

LA IMPLEMENTACIÓN Y APLICACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA: LUCES Y SOMBRAS

MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ*

SUMARIO: I. Introducción; II. Concepto y características fundamentales de la orden europea; III. La implementación de la orden europea en España; IV. La transposición de la orden europea en los derechos internos de los Estados Miembros de la UE: 1. Problemas de constitucionalidad: la respuesta de los Tribunales Constitucionales de Polonia y Alemania. 2. La situación en otros Estados Miembros: Chequia, Chipre y una cuestión pendiente. V. Análisis procesal de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la orden europea. VI. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier intento de analizar el contenido de la Decisión Marco (DM) del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea (euro-orden)¹ y su posterior proceso de implementación y aplicación por los Estados Miembros (EM) de la Unión Europea (UE) debe partir no solo de un conocimiento previo de cómo ha evolucionado históricamente la cooperación judicial en el seno de la UE sino, sobre todo, de las transformaciones que a nivel universal ha experimentado la cooperación penal internacional. Entre los diferentes factores apuntados por la doctrina como desencadenantes de los cambios acaecidos en esta materia destacan a nuestro juicio la globalización y otros dos fenómenos de signo desigual. Por una

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Málaga

¹ Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Diario Oficial L 190 de 18.7.2002.

parte, el reconocimiento de la existencia de intereses y bienes jurídicos cuya protección jurisdiccional corresponde a la Comunidad Internacional en su conjunto. Por la otra, en sentido diametralmente opuesto, la imparable transnacionalización de la delincuencia, que ha obligado a poner al día la cooperación penal mediante la renovación de los mecanismos tradicionales de detención y entrega de personas.

Respecto de este último aspecto, la revitalización de la cooperación penal internacional ha resultado ser un proceso complejo y todavía en curso, que a nuestro juicio se ha edificado en torno a tres modelos de cooperación que no son excluyentes sino complementarios. Así, junto a la clásica cooperación penal horizontal, basada en la voluntariedad y en la reciprocidad, y que tiene en la extradición su máximo referente, han adquirido gran relevancia otras dos aproximaciones. La segunda, vertical, obedece a la necesidad de salvaguardar intereses colectivos, está ligada a la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, y en ella la colaboración estatal en la entrega de presuntos criminales adquiere un carácter obligatorio e imperativo. A ambas aproximaciones se ha sumado un tercer y novedoso modelo mixto de cooperación penal internacional, con elementos procedentes de las dos anteriores, que mantiene una base predominantemente consensual pero en el que se acentúa la importancia de la protección de los valores jurídicos comunitarios, y que estaría representada, a nivel universal por la Corte Penal Internacional (CPI), y a nivel regional por el orden europeo de detención y entrega².

En este sentido, el contexto internacional en el que tiene lugar la aprobación de la euro-orden viene marcado por el proyecto imperial promovido por los Estados Unidos de Norteamérica tras los atentados del 11-S de 2001, en el que la obsesión por la seguridad y el fortalecimiento de la lucha contra el terrorismo y la cooperación penal devienen objetivos primordiales³. De hecho hasta entonces las reiteradas propuestas de elaborar una definición común de terrorismo y agilizar la cooperación judicial y policial en el marco de la UE habían chocado con la indiferencia, cuando no con la oposición, de buena parte de los restantes EM. El 11-S significó por tanto el punto de inflexión político de un proceso que jurídicamente había madurado con anterioridad. El Tratado de Amsterdam y en especial el Consejo Europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 habían proclamado ya el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como la piedra angular para la construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Posteriormente, en una segunda fase, el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004 adoptó el Programa de La Haya (2005-2010)⁴, en el

² Sobre este tercer modelo cabe la consulta de LIRÓLA DELGADO, I/MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea», *XX Anuario de Derecho Internacional* (2004), pp. 173-250.

³ A propósito GARCÍA SEGURA, C/RODRIGO HERNÁNDEZ, A (Eds.), *El imperio Inviabile, El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Tecnos, Madrid, 2005.

⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia [COM (2005) 184 final – no publicada en el Diario Oficial].

que, entre las diez áreas de acción prioritaria de la UE para consolidar un espacio judicial figuran el principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca entre EM⁵, en virtud del cual una resolución dictada por una autoridad judicial de un EM tendrá efecto inmediato y directo en todo el territorio de la Unión sin necesidad de ningún procedimiento posterior de recepción, validación o conversión⁶. La primera y principal concreción práctica de este principio teórico lo constituye la orden europea de detención y entrega.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA ORDEN EUROPEA

La naturaleza jurídica de la orden europea ha sido objeto de una ardua polémica doctrinal que, como a menudo sucede, en poco o nada ha influido en su posterior puesta en práctica. A nuestro juicio la euro-orden se ubicaría dentro de la socorrida categoría del «*tertium genus*», ya que puede considerarse heredera legítima de la extradición aunque paralelamente pretende inaugurar un nuevo sistema de entrega de personas⁷.

Formalmente la orden europea se articula a través de una Decisión Marco Europea, instrumento normativo propio del tercer pilar al que el Consejo, actuando por unanimidad, puede recurrir para aproximar las disposiciones normativas y reglamentarias de los EM (art. 34.2 del TUE). Aunque se asemejan a las Directivas en que obligan en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios, las Decisiones Marco carecen de efecto directo incluso cuando sus disposiciones son claras, precisas e incondicionales, y su falta de transposición no permite la presentación de ningún recurso por incumplimiento ante el TJCE⁸.

⁵ Respecto a los progresos en la implantación del Programa de La Haya, «Council and Comisión Action Plan implementing the Hague Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union», (2005/C 198/01), O.J. 12.8.05.

⁶ «*Mutual Trust*», Editorial Comment, *European Constitutional Law Review*, No. 2 (2006), pp. 1-3; ALEGRE/LEAF, «Mutual recognition in the European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study: The European Arrest Warrant», *10 European Law Journal* (2004), pp. 200 y ss;

⁷ Sobre la naturaleza jurídica de la orden europea, así como sobre sus características y contenido existe ya una vastísima bibliografía. Entre lo más reciente en español, JIMENO BULNES, M., «La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales», *La Ley No. 5979*, 16 marzo 2004; DEL POZO PÉREZ, M., «La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», *La Ley No. 6164*, de 10 de enero de 2005; DELGADO MARTÍN, J., «La orden europea de detención y entrega», *La Ley No. 6205*, de 8 de marzo de 2005.

⁸ «La Decisión Marco es un caso típico de instrumento normativo indirecto, que tiene un alcance similar al de la directiva aunque con la diferencia más teórica que real que, mientras ésta obliga a sus resultados, la decisión es obligatoria en todos sus elementos aunque carezca de aplicabilidad directa en cuanto a modificar situaciones jurídicas nacionales», *Dictamen del Consejo de Estado*, No. de expediente 2921/2001 sobre el Anteproyecto de Ley sobre la orden europea de detención y entrega, p. 5.

Sustancialmente hemos anticipado que la euro-orden se define como una resolución judicial dictada por un EM de la UE con vistas a la detención y entrega por otro EM de una persona buscada al objeto de permitir el ejercicio de acciones penales en marcha (*entrega para enjuiciamiento*), o la ejecución de una pena o medida privativa de libertad ya acordada (*entrega para cumplimiento de condena*). La finalidad que persigue es por tanto la creación de un mandamiento o título judicial único para toda la Unión, que las autoridades judiciales cumplimentan siguiendo un formulario sencillo y breve, sin necesidad de documentación adicional, lo que facilita la transferencia de una persona de una jurisdicción estatal a otra, evitando la impunidad que pudiera derivarse de la territorialidad de la ley penal. Presenta por tanto numerosas similitudes con la extradición, a la que precisamente viene a sustituir en las relaciones entre los EM de la UE. De hecho, la euro-orden se diferencia de la extradición en⁹:

- a) La supresión parcial de los requisitos de doble incriminación, reciprocidad y prohibición de entrega de los propios nacionales;
- b) Por concentrar, simplificar y acelerar los plazos y el procedimiento;
- c) En la judicialización de la decisión sobre la entrega, ya que elimina las consideraciones de oportunidad política tradicionalmente presentes en los diferentes mecanismos convencionales de cooperación penal;

De estas tres notas destaca la atenuación del principio de doble incriminación, que la orden europea elimina para una lista de 32 delitos, siempre que estén castigados en el Estado emisor con penas de hasta 3 años. Sin embargo a nuestro juicio estamos ante una novedad relativa que no debe sobrevalorarse, porque se trata de delitos «básicos» de los derechos internos (i.e., homicidio, tráfico ilícito de drogas, fraude, corrupción, robos, falsificación etc.) muchos de los cuales ya habían sido objeto de armonización previa en el propio TUE o en el Convenio Europol, además de estar previamente tipificados en tratados internacionales en los que los EM de la UE eran ya parte¹⁰.

Por el contrario, la relación entre los delitos incluidos en la orden europea y la jurisdicción material de la CPI merece mayor atención de la recibida, en tanto que suscita complejas relaciones de subordinación y coordinación. La subordinación se deriva de la primacía de la CPI que parece desprenderse de la propia Decisión Marco: una de las causas de denegación facultativa de la ejecución de una orden europea es que los delitos «*se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución de las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio*» (art. 4.7.b), lo que po-

⁹ Un análisis más detallado de las diferencias entre la orden europea y la extradición en CUERDA RIAZU, A, «La extradición y la orden europea de detención y entrega», *Revista Cenipec*, Enero-Diciembre 2006, pp. 41-60; GARCÍA SÁNCHEZ, B, *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Comares, Granada, 2005.

¹⁰ *Vid.* el listado de delitos del art. 29 del TUE y del art. 2 del Convenio Europol (DOCE No. C 316, de 27-11-95, después de la Decisión del Consejo de 29 de abril de 1999 (DOCE No. C 149, de 28-05-99, del Protocolo de 2000 (DOCE No. C 358, de 13-12.-2000) y de la Decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2001 (DOCE No. C 362, de 18-12-01).

tencia el recurso a la CPI en lugar de la aplicación del principio de jurisdicción universal, pese a que el Estatuto de Roma se erige sobre la complementariedad de la jurisdicción internacional, que solo actuará en defecto de las jurisdicciones domésticas. La complementariedad entre ambos instrumentos viene dada porque delitos tan importantes como el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefacientes, que habían quedado fuera de la competencia material de la CPI, aparecen incluidos en la Decisión Marco, mientras que la tortura, que inexplicablemente no está en el listado de 32 delitos que la orden europea excluye de la doble tipificación, sí que figura entre los crímenes perseguibles por la CPI. Todo ello evidencia la necesidad de que los EM de la UE avancen en la armonización de los diferentes mecanismos de cooperación penal internacional, y en particular en la armonización de las diferentes legislaciones internas que prevén el principio de jurisdicción universal, y entre éstas y la normativa de implementación de la orden europea y del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹¹.

Por lo que respecta a su ámbitos de aplicación temporal y territorial, la euro-orden reemplaza con carácter general a la extradición para todas las solicitudes de detención y entrega de personas que se hayan tramitado entre los 25 EM de la UE, Gibraltar incluido, desde el 1 de enero de 2004, si bien está previsto que en uno de ellos, Austria, su ejecución pueda diferirse hasta el 31 de diciembre de 2008.

Finalmente conviene recordar que la ejecución de la euro-orden, es decir el cumplimiento de la solicitud de entrega de la persona buscada, es un acto de asistencia judicial, y como tal reglado y sometido al principio de legalidad, por lo que en principio no existirán otras causas de denegación de la orden europea que aquellas expresamente previstas en la Decisión Marco, que distingue entre:

a) Causas de denegación imperativa (art. 3), a saber: amnistía en el EM de ejecución, cosa juzgada/*non bis in idem* y minoría de edad.

b) Motivos de no ejecución facultativa (art. 4): litispendencia, prescripción, o que la orden afecte a un nacional o residente del EM de ejecución o se refiera a infracciones cometidas total o parcialmente en su territorio

c) Entrega condicionada (art. 5): el EM de ejecución podrá supeditar la entrega al cumplimiento por el Estado emisor de ciertas garantías cuando la orden

- esté basada en una sentencia en rebeldía;
- concierna a un delito castigado con cadena perpetua en el Estado emisor;
- afecte a sus propios nacionales;

– o cuando las autoridades del Estado miembro de ejecución consideren que el respeto de los derechos fundamentales de la persona reclamada no están salvaguardados¹².

Como a continuación comprobaremos el respeto de los derechos fundamentales (Considerandos 12 y 13 y art. 1.3 de la Decisión Marco) constituye una de las direc-

¹¹ LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ, «La cooperación penal...», *op. cit.*, pp. 198-202.

¹² Para un estudio más en profundidad de todos estos supuestos, ARANGÜENA FANEGO, C. (coord), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y arresto*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

trices y a la vez uno de los límites a la ejecución de la orden europea que más problemas prácticos ha suscitado¹³.

III. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA EN ESPAÑA. LEY ORGÁNICA 3/2003, DE 14 DE MARZO, SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA Y LEY 2/2003, COMPLEMENTARIA DE LA ANTERIOR

La DM establecía la obligación de los EM de la UE de tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la orden europea «antes del 31 de diciembre de 2003». (art. 34.1). Sin embargo, tal y como se desprende de los sucesivos Informes evaluadores del Consejo¹⁴, sólo 13 de los 25 EM respetaron el plazo de transposición inicialmente fijado, lo que ha supuesto que también en la entrega de personas pueda hablarse de geometrías variables o de una Europa a varias velocidades. Los Estados incumplidores justificaron su retraso por la existencia de obstáculos internos, como veremos algunos de ellos de naturaleza constitucional. Entre los objetores persistentes destaca Italia, que tras sucesivos avatares ha sido, en abril de 2005, el último Estado en aprobar la ley de transposición de la DM, mientras que en el extremo opuesto sobresale el celo de España, que promulgó la Ley Orgánica 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, el 14 de marzo, de forma que su entrada en vigor tuvo lugar justo 8 meses después de la adopción de la DM¹⁵. La extraordinaria predisposición de España se debe a razones de necesidad y de coherencia. Desde finales de los 90 las autoridades españolas habían insistido infructuosamente en la conveniencia de simplificar la extradición y agilizar la entrega de detenidos y su traslado al territorio de otro EM especialmente de aquellos acusados de la comisión de delitos relacionados con el terrorismo, por lo que aprovecharon el impacto del 11-S para presentar una propuesta formal de orden europea que fue aprobada en tiempo record de una semana. El activismo pro orden europea culminó al aprobarse la DM durante la presidencia española del Consejo Europeo. Se alcanzaba así un objetivo político imprescindible para mejorar la lucha antiterrorista en la UE mediante la aprobación de un instrumento que, en el caso de España, permitía además superar el conflicto suscitado tras la anulación por el Tribunal Constitucional de las extradiciones de ciu-

¹³ CASTILLEJO MANZANARES, R, «La orden europea de detención y entrega. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión», *La Ley*, 27 de diciembre de 2005.

¹⁴ Hasta la fecha el Consejo ha presentado tres informes sobre el cumplimiento de la DM en los diferentes EM: Council of the European Union 15009/03, 19 november 2003 y Council of the European Union 7155/05, 9 march 2005. El tercer Informe, con los datos del 2005, es de 21 de junio de 2006 y no ha sido difundido públicamente.

¹⁵ De hecho la Decisión Marco se publicó en el DOCE L 190/12, de 18 de julio de 2002, y la Ley 3/2003 en el BOE n. 65, de 17 de marzo, disponiéndose su entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

dadanos italianos que habían sido condenados en su país en rebeldía. Con estos mimbres, la ley de transposición debía necesariamente tener carácter orgánico, al afectar a derechos y libertades fundamentales. Técnicamente puede calificarse como un instrumento normativo sumamente correcto, aunque algunas de sus disposiciones reflejen opciones políticas discutibles¹⁶.

De conformidad con la Ley 3/2003, en España será competente para emitir una orden europea cualquier juez o tribunal que esté conociendo de una causa penal, lo que implica la supresión de cualquier intromisión gubernativa y la judicialización de la entrega. La autoridad competente para la ejecución de la orden europea son los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional y, en el caso de que la entrega tenga lugar sin el consentimiento del reclamado o concurren causas de denegación o condicionamiento, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

El procedimiento de entrega se formaliza cumplimentando el formulario anexo a la orden y enviándolo posteriormente a la Oficina SIRENE en España y a la INTERPOL, si bien cuando se conozca el paradero de la persona reclamada cabe dirigirse directamente a la autoridad judicial correspondiente del Estado de ejecución. La orden de detención será practicada por la policía española, que leerá al reclamado sus derechos y le notificará las razones de la detención. El plazo de puesta a disposición judicial es de 72 horas siguientes a la detención, momento en el que se procederá a la lectura del contenido de la orden y de los derechos que asisten al reclamado. Asimismo el Juzgado Central de Instrucción competente comunicará, a los efectos previstos en la DM, la detención de la persona reclamada a la autoridad judicial del Estado emisor. Dentro de las 72 horas siguientes a la puesta a disposición judicial tendrá lugar la audiencia del reclamado quien, en presencia del abogado de su elección, y en su caso de intérprete, consentirá o se opondrá a la entrega. Oído el reclamado, el Juez Central de Instrucción podrá acordar que se le tome declaración conforme a la ley española, toma de declaración que podrá ser practicada por la autoridad judicial del Estado emisor, o que se proceda a su traslado temporal al Estado emisor, aunque una vez efectuadas las diligencias necesarias, deberá volver al Estado de ejecución para la vista oral.

En consonancia con la judicialización apuntada, la autoridad competente para decretar la prisión o la libertad condicional es el Juzgado Central de Instrucción. Su decisión es susceptible de ser recurrida en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Por lo que concierne a la autoridad competente para decidir sobre la entrega, la ley establece un procedimiento diferenciado según se haya obtenido o no el consentimiento del reclamado. En caso afirmativo, la decisión corresponde al Juzgado Central de Instrucción y en los demás casos a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Si se cuenta con el consentimiento del reclamado hay 10 días de plazo para efectuar la entrega. Si el reclamado se negara a la misma, la entrega

¹⁶ Díez RIAZA/GISBERT POMATA/CARRETERO GONZÁLEZ, C, «*La orden europea de detención y entrega. Estudio de la Ley 3/2003, de 14 de marzo*», Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

deberá producirse dentro de los 60 días siguientes a la detención, plazo que podrá prorrogarse si concurren razones justificadas 30 días más, es decir, 90 días máximo, período sumamente breve para dar por concluido el procedimiento, sobre todo en comparación con la extradición. Conviene subrayar sin embargo, que a diferencia de lo previsto en la extradición y en las solicitudes de cooperación provenientes de la CPI, en el caso de la orden europea contra la decisión judicial que autoriza la entrega no cabe recurso alguno¹⁷.

IV. LA TRANSPOSICIÓN DE LA ORDEN EUROPEA EN LOS DERECHOS INTERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

Como ha quedado de manifiesto, la transposición de la DM sobre la orden europea a los derechos internos de los EM de la UE no ha sido ni inmediata ni pacífica. A principios de 2004 solo 8 de los socios comunitarios aplicaban la euro-orden en sus relaciones mutuas, si bien el 1 de noviembre de ese mismo año todos, con la excepción de Italia, habían procedido ya a adoptar la normativa interna necesaria para su aplicación, por lo que puede afirmarse que desde esa fecha la orden europea ha logrado en parte su objetivo primigenio de reemplazar a la extradición¹⁸. Para ello ha sido necesario recorrer un camino largo y plagado de dificultades. Además de exigir la superación de no pocas reticencias políticas, la implementación de la orden europea ha requerido reformas legales en algunos casos de rango constitucional.

1. Problemas de constitucionalidad: la respuesta de los Tribunales Constitucionales de Polonia y Alemania

Cronológicamente hablando Polonia ha sido el primer país en el que la aprobación de modificaciones legislativas para implementar la orden europea ha suscitado problemas de constitucionalidad. Así, en enero de 2005 el Tribunal Regional de Gdansk, al recibir una orden europea emitida por un juez holandés solicitando la entrega con vistas al procesamiento en este país de Maria D., nacional polaca, decidió elevar una cuestión al Tribunal Constitucional para que éste resolviera la posible

¹⁷ La normativa reguladora de la orden europea en España, así como una guía práctica para su aplicación puede encontrarse en la página web del Ministerio de Justicia, <http://www.justicia.es>. La legislación de implementación en los restantes Estados Miembros de la UE en el sitio web del Consejo de la Unión Europea, <http://www.ue.eu.int/>, así como en <http://www.eurowarrant.net>, donde se proporciona una completísima y actualizada información al respecto.

¹⁸ ZARZA, A, «La evaluación de los Estados Miembros en el Tercer Pilar de la Unión Europea: El caso particular de la Orden de Detención Europea», <http://www.eurowarrant.net/>. También el Evaluation Report de la Comisión, COM (2005), 63 Final, 23.02.05.

contradicción entre el nuevo artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁹, unos de los preceptos aprobados *ad hoc* para desarrollar la DM, y el artículo 55.1 de la Constitución polaca, que prohíbe extraditar a los propios nacionales. En su sentencia **No P 1/05**, fechada el 27 de abril de 2005²⁰, el Tribunal Constitucional de Polonia ha afirmado:

a) Que inicialmente, y a diferencia de lo sucedido en otros EM, el Gobierno polaco, tras consultar al Consejo Legislativo, llegó a la conclusión de que la entrega («*surrender*») de sus nacionales a otro EM en ejecución de una orden europea era una figura diferente a la extradición, por lo que era factible su regulación sin que ello entrañara violación de mandato constitucional alguno, máxime teniendo en cuenta que el artículo 55.1 de la Constitución debía interpretarse conforme al Derecho Comunitario y en particular a la DM²¹.

b) No obstante, el posterior análisis comparado entre la entrega («*surrender*») a la que se referían tanto la DM como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la extradición reveló que la primera es una variante de la segunda. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional consideró que la prohibición contenida en el art. 55.1 consagra el derecho de todo ciudadano polaco a no ser procesado por un tribunal extranjero, por lo que su entrega en ejecución de una orden europea sería contraria a la esencia y la letra de la Constitución, de lo que se desprendía la existencia de una incompatibilidad flagrante ésta y la reciente disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) Una vez declarada la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, el Tribunal Constitucional polaco centró sus esfuerzos en encontrar una solución para paliar las consecuencias negativas del conflicto existente entre su derecho interno y el Derecho comunitario²². A tal fin argumentó que el principal efecto de la declaración de inconstitucionalidad, a saber, la derogación del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no era una respuesta satisfactoria, ya que el art. 9 de la Constitución de 1997 proclama la obligación de observar el Derecho Internacional y el «*pacta sunt servan-*

¹⁹ Article 607t § 1 de la Ley Enjuiciamiento Criminal de 1997. Vid the Code of Penal Procedure Journal of Laws – Dz. U. No 89, Item 555 with amendments.

²⁰ OTK ZU (Jurisdiction of the Constitutional Tribunal. Official Collection) No 4/A/2005, item 42. La decisión se publicó en el Journal of Laws – Dz.U. No 77, item 680, 4 May 2005.

²¹ En concreto el Tribunal Constitucional polaco no duda en citar reiteradamente a la doctrina internacionalista más autorizada, en particular a R. Ostrihansky para fundamentar sus afirmaciones: «On the basis of the first pillar the principle has developed consisting of the obligation for the courts to interpret national law in conformity with European law. There are no grounds to reject the grounds for the existence of the same principle in the sphere of the third pillar, wherever acts legally binding the states are enacted. The principle of pro-European interpretation of national law applies to the courts, but it should be applied even more so by the legislator, whose task is to reflect the obligation binding the state in national law.» (R. Ostrihansky, *Nakazæ zakazane. Europejski nakaz aresztowania a Konstytucja [To enforce what is prohibited. The European arrest warrant versus the Constitution]*, Rzeczpospolita»newspaper, 10 October 2003)».

²² KOWALIK-BANCZYK, K, «Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law», 6 *German Law Journal*, No. 10 (2006), pp. 1355-1366.

da», por lo que el incumplimiento de la DM entrañaría la responsabilidad internacional del Estado polaco y la consiguiente imposición de sanciones económicas por parte de la UE. A mayor abundamiento, la no ejecución de la orden europea no solo implica un revés en la construcción del Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia, sino que también obstaculizaría la administración de justicia en Polonia y la seguridad nacional. Por todas estas razones el Tribunal Constitucional ha decidido suspender temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por el periodo máximo de 18 meses previsto en el art. 190.3 de la Constitución, reiterando la obligación de todos los poderes públicos de continuar aplicando el art. 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que faculta la detención y entrega de nacionales polacos a otros EM de la UE, hasta que tenga lugar la necesaria reforma constitucional, seguida de la aprobación de una nueva ley de implementación de la DM. Obviamente, la provisionalidad de la solución propuesta conlleva un deber de emprender de inmediato las reformas legislativas necesarias por parte de las autoridades competentes²³.

²³ Fundamento jurídico 5.2. «According to the Tribunal, above all the constitutional obligation of Poland to observe the international law, which binds it, but also care to assure security and public order, the assurance of which is enhanced by the surrender of indicted persons to other states, so as to make them face trial, and also due to the fact that Poland and other Member States of the European Union are bound by the community of principles of the political system, assuring proper administration of justice and trial before an independent court of law, are constitutionally justifying the prolongation of the application of Article 607t § 1 of the Code of Penal Procedure, even if that is connected with the deprivation of Polish citizens of the guarantees resulting from the prohibition of extradition within the scope, which is necessary for the implementation of the institution of surrender on the basis of the EAW. Argumentation in favour of this is provided additionally by due care to realise the value consisting of Poland's credibility in international relations, as a state respecting the fundamental principle of such relations, namely that *pacta sunt Servando* (Article 9 of the Constitution). 5.5. Article 9 of the Constitution is not only a grandiose declaration addressed to the international community, but also an obligation of state bodies, including the government, parliament and the courts, to observe the international law, which is binding for the Republic of Poland. Apart from appropriate changes in the national legal order, the implementation of this obligation may require the bodies of public administration to undertake specific actions within the scope of their assigned competencies. Therefore, both due to the effect of deferral (consisting of the maintenance of the binding force), as well as owing to Article 9 of the Constitution, it should be concluded and recognised that the courts are temporarily obliged to continue to apply Article 607t § 1 of the Code of Penal Procedure.

The Tribunal decided to defer by 18 months the time when the provision considered shall lose its binding force with respect to the scope, which has been challenged in the legal question and recognised as being incompatible with the Constitution. This time period is counted from the date of publication of the respective judgment of the Constitutional Tribunal in the Journal of Laws. That is the maximum constitutionally admissible term. From this moment on, the status of the law does not change, and therefore the previously existing regulation of Article 607t § 1 of the Code of Penal of Procedure maintains its binding force. The judgment of the Constitutional Tribunal determines the consequences for the future and cannot provide the basis for questioning legally valid court verdicts adopted earlier on. The above circumstances cause the situation that over the period of deferral of entry into force of the present judgment the Polish state shall fulfil the obligation of implementing the Framework Decision. The effect of the deferral of the moment of cessation of the binding force of Article 607t § 1 of the Code of Penal Procedure is such that over the period of 18 months after the publication of the judgment of the Constitutional Tribunal the respective provision should continue to be applied by the administra-

Como acertadamente ha señalado algún autor, el Tribunal Constitucional polaco al afrontar los problemas derivados de la implementación de la orden europea ha hecho gala de dos importantes virtudes. Por una parte, ha reconocido sin ambages la importancia de la cooperación penal en la UE. Por la otra, aunque su rigurosa interpretación le ha impedido evitar el conflicto constitucional, una vez que éste se ha producido no ha dudado en arbitrar una fórmula para minimizar los daños que su decisión pudiera producir en el ordenamiento comunitario en general y en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia en particular.

Apenas tres meses después de esta primera sentencia, el 18 de julio de 2005 el Tribunal Federal Constitucional alemán declaraba inconstitucional la ley alemana de implementación de la DM (*EuHbG*, «*Europäisches Hafbefehlsgesetz*») de 2 de julio de 2004 por los mismos motivos apreciados en el caso polaco (*Judgement 18 July 05, 2 BvR 2236/04*²⁴). La principal diferencia entre ambos Tribunales Constitucionales estriba en que, a diferencia de su homólogo polaco, el de Karlsruhe parece estar mucho más preocupado por el alcance del principio de confianza y de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales en la UE que por la eficacia de la cooperación penal o el cumplimiento del Derecho Comunitario²⁵.

El recurso que motivó la declaración de inconstitucionalidad fue presentado por Mamoun Darkanzali, un ciudadano sirio-alemán contra quien el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional española había dictado el 16 de septiembre de 2004 una orden europea de detención y entrega por la comisión de varios delitos cometidos entre 1993 y 2001 relacionados con el terrorismo, al considerarlo sospechoso de dirigir las finanzas de Al Qaeda en Europa y de haber prestado apoyo logístico a los autores de los atentados del 11-S. Paradójicamente, los delitos que se le imputaban no eran punibles en Alemania con anterioridad a agosto de 2002, por lo que el Tribunal Superior de Hamburgo decretó en primera instancia su entrega a España. Darkanzali recurrió ante el Tribunal Constitucional, alegando que la orden europea infringía el principio de doble incriminación y violaba su derecho a la tutela judicial efectiva y a la doble instancia ya que, según la ley de implementación de la DM, la decisión favorable a la entrega no era susceptible de apelación ante la jurisdicción alemana. El Tribunal Constitucional alemán fundamentó su decisión en dos argumentos de estricta legalidad²⁶.

tion of justice (unless it is earlier annulled or amended by the legislator), in spite of the fact that the presumption of its constitutionality has been refuted. Polish courts, therefore, cannot refuse to surrender Polish citizens indicted by European Arrest Warrants».

²⁴ El texto completo de la mencionada sentencia en inglés puede encontrarse en http://www.bverfg/entscheidungen/rs200050718_2bvr223604en.html. Un resumen en European Arrest Warrant Act void. Press release no. 64/2005 of 18 July 2005, Bundesverfassungsgericht Press office, <http://www.eurowarrant.net/documents>.

²⁵ TOMUSCHAT, C, «Inconsistencies-The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant», *European Constitutional Law Review*, No. (2006), pp. 209-226.

²⁶ Respecto a las violaciones del art. 16. II y 19.IV de la Ley Fundamental de Bonn, el comentario de PFUTZNEER, P, «The decision of the Federal Constitutional Court concerning the European Arrest Warrant», en <http://www.eurowarrant.net/bibliography>.

a) El primero consistía en que la orden europea violaba el art. 16.2.1 de la Ley Fundamental de Bonn que proclama la prohibición de extradición de los propios nacionales, ya que al implementar la DM el poder legislativo no había respetado la cláusula de legalidad («*qualified proviso of legality*») del art. 16.2.2. De conformidad con dicha cláusula, los alemanes tienen un vínculo especial con su derecho interno, por lo que, aunque desde la reforma constitucional del año 2000 pueden ser extraditados a otros países de la UE o entregados a Tribunales Internacionales, durante dicho procedimiento extradictorio deberán respetarse escrupulosamente los principios del Estado de derecho consagrados en la Constitución. Por consiguiente, el legislador alemán debería haber implementado la DM de manera que se garantizaran todos los derechos fundamentales de los que gozan sus nacionales, y en particular el principio de proporcionalidad. A juicio del Tribunal ello no sucedió, ya que, por ejemplo, la ley alemana de implementación de la orden europea no hizo uso de la facultad, prevista en la DM, de incluir entre la causas de denegación facultativa de la entrega el que el delito se hubiera cometido en todo o en parte en territorio alemán, ni la cosa juzgada o la prescripción, deficiencias legislativas graves no subsanadas por el hecho de que sí haya previsto el cumplimiento en Alemania de la pena privativa de libertad impuesta a sus nacionales, por tratarse de una medida garantista insuficiente, que afecta a la pena pero no al enjuiciamiento.

b) El segundo argumento para afirmar la inconstitucionalidad de la ley alemana de implementación hacía suyo la alegación del reclamante de que se había vulnerado el derecho a la doble instancia o doble grado de jurisdicción del art. 19.4 de la Constitución («*judicial review*»), ya que ésta no preveía la facultad de recurrir ante otro órgano jurisdiccional la decisión inicial favorable a la entrega.

c) Junto a estos dos fundamentos el Tribunal Constitucional desarrolla un tercero que, más allá de sus repercusiones jurídicas, posee también importantes implicaciones políticas, en tanto que revela cierta desconfianza hacia los sistemas penales de los restantes EM y una interpretación muy restrictiva del principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, piedra angular del Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia. En concreto, al hilo de la afirmación de que la extradición de los propios nacionales debe realizarse de conformidad con la legalidad y el estado de derecho, el Tribunal Constitucional se apoya en la subsidiariedad para subrayar el carácter «*limitado*» de la cooperación penal basada en el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. A partir de esta premisa, el siguiente paso consiste en afirmar que, pese a la presunción genérica de que tanto la DM como los ordenamientos internos de los restantes EM de la UE son respetuosos con los derechos y libertades fundamentales y los principios reconocidos en el art. 6 del TUE y en la Carta de los Derechos fundamentales de la UE, el legislador alemán tiene el deber de comprobar en cada caso concreto que tales principios están siendo observados por la autoridad que pretende ejercer su poder punitivo sobre uno de sus nacionales²⁷. No

²⁷ Párrafo 79 de la sentencia del TC alemán de 18 de julio de 2005 «...the legislature must verify when restricting fundamental rights that the observance of rule-of-law principles by the authority that

parece excesivo afirmar que el Tribunal Constitucional no solo atribuye al legislativo la responsabilidad exclusiva de ser el garante de los derechos fundamentales en todos los procedimientos de entrega, sino que convierte a la Constitución alemana en parámetro de control de la legalidad de la cooperación penal en toda la UE²⁸.

Como corolario lógico de este discurso, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de la ley alemana de implementación de la orden europea, revocó la entrega de Darkanzali a España y suspendió la ejecución de cualquier otra euro-orden hasta tanto no se adoptara una nueva ley de implementación. Mientras tanto, las solicitudes de extradición se regirían por la Ley de Cooperación Penal Internacional en la versión anterior a la entrada en vigor de la orden europea. De la complejidad y dificultad de esta decisión dan fe las tres opiniones disidentes anexas. En ellas la magistrada Lübbecke-Wolff se lamenta de que la declaración de nulidad absoluta y sin matices de la ley de implementación de la orden europea haya obligado a Alemania a infringir el Derecho Comunitario. En la misma línea, el magistrado Gerhardt considera que la nulidad no está en consonancia con el mandato constitucional que insta a evitar en la medida de lo posible cualquier infracción del TUE, y apunta que el Pleno del Tribunal Constitucional se ha apartado de la jurisprudencia previa del TJCE y en particular, de su sentencia de 16 de junio de 2005 en el «asunto Pupino»²⁹, en la que se enfatiza que el deber de los EM de cooperar lealmente en la cooperación policial y judicial en materia penal rige también para las Decisiones Marco³⁰.

wclaims punitive power over a German is guaranteed. Here, it will have to be taken into account that every Member State of the European Union is to observe the principles set out in Article 6.1 of the Treaty on European Union, and thus also the principle of proportionality and that therefore, a basis for mutual confidence exists. This, however, does not release the legislature from reacting, in cases in which such confidence in the general conditions of procedure in a Member State has been profoundly shaken, and from doing so irrespective of proceedings pursuant to 7 of the Treaty on European Union».

²⁸ En esta línea las observaciones de KOMAREK, J., «European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony», *Jean Monnet Working Paper* 10/05.

²⁹ Sentencia Maria Pupino, (C-105/03), de 16 de junio de 2005. Al respecto los comentarios de SARMIENTO, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea: la sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco» en 10 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2005), www.reei.org.

³⁰ Párrafo 185. Voto disidente de Gerhardt: «I cannot agree with the judgment. The constitutional complaint would have had to be rejected as unfounded. The declaration of nullity of the European Arrest Warrant Act is not in harmony with the precept under constitutional and European Union law of avoiding violations of the Treaty on European Union wherever possible. The Senate contradicts the case-law of the Court of Justice of the European Communities». Párrafo 189. «In its judgment of 16 June 2005 (Case C-105/03 – *Pupino*), the Court of Justice of the European Communities has emphasised that the principle of the Member States' loyal cooperation in the area of police and judicial cooperation in criminal matters also, and particularly, applies as regards the implementation of Framework Decisions (marginal no. 42). If these aspects are brought together against the backdrop of an ever closer union among the peoples (Article 1.2 of the Treaty on European Union) it follows with sufficient certainty that the Court of Justice – notwithstanding the Member States' principal punitive power, the lack of general harmonisation of criminal law and the lack of further development of the details of judicial cooperation – can, and must, counteract the Europe-wide enforcement of a Member State's exces-

De todo lo anterior se desprende que la decisión del Tribunal Constitucional alemán, al suponer un grave obstáculo para la cooperación penal en el seno de la UE, estaría poniendo en cuestión la viabilidad del Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia, hasta el punto de que la entonces ministra de justicia alemana reconoció que se había inflingido «*un duro revés en la lucha antiterrorista*». Al margen de valoraciones subjetivas, la reacción de las autoridades judiciales del Estado emisor de la orden europea, España, no se hizo esperar: el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó en julio de 2005 aplicar rigurosamente el principio de reciprocidad en sus relaciones con Alemania, tramitando como extradiciones las más de 14 órdenes europeas pendientes emitidas por éste país, y decidiendo sobre las mismas en clave política³¹. Conscientes de la necesidad de desbloquear la situación, el Ministerio de Justicia alemán anunció la presentación de una nueva ley de implementación de la orden europea cuya aprobación estaba prevista antes de la celebración de las elecciones generales de septiembre de 2005. Sin embargo, ha sido necesario esperar a la constitución del nuevo gobierno presidido por Angela Merkel para que el nuevo proyecto de ley haya comenzado a debatirse en sede parlamentaria³².

2. La situación en otros Estados miembros de la UE: Chequia, Chipre y una cuestión pendiente

Al margen de su importancia intrínseca, la relevancia de la decisión del Tribunal Constitucional alemán radica en su valor como precedente en otros EM de la Unión que con posterioridad han abordado problemas similares de constitucionalidad. Tal es el caso del Tribunal Supremo de Chipre que, en una sentencia de 7 de noviembre de 2005 declaró nula la ley chipriota de implementación de la orden europea, confirmando la decisión del tribunal de primera instancia que consideraba que la detención y entrega a las autoridades judiciales de Reino Unido de un nacional chipriota en ejecución de una orden europea violaba la Constitución. Yendo más allá de lo que su homólogo alemán se atreviera, el Tribunal Supremo de Chipre ha desestimado que existan diferencias sustanciales entre la extradición y la entrega, ha rechazado interpretar el derecho interno conforme al Derecho Comunitario y ha declarado que las Decisiones Marco ni tienen efecto directo ni son jerárquicamente superiores a la Constitución.

sive criminal legislation by means of the European arrest warrant. Precisely for the sake of the effectiveness of this legal instrument, the European Judicial Community cannot support individual Member States' resorting to criminal sanctions in an imbalanced and one-sided manner by means of extraditions to them».

³¹ Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2005, complementado el 20 de septiembre de 2005.

³² Vid. los comentarios de GONZÁLEZ LECUONA, M, «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», *La Ley Penal*, No. 25, año III, marzo 2006.

Más recientemente aún el Tribunal Constitucional de la República Checa, en una decisión de 3 de mayo de 2006 (*Decision of the Czech Constitutional Court No. P1. US 66/04, de 3-5-06*) en respuesta a un recurso presentado por un grupo de parlamentarios que exigía la nulidad de las modificaciones del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal adoptadas a fin de implementar la orden europea, se ha pronunciado sobre dos cuestiones: por una parte, la posible contradicción entre diferentes preceptos constitucionales y la orden europea y por la otra, la relación entre los instrumentos normativos del tercer pilar comunitario y el derecho interno checo.

Respecto al primer problema, el Tribunal Constitucional de la República Checa ha negado que el mandato constitucional que prohíbe obligar a un ciudadano checo a abandonar su país (art. 14.4) impida su entrega a otro EM de la UE, rechazando asimismo que la supresión parcial del principio de doble incriminación previsto en la orden europea suponga una violación del principio de legalidad penal contenido en el art. 39 de la Carta de Derechos y Libertades fundamentales checa, pero admitiendo sin embargo que la aplicación de una euro-orden podría excepcionalmente contravenir la Constitución en aquellos supuestos en los que la conducta fuera delictiva según el derecho interno del Estado emisor y no estuviera tipificada penalmente en el ordenamiento checo.

Respecto a la segunda cuestión, su posición se acerca más a la del Tribunal Constitucional polaco que a la del alemán, y en todo caso parece en las antípodas de la mantenida por el Tribunal chipriota³³. Relacionando el mandato constitucional de respetar el Derecho Internacional al que alude el art. 1.2 de su Constitución con el principio de cooperación leal en el cumplimiento del Derecho Comunitario del art. 10 del TCE, y teniendo esta vez muy presente la sentencia Pupino³⁴, en la que el TJCE insta a interpretar el derecho nacional conforme a las Decisiones Marco³⁵, el Tribunal Constitucional considera que las autoridades checas están obligadas a elegir aquella interpretación de la Constitución que permita la realización de los objetivos que pretende la orden europea y no aquella que los frustre³⁶. Con todo, una vez

³³ KLOUCKOVA, S, «Introduction into the Czech Constitutional Court's Decision on the EAW», en <http://www.eurowarrant.net/bibliography>.

³⁴ FLETCHER I, «Extending «indirect effect» to the third pillar: the significance of Pupino», *30 European Law Review* (2006), pp. 862 y ss.

³⁵ Fundamento 43 de la mencionada sentencia, en la que el TJCE extrapola a las DM el principio de interpretación del derecho interno conforme a las Directivas previamente consagrado en la Sentencia Marleasing en los siguientes términos: «A la luz de todas las consideraciones precedentes, es preciso concluir que el principio de interpretación conforme se impone respecto a las decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del TUE. Al aplicar el derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la decisión marco y de esa forma atenerse al artículo 34.2.b. del TUE».

³⁶ Fundamento jurídico 61 de la Decisión N. P1 US: «Article 1 Paragraph 2 of the Constitution, in combination with the principle of cooperation set out in Article 10 of the EC Treaty, gives rise to the constitutional principle whereby domestic laws, including constitutions, should be interpreted in accor-

desestimada la nulidad de la legislación de implementación y descartada la necesidad de reforma constitucional alguna, el Tribunal Constitucional checo se muestra muy cauto y elude la vidriosa cuestión de la primacía de las DM sobre las normas de derecho interno, a la espera de que sobre ella se pronuncie el TJCE³⁷. A pesar de que su posición difiere del Tribunal Constitucional alemán, la huella del Tribunal de Karlsruhe está presente en el voto particular de dos magistrados checos, quienes rechazan que el principio de confianza mutua y de cooperación leal sea actualmente aplicable al ámbito de la cooperación penal, debido a la diversidad de valores y principios entre los derechos penales europeos y sobre todo al diferente nivel de protección de los derechos humanos existente entre los EM de la UE³⁸.

dance with the principle of the European integration and cooperation between the Community authorities and the authorities in Member States. Therefore, where there are several interpretations of the Constitution, one component of which is the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, and only some of these interpretations would lead to a fulfilment of the obligations assumed by the Czech Republic in connection with its membership of the EU, we must choose an interpretation which does support fulfilment of the obligation and not one that would render such fulfilment impossible. These conclusions apply also to the interpretation of Article 14 Paragraph 4 of the Charter.

Este razonamiento se completa en los siguientes párrafos: « 79. The Constitution of the Czech Republic establishes, in Article 1 Paragraph 2, the general principle under which the Czech Republic fulfils its obligations arising out of international law. The Constitution should therefore principally be interpreted in a conformist way from the perspective of international law, since the Constitution itself is open vis-à-vis international law in terms of its values (compare Ruling Pl. ÚS 31/03, The Collection of Rulings and Decisions of the Constitutional Court, Vol. 32, p143, published under ref. 105/2004 Coll.). 83. It follows from this, therefore, that if there exist, under the domestic methodology for interpretation, several possible interpretations of the Constitution, only some of which will accord with the obligations assumed by the Czech Republic through its membership of the EU, it will be necessary to choose an interpretation that supports the fulfilment of those obligations, and not one which would make such a fulfilment impossible. In this way the principle of Article 1 Paragraph 2 of the Constitution would also be upheld. These conclusions apply also to the interpretation of Article 14 Paragraph 4 of the Charter. Since the Constitutional Court has interpreted the meaning of Article 14 Paragraph 4 of the Charter in accordance with the domestic methodology for interpreting the Constitution, there was no need to perform a reconciliation between the values and principles of the European law and domestic constitutional law.

³⁷ Fundamentos jurídico 59 y 60: «59. The ECJ itself therefore does not say whether the principle of precedence also relates to Framework Decisions. In the M. Pupino case the ECJ also failed to touch on questions such as whether the principle of precedence, which it interpreted in relation to Community law, applies in the same way also to EU law, whether Framework Decisions are by their nature only inter-governmental or whether some other interpretation should be considered. It is therefore possible to state that the ECJ case law relating to the precise nature of acts of EU law such as Framework Decisions is still under development. 60. «Such a state of affairs represents a possibly ideal opportunity for submitting the above-mentioned problems to the ECJ as a preliminary question. In view of the fact that the Belgian Cour d'Arbitrage has already submitted a question to the ECJ relating to the validity of Framework Decisions, however, there is no reason for the Czech Constitutional Court to do the same. It would be quite appropriate to await the decision of the ECJ, since the provisions in question, under which a person can be surrendered on the basis of a European Arrest Warrant, remain in force».

³⁸ Se trata de los jueces Eliška Wagnerová and Vlasta Formánková, quienes en su voto particular explicaron que a su juicio: «According to the provisions of Article 34 Paragraph 2 Letter b) of the EU Treaty the purpose of Framework Decisions is to harmonise the legal and administrative regulations of

Por último pero no menos importante, a los pronunciamientos sobre la orden europea vertidos por los diferentes Tribunales Constitucionales examinados vendrá a sumarse el del TJCE, que debe resolver una cuestión prejudicial presentada el 29 de octubre de 2005 por el Tribunal Constitucional belga («*Cour d'Arbitrage*») sobre la validez de la DM³⁹. Esta cuestión prejudicial tiene su origen en un recurso sin relación directa con ningún caso en concreto elevado por una ONG el 22 de junio de 2004 solicitando la nulidad de la legislación belga de implementación de la orden europea. La «*Cour d'Arbitrage*» dictó el 13 de julio de 2005 una sentencia preliminar en la que aceptaba a trámite dos de las alegaciones de los recurrentes, las relativas a la falta de idoneidad de las Decisiones Marco para regular la cooperación penal⁴⁰, y al hecho de que la supresión parcial del principio de doble incriminación podría violar el derecho fundamental a la de no discriminación y a la igualdad, por carecer de una justificación razonable. Sin embargo, teniendo en cuenta que la existencia de diferentes interpretaciones sobre la validez de la DM comprometía la unidad del ordenamiento comunitario y el principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional belga optó acertadamente por plantear una cuestión prejudicial para que el TJCE decidiera sobre dos cuestiones básicas, a saber: 1) la conformidad de la Decisión Marco sobre la orden europea con los objetivos del art. 34 del TUE (aproximación de legislaciones), y 2) la compatibilidad de la supresión parcial del principio de doble incriminación con el art. 6 del TUE (protección de los derechos fundamentales)⁴¹. A nuestro juicio, es razonable pensar que la próxima sentencia del TJCE contendrá las claves necesarias para zanjar definitivamente cualquier duda sobre la validez de la DM,

the Member States in the area of justice and domestic security. The area of criminal law, however, is an area – in contrast to the area of private law – in which the specific values of a given Member State will be manifested and which is at the same time very sensitive as it is directly related to the impingement of public authority on the freedom of individual persons. In the existence and structure of individual crimes and procedural approaches there is a marked penetration of the values acquired through the shared experiences of a society. I cannot therefore accept the premise contained in the Ruling that EU Member States have a sufficient level of mutually close values».

Curiosamente, como ejemplo de esta diversidad aluden a la legislación antiterrorista española que permite extender el período de detención incomunicada de los acusados de terrorismo hasta 10 días, pese a las críticas que esta medida ha levantado en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A su juicio, «this is despite the fact that all EU Member States are signatories to the European Convention on Human Rights. We cannot, however, lower the standard of protection for human rights laid down by the Czech Constitutional Court in a Ruling (Pl. ÚS 36/01)».

³⁹ Case C-303/05, *Advocaten loor de Wereld*, OJ C 271, 29.10.2005, p. 14. Al respecto puede consultarse también el Council Document No. 11518/05, de 4.8.2005.

⁴⁰ *Cour D'Arbitrage*, Numero du rôle 3027, Arrêt n. 124, du 13 juillet 2005. «According to the applicant, this matter (international cooperation on criminal matters) should have been regulated by convention instead of a Framework Decision. Indeed, Article 34 of the Treaty on European Union says that Framework Decisions may be adopted for the purpose of approximation of the laws and regulations of the Member States, which is allegedly not the case. Moreover the use of a Framework Decision, which is mandatory for the Member States, would have had the effect of excluding the parliamentary control on the act».

⁴¹ Véase la nota de la Delegación belga en el Documento del Consejo 11518/05, de 4 de agosto.

pero difícilmente frenará la fragmentación jurisprudencial expuesta, ya que su alcance limitado impide solucionar todos los hipotéticos problemas que la aplicación de la orden europea puede suscitar en los ordenamientos internos.

V. ANÁLISIS PROCESAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL RELATIVA A LA ORDEN EUROPEA

A diferencia de lo previsto en los textos constitucionales de buena parte de los EM de la UE⁴², la Constitución española de 1978 no contiene una prohibición expresa de extradición de sus nacionales. De hecho, el art. 13.3 textualmente afirma que «*la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad*». La interpretación flexible que de este precepto ha realizado nuestro Tribunal Constitucional ha permitido no solo la extradición de españoles a otros EM de la UE, sino también su entrega en respuesta a solicitudes de cooperación de Tribunales Internacionales sin que, como ha sucedido en Alemania, Francia o Eslovenia, haya sido necesario reformas constitucionales⁴³. Por consiguiente, al igual que en Grecia, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo o Suecia, en nuestro país la implementación de la DM sobre la orden europea no ha suscitado cuestiones constitucionales. Los problemas jurídicos planteados son posteriores y se refieren a presuntas vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos a los nacionales españoles durante el procedimiento de emisión y/o ejecución de la orden europea⁴⁴.

En la práctica la aplicación de las órdenes europeas, es decir, aquellos supuestos en los que España figura como Estado de ejecución, se ha traducido en la presentación y resolución desde el 1 de diciembre de 2004, fecha de la entrada en vigor de la DM, hasta el 31 de agosto de 2006, de 7 sentencias resolutorias de recursos de amparo sobre órdenes europeas⁴⁵ (5 de ellas otorgando el amparo y dos denegándolo), todas ellas emitidas por tribunales franceses (4 sobre narcotráfico y 2 sobre robos a mano armada) con la excepción de una, librada por un tribunal portugués (relativa también a un delito de tráfico ilícito de estupefacientes). A diferencia de los pronun-

⁴² Vid. las Constituciones de Estonia (art. 36.2), Lituania (art. 13.2), Polonia (art. 52.4), Hungría (article 69.1), Eslovenia (ar. 48), Alemania (art. 16.2) Finlandia (art 9.3), Francia (art. 88. 2 y 3), Italia (art. 26) y Portugal (art. 33.3).

⁴³ Vid. STC 87/2000, de 27 de marzo y el Auto TC 412/2004, de 2 de noviembre. Respecto a los procedimientos de reforma constitucional pueden encontrarse datos actualizados en Report on the 21st FIDE Congress, Dublin, June 2004, <http://www.fide2004.org>.

⁴⁴ MONTÓN GARCÍA, M, «La ejecución en España de las órdenes europea de detención y entrega», *La Ley Penal*, No. 4, 2005.

⁴⁵ Por orden cronológico, STC 292/2005, de 10 de noviembre; STC 328/2005, de 12 de diciembre; STC 339/2005, de 20 de diciembre; STC 30/2006, de 30 de enero; STC 83/2006, de 13 de marzo; STC 99/2006, de 27 de marzo; STC 177/2006, de 5 de junio. El texto completo de todas ellas se encuentra en la web oficial del TC, en <http://www.tribunalconstitucional.es/>.

ciamientos examinados en epígrafes precedentes, las sentencias del Tribunal Constitucional español nada tienen que ver con la constitucionalidad de la Ley 3/2003, y tampoco versan sobre la culpabilidad o inocencia de la persona reclamada, sino que se limitan a desestimar o apreciar violaciones de los derechos y garantías fundamentales de la persona reclamada a lo largo del procedimiento de emisión y/o ejecución de la orden europea. Los reclamantes han alegado la violación de un abanico de preceptos constitucionales sobre todo el relativo a la tutela judicial efectiva, al proceso con todas las garantías, y también el derecho a la libertad y a la asistencia letrada.

Por lo que se refiere al análisis procesal, los recursos de amparo conciernen sustancialmente a las siguientes cuestiones:

1. Respecto a la normativa aplicable a la entrega, en la sentencia 292/2005, de 10 de noviembre, el Tribunal Constitucional además de concluir que la no publicación en el BOE de la retirada de la reserva al Convenio Europeo de Extradición de 1957 por la que Francia rechazaba entregar a sus propios nacionales suponía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, afirmó taxativamente que desde su entrada en vigor la orden europea sustituirá al procedimiento extraditorio en las relaciones entre EM de la UE⁴⁶. Posteriormente, en la sentencia 177/2006 de 5 de junio, ha confirmado la aplicación de la euro-orden a todas las solicitudes de entrega dirigidas a autoridades judiciales españolas después del 18 de marzo de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2003, incluso aunque los hechos delictivos que la motiven se hayan cometido con anterioridad.

2. Sobre el alcance de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional en la sentencia 339/2005, de 20 de diciembre, ha desarrollado una interpretación garantista del art. 13 de la Ley Orgánica 3/2003 afirmando la obligación de respetar el derecho a la libre elección de abogado del reclamado para que designe libremente el letrado que le asistirá durante la comparencia en la que aceptar o rechazar su entrega, y rechazando que baste con el nombramiento de un abogado de oficio.

3. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado *in extenso* sobre el alcance de la cosa juzgada. En la sentencia 83/2006, de 13 de marzo, matiza que la denegación de una solicitud de extradición por la ausencia de reciprocidad en el Estado emisor y la posterior entrega en respuesta a una orden europea por los mismos hechos no infringe ningún derecho fundamental, ya que la persona reclamada a la que la falta de reciprocidad beneficia no posee una expectativa legítima acerca de la intangibilidad de la resolución denegatoria de la extradición. Confirma así su propia doctrina según la cual las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no producen el efecto de cosa juzgada material y por lo tanto pueden en determinados supuestos ser sustituidas por otras⁴⁷, lo que le lleva a concluir la proce-

⁴⁶ Fundamentos jurídicos 4 y 6. El texto completo de la sentencia, junto a los votos particulares de los magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas puede consultarse en <http://www.tribunalconstitucional.es/stc/2005>.

⁴⁷ Sobre el particular el Fundamento jurídico 3 de la mencionada sentencia y la jurisprudencia previa contenida en la STC 227/2001, de 26 de noviembre y 156/2002, de 23 de julio.

dencia de una orden europea basada en un procedimiento previo de extradición cuyo motivo de denegación no haya sido la ausencia o falta de requisitos sobre el fondo del asunto, ya que ni la extradición ni la orden europea tienen como objeto una pena punitiva, por lo que no les resulta aplicable el principio de la irretroactividad de la norma penal sancionadora.

4. Por lo que se refiere a los plazos legales para decidir sobre la entrega o para efectuar la misma, el Tribunal Constitucional en la sentencia 99/2006, de 27 de marzo, considera que deben ser estrictamente cumplidos por las autoridades judiciales españolas, de manera que la superación de los plazos máximos previstos respectivamente para adoptar una decisión sobre la entrega (60 días) o para efectuar la misma ante las autoridades del Estado emisor (30 días), con la consiguiente prolongación injustificada del período máximo de detención provisional, vulneran el derecho fundamental a la libertad de la persona reclamada.

5. Respecto a la opción del legislador plasmada en el art. 18.2 de la Ley 3/2003, de que la decisión final sobre la entrega adoptada por la autoridad judicial competente sea firme y definitiva, el Tribunal Constitucional aclara que la ausencia del doble grado de jurisdicción no es contraria al derecho al proceso con todas las garantías del que goza la persona reclamada, quien no podrá plantear ante la jurisdicción ordinaria hipotéticas violaciones de sus derechos o garantías procesales en el procedimiento de entrega puesto que su salvaguarda durante la ejecución de la orden europea compete en exclusiva al propio Tribunal Constitucional.

6. Sobre el cumplimiento de las órdenes europeas, en la citada sentencia 292/2005, de 10 de noviembre, el Tribunal Constitucional considera que la mera admisión a trámite del recurso de amparo debe traer aparejada la suspensión cautelar automática de la ejecución de las euro-orden previamente acordada por la autoridad judicial ya que, de no ser así, la inmediatez de la entrega impediría posteriormente el cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria de amparo e irrogaría graves perjuicios al reclamante. Se trata de una decisión controvertida, cuestionada en los votos particulares a los que también nos hemos ya referido, en los que los magistrados disidentes consideran que la generalización de esta tesis en otros países frustraría la cooperación penal en la UE, por lo que abogan por su aplicación sólo en casos excepcionales, reafirmando la incompatibilidad intrínseca entre la orden europea y cualquier medida procesal que implique la suspensión de oficio de su ejecución⁴⁸ Auto TC 320/2004, de 17 de julio.

7. Por último el Tribunal Constitucional ha declarado en la sentencia 177/2006, de 5 de junio, que existe indefensión y se vulneran las exigencias dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se procede a la entrega del reclamado para el cumplimiento de una sentencia condenatoria dictada en rebeldía, máxi-

⁴⁸ Nos referimos a los votos particulares de los magistrados Rodríguez-Zapata y Rodríguez Arribas a la STC 292/2005. Sobre la suspensión cautelar de la ejecución de la orden europea los Autos del TC 139/2005, de 6 de abril y 314/2005, de 18 de junio, así como los comentarios de GONZÁLEZ LECUONA, *op. cit.*, p. 10.

me cuando dicha entrega se ha efectuado contra su voluntad y sin que las autoridades judiciales españolas la hayan condicionado al ofrecimiento por el Estado emisor de garantías de revisión de la sentencia *in absentia*.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. La orden de detención europea está demostrando ser un instrumento eficaz para la cooperación penal entre los EM de la UE, y no solo para la lucha contra el terrorismo internacional, tal y como revela su elevado índice de utilización. Así lo evidencian los dos procesos de evaluación efectuados por la Comisión y por las representaciones permanentes de los propios Estados. El balance es muy positivo teniendo en cuenta que hablamos de una fórmula parcialmente nueva de cooperación judicial entre 25 países de tradiciones jurídicas y sensibilidades políticas muy diferentes⁴⁹.

2. Ello no es óbice para constatar la existencia de importantes desajustes entre la DM y las legislaciones internas de transposición. Como ha quedado de manifiesto, la aplicación de la orden europea ha suscitado tanto cuestiones de constitucionalidad como problemas de aplicación por presuntas violaciones de los derechos fundamentales de las personas reclamadas. La heterogeneidad de posiciones adoptadas por los diferentes Tribunales Constitucionales parece evidenciar que también en el seno de las más altas instancias judiciales nacionales existen sensibilidades muy diferentes sobre la necesidad y la velocidad de la cooperación penal entre los EM de la UE, y sobre el modelo mismo de integración. Una vez que el TJCE resuelva la cuestión prejudicial pendiente cabe esperar cierta «unificación jurisprudencial», pero nada impide que la cuestión de la compatibilidad entre la orden europea y las Constituciones nacionales resucite en Rumania o Bulgaria, e incluso Turquía, cuando estos países consumen su adhesión a la UE, ni por supuesto que la aplicación de la orden europea sea objeto de continuas y controvertidas decisiones judiciales.

3. En particular, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la orden europea se desprende un riesgo, extensible también a otros EM: la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, en lugar de limitarse a cumplir su función como garante último del respeto de los derechos fundamentales durante la entrega, actúe «*ultra vires*» y se pronuncie sobre la procedencia o no de la entrega, lo que provocaría una distorsión doble. De una parte, el Tribunal Constitucional estaría desplazando al juez ordinario e incluso podría introducir causas no previstas de denegación de la entrega. De la otra, la discrecionalidad política en la detención y entrega de personas existente en la extradición daría paso a una nueva discrecionalidad, esta vez de naturaleza judicial y de rango constitucional.

⁴⁹ En esta misma línea GALGO PECO, A., «La orden europea de detención y entrega: balance y perspectivas», Escuela de Derecho Europeo, Málaga, 12-13 de julio de 2006.

4. La continuada aplicación de la orden europea, junto a los restantes mecanismos de cooperación internacional en la detención y entrega de personas (i.e. extradición, Tribunales Internacionales, CPI, etc.) contribuye a configurar no solo un Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia, sino también un «Espacio de jurisdicción universal», necesario para la persecución y sanción de los crímenes más graves que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto. Una vez más, el reto estriba en que la construcción de ambos espacios tenga lugar sin merma alguna de los derechos y libertades fundamentales que las personas reclamadas gozan en el marco de la UE.