

LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL EN LA DETENCIÓN Y ENTREGA DE PERSONAS: EL ESTATUTO DE ROMA Y LA ORDEN EUROPEA

Isabel LIROLA DELGADO*
Magdalena M^a MARTÍN MARTÍNEZ

I. INTRODUCCIÓN: LA REVITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS MECANISMOS DE ENTREGA DE PERSONAS

La cooperación internacional en materia penal ha venido experimentando desde principios de los años noventa un proceso de dinamización sin precedentes, ligado a una serie de factores de distinta índole. En primer término, destaca el fenómeno de creciente transnacionalización y globalización de la delincuencia, así como la aparición de nuevas dimensiones del terrorismo internacional. En segundo lugar, pero de manera igualmente importante, hay que referirse a la necesidad de luchar contra la impunidad y a la toma de conciencia de que la comisión de los más graves crímenes que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto en ningún caso debe quedar sin castigo.

Estos dos elementos han propiciado importantes transformaciones en la cooperación penal internacional que se relacionan, de una parte, con la constatación de la falta de eficacia de los mecanismos hasta ahora existentes, y de otra, con la voluntad de superar las restricciones que en esta materia ha venido imponiendo la soberanía, en tanto que reflejo del *ius puniendi* del Estado. La búsqueda de la efectividad y la superación del voluntarismo estatal han implicado la articulación de fórmulas renovadas de colaboración en la detención y entrega de personas en un escenario internacional global y com-

* La contribución de esta coautora se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Repercusiones para España de las nuevas dinámicas e instrumentos de cooperación internacional en materia penal (BJU 2001-3202), subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

plejo, que tiene como telón de fondo el constante aumento de las desigualdades económicas y la impugnación violenta de las estructuras de poder establecidas, tal y como evidenciaron los atentados terroristas del 11-S y 11-M y sus repercusiones posteriores¹.

En todo caso, hay que poner de relieve que esta revitalización de la cooperación penal internacional se ha suscitado principalmente en contextos distintos a los tradicionales. Así, frente a una *aproximación horizontal clásica*, que se corresponde con la cooperación entre Estados, sustentada en la voluntariedad y en la que la reciprocidad juega un papel clave, posteriormente ha aparecido lo que se ha calificado como *aproximación vertical de la cooperación*. Ligada a la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, esta segunda aproximación se asienta en el reconocimiento de bienes jurídicos propios de la Comunidad Internacional, razón por la cual la cooperación estatal, además de obligatoria, deviene un imperativo funcional ante la carencia de medios policiales y penitenciarios de los que adolecen estos Tribunales².

Junto a estas dos aproximaciones, consideramos que en la actualidad podría apuntarse una tercera *aproximación mixta de la cooperación penal internacional*, con elementos procedentes de los dos modelos anteriores, que mantendría su base consensual, pero en la que se acentúa la protección de valores

1. En su Declaración ante la Asamblea General de 23 de septiembre de 2003, el Secretario General de las Naciones Unidas, Koffi Annan, se refirió, junto con el peligro que plantean para la paz y la seguridad mundiales las nuevas formas de terrorismo y la proliferación de armas de destrucción en masa, a las denominadas “amenazas no armadas”, tales como la persistencia de la pobreza extrema o la disparidad de ingresos entre sociedades. Vid. <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/ga/58/sgmessageAG.htm>.

2. Como señala SWART, B.: el TPI para la ex Yugoslavia en el asunto “Prosecutor v. Timohir Blaskic” (caso nº IT-95-14, sentencia de 29 de octubre de 1997, Sala de Apelaciones, párr. 47 y 54) se había referido a que la cooperación en materia penal entre Estados estaba basada en una relación “horizontal”, en tanto que la desarrollada con este Tribunal era “vertical” (“International Cooperation and Judicial Assistance. General Problems” en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J. R. W. D.: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2002, p. 1590). Esta diferenciación ha sido posteriormente incorporada por la doctrina (entre otros, CASSESE, A.: “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *EJIL*, 1999, pp.164-165 y *International Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2003, especialmente pp. 5 y ss.; MASSÉ, M.: “Une nouvelle dimension de la coopération judiciaire en matière pénale: la coopération ‘vertical’”, *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 2002, pp. 884-891; y SWART, B./SLUITER, G.: “The International Criminal Court and International Criminal Cooperation”, en *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, La Haya, TMC Asser Press, 1999, pp. 98-101).

de la Comunidad Internacional en su conjunto. En esta aproximación mixta se ubicaría la cooperación con la Corte Penal Internacional y la cooperación policial y judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea³.

Como es bien sabido, la aproximación horizontal de la cooperación penal internacional se ha edificado tradicionalmente sobre la institución de la extradición. Sin embargo, pese a su versatilidad y flexibilidad, la extradición se revela hoy insuficiente para satisfacer todas las necesidades actuales de cooperación, lo que ha motivado su sustitución progresiva por procedimientos simplificados de detención y entrega de personas que habían sido ya adelantados en algunos convenios bilaterales, pero que han cristalizado sobre todo en el Estatuto de Roma de Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 (de aquí en adelante ER) y en la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (de aquí en adelante DM)⁴.

De hecho la extradición, calificada gráficamente por Rodríguez Carrión como el “buque insignia de la cooperación de los Estados en materia penal”⁵, ha experimentado transformaciones formales y sustantivas. La misma sustitución del término “extradición” por el de “entrega” estaría reflejando, más allá de problemas terminológicos e incluso constitucionales, las transformaciones operadas en los principios básicos que han conformado el régimen jurídico de esta institución, hasta el punto de propugnar incluso su desaparición⁶.

3. En esta misma línea BUENO ARUS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: apuntan que desde finales del siglo XX han comenzado a aparecer “sistemas de cooperación internacional que, respondiendo a los mismos objetivos de la extradición, utilizan un dispositivo orgánico y procesal diferente, acelerando y simplificando el resultado de la entrega de la persona reclamada”, que operan con el tráfico de drogas en alta mar, con la entrega de tribunales penales internacionales, y con la orden europea de detención y entrega, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, pp. 228 y ss.

4. DOUE, L 190, de 18.7.2002, pp. 1-18. Sobre el proceso de adopción de la DM, ver, entre otros, URREA CORRES, M.: “La orden europea de detención, captura y entrega”, *REDI*, 2001, 1-2, vol. LII, pp. 707-711 y RODRÍGUEZ BENOT, A.: “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”, *REDI*, 2002-2, vol. LIV, pp. 1053-1058.

5. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 8 ed., p. 403.

6. Sobre esta cuestión y de entre una muy abundante bibliografía, vid., entre otros, FUNGAIRO BRINGAS, E.: “La evolución de la extradición como instrumento de cooperación jurídica internacional”, *Revista Galega de Administración Pública*, nº 25, 2000, pp. 16-26; GILBERT, G.: *Transnational Fugitive Offenders in International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, p. 70 y ss.; VILARIÑO PINTOS, E.: “La extradición: Régimen Jurídico y práctica internacional”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial del País Vasco, 1984, pp. 103-137; y más recién-

En el presente, las tres aproximaciones de la cooperación penal internacional conviven y se superponen, lo que explica la oportunidad de plantearse si los nuevos procedimientos de detención y entrega de personas previstos a nivel universal en el Estatuto de Roma, y a nivel europeo en la Decisión Marco, suponen una evolución o una ruptura en los mecanismos hasta ahora existentes, en particular respecto de la extradición. Este es el primer objetivo declarado del presente trabajo.

Además, teniendo en cuenta que todos los Estados miembros de la Unión Europea son parte en el Estatuto de Roma, el segundo objetivo del trabajo consiste en analizar comparativamente los dos instrumentos para evidenciar las posibles interrelaciones existentes entre ambos, ya que aunque su ámbito y procedimiento de elaboración varían sustancialmente, los dos comparten un mismo objetivo: facilitar la detención y entrega de personas. En el caso del ER, este propósito se enmarca en el particular sistema de relaciones de cooperación y asistencia judicial internacional que se establece entre los Estados Partes y la CPI⁷. En cuanto a la DM, la orden europea se presenta aparentemente como la fase final del largo proceso evolutivo experimentado por la extradición en el contexto de los Estados miembros de la UE⁸.

temente, LÓPEZ ORTEGA, J. J.: “El futuro de la extradición en Europa”, en CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *Derecho Extradicional*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 302-365. Como apunta este autor, en la raíz de los cambios experimentados por el régimen de la extradición se encuentra el hecho de que los principios extradicionales no tienen todos la misma importancia, distinguiéndose entre los que, al vincularse a la protección de los derechos del reclamado “son totalmente indisponibles”, de los que “permiten a los Estados nacionales un amplio margen de apreciación, en la medida en que sólo constituyen la expresión del ejercicio de su propia soberanía”, (*ibidem*, p. 306).

7. Vid., entre otros, CIAMPI, A.: “The Obligation to cooperate”, *The Rome Statute... op.cit.*, pp. 1607-1638 y KRESS, C./ PROST, K./SCHLUNK, A./WILLKITZKI, P.: “Preliminary Remarks”, en TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 1040-1050.

8. El art. 31, p.1 de la DM señala que sus disposiciones sustituyen en las relaciones entre los Estados miembros a las correspondientes del Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957; del Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, de 26 de mayo de 1989; del Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 10 de marzo de 1995; del Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996 y del Capítulo IV del Título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990. (Todos estos instrumentos pueden consultarse en PUEYO LOSA, J.; PONTE IGLESIAS, M. T. (coords.): *Derecho Internacional Público. Organización Internacional. Unión Europea. Recopilación de Instrumentos Jurídicos Fundamentales*, Santiago de Compostela, 1999, 2ª ed. (en la 3ª ed., 2002 figura el texto de la DM). Por lo que se refiere a las relaciones entre la DM y estos Convenios, vid. LAUGIER-DES-

La metodología empleada para satisfacer estos dos objetivos consiste en destacar, desde una perspectiva crítica, las principales cuestiones de Derecho Internacional que a nuestro juicio suscita la regulación contenida tanto en el ER como en la DM. Con tal fin, tras la introducción se abordan los problemas terminológicos y conceptuales relativos a la entrega de personas (II). Posteriormente se analiza la intervención de diferentes órganos en la emisión y ejecución de las órdenes de detención y entrega (III). A continuación se estudian los tipos penales contemplados en dichas órdenes (IV), así como los derechos y garantías procesales de las personas reclamadas (V). Por último, se examinan las causas de denegación de la entrega (VI), y las reglas a aplicar en caso de concurrencia de solicitudes (VII), para terminar con unas reflexiones finales a modo de conclusión (VIII).

En todos estos epígrafes se ha intentado combinar el análisis teórico-dogmático con la dimensión práctica que se deriva de la aplicación del ER y de la DM. Para ello, se ha tomado como punto de referencia principal la práctica española resultante de las respectivas leyes de transposición, así como los

LANDES, S.: "Les incidences de la création du mandat d'arrêt européen sur les conventions d'extradition", *AFDI*, XLVIII, 2002, pp. 695-714 y la "Propuesta de posición común del Consejo relativa a la notificación al Consejo de Europa, en aplicación del apartado 3 del art. 28 del Convenio de extradición de 1957, de la aplicación por parte de los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, de la orden de detención europea", COM (2003) 253. Por otra parte, el art. 31, p.2 de la DM permite que los Estados miembros puedan seguir aplicando los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales en vigor en el momento de la adopción de la DM que vayan más allá de los objetivos de ésta y contribuyan a simplificar o facilitar más los procedimientos de entrega de personas. En particular, por lo que concierne a España, hay que tener en cuenta el Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la persecución de delitos graves mediante la superación de la extradición en un espacio de justicia común, de 28 de noviembre de 2000 (*BOCG*, Serie A, nº 150 de 20.4.2001) y el Tratado entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, relativo a la entrega judicial acelerada para delitos graves en un espacio común de justicia, de 23 de noviembre de 2001 (*BOCG*, Serie A, nº 313 de 7.6.2002) que habían sido adoptados pero no ratificados cuando se adoptó la DM (Sobre esta cuestión, vid. BUENO ARUS/DE MIGUEL ZARAGOZA: *op.cit.*, pp. 243-244). Desde una perspectiva doctrinal, con carácter general, CORSTENS. G./PRADEL, J.: *European Criminal Law*, The Hague, Kluwer, 2002, pp. 41 y ss.; y en relación con los Convenios concluidos en el marco de la Unión Europea, MAKAREL, M./NASH, S.: "Extradition and the European Union", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 948-957; VARGAS MACÍAS, M. T.: "Extradición y Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 199/200, Agosto/Septiembre de 2001, pp. 37-43; VERMEULEN, G./VANDER BEKEN, T.: "New Conventions on Extradition in the European Union: Analysis and Evaluation", *Dickinson Journal of International Law*, vol. 15, 1997, pp. 265-300; VILARINO PINTOS, E.: "La extradición entre los Estados de la Unión Europea", *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*, Universidad Carlos III-BOE, 1998, pp. 545-577.

problemas que su ejecución puede suscitar en nuestro ordenamiento jurídico⁹, teniendo en cuenta que, en todo caso, todavía nos encontramos en la fase inicial de aplicación de ambos instrumentos.

En ese sentido, desde que el ER de la CPI entró en vigor, el 1 de julio de 2003¹⁰, la oficina del Fiscal ha recibido más de quinientas denuncias, de las que tras realizar un examen preliminar, ha considerado que hasta el momento solo dos merecen que se inicie una investigación formal. La primera tiene que ver con la remisión de una situación por un Estado Parte, Uganda, sobre la presunta comisión de crímenes de guerra y lesa humanidad por un grupo guerrillero autodenominado “Ejército de Liberación del Señor”. La segunda denuncia aceptada por el Fiscal, también remitida por un Estado Parte, se refiere a los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en la región de Ituri (República Democrática del Congo)¹¹.

Respecto a la DM, su aplicación general para todos los Estados miembros estaba inicialmente prevista para el 1 de enero de 2004¹². Con posteriori-

9. Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, *BOE* N° 296 de 11.12.2003 y Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, *BOE* N° 65 de 17.3.2003.

10. En relación a la CPI, existe una lista actualizada de las legislaciones nacionales de implementación o leyes de cooperación que puede consultarse en: <http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/legislationdebates.html>.

11. La remisión de la situación al Fiscal por el Estado ugandés tuvo lugar en diciembre de 2003, y consistía en la atribución al Ejército de Liberación del Señor” (LAR en siglas inglesas), de la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en el norte del país. Sobre esta denuncia y la subsiguiente primera investigación formal ver la nota de prensa en <http://www.icc-cpi.int/php/news/latest.php>, así como el discurso pronunciado por el Fiscal ante el Cuerpo Diplomático Acreditado en La Haya el 12 de febrero de 2004 (<http://www.icc-cpi.int/otp>). Por lo que se refiere al caso del Congo, remitido por el presidente de la RDC en abril de 2004, el propio Fiscal ha señalado que, salvo que se cuente con el apoyo de fuerzas nacionales o internacionales, será necesario recurrir a la cooperación internacional para proceder a la detención y entrega de los supuestos autores (“Report of the Prosecutor of the ICC, Mr Luis Moreno-Ocampo to the Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, 8 september 2003” disponible en la dirección http://www.icc-cpi.int/otp/030909_prosecutor_speech.pdf). Para llevar a cabo las investigaciones pertinentes se ha procedido a nombrar a Serge Barmmerzt como Fiscal Adjunto, quien encabeza la División de Investigaciones y ha iniciado ya el análisis preliminar de la situación en Ituri.

12. Sin embargo con ocasión del Consejo informal JAI de 14/15.2.2002, la Presidencia española introdujo una declaración firmada por Reino Unido, Alemania, Bélgica, Portugal y Luxemburgo, conforme a la cual estos seis Estados se comprometían a anticipar su aplicación a partir del 1.4.2003. Superada la fecha prevista del 1.1.2004, sólo Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Finlandia, España, Suecia, Portugal y el Reino Unido habían adoptado las correspondientes normas de transposición. Para un seguimiento de los Estados miembros a los que es aplicable la orden europea (en junio de 2004 eran todos salvo Italia, Grecia y Alemania) así como las notificaciones y le-

ridad se acordó permitir una dilación hasta mayo de 2004, para hacerla coincidir con la entrada efectiva de los diez nuevos miembros, todo ello sin perjuicio de su utilización por aquellos Estados que hubieran cumplido con la obligación de transposición en los plazos inicialmente previstos¹³. En este ínterin, los atentados del 11-M en Madrid han reactivado la puesta en marcha de la orden europea, tal y como se desprende de los acuerdos adoptados por el Consejo Europeo en los que expresamente se insta a los Estados a que adopten las medidas necesarias para acelerar la aplicación completa e inmediata de la DM¹⁴, por lo que desde esta fecha el recurso a la orden europea se ha multiplicado, dando lugar a una práctica de cierta entidad¹⁵.

II. PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS Y CONCEPTUALES RELATIVOS A LA ENTREGA DE PERSONAS

Ante todo, es preciso aclarar la razón por la que tanto el Estatuto de Roma como la Decisión Marco recurren a la expresión “detención y entrega”. De hecho, en la utilización de esta terminología ha existido una voluntad clara

gislación aplicable, puede consultarse la dirección <http://www.mju.es/euroorden/estados>. Constatar también que en noviembre de 2003 la Comisión impulsó, junto a representantes de los Gobiernos de Alemania, Francia, Portugal, Reino Unido y España, la aprobación en el futuro inmediato de un conjunto de reglas prácticas comunes, denominadas “Protocolo de Toledo”, para la implantación de la orden europea.

13. Este hecho explica que hasta esa fecha, en España se hubieran tramitado en torno a veinte peticiones de entrega, entre las que destaca, por su valor como precedente, el auto de la Audiencia Nacional de fecha 10.2.2004, que transformó una petición de extradición en una orden europea gracias al carácter transnacional de los hechos (nacional inglés requerido por Finlandia a España por un delito de estafa) y a las facilidades del formulario tipo anexo a la orden europea (el tenor literal de este Auto puede consultarse en *Diario de Derecho* de 23.2.2004 en la dirección <http://www.iustel.com/noticias>).

14. En concreto, en la Declaración sobre la lucha contra el terrorismo, adoptada en Bruselas el 25 de marzo de 2004, el Consejo Europeo ordena que todas las medidas de aplicación de la DM deberán haberse completado “en junio de 2004 a más tardar”.

15. Respecto a la práctica española, aunque es difícil realizar un seguimiento de las órdenes europeas hasta ahora ejecutadas, de conformidad con las informaciones obtenidas por diferentes medios de comunicación, la mayoría de las peticiones de entrega se refieren a delitos comunes graves, cuyas penas giran en torno a los nueve años, y que son resueltas en aproximadamente 60 días. De hecho, algún periódico incluso ha llegado a hablar de “un intenso tráfico de órdenes europeas entre España y Francia en los tres meses escasos que lleva en vigor. Hay semanas en que llegan a ser decenas” (*El País*, miércoles 2 junio 2004).

de apartarse del concepto de “extradición”¹⁶, que en ambos casos responde a razones particulares ligadas al marco o contexto en el que se han adoptado estos dos instrumentos.

En el caso del ER, la elección del término entrega responde a la intención de subrayar el carácter *sui generis* de la cooperación internacional en él contemplada, poniendo de manifiesto que ésta excede el ámbito de las relaciones interestatales y que ha de entenderse en el marco del principio de complementariedad que regula las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la CPI. En este contexto, el término “entrega” sirve para destacar la singularidad de la transferencia del *ius puniendi* sobre un individuo desde el ámbito estatal a la jurisdicción penal de la CPI, así como para salvar impedimentos de tipo constitucional, ligados a la prohibición de entrega de nacionales¹⁷.

En el caso de la DM, su inclusión se debe a la voluntad expresa de “dar lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros” y de sustituirla por lo que se califica de “un nuevo sistema simplificado de entrega de personas”, basado en un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal que tiene su fundamento en un principio de reconocimiento mutuo con el que se ha pretendido romper con el régimen jurídico hasta ahora existente en el ámbito europeo¹⁸.

Sin embargo, cabe preguntarse si la entrega de personas prevista en el ER y la DM es en realidad algo distinto de la extradición en lo que se refiere a su concepto y objeto¹⁹.

Centrándonos en primer lugar en el *concepto*, la entrega a la CPI hay que relacionarla con la “orden de detención u orden de comparecencia” que la Sala de Cuestiones Preliminares puede dictar, a instancias del Fiscal, contra una persona en cualquier momento después de iniciada la investigación, puesto que sobre la base de dicha orden podrá solicitarse la detención provisional

16. Esta intención se pone claramente de manifiesto en el art. 102 del ER que, a efectos del Estatuto, entiende por “entrega”, “la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto” y por “extradición”, “la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno”.

17. Vid. KNOOPS, G. A.: *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2002, pp. 12 y SWART: “Arrest and Surrender” en *The Rome Statute...op.cit.*, p. 1679.

18. Tal como se recoge en los “Considerandos” 5, 6, y 7 de la DM. En este sentido, FONSECA MORILLO, F.: “La orden de detención y entrega europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 14, Año 7, Enero/Abril 2003, p. 70.

19. Para una definición de extradición, ver entre otros, BELLIDO PENADÉS, R.: *La extradición en Derecho Español (Normativa interna y convencional. Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 26, 28, 45 y 49.

o la detención y entrega a la Corte²⁰. La solicitud se transmitirá a todos los Estados en cuyo territorio pudiera hallarse la persona buscada, correspondiendo la decisión sobre la entrega a la autoridad judicial competente del Estado de detención, ante la cual el detenido será llevado sin demora²¹.

En consecuencia, en el marco del ER la solicitud de detención y entrega surtirá los mismos efectos que una petición de extradición, pero con dos notas propias: 1) el procedimiento no entraña decisiones políticas, puesto que la solicitud de detención y entrega es una resolución judicial que la CPI dirige al Estado o Estados en los que pueda encontrarse la persona buscada, cuya ejecución corresponde a la autoridad judicial nacional competente de dicho Estado²² y, 2) es un procedimiento unidireccional y vertical, en tanto que sólo se plantea a favor de la CPI.

En el caso de la DM la cuestión es mucho más sencilla, en la medida en que la *orden de detención europea* viene expresamente definida como “una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada”, cuya ejecución corresponde “a la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente para ejecutar la orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado”²³. La orden de detención europea tiene por tanto los mismos

20. El ER no trata de forma conjunta todas las cuestiones relativas a la entrega de personas, así la “Entrega de personas a la Corte” está regulada en el art. 89 (Parte IX, “De la cooperación internacional y la asistencia judicial”, arts. 86 a 102), mientras que la “Orden de detención u orden de comparecencia”, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares y que sirve de base a la solicitud de detención y entrega se encuentra regulada en el art. 58 (Parte V, “De la investigación y el enjuiciamiento”, arts. 53 a 61), en cuyo párrafo 5 se establece la conexión entre la orden de detención y la detención provisional o la detención y entrega de la persona. En este sentido, la *orden de detención* está destinada a: asegurar que la persona comparezca en juicio; o que no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o, en su caso, impedir que siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias (Art. 58.1 b). Por el contrario, la *orden de comparecencia* se dictará cuando la Sala de Cuestiones Preliminares considere que es suficiente para asegurar la comparecencia efectiva de la persona buscada (Art. 58.7).

21. Arts. 89.1 y 59, p. 2 del ER. Según la Regla 176.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la transmisión de las órdenes se hará a través del Secretario de la CPI.

22. Tal y como comprobaremos posteriormente, y de acuerdo con la remisión que hace el art. 89.1 *in fine* del ER al procedimiento establecido en el Derecho interno, puede suceder que éste haya previsto la intervención de una autoridad central de carácter gubernativo que auxilie a las autoridades judiciales.

23. Arts. 1.1 y 6.2 de la DM. En cada Estado miembro puede haber también una autoridad central que auxilie a las autoridades judiciales, cuando debido a la organización del ordenamiento jurídico interno sea necesario confiar a la autoridad o auto-

efectos que una solicitud de extradición, máxime teniendo en cuenta que, a diferencia del ER, se plantea en el marco de un procedimiento marcadamente judicial y de carácter bi-direccional y horizontal, puesto que solo tiene lugar entre Estados miembros de la UE.

Las consideraciones anteriores deben completarse con el examen del *objeto* de los procedimientos de detención y entrega.

Respecto al ER podría pensarse que las solicitudes de detención y entrega solo contemplan la posibilidad de que la persona buscada sea puesta a disposición de la CPI a efectos de su enjuiciamiento, aspecto de indudable trascendencia en atención a la prohibición de los juicios *in absentia*. Sin embargo, junto a las solicitudes de detención y entrega dictadas por la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la base de una orden de detención²⁴, cabe también una solicitud de detención y entrega del “condenado”, hipótesis que se corresponde con la previsión de que la CPI pueda pedir la entrega de una persona sobre la cual ya exista una “sentencia condenatoria”²⁵. Consecuentemente, en el ER, al igual que en la DM, la entrega puede tener por objeto tanto el enjuiciamiento de la persona como el cumplimiento de una sentencia condenatoria, lo que tendrá lugar en el establecimiento penitenciario de un Estado colaborador ya que, como hemos advertido, la CPI carece de un sistema penitenciario propio.

El mismo objeto tiene la orden de detención europea prevista en la DM, en la que se dice expresamente que su objetivo es “la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”²⁶.

Desde este punto de vista, puede concluirse que el objeto de la detención y entrega contemplada por el ER y la DM coincide a su vez con el de la extradición, pues todas se refieren a una misma realidad: la transferencia de una persona de una jurisdicción penal a otra, al objeto de enjuiciarla o de

ridades centrales la transmisión y recepción administrativa de las órdenes de detención europea, así como de toda correspondencia oficial relacionada con ellas.

24. Art. 91.2 del ER, en lo que se refiere a la solicitud de entrega de una persona respecto de la cual la Sala de Cuestiones Preliminares haya dictado una orden de detención.

25. Art. 91.3 del ER, en relación a la solicitud de detención y entrega del condenado. Esta hipótesis se refiere tanto a personas condenadas por la CPI y que se hubieran fugado del Estado de ejecución de la pena como a personas que se hallasen en libertad condicional a resultas de una apelación.

26. Art. 1 *in fine* de la DM.

ejecutar una pena ya impuesta, evitando así en casos de delitos graves la impunidad que pudiera derivarse del principio de territorialidad de la ley penal²⁷.

Frente a estas semejanzas cabe avanzar que los procedimientos de detención y entrega previstos tanto el ER como la DM se diferencian de la extradición en dos aspectos importantes. En primer lugar, en estos dos instrumentos se ha procedido a una concentración procesal de las fases de detención y entrega²⁸, aunque con las lógicas diferencias existentes por la unidireccionalidad de la entrega en el caso del ER y por el carácter horizontal del sistema de la DM²⁹. En segundo lugar, los nuevos procedimientos proclaman su intención de lograr una judicialización total de la entrega a efectos de la determinación de los criterios y del órgano encargado de decidir sobre su pertinencia, lo que implicará la supresión de las consideraciones de oportunidad política en la entrega.

III. LA EMISIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS ÓRDENES DE DETENCIÓN Y ENTREGA: ¿HACIA UNA JUDICIALIZACIÓN TOTAL DEL PROCEDIMIENTO?

El alcance real de la judicialización de los procedimientos de entrega previstos en el ER y la DM remite al análisis de la determinación y funciones de las autoridades de emisión y ejecución, así como a los procedimientos de transmisión de las órdenes de detención y entrega. Más allá de su dimensión procesal, estas cuestiones ponen de manifiesto la existencia de ciertas asimetrías en el grado de judicialización entre el ER y la DM, que encuentran su razón de ser en el mayor margen que el ER parece reconocer a la soberanía

27. Recordar de nuevo que en el caso del ER hay que matizar, como ya anticipamos, que la entrega no se produce entre Estados sino de un Estado a una jurisdicción penal internacional.

28. A propósito de la concentración procesal, los comentarios de GONZÁLEZ CANO, I.: "La ejecución condicionada del mandamiento de detención y entrega europeo", *UE Aranzadi*, n. 6. mayo 2003, p. 5 y ss.

29. Tal como se señala a propósito de la orden europea de detención por, entre otros, DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: "Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición", *Actualidad Penal-La ley*, 2003, Nº 4, 20-26 enero, p. 158 y VENNEMANN, N.: "The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications", *ZaöRV*, 2003, p. 108.

estatal, frente a la eliminación de toda intervención gubernativa a la que teóricamente responde la DM.

1. *La determinación de la autoridad de emisión en el ER: La discutible solución de la LO 18/2003**

En el ER, debido al carácter unidireccional de la entrega, la autoridad de emisión será la Sala de Cuestiones Preliminares que, previa solicitud del Fiscal, podrá dictar una orden de detención o de comparecencia³⁰. Ahora bien, el particular mecanismo de activación de la acción penal de la CPI contempla la posibilidad de que, entre los sujetos legitimados para promover una investigación, además de la propia Fiscalía *ex officio* y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se encuentre cualquiera de los Estados partes³¹, de ahí la importancia que reviste determinar a qué órgano se atribuye en el plano nacional la facultad de remitir una determinada situación al Fiscal de la CPI.

Por lo que concierne al caso de España, la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la CPI, ha atribuido en exclusiva al Gobierno la facultad de remitir al Fiscal una situación en la que pueda haberse cometido un crimen objeto de la competencia de la CPI en función de “las diversas variables de política exterior que deban ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior”³².

En este mismo orden de cosas, esta disposición ordena tanto al Ministerio Fiscal como a los órganos judiciales españoles abstenerse de proceder de oficio o a instancia de parte ante cualquier querrela o denuncia relativa a crímenes de la competencia de la CPI pero cometidos en otros Estados y “cuyos

* Cuadro Anexo 1

30. Art. 58.2 del ER.

31. Vid. los arts. 13.1 y 14 del ER. Sobre el derecho a la jurisdicción en el ER y los mecanismos de activación de la acción penal (“*trigger mechanisms*”), vid. nuestras observaciones en LIROLA, I. y MARTÍN, M.: *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 173-187.

32. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la CPI, que reproduce el Proyecto de Ley 121/000156 y art. 7.1. Vid. en este mismo sentido el comentario a esta disposición contenido en el “Informe preceptivo elaborado por el CGPJ al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional”, p. 13 (el texto completo puede encontrarse en el servidor oficial del CGPJ ya citado), en el que se dice literalmente que “la acción penal ante la Corte es una cuestión de política exterior del Estado y pertenece por tanto al ámbito de los actos políticos competencia del Gobierno”.

presuntos autores no sean nacionales españoles”. En este caso, la actuación de los mencionados órganos deberá limitarse a informar al querellante o denunciante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la CPI, aunque cabe acudir de nuevo a los “órganos correspondientes”, se supone que nacionales, si el Fiscal de la CPI ignorase o desestimase la denuncia³³.

Esta opción decididamente gubernativa, aun siendo perfectamente compatible con el ER, resulta en nuestra opinión altamente criticable, puesto que con ella parece cerrarse la posibilidad de que los órganos judiciales españoles actúen como denunciadores de la comisión de los más graves crímenes internacionales. Distintas razones pueden argumentarse en este sentido.

En un plano general o abstracto, la mención al concepto de “Política Exterior” y el recurso a la teoría de los “actos políticos”³⁴ para justificar la atribución en exclusiva al Gobierno de la facultad de activar el ejercicio de la acción penal ante la CPI es, cuanto menos, discutible. Sin negar que, de conformidad con el artículo 97 de la Constitución Española, al poder ejecutivo corresponde dirigir la acción exterior³⁵ no puede ignorarse que este modelo “gubernamental”, común en derecho comparado, plantea cuestiones relativas a la separación de poderes, y sobre todo, provoca objeciones en torno a la extensión de qué debe entenderse por “Política Exterior” por dos razones.

En primer lugar, es innegable la centralidad del poder ejecutivo en el proceso de creación de las normas internacionales pero no así en el de aplicación. Dicho de otra forma, la activación de la acción penal ante la CPI podría haberse enfocado no como un problema de “Política Exterior” y por tanto, de competencia exclusiva del Gobierno, sino como una cuestión de aplicación e interpretación de las normas internacionales por los órganos estatales, es decir, de aplicación por los jueces españoles de un tratado internacional, el ER, que satisface todos los requisitos exigidos por la Constitución. Tomando en consideración que nuestra jurisprudencia ha confirmado que los actos de

33. Art. 7, p.2 y 3 de la Ley 18/2003. Este apartado tercero no aparecía en el Proyecto de Ley, aunque concuerda con la práctica seguida, incluso antes de la publicación de la Ley de Cooperación con la CPI, por el magistrado de la Audiencia Nacional, Fernando Andreu, frente a la denuncia presentada por un grupo de particulares y ONGS contra el Jefe del Estado venezolano, Hugo Chávez, por la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad.

34. De hecho podría afirmarse que la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, si no ha suprimido del todo si que ha reducido al mínimo el concepto de “acto político”, ya que su art. 2 proclama el sometimiento de los actos del Gobierno al control jurisdiccional “*cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*” (la cursiva es nuestra).

35. Sobre este particular los comentarios de REMIRO BROTONS, A.: *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 15 y 17.

ejecución o aplicación de un tratado internacional no son “actos políticos”, la opción del legislador español parece entroncar con una concepción ideológica del Derecho y las Relaciones Internacionales en la que los gobiernos gozarían del monopolio exclusivo no solo de la creación, sino de la interpretación y aplicación de las normas internacionales. En suma, más allá de su indudable conformidad constitucional, la LO 18/2003 escondería una defensa a ultranza de lo que algún autor ha bautizado gráficamente como “el mercado único del Derecho”³⁶.

En segundo lugar, tampoco desde un punto de vista puramente técnico parece acertado calificar la facultad de recurrir a la CPI como un “acto político”. Si así fuera, deberían merecer idéntica calificación la decisión de solicitar la extradición activa y la de emitir una orden europea de detención y entrega, ya que las tres son actos de cooperación penal internacional con una base convencional. De esta manera se ha introducido un elemento que rompe la coherencia del sistema, porque mientras que la decisión de acudir a la CPI tiene un carácter gubernativo y discrecional, la solicitud de extradición activa y la emisión de la orden europea se configuran como actos judiciales reglados que *a priori* excluyen cualquier intervención del ejecutivo, sin que aparentemente existan razones que justifiquen este tratamiento diferenciado³⁷.

En todo caso, hay que poner de relieve que la decisión de atribuir exclusivamente al poder ejecutivo la facultad de acudir al Fiscal de la CPI no constituye una medida aislada, sino que vendría a sumarse a un conjunto de reformas legislativas, algunas todavía en curso, otras ya concluidas, con las que se estaría buscando un objetivo doble: evitar que en las nuevas modalidades de cooperación penal internacional el poder ejecutivo pierda protagonismo en beneficio del poder judicial, y frenar el creciente activismo judicial derivado de lo que podría calificarse como descubrimiento y utilización desmedida del Derecho Internacional por los jueces nacionales. En esta línea apuntaría, por ejemplo, la propuesta de modificación en sentido restrictivo del tenor del artículo 23 de la LOPJ, a la que no resulta ajena ni las reformas operadas en

36. La expresión es de REMIRO BROTONS, A.: Sobre los falsos peligros de la “judicialización” de la política exterior vid. las consideraciones finales de este autor en *El caso Pinochet, Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva de Política Exterior, Madrid, 1999.

37. A este propósito las observaciones de BUENO ARUS/DE MIGUEL ZARAGOZA: *op. cit.* p. 199, para quienes la teoría de los actos políticos puede reaparecer por una vía más peligrosa, consistente en distinguir entre “actos sujetos al Derecho Administrativo y otros que no lo están, por ejemplo sujetos al Derecho Constitucional o al Derecho Internacional, que, aunque contengan un tramo con elementos reglados, en otros tramos son discrecionales o regidos por principios de oportunidad”.

algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más próximo tendentes a limitar el alcance del principio de jurisdicción universal ni la jurisprudencia más reciente de la CIJ³⁸.

Ninguno de estos problemas se plantea a propósito de la DM, puesto que la orden europea podrá ser emitida por cualquier juez o tribunal, ya sea de primera o segunda instancia, de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea para solicitar a cualquier autoridad judicial de otro Estado miembro (autoridad de ejecución) la entrega de una persona, al objeto de realizar actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena³⁹. Consecuentemente, en España están autorizados para emitir una orden de detención y entrega cualquier juez o tribunal en cualquier causa penal en la que proceda tal orden⁴⁰.

2. *La autoridad de ejecución de las órdenes de detención y entrega**

Por lo que concierne a la designación de la autoridad de ejecución competente para colaborar con la CPI, su elección corresponde a cada Estado parte, de conformidad con su legislación interna⁴¹. A dicha autoridad corresponderá a demás decidir en exclusiva si procede o no la entrega de la persona reclamada. Al menos ésta es la solución que se desprende del propio ER, teniendo en cuenta que dicha autoridad no puede revisar la legalidad de la orden dictada por la CPI, sino únicamente verificar si la orden es aplicable al detenido, si la detención se llevó conforme a derecho y si se han respetado los derechos y garantías del acusado y, en su caso, si procede conceder la libertad

38. Respecto a estas dos cuestiones vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004., p. 362, en donde se comenta la sentencia dictada por la CIJ en el caso de la República Democrática del Congo contra Bélgica, “Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000, arrêt du 14 février 2002, cuyo texto completo, junto a las opiniones disidentes y separadas, puede encontrarse en <http://www.icj-cij.org>.

39. Vid. art. 6 de la DM 2002/584, en cuyo apartado 3 se establece la obligación de cada EM de informar a la Secretaría General del Consejo acerca de la autoridad judicial competente elegida por cada derecho interno.

40. Art. 2 de la Ley 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega.

* Cuadro Anexo 2

41. Los denominados “conductos nacionales” según la Regla 176 de Procedimiento y Prueba, en concordancia con el art. 87 del ER.

provisional al detenido⁴². Se pone así de manifiesto que, por lo que respecta a la autoridad de ejecución, la regulación contemplada en el ER evita la intervención de órganos políticos y conduce a una judicialización del sistema.

Respecto a nuestro derecho interno, la Ley Orgánica 18/2003 ha designado al Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional como la autoridad ante la que deberán ser llevados las personas detenidas en virtud de una orden dictada por la CPI, si bien en el momento de proceder a la ratificación del ER España declaró que correspondería al Ministerio de Justicia ejercer las funciones de relación y consulta con la CPI, sin perjuicio de los ámbitos de competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores⁴³.

Este mismo planteamiento opera relación con la DM, en la que la autoridad de ejecución de la orden de detención europea será la que designe el Estado miembro al que se dirige dicha orden de conformidad con su derecho interno. En función de esta remisión, en el caso español las autoridades de ejecución de las órdenes europeas serán los Juzgados Centrales de Instrucción, a los que corresponde la tramitación inicial del procedimiento y la decisión sobre la entrega consentida, y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que intervendrá en caso de negativa a la entrega por el reclamado o cuando el Ministerio Fiscal aprecie causas de denegación o condicionamiento de dicha entrega. El Ministerio de Justicia actuará como autoridad central competente encargada de prestar asistencia a las autoridades judiciales⁴⁴, toda vez que se rechazó la sugerencia de nombrar al CGPJ como autoridad central complementaria⁴⁵. Consiguientemente, si la solicitud de cooperación fuera

42. Art. 59. 2 y 4 del ER, puesto que el Estado parte al que se dirija dicha orden, que será donde presumiblemente se halle el presunto responsable, estará obligado a tomar las medidas necesarias para la detención de conformidad con su derecho interno

43. Arts. 4b) y e) y 11 de la Ley 18/2003. Así se hace en el párrafo 1 de la Declaración formulada por España en el momento de la adhesión a la CPI, en aplicación del art. 87.1 ER. La declaración española, junto con las formuladas por los restantes Estados partes puede consultarse en <http://untreaty.un.org/English/bible>.

44. En torno a la elección del Ministerio de Justicia como autoridad central los comentarios de DE MIGUEL ZARAGOZA, subrayando su carácter puramente auxiliar de las autoridades judiciales y su falta de capacidad decisoria, todo ello en relación con la desaparición de la teoría del "acto político" (*op. cit.*, pp. 144 y ss). También JIMENO BULNES, M.: "A Brief Approach to the Enforcement of the European Arrest Warrant in Spain: a Procedural View", ponencia presentada al Congreso *Eurowarrant, European Extradition in the 21st Century*, Londres, 5 de julio de 2003, texto mimeografiado, p. 2).

45. De hecho la posibilidad de que cada EM nombrara a una o varias autoridades centrales estaba contemplada en la Decisión Marco (Art. 7.1) y fue expresamente recogida por el CGPJ en su Informe Preceptivo al Anteproyecto de Ley sobre la orden europea evacuado el 4 de octubre de 2002, p. 21. El Informe al Anteproyecto de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega y al Anteproyecto de Ley Orgánica

recibida por un juez o tribunal que careciera de la condición de “autoridad de ejecución”, éste deberá reenviarla de oficio a los órganos autorizados, informando de dicho traslado a la autoridad de emisión⁴⁶.

En suma, en derecho interno español se han designando como órganos de ejecución de las órdenes de detención y entrega de la CPI y de las órdenes europeas a los mismos que eran ya competentes en los procedimientos de extradición, y a los que también se había encomendado ejecutar la cooperación con el TPIY y TPIR⁴⁷, lo que favorece la uniformidad de la cooperación penal internacional, con independencia del órgano o tribunal emisor, y refuerza la tendencia hacia la judicialización del procedimiento que contrasta poderosamente con el modelo gubernativo en la determinación de las autoridades de emisión previsto en la LO 18/2003.

Por lo que se refiere a la existencia de plazos procesales para la tramitación de las órdenes de entrega, nada se dice ni en el ER ni en la DM. De hecho, el ER solo precisa que la CPI podrá dictar una orden de detención “en cualquier momento después de iniciada la investigación”⁴⁸. En la misma

Complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega puede consultarse en el servidor oficial del CGPJ, <http://www.poderjudicial.es/CGPJ/>.

46. Arts. 10.6 de la DM 2002/584 y 10.1 de la Ley 3/2003. En el caso de que las órdenes de detención tanto de la CPI como de la UE afecten a la competencia de la jurisdicción militar, se entenderá que, a semejanza de lo previsto en las Leyes Orgánicas de Cooperación con los dos tribunales internacionales *ad hoc*, que las autoridades de ejecución españolas serán el Juez Togado Militar Central y el Tribunal Militar Central, quienes remitirán lo actuado a la Audiencia Nacional. Respecto a los menores de edad, entre las autoridades de ejecución no se han incluido los Jueces Centrales de Menores, lo que podría explicarse habida cuenta de que la minoría de edad penal en el Estado de ejecución, (es decir, 14 años en nuestro ordenamiento) es una causa de denegación de la orden europea, como veremos posteriormente. En el caso de la CPI el problema se difumina, ya que el ER se ha limitado a excluir de la competencia de la CPI a los menores de 18 años. Vid. los arts. 3.3 de la Decisión Marco 2000/584 y 12.b) de la Ley 3/2003, así como el art. 26 del ER. En sentido contrario, la opinión de JIMENO BULNES: *cit.*, p. 3, para quien habría que incluir a los Jueces Centrales de Menores entre las autoridades de ejecución ya que algunas de las medidas que dictan estarían incluidas dentro de las previstas en el artículo 1 de la Decisión Marco.

47. Véase el art. 3 de la Ley Orgánica 15/94, de cooperación con el TPIY y el art. 3 de la Ley 4/98, de cooperación con el TPIR, en los que bajo la rúbrica “Autoridades competentes”, se designaba al Ministerio de Justicia como responsable de la tramitación de las solicitudes de cooperación provenientes de ambos tribunales, y a los órganos de la Audiencia Nacional, “en el ámbito de sus respectivas competencias”, como autoridades de emisión. En idéntico sentido se habían pronunciado con anterioridad los arts. 64 y 92 del malogrado Proyecto de Ley Orgánica de cooperación jurídica internacional en materia penal (121/000058), que, como es bien sabido, nunca llegó a aprobarse.

48. Art. 58 ER.

línea, la orden europea podrá emitirse mientras exista una causa abierta en la que proceda tal medida⁴⁹.

Por el contrario, la decisión de las autoridades de ejecución de cumplir o no las órdenes sí está sometida a término. En la legislación española de implementación del ER y de la DM se han previsto plazos idénticos: el detenido deberá ser puesto a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional como máximo a las setenta y dos horas desde que tuvo lugar la detención, debiendo a su vez prestar declaración “dentro de las setenta y dos horas siguientes a su puesta a disposición judicial”. Si en el transcurso de esta audiencia la persona consiente en la entrega, el procedimiento se simplifica considerablemente, hasta el extremo de que en el ER se contempla su traslado ante la CPI “sin más dilación”, mientras que en la orden europea la decisión sobre la entrega consentida la acordará el Juez Central de Instrucción en el plazo máximo de diez días desde la primera audiencia⁵⁰.

Si no existiera consentimiento en la entrega, el derecho interno español ha previsto para ambos supuestos la celebración de una segunda audiencia, que en el caso de la CPI tendrá lugar en el plazo máximo de diez días, disponiendo el Juez de Instrucción de tres días para decidir sobre la petición de entrega. Por tanto la duración máxima de ejecución de una orden de entrega de la CPI rondaría los 19 días.

Por el contrario, paradójicamente en el caso de la orden europea la decisión definitiva sobre la entrega de la persona puede prolongarse en exceso. En la hipótesis más favorable de que el reclamado consienta, la entrega tendrá lugar en los diez días siguientes a la detención, pero de no mediar consentimiento podría dilatarse hasta sesenta días, pudiendo incluso el Juez Central de Instrucción demorar su decisión final otros 30 días “por razones justificadas”⁵¹. Resulta obvio que, comparados con los plazos de ejecución que normalmente conlleva la extradición, noventa días parece un lapso de tiempo

49. Así se desprende del art. 2.1 de la Ley 3/2003.

50. Art. 13 de la Ley 18/2003, sobre la entrega simplificada y 15 sobre la entrega sin consentimiento del afectado. Los plazos para la orden europea están previstos en los arts. 18 y 19 de la Ley 3/2003.

51. Art. 17 de la DM y su concordante, el art. 19 de la Ley 3/2003. A juicio de J. L. MANZANARES SAMANIEGO, respetando el límite general de 60 días con la prórroga de otros 30, hubiera sido preferible “establecer plazos de cómputos homologables para la decisión del Juez Central y para la Sala de lo Penal (de la Audiencia Nacional), manteniendo los diez días desde el consentimiento, si decidiera aquel órgano unipersonal, y concediendo otros diez, en este caso desde la elevación de las actuaciones, si la decisión correspondiera al Tribunal colegiado” (“El Anteproyecto de Ley sobre la orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Penal*, N^o 1, 30 de diciembre de 2002 a 5 enero 2003, p. 11).

razonable, aunque se nos antoja excesivo para una entrega cuyo carácter urgente y automático se presume. Sea como fuere, en tanto que no se haya adoptado una decisión definitiva sobre la entrega de la persona reclamada, el Estado requerido debe velar para que ésta no se frustre, manteniéndose las condiciones materiales necesarias para la entrega efectiva de la persona⁵².

3. *Los procedimientos de transmisión de las órdenes*

Otra diferencia importante en el grado de judicialización de la entrega de personas prevista en el ER y la DM se pone de manifiesto en los procedimientos de transmisión de las órdenes de detención y entrega. En este sentido, en el ER se menciona expresamente la vía diplomática como canal de transmisión. Igualmente está prevista la posibilidad de que la CPI transmita una solicitud de cooperación utilizando el conducto de la INTERPOL⁵³. Incluso nada impediría que teóricamente la CPI pudiera también recurrir al Sistema de Información Schengen (SIS) o a cualquiera de los organismos europeos encargados de la cooperación judicial y policial en materia penal⁵⁴.

En cambio, en la DM se ha logrado una notable simplificación, ya que para transmitir las órdenes no es preciso recurrir a la vía diplomática empleada tanto en la extradición como en el propio ER⁵⁵. Antes al contrario, al tratarse de un procedimiento esencialmente judicial, cuando la autoridad de emisión conozca el paradero de la persona buscada, podrá dirigirse directamente a la autoridad competente para su ejecución⁵⁶. Si la persona buscada se

52. Art. 17.5 de la DM. Tal obligación se asemeja a la que se impone en el art. 18 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, con el propósito de impedir “que se frustre el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor”.

53. Art. 87. 1. b) del ER.

54. De hecho, el art. 87.6 del ER prevé que la CPI pueda solicitar no sólo de un Estado, sino de una Organización Intergubernamental, que le proporcione “información o documentos”, así como “otras formas de cooperación y asistencia” que hubiera acordado según su “competencia o mandato”.

55. En realidad, en el derecho interno español la vía diplomática sigue siendo la única para la extradición activa. Sin embargo, en la extradición pasiva se acepta que la solicitud formulada ante las autoridades españolas se presente por vía diplomática (Art. 9.1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva), o bien por escrito directo del Ministerio de Justicia del Estado requirente al Ministerio de Justicia español (Art. 7 de la mencionada Ley de Extradición pasiva). Este procedimiento directo ha alcanzado, por su mayor rapidez y simplicidad, un enorme predicamento en la práctica contemporánea.

56. Arts 9.1 de la DM y 6.1 de la Ley 3/2003.

encontrara en paradero desconocido la orden puede cursarse mediante la introducción de la descripción de la persona, junto con los datos identificadores de la autoridad de emisión y de descripción del delito, en el SIS⁵⁷, y en su defecto, cabe también solicitar los servicios de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)⁵⁸. El único requisito que se exige es que para transmitir la orden se use cualquier “medio fiable que pueda dejar constancia escrita” (i.e: correo certificado, fax, correo electrónico), sin perjuicio de que se mantenga la comunicación directa entre las autoridades judiciales implicadas tanto para facilitar posteriormente informaciones complementarias como para la resolución de eventuales dificultades⁵⁹.

Una diferencia menor pero significativa entre ambos instrumentos se aprecia en el idioma de redacción de las órdenes, ya que mientras las peticiones de cooperación provenientes de la CPI, junto con sus documentos anexos, deberán redactarse en español o venir acompañadas de la correspondiente traducción en nuestro idioma, en el caso de la orden europea, aunque vaya dirigida a las autoridades centrales, puede formularse en cualquiera de las lenguas oficiales del Estado español⁶⁰. En justa correspondencia, las autoridades españolas de emisión deberán cumplir las indicaciones que en este sentido hayan manifestado las autoridades del país de ejecución⁶¹.

57. DE MIGUEL ZARAGOZA: *op. cit.*, p. 158, aclara que la descripción del SIS equivale no a una solicitud de extradición sino de detención preventiva, por lo que la documentación exigida se enviará posteriormente según el procedimiento habitual. Según el Protocolo de Toledo, a partir del 1 de enero de 2004 “la autoridad judicial española que desee dar difusión internacional a una orden de busca y captura, deberá cumplimentar una orden europea de detención y entrega y remitirla a las oficinas SIRENE España y OCN INTERPOL España para que surta efectos como orden europea de detención y entrega y como orden internacional de busca y captura”.

58. Art. 10 de la DM y arts. 3 y 7 de la Ley 3/2003. En este sentido la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2003, corroborando lo dispuesto en el 10.2 de la Decisión Marco, anticipa la posibilidad de utilizar en un futuro inmediato como canal de transmisión de las solicitudes el sistema de telecomunicaciones protegido de la Red Judicial Europea, regulada en la Decisión 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002.

59. Art. 10.4 y 5 de la DM y art. 7 de la Ley 3/2003.

60. Tal diferencia se percibe de la lectura comparada del art. 3 de la Ley 3/2003 en relación con el párrafo 2 de la Declaración formulada por España en aplicación de lo dispuesto en el art. 87. 2 del ER, citada *supra* en nota 43.

61. Véase no obstante el matiz introducido por el art. 10.2 de la Ley 3/2003, al imponer a la autoridad de ejecución española el deber de verificar que la orden esté traducida al español, solicitando en su defecto a la autoridad de emisión que proceda a dicha traducción, o realizándola ella misma de oficio si la orden se hubiera tramitado mediante la introducción de la persona buscada en el SIS.

IV. TIPOS PENALES CONTEMPLADOS EN EL ÁMBITO DE LA ENTREGA Y SANCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES

Del conjunto de cuestiones que plantea el examen de los tipos penales que dan lugar a la entrega en el ER y la DM, dos resultan particularmente relevantes para los objetivos del presente trabajo. Una se refiere al tratamiento del principio de doble incriminación en el ER y la DM, como elemento diferenciador de los procedimientos de entrega de personas en ellos previstos respecto de la extradición. La segunda cuestión se centra en el dato de que la orden de detención europea contemple dentro de su ámbito de aplicación a los delitos incluidos en la jurisdicción de la CPI. Este hecho se presenta como uno de los elementos principales de conexión entre el ER y la DM, suscitando desde la perspectiva del Derecho Internacional una serie de reflexiones acerca de la interacción entre ambos instrumentos en orden a la sanción de los crímenes internacionales.

1. *El principio de doble incriminación en el ER y la DM: alcance y límites*

Con carácter general, resulta oportuno recordar que uno de los principios básicos para la determinación de los delitos contemplados en el ámbito de la extradición es el principio de doble incriminación, en función del cual el hecho por el que ésta se solicita debe ser constitutivo de delito tanto en el ordenamiento jurídico del Estado requirente como del requerido. Como es sabido, el fundamento de este principio se encuentra no sólo en la consideración de la extradición como un acto de soberanía, sino en la existencia de distintas realidades sociales en los Estados, de las que se derivan diferentes valores y necesidades de defensa social y de tipificación penal⁶². En función de tales planteamientos, si partimos del presupuesto de que los Estados partes en el ER y los Estados miembros de la UE comparten unos intereses y valores comunes, parecería consecuente que la doble incriminación hubiera desaparecido como requisito de la entrega en tales ámbitos⁶³.

62. Sobre el fundamento de este principio, vid. entre otros, CEZÓN GONZÁLEZ: *op. cit.*, pp. 88 y ss.

63. En el caso del ER, la mención a esos intereses y valores comunes se concluye del Preámbulo (cfr .C. JORDA, "Le point de vue juridique" en CASSESE, A./DELMAS-MARTY, M.: *Crimes Internationaux et Jurisdiccions Internationales*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp.70 y ss.). En relación con la DM, hay que tener en

Este enfoque está claramente presente en el sistema de detención y entrega previsto en el ER, en el que no cabe plantear la exigencia de la doble incriminación por dos razones principales. En primer lugar, porque el ER establece y tipifica el catálogo de crímenes sobre los que recae la competencia material de la CPI, quedando su solicitud de entrega necesariamente circunscrita a estos crímenes⁶⁴. En segundo lugar, porque en lo que respecta a los Estados partes, el principio de complementariedad les obliga a garantizar la sanción de dichos crímenes en sus respectivos ordenamientos, por lo que deben adaptar sus derechos internos para asegurar la punibilidad de los crímenes internacionales de conformidad con las disposiciones sustantivas del propio ER. De esta forma, como apunta Pueyo Losa, el ER se convierte en “un importante parámetro de referencia para la armonización de las legislaciones internas”. De hecho, la CPI podrá, en aplicación del principio de complementariedad, valorar negativamente la falta de acomodo de los derechos internos a los tipos penales previstos en el ER a los efectos de determinar si verda-

cuenta la referencia que se contiene en el p.10 de los “Considerandos” a los principios del art. 6, p.1 TUE, es decir, los principios de libertad, democracia, respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho. No obstante, hay que advertir que, desde un marco extradicional, el enfoque de partida a efectos de la aplicación del principio de doble incriminación no sería el mismo en relación con los tipos penales calificados como crímenes internacionales y que tuvieran la consideración de normas de Derecho Internacional General, puesto que, en este caso, tampoco resultaría aplicable la doble incriminación, al quedar todos los Estados obligados por tales normas. Todo ello, sin perjuicio de los problemas que se han presentado en la práctica extradicional en relación con la determinación por el juez nacional del Estado requerido de la existencia del crimen internacional en el momento en que se cometieron los hechos. Un claro exponente de estos problemas lo constituye el asunto Pinochet, ya que, como se ha señalado, la Cámara de los Lores debería haber apreciado la prohibición de la tortura desde el momento de su configuración como norma de Derecho internacional general y no desde la fecha de recepción en el orden interno inglés, con la consecuencia de la exclusión de 22 de los 25 cargos de tortura imputados (Cf. COSNARD, M.: “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *RGDIP*, 1999, p. 327 y REMIRO BROTONS, A.: “Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial” en *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2001, Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 125-126).

64. A saber, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5 del ER en relación con los arts. 6 a 8). En este sentido, la orden de detención consignará “Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte por el que se pide su detención” (art. 58.3) y la orden de comparencia consignará “Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido” (art. 58.7c).

deramente un Estado tiene disponibilidad y/o capacidad para sancionar de forma efectiva los crímenes objeto de la competencia de la Corte⁶⁵.

La cuestión de la doble incriminación se ha resuelto de manera diferente en el marco de la DM. Es cierto que desde los primeros intentos de establecer un sistema de reconocimiento de resoluciones penales en la UE se puso de manifiesto la incompatibilidad entre la exigencia de la doble incriminación y el principio de confianza mutua que dicho sistema exigía⁶⁶. Sin embargo, debido a las importantes divergencias existentes entre los Estados miembros, finalmente se ha adoptado una solución de compromiso, en función de la cual su supresión sólo tiene un alcance parcial.

Resulta así que la doble incriminación se ha eliminado para una lista de delitos determinados, siempre que estén castigados en el Estado emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de, al menos, tres años, tal como éstas se definan en el Derecho de dicho Estado⁶⁷. En cambio, este principio se mantiene para los restantes delitos, en los

65. PUEYO LOSA, J.: “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional” en *Cooperación jurídica internacional*, Madrid, AEPDIRI-BOE, 2000, pp. 145 y ss. y “Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional”, en PUEYO LOSA, J./JORGE URBINA, J.: *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en transición*, Colección Estudios Internacionales, Santiago de Compostela, Cruz Roja Española, Tórculo Ediciones, 2002, pp. 170-171. En este mismo sentido, BROOMHALL, B.: *International Justice & The International Criminal Court*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 90-93. En relación con la adaptación del ordenamiento jurídico español al ER, hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 26.11.2003) que añade un capítulo II bis al título XXIV del libro II del Código Penal, con la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad” (Art. 607 bis), así como los cambios introducidos en el capítulo III del título XXIV del libro II, “De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, (Arts. 608,6; 610; 611; 612; 613; 614 bis), así como en el capítulo IV del título XXIV del libro II “Disposiciones comunes”, (Art. 615 bis). Sobre este particular PIGNATELLI Y MECA, F.: “La protección penal de las víctimas de la guerra”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 503-598 y *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

66. Sobre las distintas propuestas presentadas a lo largo del proceso de adopción de la DM en orden a la supresión de la doble incriminación, vid. IRURZUN MONTORO, F.: “La Orden Europea de Detención y Entrega”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 225, Octubre, 2003, p. 43.

67. Art. 2. 2 de la DM y art. 9.1 de la Ley 3/2003. Hay que tener en cuenta que esta misma lista de delitos es la que figura en otros instrumentos de cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea basados en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, como la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo de 22.7.2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo pre-

que la entrega podrá condicionarse cuando “los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación de los mismos”⁶⁸.

A primera vista, la supresión parcial del requisito de la doble incriminación para esta lista positiva de treinta y dos delitos resulta un avance importante respecto a los instrumentos extradicionales hasta el momento existentes en el ámbito europeo⁶⁹. Sin embargo, su alcance se ve matizado si tenemos en cuenta que los delitos sobre los que opera pueden incluirse en dos categorías bien definidas.

En primer lugar, son básicamente los delitos contemplados en el TUE y en el Convenio Europeo⁷⁰, que se refieren, bien a delitos que forman parte de

ventivo de bienes y aseguramiento de pruebas (DOUE L196 de 2.08.2003), la Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (COM/2003/0688 final), la Iniciativa del Reino Unido, de la República Francesa y del Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DOUE C 278 de 2.08.2001) y la Iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de la Decisión marco del Consejo sobre decomiso de los instrumentos y productos del delito (DOUE C184 de 2.08.2002). Para un estudio comparado de estos instrumentos ver S. PEERS, “Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?”, *CML Rev.*, vol. 41, 2004, pp. 12 y ss.

68. Art. 2.4 de la DM. Como aclara DE MIGUEL ZARAGOZA: *op.cit.*, p. 149, no parece que pueda dejarse que sea la autoridad judicial requerida la que decida la eliminación del requisito de doble incriminación en función de criterios de oportunidad, sino que tendrá que ser el legislador el que lo establezca en la norma de transposición de la DM al Derecho Interno. Efectivamente, en España, dentro de los umbrales de pena que establece la DM, se ha introducido la opción más restrictiva de exigir en el art. 9.2 de la Ley 3/2003, la doble incriminación para *todos* los delitos no contemplados en la lista del p.1

69. Téngase en cuenta que el principio de doble incriminación se mantiene en el Convenio Europeo de Extradición de 1957, (art. 2.1 y 2.2) y en los Convenios entre Estados Miembros de la UE de 1995 y 1996. Sólo en éste último (art.3), se contempla la derogación de dicho principio en relación con los delitos contemplados en los arts. 1 y 2 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo.

70. Es decir, de los treinta y dos delitos a los que se refiere el art. 2.2 de la DM, los delitos relacionados con la delincuencia organizada, terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y el fraude son a los que se hace referencia en el art. 29 TUE. El homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humano, secuestro, retención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia; robos organizados, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y obras de arte, fraude y estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de moneda, falsificación de medios de pago, delito informático, corrupción; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de especies animales pro-

materias objeto de armonización prioritaria de las normas penales, bien a delitos “básicos” presentes en el Derecho penal de todos los Estados miembros⁷¹.

En segundo lugar, se incluyen también una serie de delitos sobre los que puede considerarse que existe un acervo internacional convencional que vincula a todos los Estados miembros de la UE, como son los delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y los relativos al secuestro de aeronaves y buques⁷².

Por esta razón, la supresión del requisito de la doble incriminación en la DM ha sido valorada como un avance relativo, poniéndose de manifiesto que se trata más de una declaración de principios que de un cambio sustantivo respecto a la situación ya existente en el marco de la UE, puesto que afecta a delitos respecto de los cuales la supresión ya existía *de facto*⁷³. Además, como se ha advertido, la eliminación del principio de doble incriminación por la vía de un sistema de lista positiva no está exenta de problemas, entre los que se encuentran los relativos a la conculcación del principio de legalidad que pudiera derivarse de la ambigüedad que conllevan algunas de las categorías

tegidas, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies y variedades vegetales protegidas, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro, y el blanqueo de dinero son los delitos a los que se refiere el Art. 2 del Convenio Europol (DOCE N° C 316 de 27.11.1995), tal como resulta en función de los cambios introducidos por la Decisión del Consejo de 29 de abril de 1999, por la que se amplía el mandato de Europol a la lucha contra la falsificación de moneda y de medios de pago, (DOCE N° C 149 de 28.05.1999), el Protocolo que modifica, sobre la base del apartado 1 del Art. 43 del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de policía, el Art. 2 y el anexo de dicho Convenio, para extender las competencias de Europol al blanqueo de capitales en general, cualquiera que sea el tipo de infracción del que procedan los beneficios del blanqueo (DOCE N° C 358, de 13.12.2000) y la Decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2001, por la que se amplían las competencias de Europol a las formas graves de delincuencia internacional enumeradas en el anexo del Convenio Europol, (DOCE N° C 362 de 18.12.2001).

71. Cf. VENNEMANN: *op. cit.*, p. 111 y DE MIGUEL ZARAGOZA: *op. cit.*, p. 149. Sobre la armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros de la UE, vid. entre otros, DELMAS-MARTY, M./ GUIDICELLI-DELAGE, G./LAMBERT-ABDEL-GAWAD, E.: *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2003 y QUINTERO OLIVARES, G.: “El derecho penal ante la globalización”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L./MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C./DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.: *El Derecho Penal ante la globalización*, Madrid, Colex, 2002, pp. 24-25.

72. Como apunta IRURZUN MONTORO: *op. cit.*, p. 44.

73. En este sentido, DE MIGUEL ZARAGOZA: *op. cit.*, p. 149; GILMORE, B.: “The EU Framework Decision on the European Arrest Warrant: An Overview from the Perspective of International Criminal Law”, *ERA Forum*, 2002/III, p. 7; y VENNEMANN: *op. cit.*, p. 111.

contempladas en la lista⁷⁴, o las disparidades existentes entre las legislaciones penales de los Estados miembros en la regulación de determinadas figuras⁷⁵.

En consecuencia, si bien puede considerarse que la doble incriminación se ha eliminado completamente del sistema de entrega contemplado por el ER, en cambio la supresión de alcance limitado de la que es objeto en la DM es insuficiente como para afirmar que ya no opera como principio en la entrega entre los Estados miembros de la UE, y por tanto, concluir que se ha superado plenamente el régimen de la extradición.

2. Orden europea de detención y delitos incluidos en la jurisdicción de la CPI

Como ya avanzamos, uno de los elementos principales de conexión entre el ER y la DM se encuentra en el hecho de que los delitos incluidos en la jurisdicción de la CPI figuren dentro del ámbito de aplicación de la orden europea. Este dato constituye la punta del iceberg de una serie de cuestiones que tienen como denominador común la contribución del sistema de entrega previsto por la DM a la represión efectiva de los crímenes internacionales, y de forma particular, a los contemplados en el ER. A este respecto, hay que tener en cuenta con carácter general que, como se ha evidenciado a través de

74. Los problemas relativos al respeto del principio de legalidad en el ámbito de la DM han sido profusamente estudiados por LÓPEZ ORTEGA, J. J. en: "La orden de detención europea: Legalidad y jurisdicción de la entrega", *Jueces para la democracia*, Nov., 2002, pp. 28-33 y "El futuro...", *op. cit.*, pp. 327-332, en el que este autor considera que el recurso al sistema de una lista cerrada puede incluso valorarse como un retroceso respecto del sistema del Convenio Europeo de 1957 y señala que para asegurar el respeto a dicho principio, habrá que "integrar el listado de delitos de la DM con los diversos instrumentos internacionales de los que son parte todos los Estados de la Unión y en los que se concreta el ámbito de la conducta punible de algunas de las infracciones que se incluyen en la orden de detención, como sucede con el tráfico de estupefacientes, el terrorismo, la corrupción, el crimen organizado, la falsificación de moneda, la trata de personas y la explotación de la prostitución, la ciberdelincuencia, etc."

75. Cf. ALEGRE, S.: "EU Cooperation in Criminal Matters: A Critical Assessment of the European Arrest Warrant", Conferencia en el Seminario Internacional de Expertos *Justice and Home Affairs -Toward the Full Implementation of the Amsterdam Treaty*, Paris, 14-15 de Febrero de 2002, párr. 17 y 18 (texto mimeografiado) y DOUGLAS-SCOTT, S.: "The Rule of law in the European Union -Putting the Security into the "Area of Freedom, Security and Justice", *E.L.Rev.*, vol. 29, Abril, 2004, pp. 224.

una serie de Posiciones Comunes⁷⁶, la UE ha apoyado decididamente el establecimiento y buen funcionamiento de la CPI, tal y como demuestra el hecho de que todos los Estados Miembros de la UE sean parte en el ER. También ha promovido la ratificación y adaptación del Estatuto de Roma por terceros Estados y ha expresado su voluntad de cooperar para prevenir los crímenes de la competencia de la CPI y poner fin a la impunidad de sus autores.

Partiendo de esta idea, se advierte, en primer lugar, que a pesar de la mencionada inclusión de los crímenes objeto de la jurisdicción de la CPI dentro del ámbito material de la DM, no existe una identidad completa entre los crímenes internacionales contemplados por ambos instrumentos. La DM ha incluido dos figuras, como el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que inicialmente han quedado excluidas del ámbito de la competencia material de la CPI y por tanto, del sistema de sanción de responsabilidad penal internacional previsto en el ER⁷⁷. Por esta razón, la orden europea de detención y arresto, junto con las medidas armonizadoras de carácter sustantivo adoptadas de forma simultánea por la UE, suponen un avance muy considerable en la cooperación internacional en materia de terrorismo⁷⁸. En este ámbito resulta obvio el impulso que supusieron los acontecimientos del 11-S para la adopción de tales medidas, así como la influencia de los actos terroristas del 11-M en la dinamización de su puesta en marcha y funcionamiento⁷⁹.

Sin embargo, en los delitos contemplados en el ámbito de aplicación de la DM hay algunas omisiones que resultan difíciles de explicar, como es el

76. Hasta el momento la UE ha adoptado las siguientes posiciones comunes que se sustituyen entre ellas: Posición Común 2001/443/PESC del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional de 11 de junio de 2002, Posición Común 2002/474/PESC del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional de 20 de junio de 2002, Posición Común 2003/444/PESC del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional de 16 de junio de 2003. Para un comentario de esta última, vid. PONS RAFOLS, X.: "La posición común del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional", *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 2, 2003, en la dirección: <http://www.iustel.com/revistas>.

77. Como es bien sabido, estas figuras se mencionan en la Resolución E del Anexo I del Acta Final de la Conferencia de Roma, como crímenes sobre los que el futuro habrá que llegar a una definición aceptable, pudiendo quedar comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte (vid. LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 113).

78. En particular, la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, *DOUE* nº L 164, de 22.06.2002

79. Vid. WEYEMBERGH, A.: "La coopération penale européenne face au terrorisme: rupture ou continuité", en BANNELIER, K.; CORTEN, O.; CHISTAKIS, T.; DELCOURT, B. (dir): *Le droit internationale face au terrorisme. Après le 11 septembre 2001*, Paris, Pedone, 2002, pp. 289 y ss., y la Declaración sobre la lucha contra el terrorismo, adoptada en Bruselas el 25 de marzo de 2004.

caso de la tortura⁸⁰. Esta ausencia no se salva, en nuestra opinión, con la remisión a los delitos incluidos en la jurisdicción de la CPI, ya que por esta vía el delito de tortura queda limitado a los supuestos que resulten de la aplicación de las cláusulas-umbral establecidas en el ER para los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Resultaría así excluido el delito de tortura cometido fuera de estos contextos, salvo que pudiera incluirse en otros delitos contemplados en la DM, como la agresión con lesiones graves o la detención ilegal⁸¹.

También resulta llamativo que la DM permita, como sucede con la extradición, denegar la entrega cuando el Estado Miembro emisor haya ejercido su competencia en virtud del principio de jurisdicción universal. De hecho, uno de los motivos de denegación facultativa de la orden de detención europea es que ésta contemple infracciones “que se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio”⁸², en lo que constituye una referencia indirecta al ejercicio de la competencia extraterritorial sobre la base del principio de jurisdicción universal⁸³.

A nuestro parecer, esta posibilidad estaría apuntando la existencia de una cierta contradicción en la cooperación penal de la UE destinada a la sanción de crímenes internacionales. Por una parte, la UE ha aprobado una serie de instrumentos que tienen como objetivo específico incrementar la cooperación entre los Estados Miembros para posibilitar la investigación y el enjuiciamiento efectivo de los crímenes incluidos en la jurisdicción de la CPI⁸⁴.

80. Cf. DE MIGUEL ZARAGOZA: *op. cit.*, p. 148 y GILMORE: *op. cit.*, p. 7.

81. Téngase en cuenta además que la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984 considera incluida a la tortura entre los delitos que dan lugar a extradición y que los Estados parte se comprometen a incluir dicho delito como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro (vid. DE THAN, C./SHORTS, E.: *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet&Maxwell, London, 2003, p. 94). En todo caso, en relación con el delito de tortura cometido en los Estados miembros de la Unión Europea podría plantearse el recurso a otros mecanismos de protección y sanción contemplados en el ámbito europeo, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

82. Como señala GILMORE: *op. cit.*, p. 7, la DM recoge en el art. 4.7,b) el principio extradicional que considera como causa de denegación que la petición se base en el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción, (tal como aparece en el art. 7.2 de la Convención de 1957), por lo que su existencia no evitaría problemas como los que se plantearon en el asunto Pinochet a propósito del ejercicio de la jurisdicción universal por España y la solicitud de extradición al Reino Unido.

83. Cf. FONSECA MORILLO: *op. cit.*, p. 76.

84. Vid. la Decisión 2002/494/JAI, relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes

Sin embargo, cuando este objetivo se pretenda alcanzar mediante la aplicación del principio de jurisdicción universal por las jurisdicciones nacionales, se podrá denegar la entrega.

Esta situación podría explicarse si entendemos que la opción de la DM ha sido la de favorecer el recurso a la CPI en detrimento de la acción de las jurisdicciones nacionales por la vía de la jurisdicción universal. Pero lo cierto es que el anterior razonamiento parece a su vez contradecir el principio de complementariedad contemplado en el Estatuto de Roma, que como es bien conocido, favorece la actividad de los tribunales nacionales y consagra la subsidiariedad de la jurisdicción internacional. Y, en particular, esta opción entraña el riesgo de que pudieran llegar a quedar impunes aquellas situaciones que no reúnan la gravedad suficiente o los requisitos necesarios para entrar dentro de la competencia de la CPI y cuya única forma de sanción sea a través del principio de jurisdicción universal.

Coincidimos con Pueyo Losa en que estos problemas revelan la necesidad de avanzar en un proceso de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros de la UE en materia de jurisdicción universal que permita asegurar el cumplimiento de los objetivos de lucha contra la impunidad proclamados por la Comunidad Internacional y asumidos por la UE en sus distintos ámbitos de actuación, uno de cuyos principales obstáculos es el distinto alcance con el que dichas legislaciones recogen este principio⁸⁵. De no ser así, la inclusión del ejercicio de la jurisdicción universal como causa de

contra la humanidad y crímenes de guerra, de 13 de junio de 2002, *DOCE L* 167 de 26.6.2002 y la Decisión 2003/335/JAI del Consejo sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, de 8 de mayo de 2003, *DOCE L* 118 de 14.5.2003 y los comentarios de PONS RAFOLS, X.: “La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, Nº 16, pp. 1089-1092; FALEH PÉREZ, C.: “La cooperación en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad: la Decisión 2003/335/JAI”, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 2, 2003, en la dirección: <http://www.iustel.com/revistas>.

85. PUEYO LOSA: “Hacia un fortalecimiento...”, *op. cit.*, pp. 200-209. Esta necesidad resulta acuciante a la vista de las tendencias regresivas que, como analiza este autor, se observan en el ámbito de aplicación de este principio en algunas legislaciones, hasta hace poco más favorables a su aplicación, como la española. Sólo así se explica que en España, el art. 12, p.2, f) de la Ley 3/2003 establezca como causa facultativa de denegación de la orden de detención europea la ya referida del art 34, 7), b) de la DM, inclusión que, a primera vista resulta contradictoria con el hecho de que nuestro ordenamiento acoja el principio de jurisdicción universal en el art. 23.4 de la LOPJ, y que hay que situar en esa línea revisionista hacia planteamientos más restrictivos del principio de jurisdicción universal en la que se inserta la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, tal como hemos tenido ocasión de comentar a propósito del art. 7 de la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

denegación de la entrega podría menoscabar la capacidad de la DM para contribuir de forma eficaz a la sanción de los crímenes internacionales objeto de la competencia de la CPI y superar los problemas que la extradición ha suscitado en esta materia.

V. PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES APLICABLES A LAS ÓRDENES DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Como hemos avanzado, la entrega de una persona, ya sea en virtud del derecho extradicional como a resultas de una orden de la CPI o de una orden europea es, además de una manifestación del *ius puniendi*, un acto de asistencia judicial internacional, y por tanto, se halla sometido al principio de legalidad y a los restantes principios aplicables en el seno de un proceso jurisdiccional.

Por lo que se refiere a la extradición, la necesidad de respetar los derechos fundamentales de la persona reclamada ha constituido una preocupación constante a lo largo de la vida de esta institución, hasta el extremo de haber consolidado un “estatuto del reclamado”⁸⁶. En esta misma línea, el deseo de evitar que la simplificación de los procedimientos de detención y entrega implique una merma de los derechos y garantías procesales históricamente reconocidos al reclamado es la razón por la que tanto el ER como la DM pretenden salvaguardar dichos principios y garantías mediante una serie de previsiones que pueden agruparse en torno a tres aspectos fundamentales: 1) La ejecución condicionada de la orden de entrega; 2) El respeto de los derechos fundamentales y las garantías de la persona reclamada; y 3) Los recursos contra la decisión de proceder a la entrega.

1. *La ejecución condicionada de las órdenes de entrega*

Por la especial naturaleza de las obligaciones de cooperación con la CPI en el ER no existen disposiciones específicas en las que se contemple la posi-

86. Denominación utilizada por LÓPEZ ORTEGA: *op. cit.*, p. 341. Ese “estatuto del reclamado” se apoyaría en principios de muy diverso alcance, tales como la doble incriminación, el *non bis in idem*, el derecho de defensa etc. y, muy en particular, en la prohibición de la entrega cuando con la extradición se ponen en grave peligro los derechos de la persona reclamada.

bilidad de que el Estado de ejecución condicione el cumplimiento de la orden de detención y entrega, aunque con carácter general se disponga que “al decidir la solicitud, la autoridad judicial competente examinará (...) si existen las salvaguardas necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir con su obligación de entregar a la persona a la Corte”⁸⁷. Sin embargo, la existencia de esta cláusula general de salvaguarda permite a nuestro juicio extender al ER, salvo matizaciones puntuales, el tratamiento sistemático del que esta cuestión es objeto en la DM.

Así, de conformidad con lo previsto en la DM, el Estado de ejecución podrá exigir al emisor el cumplimiento de determinados requisitos antes de proceder a la entrega, condicionando la ejecución de la orden en tres casos: a) cuando la orden esté basada en una sentencia dictada en rebeldía; b) cuando se refiera a un delito castigado con cadena perpetua; y c) cuando dicha orden pretenda la entrega de sus propios nacionales. Con carácter general, puede decirse que salvo en el primer caso, la ejecución condicionada ha de interpretarse más como una prerrogativa que como un imperativo legal⁸⁸.

Lejos de ser una cuestión novedosa, la ejecución condicionada de la entrega en el caso de “órdenes basadas en sentencias dictadas en rebeldía” podría calificarse como un problema clásico de la cooperación judicial penal, que surge al hilo de la extradición. Prueba de ello es la abundante jurisprudencia constitucional española existente al respecto⁸⁹. Precisamente la negativa de algunas autoridades nacionales, entre las que se cuentan los jueces españoles, a conceder la extradición en supuestos en los que la persona reclamada hubiera sido condenada *in absentia* en el Estado requirente, y las consecuencias que esa negativa han provocado en el seno de la UE, pueden jus-

87. Así se pronuncia el art. 59.4 del ER.

88. En el caso del derecho interno español, la posibilidad de condicionar la entrega es potestativa de cualquiera que sea la autoridad de ejecución, a diferencia de la práctica seguida en la extradición, en la que la exigencia de garantías previas al Estado requirente corresponde en exclusiva a la Audiencia Nacional. En este sentido DE MIGUEL ZARAGOZA: *op. cit.*, p. 150, apunta que en la extradición la exigencia de garantías corresponde a la Audiencia Nacional por vía diplomática, mientras que en la orden europea se atribuye dicha competencia a la autoridad judicial, pero sin precisar a través de que vía “al no ser pertinente el cauce de la Nota verbal diplomática”.

89. Sobre este particular, vid. GONZÁLEZ CANO: *op. cit.*, pp. 5-15 así como las STC 91/2000, de 30 de marzo (“caso Pavigliantini”), la 162/2000, de 12 de junio, y sobre todo, la 110/2002, de 6 de mayo (“caso Calogero Carlino”), y la 160/2002, de 16 de septiembre. Sobre todas ellas, vid. los comentarios de DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las sentencias penales en rebeldía: el caso de Italia”, *Actualidad Penal*, N.1, enero 2002, p. 1 y ss.

tificar porqué la DM ha previsto esta causa entre los supuestos que permiten supeditar la entrega a determinadas garantías⁹⁰.

No obstante, hay que precisar que la DM no cuestiona la sentencia en rebeldía como título válido de ejecución de una orden de entrega, sino que se limita a supeditar los efectos de una orden europea que tenga su origen en una sentencia dictada en rebeldía en un proceso en el que la persona afectada no haya sido citada personal y regularmente para el juicio, o no haya sido informada de otra manera de la fecha y lugar de celebración de la audiencia en la que fue condenada. De ser así, el respeto de los derechos de la persona reclamada permitirá a la autoridad de ejecución condicionar la entrega al cumplimiento de garantías que se consideren suficientes para asegurar que la persona afectada por la orden tendrá la posibilidad de pedir que se celebre un nuevo proceso en el que se asegure su presencia y el respeto de los derechos de defensa que le asisten⁹¹.

La segunda causa de ejecución condicionada prevista en la DM permite supeditar la entrega cuando la orden europea concierna a una “infracción castigada en el Estado emisor con una pena o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad”⁹². Estamos ante otro de los supuestos típicos previstos con anterioridad en un buen número de tratados de extradición⁹³. Precisamente las fórmulas previstas en el derecho extradicional han inspirado el tratamiento que a esta cuestión otorga el ER, en el que la reclusión a perpetuidad es una de las penas aplicables, pero su imposición queda supeditada a que tenga lugar un re-examen transcurrido las dos terceras partes de la pena o veinticinco años de prisión⁹⁴.

90. Art. 5.1 de la DM.

91. En el caso del derecho interno español, las principales dudas que suscita este supuesto de entrega condicionada tienen que ver, en opinión de GONZÁLEZ CANO: *op. cit.*, pp.8 a 11, con la falta de un concepto claro sobre qué debe entenderse por sentencia dictada en rebeldía y con la ambigüedad en cuanto al modo y momento procesal de cumplimiento de las garantías por parte del Estado emisor.

92. Art. 5.2 de la DM.

93. Esta es la práctica general en los tratados bilaterales concluidos por España, aunque autores como DE MIGUEL ZARAGOZA: *op. cit.*, p. 154, apuntan la excepción del Tratado de extradición con Marruecos. En el caso del Acuerdo entre la UE y los EEUU sobre extradición, el art. 13 condiciona la extradición a la no imposición o no ejecución de la pena de muerte (Decisión del Consejo 2003/516/CE, de 6 de junio de 2003, relativa a la firma de los Acuerdos entre la UE y los Estados Unidos de América sobre Extradición y Asistencia Judicial en materia penal, *DOUE L* 181, de 19.7.2003).

94. En consonancia con estas medidas, al ratificar el ER España formuló una declaración en la que subordinaba la colaboración de nuestro país en la recepción de condenados por la CPI “a condición de que la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española”. Disposi-

Respecto a la DM los inconvenientes, incluso de rango constitucional, que pudieran derivarse del hecho de que la legislación del Estado emisor aceptara la imposición de la cadena perpetua se han salvado merced a la articulación de dos mecanismos: mediante la revisión de la pena pasados veinte años de cumplimiento o bien mediante la adopción de medidas de gracia o clemencia que suspendan o eviten la ejecución de la cadena perpetua⁹⁵.

En este sentido, hay que destacar que la ley española de implementación de la DM permite condicionar la ejecución de la orden a que el ordenamiento jurídico del Estado emisor prevea la revisión de la cadena perpetua, pero sin obligar a que dicha revisión se produzca obligatoriamente transcurridos veinte años. La clave para explicar esta flexibilidad podría estribar en la búsqueda de un tratamiento recíproco por los restantes Estados miembros, sobre todo teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico la tendencia del legislador es asegurar el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, por lo que resulta más que previsible que para algunos de los delitos incluidos en la orden europea, como el terrorismo, el cumplimiento efectivo de la condena impuesta por los tribunales españoles supere la barrera de los 20 años⁹⁶.

Por último, la tercera causa de entrega condicionada afecta a “la entrega de los propios nacionales”⁹⁷.

En el ER la nacionalidad de la persona reclamada no es un obstáculo que impida su entrega a la CPI, en la medida en que, como ya avanzamos, precisamente se optó por utilizar el término “entrega” en lugar del “extradición” para salvar posibles impedimentos de orden constitucional.

Por lo que respecta a la DM, no se excluye la entrega por razón de la nacionalidad, sino que se condiciona el cumplimiento de la orden europea a que, cuándo la persona contra la que se dicte la orden para entablar una acción penal sea nacional del Estado de ejecución o habite o resida en él, una vez oída, se permita su traslado para que cumpla allí la pena o la medida de seguridad privativa de libertad, de conformidad con su derecho interno. Aunque

ción adicional única de la Ley 6/2000, formulada de conformidad con los arts. 77 y 110 del ER, aunque con ello se produce un efecto perverso, y sin duda no querido, como es que no podrían cumplir su pena en España los españoles condenados por la CPI a penas superiores a las previstas en nuestra legislación.

95. Según IRURZUN: *op. cit.*, p. 45 y nota 24, la regulación de la DM respecto de la cadena perpetua se inspira directamente en la Declaración efectuada por Portugal al adherirse al Convenio de Schengen, en la que condiciona la extradición a la adopción de beneficios penitenciarios por el Estado requirente.

96. En especial la Ley 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro de penas.

97. Art. 5.3) de la DM. Téngase en cuenta que la entrega de los propios nacionales puede también funcionar como causa de denegación de la entrega, vid. *supra* VI.

nada se dice, suponemos que la razón de ser de esta garantía no estriba en una concepción a ultranza de la soberanía, sino que es la misma que anima los tratados internacionales sobre traslado de personas condenadas, a saber: la necesidad de favorecer la reinserción social del reo y su vida familiar⁹⁸. Sin embargo, aunque el propósito sea encomiable, la regulación es insatisfactoria, ya que, entre otros aspectos, la DM no aclara cuándo la persona afectada debe poseer la nacionalidad de un Estado miembro ni que debe entenderse por “residencia habitual”, lo que permitiría extender esta regla a ciudadanos extracomunitarios⁹⁹.

2. *El respeto de los derechos y las garantías fundamentales en las órdenes de detención y entrega*

Ya hemos adelantado que, tanto en el caso del ER como de la DM, la autoridad judicial a la que se dirigen las órdenes no podrá pronunciarse sobre su legalidad, sino que deberá limitarse a verificar la procedencia del mandato y la identidad de la persona buscada, y a comprobar si la detención se llevó a cabo conforme a derecho¹⁰⁰. Esto significa que la autoridad competente del Estado de detención deviene garante del respeto de los derechos de las personas reclamadas, de conformidad con su propio derecho interno.

En el caso del ER, los inconvenientes que se derivan del control “nacional” de estas garantías son varios, entre los que sobresale la falta de unifor-

98. Véase el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el 28 de marzo de 1983, en el que se pretende facilitar la reinserción mediante el traslado, aunque, como en la DM y en la Ley 3/2003 el traslado no es una obligación sino una facultad que depende del previo consentimiento del Estado de condena, del de ejecución y del propio condenado. También los comentarios de PRIETO JIMÉNEZ, M. J.: “El respeto a los derechos humanos en la extradición pasiva”, en *Hacia una Justicia Internacional*, Ministerio de Justicia, 2000, p. 236.

99. Las dificultades para salvar la prohibición clásica de no extradición de los propios nacionales se ha evidenciado ya a propósito de la negativa de un tribunal de Pau a ejecutar una orden europea dictada por el Juez Garzón en la que se solicitaba la detención y entrega de tres nacionales franceses, acusados de participar en España en una manifestación prohibida convocada por grupos afines a la banda terrorista ETA. En el caso concreto, tras aceptar la entrega en primera instancia, el Tribunal de Pau rechazó luego la petición española invocando como causa de denegación de la orden europea el art. 695/24 del Código de enjuiciamiento procesal, que permite oponerse a la misma cuando los hechos se hubieran cometido parcial o totalmente en territorio francés y por ciudadanos franceses. Para un relato de los hechos vid. <http://www.liberation.fr>.

100. Arts. 59 ER, 11 de la DM y 13 de la Ley 3/2003.

midad y los posibles vacíos en aquellos Estados partes donde no rige plenamente el estado de derecho¹⁰¹.

En relación con la DM, la remisión a la legislación nacional del Estado de ejecución como parámetro de la salvaguarda de los derechos y garantías en la entrega ha suscitado críticas acerbas desde ángulos radicalmente opuestos. Algunos autores han señalado su dudosa compatibilidad con el principio de “confianza mutua”¹⁰², si bien la mayoría ha mostrado su preocupación por razones bien diferentes. En primer lugar, porque podría reproducirse, aunque en menor escala, el mismo problema advertido en relación con el ER. Es decir, pese a la homogeneidad que se presupone en la UE, en la práctica tampoco habrá uniformidad en la aplicación de la DM ni en los mecanismos de control jurisdiccional de los derechos fundamentales en los diferentes ordenamientos internos de los Estados miembros. Y en segundo lugar, porque esa fragmentación pudiera entrañar a su vez una disminución del nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales ya alcanzado de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰³, e incluso con el régimen clásico de la extradición¹⁰⁴.

Para salvar este obstáculo la DM afirma que la orden europea respetará los derechos fundamentales y los principios jurídicos reconocidos en el art. 6 del UE y en el capítulo VI de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁰⁵. Sin embargo, a nuestro juicio, el blindaje que se pretende proporcionar con esta cautela tan genérica es insuficiente, por lo que suscribimos la idea de que la articulación entre la orden europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede resultar especialmente problemática, sobre todo si se invocan derechos tan consolidados en la jurisprudencia del TEDH como el de un proceso justo¹⁰⁶, o si las autoridades nacionales recurren a esa nebulosa que conforman “las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miem-

101. LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ: *op. cit.*, pp. 190 y ss.

102. VENNEMAN: *op. cit.*, p. 114 y ss.

103. LUGATO, M.: “La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d’arresto europeo”, *Rivista di Diritto Internazionale* 1/2003, p. 42 y ss; VOGEL, J.: “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”, en *El Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 188.

104. Respecto al desarrollo en los procedimientos de extradición de un “estatuto del reclamado” vid. LÓPEZ ORTEGA: *op. cit.*, p. 341 y ss.

105. Considerando 12 de la DM.

106. FONSECA MORILLO: *op. cit.*, pp. 91-92 y ALEGRE, *cit.*, par. 5, para quien la aplicación de la orden europea puede afectar especialmente a tres derechos fundamentales consagrados en el CEDH: el derecho a la libertad (art. 5 CEDH), el derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH), y el derecho a la vida familiar (art. 8 del CEDH).

bros”. En este sentido, la solución pasa por adoptar temporalmente un catálogo de normas mínimas de las garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la UE¹⁰⁷, como paso previo para la ulterior aprobación de una Decisión Marco en la materia, especialmente urgente a la vista del ámbito de aplicación de la DM, el de una Europa a veinticinco que en breve afrontará nuevas ampliaciones¹⁰⁸.

Una segunda preocupación se refiere a la determinación de los derechos y garantías fundamentales de la persona reclamada, que ha sido objeto de tratamiento diferenciado en el ER y en la DM. Ambos instrumentos han optado por un modelo de mínimos, aunque con diferente alcance. Mientras que el ER parece haber elegido como parámetro de referencia para ese núcleo mínimo el propio Derecho Internacional, y especialmente los Tratados internacionales relativos a la materia¹⁰⁹, la DM ha usado como norma el derecho nacional del Estado de ejecución y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹¹⁰. En cualquier caso, tanto en el ER como la DM coinciden en reconocer a la persona reclamada los siguientes derechos básicos:

107. Libro Verde de la Comisión sobre las garantías procesales reconocidas a los sospechosos y a las personas encausadas en los procesos penales en la Unión Europea, COM(2003) 75 final, así como el posterior Informe del Parlamento Europeo, presentado tras la ponencia del Sr. J. Hernández Mollar en la Comisión de libertades y derechos de los ciudadanos, adoptado el 6/11/2003 y que puede consultarse en <http://www2.europar.eu.int/omk>. En dicho Informe se insta a la Comisión a presentar una Decisión Marco para garantizar los derechos de los sospechosos en la que se incluya una “cláusula de no regresión”, al objeto de dejar claro que se trata de un sistema de normas mínimas comunes, que en ningún caso pueden servir para que los EM de la UE restrinjan las normas nacionales y europeas vigentes.

108. A medio plazo cabe abogar, como lo hace ALEGRE: *cit.*, parag. 27, por “the creation of a sister Framework Decisión for the rights of the individual in criminal proceedings involving internacional cooperation to complement the European arrest warrant”. De hecho la Comisión presentó el 28 de abril de 2004 una propuesta de Decisión Marco, que según el comisario Antonio Vitorino está “inspired by the need to guarantee for all European citizens commom minimum rights in judicial procedure”. Vid. Doc IP/04/555.

109. Aunque el ER distingue entre los “Derechos de las personas durante la investigación” (art. 55), más limitados que los derechos que posteriormente se reconocen al acusado durante el juicio oral (art. 66 y ss.), en cualquier caso existe una plena correlación entre éstos últimos y los consagrados en los más importantes tratados internacionales que le sirven de referencia, en especial la DUDH de 1948, los Pactos Internacionales de 1966 y el CEDH (CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *La Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 104 y ss.).

110. A su vez ese núcleo es similar al previsto en el Título VI del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa de 18 de julio de 2003, bajo la rúbrica “Justicia” (Art. II-47 a 50), y aprobado sin modificaciones en este punto el 18.06.2004 por la Conferencia de Representantes de los Estados miembros (Doc. CIG 85/04, PRESID 27).

- a) *El derecho a ser llevada sin demora ante la autoridad judicial competente, y a ser informada sobre el contenido de la orden*

Normalmente, serán las fuerzas de seguridad nacionales las que procedan a la identificación y detención de la persona reclamada. Como ya adelantamos, la legislación española de implementación de estos dos instrumentos dispone que el plazo de puesta a disposición judicial desde la detención no podrá exceder de las setenta y dos horas, frente a las veinticuatro horas para la extradición pasiva¹¹¹.

- b) *El derecho a ser oída, y a pronunciarse sobre si consiente o no en la entrega*

El consentimiento de la persona reclamada tiene importantes repercusiones procesales, activando un procedimiento simplificado y urgente de entrega similar al de la extradición¹¹². Debido a sus consecuencias y a su irrevocabilidad, la autoridad del Estado de ejecución deberá comprobar que el detenido acepta la entrega de manera libre y consciente. Como ha quedado de manifiesto, una vez prestado dicho consentimiento, y siempre que no existan causas para condicionar o denegar la entrega, la persona reclamada será entregada a la CPI “sin más trámites”, mientras que en el caso de la orden europea el Juez Central de Instrucción dispondrá de diez días para acordar, mediante auto, la entrega al Estado emisor¹¹³. Reiterar que en el ordenamiento interno

111. Art. 8.2 de la Ley 4/85, de Extradición Pasiva, y art. 13.2 de la DM y 13 de la Ley 3/2203, y 50 del ER en consonancia con el 11 de la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la CPI. En España la LECrim fija también un plazo de 24 horas en su art. 496.1 frente a las 72 horas del art. 17.2 de la Constitución. La detención se realizará de conformidad con los arts. 489 y ss. de la LECrim, y está sometida al proceso de “habeas corpus” previsto en la Ley Orgánica 6/1984. Sobre la decisión de extender a setenta y dos horas la detención en lugar de las veinticuatro horas previstas para la extradición los comentarios críticos de JIMENO BULNES en: “A brief approach...”, *cit.* p. 10.

112. De hecho, el art. 12.2 de la Ley 4/85, de extradición pasiva establece que si el detenido consiente, se accederá a la petición de extradición. En caso contrario, el juez decretará, mediante auto dictado en las veinticuatro horas posteriores a la comparecencia, la libertad del detenido o elevará la detención a prisión con o sin fianza u otras medidas de seguridad. Contra este auto sólo cabe recurso de reforma. Respecto a la entrega simplificada vid. los arts. 18 de la ley 3/2003 y 13 de la Ley 3/2003.

113. Arts. 12 de la Ley 18/2003 y 18 de la Ley 3/2002. Si falta el consentimiento de la persona buscada, el plazo para la decisión judicial sobre la entrega se eleva a se-

español la audiencia tendrá lugar dentro de las setenta y dos horas siguientes a su puesta a disposición judicial ante el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional¹¹⁴, y en presencia del letrado defensor y del intérprete, además del Ministerio Fiscal¹¹⁵.

- c) *El derecho clásico de defensa, que incluye tanto la asistencia letrada como la de intérprete no sólo durante la audiencia sino a lo largo de todo el proceso*

Hay que subrayar que mientras que el ER supedita el derecho del acusado a un defensor de oficio a que “el interés de la justicia lo exija”¹¹⁶, la DM no impone restricción alguna, por lo que si el detenido careciera de medios, el Estado de ejecución deberá proporcionarle gratuitamente asistencia letrada. Así sucede en nuestro país, donde cualquier detenido goza del derecho constitucional a ser asistido por letrado durante las diligencias policiales y judiciales¹¹⁷.

setenta días, o a un máximo de noventa en circunstancias excepcionales según indica el art. 17 de la DM.

114. Vid. art. 504 de la LECrim y los arts. 11 de la Ley 18/2003 de Cooperación con la CPI, 11 de la DM y 14 de la Ley 3/2003. En derecho interno español la audiencia se celebrará también en presencia del Ministerio Fiscal y del imputado, asistido por su letrado. Si el reclamado consiente, se extenderá acta de dicho consentimiento suscrita por el propio reclamado, el Secretario, el Ministerio Fiscal y el Juez, haciéndose constar también la renuncia a acogerse al principio de especialidad en caso de que se haya producido.

115. Por esta razón, magistrados, jueces y fiscales han propuesto que se pueda celebrar la primera vista por videoconferencia con el objeto de solventar los problemas que puede causar el traslado de los detenidos a la Audiencia Nacional dentro del plazo de las setenta y dos horas, así como los derivados de la falta de acondicionamiento de los calabozos de dicho tribunal (cf. *Diario del Derecho* de 20.2.2004 en la dirección <http://www.iustel.com/noticias>). El recurso a la videoconferencia permite además que la persona reclamada participe en actuaciones procesales en el Estado de ejecución sin tener que ser entregada temporalmente al Estado de emisión.

116. Art. 67.1.d) del ER. Se trata de una de las disposiciones más criticadas del ER. Sobre este aspecto vid. las observaciones de RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J. en: “Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción y relación con las jurisdicciones nacionales”, en QUEL LÓPEZ, J.: *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid, 2000, p. 185.

117. Art. 11 de la DM en relación con el 17.3 de la Constitución española y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- d) *El derecho a que la detención no se prolongue indefinidamente, y a solicitar la libertad provisional mientras que se adopta una decisión definitiva sobre la entrega**

Al igual que sucede con el derecho de defensa, el alcance de esta garantía es diferente en el ER y en la DM. El ER no prevé límites, sino que dispone que la detención a la espera de juicio no debe prolongarse “excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal”¹¹⁸. No obstante, la complejidad y dificultad de los crímenes objeto de la competencia de la CPI anticipan la posibilidad de que la Fiscalía tenga que continuar sus investigaciones, lo que a su vez puede significar una prolongación de la privación de libertad de la persona en el Estado de detención. A este respecto, hay que incidir en que la prórroga indefinida de una orden de detención provisional vulneraría el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica que ampara a todo detenido, por lo que procede fijar límites máximos para evitar que la detención preventiva ordenada por la CPI pueda perder la instrumentalidad que teóricamente caracteriza a esta medida cautelar¹¹⁹. Por ello, la persona detenida en cumplimiento de una orden de la CPI tiene derecho a pedir su libertad provisional a la autoridad judicial del Estado de detención, que decidirá, previa consulta con la Sala de Cuestiones Preliminares¹²⁰.

Si el Estado de detención fuese España, está previsto que el Juez Central de Instrucción mantenga la detención provisional “por el tiempo estrictamente necesario” hasta recibir las recomendaciones de la Sala de Cuestiones Preliminares, tras lo cual, acordará o no conceder la libertad provisional con las medidas cautelares pertinentes. Ahora bien, si transcurridos sesenta días desde la detención la CPI no hubiera hecho llegar los documentos justificativos de la entrega, el detenido deberá ser puesto en libertad “sin perjuicio de volver a decretar la prisión una vez recibida dicha documentación”¹²¹.

* Cuadro Anexo 3

118. Art. 60.3. del ER. Si así sucediera la CPI considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido que le haya sido ya entregado o que haya comparecido voluntariamente, con o sin las condiciones que resuelva fijar.

119. LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 188 y ss.

120. Art. 59 en relación con el 92.3 del ER.

121. Arts. 58.5 y 92 del ER y la Regla 188, en conexión con el art. 12 de la Ley 18/2003. Por el contrario, en los supuestos de extradición hay un plazo de 40 días máximo para que se presente la solicitud de extradición, transcurrido el cual se procederá a la puesta en libertad provisional del reclamado, tal y como dispone el art. 8.2 de la Ley 4/1985.

En cambio, en la DM no se plantea esta cuestión, puesto que la fijación de un plazo máximo de noventa días para decidir sobre la entrega (sesenta más treinta adicionales), limita indirectamente la duración máxima de la detención provisional¹²².

Sin embargo, pese a que tanto el ER como la DM reconocen el derecho que tiene la persona reclamada a pedir su libertad, ambos instrumentos insisten en la necesidad de evitar que la entrega pueda frustrarse, impidiendo que el reclamado logre sustraerse de la acción de la justicia o darse a la fuga. Por consiguiente, la regla general en los dos casos es la prisión provisional, configurándose la libertad como una excepción para supuestos especiales, cuya concesión se supedita a la previa imposición de las medidas que la autoridad judicial acuerde, tales como la prestación de fianza, la vigilancia domiciliaria, la obligación de presentación periódica ante las autoridades de control, la retirada de pasaporte etc.¹²³.

Aunque no esté expresamente incluida entre las garantías procesales, destaca la vigencia del “principio de especialidad”, procedente de la extradición, y según el cual la persona contra la que se dicte la orden de detención y entrega no podrá ser objeto de ningún proceso ni actuación judicial por delitos distintos de los que motivaron la entrega¹²⁴. En el caso del ER, la lucha contra la impunidad y el castigo de los más graves crímenes que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto explican la posibilidad de que los Estados partes renuncien a exigir su respeto cuando la CPI así lo solicite.

Por el contrario, en el caso de la DM nos encontramos con un principio clásico que pasa ahora a ser objeto de reinterpretación. Así, la especialidad no regirá en tres supuestos: a) cuando exista una renuncia general y expresa del Estado de ejecución mediante una notificación a propósito entregada al Secretario General del Consejo de la UE¹²⁵; b) cuando la persona reclamada re-

122. El art. 17 de la DM establece que, siempre que la persona buscada consienta en la entrega, la autoridad judicial de ejecución dispone de un plazo de diez días para adoptar la decisión definitiva sobre la entrega. En los demás casos, la decisión deberá tomarse dentro de los sesenta días posteriores a la detención, con una prórroga de treinta días más en casos excepcionales. Los mismos plazos se reproducen en el art. 19 de la Ley 3/2003.

123. Art. 12 de la DM y 59 del ER y Regla 119. Se trata de las mismas medidas cautelares previstas para la extradición pasiva en el art. 8.3 de la Ley 4/85.

124. Disposición Séptima del Preámbulo de la Ley 4/85, de extradición pasiva y arts. 101 del ER y 27 de la DM.

125. Vid. arts. 27 de la DM y 24 de la Ley 3/2003, así como el 101 del ER y Reglas 196 y 197. El Estado de ejecución no podrá formular dicha renuncia cuando la persona le haya sido entregada por un Estado no parte del ER o, en el caso de la DM, por un tercer Estado en cumplimiento de un Tratado de extradición.

nuncie expresa, personal y voluntariamente a ésta garantía, antes o después de que haya tenido lugar la entrega¹²⁶; y c) cuando los Estados de emisión y de ejecución acuerden su derogación para casos concretos, generalmente sobre la base de la reciprocidad.

Por último, merece una atención especial las exigencias formales que deben cumplir las órdenes de detención y entrega, sobre todo porque los derechos y garantías antes referidos encuentran su correspondiente reflejo en “los formularios que acompañan a dichas órdenes”.

En concreto, el ER enumera el contenido de dichas órdenes, especificando los datos que debe contener¹²⁷, precisando posteriormente que los requisitos exigidos para completar las solicitudes “no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte”¹²⁸. La eficacia plena de esta disposición dependerá de los correspondientes acuerdos de entrega que la CPI tiene que ir concluyendo con cada uno de los Estados parte. Nos parece, sin embargo, que la remisión a los derechos internos rompe de nuevo con la homogeneidad y multiplica las diferencias en cuanto a las garantías formales, que pueden variar en función del Estado donde tenga lugar la detención, por lo que reivindicamos la necesidad de establecer procedimientos tipos únicos en las órdenes de detención internacionales.

En cambio, en la DM este problema no se suscita, precisamente porque se ha optado por uniformar los requisitos formales de la orden de detención que, con independencia del Estado de emisión y de ejecución, tienen que ser necesariamente los que figuran en el formulario anexo a la misma¹²⁹. La DM

126. Se entiende que la renuncia tácita existirá cuando el detenido, pudiendo salir, permanece en el Estado al que ha sido entregado más de 45 días, o regresa a dicho territorio después de abandonarlo. La renuncia funcionaría por tanto de manera similar a la prevista en el caso de las inmunidades diplomáticas, tal y como expresara el Departamento de Estado Norteamericano en el asunto “Abisinio”.

127. Art. 91 del ER y Regla 187 que se refieren a los datos personales de la persona buscada y posible paradero, copia de la orden de detención y en su caso, de la sentencia condenatoria, declaraciones o informaciones exigidas por el Estado de ejecución

128. Art. 91.2.c) del ER.

129. Art. 3 de la DM. En el anexo se establece que la orden europea deberá especificar los datos identificadores de la persona y de la autoridad judicial de emisión, los relativos al delito y a la resolución judicial sobre la que se basa la orden de detención, los objetos de prueba y cualesquiera otras circunstancias relacionadas con el caso.

conduce por tanto a un ventajoso modelo de resolución judicial unificada¹³⁰.

3. *Los recursos contra la decisión de entrega**

Como ya hemos reiterado, tanto en el ER como en la DM el derecho interno del Estado de ejecución funciona como punto de referencia con vistas al cumplimiento de las órdenes de detención y entrega. En concreto, el ER prevé que la orden emitida por la CPI permanecerá en vigor hasta que se disponga lo contrario, razón por la cual el Estado parte tomará “inmediatamente” las medidas necesarias para su ejecución de conformidad con su derecho interno¹³¹. En idéntico sentido, la autoridad de ejecución de la orden europea deberá valorar la pertinencia de la misma tomando como parámetro su propio derecho. Por tanto, habida cuenta que el control de los derechos y garantías procesales del reclamado está sometido a los derechos internos, corresponderá también a las autoridades nacionales pronunciarse sobre los recursos que el reclamado puede interponer contra la decisión de la entrega.

La remisión a los derechos internos en materia de recursos conlleva dos consecuencias importantes. En términos generales, la posibilidad de invocar el abanico de recursos que cada ordenamiento tenga previstos equivale a consagrar la heterogeneidad en el tratamiento de una garantía penal tan importante como la doble instancia, sin olvidar que, atendiendo a la urgencia y gravedad de los delitos perseguidos, el derecho del reclamado a impugnar la entrega no puede entrañar una dilación indefinida de la ejecución de las órdenes de detención.

En segundo lugar, y por lo que se refiere en particular al derecho español, la coherencia y la uniformidad en el tratamiento de la cooperación penal internacional exigirían que la persona reclamada dispusiese de las mismas vías de impugnación de la decisión de entrega que nuestro ordenamiento le concede ante peticiones similares, es decir, que tuviese idénticos recursos a su

130. Siguiendo a JIMENO BULNES las principales ventajas de este modelo es que favorece la comunicación directa entre autoridades judiciales, simplifica considerablemente el procedimiento de entrega y reparte equitativamente los gastos que la orden ocasiona. Vid., JIMENO BULNES, M.: “La Orden Europea de Detención y Entrega: aspectos procesales”, *La Ley*, año XXV, no. 5979, 19 de marzo 2004, p. 4 y ss.

* Cuadros Anexo 4 y 5

131. Arts. 58.4 y 88 del ER.

alcance, con independencia de la autoridad de emisión o de la base jurídica utilizada para solicitar su detención y entrega.

En el caso de las órdenes dictadas por la CPI, esta exigencia sí se cumple, ya que la LO 18/2003 prevé que el auto del Juez Central de Instrucción que decida la ejecución de la orden emitida por la CPI podrá ser recurrido en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹³².

En cambio, esta exigencia garantista choca con la regulación de la DM, en la que para asegurarse la inmediatez de la ejecución de la orden europea la decisión de entrega se considera *a priori* firme, definitiva e inapelable. De esta manera, al suprimir el recurso de súplica, la DM se aparta del régimen previsto en la extradición¹³³, por lo que contra el auto motivado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional autorizando la entrega no está previsto recurso alguno. Junto a consideraciones de orden político, con ello se pretende preservar la eficacia de la orden europea, garantizando que su tramitación se efectúe en el plazo máximo previsto de noventa días. Sea como fuere, lo cierto es que cabe constatar cierta asimetría en la regulación de los medios de impugnación de los cuatro instrumentos claves de la cooperación penal internacional, a saber: extradición, cooperación con los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, CPI, y orden europea.

En segundo lugar, y al margen de los anteriores recursos, la posibilidad de utilizar “medios de impugnación extraordinarios” presenta, en el caso del nuestro derecho interno, cierta complejidad. En primer lugar, es importante resaltar que, aunque las órdenes de detención no son procedimientos extradicionales en sentido estricto, su propósito, implícito en el caso del ER, y expreso en el de la DM, es el de reemplazar a la extradición, sustituyéndola por un sistema de entrega entre autoridades judiciales mucho más efectivo y rápido. Por esta razón consideramos que la persona reclamada debe disponer de los mismos recursos que le asisten durante la tramitación de una solicitud de extradición.

En este sentido, hay que subrayar que la extradición no es un verdadero proceso penal, por lo que no le resultan extrapolables los recursos previstos en

132. Art. 17 de la Ley 18/2003. El CGPJ ya advirtió en su Informe preceptivo al anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la CPI, (*cit.*, pp. 29-30), acerca de lo ilógico de tal diferenciación “en cuanto que no existen razones desde el punto de vista del control jurisdiccional que aconsejen un tratamiento diferente de supuestos materialmente análogos”.

133. Vid. art. 15.2 de la Ley 4/85. En la extradición el recurso de súplica será resuelto por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, “sin que pueda ser designado ponente ninguno de los Magistrados que dictaren el auto suplicado”.

las causas en las que se dilucida la culpabilidad de un imputado. Así, la extradición activa sólo admite un recurso de apelación contra el auto del Juez de Instrucción solicitando la entrega¹³⁴, mientras que en la extradición pasiva contra el auto que afirme la procedencia de la extradición únicamente cabe un recurso de súplica¹³⁵.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha matizado que aunque la extradición en sí misma no puede ser objeto de amparo, si durante el procedimiento extradicional se hubieran vulnerado, sea en el Estado requirente o en el requerido, los derechos y libertades protegidos en nuestra Constitución, la persona reclamada estará legitimada para interponer el correspondiente recurso de amparo. A nuestro juicio, esta doctrina sobre la procedencia del amparo en la extradición sería también aplicable en las órdenes de detención¹³⁶, por lo que la persona reclamada podría interponer dicho recurso de amparo si en el transcurso del procedimiento de entrega se hubieran vulnerado sus derechos fundamentales, bien en el Estado de emisión o en el de ejecución, máxime cuando tanto el ER como la DM afirman taxativamente, como ya hemos apuntado, la necesidad de respetar los derechos fundamentales.

La cuestión no es baladí, ya que aunque la interposición del amparo no produce automáticamente efectos suspensivos, admitido el recurso, el Tribunal Constitucional podrá, de oficio o a instancia del recurrente, suspender la ejecución de la orden, con las consecuencias pertinentes a efectos del incum-

134. Art. 830 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

135. Recurso de súplica que se interpondrá ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional según el art. 14 de la Ley 4/85, de Extradición pasiva. Si la súplica resultara desestimada, la resolución judicial favorable a la extradición deviene firme, sin perjuicio de que la decisión definitiva corresponda al Gobierno.

136. En concreto el TC ha reiterado recientemente que “la especial naturaleza del procedimiento de extradición determina que si los órganos judiciales españoles, siendo conocedores de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, no lo evitan con los medios de los que disponen, a dichos órganos habrá que serles imputada esa eventual vulneración de los derechos fundamentales del reclamado”, (FJ 2 de la STC 32/2003, de 13 de febrero, “asunto Nejat Das”). Se trata de una doctrina consolidada que arranca de la conocida sentencia en la STC 11/1983, de 21 de febrero (“asunto Korkala”) y que ha tenido continuidad en la STC 43/1986, y con posterioridad en los sucesivos pronunciamientos que desde 1998 (“asunto Borgobello”) se han referido a las sentencias penales en rebeldía dictadas por los tribunales italianos mencionadas con anterioridad, y comentadas por de DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las sentencias penales en rebeldía: el caso de Italia”, *op. cit.* En esta misma línea de extensión del amparo que proponemos, vid. BUENO ARUS: *op. cit.*, p. 236; DE MIGUEL ZARAGOZA: “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, p. 147; JIMENO BULMES: “La orden europea de detención y arresto: aspectos procesales”, *op. cit.*, p. 5; MANZANARES SAMANIEGO: *op. cit.*, p. 12.

plimiento de las obligaciones asumidas en el marco del ER y la DM¹³⁷. En sentido opuesto, si inicialmente el Tribunal Constitucional no acordara la suspensión de la entrega pero posteriormente otorgara el amparo, las consecuencias resultarían igualmente gravosas, en tanto que la persona que ya hubiera sido entregada en ejecución de una orden internacional podría reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado de conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley 30/92¹³⁸.

Por último, en el caso de la orden europea, además de los recursos ya mencionados, el reclamado podría hipotéticamente disponer de medios específicos de impugnación de conformidad con el propio derecho comunitario. Sin embargo, debido al marcado carácter intergubernamental del Título VI del TUE¹³⁹, el control jurisdiccional de la orden europea por el TJCE presenta importantes limitaciones¹⁴⁰.

137. Sobre los efectos suspensivos del recurso de amparo, véanse los arts. 56 a 58 de la LO 2/1979, de 3 de octubre. En el caso del ER, resultaría de aplicación el art. 87.7 del ER, según el cual la CPI hará una constatación de la negativa del Estado a dar curso a la solicitud de cooperación y remitirá la cuestión a la Asamblea de los Estados partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto y cabría también exigir la eventual responsabilidad internacional del Estado español que se fundaría en el art. 32 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que dispone que “El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”. En el supuesto de la DM, no hay ninguna previsión para el caso de no ejecución, salvo la referencia del art. 17, p.6 a que toda denegación de ejecución deberá justificarse y del p.7 a la posibilidad de que un Estado miembro informe al Consejo cuando “haya sufrido de forma repentina demoras en la ejecución de órdenes de detención por parte de otro Estado miembro”, a efectos de evaluar la aplicación por parte de los Estados miembros de la DM.

138. El art. 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que “1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

139. El Título VI, “De la cooperación Policial y Judicial en materia penal”, (antiguo título IV) comprende los arts. 29 a 42.

140. Por una parte, el particular carece de legitimación activa para recurrir al TJCE, de manera que solo a través de la competencia prejudicial puede cuestionarse la validez e interpretación de una orden europea o de sus medidas de aplicación. Por la otra, la defensa del reclamado queda en manos del juez nacional, que será el que decida si eleva o no la mencionada cuestión prejudicial. Pero es que además dicha competencia prejudicial ni siquiera es obligatoria, sino que depende de la aceptación individual y explícita de cada EM, que no solo podrá rechazar la jurisdicción del TJCE, sino que podrá también limitar su aceptación, restringiendo la facultad para plantear la cuestión prejudicial exclusivamente a los jueces de última instancia (art. 35

Ciertamente este problema ni es novedoso, ni se plantea exclusivamente respecto a la impugnación de la orden europea¹⁴¹. De hecho, la DM alude expresamente a la necesidad de que la entrega se realice de conformidad con los principios reconocidos en el art. 6 del TUE y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, lo que indirectamente significa una remisión al CEDH. Sin embargo, ni la pertenencia a la UE ni el hecho de que todos los Estados miembros hayan ratificado el CEDH es garantía automática de respeto de los derechos y libertades fundamentales. Por consiguiente, consideramos que la jurisprudencia del TEDH en materia de extradición iniciada con el “caso Soering” sería extrapolable a la orden europea, de manera que la persona reclamada podrá, una vez agotados los recursos internos, dirigirse al TEDH cuando considere que durante la entrega el Estado emisor o el de ejecución hubieran vulnerado los derechos reconocidos en el CEDH¹⁴². Con todo, el recurso al TEDH no es la panacea, ya que su interposición no es inmediata y tampoco garantiza la suspensión de la orden europea.

TUE). Respecto a la jurisdicción del TJCE en el sentido previsto en el 35.2 del TUE, hasta el presente once de los quince EM, es decir, todos salvo Francia, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, la han aceptado. A su vez cinco países (Austria, Bélgica, Italia, Países Bajos y Alemania) han optado por imponer la obligatoriedad del planteamiento de dicha cuestión prejudicial a los órganos jurisdiccionales de última instancia. Vid. las Declaraciones de aceptación de la jurisdicción del TJCE conforme al art. 35 del TUE en el *DOCE C 120*, de 1 de mayo de 1999, p. 24. España, en su Declaración se reservó el derecho de establecer en su legislación nacional la obligación de plantear la cuestión prejudicial a los órganos jurisdiccionales de última instancia “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho Interno”. Así se hizo mediante la Disposición Adicional única de la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, (*BOE* de 1.12.1998).

141. A modo de crítica puede apuntarse que, al hilo de la integración de la Carta de los Derechos Fundamentales en el proyecto de Constitución Europea, deberían haberse articulado nuevas fórmulas que facilitaran el acceso directo de los particulares al TJCE, o en su defecto, fomentar el planteamiento de cuestiones prejudiciales. El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, *cit.*, reconoce dentro del Título VI (“Justicia”) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el artículo II-47, en directa relación con el artículo III- 270.4, que reconoce a las personas físicas o jurídicas la posibilidad de recurrir “los actos de los que sea destinataria o le afecten directa e individualmente”. Sobre este particular las reflexiones de LENOIR, N.: “Les imperfection de l’espace pénal européen: des réponses dans la future constitution européenne”, en *Revue du Marché Commun et de l’Union européenne*, n. 469, juin, 2003, pp. 349-353; DE GASQUEST, S.: “Le citoyen européen face à la justice communautaire”, en *Synthèse 121*, en <http://www.robert-shuman.org/> y PUEYO LOSA, J.: “El Tribunal de Justicia y el futuro constitucional de la Unión Europea” en PUEYO LOSA, J. (Dir.): *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y Nuevos retos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2004, p. 179.

142. Caso “Soering v. The United Kingdom”, TEDH, A 240, 1/1989/161/217, puede consultarse en <http://hudoc.echr.coe.int>. A favor de la extensión del recurso ante el TEDH, VENNEMAN, *op. cit.* p. 116 y ss. y LUGATO, *op. cit.*, p. 44.

VI. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA ENTREGA

Las causas de denegación de la entrega constituyen otro de los aspectos de interés del análisis comparado de los procedimientos de entrega previstos en el ER y la DM. En particular, se trata de uno de los ámbitos en el que mejor se aprecian las diferencias entre ambos instrumentos, y entre éstos y la extradición, encontrando tales diferencias razón de ser en el mayor peso que en este punto tiene el enfoque vertical de la cooperación en el ER, frente al enfoque predominantemente horizontal al que, con algunas matizaciones importantes respecto a la extradición, parece responder la DM.

Así, por lo que respecta al ER hay que recordar una vez más el carácter *sui generis* de la cooperación de los Estados partes con la CPI, así como la función desempeñada por el principio de complementariedad como criterio determinante para el ejercicio de la competencia de la CPI. En función de estos presupuestos de partida, el ER no se refiere expresamente a ninguna causa de denegación de la entrega, en la medida en que los Estados partes quedan obligados a cooperar “plenamente” con la CPI. Como se ha señalado repetidamente, este es uno de los principales logros del sistema de cooperación penal establecido por el ER¹⁴³. Por esta razón, sólo cabe plantear una serie de supuestos ligados a la inadmisibilidad de la causa en relación con la aplicación del principio *ne bis in idem*, que, salvo excepciones puntuales, facultan a los Estados partes a aplazar o modificar, pero no a rechazar, las solicitudes de entrega, y que habrán de situarse en el marco del sistema de consultas entre la CPI y el Estado requerido que el ER prevé al objeto de solucionar los problemas planteados por la ejecución de las solicitudes de cooperación¹⁴⁴.

Este sería el caso, en primer lugar, cuando la persona reclamada impugne su entrega ante un tribunal nacional “oponiendo la excepción de cosa juzgada conforme al art. 20 del Estatuto”, es decir, cuando manifieste su oposición alegando que ya ha sido procesado por la CPI o por otro Tribunal por los crímenes contemplados en el ER¹⁴⁵. Esta impugnación dará lugar a que el

143. En este sentido, entre otros, CONVERTI, A.: “La cooperazione internazionale e l’assistenza giudiziaria nello statuto della Corte Penale Internazionale”, en CARLIZZI, G./DELLA MORTE, G./LAURENTI, S./MARCHESI, A.: *La Corte Penale Internazionale. Problemi e Prospettive*, Napoles, Vivarium, 2003, p. 335 y SWART: *op. cit.*, pp. 1681.

144. Art. 86 del ER. Vid. LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 279.

145. Arts. 89, p. 2 del ER y 15.2 de la LO 18/2003 de cooperación con la CPI. Ver también la Regla 181 de las Reglas de procedimiento y prueba que establece que la Sala encargada del asunto tomara medidas para obtener del Estado requerido “toda la información relevante sobre la excepción *ne bis in idem*” alegada por la persona. Esta petición de información se estaría refiriendo al supuesto de la excepción de cosa

Estado requerido celebre de inmediato consultas con la CPI para determinar si ha existido una decisión sobre la admisibilidad de la causa, y al consiguiente aplazamiento de la entrega hasta que la CPI se pronuncie sobre la impugnación.

En segundo lugar, cabe también la posibilidad de que bien “la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención” o “un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes”, impugnen la admisibilidad del asunto por los motivos de litispendencia, sobreseimiento o cosa juzgada en dicho Estado¹⁴⁶. En estos supuestos, el principio de complementariedad establece una presunción a favor de las jurisdicciones nacionales que sólo se destruye cuando la CPI, ejercitando sus facultades de supervisión, considere admisible la causa a la vista de la falta de disposición o incapacidad del Estado para actuar en el asunto, en cuyo caso procederá la entrega de la persona a la CPI para su enjuiciamiento¹⁴⁷. Con todo, la impugnación de la causa sólo se traduce en un aplazamiento de la entrega, hasta que la CPI decida¹⁴⁸, ya que, al atribuir el ER la decisión final en relación a la admisibilidad de un asunto a la CPI, los Estados partes no pueden negarse a la entrega, incluso aunque a su juicio la causa fuese inadmisibile¹⁴⁹.

juzgada por un Tribunal nacional, que la CPI deberá valorar a efectos de establecer la admisibilidad del asunto, de acuerdo con el art. 20, p. 3. (Vid. HARHOFF, F./MOCHOKO, P.: “International Cooperation and Judicial Assistance” en LEE, R. S.: *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, Transnational, 2001, p. 647).

146. Art. 19.2.a y b del ER en relación con el art. 17. 1. En el caso del que ese Estado fuese España, en atención a lo ya señalado a propósito de la facultad de remisión de una situación por el Estado español, corresponderá exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Justicia y del Ministro de Asuntos Exteriores, acordar la impugnación de la admisibilidad de la causa, cuando los tribunales españoles hayan conocido del asunto y haya recaído sentencia, o se haya decretado el sobreseimiento libre de la causa o estén conociendo del asunto (art. 9 de la LO 18/2003).

147. Art. 17 en relación con el art. 20.3 del ER. En este marco hay que situar el supuesto de las amnistías que no aparecen mencionadas en el ER, sin que este silencio permita considerarlas como una posible causa de denegación de la entrega, sino que de ser alegadas, se impondrá la valoración de la CPI en el marco de esta disposición.

148. Téngase en cuenta que la impugnación no afecta a la validez de ninguna orden dictada por la Corte antes de ella (art. 19.9) y que mientras la Corte se pronuncie el Fiscal podrá pedirle autorización para “impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el Fiscal haya pedido ya una orden de detención en virtud del artículo 58” (art. 19.8.c).

149. Vid. KAUL, H-P./KRESS, C.: “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal internacional: Principios y Compromisos” en AMBOS, K. (coord.): *La nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia, Tirant lo Blanch,

Finalmente, el mismo efecto de aplazamiento, que no de negativa a la entrega, se produce en la hipótesis de que la persona buscada esté siendo enjuiciada o cumpla condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el que se solicita su entrega a la CPI. En este caso, el Estado deberá primero decidir la entrega, y después celebrar consultas con la CPI para determinar cuando se producirá ésta¹⁵⁰.

Además de estos supuestos, y por lo que se refiere a otras causas de denegación de la entrega propias del régimen de la extradición, el ER contiene una derogación explícita y general de las inmunidades personales que también se proyecta en la obligación de los Estados partes de cooperar plenamente con la CPI¹⁵¹. Además de tener que encontrar su correspondiente reflejo en las legislaciones nacionales, esta obligación impide a los Estados partes invocar las inmunidades personales para denegar una solicitud de entrega en relación con sus propias autoridades. En cambio, el ER es más confuso cuando señala que la CPI no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho Internacional con respecto a la inmunidad diplomática que ampare a una persona que sea nacional de un tercer Estado, salvo que la CPI haya obtenido con anterioridad la renuncia de este tercer Estado a invocar la inmunidad.

En este caso, el problema principal estriba en que la interpretación del término “tercer Estado” induce a dudas, ya que no resulta claro si se está refiriendo sólo a los Estados que no son parte en el Estatuto o si se incluye también a los Estados partes¹⁵². Lo lógico es que esa alusión se limite a los Estados no partes, puesto que si se trata de un Estado parte la CPI está facultada para exigirle la renuncia a la inmunidad o incluso la entrega de la persona reclamada, por lo que, en la práctica, la inmunidad únicamente podrá funcionar como causa de denegación de la entrega en relación con los nacionales de Estados que no sean parte en el ER, siempre, claro está, que ese tercer Estado no renuncie a la inmunidad.

2002, p. 298 y KARAYAN, M.: “La cooperación con una Corte Penal Internacional permanente”, *ibidem*, p. 346).

150. Art. 89.4. Vid en este punto el art. 18 de la Ley 18/2003 que se refiere a la entrega temporal a la Corte.

151. Esta lectura conjunta de los arts. 27.2 y 98.1 del ER es la que realizan, entre otros, FRULLI, M.: “Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux”, en *Crimes internationaux...*, *op. cit.*, pp. 227-228 y BROOMHALL: *op. cit.*, pp. 136 y ss.

152. Cf. KAUL/KRESS: *op. cit.*, p. 327 y BORGUI, A.: *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 275.

Tampoco cabe plantear como causa de denegación de la entrega la excepción de delitos políticos, puesto que de conformidad con la práctica internacional el ER ha excluido expresamente tal posibilidad en relación con los crímenes de la competencia de la CPI¹⁵³.

Respecto a la entrega de nacionales, hemos adelantado ya que el ER, en línea que los Estatutos de los Tribunales Penales *ad hoc*, ha optado por diferenciar conceptualmente la entrega a la CPI del procedimiento clásico de la extradición, a fin de salvar el impedimento existente en aquellos ordenamientos internos que expresamente prohíben la entrega de los propios nacionales. Por tanto, la negativa de un Estado parte a cumplir con la solicitud de entrega a la CPI alegando que la persona requerida es nacional suya resulta teóricamente incompatible con la obligación de plena cooperación impuesta por el ER¹⁵⁴.

De todo lo anterior se desprende que, respecto a las causas de denegación de la entrega, el ER es consecuente con la aproximación vertical de la cooperación penal internacional, apartándose claramente del amplio régimen de excepciones presentes en la legislación y la práctica extradicional, y eliminando casi por completo los motivos que un Estado parte puede alegar para negarse a entregar una persona a la CPI.

Por el contrario, la regulación de las causas de denegación de la entrega en la DM responde a un planteamiento diferente, ya que sí se contemplan expresamente determinados motivos de no ejecución de la orden de detención europea¹⁵⁵. La inclusión de estos motivos de no ejecución estaría reflejando el carácter predominantemente horizontal de la cooperación y el mayor peso de la soberanía estatal en comparación con el ER. A la vista de tales consideraciones, hay que plantearse si la DM supone realmente un avance respecto a las causas de denegación previstas en los Convenios de extradición hasta ahora aplicables entre los Estados miembros de la Unión Europea.

La DM considera tres “motivos de no ejecución obligatoria”: la amnistía en el Estado de ejecución¹⁵⁶; el que la persona buscada haya sido juzgada

153. Cf. SWART: *op. cit.*, pp. 1648 y ss.

154. En relación con los problemas que, sin embargo, pueden suscitarse en la práctica, vid. KNOOPS, *op. cit.*, pp. 215-217, ya que como señala SCHABAS, W., resulta difícil predecir como actuarán los tribunales nacionales, (*An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 111).

155. Arts. 3 y 4 de la DM.

156. Art. 3.1 de la DM. Téngase en cuenta que el art. 12.1 c) de la Ley 2/2003 utiliza el término “indulto” en vez de “amnistía” en función de la desaparición de este derecho de gracia en nuestro ordenamiento jurídico por la prohibición de indultos generales a los que se refiere el art. 62i) de la Constitución. Sin embargo, DE MIGUEL

definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro¹⁵⁷; y la minoría de edad¹⁵⁸. Los dos primeros aparecían ya como motivos de no ejecución obligatoria en dichos tratados de extradición¹⁵⁹, por lo que la única novedad introducida por la DM es la mención a la minoría de edad, que hasta ahora era una cuestión a determinar por cada derecho interno.

También cabría incluir como motivo de no ejecución obligatoria las inmunidades personales, ya que, aunque no figuren como tales y sean objeto de un tratamiento diferenciado, conllevan una suspensión de los plazos de tramitación de la petición de entrega, plazos que sólo empezarán a contar una vez que la autoridad de ejecución haya sido informada de la retirada de la inmunidad¹⁶⁰. Sin embargo, en nuestra opinión, la DM pretende evitar que las inmunidades personales puedan invocarse como causa de denegación de la entrega. Así lo demuestra el hecho de que se insta a solicitar al Estado al que corresponda a que retire la inmunidad, y el que se obligue al Estado miembro de ejecución a garantizar que se cumplen las condiciones materiales para la entrega efectiva, una vez que la persona haya dejado de disfrutar de la inmunidad que él ampare.

Por lo que se refiere a los motivos de “no ejecución facultativa” de la entrega, la regulación de la DM merece a nuestro juicio una valoración negativa, ya que, en un sistema que se dice basado en el principio de la confianza mutua, la mayoría de los motivos de no ejecución incluidos como facultativos o carecen de sentido, o deberían tener un alcance mucho más restringido¹⁶¹.

ZARAGOZA, *op. cit.*, p. 151, señala que puesto que los dos términos no son idénticos hubiera sido más prudente incluir ambos.

157. Art. 3.2 de la DM. En relación con el concepto del cosa juzgada hay que tener en cuenta la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge, en relación con la interpretación del art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

158. Art. 3.3 de la DM.

159. La amnistía aparece prevista en el art. 4 del Segundo Protocolo al Convenio Europeo de extradición, en el art. 9 del Convenio relativo a la extradición entre Estados miembros de 1996 y en el art. 62 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. En relación con la excepción de cosa juzgada, hay que tener en cuenta que la DM sigue al art. 54 del Convenio de Schengen al limitar el efecto de cosa juzgada a que se trate de una sentencia firme de un Estado miembro y no la solución más amplia que recoge el Segundo Protocolo al Convenio de 1957 que se refiere a un tercer Estado que, como veremos, funciona como motivo facultativo de denegación de la entrega.

160. Art. 20 de la DM.

161. En este sentido, IRURZUN MONTORO: *op.cit.*, p. 44. En todo caso, como apunta CASTILLEJO MANZANARES, R., hay que tener en cuenta que de acuerdo con el art. 31.2 de la DM, en el marco de los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales que puedan celebrar los Estados miembros después de la entrada en vigor de la

A este respecto, además de los casos en los que resulte de aplicación la doble incriminación¹⁶², la DM ha incluido dentro de esta categoría a la litispendencia¹⁶³, a la prescripción¹⁶⁴ y una serie de supuestos ligados al principio *non bis in idem*, entre los que se incluye el sobreseimiento y la cosa juzgada en un tercer Estado¹⁶⁵. Todas estas causas de no ejecución facultativa tampoco suponen avance alguno respecto a lo previsto en los Convenios de extradición ya existentes en el ámbito europeo¹⁶⁶.

Finalmente, en esta misma línea de continuidad, la DM establece también como motivos de no ejecución facultativa de la entrega el que la orden de detención europea contemple infracciones que se hayan cometido en todo o en parte en el territorio del Estado de ejecución, o que se hayan perpetrado fuera del territorio del Estado emisor, si el derecho del Estado de ejecución no permite la persecución por tales infracciones cuando éstas se hayan cometido fuera de su territorio¹⁶⁷. Ambas causas de denegación de la orden europea son, a nuestro entender, altamente criticables. La primera resulta del todo incomprensible en el ámbito de la UE porque, en tanto que obedece a un estricto respeto del principio de territorialidad, puede permitir la impunidad de conductas delictivas cuyos efectos negativos se produzcan en el territorio

DM con el objetivo de profundizar en la cooperación, se contempla expresamente la posibilidad de limitar más los motivos de denegación previstos en los arts. 3 y 4, (*Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, Madrid, Colex, 2002, p. 129, nota 173).

162. Art. 4,1) de la DM.

163. Art. 4, 2) de la DM. Como señala LÓPEZ ORTEGA: *op. cit.*, pp. 362-363, siguen pendientes los problemas que puede suscitar la litispendencia, ya que la DM no ha establecido criterios de atribución de competencias entre las diferentes jurisdicciones nacionales de cada Estado miembro para resolver la concurrencia de jurisdicciones nacionales, por lo que cabe la posibilidad de que el reclamado se vea sometido a múltiples procesos por unos mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros. En este mismo sentido, FLORE, D./DE BIOLLEY, S.: "Des organes juridictionnels en matière pénale pour l'Union Européenne", *Cahiers de Droit Européen*, n° 5-6, 2003, p. 610.

164. Art.4,4) de la DM.

165. Art.4,3) y 5) de la DM.

166. En este sentido, por lo que se refiere a la litispendencia y al principio *non bis in idem* se sigue lo dispuesto en los art. 8 y 9 del Convenio Europeo de Extradición. En relación con la prescripción, se ha optado por la solución más favorable del art. 8 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE que ya la establece como una causa de denegación facultativa.

167. Art. 4, 7, a) y b) de la DM por referencia al art. 7, p.1 y 2 del Convenio Europeo de Extradición

de otros Estados miembros¹⁶⁸. La segunda, porque en los supuestos en los que la ejecución de la orden de detención europea se vincula al ejercicio de la competencia extraterritorial del Estado requirente hemos advertido ya de las consecuencias especialmente negativas que la no ejecución de dichas órdenes pudiera tener para la sanción de crímenes internacionales.

De hecho, el progreso más notorio de la DM en relación con los motivos de denegación de la entrega se centra en la posibilidad de entrega de los propios nacionales, respecto de los que la DM distingue dos hipótesis diferenciadas: el supuesto en que la orden de detención se haya dictado para entablar una acción penal contra una persona que es nacional o reside en el Estado de ejecución, de aquel otro caso en el que la orden se emita para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad¹⁶⁹.

Como ya hemos visto, el primer supuesto se corresponde con una causa condicionada de entrega y el segundo con un motivo de no ejecución facultativa, aunque en ambos la solución sea idéntica, puesto que en ninguno se excluye la entrega por razón de la nacionalidad, sino que se permite que el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad se pueda llevar a cabo en el Estado de ejecución, de conformidad con su derecho interno¹⁷⁰. Desde esta perspectiva, y pese a las críticas de la que ha sido objeto por su ambigua redacción, la DM recorta significativamente el principio absoluto de no entrega de nacionales hasta ahora recogido en las Convenciones existentes¹⁷¹.

168. Se apunta con razón que si bien la territorialidad de los hechos permitiría que se rechace la entrega, ello no debería afectar al funcionamiento de otros mecanismos de asistencia mutua en materia penal entre los Estados miembros de la UE que puedan contribuir a la sanción de tales hechos, por lo que será necesario que “las autoridades judiciales cooperen para intercambiar todos los elementos de información sobre el caso, y determinar si deben producirse actuaciones judiciales y en qué Estado miembro”, incluso aplicando el procedimiento de consulta a Eurojust previsto en el art. 16.2 de la DM, mediante el intercambio de informaciones (FONSECA MORILLO: *op. cit.*, p. 82).

169. Arts. 4, 6) y 5, 3) de la DM respectivamente.

170. Téngase en cuenta que aunque el sistema se asemeja al previsto en el Convenio sobre el traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983, la pena no se sustituye por la señalada por la legislación del Estado miembro de ejecución para la misma infracción, sino que lo que se hace es cumplir la pena impuesta por la autoridad judicial de emisión, aunque de conformidad con las leyes del Estado miembro de ejecución. Sobre esta cuestión, vid. entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CÁNO, M. I.: *El traslado de persona condenadas entre países*, Madrid, McGrawHill, 2001.

171. Se trata ésta de una causa de denegación de la extradición prevista en el art. 6 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 y con carácter facultativo en el art. 7 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE de 1996, aunque son varios los Estados partes que en sus relaciones mutuas han excluido la exigencia de dicho requisito. Véase por ejemplo el Canje de Notas de 13 y 21 de

En segundo lugar, otro de los avances más significativos de la DM es, a semejanza del ER, la completa eliminación de la posibilidad de invocar la excepción de delitos políticos como causa de denegación de la entrega¹⁷².

En suma, aunque la DM contiene algunos avances relevantes respecto a las causas de denegación de la entrega, en comparación con el ER se encuentra mucho más próxima al modelo clásico de cooperación horizontal, puesto que no se aparta sustancialmente del régimen de la extradición existente en el ámbito europeo. Así las cosas, el enfoque vertical del ER ha permitido grandes avances en la cooperación penal de ámbito universal, frente a lo que sucede en la UE, donde paradójicamente la salvaguarda de la soberanía estatal continúa dejando sentir su influencia.

VII. REGLAS EN CASO DE CONCURRENCIA DE SOLICITUDES

Otro de los aspectos particularmente complejos que suscita la cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas es el de la concurrencia de solicitudes respecto de una misma persona. En concreto, la posible interacción entre la extradición, la orden de detención y entrega emitida por la CPI y la orden europea puede originar un complicado haz de relaciones jurídicas, no siempre bien resuelto, en el que cabe distinguir al menos cuatro hipótesis diferentes:

febrero de 2003, constitutivo del Acuerdo entre España e Irlanda para la extradición de nacionales, complementario del Convenio Europeo de Extradición, (BOE N^o 294 de 9.12.2003). Desde una posición más crítica se han manifestado, CASTILLEJO MANZANARES: *op. cit.*, p. 138 y DE MIGUEL ZARAGOZA: "Algunas consideraciones...", *op. cit.*, p. 152. En la línea de opinión que mantenemos BENOIT, L.: "Le mandat d'arrêt européen", *Revue du Marche commun et de l'Union européenne*, n^o 465, février, 2003, p. 109, FONSECA MORILLO: *op. cit.*, p. 74 y GILMORE: *op. cit.*, p. 4.

172. Se avanza así respecto de la regulación contemplada en el art. 5 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE de 1996, que sólo excluía de forma incondicional la calificación de delitos políticos para los delitos contemplados en los arts. 1 y 2 del Convenio Europeo para la represión del terrorismo y para los hechos calificados de conspiración o de asociación con propósito delictivo para cometer dichos delitos. Vid. SCHMIDT-PARISSET: "Flagship of Mutual Recognition", ponencia presentada al Congreso *Eurowarrant, European Extradition in the 21st Century*, Londres, 5 de julio de 2003, p. 3.

1. *Concurrencia entre una petición de extradición emitida por un tercer Estado y una orden europea*¹⁷³

Según la DM, la elección recaerá en la autoridad del Estado de ejecución, que deberá valorar las circunstancias del caso, y en particular el lugar, gravedad, naturaleza y fecha de las respectivas órdenes¹⁷⁴, sin que se haya optado, como en nuestra opinión sería lógico, por establecer “un sistema de entregas europeas preferentes”¹⁷⁵.

Además, si la autoridad de ejecución fuese española, de producirse tal concurrencia la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional deberá suspender el procedimiento y remitírselo a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, que a su vez elevará una propuesta al Consejo de Ministros, el cual adoptará la decisión definitiva mediante el mismo procedimiento empleado en la extradición pasiva¹⁷⁶, es decir, utilizará como criterios el principio de reciprocidad, la seguridad, el orden público u otros intereses nacionales¹⁷⁷. En este sentido, como ha señalado

173. Recordemos que entre Estados Miembros de la UE no existe tal posibilidad, habida cuenta que la extradición ha sido reemplazada por la orden europea.

174. Art. 16 de la DM y 23 de la Ley 3/2003. La autoridad de ejecución podrá solicitar con vistas a su elección, el Dictamen de Eurojust. A juicio de BUENO ARUS/DE MIGUEL ZARAGOZA: la regulación contenida en el derecho interno español es “muy defectuosa”, *op. cit.*, p. 240.

175. IRURZUN MONTERO: *op. cit.*, p. 49. Así, por ejemplo, en el art. 10, p. 2 del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica sobre Extradición de 25 de junio de 2003, se contempla esta hipótesis y se remite para su solución a los criterios que ya estén establecidos en el tratado de extradición aplicable, aunque no sólo a éstos, y si éstos aun no se han establecido, a los previstos en el p. 3 de dicha disposición. En todo caso, en la Nota explicativa al Acuerdo se especifica que el artículo 10 “no pretende afectar a las obligaciones de los Estados que son parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ni a los derechos de los Estados Unidos de América como no parte en lo que respecta a la CPI”.

176. Art. 23 de la Ley 3/2003 en relación con el 6.2 de la Ley 4/85, de Extradición pasiva. Si se opta por dar preferencia a la solicitud de extradición, se le notificará a la autoridad de ejecución de la orden europea, para que ésta a su vez informe a la autoridad de emisión. En caso de que se otorgue preferencia a la orden europea, se informará a la autoridad de ejecución para que continúe con el procedimiento en el trámite en que se suspendió

177. En la práctica el mecanismo funcionaría como sigue: si la Audiencia Nacional recibiera una orden europea emitida por un juez francés pidiendo la detención y entrega de una persona, cuya extradición solicitasen también las autoridades argentinas en virtud del correspondiente tratado en vigor, la elección recaerá en el Consejo de Ministros, que decidirá de conformidad con los criterios antes mencionados, y con lo previsto en el correspondiente tratado de extradición, que, en el ejemplo expuesto, otorga preferencia al Estado en cuyo territorio se cometió el delito. En concreto el art. 23 del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987 (*BOE*

acertadamente Manzanares Samaniego, al confiar la decisión final a un órgano político como es el Consejo de Ministros, no sólo se estaría contradiciendo la “judicialización” del procedimiento de entrega que persigue la DM, sino que se abriría la puerta a eventuales impugnaciones por la vía del recurso contencioso administrativo, con los retrasos en la celeridad de la entrega que ello acarrearía¹⁷⁸.

2. *Concurrencia entre una petición de extradición emitida por un Estado tercer Estado y una solicitud de la CPI*

Las autoridades de un Estado miembro de la UE que reciban una solicitud de extradición emitida por un tercer Estado en virtud del correspondiente Tratado de extradición, junto a una solicitud proveniente de la CPI, deberán comprobar si el Estado que solicita la extradición es o no parte en el ER.

En caso afirmativo, otorgarán preferencia a la solicitud de entrega de la CPI, tal y como ordena el propio ER. En caso negativo, se procederá a la aplicación del Convenio de extradición, y en defecto del mismo, la decisión se adoptará discrecionalmente¹⁷⁹.

de 17.7.1990; de 15.9.1990 y 25.5.1991), dispone que en caso de concurrencia de solicitudes de extradición las autoridades de la parte requerida darán preferencia, si las peticiones se refieren al mismo delito, a la petición formulada por el Estado en cuyo territorio se cometió el delito, salvo que existan circunstancias particulares (nacionalidad y domicilio habitual de la persona requerida, o las fechas de las solicitudes) que recomienden otra cosa. Por contra, si las peticiones concurrentes se efectúan por distintos delitos, habrá que dar preferencia a aquella que concierna al delito considerado más grave.

178. MANZANARES SAMANIEGO: *op. cit.*, p. 9.

179. Por lo tanto si España recibiera, respecto de la misma persona, una petición de extradición cursada por las autoridades indias en virtud del correspondiente tratado bilateral, y una solicitud de entrega de la CPI, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolvería de conformidad con el ER y con el mencionado tratado, por lo que habría que otorgar preferencia a la petición de extradición formulada por las autoridades indias, habida cuenta de que hasta el presente la República India no ha firmado ni ratificado el ER, Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de la India, hecho en Madrid el 20 de junio de 2002 (*BOE* de 27.3.2003), en cuyo art. 18 se ordena que en caso de concurso de solicitudes de extradición formuladas por varios Estados, decidirá el requerido “teniendo en cuenta las circunstancias y especialmente la gravedad relativa y el lugar de comisión de los delitos, las fechas respectivas de las solicitudes, la nacionalidad de la persona reclamada y la posibilidad de extradición a otro Estado”.

En este orden de cosas, en nuestro derecho interno la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI ha venido a matizar las disposiciones del ER, al ordenar la notificación de la concurrencia de solicitudes tanto a la CPI como al Estado requirente y la tramitación conjunta de ambos procedimientos por el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional¹⁸⁰. Como hemos avanzado, la decisión final sobre la entrega corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en línea con la pretendida “judicialización” del sistema de cooperación con la CPI, que lo alejaría tanto del modelo vigente en la extradición como de la solución “gubernativa” adoptada en el caso de la orden europea.

3. *Concurrencia entre una orden de la CPI y una orden europea*

Su resolución no está prevista expresamente más allá de la declaraciones genéricas sobre la necesidad de salvaguardar la cooperación con la CPI previstas en el ER y en la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI¹⁸¹, así como en la DM, en donde se especifica el deber de “no perjudicar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ER”¹⁸², por lo que la cuestión deberá abordarse más como un problema de competencia que de jerarquía.

En principio, teniendo en cuenta de que todos los Estados miembros de la UE son parte en el ER, respecto a aquellas órdenes referidas a los delitos actualmente objeto de la competencia de la CPI (a saber, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad) tendría preferencia de la CPI, tal y como dispone el propio ER¹⁸³, mientras que para los restantes delitos habría que ejecutar la orden europea¹⁸⁴. Sin embargo esta solución tiene que ser ma-

180. Art. 16 de la Ley 18/2003, “De las solicitudes concurrentes”.

181. Art. 90 del ER y 16 de la Ley 18/2003.

182. Arts. 16.4 de la DM y 23.4 de la Ley 3/2003.

183. El art. 90 del ER, bajo la rúbrica de “Solicitudes concurrentes” ordena conceder prioridad a la solicitud de cooperación de la CPI frente a cualquier petición de extradición cuando el requirente sea un Estado parte. En caso de que se trate de un Estado no parte el requerido actuará de conformidad con el derecho internacional, y en particular, con los tratados sobre extradición vigentes.

184. Si España recibiera una orden de detención emitida por una autoridad judicial italiana conforme a la DM y una solicitud de la CPI referida a la misma persona la decisión corresponderá, según la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá de acuerdo con el ER. Previsiblemente la notificación al Estado requirente (Italia) de la existencia de una solicitud emitida por la CPI resolvería el problema, ya que todos los Estados de la UE son Estados partes del ER y han aceptado la obligación de cooperación con la CPI, por lo que no

tizada en función de la complementariedad. De conformidad con dicho principio, tendría preferencia la orden dictada por los tribunales nacionales¹⁸⁵, salvo que el Estado que estuviese conociendo del asunto impugnara la admisibilidad de la causa, lo que exigiría un pronunciamiento al respecto¹⁸⁶. En esta línea camina la Decisión del Consejo de la UE de 8 de mayo de 2003, al reafirmar que la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes objeto de la competencia de la CPI “seguirán siendo responsabilidad de las autoridades nacionales”¹⁸⁷.

4. *Concurrencia entre ordenes de detención europeas*

Teóricamente es un supuesto que no presenta complicaciones, en la medida en que tanto la DM como la legislación española que la desarrolla ofrecen idéntica solución: decidirá la autoridad judicial del Estado de ejecución según las circunstancias del caso y, en particular, la gravedad del delito y las fechas de las respectivas solicitudes, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por los Estados miembros de la Unión Europea derivadas del ER¹⁸⁸.

Precisamente esta referencia a las obligaciones derivadas del ER aconsejaría, a nuestro juicio, que la autoridad de ejecución tomara en cuenta, además de los mencionados criterios, las posibles inmunidades acordadas por los Estados de emisión de las órdenes de detención y entrega. En este caso, la concurrencia de solicitudes de entrega debería resolverse otorgando preferencia a las órdenes provenientes de aquel Estado que no hubiera accedido a la concesión de tales inmunidades.

En realidad, se trata de una hipótesis altamente improbable, pero no del todo imposible, tal y como demuestra el importante número de Acuerdos de Inmunidad concluidos por los EEUU para garantizar la inmunidad de su per-

deberían existir inconvenientes para que España diese prioridad a la solicitud de la CPI en detrimento de la orden europea, tal y como dispone el art. 90.2 del ER y 16 de la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI.

185. Lógicamente, el Estado miembro que hubiese emitido la orden europea tendría que pedir la inhibición del Fiscal, conforme al art. 18, p. 2 del ER y en el caso de España el art. 8 de la Ley 18/2003.

186. Téngase en cuenta que se trataría de un supuesto vinculado a las causas de denegación de entrega a la CPI, vistas *supra* p. VI.

187. Considerando 3-5 y art. 1 de la Decisión 2003/335, JAI.

188. Arts. 16.1 de la DM 2002/584 y 23.1 de la Ley 3/2003.

sonal ante la CPI¹⁸⁹. En contra de dichos acuerdos militan tanto la ya citada Posición Común del Consejo de 11 de junio de 2001¹⁹⁰ como, especialmente, los Principios Rectores de la UE sobre la CPI anejos a la Conclusiones del Consejo de 30 de septiembre de 2002, en los que textualmente se afirma la incompatibilidad de estos acuerdos con las obligaciones que todos los Estados miembros de la UE han asumido en virtud del ER¹⁹¹.

Sin embargo, la propia UE es consciente de la presión que los EEUU han ejercido y continúan ejerciendo sobre algunos de los nuevos socios y, en particular, sobre el grupo de países que aspiran a ingresar en la UE en el 2007, tal y como se desprende de la renovada Posición Común del Consejo relativa a la CPI, de 13 de junio de 2003. En ella se insta a los diez nuevos miembros de la UE a preservar la integridad del ER y a aplicar la Posición Común desde el mismo día de su adopción, a la par que se solicita a los tres países asociados que aspiran a la adhesión (Bulgaria, Rumania y Turquía) que se sumen al apoyo incondicional a la CPI y que respalden su funcionamiento efectivo¹⁹².

189. Acuerdos concluidos sobre la base del art. 98, p. 2 del ER. La lista actualizada de estos acuerdos de inmunidad puede consultarse en: <http://www.iccnw.org/documents/usandtheicc.html>. Vid también los comentarios de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: "Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por los Estados Unidos", en *REDI* 2002/2, pp. 999 y ss; FORNARI, M.: "Corte Penale Internazionale, Stati Uniti e Impunity Agreements", *La Comunità Internazionale*, N° 2, 2003, pp. 241-264 LIROLA DELGADO, I.: "A Corte Penal Internacional e o futuro das misiones de paz", *Tempo Exterior*, Xullo-Dicembro, 2003, pp. 47-56; PERIS GUELL, S.: "Ofensiva jurídica contra la Corte Penal Internacional", *Política Exterior*, núm. 94, Julio/Agosto 2003, pp. 146-150; y PONS RAFOLS, R.: "La Unión Europea...", *op. cit.*, pp. 1106-1114.

190. Posición Común 2001/443/PESC y Posición Común 2002/474/PESC.

191. Conclusiones del Consejo 12134/2002, de 30.9.2002 y Anexo relativo a los Principios rectores de la UE (Guidelines) en relación con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte. En concreto respecto a los acuerdos de inmunidad se afirma que: "Celebrar estos acuerdos con los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería *incompatible* con las obligaciones de los Estados Partes en la CPI en virtud del Estatuto de la CPI y puede ser incompatibles con otros acuerdos internacionales en los que los Estados Parte en la CPI son parte". (Las cursivas son nuestras).

192. Posición Común 10400/03/PESC, en especial los arts. 5 y 9. Como ejemplo de la presión ejercida por los EEUU cabe mencionar la suspensión de las ayudas económicas y militares a 35 países aliados, entre los que se cuentan algunos de los nuevos EM de la UE (i.e., Estonia, Lituania y Letonia) como castigo por su "resistencia" a concluir acuerdos de inmunidad. Por lo que respecta a los tres candidatos, Rumania ha firmado ya un acuerdo de inmunidad el 1 de agosto de 2002, aunque está todavía pendiente de ratificación debido a la posición contraria adoptada por la UE.

VIII. CONCLUSIONES

1. En un primer nivel de análisis, centrado en valorar “la inserción del ER y de la DM en la aproximación mixta de la cooperación penal internacional”, el estudio comparado de los mecanismos de detención y entrega previstos en el ER y la DM confirma que, a nuestro parecer, la CPI ha inaugurado un nuevo modelo de cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas, en el que, aunque aún se aprecian elementos propios de fórmulas anteriores, predomina una concepción vertical de la cooperación. Así lo evidencian: a) la marcada vocación de judicialización del procedimiento de entrega, pese a las perturbaciones que este objetivo pueda sufrir en el plano interno, como de hecho ha sucedido en el caso español, al haberse optado por atribuir en exclusiva al Gobierno la facultad de recurrir al Fiscal de la CPI; b) la naturaleza de los delitos que originan las órdenes de detención y entrega, todos ellos crímenes internacionales especialmente graves que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, y; c) el reforzamiento de la obligación estatal de cooperación, que se trasluce en la inexistencia, al menos formal, de causas de denegación de la entrega.

Con todo, hay que reconocer que la discrecionalidad tradicionalmente presente en la cooperación penal internacional no ha desaparecido del todo en el ER, tal y como demuestran las reglas en caso de concurrencia de solicitudes, que atribuyen la decisión sobre la preferencia a las autoridades del Estado requerido, y sobre todo, la remisión a los acuerdos de cooperación que la CPI deberá concluir con cada uno de los Estados partes para determinar los requisitos y el contenido de las solicitudes de entrega. Además, a diferencia de la orden europea, la falta de un formulario común para materializar las órdenes fomentará previsiblemente la discrecionalidad estatal, lo que a su vez puede redundar en un tratamiento desigual de las personas reclamadas.

Por lo que concierne a la DM, el procedimiento de detención y entrega diseñado estaría muy próximo a los tratados de extradición ya existentes en el marco de la UE, en los que de hecho se anticipaban algunas de las soluciones posteriormente incorporadas en la orden europea. Así, aunque el procedimiento se simplifica y se acortan considerablemente los plazos, persisten una serie de elementos que se derivan de su vinculación con la extradición, de la que la orden europea puede considerarse “heredera ilegítima”¹⁹³. La conti-

193. BUENO ARUS/DE MIGUEL ZARAGOZA: *op. cit.*, p. 236, van más allá y dicen claramente que “la entrega no es sino una extradición simplificada”.

nidad entre ambas instituciones se hace especialmente patente en tres aspectos: a) en la persistencia del principio de doble incriminación, aunque se haya eliminado para una lista de treinta y dos delitos; b) en el contenido y alcance de las causas de denegación de la entrega, con la salvedad de la entrega de los nacionales; y c) en las reglas en caso de concurrencia, que remiten expresamente a los criterios utilizados en la extradición pasiva.

En cambio, como elemento original y novedoso merece destacarse la tan repetida judicialización de la entrega, que debe valorarse muy positivamente en tanto que conlleva una ampliación de los sujetos participantes en la cooperación penal internacional. Sin embargo, ya ha quedado de relieve que la judicialización no siempre ha culminado en el plano interno, tal y como sucede en el caso de España, ya que persiste un amplio margen de discrecionalidad tanto en la apreciación de las causas de denegación y ejecución condicionada como, especialmente, en la decisión en caso de concurrencia de solicitudes.

2. En un segundo nivel de análisis, relativo a “la interrelación entre el ER y la DM”, su principal nexo de unión radica en que, a nuestro juicio, ambos comparten los mismos objetivos: favorecer la detención y entrega de personas acusadas de la comisión de crímenes internacionales graves, superando los obstáculos derivados de una concepción del *ius puniendi* como atributo exclusivo de la soberanía estatal, de la territorialidad de las leyes penales y del recurso a consideraciones de oportunidad política para denegar la entrega. En suma, tanto el ER como la DM son dos instrumentos jurídicos de primera magnitud en la lucha contra la impunidad.

No obstante, la conexión entre estos dos instrumentos de entrega no está exenta de generar algunos efectos colaterales imprevistos. En concreto, la aplicación de la DM podría favorecer el que los Estados miembros de la UE optaran por acudir a la CPI para la persecución de las personas acusadas de la comisión de los más graves crímenes internacionales, en detrimento de otros mecanismos internacionales que, hasta el momento presente, han amparado la lucha contra la impunidad. En otras palabras, la orden europea estaría indirectamente promoviendo el recurso a la CPI frente a la cooperación entre Estados basada en el principio de jurisdicción universal, sin tener en cuenta que el ER descansa a su vez sobre el principio de la complementariedad. Entre los aspectos negativos de su interrelación, destaca el hecho de que la aplicación del ER y la DM adolecen de la misma debilidad, ya que no están previstos mecanismos sancionadores específicos en caso de que las autoridades estatales rechacen injustificadamente la ejecución de las órdenes de detención y entrega.

En cualquier caso, parece evidente que las dos órdenes examinadas están destinadas a operar en escenarios radicalmente distintos y respecto a tipos penales no necesariamente coincidentes. Así, mientras que la Fiscalía de la CPI ha comenzado formalmente a investigar crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por nacionales de dos Estados partes, Uganda y el Congo, extremadamente débiles desde el punto de vista político, económico y jurídico, la orden europea tiene una proyección bien distinta. Por una parte, su ámbito de aplicación se circunscribe a los Estados miembros de la UE, cuya sola pertenencia a esta organización presupone la condición de Estados democráticos y de derecho, en los que difícilmente tendrá cabida la comisión de los más graves crímenes que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto. Por la otra, la orden europea no se limita a la persecución de dichos crímenes internacionales, sino que posee un potencial mucho mayor. De hecho, aunque desde sus orígenes haya estado ligada a la lucha antiterrorista, para cuya persecución parece especialmente apta como demuestra la pléyade de órdenes emitidas contra los presuntos autores de la matanza del 11-M, la orden europea permite la persecución de una lista heterogénea de delitos, algunos de claro carácter transnacional, como el tráfico de drogas (ciudadano francés detenido en Marbella contra quien pesaban dos órdenes europeas), o el secuestro (caso de los GRAPO y Publio Cordón), y otros cuya represión resulta especialmente necesaria para la construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

3. En un tercer nivel de análisis, “la interacción entre el ER y la DM” sugiere que la puesta en práctica de los diferentes mecanismos de cooperación penal internacional estarían configurando una suerte de *Espacio de jurisdicción compartida* entre todos los Estados para la persecución y sanción de los delitos más graves, que se materializa en la superposición de normas penales y procesales, y de instrumentos de cooperación judicial y policial tanto a nivel universal como regional.

Este “Espacio de jurisdicción compartida”, que en sí mismo constituye un avance, adolece sin embargo de ciertas disfunciones y proyecta algunas sombras.

En el capítulo de las disfunciones, tanto el ER y la DM hacen recaer en el Estado de ejecución la responsabilidad de la materialización de la detención y entrega, que se realizará de conformidad con su derecho interno. A nivel universal el uso de los derechos nacionales como patrón conlleva una heterogeneidad y una desigualdad evidente, pero este mismo riesgo también persiste, aunque atenuado, en el contexto de la UE a veinticinco. En concreto,

la ejecución de algunas órdenes europeas se ha cuestionado ya argumentando que su aplicación puede entrañar una posible disminución del nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona reclamada¹⁹⁴, máxime teniendo en cuenta los problemas ampliamente expuestos en cuanto a los procedimientos de control jurisdiccional y de recursos contra la decisión de la entrega¹⁹⁵.

Por lo tanto, el logro que en sí supone la orden europea de detención y entrega puede tener algunos costes añadidos. En este sentido, compartimos la inquietud, expresada por López Ortega, de que ante la ausencia de un verdadero espacio judicial europeo se haya optado por flexibilizar la detención y entrega de personas, pero debilitando algunas de las cautelas relativas a los derechos y libertades del reclamado que sí existían en el marco de la extradición. Dicho de otra forma, la orden europea podría contribuir a que la lógica de la seguridad terminara por imponerse a la de los derechos, como si se tratase de dos lógicas contrapuestas, olvidando que “prescindir del respeto a los derechos, como normas esenciales de convivencia, es la mayor quiebra que puede concebirse a la misma exigencia de seguridad”¹⁹⁶. Más aún, a nuestro juicio cualquier resquicio que favorezca la debilidad del Derecho y la devaluación de las garantías fundamentales no solo erosionaría las sociedades internas sino que, lejos de favorecer la paz y la seguridad internacionales, puede constituir una de sus principales amenazas. Quizás no esté de más insistir en que en la lucha contra la impunidad, y los crímenes que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, incluyendo el terrorismo, ni vale todo ni el derecho puede sacrificarse en aras a la seguridad. Como afirmara Tocqueville: “Nunca se repetirá bastante que nada hay más fecundo como el arte de ser libre; pero nada asimismo tan duro como el aprendizaje de la libertad”¹⁹⁷. A día de hoy, el recordatorio sigue vigente.

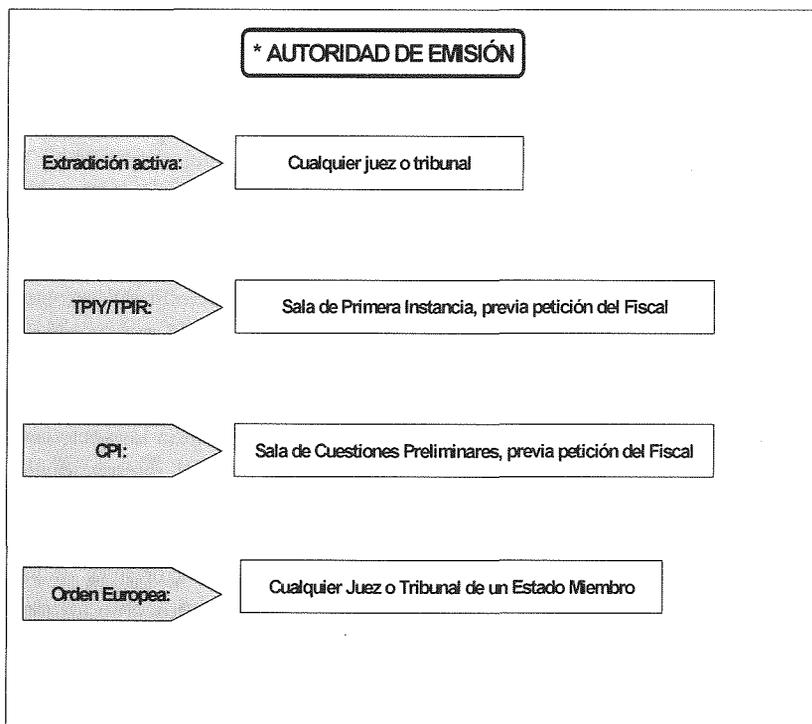
194. Prueba de la virtualidad de ese temor es la negativa inicial de un tribunal belga, la Cámara de Instrucción de Mons a ejecutar una orden europea dictada contra dos presuntos miembros de ETA acusados de delitos de terrorismo, sobre la base de que sus derechos fundamentales podrían verse vulnerados.

195. La preocupación por el deterioro de la situación de los detenidos en algunos Estados miembros de la UE y por el incremento del número y de la gravedad de las violaciones del CEDH han quedado patentes en los dos últimos Informes sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE (Vid. Informe sobre la situación de los Derechos fundamentales en la UE (2002), 17 junio de 2003, especialmente los puntos 20 a 22, p. 147, así como el Informe del 2003, de enero de 2004, CFR/CDF, rep.EU 2003, pp. 151-161. Ambos pueden encontrarse en el servidor oficial de la UE).

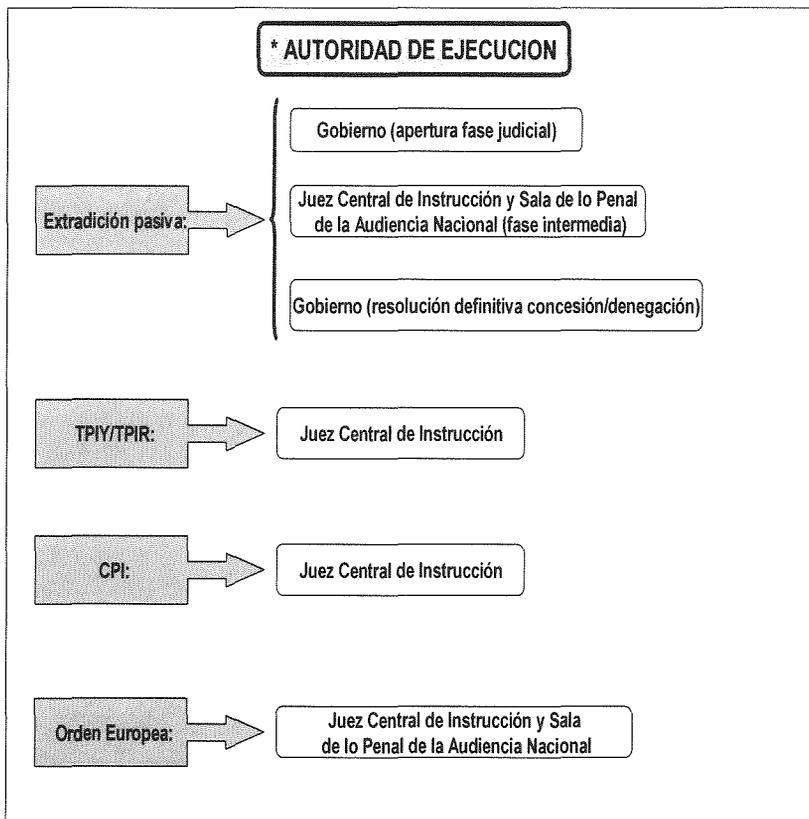
196. LÓPEZ ORTEGA: “El futuro...”, *op. cit.*, p. 365.

197. DE TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 226.

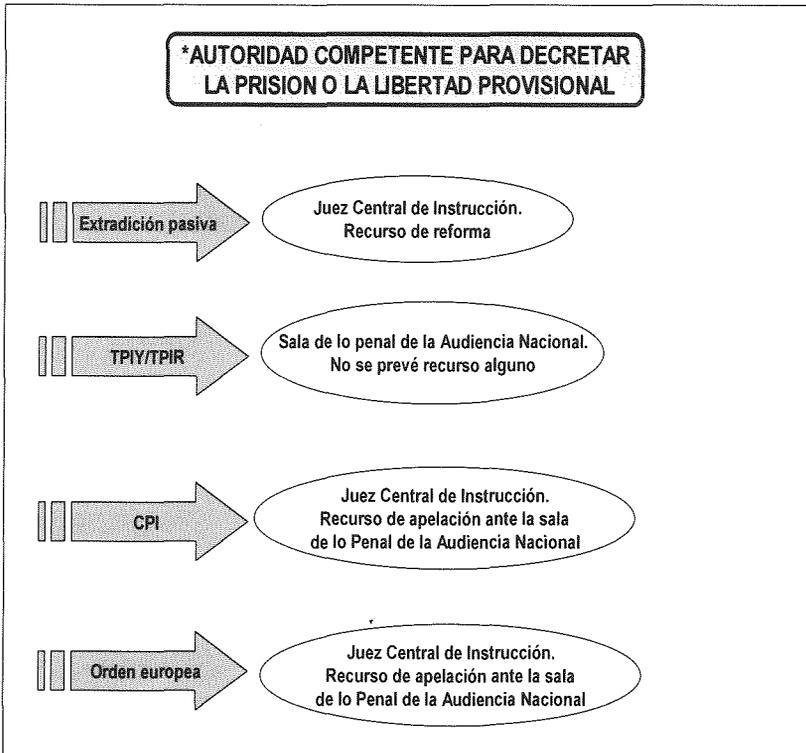
ANEXO 1



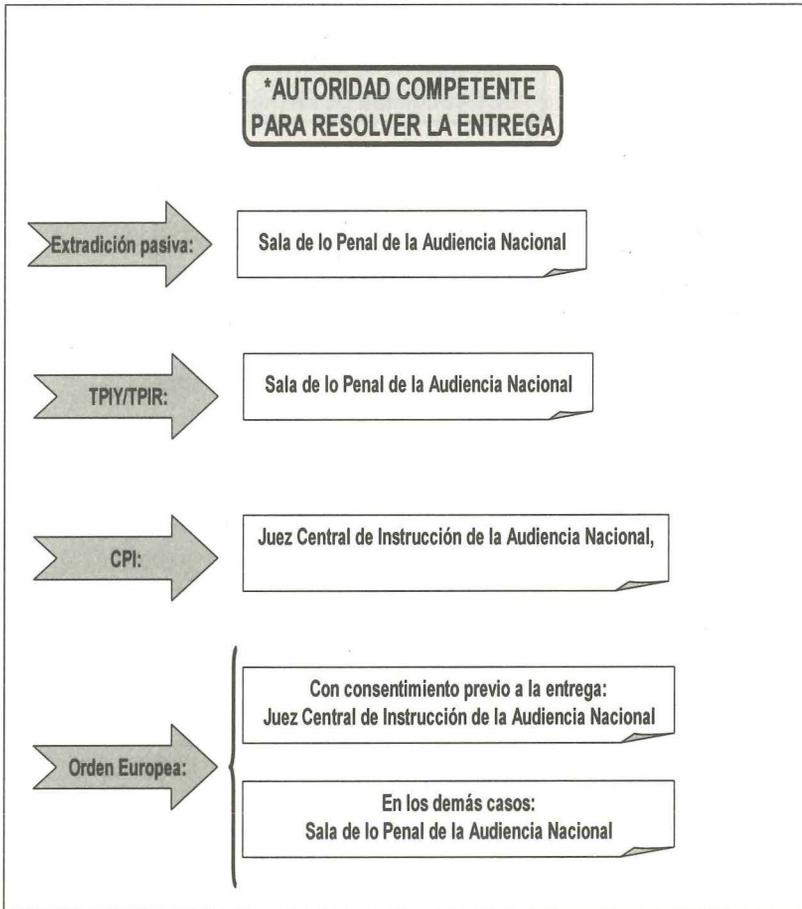
ANEXO 2



ANEXO 3



ANEXO 4



ANEXO 5

