

De la extradición a la Orden Europea de Detención y Entrega, primer instrumento de cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea

Diana Marcos Francisco
*Becaria de Derecho Procesal
Universidad de Valencia*

SUMARIO: I. ORIGEN, APARICIÓN Y FUNDAMENTO DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA: PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO, ATENTADOS TERRORISTAS Y AGILIDAD PROCEDIMENTAL.– II. CONCEPTO DE ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA.– III. PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, DE 13 DE JUNIO DE 2002, RELATIVA A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA Y A LOS PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA ENTRE ESTADOS MIEMBROS. 3.1. *Competencia judicial exclusiva: judicialización de la entrega y autoridades judiciales españolas competentes.* 3.2. *Supresión parcial del principio de doble incriminación.* 3.3. *Supresión del principio de prohibición de entrega de nacionales.* 3.4. *La especialidad: de principio a excepción.* IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. ORIGEN, APARICIÓN Y FUNDAMENTO DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA: PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO, ATENTADOS TERRORISTAS Y AGILIDAD PROCEDIMENTAL

Como es sabido, el origen y fundamento de la Unión Europea (en adelante, UE) es estrictamente económico: nace con la finalidad de crear un único mercado, un mercado común interior comunitario, esto es, en aras de

lograr la eliminación de todo tipo de barreras para conseguir una auténtica y libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. No obstante, como también es sabido, tales fines exclusivamente económicos han dejado paso a otro tipo de fines. Y es que, efectivamente, Europa se halla inmersa en un proceso de construcción política; la UE pretende ser una auténtica unión política y no únicamente alcanzar una unificación del mercado en Europa¹: dicha unificación, si bien era la esencia de la antigua Comunidad Europea, fundamentalmente tras el Tratado de Ámsterdam, ha pasado a considerarse como el paso previo necesario para conseguir una verdadera unión política.

Efectivamente, en este cambio de perspectiva iniciado por el Tratado de Maastricht (que, como es sabido, estructura en tres pilares la UE) resulta fundamental el Tratado de Ámsterdam, que incluye entre los objetivos de la UE la *creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia*. El artº 29 del Tratado de la UE (en adelante, TUE), primer artículo del Título VI (referido a «*Disposiciones relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal*») establece como objetivo de la UE «*ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia*»; objetivo que habrá de lograrse mediante «*la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de: (...) –una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes entre los Estados miembros (también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), según añadido de la versión consolidada de Niza, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32*».

En relación con este nuevo objetivo, es trascendental el Consejo Europeo especial de Jefes de Estado y de Gobierno celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, cuyas conclusiones 33 a 36 (y, concretamente, la 33) centraron el conocido principio jurídico de la UE *de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como piedra angular de la cooperación judicial internacional, tanto civil como penal*; principio que en materia penal debía ponerse en práctica, de acuerdo con el programa de medidas adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000², mediante la ejecución mutua de las órdenes de detención.

En efecto, tal principio se consolida definitivamente en la citada Cumbre, pero debemos tener en cuenta que dicho principio en el ámbito penal ya se encontraba implícitamente reconocido en los arts. 24 I b y 33 del *Corpus iuris para la protección de intereses los financieros de la Comunidad Europea*, redacta-

¹ VAQUER ALOY, A., «La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo», en La Ley. También disponible en la página web <http://www.estig.ipbeja.pt/-ac-direito/lavocacion.doc>, de donde lo he consultado (en mayo de 2006). La concreta afirmación se contiene en la p. 11.

² DO C núm. 12 de 15.1.2001, p. 10.

do por un grupo de expertos a petición de la Comisión Europea en 1996; así como que posteriormente fue tratado en la reunión del Consejo en Cardiff en 1998 y plasmado, entre otros documentos, en El Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre las modalidades óptimas de la puesta en práctica de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (adoptado en respuesta del anterior Consejo)³.

Resulta interesante apuntar que el origen y fundamento del citado principio es puramente económico, en la medida en que nace y se reconoce como estrategia adecuada para la creación y desarrollo del mercado único comunitario frente a la difícil labor armonizadora de los distintos y tan diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁴.

Por otro lado, hay que decir que el tan relevante principio de reconocimiento mutuo y confianza entre los Estados ha sido igualmente reconocido en textos comunitarios posteriores a la citada Cumbre de Tampere, tales como la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal*⁵, el *Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea*⁶ y el *Tratado de la Constitución para Europa* (en adelante, *Constitución Europea*) firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, cuyo art. 111-270.1 establece que «*la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 111-271*».

Pues bien, es precisamente en este contexto en el que hay que situar la elaboración de la Propuesta de Decisión Marco del Consejo (en lo sucesivo, Propuesta) sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, adoptada por la Comisión el 19 de septiembre de 2001⁷, posteriormente transformada en la Decisión Marco del Consejo (en adelante, DM), de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea (en lo sucesivo, ODE) y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁸, «*primera concreción en el ámbito del Derecho penal*

³ DO C núm. 19 de 23.01.1999.

⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, núm. 6069, 26 julio 2004, p. 1.607. Precisamente, por el origen económico de este principio se ha cuestionado por la doctrina, especialmente alemana (la española no parece haber mostrado preocupación por el tema), la legitimidad de su aplicación en el ámbito penal.

⁵ COM (2000) 495 final, de 26 de julio de 2000, disponible en [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000_0495es01.pdf#search=%22%20com%20\(2000\)%20495%20final%22](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000_0495es01.pdf#search=%22%20com%20(2000)%20495%20final%22), consultada en septiembre de 2006.

⁶ COM (2004) 334 final, de 30 de abril de 2004, disponible en http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/com/gpr/2004/com2004_0334es01.pdf, consultada en septiembre de 2006.

⁷ COM (2001) 522 final, de 19 de septiembre (DO C núm. 332 E de 27.11.2001, p. 305-319), (disponible en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/01/st12/12102es1.pdf>), consultada en julio de 2006.

⁸ (2002/584/JAI), DO L núm. 190 de 18.7.2002, p. 1.

del (citado) principio,⁹ (en el ámbito del Derecho civil tal principio ya se había concretado)¹⁰, primer instrumento jurídico de la UE en el que se hace aplicación del mismo¹¹ o «*la primera, y más simbólica, medida de aplicación del principio de reconocimiento mutuo*»¹².

Es cierto que ya contábamos con la figura o procedimiento de la extradición y con diversos convenios europeos sobre la materia. Pero el citado principio que, como no podía ser de otra manera, debía aplicarse a aquélla, mecanismo más importante de la cooperación judicial internacional en materia penal, suponía o debía implicar una sustitución de tal institución por otra, la ODE, de reconocimiento prácticamente automático o ipso facto, esto es, exenta de los controles excesivos que hasta entonces debían observarse para su concesión por parte del Estado requerido.

Pero es que, además, debemos tener en cuenta que una serie de acontecimientos, a saber, los atentados terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 contra el pueblo de Estados Unidos¹³, en concreto en Washington y en Nueva York contra las Torres Gemelas, a los que no olvidemos que siguen los graves atentados perpetrados en dos Estados miembros de la UE (en España, en concreto, en Madrid, el 11 de marzo del 2004, y en Londres el 7 de julio del 2005) manifestaron la necesidad de articular un instrumento con carácter más simplificado, de tramitación más ágil y rápida, que sustituyera a aquélla en las relaciones entre Estados miembros¹⁴. Precisamente, de ahí que la mayo-

⁹ Considerando 6 de la DM.

¹⁰ En materia civil, este principio ya había cristalizado en dos conocidos instrumentos comunitarios: los Reglamentos conocidos como «Bruselas I» y «Bruselas II». E, igualmente, en materia penal ha fundamentado la elaboración de otros instrumentos jurídico-penales posteriores, tales como la ya vigente Decisión Marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DOCE L núm. 196 de 2.8.2003, pp. 45 y ss.) y la Propuesta de Decisión Marco de la Comisión relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (COM (2003) 688 final).

¹¹ Exposición de Motivos de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega. En el mismo sentido, MUERZA ESPARZA, J. J., «Llega la euroorden», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 573, 2003, también disponible en la página web <http://www.westlaw.es> (tal consideración se contiene en la p. 1 de la publicación en dicha web), consultada en mayo de 2006; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *op. cit.*, p. 1607.

¹² Informe de la Comisión basado en el art. 34 de la DM (COM (2005) 63 final, de 23 de febrero de 2005, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0063es01.pdf, consultada en mayo del 2006. Dicha afirmación se contiene en la p. 2). Asimismo, en idénticos términos se pronuncia la Comisión en la versión revisada de dicho informe (igualmente basado en el art. 34 de la DM), de 24 de enero de 2006 (COM (2006) 8 final), cuyo objeto es la valoración de «las normas legislativas italianas adoptadas desde la presentación del informe inicial». Éste último está disponible en la página web http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0008es01.pdf, consultada en julio del 2006 (p. 2).

¹³ LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La orden de detención europea: Legalidad y jurisdicción de la entrega», en *Jueces para la Democracia*, núm. 45, 2002, p. 32; en idéntico sentido, CASTILLEJO MANZANARES, R., «El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, 2003, disponible en la página web <http://www.westlaw.es> (la concreta afirmación se contiene en la p. 1 de la publicación en dicha web), consultada en mayo de 2006; igualmente, CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento Español de Emisión y Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega*, Thomson Aranzadi, 2005, p. 16.

¹⁴ No es casual que la Propuesta fuera presentada en el seno de la UE ocho días después de los mencionados sucesos.

ría de las principales novedades que introduce la DM (a las que me referiré posteriormente) confieren a la ODE una gran celeridad y automatización. No obstante, también es cierto que la propia DM contempla una serie de casos que pueden retardar o dilatar la entrega (a algunos de los que igualmente me iré refiriendo), de los que algunos pretenden fortalecer y garantizar los derechos del sujeto reclamado.

En definitiva, lo que he querido poner de manifiesto es que la ODE es un instrumento procesal, sustitutivo de la extradición en los países de la UE, con un origen político determinado (por mucho que se insista en ponerse en duda, incluso en textos oficiales) y con unos fines concretos: la Unión frente a salvajes actos terroristas (primero, los de EEUU y, después, los ocurridos en el ámbito comunitario) para agilizar la institución tradicional de la extradición.

Por otra parte, conviene señalar que la transposición de la DM a nuestro ordenamiento jurídico se ha llevado a cabo a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden europea de detención y entrega (en adelante, la Ley)¹⁵, complementada por la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo¹⁶, que en su artículo único modifica los arts. 65.40 y 88 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para atribuir la competencia de ejecución de la ODE y la tramitación de los expedientes ante una solicitud de ODE a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a los Juzgados Centrales de Instrucción, respectivamente, órganos que ya tienen atribuida la competencia en materia de extradición pasiva¹⁷.

Y, en último lugar, hay que decir que el hecho de haber optado por el instrumento comunitario de la DM no es fortuito, sino que responde al fracaso experimentado por la figura del Tratado Internacional hasta entonces utilizada para regular la materia de extradición¹⁸ (figura que, requiere la ratificación de los Estados para su entrada en vigor en los mismos; a diferencia de la DM, que tan sólo exige ser adoptada por unanimidad y cuyo objetivo según el art. 34.2 TUE es «la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros», obligando a los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse –como las Directivas-, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»). Como las Directivas, y a diferencia de los Reglamentos, carecen de efecto directo) y a su idoneidad para ello¹⁹. Efectivamente, como ya he comentado, antes de aprobar la DM ya contábamos con instrumentos convencionales sobre extradición a nivel europeo (que se enumeran en el apartado siguiente) y, especialmente, con el más recién-

¹⁵ BOE núm. 65 de 17.3.2003, p. 10244 y ss.

¹⁶ BOE núm. 65 de 17.3.2003, p. 10244.

¹⁷ De igual modo que España fue pionera en la transposición de la DM, lo fue en su impulsión y en su aplicación.

¹⁸ DELGADO MARTÍN, J., «La orden europea de detención y entrega», en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, núm. 6205, 8 marzo 2005, p. 1520.

¹⁹ ARANBERRI ARESTI, G., «Los pormenores de la orden de detención y entrega», disponible en <http://www.euskone.com/0309zbk/gaia30903es.html> (el citado autor lo pone de manifiesto en la p. 2 de la citada publicación), consultada en mayo de 2006.

te Tratado de extradición de la UE de 1996 que, a pesar de haberse aprobado en dicho año, desafortunadamente aún no había sido ratificado por todos los Estados miembros y no había entrado en vigor en los mismos y desplegado la eficacia deseada (ni lo hará en un futuro, con base en el arto 31 de la DM, como veremos seguidamente).

No obstante, no es opinión común en la doctrina la idoneidad de tal instrumento. Así, algunos autores han apuntado la inaptitud de la DM como instrumento de armonización del Derecho Penal (tanto procesal como material) de los Estados miembros con base en argumentos tales como su falta de legitimación democrática (ya que se promulga por el Consejo –órgano gubernativo– y no precisa de la intervención del Parlamento), que su falta de transposición o transposición incorrecta en principio no da lugar a ningún procedimiento ante el TJCE o que carece de efecto directo²⁰. Otros autores entienden que el hecho de haber elaborado un nuevo instrumento distinto del Convenio de 1996, que carece de su fuerza obligatoria, puede deberse a que realmente no existe una voluntad de cumplir tal DM ya que, de haberla, habría bastado la extensión del Convenio a todos los Estados y la elaboración de otro que lo completara y añadiese las modificaciones oportunas, tales como la eliminación del principio de doble incriminación²¹.

II. CONCEPTO DE ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Tal y como ha quedado claro, la ODE es un procedimiento que sustituye al tradicional de la extradición en el ámbito de la UE. De ahí, pues, que de acuerdo con el propio arto 31 de la DM, a partir del 1 de enero del 2004 (fecha en que los Estados, a más tardar debían haberla transpuesto a su ordenamiento) ésta haya sustituido a los textos o instrumentos vigentes o existentes entonces en materia de extradición en las relaciones entre Estados miembros, a saber, el Convenio europeo de extradición de 1957 (en lo sucesivo, CEEX) y sus dos protocolos adicionales de 1975 y 1978, las disposiciones en materia de extradición del Convenio europeo para la represión del terrorismo, el Convenio europeo de extradición de 1995 (regula un procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE) y el de 1996 (en adelante, el Convenio de Dublín) y el Capítulo IV del Título 111 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (en lo sucesivo, CAAS) sobre la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes²².

En tal sentido, la DM dice en su Considerando 5 que «*el objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar*

²⁰ Entre muchos otros, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea», en *Diario La Ley*, núm. 6097, 30 de septiembre de 2004 (disponible en WWW.laley.net, consultada en agosto de 2006, p. 12 de dicha publicación).

²¹ LÓPEZ ORTEGA, J. J., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

²² CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento Español...*, *op. cit.*, p. 21.

a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales» simplificado, que permita «eliminar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición».

Por su parte, la Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la Ley, entiende en la misma línea, aunque parece que negando la naturaleza extradicional de la ODE y considerando que estamos ante un procedimiento creado ex novo, que la Ley «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 UE. 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».

En idéntico sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia española, que entiende que «la orden europea de detención y entrega supone un instituto jurídico o un marco normativo absolutamente distinto a aquél que deroga de manera expresa, siendo que este nuevo sistema de cooperación tiene una filosofía, una finalidad y, en suma, unos nuevos presupuestos habilitantes claramente diferenciados y novedosos de los contemplados en el CEEX y Convenios que lo han complementado (basta recordar el texto del Preámbulo de la DM del Consejo de 13 de junio de 2002 y la EM de la Ley 3/2003 para advertir que se trata de un «nuevo procedimiento» para la entrega de personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenados por sentencia firme, se basa en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales del Estado miembro que reclame la entrega a fin de que ésta se produzca de forma «prácticamente automática» desapareciendo como motivos de denegación la «no entrega de nacionales o la consideración de delitos como políticos» y mitigándose en buena medida el supuesto clásico de la «doble incriminación», siendo un procedimiento puramente judicial), procedimiento novedoso y que supone un punto y a parte del de extradición» (Fundamento de Derecho Séptimo del AAN núm. 60/2004, de 3 de junio)²³.

Algunos autores igualmente se han preocupado en poner de relieve que estamos ante una institución completamente nueva y que la extradición ha sido suprimida en el ámbito comunitario, remarcando que, teniendo en cuenta los cambios tan importantes y significativos que introduce en relación con el sistema clásico de la extradición, «no supone sólo una reforma de carácter formal o terminológica, sino también de carácter material y conceptual»²⁴. En

²³ Disponible en <http://www.westlaw.es>, JUR 2004/236150, consultada en mayo de 2006.

²⁴ JIMENO BULNES, M., «La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales», en *La ley*, núm. 5979, 19 marzo 2004, p. 1626. La citada autora añade a modo de ejemplo como cambios significativos los mismos que el citado Auto. Así, se refiere a «la comunicación directa entre autoridades judiciales, la abolición de principios hasta ahora tradicionales como el de doble incriminación y el principio de especialidad (...), o incluso la denegación de la entrega por causas objetivas o subjetivas, tales como la atribución del carácter <<político>> a determinados delitos y la entrega de nacionales respectivamente».

la misma línea se ha señalado que «se parte del principio de confianza recíproca entre los distintos sistemas jurídicos existentes en la Unión para eludir el complejo mecanismo tradicional de la extradición y reemplazarlo por otro más sencillo, casi automático, que sólo puede denegarse por causas tasadas»²⁵.

No obstante, a diferencia de lo que parecen considerar el legislador español, la Audiencia Nacional y parte de la doctrina, según otros autores, el hecho de que la ODE sustituya a la extradición no significa que en el ámbito de la UE ésta última institución se haya suprimido, ya que aquella parte de los mismos principios que ésta adaptados a una nueva situación jurídica y política en aras de una cooperación judicial internacional más ágil y eficaz en esta materia; significa que se ha establecido «un nuevo marco jurídico de entrega extradiciional, aunque con importantes modificaciones en el terreno de los principios que se flexibilizan y en el procedimiento que se simplifica»²⁶.

Por otro lado, hay que decir que en numerosas ocasiones (incluso en documentos oficiales²⁷) se ha presentado la ODE como el instrumento idóneo de lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada. Es cierto, que tales formas delictivas, dada su gravedad, han podido influir notoriamente en la elaboración de la DM y que, como he dicho, los citados atentados terroristas han podido justificar el mayor empeño en dicha labor. Pero la anterior afirmación no parece muy acertada si tenemos en cuenta, entre otros motivos, que la ODE procede cuando se observan determinados delitos de muy distinta gravedad (que van desde la asociación criminal y la delincuencia terrorista a cualquier violación de los derechos de propiedad industrial o forma de estafa) con independencia de que el delincuente sea individual o colectivo²⁸ y que la elaboración de la Propuesta comienza anteriormente a dichos atentados. En tal sentido, me parece más oportuno hablar de la ODE como instrumento de lucha contra la delincuencia y, si se quiere, especialmente terrorista y organizada²⁹ o como aquél instrumento que tiene como finalidad principal «la repre-

²⁵ SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Actualidad política y constitucional francesa (2002 - 2003)», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2.º semestre 2003 - 1.º semestre 2004, p.485.

²⁶ LÓPEZ ORTEGA, J. J., op. cit., p. 28; en la misma línea, CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento Español...*, op. cit., pp. 22 y 23.

²⁷ Véase, p. ej., el Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la evaluación de la Orden de Detención Europea (A6-0049/2006 y PE 365.111v02-00, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/activities/expert/reports/search/go.do>, consultada en mayo del 2006), a cuyo tenor «B. Considerando que la Orden de Detención Europea sigue siendo uno de los principales instrumentos de la Unión Europea en el ámbito de la cooperación judicial así como en relación con la lucha contra el terrorismo y la macrodelincuencia; C. Considerando (...) que el nuevo régimen (...) permite luchar con mayor eficacia contra la delincuencia organizada o el terrorismo» (la concreta afirmación se contiene en la p. 4).

²⁸ LÓPEZ ORTEGA, J. J., op. cit., pp. 28 y 30.

²⁹ Así, DELGADO MARTÍN señala que la ODE nace con la finalidad esencial «incrementar la eficacia de la lucha contra la delincuencia, especialmente en los supuestos de criminalidad organizada transnacional» y que la extradición «ha fracasado para hacer frente al nuevo panorama criminal surgido en el ámbito de un espacio político-geográfico crecientemente integrado, con un incremento de la actividad de la criminalidad organizada transnacional» (DELGADO MARTÍN, J., op. cit., p. 1508).

sión de las actividades delictivas provocadas por la apertura de las fronteras dentro del espacio judicial europeo»³⁰.

Dicho esto, y como no podía ser de otra manera, para dar una definición de ODE conviene estar a lo dispuesto en la DM y en la Ley. Pero previamente, teniendo en cuenta que la ODE sustituye a la extradición en el ámbito europeo, parece oportuno apuntar qué se entiende por ésta última y su finalidad garantizadora del Estado de Derecho.

Pues bien, se ha definido la extradición como aquella institución de cooperación jurídica internacional mediante la que un Estado (requerido) a petición de otro Estado (requirente), pone a disposición del último a una persona que se encuentra en su territorio para su enjuiciamiento por un delito cuya persecución compete al Estado requirente o a fin de cumplir una pena o medida de seguridad impuesta por los Tribunales de este mismo Estado³¹, Partiendo de tal definición, y sin olvidar que existen muchas clasificaciones de esta figura, cabe distinguir, según la perspectiva desde la que se observe la extradición, entre extradición activa (si nos posicionamos en el Estado requerido) y pasiva (en el requirente); y según la finalidad, entre Extradición para enjuiciamiento o cumplimiento de condena.

Por otro lado, importa señalar que la extradición no sólo es «*una institución que colabora a los fines de la defensa social, sino también una figura propia del Estado de Derecho*» que trata de garantizarlo³², Y prueba de esto último son los principios que tradicionalmente han regido tal figura (legalidad, *non bis in idem*, doble incriminación, no retroactividad de los Tratados, especialidad, rechazo de los delitos políticos e infracciones administrativas, no entrega de los nacionales, etc.), de los que algunos ya dejaron de observarse con la nueva concepción de la extradición en Europa plasmada en los Convenios y de los que muchos han dejado de observarse en la ODE, con no pocas críticas al respecto, como veremos en el apartado siguiente.

Dicho esto, pasemos a analizar la definición de ODE según las normas citadas.

El art. 1.1 de la DM (y, en términos casi idénticos, el arto 1.1 de la Ley) la define como la «*resolución judicial dictada por un Estado miembro (Estado emisor, según su terminología, equivalente al Estado requirente en el ámbito de la extradición) con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro (Estado de ejecución o, en terminología de los Convenios de extradición, Estado requerido) de una persona buscada para el ejercicio de acciones*

³⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., «La orden de detención y entrega europea. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión», en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, núm. 6155, 27 diciembre 2004, p. 1663.

³¹ CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional. <<Apéndice. El futuro de la Extradición en Europa>>*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 23.

³² BUENO ARÚS, F., *Nociones básicas sobre la Extradición. Prólogo del compendio «Tratados de Extradición»*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 25

penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad»³³.

Es evidente, pues, el paralelismo existente entre la definida extradición y la ODE. Cosa distinta es que los principios inspiradores de ambas instituciones difieran, como ahora enseguida veremos.

No obstante, si estamos a las citadas normas, siguiendo a CASTILLEJO MANZANARES³⁴, creemos oportuno añadir a la definición que tal resolución únicamente procede, de acuerdo con el arto 2.1 de la DM y el arto 5.1 de la Ley, cuando los hechos constitutivos del delito por los que se reclama al sujeto tengan prevista en abstracto en el ordenamiento jurídico del Estado emisor una pena mínima de 12 meses (cuando se pretenda el enjuiciamiento del sujeto) o hayan sido sancionados con una pena mínima de 4 meses en el Estado emisor (cuando el sujeto se reclame para el cumplimiento de condena).

En cuanto al contenido de la ODE, basta decir que deberá reflejar toda una serie de extremos de acuerdo con el modelo o formulario de la misma que figura en el Anexo de la DM y traducidos a cualquiera de las lenguas aceptadas por el Estado de ejecución (art. 8 de la DM y arto 3 de la Ley).

III. PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DECISIÓN MARCO

Si bien es cierto que la DM es trascendental en lo que se refiere a la introducción o aportación en Europa de una nueva concepción de la antigua extradición (ahora llamada ODE en este ámbito) –y, en tal sentido, nos referimos en este artículo a las principales novedades que introduce–, no debemos olvidar que previamente el Convenio de Dublín (y, en cierto modo, las otras normas citadas en el arto 31 de la DM relacionados con la extradición, fundamentalmente el CEEX) había supuesto un importante paso en dicha concepción en la medida en que había invertido algunos de los principios y reglas que tradicionalmente han regido tal institución³⁵: así, por ejemplo, impone como obligatoria la extradición de nacionales, limita en gran medida la noción de delito político y no exige la doble incriminación cuando el delito que fundamenta la extradición se califica legalmente de conspiración o asociación criminal en el Estado requirente.

³³ CASTILLEJO MANZANARES ofrece una definición literalmente casi idéntica en su obra CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, Colex, 2002, p. 79: la única diferencia radica en que añade la duración mínima que ha de tener prevista en abstracto la legislación del Estado emisor para la infracción por la que se reclama al sujeto –12 meses– y la duración mínima de la sanción impuesta en el Estado emisor –4 meses–; y en su obra CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento Español...*, op. cit., p. 23, difiere, además de lo anterior, en que habla de «persona a la que se reclama» siguiendo la terminología empleada por la Ley, en lugar de «persona buscada».

³⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, Colex, 2002, p. 79; y, en idéntico sentido, CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento Español...*, op. cit., p. 23.

³⁵ LÓPEZ ORTEGA, J. J., op. cit., p. 32; en la misma línea, CEZÓN GONZÁLEZ, C., op. cit., p. 69.

Hay que decir que en este apartado me voy a centrar en las principales novedades que introduce la DM en el campo de los principios que tradicionalmente han regido la extradición. Pero no debemos olvidar que, aunque no me refiera a ellas, la DM introduce asimismo novedades formales (tales como la existencia de una sola solicitud de entrega, la simplificación documental o la disminución de plazos) que, como aquéllas, contribuyen a agilizar el procedimiento, y otras relativas al fortalecimiento de los derechos del sujeto reclamado³⁶.

Por otro lado, conviene apuntar que para exponer tales novedades he considerado procedente partir del citado MN núm. 60/2004, de 3 de junio, y, en concreto, de lo que éste establece al respecto para considerar a la ODE un «nuevo procedimiento» en su Fundamento de Derecho Séptimo que hemos tenido ocasión de transcribir supra al tratar el concepto de la ODE.

Tal Auto se refiere expresamente al carácter puramente judicial (1) del «nuevo procedimiento», a la mitigación del principio de doble incriminación (2) y a la no entrega de nacionales (3) y consideración de delitos políticos como causas de denegación como aspectos necesarios para conseguir la entrega automática que requiere el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Y es que éste último principio impone la necesidad, «no sólo de crear un instrumento de comunicación directa entre autoridades judiciales, sino también de dejar sin vigencia determinados principios y políticas» tradicionales en materia de extradición. «En este sentido, se hace necesario evitar que la cooperación judicial se rijan por principios tales como el de doble incriminación y de especialidad (4)³⁷, así como por políticas de protección del delincuente nacional»³⁸.

3.1. Competencia judicial exclusiva: judicialización de la entrega y autoridades judiciales españolas competentes

Centrándonos, pues, en las novedades de la DM, la principal que presenta es, sin duda, la atribución de competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales en la solicitud y ejecución de la ODE.

Tradicionalmente, la extradición se ha concebido como un acto soberano de política exterior del Estado, de oportunidad política, de modo que la función de los órganos judiciales se limitaba al control de legalidad de la extradición y era el poder ejecutivo o político el que, en última estancia, debía consentir o no la entrega. En tal sentido, nuestra Ley de Extradición Pasiva, Ley 4/1985, de 21 de marzo³⁹ (en lo sucesivo, LEP), permitía al Gobierno no conceder una extradición con base en motivos de reciprocidad, soberanía, seguri-

³⁶ DELGADO MARTÍN realiza un análisis profundo de todas estas cuestiones (DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, pp. 1507-1523).

³⁷ Las novedades subrayadas y acompañadas de un número son tratadas en los puntos siguientes correspondientes a dichos números.

³⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos en la lucha...*, *op. cit.*, pp. 66 y 67.

³⁹ BOE núm. 73 de 26.3.1985, pp. 7842 y ss.

dad, orden público y demás intereses de España, pese a considerarse procedente por los órganos judiciales⁴⁰.

Sin embargo, con la DM se ha suprimido tal fase política y prescindido de intermediarios de tal calibre, debiendo la ODE solicitarse y ejecutarse directamente entre autoridades judiciales⁴¹ y, en concreto, entre la «*autoridad judicial de emisión*» (la del Estado miembro emisor, según terminología de la DM) y «*la autoridad judicial de ejecución*» (la del Estado miembro de ejecución).

Conforme al arto 6 de la DM, corresponde a cada Estado determinar las autoridades judiciales competentes para emitir y ejecutar la ODE, esto es, de emisión y de ejecución. Pues bien, centrándonos en el Estado español, de acuerdo con el arto 2 de la Ley, tales autoridades son «*el juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes*» (párrafo 1º) —en concreto, los Juzgados de Instrucción, según el art. 87 .1.a) LOPJ, órganos competentes para la adopción de medidas cautelares en el curso de la investigación judicial, una de las que es precisamente la detención, de acuerdo con los arts. 489 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴²— y «*los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, en los casos y forma determinados por la presente ley*» (párrafo 2º), respectivamente⁴³. Teniendo en cuenta que nuestro Estado ha optado por tales autoridades de ejecución, podemos afirmar, siguiendo al Profesor GÓMEZ COLOMER, que se ha establecido un nivel de protección o tutela muy elevado, ya que por encima de ellas únicamente se encuentra la Sala Segunda del Tribunal Supremo. No obstante, son mayores las críticas que los elogios a esta «*centralización*» de la competencia de ejecución de la ODE, considerando que va en contra del carácter «*descentralizador*» que impregna la DM⁴⁴.

Sin embargo, si bien es cierto que mediante esta judicialización se agiliza la entrega al establecer como principio general la transmisión directa entre autoridades judiciales, no debemos olvidar que la propia DM en su art. 7 posibilita a los Estados miembros que nombren una Autoridad Central (o varias) que auxilie a los órganos jurisdiccionales y, si así lo deciden, que se encargue de la transmisión y recepción de la ODE (y, en tal sentido, de la documentación exigida al respecto). Se prevé, pues, como excepción la transmisión a través de Autoridades Centrales; posibilidad que, de ejercitarla por los Estados, constituye uno de los casos de retardo en la tramitación de la ODE a los que nos referíamos. Haciendo uso de tal facultad, el Estado español ha designado

⁴⁰ Lo que ha sido enormemente criticado, considerando que dicha decisión política era irrecusable.

⁴¹ DEL POZO PÉREZ, M., «La orden europea 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*, núm. 6.164, 10 enero 2005, p.1557; DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1513; CASTILLEJO MANZANARES, R., «El procedimiento español...», *op. cit.*, p. 5 de la publicación en la web, consultada en mayo de 2006.

⁴² Promulgada Por Real Decreto de 14 .9.1882.

⁴³ Un estudio muy esquemático y completo sobre el modo en que las autoridades judiciales españolas competentes para la dictar y ejecutar la ODE llevan a cabo dichas tareas puede encontrarse en: DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, pp. 1.517 – 1.520.

⁴⁴ JIMENO BULNES, M., «La orden...», *op. cit.*, p. 1621.

como Autoridad Central al Ministerio de Justicia (art. 2.1 de la Ley); lo que no sólo ha sido criticado por la doctrina⁴⁵ sino, especialmente, por el Consejo General del Poder Judicial, que entiende que en esta institución no puede tener cabida ningún órgano no calificado de judicial⁴⁶.

3.2. *Supresión parcial del principio de doble incriminación*

En segundo lugar, otra novedad fundamental que aporta la DM, no exenta de pocas críticas, es la supresión parcial o mitigada de la exigencia de la doble incriminación, principio que tradicionalmente ha regido el Derecho extradicional en virtud del cual se ha de constatar que los hechos por los que se reclama al sujeto son constitutivos de delito tanto en el Estado requirente como en el requerido; principio que forma parte del contenido del derecho fundamental o principio de legalidad (según consolidada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional⁴⁷) y que para España «no significa tanto identidad de las normas penales de los Estados concernidos como «que el hecho sea delictivo y con una determinada penalidad (mínima) en las legislaciones penales del Estado requirente y del Estado requerido»" (A TC 23/1997, de 27 de enero; STC 102/1997, de 20 de mayo).

Se trata de una supresión parcial y no total porque únicamente cuando estemos ante algunos de los 32 delitos⁴⁸ contenidos en la lista prevista por el arto 2.2 de la DM (y, en idénticos términos, por el arto 9.1 de la Ley) y siempre que el mismo esté castigado con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de al menos tres años en el ordenamiento jurídico del Estado emisor (han de concurrir ambos requisitos según los citados preceptos) se prescinde de la observancia de dicho principio.

Por el contrario, para el resto de casos o delitos no incluidos en la lista (que según la DM, claro está, puedan dar lugar a una ODE; que son aquéllos que estén castigados por la Ley del Estado emisor con pena o medida de segu-

⁴⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., «El procedimiento español...», *op. cit.*, p. 6 de la publicación en la web, consultada en mayo de 2006. La citada autora señala que la intervención de la Autoridad Central «no puede ocasionar más que retardos»; JIMENO BULNES, M., «La orden europea, p. 1621; DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1.511. Estos dos últimos autores consideran que dicha posibilidad es extraña o ajena al espíritu de la DM, puesto que va en contra del principio de comunicación directa entre autoridades judiciales y de la agilidad pretendidas por la DM.

⁴⁶ Así lo ha puesto de manifiesto en su Informe al Anteproyecto de la Ley aprobado en la reunión del pleno el 9 de octubre de 2002, en el que igualmente sugería su constitución como otra Autoridad Central al mismo nivel que la ministerial.

⁴⁷ A partir de la STC 11/1983, de 21 de febrero (fundamentos jurídicos 6 y 7), el Alto Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de que cabe incluir en el derecho constitucional a la legalidad penal la regla de la doble incriminación. Vid., p. ej., la STC 102/1997, de 20 de mayo (fundamento jurídico 6) o la más reciente STC 162/2002, con cita de las anteriores.

⁴⁸ La totalidad de la doctrina habla expresamente de 32 delitos. Sin embargo, siguiendo al Profesor JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, entendemos que ciertamente estamos ante más de 32 delitos, ya que muchos de ellos se definen de forma tan genérica e indeterminada que dentro de los mismos podemos, a su vez, distinguir formas delictivas específicas. Asimismo, entre la lista de los supuesto 32 delitos figuran los «delitos incluidos en la jurisdicción de la Cortes Penal Internacional» que, evidentemente, son más de uno.

ridad privativas de libertad de al menos 12 meses o en virtud de los cuales se haya dictado una condena o impuesto una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad –art. 2.1–), la DM posibilita que la entrega se supedite a la observancia de la doble incriminación (art. 2.2); posibilidad de la que ha hecho uso nuestro legislador y la ha reflejado en el arto 9.2 de la Ley.

En tal sentido, se ha entendido que «*la DM no ha recogido un reconocimiento mutuo pleno*»⁴⁹ y que «su vigencia, aunque sea parcial (en los casos estudiados), provoca la dilación en el procedimiento»⁵⁰, constituyendo uno de los motivos más de retardo en la entrega.

Como se ha dicho, son numerosas, y desde muy diversos puntos de vista, las críticas vertidas contra la regulación y el nuevo tratamiento de este principio, tanto por su supresión (aun parcial), como por la forma en que ésta se ha llevado a cabo (y no ya tanto por su supresión).

Desde esta última perspectiva, algunos autores han considerado adecuada la supresión de tal principio, teniendo en cuenta la coincidencia de valores existente en los diversos sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE, pero no la forma en que la supresión se ha llevado a cabo, ya que atenta contra el principio de legalidad penal y dificulta la propia aplicación de la DM, debiendo de haberse optado por «*exigir que el delito por el que se reclama la entrega tenga asignada una penalidad mínima*», esto es, por haber suprimido la exigencia de la doble incriminación «*para las responsabilidades más graves*»⁵¹. Lo cierto es que el sistema que se ha implantado en el lugar de tal exigencia, lejos de tener carácter novedoso, se remonta a los Tratados bilaterales decimonónicos de finales del siglo XIX, de *numerus clausus* (en virtud de los cuales quedaba excluida la extradición por delitos no incluidos en sus listas⁵², que evidentemente eran los considerados más graves), abandonando el sistema de *numerus apertus* propio de los Tratados modernos (en virtud del cual en principio cabe la extradición por todo delito castigado con determinada pena mínima; sistema que ya inspiraba el CEEEX y ha inspirado el de Dublín) que supuso un gran avance al superar los problemas de legalidad planteados por aquél⁵³.

Efectivamente, el sistema de lista cerrada de delitos unido al hecho de que en dicha lista se recoge toda una serie de delitos o categorías delictivas enumeradas o definidas de forma genérica o ambigua, vulnera el principio de legali-

⁴⁹ DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1512.

⁵⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., «El procedimiento español...», *op. cit.*, p. 3 de la publicación en la web, consultada en mayo de 2006.

⁵¹ LÓPEZ ORTEGA, J. J., *op. cit.*, pp. 29, 30 y 32.

⁵² Ciertamente, se ha defendido que en los convenios de lista cabría igualmente la Extradición por delitos no incluidos en la misma siempre que ésta procediese conforme al art. 1 de la Ley de Extradición Pasiva. Pero no parece acertada tal consideración, puesto que si el propio Convenio define su ámbito de aplicación habrá que estar al mismo y no cabrá aplicación supletoria alguna.

⁵³ LÓPEZ ORTEGA, J. J., *op. cit.*, pp. 29 y 30; LÓPEZ ORTEGA, J. J., Derecho Extradicional. <<Apéndice. El futuro de la Extradición en Europa>>, Dykinson, Madrid, 2003, p. 314; CASTILLEJO MANZANARES, R., «El procedimiento español...», *op. cit.*, p. 4 de la publicación en la web, consultada en mayo de 2006.

dad en la medida en que al prescindirse de tal definición exhaustiva y faltar la determinación de las conductas típicas se atenta contra los principios de taxatividad y seguridad jurídica derivados o inherentes al de legalidad.

Si estamos a la enumeración de los delitos proporcionada por la DM podemos comprobar el atentado que se produce contra el principio de legalidad teniendo en cuenta la poca precisión, claridad o ambigüedad en la redacción de los tipos penales (o, en definitiva, la falta de definición o determinación de sus conductas típicas⁵⁴, ya que únicamente realiza algunas precisiones en las declaraciones adjuntas sobre algunos delitos: en concreto, racismo y xenofobia, sabotaje, chantaje y extorsión de fondos): por un lado, podemos observar nociones extrañas a nuestro ordenamiento que obligan a acudir a la analogía que, como es sabido, está prohibida por el principio de legalidad (es el caso, p. ej., de la corrupción, el blanqueo de los productos del delito, los delitos de alta tecnología, el delito informático, el robo organizado o el chantaje); y, por otro, nociones que, sin ser extrañas a nuestro ordenamiento, no concretan qué actividades constituyen tal delito (es lo que ocurre, p. ej., con el terrorismo: ¿se debe incluir como tal la apología castigada por nuestro ordenamiento?).

Lo deseable y respetuoso con el principio de legalidad habría sido que la propia DM (o nuestra Ley) se molestase en definir los elementos esenciales de los tipos penales o, por lo menos, de aquéllos que no pueden integrarse acudiendo a la definición que de los mismos se contempla en instrumentos comunitarios o internacionales de los que son parte los Estados miembros de la UE⁵⁵, como ocurre en materia de terrorismo, ámbito en el que existe mayor aproximación u homogeneidad en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Sirva como ejemplo la *Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo*⁵⁶, en virtud de la que los Estados miembros se han comprometido a incluir de forma uniforme en sus legislaciones internas un catálogo de conductas delictivas calificadas de terroristas, a las que también se han obligado a imponer penas acordes o proporcionales a su gravedad.

Ciertamente, el Consejo ha elaborado o está elaborando Decisiones Marco sobre una gran variedad de materias de Derecho Penal, tales como: la protección contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo; el blanqueo de capitales; el terrorismo; la trata de seres humanos; la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; la protección del medio ambiente; la contaminación procedente de buques; la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; la

⁵⁴ DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1513. En la p. 1520, el citado autor señala que «Aunque debe valorarse muy positivamente la desaparición del principio de doble incriminación en un grupo de 32 delitos, porque facilitará notablemente la entrega de inculpados; también es verdad que resulta problemática la determinación de la conducta típica en esa categoría de delitos, lo que generará graves problemas interpretativos».

⁵⁵ LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La orden...», *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶ DM 2002/475/JAI, DO núm. L 164 de 22 de junio de 2002.

lucha contra la corrupción en el sector privado; el decomiso de los instrumentos y productos del delito; el tráfico ilícito de drogas; la lucha contra el racismo y la xenofobia y la prevención y la represión del tráfico de órganos y tejidos de origen humano. Se ve, pues, que existen normas comunitarias (aunque muchas aún están por elaborar) que regulan delitos de los contenidos en la lista de la DM⁵⁷.

E igualmente, la UE ha acudido a la figura del Convenio para luchar y prevenir delitos. Así, hay que destacar el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea de 26 de julio de 1995 y sus Protocolos, solapados por la Propuesta de Directiva sobre la misma materia elaborada por la Comisión Europea a partir del primer pilar ante el desafortunado fracaso de las ratificaciones de dicho Convenio. Centrándonos en la corrupción (por poner un ejemplo en el modo de integración del contenido de los delitos recogidos por la DM, pero sin entrar en un análisis exhaustivo del tema, ya que excede del objeto del presente trabajo), respecto del que la UE ha adoptado actos posteriores (Convenios y Acciones o Posiciones comunes) en los que se definen distintas formas de la misma, igualmente contamos con el mayor instrumento contra la corrupción impulsado por el Consejo de Europa: el Convenio Penal de 27 de enero de 1999 hecho en Estrasburgo⁵⁸. Verdaderamente, nosotros no contamos con él (como otros países de la UE) porque España no lo ha ratificado, pero nada obsta a que tome en consideración las aportaciones tan útiles que contiene para un entendimiento del concepto penal de corrupción. En cualquier caso, España cuenta con «*recursos para llevar a cabo una interpretación auténtica (en el sentido de la ofrecida por el Consejo Europeo) de lo que debe entenderse como delito de corrupción*»: nos referimos al catálogo de delitos que contempla el art. 18 ter del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como de corrupción, a los que extiende su competencia la Fiscalía Especial para la represión de los delitos de naturaleza económica y corrupción⁵⁹.

Pero salvo en esos casos actualmente minoritarios, la determinación de los tipos se puede decir que queda, por tanto, en manos de las autoridades judiciales de emisión, lo que supone una vulneración clara del principio de legalidad.

Desde este mismo enfoque de estimar positiva la supresión pero no la manera en que se ha llevado a cabo, otros autores la han calificado de «*auténtica*».

⁵⁷ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Armonización de la calificación penal del fraude», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 687, 2005, accesible en la página web <http://www.westlaw.es> (la concreta afirmación se contiene en la p. 5 de la publicación en dicha web), consultada en mayo de 2006.

⁵⁸ Dicho Convenio entró en vigor, tras 14 ratificaciones, el 1.07.2002. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>, consultada en junio de 2006.

⁵⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «Reflexiones sobre el concepto de corrupción a propósito de la orden de detención europea», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 560, 2002, accesible en la página web <http://www.westlaw.es> (la concreta afirmación se contiene en las pp. 1-3 y 5 de la publicación en dicha web), consultada en mayo de 2006.

tico avance)⁶⁰ pero considerando que una forma adecuada para llevarla a cabo (pues sería muy sencilla de aplicar, frente a la difícil aplicación de la lista positiva de la DM al haber establecido categorías genéricas de delitos –y no definiciones de delitos específicos– que deben precisarse y teniendo en cuenta que «*aunque algunos de estos delitos están armonizados, la mayoría no lo están y sus elementos constitutivos pueden diferir de manera importante de un Estado miembro*» a otro) habría sido la prevista en la Propuesta⁶¹. Efectivamente, aunque sus grandes orientaciones se mantienen en la DM, la excepción la constituye la lista positiva de delitos para los que desaparece la doble incriminación frente a la lista negativa de excepciones que establecía el arto 27 de la Propuesta: cada Estado debía publicar una lista con aquellas conductas que anteriormente habían sido consideradas delictivas y que por la evolución de sus principios fundamentales habían sido despenalizadas, de modo que ante una ODE por alguna de esas conductas dicho Estado de ejecución podría denegarla⁶².

Siguiendo en esta misma perspectiva, otros autores consideran, aunque oportuna, precipitada la supresión del principio de doble incriminación, principal manifestación del principio de reconocimiento mutuo, y que la misma debería de haberse llevado a cabo tras una armonización de las distintas regulaciones jurídicopenales de los Estados miembros, ya que tal armonización debe ser presupuesto de aquél principio y no a la inversa (como ya se ha señalado, actualmente contamos con meras iniciativas armonizadoras, principalmente a través de Decisiones Marco o Convenios (instrumentos propios del tercer pilar de cooperación intergubernamental), pero no con «*una armonización consolidada y definida*» que debe presidir la confianza entre Estados)⁶³ para garantizar los derechos de los ciudadanos europeos y no favorecer el máximo punitivismo.

Siguiendo en esta misma perspectiva, pero sin calificar de positiva o negativa la supresión de la doble incriminación, otros autores han criticado la deficiente regulación de la DM al tratar dicho principio, con base en argumentos tales como que el umbral punitivo establecido en el arto 2.2 de la DM que legitima la inobservancia del principio ante una ODE solicitada por alguno de los delitos enumerados únicamente tiene en consideración las penas privativas de libertad, pero olvida las de otra naturaleza⁶⁴.

⁶⁰ FONSECA MORILLO, F. J., «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, p. 73.

⁶¹ FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, pp. 79 y 87. Aunque ARANGÜENA FANEGO reconoce la probablemente difícil aplicación de la DM, sin embargo entiende que la lista positiva de delitos se encuentra mucho más acorde con el espíritu de la DM (vid. 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. 29).

⁶² FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, p. 79.

⁶³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *op. cit.*, pp. 1608-1610; QUINTERO OLIVARES apunta a esta misma idea de que la eliminación de la doble incriminación presupone cierta uniformidad al considerar que «la superación de la técnica de la doble incriminación (...) descansa en el presupuesto de la diferencia» (QUINTERO OLIVARES, G., «El futuro de la Extradición», en *La Vanguardia*, 5 noviembre 1999).

⁶⁴ DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1512.

Pese a las numerosas críticas aludidas, es cierto que algunos autores han querido restar problemática a esta cuestión (la supresión del principio), considerando que la mayoría de los delitos de la lista están tipificados en todos los Códigos Penales de los Estados miembros (lo que no compartimos: basta con tener en cuenta lo expuesto de que muchos de los delitos que se citan son nociones extrañas a nuestro ordenamiento y que no sólo los delitos informáticos, sino también delitos tan básicos como el homicidio están sometidos a regulaciones muy diferentes en los distintos Estados)⁶⁵.

3.3. *Supresión del principio de prohibición de entrega de nacionales*

Política tradicional en materia de extradición -excepto para los países mal denominados «anglosajones», tales como el Reino Unido y los Estados Unidos-, recogida como causa de denegación de la entrega en los ordenamientos jurídicos tanto a nivel constitucional (como es, p. ej., el caso de Alemania, Chipre o Croacia) como legislativo (como es el caso español, en el artº 3 de nuestra LEP) o, incluso, convencional ha sido la de no extraditar a nacionales, históricamente fundamentada en el deber de protección del gobernante para con sus súbditos ante la desconfianza frente a los sistemas judiciales y penitenciarios extranjeros⁶⁶ (aunque también se han aducido argumentos tales como que el hecho de entregar a un nacional a otro Estado para que fuera juzgado por éste implica una dejación de soberanía por aquél a favor de éste, cuyos jueces no son los naturales, o el derecho de los nacionales a residir en su país⁶⁷).

Sin embargo, tal desconfianza, si bien podía entenderse ante las grandes desigualdades de los sistemas jurídicos estatales, no así en el continente europeo y, más aún, en el ámbito de la UE, cuyos Estados miembros presentan un nivel cultural y de protección jurídica semejantes y tendente a la unificación. De ahí que se haya puesto de relieve la necesaria revisión de este principio «*en ciertas áreas fuertemente integradas, como es la UE, en la que el estatuto de ciudadanía de la Unión encierra el germen de su progresiva extensión*»,⁶⁸ y que esto se haya defendido como uno de los principales motivos para criticar el principio de no entrega del nacional, junto con el motivo de que el principio fundamental de igualdad impediría un trato desigual en la entrega por la mera nacionalidad del *extraditatus*⁶⁹. También se ha argüido que «*con su aplicación se produce una disminución en la persecución eficaz de los hechos delictivos*»⁷⁰, aunque desde nuestro punto de vista ello presenta poca solidez puesto que los Tratados modernos suelen establecer cláusulas potestativas de denegación de la extradi-

⁶⁵ ARANGÜENA FANEGO, C., *op. cit.*, p. 31.

⁶⁶ DEL POZO PÉREZ, M., «La orden...», *op. cit.*, p.1565; DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1513.

⁶⁷ CEZÓN GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 178.

⁶⁸ DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «Algunas consideraciones sobre la extradición», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, núm. 1738, de 25 de marzo de 1995, p. 1568.

⁶⁹ DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1.513.

⁷⁰ DEL POZO PÉREZ, M., «La orden...», *op. cit.*, p. 1.556.

ción de nacionales, sin prohibirla, proclamando seguidamente la disyuntiva de *GROCIO aut dedere aut judicare* (entregar o juzgar), de modo que si el Estado requerido deniega la entrega como contrapartida está obligado a juzgar al reclamado a través de sus órganos judiciales (véase, p. ej., el art. 6.2 del CEEJ de 1959)⁷¹.

Lo cierto es que, como no podía ser de otra manera, el tan conocido y citado principio de confianza, debía igualmente incidir en tal política, perdiendo todo su sentido. De ahí que la DM lo haya suprimido y no figure entre los motivos que contempla para la no ejecución obligatoria de la ODE (art. 3 y, en la misma línea, art. 12.1 de la Ley).

No obstante, hay que decir que aunque la no entrega de nacionales es una prohibición tradicional en materia de extradición, como ya ha tenido ocasión de apuntarse, aquélla ya se había ido flexibilizando a nivel europeo, en la medida en que según el art. 6 del CEEJ toda parte contratante podía y puede (no está obligado, como en el art. 3 de nuestra LEP) denegar la entrega de nacionales. Y en tal sentido, han realizado reservas o declaraciones a dicho artículo haciendo uso de tal facultad: Francia, Alemania, Chipre, Portugal, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Ucrania, Albania, Moldavia, Rumanía, Hungría, la Federación Rusa y Andorra. Por su parte, el Convenio de Dublín quiso suponer un paso importante en este sentido en la medida en que, no sólo no excluye la extradición de nacionales, sino que con base en el mismo no se puede «denegar la extradición por el motivo de que la persona objeto de la solicitud de extradición sea nacional del estado miembro requerido en la aceptación del art. 6 del CEEJ» (art. 7.1). Pero digo que «quiso suponer» porque el propio Convenio posibilita la formulación de reservas al respecto limitando total o parcialmente la extradición de nacionales, si bien sometidas a plazos temporales (cuestión irrelevante, si consideramos la posibilidad de renovar periódicamente dichas reservas). Y, en tal sentido, a excepción de España, que «formuló una declaración decidida a favor del abandono del antiguo sistema»⁷² (si bien es cierto que de forma limitada, teniendo en cuenta las dos condiciones que impone para la extradición de nacionales⁷³), el resto de los pocos países para los que rige el Convenio han formulado reservas en virtud de las que han excluido total o parcialmente la entrega de sus nacionales. De ahí que el gran paso haya venido dado por la DM.

Ahora bien, circunscribiéndonos al nuevo tratamiento que del principio de no entrega de nacionales realiza la DM, se ha dicho que no se produce una

⁷¹ CEZÓN GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 179.

⁷² CEZÓN GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, pp. 182 y 183.

⁷³ En su declaración, España ha manifestado que «concederá la extradición de sus nacionales siempre que el hecho fuere también constitutivo de delito en España y que el Estado requirente dé garantías de que en caso de resultar condenado será transferido sin dilación a España para el cumplimiento de la condena». La segunda condición impuesta se ha calificado de irrazonable teniendo en cuenta que el «viaje de ida y vuelta» podría evitarse mediante la utilización de la videoconferencia o la transmisión del procedimiento penal a España (vid. CUERDA RIEZU, A. R., *De la extradición a la «euroorden» de detención y entrega*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 65).

supresión total o absoluta de dicho principio⁷⁴, pues, por un lado, se configura como posible motivo de no ejecución de la ODE que el reclamado para cumplir una pena o medida de seguridad privativas de libertad sea nacional del Estado de ejecución y decida cumplirla en su Estado (art. 4.6 de la DM y arto 12.2 f) de la Ley) e, igualmente, puede condicionarse la entrega de un nacional del Estado de ejecución requerido para ser juzgado a que (si el reclamado así lo desea) en caso de que dicho sujeto definitivamente sea condenado, sea devuelto al Estado de ejecución para el cumplimiento de la pena impuesta (art. 5.3 de la DM y art, 11.2 de la Ley). Este último caso, si bien es uno de los tres previstos por el arto 5 de la DM que condicionan la entrega del reclamado a que el Estado de emisión cumpla determinadas garantías, «*sin duda produce un notable retardo del procedimiento*», constituyendo otro motivo de dilación del mismo⁷⁵.

Pero es que, por otro lado, debemos tener en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el arto 33.1 de la DM, «mientras que Austria no haya modificado el apartado 1 del artículo 12 de la *«Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz»* y, a más tardar, hasta el 31 de diciembre de 2008, Austria podrá permitir a sus autoridades judiciales de ejecución que denieguen la ejecución de una orden de detención europea si la persona buscada es un ciudadano austríaco y si el acto por el que se ha emitido la orden de detención europea no es punible con arreglo al Derecho austríaco».

Nada nos obsta para considerar que éste último caso constituye una auténtica excepción al principio de entrega de nacionales y, en tal sentido, entender que el mismo no rige absolutamente (ya que, en este caso, el simple hecho de poseer nacionalidad austríaca aparece o se constituye como uno de los motivos fundamentales que justifican la no entrega), Pero no opinamos lo mismo en relación con los citados arts. 4.6 y 5.3 de la DM (que, a nuestro entender, se rigen plenamente por el principio de entrega de nacionales), en la medida en que el motivo último que subyace o que justifica la no entrega no es la nacionalidad del reclamado y el deber de protección de un Estado para con sus súbditos, sino en que la misma le beneficia al facilitarse sus posibilidades de reinserción y evitar su desarraigo. De ahí precisamente que la DM hable

⁷⁴ DEL POZO PÉREZ, M., «La orden...», *op. cit.*, p.1556; en el mismo sentido, se habla de excepciones a dicho principio: DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1513.

⁷⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., «El procedimiento español...», *op. cit.*, p. 7 de la publicación en la web, consultada en mayo de 2006. Junto a las ya citadas causas de dilación del procedimiento, la autora se refiere en dicho artículo al retardo injustificado que se produce por la suspensión del procedimiento que debe llevar a cabo el Juzgado Central de Instrucción cuando, habiéndosele comunicado la ODE directamente, no le ha sido remitida la traducción al español (a los efectos de subsanar tal deficiencia) –art. 10.2 de la Ley– (p. 5); e, igualmente, se refiere al retardo injustificado ocasionado por las dos posibles vías previstas por la DM (art. 18) entre las que puede optar la autoridad judicial de ejecución para tomar declaración a la persona buscada (la de decidir que le tome declaración una autoridad judicial del Estado de emisión asistida por cualquier otra persona designada de conformidad a su derecho o la de aceptar el traslado temporal de la persona detenida). Éste último retardo podría haberse evitado acudiendo a la videoconferencia (pp. 6 y 7), del que podían servirse los Estados de emisión y de ejecución de conformidad con el art. 34 de la Propuesta.

no sólo de «nacional» sino también de «residente del Estado miembro de ejecución» y de aquél que «*habite en él*», Quizá más conveniente habría sido suprimir la referencia a la nacionalidad⁷⁶ (y, si se quiere, aludir a la reinserción⁷⁷, como tan acertadamente hacía la Propuesta, que «*buscaba de forma expresa favorecerla*»⁷⁸ permitiendo denegar la entrega con base en razones exclusivas de una mejor reinserción del reclamado⁷⁹), en realidad lo más acorde con la tan progresiva expansión del estatuto de la nacionalidad y ciudadanía europeas y lo más adecuado para evitar confusiones o interpretaciones y transposiciones incorrectas y, a la postre, discriminatorias (y, más teniendo en cuenta que las mismas carecen de un control ante el T JCE). y es que, efectivamente, la Ley, con una muy deficiente técnica, ha transpuesto la DM refiriéndose únicamente a nacionales, cuando tanto apátridas como extranjeros que lleven residiendo varios años en España deberían tener el mismo derecho a beneficiarse de estas posibilidades en aras de una más fácil rehabilitación y reinserción social.

En definitiva, con lo expuesto se ha tratado de poner de relieve que no entendemos por qué se ha incluido en la DM la referencia a la nacionalidad y eliminado la que se hacía en la Propuesta a la reinserción. Y que, pese a ello, se ha de atender a ésta última (y no a la nacionalidad) con base en dos motivos:

1) A que junto a los nacionales, la DM se refiere a otros dos colectivos a los que también les son aplicables ambas causas de denegación (residentes y habitantes)⁸⁰;

2) Y, atendiendo a una interpretación sistemática de la propia DM (de los arts. 4.6 y 5.3 en relación con sus Considerandos –especialmente, el 12– y su arto 1.3) o, en otras palabras, porque una interpretación contraria a la expuesta atentaría contra el propio espíritu de la DM que, ante todo, quiere destacar el valor y necesario respeto de los derechos fundamentales en el sentido del art.6 del TUE (entre los que se encuentra el derecho a la igualdad).

⁷⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El anteproyecto de Ley sobre la orden de europea de detención y entrega», en *AP* núm. 1, 2003.

⁷⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., *op. cit.*, p. 72.

⁷⁸ FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, p. 83. En esta página el citado autor critica la ambigüedad del art. 4.6 finalmente aprobado, no sólo por haber desaparecido la referencia a la reinserción, sino también por omitir toda referencia al consentimiento del reclamado y porque el hecho de que el Estado de ejecución «*se comprometa a ejecutar el mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno*» no excluye la interpretación de que la duración de la pena pueda modificarse conforme a dicho Derecho (lo que iría en contra del principio de reconocimiento mutuo). Esta posible interpretación quedaba eliminada atendiendo a la regulación de la Propuesta, ya que si bien establecía que «*la sentencia condenatoria dictada en el Estado miembro emisor se cumplirá en el Estado miembro de ejecución de conformidad con las leyes de éste último*», seguidamente añadía que «*La condena dictada en el Estado miembro emisor no será sustituida por la pena señalada por la legislación del Estado miembro de ejecución para la misma infracción*» (párrafo 2.º del art. 33.1).

⁷⁹ «Art. 33: Principio de reinserción. 1. Podrá denegarse la ejecución de un mandamiento de detención europeo en relación con una persona reclamada si ésta tuviera mayores posibilidades de reinserción en el Estado miembro de ejecución y consintiera en cumplir la pena en dicho estado miembro».

«Art. 36: Regreso al Estado de ejecución. La ejecución del mandamiento de detención europeo podrá supeditarse al regreso de la persona detenida al Estado miembro de ejecución para cumplir su condena cuando haya razones para creer que esa persona tendría mayores posibilidades de reinserción en dicho Estado miembro».

⁸⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, *op. cit.*, p. 79.

IV. LA ESPECIALIDAD: DE PRINCIPIO A EXCEPCIÓN

El clásico principio de especialidad significa que la persona extraditada no puede ser juzgada por el Estado requirente ni cumplir una pena o medida de seguridad en el mismo por delitos cometidos con anterioridad a aquéllos que motivaron la extradición⁸¹, no pudiendo dicho Estado aprovechar para tales fines que el sujeto se halle en su territorio tras haber sido entregado en cumplimiento de la citada extradición: para ello deberá solicitar al Estado requerido una autorización o nueva extradición, que se ha llamado «*ampliación de extradición*»⁸².

El fundamento de tal principio radica en garantizar que el Estado requirente no utilice fraudulentamente la figura de la extradición aprovechando la entrega para enjuiciar hechos o ejecutar penas o medidas de seguridad por delitos cometidos con anterioridad a los que motivaron la extradición y con base en los cuales ésta hubiera sido denegada.

De ahí que lo lógico sea entender que «*no hay por qué excluir un pronunciamiento del Estado requerido para la persecución de esos otros delitos que pudieron haberse incluido en la petición extradicional y no lo fueron*»⁸³, que dicho pronunciamiento se constituye en los Tratados normalmente como una obligación «*si el nuevo delito hubiera dado lugar a la extradición de haber estado contenido en la primera demanda*»⁸⁴ y que los Tratados y Leyes de extradición pasiva (como la nuestra) exijan la aportación de la documentación requerida (y que se requirió) para solicitar toda extradición (salvo en los dos casos excepcionales a la vigencia del principio a que nos referimos infra en los que no existe consentimiento expreso del reclamado) como forma de constatar dicho extremo.

No obstante, hay que señalar que si estamos a la regulación del principio que realizan los Tratados de extradición en vigor (que, como el arto 2 de nuestra LEP, lo recogen) podemos comprobar que el mismo no ha regido ni rige de forma absoluta en la medida en que prevén su no aplicación en supuestos distintos. Así, p, ej., el arto 14.1 a) y b) del CEEX (y, en idéntico sentido, el arto 21,1 y 2 de la LEP) contempla los siguientes:

- Cuando el Estado inicialmente requerido así lo consienta, esto es, renuncie al mismo de modo expreso. Lo cierto es que como en este caso se exige aportar una solicitud por el Estado requirente acompañada de la documentación necesaria para pedir toda extradición, en realidad, más que de excepción al principio, cabría hablar de nueva extradición;

⁸¹ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., pp. 76 y 77; CASTILLEJO MANZANARES, R., «El procedimiento español...», op. cit., p. 8 de la publicación en la web, consultada en mayo de 2006; CASTILLEJO MANZANARES, R., «La orden...», op. cit., p. 1.664.

⁸² CEZÓN GONZÁLEZ, C., op. cit., p. 272. Aunque el citado autor aluda a tal término, ciertamente los tratados no lo contemplan; únicamente el art. 21 de la LEP emplea el sinónimo de «autorización ampliatoria».

⁸³ CEZÓN GONZÁLEZ, C., op. cit., p. 275.

⁸⁴ BUENO ARÚS, F., op. cit., p. 26.

- O cuando, sin consentirlo expresamente la persona entregada, haya transcurrido cierto tiempo (según el CEEX y la LEP, 45 días; pero el tiempo lo fija cada norma) desde su definitiva puesta en libertad sin haber abandonado el Estado requirente; o, aun habiéndolo hecho, haya regresado posteriormente de forma voluntaria.

Pues bien, de nuevo el principio de confianza que debe presidir las relaciones entre los Estados miembros debía incidir en este principio y otorgar una nueva regulación al mismo en la DM. Sin embargo, ésta, como ocurre «*en relación al tratamiento del principio de doble incriminación, vuelve a quedarse a medio camino entre lo que prevé el CEEX y la Propuesta*»⁸⁵, ya que, si bien «*no se suprime el principio de especialidad (...) se convierte en la excepción frente a la regla general*»⁸⁶ al regularse todo un elenco de supuestos en que no es de aplicación (que estudiamos *infra*).

Como ya se ha visto, el CEEX recogía la vigencia del principio de especialidad (art. 14.1), salvo en los citados tres casos excepcionales –art. 14.1 a) y b)–. Y, por el contrario, la Propuesta había hecho desaparecer prácticamente todo vestigio del principio (art. 41)⁸⁷. Efectivamente, este principio fue incorporado, con una redacción enormemente confusa, en los momentos finales de la negociación de la DM, según parece en aras de conseguir «*un equilibrio entre la necesaria eficacia, la protección de las personas y el deseo de preservar la soberanía de los Estados miembros*»⁸⁸.

Así, la DM, por su parte, aunque recoge en su arto 27.2 el principio de que «*la persona entregada no podrá ser procesada, penada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega*» (ciertamente, el principio de especialidad no aparece mencionado como tal en la DM, pero las normas contenidas en el art. 27 responden, como ahora veremos, a su mismo fundamento⁸⁹), los párrafos 10 y 30 del citado precepto prevén numerosos supuestos en que el principio no se aplica, a saber:

- Las letras g) y a) del arto 27.3 se refieren, respectivamente, a los citados casos excepcionales que contempla el CEEX: el primero, relativo al consentimiento tácito del entregado; y, el segundo, a la autorización del Estado de ejecución (en concreto, como no podía ser de otra manera en consonancia con el estudiado principio de judicialización de la entrega, de la autoridad judicial de ejecución).

⁸⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., p. 77.

⁸⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., p. 77; CASTILLEJO MANZANARES, R., «El procedimiento español...», op. cit., p. 8 de la publicación en la web, consultada en mayo de 2006.

⁸⁷ «Art. 41: *Toda persona entregada en virtud de un mandamiento de detención europeo podrá, en el Estado miembro emisor, ser procesada, condenada o detenida por una infracción distinta de la infracción en relación con la cual se haya emitido el mandamiento de detención europeo, excepto cuando el Estado miembro de ejecución haya incluido dicha infracción en la lista mencionada en el artículo 27, o sean de aplicación los artículos 28 ó 30.*»

⁸⁸ FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., p. 7.

⁸⁹ IRURZUN MONTORO, E., «La Orden Europea de Detención y Entrega», en Noticias de la Unión Europea, 2003, p. 46

En este último supuesto, la autoridad judicial de ejecución otorgará su consentimiento tras haber recibido una solicitud por parte de la autoridad judicial de emisión acompañada de la documentación exigida para solicitar una ODE (en este sentido, cabría hablar de nueva ODE más que de excepción al principio, en la medida en que se exige aportar junto a la solicitud de consentimiento la documentación requerida en toda ODE) y haber verificado que no concurre ninguna causa de denegación de los arts. 3 y 4 o, en su caso, el Estado emisor haya prestado las garantías a que se refiere el art. 5 –art. 27.3 g) Y 4–, Y siempre que no se presuma el consentimiento dado por el Estado de ejecución de conformidad con lo dispuesto *infra*.

- Y es que el párrafo 10 del art. 27 contempla otro caso en que la inobservancia del principio queda a decisión del Estado de ejecución, aunque en este supuesto porque dicho Estado haya notificado a la Secretaría General del Consejo su voluntad en el sentido de que se presume dado su consentimiento en relación con los otros Estados que hayan realizado la misma notificación⁹⁰ (se exige, pues, reciprocidad) y siempre que en el concreto caso no decida lo contrario la autoridad judicial de ejecución⁹¹.
- Por su parte, el art. 27.3 e) y f) prevé dos casos en que cabe renuncia expresa de la persona a acogerse a tal principio, tanto en el Estado de emisión antes de la entrega (letra e) como en el de ejecución, tras la entrega (letra f).
- Y las letras b), c) y d) contemplan la inaplicación del principio cuando la infracción no es punible con pena o medida de seguridad privativas de libertad (b), cuando el proceso penal no concluya con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad personal (c) o cuando se halla sujeta a una pena o medida de seguridad no privativas de libertad, incluidas las sanciones pecuniarias, o a una medida equivalente, aun cuando pudiere restringir su libertad personal (d).

Se ve, pues, que son numerosos los casos previstos en que no se aplica el principio; y más si tenemos en cuenta que ante una solicitud por parte de la autoridad judicial de emisión en tal sentido, la autoridad de ejecución sólo puede denegar su consentimiento «en los casos previstos en el art. 3, y por lo demás podrá denegarse únicamente por los motivos previstos en el art. 4», sin perjuicio de que «en las situaciones contempladas en el art. 5, el Estado miembro emisor deberá dar las mismas garantías» (art. 27.4).

⁹⁰ España no ha hecho la declaración correspondiente. Por lo que, siendo recíproca, este apartado carece de efectividad (vid. MINISTERIO DE JUSTICIA, *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas, 2003* (disponible en www.tirantonline.com, consultada en julio de 2006, p. 23).

⁹¹ Ciertamente, llama la atención que la renuncia realizada por el Estado de ejecución, en principio vinculante frente a sus socios europeos, pueda ser revocada por la autoridad judicial que se ha de pronunciar sobre la entrega (véase FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, pp. 84 y 85).

En este orden de consideraciones, importa decir que, si bien es indiscutible que el principio de especialidad en la DM está a medio camino entre el tratamiento que del mismo realizan el CEEX y la Propuesta, no debemos olvidar el Convenio de Dublín, puesto que, a la postre, el nuevo tratamiento de la especialidad en la DM constituye un mínimo paso en las previsiones de aquél, llegando a afirmarse que la DM mantiene prácticamente el mismo régimen y reproduce los supuestos de derogación del principio de especialidad que se contenían ya en el Convenio de Dublín, aunque introduce un elemento adicional más bien político al colocar en primer lugar la regla de la presunción del consentimiento cuando se haya efectuado la aludida notificación⁹². Efectivamente, la crisis del principio ya se había manifestado en el Convenio de Dublín de forma muy similar a como lo hace en la DM, aunque ciertamente no podemos afirmar que ésta reproduzca los supuestos que contempla aquél. Así, el Convenio de Dublín regula como únicas excepciones del principio las contenidas en las letras *b*), *c*) y *d*) de la DM (en su art. 10.1 *a*), *b*) y *c*), respectivamente), la establecida en la letra *f*) (en su art. 10.1 *d*). Y la prevista en el art. 27.1 (en su art. 11). A diferencia, dicho Convenio no hace referencia expresa al consentimiento del reclamado antes de su entrega (únicamente, después) como supuesto excepcional a la vigencia del principio, como hace posteriormente el art. 27.3 e) de la DM. Lo que no ha de extrañar, ya que ciertamente es ilógico, atendiendo a la ODE, que el interesado se deba pronunciar o pronuncie sobre la renuncia al principio de especialidad en el momento en que dé su consentimiento a la entrega, porque «*va más allá de las obligaciones impuestas por el Convenio de procedimiento simplificado de extradición de 1995*»⁹³. Y, de la misma forma, tampoco hace referencia al consentimiento tácito del entregado, tal y como hace el art. 14.1 b) del CEEX y el art. 27.3 a) de la DM (lo que tampoco ha de extrañar teniendo en cuenta que, como ya se ha dicho, el Convenio de Dublín tiene por objeto completar, entre otros, el CEEX).

Se ve, pues, que muchos de tales motivos o excepciones (la mayor parte) ya habían sido recogidas por el CEEX o por el Convenio de Dublín⁹⁴ (e, incluso, por el Convenio simplificado de 1995)⁹⁵. No olvidemos que este último Convenio, que igualmente viene a completar el CEEX (además de simplificar el procedimiento de extradición entre los Estados miembros), prevé, junto la aplicación del procedimiento simplificado que define (en virtud del cual la entrega de la persona cuya detención se ha pedido deja de estar supeditada a la presentación de una solicitud de extradición y de los otros documentos requeridos por el CEEX) cuando concurra la doble condición de que la persona interesada dé su consentimiento a la extradición y que el Estado del que se solicita exprese su acuerdo, la comunicación directa entre las autoridades com-

⁹² IRURZUN MONTORO, F., *op. cit.*, p. 46.

⁹³ FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, p. 85.

⁹⁴ ARANGÜENA FANEGO, C., «La Orden...», *op. cit.*, p. 36.

⁹⁵ CUERDA RIEZU, A. R., *op. cit.*, p. 100.

petentes de los Estados requirente y requerido, siempre que el detenido consienta a ser extraditado o bien renuncie al beneficio del principio de especialidad. Se prevé, pues, la renuncia expresa a acogerse a dicho principio (art. 7.1).

Asimismo, no debemos perder de vista el CAAS, cuyo art. 66.2 permite que voluntariamente la persona reclamada renuncie al beneficio del principio de especialidad.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de los problemas que la ODE haya planteado (especialmente, en su transposición a los ordenamientos nacionales: p. ej., porque ha obligado a Estados como Francia a modificar la propia Constitución⁹⁶ o porque la misma ha sido muy dispar en los distintos Estados que ha originado «*normativas diferentes que determinan problemas de aplicación de la propia ODE*»⁹⁷), pueda estar planteando y plantee en un futuro, sin duda constituye un paso importantísimo en la superación de los fines estrictamente económicos que motivaron la creación de la Comunidades Europeas, esto es, en la construcción de «*una Europa cuyas ambiciones van mucho más allá de un «gran mercado»*»,⁹⁸ y en la consecución del nuevo objetivo de la UE consagrado en el Tratado de Amsterdam de crear un espacio de seguridad, libertad y justicia en el ámbito de la misma mediante la cooperación judicial internacional (en concreto, en el ámbito penal)⁹⁹, que definitivamente desde Tampere debe estar inspirada por el principio de reconocimiento mutuo.

Y de la misma forma, considerando las trascendentales y ya estudiadas modificaciones operadas o introducidas por la DM, fundamentalmente en relación con la clásica extradición (pues, como se ha dicho, en el ámbito de la UE tanto el CEEEX como el Convenio de Dublín han introducido una nueva concepción de dicha institución, no tan lejana de la ODE), tampoco nos ofrece duda alguna la consideración de que realmente dicha ODE constituye un "nuevo procedimiento" por estar inspirado en principios, reglas y políticas tan diferentes de las que tradicionalmente se han considerado esenciales: el mero hecho de que ambas instituciones tengan la misma finalidad de posibilitar el enjuiciamiento de delitos o el cumplimiento de penas (en definitiva, de evitar la impunidad) no es suficiente para afirmar que no se trata de procedimientos

⁹⁶ ARANBERRI ARESTI, G., *op. cit.*, p. 2; Por su parte, SÁNCHEZ NAVARRO, ha hecho un estudio importante sobre los cambios constitucionales que se han observado en Francia a la hora de transponer la DM (véase SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., *op. cit.*, pp. 483- 496). Y es que el Consejo de Estado dictaminó que la DM no aseguraba suficientemente el respeto al principio constitucional según el cual el Estado debe reservarse el derecho a denegar una extradición solicitada por delitos políticos y, en consecuencia, recomendaba una previa reforma constitucional. Lo cierto es que en Italia y en nuestro propio Estado contamos con idénticas previsiones constitucionales, pero no han impedido la transposición (pp. 485 y 486 del citado estudio).

⁹⁷ DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1520.

⁹⁸ SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., *op. cit.*, p. 485.

⁹⁹ FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.*, p. 93; DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 1520.

tan diferentes; así como la de que, aunque la extradición vigente en el ámbito de la UE haya quedado suprimida en las relaciones entre Estados miembros, la ODE (figura que la sustituye) es heredera de aquélla, lo que justificaría una aplicación analógica a ésta última mutatis mutandis de la jurisprudencia existente acerca de la extradición.

Sentadas estas dos premisas, sin embargo consideramos precipitada la DM en la medida en que lo deseable, tanto para evitar problemas de legalidad como de aplicación práctica, habría sido que dicha DM y sus disposiciones (en especial, la relativa a la supresión parcial del principio de doble incriminación en cumplimiento del principio de reconocimiento mutuo que inspira toda la DM para las imprecisas categorías delictivas de la lista) debieran observarse y transponerse por los Estados miembros tras lograr una auténtica y consolidada armonización del Derecho penal (aunque especialmente material, precisando la descripción de los elementos esenciales de los tipos penales así como las concretas penas a imponer, también procesal)¹⁰⁰. Así se evitarían, entre otros, muchos de los aludidos problemas de legalidad ante la falta de definición de los delitos contenidos en la lista: por lo pronto, no sería necesario para respetar dicho principio de legalidad penal definir los tipos penales en la propia DM porque ya serían comunes u homogéneos en las legislaciones de los Estados miembros; por otro lado, tampoco podríamos hablar de discriminaciones o diferencias de trato injustificadas porque, al contener las legislaciones de los Estados las mismas penas para los delitos, no se verían privilegiados los sistemas de mayor punitivismo en cuanto a la solicitud de una ODE; y no cabría hablar de vulneración de la legalidad penal por no observarse la doble incriminación (que, como sabemos, según nuestra jurisprudencia constitucional, forma parte de aquélla), aun parcialmente, en la medida en que no tendría sentido exigir la misma ante tal sintonía de delitos y penas, puesto que realmente, de facto, tal doble incriminación se observaría en todo caso. En tal sentido, podríamos pensar que partiendo de una completa y asentada armonización (especialmente, aunque no únicamente, de delitos y penas), en principio habría bastado o bastaría con que la DM, al delimitar su ámbito de aplicación, redujera su contenido a lo dispuesto en el párrafo 10 del art. 2 de la DM, esto es, al mínimo punitivo. Como muy bien se ha apuntado, no debemos olvidar que tal armonización debe ser presupuesto del reconocimiento mutuo y no a la inversa¹⁰¹, tal y como parece desprenderse, p. ej.,

¹⁰⁰ En tal sentido, p. ej. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., La Orden Europea de Detención y Entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana. (Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)), en *Diario La Ley*, núm. 6394, enero de 2006, disponible en www.laley.net, consultada en julio de 2006, p. 9. Tal y como señala el citado autor, una operatividad fluida y sin obstáculos de la ODE requiere una previa armonización penal, sustantiva y procesal, de la legislación de los Estados miembros de la UE. Sólo de esta concreta forma cabe prescindir de la doble incriminación en relación con las categorías delictivas contempladas en la lista del art. 2.2 de la DM.

¹⁰¹ Entre muchos otros, BLASCO LOZANO, I., «Armonización del Derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 13, 2003 (Ejemplar dedicado a: Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional), pp. 274 y 275. El citado autor recuerda que, aunque frecuentemente se vean como vías alternativas la del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la de la armonización de legislaciones, no

del propio *Consejo Europeo de Tampere* (en concreto, de la Conclusión 33, que alude a la «necesaria aproximación de legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades») y de la Conclusión 37, a tenor de la cual «también deberá emprenderse una labor en tomo (...) a los aspectos de Derecho procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con estándares mínimos comunes para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo») y parece ser opinión de la Comisión Europea¹⁰². Armonizar y esperar a la armonización podía haber sido la solución a muchos de los citados problemas que se plantean, aunque no a todos, ya que pensamos, siguiendo a MICHAEL FAURE, que una plena armonización de los Derechos penales nacionales no podría evitar ciertas divergencias en la aplicación de un cuerpo legal¹⁰³ (téngase en cuenta que

puede pretenderse que dicho reconocimiento «no requiera en algún caso una previa armonización o aproximación de legislaciones»; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *op. cit.*, pp. 1.608 – 1.610; MERINO HERRERA, J. Y QUINTANAR DÍEZ, M., «Consideraciones sobre la funcionalidad de la orden de detención europea en la lucha contra la delincuencia terrorista», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 89, 2006, p. 113. En igual sentido parecen pronunciarse estos dos autores, al entender que el principio de reconocimiento puede presentar problemas en la práctica derivados, entre otros motivos, de «la heterogeneidad de autoridades judiciales y de legislaciones, en particular, por lo que se refiere al Derecho penal material, procesal y de garantías de los inculcados, víctimas y terceros»; dificultades que precisamente se presentan en menor medida en el ámbito del terrorismo por existir una «mayor aproximación u homogeneidad en los sistemas jurídicos en cuanto a su represión y prevención». Por el contrario, otros defienden que no es necesario para la efectividad del principio de reconocimiento mutuo la armonización de las legislaciones nacionales penales: es el caso, p. ej., de la Magistrada LÜBBE-WOLF, que así refleja entenderlo en su voto particular emitido en la Sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional alemán, al partir de la imposibilidad de lograr una unificación de tal derecho (vid. SERRANO MASIP, M., «Fractura en la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: análisis de La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, Sala Segunda, de 18 de julio de 2005, acerca de la ley sobre la Orden de Detención Europea», en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 4, 2006, disponible en [www. Westlaw.com](http://www.Westlaw.com), consultada en julio de 2006, p. 14).

¹⁰² En la *Comunicación relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal* (COM (2000) 495 final, de 26 de julio de 2000, disponible en [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000_0495es01.pdf#search=%22%20com%20\(2000\)%20495%20final%22](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000_0495es01.pdf#search=%22%20com%20(2000)%20495%20final%22), consultada en septiembre de 2006) la propia Comisión, además de reconocer que (aunque no siempre) en la mayoría de casos el reconocimiento mutuo suele ir acompañado de una aproximación de legislaciones en aras de facilitar la aceptación de los resultados obtenidos en otro Estado (p. 5), en la p. 17 indica que partiendo de que el Consejo Europeo, con base en la citada Conclusión 37, admite «que el reconocimiento mutuo no puede reemplazar enteramente la aproximación de ordenamientos, sino que los dos deberían ir juntos», se refiere a los concretos aspectos de Derecho procesal que requieren normas mínimas comunes. Aunque en tal Comunicación la Comisión no se pronuncie sobre una necesaria armonización del Derecho penal sustantivo al tratar la cooperación judicial penal (en la medida en que afirma que «el reconocimiento mutuo puede hacer innecesaria la normalización hasta cierto punto» –p. 5–), sí lo hace posteriormente, p. ej., en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros (COM (2005) 195 final, de 19 de mayo de 2005; disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0195es01.pdf, consultada en septiembre de 2006), en la que, tras afirmar que «El fortalecimiento de la confianza mutua es la clave del buen funcionamiento del RM» y contemplar como una forma de conseguir dicho fortalecimiento las medidas legislativas de armonización en la medida en que podrían solucionar en parte muchas de las dificultades que se han manifestado en la aplicación de la ODE (p. 6), alude a la conveniencia de proseguir la aproximación del Derecho sustantivo penal a fin de remediar en la medida de lo posible «las posibles dificultades encontradas» «en el funcionamiento del mecanismo de la lista positiva de infracciones».

¹⁰³ ESTRADA CUADRAS, A., «Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», en *InDret*, abril de 2006, disponible en http://www.indret.com/pdf/341_es.pdf, consultada en septiembre de 2006, p. 12.

armonizar no equivale a uniformizar: ésta última implica, a diferencia de aquélla, una total igualdad).

Pero si acontecimientos como los fatídicos atentados del 11-S hacían imprescindible elaborar rápidamente un procedimiento más ágil de lucha contra la delincuencia¹⁰⁴, otras podían haber sido las soluciones para evitar o, por lo menos, atenuar los mencionados problemas de legalidad y aplicación práctica.

En primer lugar, nos parece que la solución de la lista negativa prevista por la Propuesta habría sido la más adecuada y respetuosa de la legalidad al concretar los propios Estados y no quedar en manos de los jueces los delitos por los que no cabe la ODE al atacar contra su orden público. Al igual que nos parece mucho más adecuada la terminología de esta última en lo que se refiere a la entrega de nacionales (que sólo puede denegarse atendiendo al principio de reinserción), tal y como ya quedó apuntado. Lo que, entre otras cosas, ha llevado a autores como CASTILLEJO MANZANARES a considerar que la DM (en realidad, la aludida autora se refiere a la Segunda Propuesta de la Comisión, pero como aquélla es una fiel reproducción de ésta la afirmación es perfectamente aplicable) «*ha supuesto una vuelta atrás en el paso agigantado que en un primer momento trató de dar la Comisión*»¹⁰⁵.

Asimismo, el principio de legalidad podría haberse salvaguardado definiendo los elementos esenciales de todos y cada uno de los tipos penales contenidos en la lista a efectos de la DM. En tal sentido, lo conveniente habría sido que los definiera la propia DM; pero la legalidad se hubiera respetado igualmente si nuestro legislador¹⁰⁶ y el resto de legisladores hubieran aportado una definición de los mismos en las respectivas leyes de transposición. En esta línea de consideraciones y siguiendo a FONSECA MORILLO, partiendo de la conveniencia de la supresión de la doble incriminación, también entendemos conveniente redactar un documento en el que cada Estado miembro enumerara los delitos que según su propio ordenamiento jurídico entran en las calificaciones de los delitos contenidos en la lista de la DM¹⁰⁷.

En este sentido, podría haber resultado muy relevante el informe que la Comisión debía haber presentado como muy tarde el 31 de diciembre de 2004 en cumplimiento del art. 34.3 de la DM y que presentó el 23 de febrero del año siguiente. Lo que ocurre es que, teniendo en cuenta el retraso inicial innegable de la ODE y su escasa experiencia, la evaluación que podía realizar dicho informe era insuficiente (además, téngase en cuenta que en el momento de elaborarse aún quedaba Italia por transponer a su ordenamiento la DM; de ahí

¹⁰⁴ SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., op. cit., p. 484. El citado autor señala que «*la construcción de un espacio común europeo de seguridad y justicia llevó a acelerar, tras los acontecimientos del 11 de septiembre, la armonización de los diversos sistemas penales y judiciales de los Estados miembros de la Unión*»; MERINO HERRERA, J. y QUINTANAR DÍEZ, M., op. cit., p. 115.

¹⁰⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., «La propuesta de Decisión Marco sobre la orden europea de detención», *Boletín de Legislación El Derecho*, núm. 235, 1 de julio de 2002, disponible en www.elderecho.com, consultada en agosto de 2006, (p. 2).

¹⁰⁶ LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La orden...», op. cit., p. 30.

¹⁰⁷ FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., p. 89.

precisamente la elaboración de una versión revisada del primer informe idéntica al primero pero incluyendo a Italia una vez transpuesta la DM). Se entiende, pues, que dicho informe necesite «renovarse, en particular, sobre la base de la recepción de una información más sistemática», que la Comisión se reserve, a este respecto, «la posibilidad de presentar propuestas destinadas a modificar la DM (art. 34,3) a la luz de una experiencia más amplia»¹⁰⁸ y que la Comisión debía haber elaborado (aunque a día de hoy aún no lo haya hecho) un segundo informe a más tardar en junio de 2006¹⁰⁹. Habrá que estar, pues, a futuros informes y propuestas de la Comisión,

No obstante, también hay que decir que, aun optando por alguna de las soluciones anteriores, si bien el principio de legalidad podría quedar garantizado teóricamente y podrían evitarse muchos problemas de aplicación de la DM, lo cierto es que en la práctica la eficacia de la DM quedaría igualmente mermada, atendiendo al instrumento de regulación elegido y utilizado para regular la ODE (la DM). Y es que, como sabemos, pese al gran avance que ha supuesto en cuanto a la eficacia de dicha figura la Sentencia del T JCE de 16 de junio de 2005 dictada en el conocido y polémico caso Pupino¹¹⁰ (que, en último término, atribuye eficacia directa a las DM mediante el argumento de «interpretación conforme»), dicha figura sigue presentando, entre otros, el gran inconveniente de que las Leyes que la trasponen no pueden ser controladas por el T JCE, salvo disposición expresa al respecto por parte de los Estados miembros de conformidad con el art. 35 del TUE (en cuyo caso, podría pronunciarse sobre la validez e interpretación de la misma y de sus normas de implementación), lo que ha llevado a numerosas transposiciones incorrectas de la DM, con su consiguiente pérdida de eficacia¹¹¹.

Precisamente el propio Parlamento Europeo ha expresado su pesar porque tanto él mismo en la adopción de la ODE como el T JCE en el control de la aplicación de la misma vean limitadas sus posibilidades de acción por el hecho de que se trate de un instrumento del tercer pilar¹¹². De ahí que el propio Parlamento Europeo haya recomendado al Consejo, entre otras cosas, «que se cerciore de que en la transposición de la DM los Estados miembros no vuelvan a

¹⁰⁸ Pp. 7 (versión antigua) y 8 (versión revisada) del Informe de la Comisión citado basado en el art. 34.3. *Vid. supra*, nota 12.

¹⁰⁹ P. 2 de la versión revisada del Informe de la Comisión citado. *Vid. supra*, nota 113.

¹¹⁰ C-105/03, DO C núm. 193 de 6 de agosto de 2005, p. 3 y ss., disponible en <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>, consultada en septiembre de 2006. Un estudio completo del caso puede encontrarse en DANIEL SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las decisiones marco», disponible en www.rei.org, consultada en agosto de 2006.

¹¹¹ El citado informe de la Comisión (versiones antigua y actualizada) elaborado sobre la base del art. 34.3 de la DM hace referencia a las concretas deficiencias observadas en la transposición de la DM y concluye recordando que no se deben perder de vista «los esfuerzos que algunos Estados miembros deben realizar para ajustarse plenamente a la DM (en particular, CZ, DK, EE, IE, IT, LU, MT, NL, SI, UK)», (p. 7). *Vid. supra*, nota 113.

¹¹² Considerando N del citado Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la evaluación de la Orden de Detención Europea, p. 5. *Vid supra*, nota 27.

introducir el control sistemático de la doble incriminación para sus ciudadanos, pues que esto reduce la eficacia de la orden de detención europea y deteriora el principio de confianza mutua entre los Estados miembros» y «velar por que ninguna autoridad política pueda inmiscuirse en los procedimientos previstos por el sistema de la ODE, porque si actuara de otro modo crearía problemas para el procedimiento de extradición», ello «considerando la voluntad manifiesta de varios Estados miembros de mantener los elementos del sistema tradicional de extradición (control de casos de doble incriminación, intervención del poder político en el procedimiento judicial), o la de incluir motivos de denegación adicionales contrarios a la DM 2002/584/JAI, entre ellos motivos políticos o de seguridad nacional, o razones que tienen que ver con el respeto de derechos fundamentales»¹¹³.

Así las cosas, podríamos pensar que la solución más apropiada habría sido la de optar por la figura del Reglamento, de efecto directo y directamente aplicable en los Estados miembros. Ello de momento no parece viable, puesto que nos movemos en el ámbito del tercer pilar y no se contempla como instrumento jurídico. Pese a ello y, aun considerando tanto el «no» francés y holandés y las reticencias que siguen mostrando los Estados en la cesión de soberanía en los asuntos penales¹¹⁴, concluimos el presente trabajo siendo optimistas y esperando con entusiasmo la elaboración de una nueva y sólida propuesta de Constitución Europea que, sin introducir modificaciones sustanciales, contemple una armonización del Derecho penal vía dos instrumentos sin duda mucho más eficaces, diferentes según el objeto de la misma sea material o procesal: en el primer caso, de acuerdo con el art. III 271¹¹⁵, aps. 10 y 20¹¹⁶, tal armonización tendría lugar

¹¹³ Recomendaciones b) y c) y Considerando E del Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la evaluación de la Orden de Detención Europea citado, pp. 6 y 4, respectivamente. Vid. *supra*, nota 116.

¹¹⁴ «1. Se podrán establecer mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de carácter particularmente grave y con una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

¹ Según la evolución de la delincuencia, el Consejo de Ministros podrá adoptar una decisión europea que determine otros ámbitos delictivos que correspondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Cuando la aproximación de normas de Derecho penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrán establecer mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate.

Sin perjuicio del artículo III-165, dichas leyes marco se adoptarán por el mismo procedimiento empleado para la adopción de las medidas de armonización previstas en el párrafo anterior.

¹¹⁵ «3. La Ley europea mencionada en el ap. 1 establecerá el estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquellas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de las diligencias practicadas en el desempeño de sus funciones».

¹¹⁶ «1. Se podrán establecer mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de carácter particularmente grave y con una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

vía «*leyes marco europeas*» (se corresponden con las actuales Directivas); y en el segundo, conforme al art. 111274¹¹⁷, ap. 30¹¹⁸, se produciría mediante las «*leyes europeas*» (vienen a ser los actuales Reglamentos).

¹¹⁶ *Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.*

Según la evolución de la delincuencia, el Consejo de Ministros podrá adoptar una decisión europea que determine otros ámbitos delictivos que correspondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Cuando la aproximación de normas de Derecho penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrán establecer mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate.

Sin perjuicio del artículo 1/1-165, dichas leyes marco se adoptarán por el mismo procedimiento empleado para la adopción de las medidas de armonización previstas en el párrafo anterior»

¹¹⁷ Se corresponde con el art. 111-175 del Proyecto del Tratado.

¹¹⁸ «3. La Ley europea mencionada en el ap. 1 establecerá el estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquellas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de las diligencias practicadas en el desempeño de sus funciones».