáculos para la entrega de sujetos reclamados y facilitar y fomentar la colaboración entre los Estados (65). Respecto al segundo de los supuestos, regulado en el artículo 11 de nuestra ley, también restringe, la prestación de garantías por parte del Estado emisor a que sea devuelta dicha persona a España después del enjuiciamiento, a los nacionales excluyendo a los residentes, no dando relevancia al consentimiento de estos últimos. Cuestión que no tiene mucha razón de ser, pues si el fundamento de la exigencia de tal garantía reside en la mejor reinserción social del presunto delincuente al cumplir la condena en su país, igual fundamento podría argüirse para los residentes extranjeros. Parece que aquí vuelven ideas tradicionales sobre la no entrega de

(65) La redacción del precepto incurre, a mi juicio, en una contradicción: si bien parece que se faculta a la autoridad judicial española a denegar la entrega en el apartado 2 del artículo 12, en la letra *f*) parece imponer que en tales casos, solicitud de un español a efectos de ejecutar una pena o medida de seguridad, la pena deba cumplirse en España.

nacionales, como es la superprotección de éstos por el Estado y la desconfianza en las administraciones de Justicia de otros Estados.

Tanto de una como de otra regulación se debe interpretar, acorde con los principios que inspiran el instrumento, que no se puede denegar la entrega de nacionales, salvo casos excepcionales como en el caso de ejecución de condenas, pues aquí se podrá denegar si el Estado del que es nacional el sujeto reclamado se compromete él mismo a ejecutar la pena impuesta por el Estado emisor. En el caso del aún no condenado, se debe entregar al nacional, sólo se le habilita al Estado de ejecución a que condicione la entrega de la persona a la devolución para que cumpla la pena en el Estado del que es nacional.

Esta no ha sido la interpretación mantenida por la ya tan polémica Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (66), por la que, en primer lugar, se declara inconstitucional la ley penal alemana de transposición de la Decisión marco sobre la *orden de detención y entrega europea*, y por tanto, su nulidad; y en segundo lugar, se deniega la entrega de un ciudadano sirio-alemán a las autoridades españolas por presuntos delitos relacionados con actividades terroristas y, en concreto, con los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid (se le acusaba de creación de asociación ilícita y terrorismo por ser una figura clave en la sección europea de la red terrorista de Al-Qaeda) (67). Esta decisión, como ha apuntado Cuerda Riezu, supone la «crisis de la euro-orden (...) cuyo origen se encuentra en el ambien-

(66) En <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen>. Sentencia 2 BvR 2236/04. Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de julio de 2005 (2 BvR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006, quien apunta que también el Tribunal Constitucional polaco, mediante Sentencia de 27 de abril de 2005, ha considerado que la extradición o entrega de nacionales a otros Estados pugna abiertamente con el artículo 55.1 de la Constitución de la República de Polonia, que prohíbe la extradición de nacionales.

(67) Cfr. una traducción de la Sentencia, de los votos particulares, de las distintas resoluciones recaídas en el caso, junto con un comentario a todas ellas, por CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. También una traducción parcial por DEMETRIO CRESPO, E.: «El Caso Darkazanli (Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de detención Europea)», en *La Ley*, de 15 de marzo de 2006, quien recoge también el Nuevo Proyecto de Ley en Alemania de transposición de la Decisión marco de 24 de noviembre de 2005, donde se intenta seguir los criterios apuntados por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005, y se insertan principios regulados que se alejan de lo establecido por la Decisión marco.

te generalizado entre los penalistas alemanes que desde hace algún tiempo miran con recelo la creciente asunción de competencias en materia penal por los órganos comunitarios» (68).

La argumentación del Tribunal Constitucional alemán se centra fundamentalmente en la no entrega de nacionales alemanes porque lo prohíbe la Ley Fundamental de Bonn, artículo 16.2, permitiéndose, no obstante, la entrega en casos excepcionales –a países miembros de la Unión Europea y a un tribunal internacional–, siempre que se respeten los derechos fundamentales; concluyendo en este caso concreto, el mencionado tribunal, que la entrega de dicho sujeto alemán a España no garantizaría los derechos fundamentales. Bien es cierto, que en ningún caso, el Tribunal Constitucional alemán ponga en duda que en España no se respeten los derechos fundamentales, ni tampoco la legalidad de la Decisión marco (69), sino que realiza un *mea culpa*, al entender que esos derechos fundamentales se hubieran visto garantizados si la ley alemana de transposición hubiera previsto una cláusula recogida en la Decisión marco, en el artículo 4.7 letras *a*) y *b*). Esto es, permitir denegar las entregas cuando los delitos se hubieran cometido en parte o en la totalidad del Estado miembro de ejecución o cuando se hayan cometido fuera del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio. El Tribunal Constitucional alemán considera que al no prever tal disposición la ley alemana no se han agotado los medios para reducir al máximo posible la afectación del derecho fundamental de los alemanes a no ser extraditados por sus propias autoridades (70). Creo, no obstante, que

(68) CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(69) Pues ello no era de su competencia. No obstante un tribunal de Bélgica (el *Arbitragehof*) ha sometido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una petición de decisión prejudicial sobre la Decisión marco con fecha de 13 de julio de 2005, solicitando un juicio sobre si la supresión de la doble incriminación es conforme al principio de legalidad penal, igualdad y no discriminación. Esto es lo que debiera haber hecho el Tribunal Constitucional alemán a juicio del Gobierno Federal alemán, *cfr.* en este sentido, CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(70) *Cfr.* un comentario a dicha Sentencia en ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006; CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal

la previsión de tal norma en la ley alemana de transposición hubiera podido fundamentar la denegación, pero no evitar la impunidad, pues los tribunales alemanes no hubieran podido proceder contra tal sujeto por los hechos imputados en España ya que no eran delito en Alemania en el momento de cometerse los hechos, principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Si ya sorprende esta argumentación del Tribunal Constitucional alemán en pleno siglo XXI, teniendo en cuenta el contexto en el que estamos insertos, países miembros de la UE, y los principios que inspiran a la Unión como el principio de confianza mutua y el principio de reconocimiento mutuo, más sorprendentes resultan los argumentos que sigue utilizando para denegar la entrega de sus propios nacionales, permitida en mi opinión por la Ley fundamental entre países miembros de la UE. Señala dicho Tribunal que «La finalidad del derecho a no ser extraditado no persigue liberar al afectado de un justo castigo. Dicha prohibición se propone, más bien, que los ciudadanos alemanes no sean alejados contra su voluntad del ordenamiento jurídico con el que están familiarizados. Todo alemán, mientras se encuentre dentro del territorio nacional, debe ser protegido frente a la incertidumbre que comporta un enjuiciamiento al amparo de un sistema jurídico que le resulta extraño y en unas circunstancias que le resulten asimismo extrañas y opacas (...)» (71) «De otra manera (...) en la práctica se le

Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. Hay que constatar que existen otros motivos apreciados por el Tribunal Constitucional alemán para declarar la inconstitucionalidad de la ley de transposición alemana de la Decisión marco como la vulneración del artículo 19.4 de la Ley Fundamental relativa a la posibilidad de recurrir las decisiones del Poder Ejecutivo.

(71) Traducción de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006. Además con sus siguientes argumentaciones parece que el Tribunal Constitucional alemán da «palos de ciego» pues incurre en contradicciones al señalar que «Quien actúa en un ordenamiento jurídico extranjero, debe contar con la posibilidad de haber de responder ante el mismo. Como regla general, será éste el caso cuando los hechos, íntegramente o en aspectos esenciales, fueron perpetrados en el territorio de otro Estado miembro y el resultado o los efectos del delito se hayan producido en el mismo. El hecho de que la persona perseguida, después de realizar los hechos, haya logrado huir a su país, no puede resultar una circunstancia relevante. Aquel carácter de conexión o relevancia predominantemente extranjera debe admitirse también cuando el hecho presenta una típica dimensión transfronteriza y posee la correspondiente gravedad, como sucede, por ejemplo, en el caso del terrorismo internacional o del tráfico de drogas o con seres humanos. Quien se adhiere a tales estructuras criminales no puede

vincularía a un Derecho penal material que el reclamado no había contribuido a configurar democráticamente, y que –a diferencia de un alemán– no tiene obligación de conocer» (72).

Dicha fundamentación jurídica es criticable, en mi opinión, por diversos motivos: el fundamento de la no entrega de nacionales no puede sustentarse en la actualidad en la protección a ultranza de dichos sujetos; en el contexto histórico en el que vivimos se ha superado, o por lo menos se había superado ya, la idea de la superprotección del Estado a sus súbditos (73). En segundo lugar, choca con los principios que inspiran a la Unión Europea, principio de confianza mutua, principio de reconocimiento mutuo, respeto de los derechos fundamentales en todos los territorios de la Unión Europea... En tercer lugar, resulta inconcebible justificar dicha postura en la falta de legitimación democrática, el aplicar una ley penal –en este caso española– en la que no ha participado el sujeto imputado, pues de esta manera el Tribunal

invocar en todo su plenitud la protección que en relación con la extradición le dispensa la nacionalidad». Hasta aquí de acuerdo, pero sigue apuntando la Sentencia que, en cambio, en los delitos que presenten dicha especial o predominante conexión con el propio Estado deberían, en principio, ser juzgados en el propio Estado, pues para la persona afectada «la extradición supone, incluso cuando el Estado receptor sea miembro de la UE, un empeoramiento de su situación procesal que puede manifestarse en dificultades de carácter lingüístico, en diferencias culturales así como en una diversa regulación procesal o en las diferentes posibilidades de defensa. Dicho orden jurídico extranjero determina, en definitiva, una vinculación a cierto Derecho Penal sustantivo en cuya configuración la persona extraditada no ha podido intervenir democráticamente, cuyo conocimiento, al contrario que el derecho alemán, no le resulta exigible y que en muchos casos ni siquiera permite a una persona no entendida en leyes realizar una valoración comparativa, al no estar familiarizada con el contexto público nacional del país correspondiente». Creo que es contradictorio este fallo por varios motivos: se trata de delitos de terrorismo, con lo que según el tribunal sí podría ser juzgado por un tribunal extranjero; en caso de denegación, el principio *aut dedere aut iudicare* previsto en los Convenios sobre terrorismo obliga a los Tribunales alemanes a conocer del asunto; además, como todos sabemos el desconocimiento del derecho no exime de su cumplimiento.

(72) Traducción de CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. Aunque sigue reconociendo la Sentencia que distinto es el caso de una persona buscada que haya realizado un hecho relacionado con el extranjero o cuando tal hecho posee una dimensión que supera las fronteras nacionales, como el terrorismo internacional, el tráfico de drogas o tráfico de personas. Paradójicamente en el supuesto de hecho estamos ante actos terroristas pero el Tribunal alemán en su decisión final parece haberlo olvidado.

(73) *Cfr.* sobre el fundamento de la no entrega de nacionales, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 259-272.

Constitucional alemán está negando el principio de territorialidad de la ley penal, esto es, no se puede aplicar la ley penal de un Estado a los sujetos que delinquen en dicho Estado si no han participado en su proceso democrático de adopción (74). En cuarto lugar, el artículo 16. 2 de la Ley Fundamental de Bonn, permite la entrega de nacionales entre Estados miembros de la UE, siempre que se respeten los derechos fundamentales de los sujetos; previsión ésta última que debería de aplicarse tanto a los nacionales como a los extranjeros en los procedimientos de entrega. Finalmente, la Decisión marco, según la interpretación aquí mantenida, obligaría a entregar a ese sujeto alemán a las autoridades judiciales españolas, permitiéndose, no obstante, condicionar esa entrega a que la persona sea devuelta a Alemania, en caso de una condena, para cumplir la pena en su país.

Las contradicciones y la falta de fundamentación, que en mi opinión, adolece la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de los argumentos –la entrega de alemanes vulnera los derechos fundamentales en la mayoría de las ocasiones– en que basa su decisión –denegación de la entrega e inconstitucionalidad de la ley de transposición de la Decisión marco–, hace pensar que el verdadero problema del asunto se encuentra en la Decisión marco y no solamente en la ley alemana. Creo, que la no exigencia de doble incriminación y la retroactividad de la Decisión marco constituyen las verdaderas razones que laten en el fondo de esta decisión y ello por varios motivos (75): los hechos imputados por la AN española a la persona reclamada datan del año 2001, delitos de creación de asociación ilícita y de asociación terrorista en el extranjero, fecha, en la que dichos hechos no eran constitutivos de delito en Alemania (76) –hasta agosto de 2002 no entraron en vigor

(74) En este sentido crítico, *Cfr.* PERAZA PARGA, L.: en *La insignia*, de 19 de julio de 2005; CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa, quien se pregunta sobre si el Tribunal Constitucional alemán va a aplicar su doctrina cuanto se trata de enjuiciar a extranjeros que cometan delitos en su territorio, renunciando al ejercicio de su jurisdicción a favor de la del Estado de la nacionalidad de dichos sujetos.

(75) En este sentido parecen pronunciarse, CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(76) Así lo reconoció el Tribunal Superior de Justicia de Hamburgo que con fecha de 24 de noviembre de 2004 otorgó el permiso para la entrega de ese sujeto sirio-alemán a las autoridades españolas, bajo el argumento que esa falta de incriminación no es un obstáculo a la entrega debido a la supresión de dicho requisito por la Decisión-marco, ni supone vulneración del principio de irretroactividad de la ley penal.

tales delitos en el Código Penal alemán, es decir, con posterioridad a la comisión–, con lo que la entrega de dicha persona supondría, en virtud de excepcionar la doble incriminación por constituir delitos de terrorismo, aplicar una ley penal desfavorable retroactivamente; a esta circunstancia se le suma además que el sujeto es nacional del país reclamado y no hay que olvidar que en el sistema continental los países siguen siendo muy recelosos de entregar a sus propios nacionales.

Este sería, en mi opinión, el verdadero motivo y ello lo avalaría el hecho de que los tribunales alemanes no han enjuiciado a dicho sujeto –lo que hubiese sido procedente al denegar una extradición de un nacional por delito de terrorismo en virtud de los principios *aut dedere aut judicare* y del principio de justicia universal–, todo lo contrario, lo han puesto en libertad. Esto lo ha reconocido indirectamente la propia representación del *Bundestag* al señalar que la entrega del nacional condicionada a la devolución a Alemania para el cumplimiento de la condena (posibilidad recogida tanto en la Decisión marco con en la ley alemana de transposición), podría en ciertos supuestos no ser viable a causa de la ausencia de doble tipificación de los hechos (77).

No obstante, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán no entra de lleno en el análisis de si la falta de doble incriminación pudiera suponer vulneración de derechos fundamentales. La única referencia a este principio la realiza en un párrafo de la siguiente manera «la parcial renuncia al principio de doble incriminación es, en cualquier caso, una decisión básica y central del legislador, que no obstante estaba ya prevista en la Decisión marco. Puede quedar abierto si es compatible con el nivel de protección exigible en cuanto derecho fundamental, no la decisión de un Estado miembro a favor de la punibilidad de una conducta, sino al revés, convertir la decisión favorable a la punición en el fundamento decisivo del mecanismo del recíproco reconocimiento. Ello no afecta a casos que tengan referencia en el Derecho interno, porque el legislador puede transponer la Decisión marco de conformidad con las exigencias constitucionales» (78).

También fue la postura del Gobierno Federal Alemán quien afirmó además la preeminencia del Derecho comunitario sobre el Derecho alemán *cf.* la traducción de dichas decisiones en CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(77) Traducción de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006.

(78) Traducción de CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden

En resumen, dos son los problemas que se plantean, desde mi perspectiva, con la puesta en práctica de la Decisión marco y que no se reconocen expresamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán –pues no es su competencia el valorar este instrumento (79)–, pero que son los causantes «ocultos» de la decisión: la excepción del principio de doble incriminación y la aplicación retroactiva de las normas de carácter penal que contienen la Decisión marco a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (80). Con todo ello, no obstante, el Tribunal Constitucional alemán está incumpliendo la obligación que pesa sobre todos los Estados de transponer en los plazos establecidos la Decisión marco (81), además de lo estipulado en dicha normativa sobre la entrega de nacionales.

C) Principio de irretroactividad desfavorable

Hay que tener en cuenta el Capítulo 4 de las Disposiciones Generales y Finales de la Decisión marco de 13 de junio de 2002, donde se regula la relación de este instrumento con los existentes y vigentes hasta el momento referidos a la entrega de delincuentes. De esta forma se prevé que la presente Decisión Marco sustituirá a partir del 1 de enero de 2004 los siguientes Convenios: Convenio Europeo de Extradición de 1957 y sus correspondientes Protocolos; Convenio relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición de 26 de mayo de 1989;

Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(79) Como apunta, *Cfr.* PERAZA PARGA, L.: en *La insignia*, de 19 de julio de 2005, lo que tendría que haber hecho el Tribunal alemán es haberse planteado esta posible incompatibilidad de la Decisión marco con su ordenamiento cuando transponía la norma europea al Derecho interno; y si lo que verdaderamente se cuestiona es la validez de la Decisión marco, el Tribunal Constitucional alemán estaría obligado a consultar al Tribunal de Justicia de la UE como última instancia jurisdiccional: si éste afirma la legitimidad de la «euroorden» ya sólo le quedaría al legislador y al ejecutivo alemán modificar su Constitución para adecuarla al derecho supranacional europeo.

(80) En este último punto es a juicio de *Cfr.* PERAZA PARGA, L.: en *La insignia*, de 19 de julio de 2005, donde el Tribunal Constitucional alemán tenía que haber fundamentado la decisión.

(81) En este sentido, CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. No obstante, el Tribunal Constitucional afirma que como la Decisión marco sobre la orden de detención y entrega se enmarca dentro de la cooperación jurídica del tercer pilar, los Estados, en caso de necesidad, pueden negarse a efectuar la transposición.

Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995; Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996; el capítulo IV del título III del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunitarias de 19 de junio de 1990. Por tanto, dichos Convenios dejarán de estar en vigor respecto de los Estados miembros de la Unión Europea, en sus relaciones mutuas, aunque seguirán rigiendo para el resto de los países miembros de dichos Convenios europeos en sus relaciones con los Estados miembros de la Unión Europea.

También se establece el ámbito de aplicación temporal de la presente Decisión marco al indicar que regirá para las solicitudes recibidas después del 1 de enero del 2004; a las solicitudes de extradición que se reciban antes del 1 de enero de 2004 seguirán aplicándose los instrumentos vigentes en materia de extradición. No obstante, los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión marco, una declaración en la que se indique que como Estado miembro de ejecución seguirá tramitando las solicitudes relativas a los actos cometidos antes de una fecha que especifiquen, con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004. La fecha de que se trate no podrá ser posterior al 7 de agosto de 2008 (Disposición transitoria, art. 32).

Con ello, en un principio, se establece la irretroactividad de las normas procesales que presenta un contenido propio: la no aplicación de una ley procesal a procesos ya comenzados cuando entra en vigor dicha norma, pero sí a nuevos aunque se refieran a hechos acaecidos antes de que la nueva ley entrara en vigor. Aunque se admiten declaraciones de los Estados en cuya virtud apliquen el principio de irretroactividad de las leyes penales (82), es decir, una norma no se aplicará a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor. Pero la Decisión marco no distingue para aplicar sus normas, en el ámbito temporal, entre normas penales y normas procesales, sino que aplica un principio u otro en bloque.

(82) De esta manera, Francia ha declarado que seguirá tramitando con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004 las solicitudes relativas a los actos cometidos antes del 1 de noviembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Italia y Austria también declaran que seguirá tratando con arreglo a las disposiciones vigentes en materia de extradición todas las solicitudes relativas a hechos cometidos antes de la fecha de entrada en vigor de la Decisión marco sobre la orden de detención europea, como lo prevé su artículo 32.

Con relación a este extremo, hay que recordar que respecto de las normas penales, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, prohíben la irretroactividad de la ley penal desfavorable; y no hay que olvidar, por otro lado, que esta normativa ahora tratada no sólo se compone de normas procesales sino también de normas penales y aplicar a éstas la retroactividad desfavorable podría vulnerar los principios de legalidad, seguridad jurídica y derechos fundamentales del individuo, pues implica aplicar dicha normativa a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor aunque sea desfavorable. También dichos principios vienen recogidos en los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución española. Por ello, hubiera sido deseable que en esta materia se hubiera procedido como en la Ley de Extradición pasiva española, en la que se distinguen estos dos tipos de normas a la hora de aplicar la irretroactividad penal y procesal.

Como recalca Cuerda Riezu, para salvar la posible inconstitucionalidad que se daría en el caso de aplicar las leyes españolas de desarrollo de la Decisión marco, que contienen normas de Derecho penal material, a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, cabría dos interpretaciones posibles: por un lado, entender que la aplicación retroactiva de las normas penales sólo es posible cuando se beneficie a la persona buscada; o por otro lado, el juez o tribunal debería promover una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sobre la ley española que establece dicha aplicación irretroactiva desfavorable (83).

Pues bien, la decisión del Tribunal Constitucional alemán, aunque no aborda el problema de la aplicación retroactiva de la Decisión marco de manera directa, sí que late en el fondo del asunto tal cuestión pues se trata de entregar a un sujeto por delitos imputados por la Audiencia Nacional española, que en el momento de cometerse no serían delitos según el ordenamiento jurídico alemán, con lo que su entrega, en mi opinión, supondría aplicar una ley penal desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y además en dos direcciones: por la aplicación de la Decisión marco y su excepción a la doble incriminación (norma penal a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor); y además, aplicar una ley penal alemana (que

(83) Cfr. CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 122-124; CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

tipifica los delitos de creación de asociación ilícita extranjera en el año 2002) a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor. Es en este punto donde, en mi opinión, el Tribunal Constitucional alemán debería de haber fundamentado su decisión: el problema que se hubiera planteado es que con tal fundamentación estaría cuestionando la validez de la Decisión marco (por la supresión de la doble incriminación y su carácter retroactivo, aunque dicha norma permita establecer en las legislaciones internas la irretroactividad de las normas desfavorables), cuestión que no le compete y además no era el momento oportuno de cuestionarlo –debía de haberlo planteado cuando se estaba gestando la Decisión marco ante el órgano oportuno o a la hora de transponer dicha normativa a su ordenamiento–.

Esta problemática, la supresión de la doble incriminación y la aplicación retroactiva de la Decisión marco, es común a todos los Estados miembros de la Unión Europea, porque los principios de doble incriminación e irretroactividad de las leyes penales desfavorables descansan en principios fundamentales del Estado de Derecho y en la protección de los derechos fundamentales de los individuos reconocidos por los instrumentos internacionales.

D) Principio de doble incriminación. Recapitulación

El principio de doble incriminación, es una regla consolidada en Derecho extradicional que se asienta en una garantía que descansa en el principio de legalidad penal (84). Su fundamento parece obvio: si el hecho no es delito en el Estado requirente, no se le podría juzgar, si no lo es en el país requerido, no obstaculiza la convivencia social en el mismo y su detención no sería conforme a Derecho (85). Hasta el Convenio de 1996, la mayoría de la doctrina no cuestionaba la vigencia de dicho principio, pues entregar por hechos no punibles según el Derecho interno del Estado requerido sería contrario al Estado de Derecho, pues implicaría privar a una persona de libertad para entregarla por haber realizado unos hechos no penados en el Estado requerido,

(84) En este sentido doctrina del TC: SSTC 91/2000; 32/2003. *Cfr.* CALAZA LÓPEZ, S.: «El Derecho a la Libertad y la Detención en el ámbito interno e internacional», 2003/2004, en www.us.es/cidc/Ponencias.

(85) *Cfr.* sobre el fundamento del principio de doble incriminación, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 94-95; GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 206-210.

dando distinto trato que a las personas que hayan cometido el delito en su territorio. A partir de 1996, se cuestiona dicho principio en materia de extradición para determinados delitos graves, excepcionándose en el Convenio europeo de 1996 para determinadas conductas delictivas.

Pese a que esta excepción ya se había impuesto en dicho Convenio de extradición, la novedad respecto de la Decisión marco es que se amplía de manera considerable la lista de delitos para los que no se requiere el principio de doble incriminación, pudiéndose ampliar aún más a voluntad de los Estados (86). Además, fue una de las cuestiones más discutidas en la elaboración de este instrumento entre los Estados miembros de la Unión, ya que en un principio se pretendía suprimir el requisito para toda conducta delictiva (87). Esta es la gran novedad de la Decisión marco, la eliminación del requisito de doble incriminación para ciertos delitos que se consideran lo suficientemente graves, que se supone que los Estados deben de tipificar dichas conductas en sus ordenamientos (88), de no ser así, no pueden fundamentar la denegación de la entrega.

(86) Esto ha llevado a algún autor a afirmar que la exigencia de la doble incriminación en el marco de la Decisión marco es algo excepcional. En este sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la “Euroorden”», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pp. 18-19.

(87) *Cfr.* Sobre la supresión del principio de doble incriminación en la elaboración de la Decisión marco de 13 de junio de 2002, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 409-411. Defensores de la supresión de la doble incriminación en España, entre otros, DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, p. 317; DEL POZO PÉREZ, M.: «La Orden de Detención y Entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», en *La Ley*, de 10 de enero de 2005, p. 6, incluso llega a afirmar dicha autora que «la exigencia de dicho principio se ha convertido en un lastre u obstáculo para la eficacia de la institución que busca la entrega de una persona a un Estado para que responda de una posible responsabilidad penal, bien en forma de participación en diligencias penales, bien para cumplir una condena ya impuesta en sentencia firme»; no obstante, en p. 7, detecta algunos problemas de la regulación de la supresión de la doble incriminación, como el caos del listado y la falta de definición de algunas conductas.

(88) *Cfr.* BUENO ARÚS, F. / MIGUEL ZARAGOZA, J. de.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 232, para quienes la polémica en torno a si se exige o no la doble incriminación es falsa, pues aunque no se exija dicho requisito éste existirá ya que los hechos allí citados están tipificados en todas las legislaciones internas, salvo raras excepciones, como los delitos de alta tecnología. También CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 96-98, relativiza los problemas que pudiera plantear la supresión del principio de doble

Dichos supuestos en los que se excepciona la doble incriminación son: 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; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda; incluida la falsificación del euro; delitos de alta tecnología, en particular delito informático; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario; agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro; detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y 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 (según el art. 2.3 de la Decisión marco dicha lista de delitos se puede ampliar o modificar en un futuro) (89).

incriminación, bajo el argumento de que las conductas delictivas respecto de las que se excepciona el principio van a ser punibles en casi prácticamente todos los Estados de la Unión, aunque resalta finalmente los problemas que puede acarrear la supresión de la doble incriminación al constatar la desigualdad existente entre los ordenamientos jurídicos y la falta de definición de cada una de las figuras delictivas excepcionadas por parte de la Decisión marco.

(89) Cabe destacar la opinión de LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, p. 332, quien realiza una crítica a los delitos incluidos en tan extensa lista, en el sentido de que se incluyen delitos de muy variada gravedad, teniendo en cuenta que algunos de ellos no presentan la suficiente gravedad para prescindir de un principio de tan arraigada tradición como es la exigencia de la doble incriminación. También en sentido crítico, *cfr.* ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la “Euroorden”», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pp. 28-29, quien no está de acuerdo con el orden en que aparecen enumerados los delitos objeto de la excepción a la exigencia de doble incriminación, pues a su juicio hubiera sido más correcto clasificarlos en atención al bien jurídico protegido y vulnerado por el hecho punible. También DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: «Algunas consideraciones sobre la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de

Estos delitos darán lugar a la entrega en virtud de una orden de detención sin el control de la doble tipificación, esto es, el Estado de ejecución estará obligado a entregar, aunque en su ordenamiento no estén tipificadas dichas conductas delictivas. Ahora bien, el artículo 2.2 de la Decisión marco sí que somete a cierto control, por parte del Estado de ejecución, la tipificación de dichos delitos en el Estado emisor, exigiendo un mínimo de gravedad en el ordenamiento de este último Estado para entregar al sujeto; se requiere que dichas conductas estén sancionadas en el ordenamiento del Estado emisor con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años. Si no se cumple este requisito, el Estado de ejecución no estará obligado a entregar sin el control de la doble tipificación (punto IV, apartado 3.1 del Protocolo sobre la Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas del Ministerio de Justicia español), pues se supone que son delitos tan graves que al menos deben de ser castigados con esa pena. Por otra parte, incumbe a la autoridad judicial del Estado emisor decidir si la infracción entra o no en el ámbito de aplicación de la lista.

Tal y como se prevé la doble incriminación en la Decisión marco, se desarrolla en la Ley 3/2003 española en el artículo 9, de tal manera que se excepciona para dicha lista de delitos, requiriéndose el mínimo de gravedad apuntado, y se podrá exigir para los delitos no incluidos en la lista (90), siempre que cumplan el mínimo punitivo exigible según el ordenamiento del Estado emisor. En efecto, el artículo 12.2 a) de dicha Ley española deja a la autoridad judicial de ejecución española la facultad de denegar la extradición cuando falte el requisito de doble incriminación para los delitos no incluidos en la lista.

Esta previsión tampoco me parece acertada. Si bien no se debería suprimir el requisito de la doble incriminación (91) más que en las materias que hayan sido objeto de una previa armonización legislativa, el otorgar la facultad y el arbitrio a los jueces de cara a exigirlo o no me parece insertar elementos que generan una gran inseguridad jurídi-

la extradición», en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2003, p. 6, critica la lista en el sentido de no incluirse delitos tan o más graves como los finalmente incluidos como pueden ser delitos internacionales reconocidos como tales en Convenios Internacionales.

(90) Ello, como apunta CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 119-120, supone un excesivo arbitrio judicial, al permitirle al órgano judicial español de ejecución poder imponer o no el principio de doble incriminación y, en su opinión, la ley española tendría que haber concretado esa discrecionalidad en sentido concreto.

(91) En este sentido, CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

ca: esta facultad debería residir en los Estados de cara a ir excepcionando el principio de doble incriminación en la medida que se vaya procediendo a una armonización.

El primer Auto de la Audiencia Nacional emitido por la Sección Tercera de la Sala de lo penal con fecha de 19 de febrero de 2004, contempla ya la aplicación de este artículo 2.2 de la Decisión marco; se trataba de la reclamación a España de un ciudadano inglés por parte de Finlandia por un presunto delito de estafa. En tal supuesto la Audiencia Nacional señala que el delito de estafa figura dentro de la lista de los 32 delitos respecto de los cuales se excepciona el principio de doble incriminación siempre que el delito esté castigado en el Estado emisor con una pena mínima de tres años, y en este caso, la legislación finesa castiga dicha infracción con pena de 7 años: con lo que accede a la entrega por cumplirse los requisitos de la Decisión marco y de la ley española de desarrollo.

La doctrina ya apuntó, antes de la puesta en práctica de la «euroorden» algunos problemas que podría plantear la supresión de este requisito. Por ejemplo, ¿Qué ocurriría con los delitos contenidos en la lista en los que no se alcanza el mínimo punitivo previsto en el artículo 2.2 de la Decisión marco, tres años de privación de libertad según el Estado emisor? ¿Conllevaría tal supuesto a la impunidad? (92). Bien creo que cuando falte ese mínimo punitivo de tres años de privación de libertad no se podría excepcionar el principio de doble incriminación; por tanto, en estos casos se exigiría dicho requisito además del mínimo punitivo previsto en el artículo 2.1 de la Decisión marco (93).

También se planteó la dificultad de aplicar este sistema de lista debido a la falta de homogeneidad entre las distintas legislaciones nacionales a la hora de definir los elementos de cada delito. Por ejemplo, Fonseca Morillo se pregunta ¿qué podrá hacer, no obstante, la autoridad judicial de ejecución cara a una orden de detención emitida utilizando la calificación de agresión con lesiones graves y que se refiera realmente a un aborto? (94). Cabría plantearse también ¿qué

(92) Cfr. FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, núm. 14, 2003, pp. 87-89. Dicho autor viene a dibujar algunos de los inconvenientes con los que se pueden encontrar los distintos órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la lista positiva debido a la falta de homogeneidad en la regulación de dichos delitos por parte de las distintas legislaciones penales de los Estados miembros.

(93) En este sentido, BUENO ARÚS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 238.

(94) En este sentido, FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, núm. 14, 2003, pp. 87-89.

puede hacer España ante una petición por delito de estafa en que no se diera el elemento de engaño bastante, por no ser exigible para configurar dicha conducta delictiva según el ordenamiento jurídico del Estado emisor? (95). Todos estos problemas demandan una rápida homogeneización y armonización de las legislaciones penales, o por lo menos, un documento en el que cada Estado podría definir o enumerar los delitos que según su legislación podrían incluirse en esta lista del 2.2 de la Decisión marco (96).

Por el contrario, la doble incriminación se puede exigir a voluntad de los Estados, o mejor expresado, a voluntad de las autoridades judiciales de ejecución, respecto de otros delitos no incluidos en la lista, según el artículo 2.4 de la Decisión marco, y respecto de los delitos incluidos en la lista que no alcancen el mínimo punitivo de tres años (97).

«El fundamento de la supresión del requisito de la doble incriminación debiera de establecerse en que son conductas delictivas de tal gravedad que los Estados no pueden denegar su cooperación para evi-

(95) Cfr. tal planteamiento en LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 327-332, para quien dicho listado adolece de una ambigüedad excesiva totalmente incompatible con el principio de legalidad extradicional.

(96) Cfr. FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, núm. 14, 2003, pp. 87-89. También plantea los problemas de la supresión de la doble incriminación DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 283-289, quien apunta que su supresión, a falta de una previa armonización sobre el ámbito de la tipicidad de las conductas, puede conllevar a la vulneración del principio de legalidad extradicional sin que el listado de delitos pueda salvaguardar dicho principio; además, apunta que en la lista de delitos respecto de los cuales se suprime la doble incriminación se contienen conductas de muy distinta gravedad y no sólo referidas a la delincuencia organizada y respecto de ellas está aún menos justificada la supresión de la doble incriminación. Como analiza dicha autora, esa posible vulneración puede conllevar a que el reclamado recurra en amparo ante el TC, y ello a su vez retrasaría la entrega e implicaría incumplimiento de los plazos previstos en la Decisión marco y se frustraría su finalidad.

(97) Cfr. una crítica a la regulación concreta que realiza la Decisión-marco en la supresión de la doble incriminación en SANZ MORÁN, A. J.: «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 81-90, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 95-104, quien detecta algunos problemas como la falta de concreción de las figuras delictivas respecto de las cuales se excepciona el principio de doble incriminación, la facultad concedida a las autoridades judiciales para excepcionar el principio de doble incriminación de los delitos no contenidos en la lista y sobre todo pone el acento en la falta de armonización en los delitos respecto de los cuales se excepciona la doble incriminación en los derechos penales nacionales de los Estados miembros de la UE.

tar la impunidad de dichos comportamientos. Se supone, aunque ello no es una realidad, que todos esos comportamientos debieran constituir delitos en todos los territorios de la Unión» (98).

Por ello, en mi opinión, más que la eliminación del requisito de la doble incriminación para determinados delitos, lo que sería más deseable es que este instrumento exhortara a los Estados para que tipificasen en sus ordenamientos esas conductas delictivas, de manera homogénea en el territorio de la Unión, que se consideran más graves y no existiera ningún obstáculo a la hora de entregar a los individuos que hubiesen cometido tales delitos. La supresión del principio de doble incriminación, sin más, puede conllevar problemas para los Estados en los que esas conductas no estén tipificadas como delitos; problemas en relación con los principios de legalidad y seguridad jurídica, vigentes en materia de extradición o de entrega de sujetos a las jurisdicciones de otros países. No obstante, al menos hubiera sido deseable para una mayor seguridad jurídica, que se hubiera procedido a definir tales delitos respecto de los que se exceptiona el principio de doble incriminación (99). El sistema así seguido por la Decisión marco inserta elementos que dan lugar a una inseguridad jurídica debido a la falta de armonización entre los sistemas penales de los Estados miembros (100). Esto se intenta

(98) GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, p. 437.

(99) En contra parecen decantarse BUENO ARÚS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 237, para quienes no es necesario añadir elemento tipificador alguno en relación a las categorías delictivas previstas en la lista de delitos de ambos textos, ya que el juez del Estado requerido está vinculado no sólo por los hechos sino por la calificación jurídica que realiza el Estado requirente. En contra de esta opinión parece decantarse, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 96-98, quien resalta también los problemas del sistema de lista seguido por la Decisión marco debido a la desigualdad existente entre los ordenamientos jurídicos y la falta de definición de cada una de las figuras delictivas exceptonadas por la Decisión marco.

(100) En este sentido, de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006, a quien le parece muy prematuro en la actualidad la supresión del principio de doble incriminación pues no hay armonización ni en la legislación penal ni procesal de los Estados miembros; apunta que esto último debiera ser previo a la supresión del principio. En este sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 14-15, quien, no obstante, afirma que la Decisión marco ha servido de estímulo para imprimir una mayor celeridad a la tarea de unificación de las legislaciones nacionales y a un incremento de las cifras de entrega de personas.

solventar desde la Unión por los trabajos que se están llevando a cabo tanto por la Comisión como por el Consejo para conseguir cierta aproximación entre las legislaciones penales (101).

Como ya he analizado, fue parte de la doctrina alemana la originaria de las fuertes críticas vertidas contra la excepción del principio de doble incriminación como consecuencia del principio de reconocimiento mutuo, y parece que ello ha tenido eco en la decisión del Tribunal Constitucional alemán en la Sentencia de 18 de julio de 2005, anteriormente mencionada. Por mi parte, puedo decir que estoy parcialmente de acuerdo en cuanto que la supresión de la doble incriminación es, hoy por hoy, un proyecto demasiado ambicioso de implantar y, de ahí, que ya se hayan planteado dificultades en su puesta en práctica; pero por otro lado, no comparto ciertas argumentaciones contra el principio de reconocimiento mutuo y la supresión de la doble incriminación alegadas por algunos de esos autores alemanes, cuya finalidad, a mi entender, van dirigidas a una protección a ultranza e injustificable, al menos en el ámbito europeo, de sus nacionales.

Como exponente de esta doctrina crítica a la supresión de la doble incriminación se puede citar a Schünemann, quien viene a señalar que extraditar a un nacional del propio Estado prescindiendo de la doble tipificación de los hechos es tanto como renunciar a las garantías clásicas del Estado liberal que han alumbrado en el mundo occidental el sistema de protección de los individuos frente al poder público y, más concreto, equivaldría a lesionar lo que denomina el principio democrático, en virtud del cual nadie puede ser declarado como enemigo de la sociedad, y en consecuencia, condenado con fundamento en unas normas penales en cuya confección no ha podido intervenir activamente, cuando menos mediante el ejercicio del derecho de voto (102).

(101) Cfr. ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pp. 29-30.

(102) Cfr. SCHÜNEMANN: *Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens*, StV 2033, p. 118; el mismo, *Ein AlternativEntwurf zur Regelung der europäischen Strafverfolgung im Verfassungsvertrag der EU*, en *Die Europäische Union – ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?* (coordinador Pache), Baden Baden 2005, p. 90, traducido por de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006.

Como he señalado anteriormente, estoy de acuerdo con este autor que la supresión de la doble incriminación podría vulnerar las garantías propias de un Estado de Derecho como el principio de legalidad, el de seguridad jurídica; pero por otro lado, esto sería tanto para la entrega de nacionales como para la entrega de extranjeros pues a todos los individuos les protegen dichas garantías. Además, criticar la supresión de la doble incriminación por faltar lo que él denomina principio democrático no me parece nada correcto, pues es como decir que el principio de territorialidad de la ley penal no tiene validez, esto es, no es aplicable la ley penal para quienes no hayan participado en su elaboración, es decir, para los extranjeros.

Otra parte de la doctrina alemana aboga por la supresión del principio de doble incriminación pero introduciendo una cláusula condicional de control de orden público europeo para salvaguardar las garantías de los individuos (103). En este sentido el Informe de la Comisión Europea de marzo de 2005, ha confirmado la posibilidad de condicionar la decisión de entrega a un control relativo al orden público; señalando que es legítimo denegar la expedición de la orden con base en la vulneración de derechos fundamentales aunque en el marco de la Unión Europea ello debería ser un supuesto excepcional. Ello supone desde mi punto de vista, articular una «válvula de escape» a la supresión de la doble incriminación.

En mi opinión, si se interpreta correctamente el artículo 1.3 de la Decisión marco y el artículo 6 del Tratado de la Unión, junto con el Informe de la Comisión, cuando falta la doble incriminación un Estado puede alegar vulneración de principios constitucionales como el de legalidad, irretroactividad de la ley penal, seguridad jurídica para denegar la entrega; consecuentemente la supresión del principio de doble incriminación no es posible.

(103) En este sentido, VOGEL: *Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung*, ZStW (116), tomo II, 2004; el mismo, *Abschaffung der Auslieferung?*, JZ 19/2001, pp. 940 y ss, traducido por de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006: este último autor fundamenta ese condicionamiento en el artículo 1.3 de la Decisión marco al establecer que la presente Decisión no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 de Tratado de la Unión Europea; dicho autor opina que el hecho de que esta cláusula de orden público no aparezca en el articulado no le resta valor y opina que la razón de ser es que no se abuse de tal cláusula para denegar órdenes de ejecución.

E) Principio de reciprocidad en la Euroorden. Problema constitucional español

El principio de reciprocidad es un requisito muy arraigado en Derecho extradicional, cuyo origen se centra fundamentalmente en hacer cumplir bilateralmente las obligaciones, en igualdad de condiciones, que surgen entre los Estados implicados en los procedimientos de entrega de presuntos delincuentes o de ya condenados (104).

Es un principio recogido tanto en las leyes internas como en los Tratados de extradición. La Constitución española también lo recoge en el artículo 13.3 cuando señala «*La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad...*».

Como se puede desprender a priori de la Norma fundamental, dicha previsión, que data de 1978, está pensada para las fuentes del Derecho existentes en aquél momento. En el presente, hay que tener en cuenta que estas fuentes se han ampliado como consecuencia del nuevo espacio europeo en el que España está inmersa. Así por ejemplo, aunque una orden de detención y entrega europea se base en virtud de una Ley española, ésta tiene su origen en una norma procedente de un organismo comunitario de carácter vinculante, una Decisión Marco. El escenario jurídico ha cambiado. Aquí es donde se plantean los problemas de seguir manteniendo la vigencia del principio de reciprocidad: por un lado, ni la Decisión marco ni la ley española que la desarrolla prevén como obstáculo a la ejecución de la orden de detención europea la existencia de reciprocidad; por otro, se afirma la supralegalidad de la Constitución respecto de los Tratados; finalmente se afirma la primacía del Derecho Comunitario frente al interno de los países.

De ahí que se detecta una contradicción en nuestro ordenamiento jurídico respecto del comunitario, pues éste en materia de órdenes de ejecución no prevé tal excepción y nuestra Constitución la sigue manteniendo. Ello produce ya una esquizofrenia en el sistema que estamos abordando, como ya se ha puesto de manifiesto por nuestros tribunales, ya que en virtud del principio de reciprocidad nuestros tribunales ya han cuestionado la ejecución de órdenes de detención y entrega. Por ejemplo, ante la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 que deniega la entrega de un nacional alemán a la Audiencia Nacional por considerar inconstitucional su ley de transpo-

(104) Cfr. Sobre el origen y distintas acepciones y regulaciones de la reciprocidad, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 102- 123.

sición de la Decisión marco, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acuerda provisionalmente el 21 de julio de 2005 y mediante el Acuerdo de 20 de septiembre de 2005 la no entrega de españoles a Alemania para el caso de que la Sentencia alemana de 18 de julio afecte sólo a las peticiones de entrega de alemanes; para el caso de que Alemania quede fuera del sistema de la «euroorden», entendiéndose que las órdenes emitidas por Alemania tendrán la consideración de orden internacional de detención a efectos de extradición y, en consecuencia, se seguirán las reglas de la extradición (105). En aquel momento había pendientes 60 peticiones alemanas a la Audiencia Nacional española de las cuales 14 eran de españoles.

Sin embargo, a la vista de dichas resoluciones, hay que recordar otro problema con relación a este principio y es que la existencia o no de reciprocidad la determina, conforme a nuestras leyes, el Gobierno, órgano ejecutivo que no tiene cabida en el procedimiento de ejecuciones de órdenes europeas (106).

(105) Ya con anterioridad la Audiencia Nacional había aludido al principio de reciprocidad en los procedimientos de ejecución de una orden de detención y entrega, como ejemplo cabe citar el Auto de la Sección 1.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 3 de junio de 2004, en el que se accede a la entrega de un nacional español a Francia en virtud del principio de reciprocidad, pues con la adopción de la Decisión marco sobre la «euroorden» y el cambio en la legislación interna francesa ya se permite la entrega de franceses a España. En cambio, en el Auto de la Sección 1.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2004, parece que en el primer fundamento jurídico intenta justificar la eliminación del principio de reciprocidad ahora en los procedimientos de ejecución de órdenes europeas de detención al señalar: «Así los tradicionales mecanismos de cooperación judicial dejan paso a una nueva forma de entender las relaciones entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza. En esta confianza se inserta el principio de reconocimiento mutuo, que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados. La aplicación de este principio de reconocimiento mutuo supone que los motivos por los que se puede negar la ejecución están tasados en el texto de la ley y su naturaleza permite una apreciación objetiva por parte de la autoridad judicial. También supone la desaparición de la intervención del ejecutivo, porque la existencia de confianza recíproca convierte en innecesaria la verificación de la situación política del Estado emisor...»

(106) Y ello porque se supone, como ha justificado algún autor, *cf.*: DEL POZO PÉREZ, M.: «La Orden de Detención y Entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», en *La Ley*, de 10 de enero de 2005, pp. 8-9, que «sin duda el sistema actual se asienta sobre valores que nada tienen que ver con las decisiones de política exterior de los Estados, las relaciones entre unos y otros, la conveniencia o la reciprocidad, sino en la tramitación transparente y objetiva, con confianza en las decisiones judiciales, respetuosas de los derechos fundamentales, realizadas por órganos jurisdiccionales independientes, responsables, inamovibles y sometidos únicamente a la Ley y al Derecho».

No obstante, ya abogué por la supresión de dicha referencia en la Constitución, pues su previsión planteaba problemas en los procedimientos de extradición en el plano jurídico, aunque se mantenga su naturaleza de principio sometido al de legalidad y no como una fuente autónoma del derecho extradicional (107). En el nuevo marco europeo de entregas los problemas se agudizan por varios motivos: por un lado, la reciprocidad no está prevista en la ley de desarrollo española de la Decisión-marco, es más, el Partido Socialista formuló una enmienda a la Disposición Transitoria Segunda que no prosperó, en el sentido de establecer el principio de reciprocidad en cuanto a la aplicación temporal de la Decisión marco, bajo el argumento de que hay Estados como Italia y Austria que no aplicarán la «euroorden» más que a los hechos que se cometan después de su entrada en vigor (108); además, el Tribunal Constitucional español (en Sentencia 30/2006, de 30 de enero), ha afirmado que «no estableciendo el artículo 13.3 de la CE derechos susceptibles de ser objeto de protección directa a través del recurso de amparo, la decisión de en qué grado haya de atenderse a la reciprocidad en la decisión de entrega es una cuestión que cae del lado de la legalidad ordinaria, la cual, por tanto, y salvo que la desatención de la reciprocidad comprometa la salvaguarda de derechos fundamentales del reclamado, o bien que su aplicación venga presidida por una motivación manifiestamente irrazonable o de todo punto arbitraria, queda extramuros de nuestra competencia», con lo que si la legalidad ordinaria (ley orgánica 3/2003 española) no prevé nada al respecto del principio de reciprocidad, en mi opinión, en su virtud no se puede fundamentar una denegación a la entrega. En segundo lugar, como ya he constatado, el Gobierno no interviene en estos «nuevos procedimientos de entrega», al cual viene correspondiendo la apreciación de la reciprocidad y no a los tribunales. En tercer lugar, la exigencia de reciprocidad es contraria al espíritu y a los principios en los que se asienta este «nuevo» mecanismo de auxilio jurídico internacional, como el principio de confianza y el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, además de contribuir a la falta de armonización y codificación de la normativa sobre entregas de ya condenados o de presuntos delincuentes.

En España, como ya he apuntado, hay varias resoluciones judiciales en las que se aborda, aunque no se resuelve la problemática de

(107) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 117-124.

(108) Es razonable, a juicio de este grupo parlamentario, que para estos países se pueda acordar un tratamiento recíproco, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, de 28 de noviembre de 2002, p. 35.

manera directa, el principio de reciprocidad en los procedimientos de ejecución de *órdenes de detención y entrega europea*. Al Tribunal Constitucional español también han llegado casos en amparo alegando la vulneración del principio de reciprocidad en conexión con otros principios como la irretroactividad de las leyes penales, la entrega de nacionales y la publicación de las normativas aplicables. Pero en la única Sentencia de este Alto Tribunal en la que se estudia con más profundidad el principio de reciprocidad es en la Sentencia 30/2006, de 30 de enero (109). En este caso se alegaba vulneración del principio de legalidad del artículo 13.3 de la Constitución que caería bajo la competencia del Tribunal por suponer vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, ya que se argumenta indebida aplicación por parte de la Audiencia Nacional de la Ley 3/2003 (aplicación correcta, en mi opinión, pues se trataba de una orden enviada por Francia el 1 de julio de 2004, fecha que ya estaba en vigor para ambos Estados (110) las normativas correspondientes a las órdenes de detención y entrega europeas), en lugar del Convenio Europeo de Extradición de 1957 (porque Francia aplicaría en caso contrario dicha normativa, pues las órdenes de ejecución en dicho país sólo se podrían tramitar para hechos ocurridos después de 1993) y, en consecuencia, la indebida decisión de entregar a Francia a la recurrente de nacionalidad española, dado que en virtud del principio de reciprocidad, España no habría de extraditar a sus nacionales a Francia, en tanto que Francia, según la reserva efectuada al Convenio Europeo de Extradición de 1957, no extradita a sus nacionales.

En este caso concreto, y con relación al principio de reciprocidad, se alegaba éste como criterio de selección de las normas. El Constitucional no ampara, pues constata que el principio de reciprocidad es una cuestión de la legalidad ordinaria y no aprecia vulneración de derechos fundamentales en la entrega de nacionales pues su prohibición no está prevista en la Constitución y, además, se trata de extraditar a un país firmante de los Convenios sobre protección de los derechos humanos.

Con dicho pronunciamiento, que en mi opinión es correcto atendiendo a las normativas aplicables y al ámbito temporal de éstas, el

(109) «BOE» núm 51, de 1 de marzo de 2006. En el resto de Sentencias se pronuncian sobre la posible vulneración de otros principios pero no entran en el fondo sobre el principio de reciprocidad.

(110) Creo que es correcta desde el estricto principio de legalidad. No estoy de acuerdo, por otra parte, en la aplicación temporal que regula ni la Decisión marco, ni mucho menos nuestra Ley 3/2003, pues creo que se tenía que haber declarado el principio de irretroactividad penal, y no aplicarla a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor.

Tribunal Constitucional no está creando una doctrina sobre el principio de reciprocidad y tampoco afirma, de manera expresa, que no sea aplicable en estos nuevos procedimientos de detención y entrega europea, pero su decisión se basa en la no aplicación de la reciprocidad en una orden de ejecución de entrega enviada a Francia por España, si bien es cierto, como criterio de selección de normas. De haberse aplicado la reciprocidad, España en tal supuesto no hubiera aplicado la Ley 3/2003, sino el Convenio Europeo de Extradición de 1957 y la reserva Francesa, pues debido a que los hechos eran anteriores a 1993, ésta última sería la normativa que hubiera aplicado Francia en caso contrario y, en consecuencia, se hubiera denegado la entrega de nacionales (111).

F) Falta de armonización y homogeneidad en las legislaciones de los Estados miembros a la hora de transponer la Decisión marco

Una de las finalidades de adoptar este «novedoso» instrumento de cooperación jurídica internacional a través de una Decisión marco, norma de obligado cumplimiento aunque sin eficacia directa, era homogeneizar todas las normas en el territorio de la Unión en materia de cooperación jurídica internacional y, en concreto, en materia de entrega de presuntos o ya declarados culpables.

(111) Sin embargo, la STS 328/2005, de 12 de diciembre, anterior a la tratada en el texto, parecía que sí hubiera sido posible aplicar el principio de reciprocidad en el criterio de selección de las normas, sino hubiera sido por la falta de publicación de la supuesta retirada de la reserva francesa a la entrega de sus nacionales (en virtud de este último argumento es por el cual se concede el amparo al nacional español respecto del cual se había concedido la entrega a Francia). Creo que en tal supuesto se están confundiendo cuestiones y mezclando normativas aplicables. En tal supuesto se estaba ante una ampliación de una extradición (con fecha 29 de enero de 2004) anteriormente solicitada por Francia a España de un español. La Audiencia Nacional concede la extradición de un español porque cree que ya no está en vigor la reserva francesa al CEEExt de 1957 –por la declaración de Francia emitida en 2004–, por la que se denegaba la entrega de los franceses y, en virtud de la reciprocidad, nuestros tribunales denegaban la entrega de los españoles. Pero hay que constatar, en mi opinión, que la declaración francesa del año 2004 se limita a afirmar, como señala expresamente la sentencia del Constitucional ahora tratada, que las disposiciones relativas a la Orden de Detención y Entrega Europea, *cuando pueda ser aplicada*, reemplazará a las disposiciones correspondientes del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, en los procedimientos de entrega entre Estados Miembros de la Unión Europea. Lo que significa que Francia entregará a sus nacionales cuando sea aplicable las leyes que desarrollan la Orden de Detención y Entrega, pero no los entregará cuando sea aplicable el procedimiento de extradición, pues dicha declaración no supone una retirada de la reserva al Convenio de Extradición de 1957, sino la constatación de una sucesión de normas.

Teniendo en cuenta sólo la Decisión marco ya se pueden detectar problemas para conseguir tal finalidad, debido fundamentalmente al sistema de cláusulas facultativas reguladas en dicha norma que confieren a los Estados gran margen de maniobra. Sólo el uso de dichas cláusulas por parte de los distintos Estados, a la hora de transponer dicha normativa a sus ordenamientos, y por parte de los distintos órganos jurisdiccionales de los países miembros, supone una falta de armonización y homogenización en esta materia. Si a ello se añade, además, la práctica de los Estados en la adopción de la Decisión marco, esta falta de homogeneización da lugar a una multitud de normas distintas que regulan las condiciones de entrega dependiendo de los países implicados. Así se ha constatado que los Estados no sólo han hecho uso de esas cláusulas facultativas, sino que en ocasiones han procedido al margen de lo que dispone la Decisión Marco (112).

Así, por ejemplo, la República Checa, Luxemburgo, Eslovenia han limitado unilateralmente su aplicación en el tiempo; la República Checa y Holanda imponen una modulación de penas para alinearlos a su nivel nacional antes de aplicarlos a sus ciudadanos; Dinamarca, Malta, Holanda, Portugal y Reino Unido, han introducido causas de rechazo, en contra de lo que marca la Decisión marco, como el riesgo de discriminación política o consideraciones de seguridad nacional (113); República Checa, Bélgica, Polonia, Eslovenia, Estonia, Grecia y Francia han restablecido la necesidad de la doble incriminación para algunos delitos; Irlanda y Estonia, han excluido de la lista de infracciones que pueden ser objeto de entrega los casos de tentativa y complicidad; República Checa, Malta, Portugal, Eslovaquia, Reino Unido, Francia, Bélgica, han eludido fijar los plazos procedimentales o han superado los límites previstos; Malta y Reino Unido no han adoptado el formulario único disponible para cursar las órdenes de detención y entrega (114).

Si a ello se añade el pretendido principio de reciprocidad aplicable entre los Estados miembros, el caos legislativo existente en esta materia entre los Estados miembros de la Unión Europea no tiene precedente. Ejemplo de esto lo constituyen algunas de las resoluciones anteriormente citadas tanto de la Audiencia Nacional española como del Tribunal Constitucional español, llegando, a mi juicio, a una esquizofrenia legislativa que ha provocado la mezcla de normativas aplicadas a un mismo caso.

(112) Las distintas normativas de transposición de la Decisión marco de los Estados miembros pueden encontrarse en la página web del Ministerio de Justicia, www.justicia.es: Información Jurídica y Canal Internacional.

(113) *Cfr.* PERAZA PARGA, L.: en *La insignia*, de 19 de julio de 2005.

(114) *Cfr.* www.lukor.com/not.mun/europa.

Al respecto la Comisión emite un Informe fundado en el artículo 34 de la Decisión marco, COM (2005), de 23 de febrero de 2005, donde concluye que los motivos que introducen los Estados para denegar la entrega fundados en el respeto de los derechos fundamentales no deben ser invocados más que de forma excepcional en el seno de la Unión, pero admite dichos motivos pese a que la Decisión marco no los prevea de manera expresa (115).

Además hay que tener en cuenta un problema de cara a obligar a los Estados miembros a cumplir una Decisión marco, apuntado por la propia Comisión Europea, la Decisión marco ha sido tomada en el ámbito del «tercer pilar» del derecho comunitario y, por tanto, no permite a la Comisión abrir ningún procedimiento de infracción contra el Estado incumplidor (en el caso alemán apuntó que todos los Estados miembros tenían la posibilidad de acogerse a una cláusula de no extradición para sus nacionales si han llevado a cabo delitos en el territorio nacional, según la Decisión marco, aunque Berlín no lo hizo).

Los datos estadísticos tampoco son reveladores del éxito que se esperaba de este «nuevo» instrumento de cooperación jurídica internacional: así en septiembre de 2004, de 653 personas detenidas en virtud de la orden europea de detención y entrega, sólo 104 fueron entregadas al país que los reclamaba.

Como señala el Parlamento Europeo (en un Documento de Trabajo sobre recomendaciones al Consejo de 22 de septiembre de 2005 (116), se están planteando muchos problemas en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y se van a seguir planteando con relación a la puesta en práctica de la Decisión marco, sobre todo en lo que afecta a la protección de los derechos fundamentales, en concreto, con los principios de entrega de nacionales, doble incriminación, penas inhumanas o degradantes; ante tal situación el Parlamento alude a los Considerandos 12 y 13 del Preámbulo y al artículo 1 de la Decisión marco como cobertura legal para que en las órdenes de detención y entrega europea se puedan proteger los derechos fundamentales y denegar en su virtud «euroórdenes». No obstante, y esto es lo que me parece más

(115) Cfr. DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 248-252, quien constata que la introducción por los Estados de motivos denegatorios en la entrega no previstos en la Decisión marco provoca un riesgo de dispersión normativa a lo que se suma que tampoco se establecen criterios, ni en la Decisión marco ni en la ley española de transposición, que guíen al juez a la hora de ejercer las facultades que se le confieren.

(116) DT/580979ES.doc

importante, apunta que «el reconocimiento mutuo y una mínima armonización deben ir a la par. Cabría desear un mayor dinamismo en materia de armonización que, sin desdeñar en absoluto ni minimizar las diferencias entre los sistemas judiciales nacionales, refuerce el corpus legislativo común a partir del cual se pueda desarrollar el reconocimiento mutuo. En la situación actual, el Consejo está mostrándose excesivamente timorato en lo que respecta a la armonización, por cuanto que hace recaer toda la carga de la construcción del espacio judicial europeo en el reconocimiento mutuo. Tal método permite lograr avances, pero sus repercusiones resultan limitadas si la base legislativa común es demasiado estrecha».

5. CONCLUSIONES

Toda esta exposición tiene el objeto de manifestar una postura doctrinal sobre la figura de la extradición en la actualidad. Pese a que el fundamento más importante de la institución radica no sólo en evitar la impunidad, sino en la protección de los derechos fundamentales, después sobre todo de los atentados de septiembre en EEUU –aunque durante la década de los 90, tanto a nivel político, social y jurídico ya se mostraba a nivel europeo la posibilidad de suprimir o sustituir dicha figura–, esta forma de cooperación jurídica internacional entra en crisis. Los Estados europeos, los políticos y algunos juristas, señalaban que en este ámbito se debían suprimir tales procedimientos tan costosos, complejos y, en algunas ocasiones, ineficaces –no se evitaba la impunidad debido a la tardanza del procedimiento pues el sujeto tenía que ser puesto en libertad–. Aunque, paradójicamente, ya existían Convenios europeos tendentes a la simplificación de los procedimientos de extradición que los propios Estados europeos no ratificaban.

Pues bien, partiendo del fundamento de la extradición anteriormente mencionado, no creo que pueda desaparecer la figura de la extradición ni ser sustituida por otros mecanismos distintos que agilicen el procedimiento, suprimiendo las garantías propias del procedimiento extraditorio. Defiendo una evolución de la institución, en similares términos a los establecidos en los últimos Convenios europeos de extradición –agilización del procedimiento, modificación de algunos principios (como el de no entrega de nacionales, supresión del principio de identidad competencial...)– y en la orden de detención europea, pero no una supresión, pues ésta implicaría ir en contra de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional: esto es, los órganos jurisdiccionales del Estado requerido son responsables de la suerte que correrá el sujeto

extraditado en el Estado requirente, para garantizar el cumplimiento de los Convenios de protección de los derechos humanos.

Por ello, creo que a pesar de la adopción de la Decisión Marco que regula la *orden europea de detención y entrega*, la extradición no ha desaparecido sino que la «euroorden» constituye una evolución de aquélla, que puede ser valorada, con carácter general, de manera positiva, aunque su regulación contiene defectos que debían de corregirse (como la eliminación de diferentes garantías en cuanto a la protección de los derechos fundamentales –condenados en rebeldía, eliminación del principio de doble incriminación, no previsión de las penas inhumanas o degradantes–). Defectos que se han puesto ya de manifiesto con su puesta en práctica por el Tribunal Constitucional alemán.

En mi opinión, no creo que rija para la «euroorden» el principio de reconocimiento automático de resoluciones judiciales, que sería la nota distintiva de este instrumento frente a la tradicional extradición, y ello porque la ejecución de la orden europea también está sometida a obstáculos a través de la articulación de requisitos legales, que deben ser examinados por parte de la autoridad judicial de ejecución para tomar la decisión sobre dicha ejecución o entrega. Creo, además, que ésta es la postura correcta, pues la adopción del principio de reconocimiento mutuo o automático de decisiones judiciales es un proyecto, en la actualidad, demasiado ambicioso como se ha puesto de manifiesto por una parte importante tanto de la doctrina alemana como de la española. La implantación de dicho principio pudiera cuestionar principios fundamentales del Estado de Derecho y garantías constitucionales de los Estados miembros.

Sin embargo, parece que la Decisión Marco no olvida en absoluto el respeto de estos principios que deben reinar en todos los procedimientos de entrega, pues tanto en los Considerandos como en el articulado insiste en la idea de esta protección de los derechos fundamentales de los individuos en el espacio judicial europeo. Pero el problema de su garantía viene dado fundamentalmente en la regulación del procedimiento instaurado finalmente en la Decisión marco al suprimir determinados principios que garantizaban estos derechos fundamentales: la pretendida implantación del principio de reconocimiento mutuo, aunque en su versión restringida, y la supresión de la doble incriminación, pueden conllevar, en la actualidad, a la vulneración de principios fundamentales del Estado de Derecho y con ello a la vulneración de derechos fundamentales como el principio de legalidad, irretroactividad de las leyes penales, derecho a la libertad, a la tutela judicial efectiva... Para que esos derechos y principios se respeten, la regulación en materia penal y procesal en el ámbito europeo debe pasar primero por la armonización de las legislaciones penales y

procesales en aras a garantizar el principio de legalidad, seguridad jurídica: ello fomentaría a su vez el principio de confianza (117) y se estaría en condiciones ya de adoptar el principio de reconocimiento mutuo rodeado de todas las garantías del Estado de Derecho (118).

Quisiera manifestar, a pesar de todo, un juicio positivo de este instrumento de cooperación jurídica internacional que se ha adoptado en el seno de la Unión Europea. Creo, en primer lugar, que no es un instrumento novedoso, sino que constituye una evolución positiva, en líneas generales, de la tradicional extradición y ello debido fundamentalmente al control jurisdiccional que se mantiene en las peticiones de los sujetos inmersos en estos procedimientos. En segundo lugar, el juicio positivo vendría dado por la superación de los obstáculos que planteaban los procedimientos tradicionales de extradición, ya que se articulan procedimientos ágiles y muy rápidos, con lo que se evita la impunidad y, además, que los Estados acudan a otras formas irregulares o ilegales en la captura de presuntos delincuentes o de ya condenados.

No obstante, creo, y ahora viene el juicio negativo, que la regulación de este instrumento de auxilio jurídico internacional es demasiado ambiciosa todavía en el ámbito de la Unión Europea. La supresión de determinados principios o la relajación de otros, es lo que ha supuesto las dificultades prácticas de este instrumento, pues no hay que olvidar que

(117) Principio de confianza que es la base que fundamenta la adopción de la Decisión marco y el argumento utilizado para suprimir determinados principios garantistas en los procedimientos de extradición: se afirma que en el ámbito de la Unión Europea no se vulneran derechos fundamentales pues todos los Estados son Estados de Derecho y respetuosos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No estoy de acuerdo con tal planteamiento, pues si eso fuera cierto ¿qué labor tendrían los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Además como dato adicional cabe citar una noticia de prensa según la cual un informe de la UE denuncia la concentración de medios en Italia, en el sentido de «riesgo de grave violación de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información por una situación de concentración de poder mediático en manos del presidente del Consejo (Berlusconi)...», *cfr. El País*, de 27 de septiembre de 2003. O la noticia aparecida en *El País*, de 6 de septiembre de 2003, sobre la condena a España del Comité de Derechos Humanos de la ONU por vulnerar por segunda vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que se refiere al derecho a la doble instancia penal. *Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, p. 426

(118) En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 215-217; dicha autora apunta, no obstante, en p. 212, que el futuro de la cooperación depende del grado de confianza mutua que haya entre los Estados y de esto depende a su vez el éxito del principio de reconocimiento mutuo. Creo que no sólo basta con la confianza entre los sistemas legales de los Estados miembros, sino que para que exista tal confianza es necesario la armonización entre los ordenamientos jurídicos.

el *ius puniendi* lo siguen ostentando los Estados. El Derecho Penal es un arma que se sigue manteniendo como parte de la soberanía de los Estados, los cuales se muestran muy recelosos a la hora de renunciar a ella. De esta manera, cada Estado tiene un Derecho penal propio y que dista, en muchas ocasiones, de los Derechos penales de los demás Estados. Ello impide, a mi juicio, que se imponga el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, pues ello implicaría en muchas ocasiones, vulnerar derechos fundamentales y obviar principios de Derecho penal reconocidos por Convenios internacionales de protección de los derechos fundamentales, como es el principio de legalidad, principio de irretroactividad desfavorable o principio de seguridad jurídica.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, C., «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003.
- BUENO ARÚS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003.
- CALAZA LÓPEZ, S., «El Derecho a la Libertad y la Detención en el ámbito interno e internacional», 2003/2004, en www.us.es/cidc/Ponencias.
- CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, Sevilla, 2003.
- CUERDA RIEZU, A., «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen III, Universidad del País Vasco, 1999-2002.
- *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.
- DELGADO MARTÍN, J., «El principio de reconocimiento mutuo: Un paso más en la cooperación judicial internacional», Exposición realizada por dicho autor en La Rábida, Huelva, dentro del Curso de la UIA titulado «El principio de justicia universal en la persecución de los crímenes contra la humanidad», 20-24 de agosto de 2001.
- «La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, 2003.
- DEITERS, M., «Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, 10, p. 360.

- DEMETRIO CRESPO, E., «El Caso Darkazanli (Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de detención Europea)», en *La Ley*, de 15 de marzo de 2006.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *Derecho Internacional Público*, Madrid, 2003.
- FONSECA MORILLO, F. J., «La orden de detención y entrega europea», en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero/abril, 2003.
- FUCHS, H., «Bermerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen», en *ZStW*, fascículo segundo de 2004 titulado «Die Europäisierung der Strafverfolgung. Rechtsstaatliche Voraussetzungen, Grenzen una Alternativen», pp. 368-371.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005.
- GLESS, S., «Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116 (2004).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004.
- GONZÁLEZ LECUONA, M.^a M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006.
- HOYOS SANCHO, M. de, «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005.
- KRESS, C., «Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag. Ein Rückblick auf die aussenorderntliche Strafrechtslehrertagung am 7. una 8. November 2003 in Dresden», en *ZStW*, 116 (2004).
- LÓPEZ ORTEGA, J. J., «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos Cezón González, Sevilla, 2003.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega», en *Actualidad Penal*, núm. 1, 2003.
- MIGUEL ZARAGOZA, J. de, «Algunas consideraciones sobre la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición», en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2003.
- «La detención preventiva a efectos de extradición en el marco de la Unión Europea», en M. Barbero Santos (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional. Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca, 1997.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006.

- PERAZA PARGA, L., en *La insignia*, de 19 de julio de 2005.
- PÉREZ MANZANO, M., «Ius Puniendi, Fronteras y Derechos Fundamentales: Un Modelo Constitucional de Extradición», en *Separata de Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, VI, 2003.
- POZO PÉREZ, M. del, «La Orden de Detención y Entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», en *La Ley*, de 10 de enero de 2005.
- SANZ MORÁN, A. J., «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 81-90, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005.
- SCHÜNEMMAN, B., «Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung», en *ZStW*, fascículo segundo de 2004 titulado «Die Europäisierung der Strafverfolgung. Rechtsstaatliche Voraussetzungen, Grenzen und Alternativen», pp. 376-399.
- «Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU», en *GA*, 2004, pp. 193-209.
- «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsetwurf auf schiefer Ebene», en *ZRP*, 2003, pp. 185-189.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», en *Revista Penal*, 13 (enero 2004), pp. 138-150.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., «De la Asistencia Judicial Penal en Europa», en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005.
- VOGEL, J., «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001.