

LA EJECUCIÓN CONDICIONADA DEL MANDAMIENTO DE DETENCIÓN Y ENTREGA EUROPEO

M.^a Isabel González Cano. *Profesora titular de Derecho procesal de la Universidad de Sevilla*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA DECISIÓN MARCO RELATIVA A LA ORDEN DE DETENCIÓN Y ENTREGA EUROPEA. II. LA EJECUCIÓN CONDICIONADA DEL MANDAMIENTO. LA EXIGENCIA DE GARANTÍAS AL ESTADO EMISOR. 1. *El mandamiento europeo basado en la sentencia dictada en rebeldía en el Estado emisor o solicitante.* 2. *El mandamiento europeo y la cadena perpetua.* 3. *El mandamiento europeo condicionado al regreso al Estado de ejecución del nacional o residente.* a) Ejecución condicionada del mandamiento a efectos de entablar acción penal y el regreso al Estado de ejecución. b) Diferencias con la denegación facultativa de la ejecución del mandamiento en orden al cumplimiento de la pena por el nacional o residente

I. Introducción. Consideraciones generales sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención y entrega europea

La apuesta normativa más reciente de la Unión Europea (UE) en materia de lucha contra la delincuencia internacional es el mandamiento de detención y entrega europeo, que tiene su justificación esencial en la construcción del III Pilar de la Unión, es decir, del espacio de libertad, seguridad y justicia, según el Título VI del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Es básicamente en este ámbito, en el que los Consejos Europeos de Tampere (octubre de 1999) y Gand (octubre de 2001) instan a la elaboración de este instrumento, cuyos aspectos fundamentales podemos sintetizar en tres. En primer lugar, se trata de que una autoridad judicial de un Estado de la UE puede solicitar la captura de una persona, siendo su resolución ejecutiva en todo el territorio de la Unión, en orden a su efectiva entrega al Estado emisor o solicitante.

En segundo lugar, estamos ante una resolución de entrega, sometida a un proceso especial y simplificado de cooperación judicial entre Estados miembros.

Y, en tercer lugar, esa ejecutividad directa de la solicitud de captura y entrega, así como la simplificación procesal en su tramitación, resultan aplicables, independiente de que se trate de una resolución cautelar dictada en un procedimiento en curso, en orden al enjuiciamiento del sujeto; o de que se trate de una sentencia firme en orden a la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad.

El mecanismo del mandamiento de detención y entrega europeo que presenta la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002¹, viene caracterizado por su naturaleza esencialmente judicial.

Así, el mandamiento equivale a una solicitud de busca, captura, detención y entrega a la autoridad judicial del Estado emisor o requirente, sin diferenciación entre lo que puede ser la solicitud de detención preventiva y la solicitud de extradición, como dos fases distintas del procedimiento.

Y ello es así precisamente por la aplicación en este nuevo instrumento de cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea, del que ya podemos calificar como un principio admitido y consensuado, que no es otro que el del reconocimiento recíproco y mutuo de las resoluciones de las autoridades judiciales de los Estados miembros.

Efectivamente, la expresión «reconocimiento mutuo» alude, a nuestro entender, a dos ideas fundamentales, que son, en primer lugar, la equivalencia, es decir, si otro Estado da a un tema un tratamiento idéntico o similar al propio, ello supondrá la aceptación de los resultados como equivalentes a las decisiones del propio Estado. Y, en segundo lugar, la confianza mutua entre los Estados en orden a la aplicación correcta y adecuada de las normas², y en cuanto a la existencia de una comunidad de Derecho en la que se

- 1 La propuesta inicial de la Comisión fue de 19 de septiembre de 2001: COM (2001) 522 final -2001/0215 (CNS) (BUE 9-2001) (DOCE/2001/332, de 27 de noviembre de 2001). Los trabajos del Consejo de la UE: Sesión n.º 2396, Bruselas, 6 y 7 de diciembre de 2001, dieron lugar al Acuerdo Político del Consejo de 10 de diciembre de 2001 (BUE 12/2001). Finalmente, el texto definitivo del Consejo de la UE, de 7 de junio de 2002, resultó aprobado en el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE (JAI), celebrado en Luxemburgo el 13 de junio de 2002 (DOCE L 190, de 17 de julio de 2002, pgs. 1 a 20). Recordemos aquí que en materia de aproximación de normas penales y cooperación judicial penal, y a partir del Tratado de Ámsterdam, los medios para la consecución de los objetivos del Título VI (art. 29 TUE) incluyen a las decisiones marco, para aproximar, armonizar y acercar disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 34.2 TUE), con un carácter muy parecido al de las directivas, es decir, obligando en cuanto al resultado a obtener, pero no en cuanto a la forma y medios para hacerla efectiva, que queda a disposición de los Estados y sin reconocimiento directo a efectos jurisprudenciales. Por tanto, las autoridades de los Estados deberán idear y establecer los medios e instrumentos para obtener los resultados previstos en la Decisión Marco. En tal sentido, el art. 34 de la Decisión Marco dispone que los Estados tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la misma antes del 31 de diciembre de 2003. Por tanto, y como se establece en la disposición transitoria (DT) contenida en el art. 32, hasta el 1 de enero de 2004 seguirán aplicándose, a las solicitudes de extradición recibidas antes de esa fecha, los instrumentos vigentes en materia de extradición.
- 2 Sobre los trabajos preparatorios de la Comisión en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal a partir de la Conclusión n.º 37 del Consejo Europeo de Tampere de 1999, y sobre los antecedentes de este principio, fundamentalmente en lo referido al Programa de medidas destinado a su puesta en práctica (Programa adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, DOCE núm. 12, de 15 de enero de 2001, pgs. 10 a 12), v. GONZÁLEZ CANO, «Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal», en *Tribunales de Justicia*, n.º 7, julio de 2001, pgs. 19 a 39. Sobre otros importantes antecedentes de la nueva institución de la entrega, v. DE MIGUEL ZARAGOZA, «Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición», en *Actualidad Penal*, n.º 4, 20 al 26 de enero de 2003, pgs. 3 y ss. Entre estos antecedentes, hay que hacer mención del «non paper» español, presentado en 1992, en la Conferencia de

asegura la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, de manera que la posible lesión de los mismos cuenta con un sistema judicial sin fronteras dentro de la Unión.

Por tanto, junto a las clásicas características del mandamiento de detención (busca, captura y detención provisional), el mandamiento de detención europeo equivale, además, a una solicitud de entrega.

Y todo ello responde, por una parte, a la idea de que la lenta y compleja extradición es totalmente inadecuada en el espacio europeo, en el que debe primar la confianza entre los Estados, la cooperación entre los mismos, y una concepción común y coincidente en orden a las exigencias y a la rigurosidad del Estado de Derecho.

Y, por otra, a que la extradición, tal y como está configurada actualmente, es poco eficaz frente a los fenómenos de internacionalización de la delincuencia y al incremento de la delincuencia transnacional organizada.

Realmente, el objetivo de la Unión es llegar a un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 29.1 TUE), que dé lugar a la supresión entre los Estados miembros de la extradición, como sistema mixto gubernativo-judicial. Se trata de sustituir la extradición por un sistema de entrega entre autoridades judiciales con vistas al procesamiento y a la ejecución de sentencias³, sistema que deberá tender a tener el mismo ámbito de aplicación que el sistema multilateral de la extradición establecido en el Convenio Europeo de 1957 (CEE).

De manera que es necesario sustituir las relaciones clásicas y los mecanismos tradicionales de cooperación que prevalecen entre Estados miembros por un sistema de «libre circulación de decisiones judiciales, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia»⁴.

De ahí que el Consejo, a iniciativa de la Comisión, y como manifestación trascendental del proceso de creación de un espacio judicial europeo, elaboró una propuesta de Decisión Marco, como instrumento de comunitarización de materias incluidas en el III Pilar, y hasta ahora objeto de tratamiento casi exclusivamente a nivel intergubernamental.

Dicha Decisión Marco es expresión, y primera concreción normativa en el ámbito penal, de esa «piedra angular» que según el Consejo es el principio de reconocimiento mutuo o recíproco de resoluciones judiciales de todos los Estados miembros⁵. Se basa en la simple entrega a las autoridades judiciales, y sus precedentes inmediatos son el Tratado hispano-italiano de noviembre de 2000⁶, así como el Tratado entre España y el Reino Unido de noviembre de 2001⁷, que establecieron Protocolos bilaterales para la aceleración de los procedimientos de extradición.

La orden de detención es una resolución dictada por la autoridad judicial de un Estado miembro (el Estado emisor o requirente), a efectos de que la autoridad judicial competente de otro Estado miembro (el Estado de ejecución o requerido) detenga y entregue a una persona buscada para ejercitar contra ella acciones penales, o bien para proceder a la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad (arts. 1 y 6 de la Decisión Marco).

El mecanismo de la orden de detención europea se basa en un elevado grado de confianza entre los Estados miembros, y pretende la sustitución de los complejos procedimientos extradicionales por un sistema de reconocimiento directo de las resoluciones judiciales sobre detención del reclamado, a efectos de su enjuiciamiento o de la ejecución de una pena.

Sin embargo, hay que tener presente que la Decisión Marco de 2002 aborda este instrumento de cooperación judi-

cial en la UE con enormes cautelas, lo que no nos permite hablar propiamente de la desaparición del sistema extradicional. Algunas de estas cautelas o prevenciones, derivadas en definitiva del principio de soberanía de los Estados, más acentuado en la materia penal que en materias civiles o mercantiles, pretenden acallar las reticencias que en este sentido los Estados miembros manifestaron frente a un procedimiento de entrega inicialmente concebido en los textos prelegislativos de la Decisión Marco como un trámite excesivamente simplificado, y en manos exclusivamente de las autoridades judiciales de los Estados. Así, no se ha suprimido radicalmente el principio de la doble tipificación o doble incriminación, sino que el art. 2 de la Decisión Marco se limita a establecer un ambiguo listado de figuras delictivas respecto de las que en principio no es necesario controlar la doble tipificación, de manera que respecto a otros delitos diferentes de los mencionados en ese listado, la entrega puede condicionarse por el Estado de ejecución a que los hechos sean constitutivos de delito no sólo en el ordenamiento del Estado emisor, sino también en el propio, independientemente de los elementos constitutivos o la calificación del delito (arts. 2.3 y 4.1), con lo que, en definitiva, la exigencia de la doble incriminación para el resto de tipos delictivos queda a la discrecionalidad del Estado requerido para la detención y entrega.

Otras prevenciones responden a la intención de garantizar un escrupuloso respeto a los derechos del sujeto pasivo de la euroorden o persona reclamada, así como a la necesidad de consagrar, mediante este acercamiento de normas penales y procesales, principios consustanciales a la procedibilidad del enjuiciamiento penal. En este sentido, el principio «non bis in idem», basado en la amnistía en el Estado de ejecución o en la existencia de cosa juzgada respecto a los hechos en los que se fundamente la solicitud de entrega (art. 3.1 y 2), circunstancias que devienen causas de denegación obligatoria o imperativa de la ejecución del mandamiento. O, como causas de denegación facultativa, la existencia de litispendencia, prescripción o sobreseimiento en el Estado de ejecución (art. 4).

Finalmente, hay una tercera categoría de cautelas, sobre las que nos ocupamos más detenidamente en este trabajo, de cara a preservar el derecho de defensa del reclamado, o a evitar las penas inhumanas o degradantes, o a potenciar la reinserción social del penado. Estos condicionamientos, recogidos en el art. 5 de la Decisión Marco, no implican necesariamente la denegación de la euroorden, sino la supeditación de su ejecución al cumplimiento de determinadas garantías por el Estado emisor.

Finalmente, esta perspectiva garantista del sujeto pasivo del mandamiento europeo de detención y entrega se completa con otras importantes previsiones, como la consagración del derecho de información del detenido en base a la orden europea, sobre su contenido y sobre la posibilidad de consentir la entrega o bien oponerse a la misma, en cuyo caso se prevé un trámite contradictorio para el debate de las posibles causas de denegación del mandamiento, o de la necesidad de exigencia de garantías para su ejecución (arts. 11 a 14 de la Decisión Marco).

Siendo éstas las premisas de las que partir, nos toca abordar, más específicamente, uno de los aspectos más sensibles del engranaje normativo que regula la orden europea de detención y entrega.

Efectivamente, en aras de preservar los derechos y garantías del sujeto pasivo de la medida, la Decisión Marco de 2002 regula en su art. 5 la denominada «ejecución condicionada del mandamiento», es decir, la supeditación de la ejecución de la solicitud de detención y entrega al cumplimiento de determinadas garantías por el Estado emisor o solicitante, en casos particulares.

Dichas garantías pueden entrar en vigor, en primer lugar, cuando la solicitud de entrega o mandamiento proceda de una sentencia de condena dictada en rebeldía, en aquellos casos en los que la ausencia del acusado o contumacia no venga precedida de una citación regular y con tiempo suficiente para preparar la defensa, y por tanto haya que condicionar la entrega a la existencia de un nuevo proceso en el Estado emisor.

O, en segundo lugar, cuando el sujeto reclamado sea nacional del Estado requerido, en cuyo caso, en aras de la potenciación del principio de reinserción social, se puede condicionar la entrega a la posterior devolución del sujeto para que cumpla la pena en su país.

O, en tercer y último lugar, cuando la solicitud tenga como fin la entrega del sujeto para que cumpla una pena de reclusión a perpetuidad, caso para el cual, y con base en la interdicción de penas inhumanas o degradantes, el Estado requerido puede exigir al Estado emisor una revisión de la condena o la efectiva posibilidad de que el sujeto pueda beneficiarse de medidas de gracia.

En el tratamiento de estas cuestiones, partimos de la regulación contenida en el articulado de la Decisión Marco de junio de 2002, pero contemplamos igualmente los diversos textos prelegislativos surgidos en la tramitación de este instrumento, como son la Propuesta inicial de la Comisión de septiembre de 2001, y el Acuerdo político del Consejo de diciembre del mismo año.

Por otra parte, y por lo que respecta al cumplimiento interno de la Decisión Marco en España, completamos las referencias normativas citadas con la Ley española 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y con la Ley Orgánica (LO) 2/2003, de 14 de marzo, complementadora de la anterior.

En lo que respecta, pues, a estos temas, objeto de tratamiento en este trabajo, hay que destacar dos aspectos esenciales.

En primer lugar, frente a la sistemática inicial del texto de la Propuesta de Decisión Marco de septiembre de 2001, el resultado de los trabajos del Consejo de la Unión Europea de 6 y 7 de diciembre de 2001, y el Acuerdo Político del Consejo de 10 de diciembre del mismo año, aprobado por el Parlamento Europeo el 6 de febrero de 2002⁸, así como el texto definitivo aprobado en el Consejo de la UE celebrado en Luxemburgo el 13 de junio de 2002, ofrecen un texto radicalmente distinto, en el que, además de otras cuestiones, desaparece la expresa referencia a los supuestos de suspensión de la entrega (arts. 34 y 35 de la Propuesta de septiembre de

Ministros de Justicia de Funchal (primera presidencia portuguesa), en el que se propone una nueva filosofía en materia de extradición, con la protección del principio de confianza recíproca entre los sistemas judiciales, ya que los derechos del extraditabile están protegidos por el Estado requirente, siendo perturbador duplicar los controles en el Estado requerido. En segundo lugar, el Consejo de la Unión de los días 29 y 30 de noviembre de 1993, que contiene una declaración en la que se afirma ya el principio de confianza recíproca. V. al respecto, igualmente, DE MIGUEL ZARAGOZA, *La detención preventiva a efectos de extradición en el marco de la Unión Europea*, Universidad de Castilla La Mancha, 1997.

3 Entre los instrumentos en materia de extradición, destacan el Convenio Europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957 (CEE), y el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977. Además, entre los Estados miembros se han acordado tres Convenios, consagrados total o parcialmente a la extradición, como son el Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación de los Acuerdos de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes en las relaciones entre los Estados miembros que son partes de este Convenio (DO L 239, de 22 de septiembre de 2000); el Convenio de 10 de marzo de 1995, relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 78 de 30 de marzo de 1995); y el Convenio de 27 de septiembre de 1996 relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 313 de 23 de octubre de 1996).

4 Exposición de Motivos de la Propuesta de Decisión Marco, texto de 10 de diciembre de 2001, considerando 5. Hasta el momento, el sistema predominante en Europa ha sido el denominado «sistema mixto», gubernativo y judicial. Este sistema se suprime en la Decisión Marco de 2002, ya que la función de la autoridad central, en España el Ministerio de Justicia, es puramente instrumental o de auxilio a las autoridades judiciales. Sin embargo, hay casos, como el que veremos más adelante en este trabajo, en el que se atribuyen competencias decisorias a la autoridad central, como en el art. 23.2 de la Ley española 3/2003, en el supuesto de concurrencia de orden europea de detención y solicitud de extradición de un tercer Estado, en el que el art. 18.3 de la Decisión Marco se refiere a la «autoridad competente», y la Ley española al Ministerio de Justicia, de manera que la autoridad judicial de ejecución suspenderá el procedimiento de entrega y remitirá la documentación al Ministerio de Justicia, para que éste decida, mediante propuesta a aprobar por el Consejo de Ministros, la preferencia de la orden de detención o de la solicitud de extradición, con arreglo a la Ley de Extradición Pasiva.

5 Los principales antecedentes del principio de reconocimiento mutuo, aunque todos ellos basados en el procedimiento de «petición» o solicitud entre los Estados, serían el Convenio europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales (La Haya, 28 de mayo de 1970, BOE de 30 de marzo de 1996); el Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas (Estrasburgo, 2 de marzo de 1983, BOE de 10 de junio de 1985) (CETPC), y el Protocolo Adicional de éste último, de 1997, que recoge los casos de transferencia de ejecución de sentencia extranjera previstos previamente en los arts. 67 a 69 del Convenio de aplicación de Schengen de 1990.

6 Tratado entre el Reino de España y la República de Italia para la persecución de delitos graves mediante la superación de la extradición en un espacio de justicia común, hecho en Roma, el 28 de noviembre de 2000.

7 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, hecho en Madrid el 23 de noviembre de 2001.

8 B UE 1 / 2 - 2002.

2001) y a su sustitución por el sistema de la audición mediante videoconferencia, o por la ejecución de la pena o medida de seguridad privativa de libertad en el Estado de ejecución, como país donde son más favorables las condiciones de reinserción de la persona reclamada.

Y, además, en segundo lugar, lo que en el texto de septiembre de 2001 eran supuestos especiales o específicos de la ejecución del mandamiento, pasan a conceptuarse ahora como casos de ejecución condicionada, o supeditada a la prestación de garantías que deberá dar el Estado miembro emisor en casos particulares (art. 5).

Estos supuestos de ejecución condicionada, junto con las causas de denegación obligatoria y facultativa de los arts. 3 y 4, constituyen el régimen material sobre el que recaerá el examen de la legalidad del mandamiento, o la valoración discrecional de la oportunidad del mismo, a cargo de la autoridad judicial del Estado de ejecución.

Así, el art. 5 contempla la ejecución del mandamiento condicionada, en unos casos a la prestación por el Estado emisor de determinadas garantías, que deben estar contempladas en su ordenamiento, tales como las referentes al mandamiento emitido sobre la base de una sentencia dictada en rebeldía o con base en una infracción castigada con cadena perpetua; y, en otros, supeditada al regreso al Estado de ejecución tras el enjuiciamiento en el Estado emisor, en orden a la ejecución de la sentencia y al cumplimiento de la pena o medida de seguridad privativa de libertad.

A estas reflexiones hay que unir, como comentábamos más arriba, la referencia obligada a la reciente Ley española 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden de detención y entrega (BOE de 17 de marzo), así como a la LO 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior. Se trata con ello de cumplir con las obligaciones que la Decisión Marco establece para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales por ese nuevo procedimiento de entrega de personas sospechosas de haber cometido un delito, o que eluden la acción de la Justicia después de ser condenadas por sentencia firme. Se da así cumplimiento a lo prescrito en el art. 34.1 de la Decisión Marco, que dispone que los Estados tomarán las medidas necesarias para la efectividad de lo dispuesto en este instrumento, antes del 31 de diciembre de 2003, ideando los medios internos para obtener los resultados previstos en la Decisión Marco.

En lo concerniente a España, hay que tener presente que, con arreglo al art. 2 de la Ley 3/2003 y a los arts. 65.4º y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), modificados por la LO 2/2003, los órganos judiciales de ejecución, a los efectos de dar cumplimiento a una orden de detención, son los Juzgados Centrales de Instrucción (JCI) y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN)⁹.

II. La ejecución condicionada del mandamiento. La exigencia de garantías al Estado emisor

En la tramitación del expediente de la orden de detención y entrega, competencia del JCI, el art. 14.2, párr. 4, de la Ley

española 3/2003, prevé que, siempre que no se exprese el consentimiento irrevocable a la entrega por la persona detenida, se oirá a las partes sobre las posibles causas de denegación (arts. 3 y 4 de la Decisión Marco) o de condicionamiento de la entrega (art. 5 de la Decisión Marco), respecto de lo cual será oído en todo caso el Ministerio Fiscal (art. 14.3).

Terminada la instrucción del expediente, y de acuerdo con el art. 18.2, si el JCI observa la concurrencia de posibles causas de denegación o de condicionamiento de la entrega, elevará sus actuaciones a la Sala de lo Penal de la AN, que resolverá mediante auto no susceptible de recurso.

Pasamos a analizar los diversos supuestos en los que la entrega puede decidirse condicionadamente por los tribunales del Estado de ejecución.

1. El mandamiento europeo basado en la sentencia dictada en rebeldía en el Estado emisor o solicitante

Ya el Plan de actuación de Viena de 1998 preveía un estudio sobre las condenas contenidas en sentencias dictadas en rebeldía, en orden a si sería factible, como sistema de lucha contra la delincuencia organizada, reconocer legitimidad y eficacia a dichas sentencias dictadas en ausencia del imputado, para no favorecer la denominada «rebeldía táctica» del encausado.

En el Consejo de Europa, la Recomendación del Comité de Ministros 75 (11) de 21 de mayo de 1975, admitió la legitimidad de este tipo de sentencias con las debidas cautelas en el juicio y los debidos recursos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Sentencia de 23 de enero de 1993, asunto Poitrimol v. Francia) declaró que una sentencia en rebeldía no es en principio incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Por su parte, el Protocolo al CEE de 1978 también habla de la sentencia en rebeldía como título extradicional, siempre que se permita exigir un nuevo proceso si el Estado requerido tiene dudas sobre la regularidad del juicio en el Estado requirente. En caso de duda, la única posibilidad es condicionar la extradición a la repetición del proceso. Y de estas exigencias y condicionamientos surgieron los problemas de aplicación del Protocolo, sobre todo entre Estados con distinta regulación interna sobre la contumacia del acusado, y sobre la posibilidad de celebración del juicio oral en ausencia del mismo.

En España, el Tribunal Constitucional (TC) tuvo que ocuparse de este problema con ocasión de la resolución de diversos recursos de amparo, contra resoluciones de la AN en las que se concedía la extradición basada en sentencias de condena dictadas «in absentia» del recurrente. Dichos recursos de amparo estaban fundamentados principalmente en la lesión indirecta del art. 24 de la CE (derecho de defensa), en la que incurría la AN al entender legítimo este título extradicional.

A título de ejemplo, e intentando sintetizar en este punto la doctrina sentada por el TC, las Sentencias del TC (SSTC) 91/2000, de 30 de marzo (caso Paviglianiti), y 110/2002, de 6

de mayo (caso Calogero Carlino), resuelven recursos de amparo contra órdenes de extradición en orden a la ejecución de sentencias dictadas en Italia en ausencia de los reclamados, miembros destacados de organizaciones mafiosas dedicadas a la venta de sustancias estupefacientes. La AN autorizó dichas entregas, y los recursos de amparo ante el TC se fundamentan en que las peticiones de extradición tienen por objeto el cumplimiento de sentencias penales condenatorias dictadas en ausencia del reclamado, decisión a la que se imputa, «ex» art. 24 de la CE, la lesión de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a ser presumido inocente y a la interdicción de la indefensión.

Respecto al análisis del TC español sobre la constitucionalidad de las resoluciones judiciales de la AN que acordaron la entrega incondicionada de estos recurrentes en amparo a las autoridades italianas, pese a que las condenas penales que sirven de título a la extradición fueron dictadas «in absentia», o tras un juicio en contumacia, el Alto Tribunal llega a dos conclusiones. Por una parte, y basándose en la jurisprudencia del TEDH (caso Soering, STEDH de 7 de julio de 1989), el TC español entiende que el control sobre los derechos fundamentales también se proyecta «ad extra», es decir, respecto a resoluciones extranjeras que puedan ser contrarias a los principios del art. 24 de la CE. En segundo lugar, el TC, partiendo de que las cautelas frente al juicio penal no sólo tienen origen convencional (TEE), sino también constitucional, en el ámbito de las garantías procesales del juicio justo del art. 24, entiende que en nuestro ordenamiento, a diferencia del italiano, queda absolutamente vedada la posibilidad, salvo contadas excepciones, del juicio penal en rebeldía, por lo que tal prohibición debería haber conducido a denegar la entrega de los ciudadanos italianos, o a condicionar la misma a un nuevo juicio potencialmente rescisorio. Y ello, teniendo en cuenta, además, que el hecho de que el sujeto de forma voluntaria no concurrese al juicio oral, no implica renuncia tácita al ejercicio del derecho de defensa. El TC llega a concluir, pues, que las resoluciones de la AN, al no condicionar la entrega a un nuevo proceso en Italia, han provocado una vulneración del derecho de defensa.

Frente a esta situación, y con base en las ya comentadas conclusiones de Tampere, el Tratado entre la República Italiana y España, de noviembre de 2000, aunque literalmente habla de la necesidad de aceleración del procedimiento de extradición hasta que la institución finalmente desaparezca, en realidad sustituye la extradición por la entrega, y suprime cualquier referencia a la limitación de las sentencias dictadas en rebeldía, optando por un sistema de entrega basado en el reconocimiento mutuo y la confianza recíproca, en materia de delitos de terrorismo, crimen organizado, tráfico de estupefacientes, de seres humanos, abuso de menores y tráfico ilícito de armas.

En este sentido, este Convenio bilateral de cooperación en materia de extradición recoge el compromiso, a fin de

facilitar la aplicación del Protocolo II al CEE, de incluir en todas las solicitudes de extradición una declaración expresa sobre la situación en la que se encuentra el proceso contra el imputado o condenado reclamado, así como sobre los recursos y posibilidades de impugnación aplicables en su caso a las sentencias dictadas en ausencia del mismo en el Estado requirente, en aras de preservar el derecho de defensa del sujeto extraditable. Por tanto, la base del Convenio hispano-italiano, auténtico precedente del art. 5.1 de la Decisión Marco de 2002, no es otra que eludir el obstáculo de la sentencia dictada en rebeldía como título extradicional, siempre que la ausencia del juicio oral no se deba a un desconocimiento o vulneración efectiva del derecho a estar presente en el juicio oral, y siempre que, dándose esta situación, el Estado requirente disponga en su ordenamiento de un procedimiento rescisorio o de un recurso a fin de que el extraditable pueda impugnar en el Estado requirente dicha sentencia de condena.

Con estos precedentes, el art. 5.1 de la Decisión Marco de junio de 2002¹⁰ regula el supuesto particular de la orden de detención basada en una sentencia dictada en rebeldía en el Estado emisor, en orden a su ejecución, o, como se afirma en el precepto, de una orden europea de detención emitida a efectos de ejecutar una pena o medida de seguridad impuesta mediante una resolución dictada en rebeldía, y en un proceso en el que la persona reclamada y afectada no ha sido citada personalmente, o no ha sido informada de otra manera de la fecha y lugar de la audiencia que llegó a esa resolución¹¹.

En tales casos, en los que el sujeto condenado no haya sido citado regularmente para el juicio oral, la ejecución del mandamiento y la entrega quedan supeditadas a una garantía que debe proporcionar el Estado emisor, y ser valorada en cuanto a su suficiencia por el Estado de ejecución, que asegure que el reclamado podrá pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de defensa en el Estado miembro emisor y que garantice que podrá estar presente en la vista^{12 y 13}.

Es de hacer notar que en estos casos de sentencia dictada en rebeldía del imputado, y siempre que no conste acreditada la citación regular para el juicio oral, la supeditación de la ejecución del mandamiento de entrega a la existencia de recurso o procedimiento revisor en el Estado emisor deviene un presupuesto imperativo. El tenor literal del art. 5.1 de la Decisión Marco no deja lugar a dudas en cuanto a la procedencia de la exigencia de prestación de esta garantía. Sin embargo, en los casos de los apartados 2 (mandamiento en relación con penas de reclusión a perpetuidad) y 3 (entrega de nacionales), la entrega se «podrá supeditar», es decir, que las garantías a exigir son de imposición facultativa por parte del Estado de ejecución o requerido.

La Propuesta de Decisión Marco que surge del acuerdo político de diciembre de 2001, así como el texto definitivo aprobado en junio de 2002, presentan en este punto, frente al

9 La reforma en este punto de la LOPJ era precisa, ya que la competencia de la AN es de atribución, por lo que había que concretar la atribución a su favor del procedimiento de entrega. De no haber sido así, la competencia hubiera correspondido a los Juzgados de Instrucción (JI), con lo cual podían haberse planteado situaciones procesales extrañas en los casos de concursos de solicitudes de entrega, basadas en orden de detención, y solicitudes de extradición, que implicarían dos procedimientos separados, uno ante el JI y otro ante la AN.

10 En idéntico sentido, el art. 5.1 de la Propuesta de diciembre de 2001.

11 El Título III del Segundo Protocolo Adicional al CEE (núm. 98), hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978 (ratificado por España el 18 de febrero de 1985, BOE de 11 de junio), no llega a tal punto de concreción, supeditando la concesión de la extradición a que en el proceso se hayan respetado los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito.

12 La Propuesta de diciembre de 2001 se refería a la posibilidad de interponer recurso o hacer oposición en el Estado emisor y estar presente en la vista del mismo.

13 En el mismo sentido, el Título III del Segundo Protocolo Adicional de 1978 al CEE.

texto inicial de la Comisión de septiembre de 2001, diferencias fundamentales.

En primer lugar, la Decisión Marco de junio de 2002 no contiene, dentro del ámbito de aplicación del mandamiento en cuanto a resoluciones de fondo, junto con la sentencia firme, un concepto de sentencia dictada en rebeldía¹⁴. Sin embargo, el art. 2.d) de la Propuesta de septiembre de 2001 sí que definía esta situación, haciendo referencia a la sentencia dictada tras una vista o juicio oral en la que no ha comparecido el condenado, salvo que quede garantizado que se le ha citado realmente y con tiempo suficiente para comparecer y preparar su defensa y no decidió comparecer deliberadamente.

La falta de citación real, o la citación sin tiempo suficiente para comparecer y preparar la defensa, era, además, lo que en el art. 35 de la Propuesta de septiembre de 2001 motivaba la necesidad de garantizar la posibilidad de que el reclamado pudiese interponer recurso y ser objeto de nuevo juicio en el Estado emisor.

Sin embargo, el art. 5.1 del texto definitivo de 2002 no establece la necesidad de acreditar la citación real, sino que dispone que en el supuesto en el que no se acredite tal extremo, surge la garantía del recurso a exigir al Estado emisor por el Estado de ejecución. Por tanto, en la Decisión Marco dicha acreditación ya no es un elemento negativo de la definición de la rebeldía, sino un presupuesto, que si no existe se suple con la garantía del recurso, que por tanto no siempre será necesario.

De ahí que ni en el texto de diciembre de 2001, ni en art. 8 del texto definitivo de junio de 2002, se contiene previsión similar a la del art. 6.d) de la Propuesta de septiembre de 2001, que como parte del contenido del mandamiento, exigía la declaración del Estado emisor en orden a la posibilidad de interponer el recurso y el procedimiento aplicable.

Ahora no se incluye expresamente tal contenido en el mandamiento, y sólo si no queda acreditada la regularidad de la citación, entendemos que, en cuanto a su existencia y también en orden a que se haga con tiempo suficiente para comparecer y defenderse, es cuando hay que garantizar la existencia de recurso en el Estado emisor.

Es decir, no se trata de que el Estado de ejecución pida al Estado emisor tal acreditación sobre la citación real y regular al acusado, sino que dicho Estado requirente deberá justificar en su propia solicitud el cumplimiento de esas garantías procesales, y si no cumple con dicha carga acreditativa, entonces el Estado de ejecución condicionará la entrega a la garantía del recurso o del procedimiento revisor.

Todo da a entender que se ha acogido la «ratio» de la Enmienda núm. 75 del Informe del Parlamento Europeo¹⁵ al art. 35.1 de la Propuesta de septiembre de 2001. En dicha

Enmienda se proponía que si el mandamiento tenía por base una sentencia dictada en rebeldía, ello no siempre implicará una lesión de los derechos fundamentales del condenado, que sólo será evidente ante la falta de prueba de la debida información y citación al acusado, supuesto en el que sí deberá exigirse al Estado emisor la garantía del recurso.

Queda claro que el texto de la Decisión Marco opta por no condicionar todo mandamiento basado en una sentencia dictada en rebeldía a un nuevo juicio en el Estado emisor (art. 35.1 del Texto de septiembre de 2001), sino sólo en aquellos casos en los que no quede acreditada la debida citación al juicio oral o su regularidad.

En cualquier caso, y en orden a las exigencias que este precepto puede implicar en el orden interno de los Estados, hay que tener presente que en cada ordenamiento procesal penal deberá existir un recurso o medio de oposición para estos casos¹⁶, ya que de lo contrario, y ante la falta de citación o la irregularidad de ésta, el mandamiento deberá ser denegado, estableciendo el art. 5.1 ante tal eventualidad, no una denegación facultativa sino obligatoria. Por otro lado, también será precisa una adecuada regulación de la citación para el juicio oral, que garantice en cualquier caso el conocimiento del mismo, la fecha y el lugar de su celebración, y todo ello con el tiempo suficiente para la defensa y la comparecencia¹⁷.

Sobre lo que no se establece exigencia unificadora alguna respecto a los distintos ordenamientos estatales, acorde con el principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca, es sobre los límites punitivos y condiciones que permiten la celebración del juicio en ausencia del acusado¹⁸, que podrán ser distintos en el Estado emisor y en el de ejecución, o incluso no existir como tales en alguno de ellos o en ambos.

Ello implica un escrupuloso respeto a la regulación interna de cada Estado miembro sobre las posibles excepciones al principio general de la presencia del acusado en el juicio oral. Y de esa manifestación del principio de reconocimiento mutuo, entendemos que pueden inferirse dos conclusiones importantes. Por una parte, el análisis y valoración de la rebeldía por el Estado de ejecución debe partir del carácter indiscutible de la regulación de la misma en el Estado emisor, derivado del principio de confianza recíproca. Por ejemplo, ante la solicitud de entrega de España respecto de un penado sentenciado en nuestro país a una pena no superior a dos años de privación de libertad (art. 786.1 LECrim), tras un juicio oral celebrado en su ausencia, el Estado requerido partirá de la legitimidad y validez de los límites punitivos previstos en el ordenamiento español para permitir el juicio oral en ausencia voluntaria del acusado. Lo que constituirá objeto de fiscalización por el Estado de ejecución no será ese límite punitivo para la contumacia en el Estado emisor, que puede incluso ser diferente al del Estado de ejecución, sino la

comprobación de que esa ausencia o contumacia es voluntaria, y no debida a una falta de citación o a una irregularidad de la misma, que hayan podido impedir al acusado estar presente en el juicio, caso este último en el que deberá condicionar la entrega a la garantía del recurso o del procedimiento revisor en el Estado emisor.

La Ley española para la transposición a nuestro ordenamiento de la Decisión Marco, que en otros aspectos es un dictado literal del texto de esta última, sin embargo no contiene mención alguna sobre este supuesto de condicionamiento obligatorio de la entrega.

2. El mandamiento europeo y la cadena perpetua

Estamos ante el supuesto de un mandamiento europeo emitido para el enjuiciamiento o para la ejecución, basado en todo caso en una infracción punible con una pena o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad.

En tales supuestos, el art. 5.2 de la Decisión Marco¹⁹ dispone la posibilidad discrecional para el Estado de ejecución de supeditar o condicionar la ejecución del mandamiento a que el Estado emisor prevea en su ordenamiento alguna de estas dos medidas.

a. Bien la revisión de la pena impuesta previa petición o, al menos, tras veinte años de cumplimiento.

b. O un procedimiento para la aplicación de medidas de gracia o clemencia en orden a la no ejecución de la pena o suspensión de dicha ejecución, con arreglo a su Derecho y práctica nacionales.

Hay que tener presente que, en comparación con el antecedente inicial de este precepto, el art. 37 del texto de septiembre de 2001, el art. 5.2 es más contundente en el sentido de que la condición a imponer al Estado emisor no es sólo el compromiso de «favorecer» las posibles medidas de gracia que prevea su ordenamiento y prácticas nacionales, sino que se exige que éstas existan efectivamente en su ordenamiento junto con un procedimiento para su solicitud y aplicación.

Sin embargo, tampoco se ha llegado a los extremos que se propugnaban en la Enmienda núm. 76 del Informe del Parlamento Europeo de noviembre de 2001, en la que se establecía que la condición a imponer para la ejecución del mandamiento debía ser que el Estado emisor adecuase la pena de privación de libertad a perpetuidad a la pena máxima prevista en el Estado de ejecución para dicha infracción, a través de un procedimiento de conversión o adaptación de la sanción a tramitar después de la entrega.

Sin perder de vista que todo procedimiento de conversión o sustitución de la pena implica un desconocimiento del principio de reconocimiento mutuo, hay que tener presente que, aunque tal Enmienda no ha prosperado respecto al texto definitivo del art. 5.2, pueden darse supuestos problemáticos al respecto, cuya solución pasa por medidas de esta índole.

Así, podemos plantearnos lo que sucedería en el caso en el que se emita el mandamiento de entrega para la ejecución de una pena privativa de libertad a perpetuidad respecto a un nacional, residente o habitante del Estado de ejecución. En tal supuesto, dicho Estado puede denegar facultativa-

mente el mandamiento (art. 4.6), comprometiéndose él mismo a la ejecución de la pena, o bien, el Estado de ejecución puede condicionar la entrega a la existencia en el Estado emisor de medidas de gracia o de un sistema de revisión de la condena, al menos tras 20 años de cumplimiento de la misma (art. 5.3).

El primer supuesto (arts. 4.6 de la Decisión Marco), sobre el que tratamos en el siguiente epígrafe, implica la ejecución de una pena de cadena perpetua en el Estado requerido, en cuyo ordenamiento puede suceder que no esté prevista tal sanción, o que la misma sea incompatible con su sistema de sanciones en orden a su duración. Ante tal situación, la única solución será la adaptación excepcional de la cadena perpetua a la pena máxima prevista en su ordenamiento para infracción idéntica o similar.

Sería lo que el art. 10 del CETPC califica como sistema de prosecución del cumplimiento, con respeto a la naturaleza y duración de la pena, pero con posibilidad de adaptación de la misma en dos supuestos excepcionales, como son la inexistencia de esa clase de pena en el Estado de ejecución, o la incompatibilidad con su sistema de sanciones, bien por su naturaleza (por ejemplo, trabajos forzados) o por su duración (así, la cadena perpetua).

Por otra parte, hay que tener presente que, aunque en España no existe la pena de cadena perpetua, la aplicación de este supuesto de ejecución condicionada del mandamiento implica una serie de consideraciones respecto a nuestro Derecho interno, que sí contempla indirectamente el cumplimiento íntegro de penas de privación de libertad.

Así, y en cuanto a la necesidad de que el Estado emisor prevea una revisión de la pena, al menos tras los 20 años de cumplimiento, hay que decir, en primer lugar, que en nuestro Código Penal (CP), por un lado, el límite máximo de cumplimiento y refundición de condenas del art. 76.1.a) es de 20 años, salvo supuestos excepcionales en los que se puede elevar a 25 y 30 años. Y, por otro, que el art. 78 del mismo cuerpo legal permite excepcionalmente (cuando aplicando el art. 76 la pena resultante sea inferior a la mitad de la suma del total y exista peligrosidad criminal) que el cómputo de los períodos para los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se haga con arreglo a la suma de la totalidad de las penas impuestas y no con arreglo a la pena refundida. Así, por ejemplo, un sujeto condenado a penas que suman un total de 200 años, si se le aplica por el tribunal sentenciador el art. 78, verá cómo, por una parte, las penas se refundirán en un máximo de 30 años, pero, por otra, a efectos de computar las tres cuartas partes de la condena para la concesión de la libertad condicional, dicho cómputo se efectuará sobre 200 años, y no sobre 30, por lo que la consecuencia final, entendemos que abiertamente contraria al art. 25 de la CE, será que cumplirá íntegramente la pena refundida de 30 años. En tales casos, pues, el tiempo real de cumplimiento carcelario puede coincidir con la pena refundida, es decir, con 20, 25 y 30 años de prisión.

Ello quiere decir que España, como Estado emisor del mandamiento europeo o solicitante de la entrega, puede ser requerida para prestar la garantía de revisión de la pena al menos tras 20 años de su cumplimiento, ya que en nuestro ordenamiento puede superarse el tiempo de cumplimiento

14 Téngase en cuenta que ni en la Propuesta de diciembre de 2001, ni en el texto definitivo de la Decisión Marco de junio de 2002, se cuenta con un diccionario de términos como el proporcionado en la Propuesta de septiembre de 2001.

15 Informe del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Decisión Marco (Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos de Interiores; Ponente Graham R. Watson) de 14 de noviembre de 2001 (Final A5-0397/2001) (B UE 11/2001); Informe de 9 de enero de 2002 (Nuevas consultas) (Final A5-0003/2002); Dictamen de 6 de febrero de 2002, en el que tras la nueva consulta del Consejo, según el texto adoptado por éste en diciembre de 2001, aprueba el Proyecto (BUE 1 / 2 - 2002).

16 Art. 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en la redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre el recurso de nulidad contra la sentencia dictada en ausencia del condenado.

17 Arts. 786.1 y 775 LECrim (Ley 38/2002, de 24 de octubre), en materia de citación para el juicio oral.

18 Art. 786.1, párr. 2, LECrim (Ley 38/2002, de 24 de octubre), que establece la posibilidad de celebrar el juicio oral en ausencia voluntaria del imputado, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o de seis años, si fuera pena de otra naturaleza.

19 En idéntico sentido, el art. 5.2 de la Propuesta de Decisión Marco de diciembre de 2001.

de 20 años que el art. 5.2 de la Decisión Marco prevé como plazo para que pueda instarse un procedimiento de revisión de la pena. Todo supuesto del art. 78 del CP que implique pena superior a 20 años requerirá para que el Estado de ejecución acceda a la solicitud española de entrega, que nuestro país prevea algún mecanismo revisor de la pena tras los 20 años de cumplimiento.

Las previsiones de futuro en nuestro país apuntan hacia el incremento del límite máximo de cumplimiento hasta los 40 años²⁰, con lo que se endurecen las penas para que terroristas y autores de delitos especialmente graves cumplan la condena de forma íntegra y efectiva. Ante esta situación, y en cumplimiento de las previsiones del art. 5.2 de la Decisión Marco, una solicitud de entrega emitida por España, por ejemplo, respecto de un terrorista, en orden al cumplimiento de una pena refundida de 40 años, sólo se podrá ejecutar por el Estado requerido si España prevé en su ordenamiento algún sistema de revisión de la pena, al menos tras los primeros 20 años de cumplimiento.

Por otro lado, ese procedimiento de revisión deberá ser implementado en nuestro ordenamiento, ya que si lo entendemos como revisión de la sentencia, la misma está prevista en la LECrim por motivos tasados, entre los que no se incluye en la actualidad el hecho de que ya se hayan cumplido veinte años de pena. Y si lo entendemos como revisión de la pena, habrá que incluir en la legislación penal y penitenciaria tal procedimiento, al modo de una liberación condicional tras los veinte años de cumplimiento carcelario. Esta segunda posibilidad, relativa a la revisión de la pena tras ese período de cumplimiento, no superior a los 20 años, implicaría la aplicación de algún beneficio penitenciario reductor de la pena o del tiempo de cumplimiento carcelario, acorde con los principios de reinserción y rehabilitación que inspiran la ejecución penal según el art. 25 de la CE. Si ello es así, y en el caso de un penado entregado a las autoridades españolas en virtud de una euro orden, ya no podríamos hablar de cumplimiento íntegro de una pena refundida de 40 años, ya que tras los primeros 20 años de cumplimiento carcelario será preciso revisar la misma, por lo que realmente los beneficios penitenciarios no se calcularán sobre el total de penas refundidas, efecto perverso que entendemos que en cualquier caso contraría abiertamente el art. 25 de la CE.

En tal sentido, el art. 11.1 de la Ley 3/2003 dispone que en estos supuestos de infracciones castigadas con penas privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención por la autoridad judicial española estará sujeta a la condición de que el Estado emisor miembro prevea en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta, aunque sin establecerse un máximo de cumplimiento previo como prevé la Decisión Marco (20 años); o bien, que dicho ordenamiento prevea la aplicación de medidas de clemencia en orden a la no ejecución de la pena.

3. El mandamiento europeo condicionado al regreso al Estado de ejecución del nacional o residente

La entrega de nacionales no es una innovación en el ámbito de la UE. El CEE no prohibía la extradición de nacio-

nales, aunque esta prohibición podía resultar de mandatos constitucionales (caso de Alemania) o legales (caso de España).

Por su parte, el Convenio de Dublín de 1996 permitió la extradición del nacional, aunque con una posibilidad de reserva por un período de cinco años. España, al ratificar dicho Convenio, no estableció reserva alguna, pero sí la condición de traslado ulterior a España del extraditado para el cumplimiento de la condena.

La AN, que tradicionalmente aplicó la prohibición de extraditar al nacional, modificó su criterio en 1998, dando preferencia al CEE o a los tratados bilaterales.

En la Decisión Marco de 2002, la referencia a la detención y entrega de nacionales se realiza respecto de dos supuestos, como son, en primer lugar, el mandamiento para la ejecución de una pena privativa de libertad, y, en segundo lugar, el mandamiento para el enjuiciamiento del reclamado.

Respecto a la entrega de nacionales del Estado requerido o de ejecución, ya condenados en el Estado emisor, y en orden a la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, el art. 4.6 prevé la denegación facultativa de la ejecución de la orden y la ejecución de dicha pena en el Estado de ejecución o requerido.

En cuanto a la entrega de nacionales en orden al enjuiciamiento o a «entablar acción penal» en el Estado emisor, el art. 5.3 de la Decisión Marco prevé la supeditación de la entrega a la condición de que el reclamado sea devuelto al Estado de ejecución para el cumplimiento de la pena que se le llegue a imponer en el Estado emisor.

Pasemos a analizar ambos casos, que responden a realidades y finalidades diversas, ya que en el primero estamos ante una denegación facultativa de la ejecución de la euroorden, y su sustitución por la ejecución de la pena en el Estado requerido; y, en el segundo, ante una ejecución del mandamiento, pero sometida a garantía a prestar por el Estado emisor, consistente en el regreso del condenado para cumplir la pena en el Estado de ejecución.

a) Ejecución condicionada del mandamiento a efectos de entablar acción penal, y el regreso al Estado de ejecución

Con arreglo al art. 5.3 de la Decisión Marco²¹, el mandamiento u orden europea de detención a efectos de «entablar una acción penal» contra un nacional o residente del Estado de ejecución puede quedar condicionado o supeditado a que tras que la persona reclamada «sea oída» en el Estado emisor, sea devuelta al Estado de ejecución para cumplir en éste la pena o medida de seguridad privativa de libertad impuesta en su contra en el Estado emisor o requerente.

En la redacción del precepto, conviene hacer notar varias consideraciones de interés.

En primer lugar, entendemos que el mandamiento para «entablar acción penal» se referirá al mandamiento en orden a la incoación del proceso, ejercicio de la acción penal y enjuiciamiento del reclamado.

En segundo lugar, el regreso al Estado de ejecución no se prevé después de que el sujeto «sea oído» o haya declarado,

sino, entendemos, tras el enjuiciamiento y la sentencia firme de condena, presupuesto este último imprescindible en todos los instrumentos internacionales sobre la materia²² respecto de cualquier supuesto de traslado para la ejecución de condena a privación de libertad.

En tercer lugar, la ejecución del mandamiento, condicionada al regreso al Estado requerido, se prevé para reclamados nacionales o residentes en el mismo, y de acuerdo con criterios discrecionales de la autoridad judicial del propio Estado de ejecución. Por tanto, estamos, en definitiva, ante un supuesto de supeditación o condicionamiento facultativo de la ejecución del mandamiento de detención europeo. Y, además, si se diera la negativa al regreso por el Estado emisor, nos hallaríamos ante una posible denegación facultativa de la ejecución del mandamiento.

Esa discrecionalidad, que opera a partir de los datos de la nacionalidad o la residencia²³, entendemos que, aunque no se mencione expresamente en el precepto, se hará depender en muchos casos de la conveniencia del regreso del reclamado en función de las mayores posibilidades de reinserción social a través de la ejecución de la pena en el Estado del que es nacional o en donde reside, y en función de los vínculos familiares, sociales, o laborales con el mismo.

Por tanto, se trata de un condicionamiento que responde a la misma motivación e intencionalidad que el art. 36 de la Propuesta inicial de la Comisión de septiembre de 2001, que se refería a la denegación de la entrega (ahora ejecución condicionada) salvo que se aceptase el regreso para cumplir la pena impuesta en el Estado emisor, si en el Estado de ejecución del mandamiento había mayores posibilidades de reinserción, aunque sin hablar expresamente de la nacionalidad o de la residencia del reclamado en dicho Estado requerido, como indicios de mayor probabilidad de reinserción.

Entendemos que la mención que ahora se hace de la nacionalidad o residencia del reclamado respecto al Estado de ejecución tiene como precedente inmediato el art. 7.2 del Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la UE de extradición entre los Estados miembros, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996²⁴, respecto a la extradición de nacionales, que se favorece, sobre la base del principio de reciprocidad, si queda condicionada al regreso al Estado requerido para la ejecución de la pena.

En las Declaraciones de España a dicho Convenio, la «addenda» al art. 7 establece que nuestro país concederá la extradición de sus nacionales, siempre que el Estado requerente dé garantías de que será posteriormente transferido a España para el cumplimiento de la condena.

Hay que tener en cuenta que el mandamiento de detención europeo está basado en el principio de ciudadanía de la Unión (arts. 17 a 22 TUE), por lo que la excepción concedida

a los ciudadanos de un país que existe en el marco de los convenios tradicionales de extradición no debe aplicarse en un espacio común de libertad, seguridad y justicia. Por tanto, con carácter general, los ciudadanos de la Unión deberían ser procesados, y condenados en su caso, allí donde hayan cometido un delito en el territorio de la Unión, con independencia de su nacionalidad.

Sin embargo, y desde el punto de vista de la reinserción de quien cumple pena o medida de seguridad privativa de libertad, debe hacerse posible que dicha ejecución se realice en el Estado miembro donde tenga mayores posibilidades para tal fin reinsertador, que normalmente será el país de su nacionalidad, residencia o aquél en el que habite.

Ni el art. 36 de la Propuesta de Decisión Marco de septiembre de 2001, ni el art. 5.3 de la Propuesta del Consejo de diciembre del 2001, ni el art. 5.3 del texto definitivo de junio de 2002, especifican nada sobre el régimen de este traslado de personas condenadas desde el Estado emisor al Estado de ejecución.

Al respecto, entendemos, en primer lugar, que se trata de un traslado en el que no prima el consentimiento del reclamado, requisito básico en la mayoría de instrumentos internacionales sobre el traslado de personas condenadas.

En segundo lugar, la ejecución de la pena se realizará de acuerdo con la legislación penal, penitenciaria y procesal del Estado de ejecución.

Y, en dicha ejecución y cumplimiento, se aplicará el principio de prosecución, es decir, se ejecutará la pena sin sustitución ni adaptación al ordenamiento penal del Estado de ejecución, sistema que, frente al de conversión, es más acorde con el principio de reconocimiento mutuo o recíproco²⁵.

El art. 11.2 de la Ley española 3/2003, sobre la orden de detención y entrega, en orden a los instrumentos internos para la consecución de los objetivos de la Decisión Marco, dispone que en estos supuestos en los que la persona objeto de reclamación es de nacionalidad española, y la orden europea de detención y entrega es a efectos de entablar acción penal, la ejecución «se podrá supeditar», después de que dicha persona sea oída al respecto, a la condición de que sea devuelta a España para cumplir la pena o medida de seguridad privativa de libertad que llegue a imponérsele en el Estado emisor.

La normativa interna española presenta así dos particularidades de interés. Por un lado, dispone la ejecución condicionada del mandamiento sólo respecto de los que ostenten la nacionalidad española, mientras que la Decisión Marco, en términos más amplios, habla también de los residentes o de las personas que habitan en el Estado de ejecución. En este sentido, entendemos que debería haberse hecho referencia en este punto no sólo a los sujetos de nacionalidad española,

20 Proyecto de LO de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en BOCG, Congreso de los Diputados, A -129 -1, de 14 de febrero de 2003.

21 En idéntico sentido, el art. 5.3 de la Propuesta de Decisión Marco de diciembre de 2001.

22 Convenio Europeo para el traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983; Convenio de aplicación de los Acuerdos de Schengen de 1991, incorporado al Convenio de 1983 mediante Protocolo de 18 de diciembre de 1997; Convenio Europeo sobre la vigencia internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya en 1970. V. GONZÁLEZ CANO, *El traslado de personas condenadas entre países* (con MAPELLI), Madrid, 2001, pgs. 29 y ss.

23 Entendemos que la residencia debe primar sobre la nacionalidad, en función del principio de ciudadanía de la Unión.

24 BOE de 24 de febrero de 1998.

25 GONZÁLEZ CANO, *El traslado...*, op. cit., pgs. 77 y ss. En el desarrollo de la ejecución en el Estado de cumplimiento, existen dos alternativas. Por un lado, la prosecución del cumplimiento o ejecución continuada de la pena impuesta en el Estado sentenciador o de condena, sin alterar su naturaleza jurídica ni su duración. Por otro, el seguimiento del denominado procedimiento de conversión de la condena, que implica una especie de exequátur, con la sustitución de la pena originaria de acuerdo al sistema de clasificación de sanciones y duración de penas que para el mismo delito prevea el Estado de cumplimiento (arts. 9 y 10 del Convenio de Estrasburgo de 1983).

sino también al residente en España, ya que las razones de arraigo implican mayores posibilidades de reinserción, motivo por el que volvería a España para cumplir la pena impuesta en el Estado emisor.

Por otro lado, se establece un plausible trámite de audiencia al interesado ante el Juzgado Central de Instrucción, de cara a acordar ese regreso como condicionante de la ejecución del mandamiento de entrega, aunque entendiendo que ello no implica la necesidad de recabar un consentimiento vinculante del reclamado para acordar lo procedente.

b) Diferencias con la denegación facultativa de la ejecución del mandamiento en orden al cumplimiento de la pena por el nacional o residente

Como ocurre en la mayoría de los tratados de extradición, la Decisión Marco regula una serie de causas de denegación de la entrega, unas de carácter obligatorio (art. 3) y otras de tipo facultativo (art. 4).

Directamente relacionado con el supuesto de ejecución condicionada del mandamiento que acabamos de ver, el art. 4.6 de la Decisión Marco, dentro de los supuestos de denegación facultativa del mandamiento, incluye el caso de una orden de detención dictada a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad impuesta en el Estado emisor, si el reclamado es nacional del Estado de ejecución o reside o habita en el mismo, y dicho Estado requerido se compromete a ejecutar dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su ordenamiento jurídico o Derecho interno.

El precedente de esta previsión es el art. 33 de la Propuesta de Decisión Marco de septiembre de 2001, que bajo el título de «principio de reinserción», y en el ámbito de los supuestos de denegación de la entrega del reclamado, regulaba la posibilidad de que efectivamente se denegase la entrega del sujeto, si la ejecución de la pena en el Estado requerido ofrecía mayores posibilidades de reinserción para el penado reclamado.

Además, se establecía en dicho precepto que tal suspensión estaría condicionada a la prestación del consentimiento de la persona reclamada, sin el cual la entrega se realizaría, y que, además, el cumplimiento en el Estado de ejecución se regiría por el ordenamiento de éste, sin posibilidad de sustitución ni modificación con relación a la pena prevista para ese delito en su Derecho interno.

Es decir, se optaba, no por el sistema de conversión, sino por el principio de prosecución del cumplimiento, mucho más acorde y respetuoso con el principio de reconocimiento mutuo.

Por tanto, el art. 33 estaba configurando un caso de traslado de personas condenadas sin entrega física o material del reo, pero basado, por una parte, en la idea de la consecución de su reinserción, y, además, en los dos principios generales más representativos del Convenio de Estrasburgo de 1983 sobre traslado de personas condenadas (CETPC), que son, por un lado, el consentimiento del reo (art. 3.1.d), y, en segundo lugar, el predominio del sistema de prosecución, que según el art. 10 del citado Convenio implica el respeto en el Estado de ejecución a la naturaleza y duración de la pena impuesta en el Estado emisor.

Frente a este sistema, el art. 4.6 del Texto de diciembre de 2001, y el art. 4.6 del texto definitivo de la Decisión Marco, aprobado en junio de 2002, configura igualmente una denegación facultativa de la ejecución del mandamiento si se trata de la ejecución de una pena respecto a un reclamado nacional del Estado de ejecución, o que resida o que habite en el mismo.

Sin embargo, las diferencias son esenciales, tanto desde el punto de vista de la finalidad del precepto, como desde la perspectiva de sus presupuestos y requisitos procesales.

Así, en primer lugar, el art. 4.6 de la Decisión Marco no hace referencia al principio de reinserción, como fundamento de esa denegación, término que desaparece del precepto, que viene referido únicamente a los casos de reclamados nacionales, residentes o habitantes del Estado de ejecución.

En principio, pudiera pensarse que esa exclusión expresa del principio de reinserción en la literalidad del precepto no lo es desde el punto de vista de la finalidad de la medida, dado que hablar de nacionalidad o residencia del sujeto en el Estado requerido puede significar lo mismo a estos efectos. Sin embargo, hay elementos, como veremos a continuación, para concluir que la finalidad del precepto es ahora otra respecto al texto de septiembre de 2001.

En segundo lugar, ya no se exige el consentimiento del reo, al igual que se prevé en algunos instrumentos internacionales en materia de traslado distintos del Convenio de Estrasburgo. Así, los arts. 68 y 69 del Convenio de aplicación de Schengen de 1991, que prescinden del consentimiento en caso de que un nacional que delinque y es condenado en el extranjero, se refugie en su país, al que se transmite la ejecución de la pena dictada en el país de condena. En el mismo sentido, los arts. 2 y 3 del Protocolo de 1997 al Convenio de Estrasburgo de 1983, respecto al condenado que huye del Estado sentenciador y se refugia en el Estado de su nacionalidad o residencia al que se requiere para que continúe la ejecución. E igualmente, el art. 7 del Convenio de Dublín de 1996, que se refiere, como veíamos anteriormente, a la transmisión de la ejecución de la sentencia como condición previa a la extradición del nacional.

En tercer lugar, aunque se dispone que la pena se ejecutará en el Estado requerido con arreglo al ordenamiento de éste, no se limita ni se excluye expresamente la posibilidad de sustitución de la pena por la prevista en dicho ordenamiento para el mismo delito, con lo cual cabría la posibilidad de aplicar el sistema de conversión de la pena inicialmente impuesta en el Estado emisor, lo que entendemos que se compadece mal con el principio de reconocimiento mutuo.

No estamos, pues, ante una especie de traslado de personas condenadas sin desplazamiento físico del reclamado, o ante una transmisión de la condena, basado en los principios del consentimiento del reo y de prosecución del cumplimiento, al modo previsto en el CETPC de 1983, que entendemos que inspiró el art. 33 del Texto de septiembre de 2001.

Muy al contrario, en el art. 4.6 de la Decisión Marco se ha pasado a un modelo de traslado similar al previsto en los arts. 67 a 69 del Convenio Schengen, incorporado después, como hemos comentado anteriormente, al Convenio de Estrasburgo de 1983 mediante el Protocolo de 18 de diciembre de 1997²⁶, aún no suscrito por España, y que implica que ante el supuesto de huida del sujeto desde el Estado sentenciador hacia otro Estado, normalmente el de su nacionalidad

o residencia, este último, a instancia del Estado emisor, asume la ejecución de la pena, sin necesidad de requerir el consentimiento del reo.

Sin embargo, el art. 12.2.f) de la Ley española 3/2003 introduce dos datos que entendemos son criticables porque contrarían el espíritu y la intencionalidad del art. 4.6 de la Decisión Marco.

En primer lugar, reduce estos supuestos de denegación facultativa únicamente a los reclamados con nacionalidad española, mientras que claramente la Decisión Marco se refiere a los nacionales del Estado de ejecución o residentes en el mismo, contenido mucho más ajustado, a nuestro entender, a los principios que rigen la ciudadanía de la UE.

En segundo lugar, en vez de establecer en estos casos la posible denegación facultativa de la entrega y el cumplimiento de la pena en el Estado de ejecución, tal y como establece el art. 4.6 de la Decisión Marco, dispone para este supuesto del reclamado nacional, dos opciones. Por un lado, que España, como Estado de ejecución, opte por la denegación facultativa y el cumplimiento de la pena o medida en nuestro país, entendemos que sin recabar el consentimiento

del reclamado. Y, por otro, que se opte por el cumplimiento de dicha pena en el Estado emisor, es decir, en definitiva, que se opte por ejecutar el mandamiento, pero contándose para ello con el consentimiento del reclamado. Esta prestación del consentimiento en orden al traslado al Estado emisor no viene contemplada en la Decisión Marco, e implica añadir un requisito para la ejecución de la euroorden que contraría abiertamente el sentido y finalidad de este instrumento. Además, es un acercamiento evidente de este tipo de traslados al régimen del Convenio de Estrasburgo de 1983, en el que el consentimiento es la pieza clave de la institución, cuando la Decisión Marco lo que pretende es que este traslado específico entre dentro del ámbito del Convenio de aplicación de Schengen y del Protocolo de 1997 al Convenio de Estrasburgo de 1983 (CETPC).

Por tanto, e independientemente de que el sujeto reclamado consienta el traslado, posibilidad prevista con carácter general en el art. 13 de la Decisión Marco como alternativa al procedimiento contradictorio del art. 14, la falta de consentimiento no es vinculante en la Decisión Marco de cara a la denegación de la entrega al Estado emisor.

26 GONZÁLEZ CANO, *El traslado de personas condenadas...* op. cit., pgs. 69 y 70.