

Esther Gómez Campelo (España) *

Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega

1. La extradición: rasgos generales

1.1. Su análisis desde el derecho internacional privado

Pese a que el título de este trabajo hace específica mención a los derechos del sujeto ante la extradición y figuras afines, no pretendo darle un tratamiento constitucionalista, aun cuando desde su desarrollo se invoquen sentencias del Tribunal Constitucional. Me interesa más la visión poliédrica de una materia poco enfrentada por los autores, en la que el ámbito internacionalista, penal, procesal y administrativo se entremezclan, proporcionando una riqueza temática fuera de toda duda.

La extradición, considerada como supuesto de hecho, se integra por una pluralidad de elementos dotados de internacionalidad, puesto que el sujeto, el individuo contra el que existe una imputación formal —y al que van dirigidas estas páginas— está vinculado, por causa de su conducta, a más de un ordenamiento jurídico autónomo; esta circunstancia, unida al alejamiento material del marco de competencias de las autoridades del foro, caracteriza el planteamiento conflictual y permite ubicarnos entre las premisas propias del derecho internacional privado. De los actos y omisiones penalmente tipificados que incluyen un elemento de extranjería con la suficiente entidad como para exigir previsiones jurídicas especiales se ocupa el derecho penal internacional, destinando normas internas para regular supuestos en los que se involucran

* Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. Ha publicado un libro sobre el procedimiento de extradición y numerosos artículos referentes a la materia. Sus líneas de investigación abarcan temáticas diversas, como el comercio electrónico, la adquisición de nacionalidad, el análisis del caso Pinochet, el derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes o la protección de los extranjeros menores de edad. <esgomez@ubu.es>

intereses de varios Estados. Ahora bien, este factor heterogéneo puede contemplarse, de igual modo, en las denominadas *relaciones subjetiva o relativamente internacionales*, que, pese a estar objetivamente vinculadas a un solo ordenamiento y ser homogéneas respecto de un sistema, se ven con sesgo internacional por los órganos jurisdiccionales de otro Estado que, como en este caso, solicitan la entrega del sujeto.¹

La necesaria flexibilidad normativa y judicial aboca, de esta forma, a que, cuando el juzgador se enfrente a la resolución del fondo del asunto, la presencia del elemento extranjero deba conducir a la aplicación de normas penales internas, *ad hoc*, que manteniendo el conocimiento de los hechos en el ámbito de la *lex fori* proporcionen elementos de peculiaridad suficientes como para hacer frente a la singularidad del supuesto, expresando los objetivos propios de los ordenamientos en presencia, pero siempre desde la perspectiva del foro.

1.2. La presencia plural de los Estados y su apego al principio de territorialidad

De todo lo anterior se extrae una conclusión palmaria: toda extradición está marcada —y su desarrollo, condicionado— por una evidente dualidad, basada en que, mientras que los presupuestos esenciales que posibilitan la iniciación de los trámites con vistas a la solicitud de entrega se apoyan en los principios y las reglas del Estado requirente, se acudirá a las normas y valores del Estado requerido para fundamentar el procedimiento, es decir, la posible detención preventiva, medidas cautelares y entrega del sujeto.

La entrega del sujeto reclamado para ser objeto de enjuiciamiento o, en su caso, cumplir la pena impuesta en el Estado que lo requiere, más allá de los límites territoriales que pueden impedir el cumplimiento efectivo del derecho, exige que la justicia penal trascienda las fronteras propias. Si se parte de que la intrínseca naturaleza de ciertos delitos supera conceptos y valores nacionales para convertirse en una entidad de carácter universal, la reacción contra ellos y los efectos que provoquen deberán también “universalizarse”, afirmación que nos lleva a cuestionar el ámbito reduccionista del principio de territorialidad de la ley penal.

¹ Según Josephus Jitta, son relaciones relativamente internacionales las que, resultando homogéneas para un sistema, pretenden crearse, alterarse, producir efectos o extinguirse en el ámbito regulador de otro. Así lo pone de relieve en su obra *La méthode du droit international privé*, La Haya, París, Bruselas y Londres, 1890, pp. 201 y ss.

Para Mayer y su teoría expansiva, el derecho internacional privado no sólo regula situaciones privadas que presentan uno o varios elementos extranjeros (las denominadas *situaciones objetivamente internacionales*), sino aquellas otras relaciones con elementos vinculados a un solo ordenamiento, pero de las que conoce un órgano jurisdiccional de otro Estado, para el cual la relación es *subjetivamente internacional*.

La irrefutable afirmación de que la raíz primigenia de la extradición se encuentra en el principio de territorialidad que marca el *ius puniendi* provoca que el poder represivo de los países se haya articulado casi exclusivamente en el marco de sus soberanías; de ahí la necesidad de actos jurídicos complejos, mecanismos de cooperación eficaces, que permitan extrapolar los efectos de cada jurisdicción penal más allá de sus límites geográficos. Por ello, buscar la coordinación de sistemas de diverso contenido, bien a través de la armonización normativa, bien a través de la unificación que facilitan los textos convencionales, puede favorecer una política legislativa común que inspire soluciones no confrontadas, basadas en el respeto de una serie de principios básicos como los de legalidad, especialidad o doble incriminación, entre otros. La trascendencia de cualquiera de ellos se justifica desde dos perspectivas: la generalista, que permite reflejar el grado de eficacia de los actos de cooperación internacional y el nivel de compromisos políticos adoptados por los diferentes países respecto a una materia, y la particularista, que se sitúa en el espacio propio del *extraditurus* y que trata de garantizar la debida protección de sus derechos.

El análisis que sigue se detendrá, fundamentalmente, en este segundo aspecto.

1.3. La indiscutible influencia del principio de reciprocidad

Junto con los mencionados principios, es preceptivo también hacerse eco de la omnicomprensiva presencia en el procedimiento de extradición del de reciprocidad, que ha exigido una especial labor de concreción a fin de contemplarlo en toda su complejidad y magnitud. Tras descartar acepciones² que considero no se corresponden con la institución que tratamos, parece más acertado circunscribirlo a la que exige una correspondencia de trato entre países sobre una base normativa que lo posibilite —interna o convencional—, con el propósito de lograr un deseable nivel de cooperación general, es decir, sin que sea preciso ni conveniente buscar una estricta correspondencia *in casu*.

Pese a que las normas convencionales e internas circunscriben, delimitándola, la aplicación del principio por el órgano jurisdiccional, no es menos cierto que su faceta política adquiere gran importancia en el desarrollo procedimental: las valoraciones de esta índole y los intereses coyunturales dejan una clara impronta en las decisiones adoptadas.

² La reciprocidad diplomática o convencional (puede crear normas, en tanto fuente de derecho internacional privado), o la denominada de retorsión o tracto por tracto (reproduce idénticos criterios de actuación foro-derecho extranjero; actúa como norma de conflicto, permitiendo aplicar el derecho extranjero).

Para conocer más a fondo esta sistemática, véase José María Espinar Vicente: *Teoría general del derecho internacional privado. Monografías de derecho internacional privado*, vol. I, Universidad de Alcalá de Henares, 2000, pp. 156-161, inspirada en el tratamiento llevado a cabo por Miguel Angulo Rodríguez en su obra *Lecciones de derecho procesal internacional*, Granada: Gráficas del Sur, 1974.

Así pues, considero que hay que entender la reciprocidad como un elemento informador, una condición de la obligación de entregar por cuya virtud se evita que un Estado asuma compromisos unilateralmente. Una respuesta favorable a la entrega en virtud de este principio depende de su oportunidad, de un planteamiento político no exigible jurídicamente, y ello porque determinar la existencia de reciprocidad le corresponde al Gobierno, que dispone de un elevado margen de flexibilidad en su interpretación. El que el tribunal extradicional pueda vincular en ciertos casos sus resoluciones al contenido del principio verificando la existencia de determinadas circunstancias que aparecen recogidas en los tratados e inquiriendo al Estado solicitante para que informe sobre sus actuaciones ante situaciones semejantes no controvierte la naturaleza marcadamente política que se infiere de la normativa vigente.³

Ya desde el momento inicial en que se aborda la naturaleza de la extradición surgen las dudas —no exentas de fundamento— acerca de su carácter predominantemente jurídico o político. Es evidente que la participación de los órganos propios de uno u otro ámbito es diversa según el tipo de extradición —activa o pasiva— en que nos fijemos, pero, en cualquier caso, esta figura integra, a tenor del Preámbulo de la Ley de Extradición Pasiva,⁴ una decisión sobre la procedencia de la entrega que no resulta obligatoria para los países, sino meramente facultativa y justificada en lo político, que va a moverse entre los criterios jurídicos expuestos por los órganos competentes —sobre sus normativas— y la visión coyuntural que los poderes del Estado pueden tener de ese concreto acto de colaboración. Abundando en todo ello, la propia Ley de Extradición Pasiva la considera como un acto de soberanía de los Estados, función propia del Poder Ejecutivo “sin perjuicio —indica— de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los tribunales en cada caso [...]”.

A pesar de que la lectura de los textos legales y convencionales pueda sugerirnos otra cosa, lo cierto es que, a mi juicio, la valoración política propia subordina la resolución que cada país adopta acerca de la entrega; esta certeza transforma la decisión en un acto facultativo, de marcado tenor coyuntural, al servicio de intereses unilaterales y claros condicionamientos estatales.⁵

Así, en la modalidad extradicional activa, he podido comprobar que gran parte de la carga decisoria que impulsa a un Estado a iniciar o proseguir un proceso penal contra el sujeto adopta esta naturaleza. Cuando se solicita a la persona sobre la que recae formalmente una imputación o sobre quien se ha dictado sentencia firme, se

³ Constitución española, artículo 13; Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 278; Ley de Extradición Pasiva, artículo 1, y Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional Penal, artículo 4.

⁴ Apartado 4.º.

⁵ Tan evidente resulta esta afirmación, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Soering* —sentencia de 7 de julio de 1989, ref. 89TE12— establecía que la extradición no puede tener carácter ilimitado o absoluto si su decisión conlleva un trato al *extraditurus* incompatible con las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pese a entenderse una facultad cierta de los Estados.

están dando cita no sólo el cumplimiento de inexcusables requisitos formales y de fondo, sino una actitud que busca defender intereses propios fruto del contexto político-jurídico en que se encuentra. Lo que en un principio parecía ser un conjunto de trámites llevados a cabo por órganos jurisdiccionales y que se inició con el auto de solicitud de extradición, continúa con una serie de actuaciones de orden administrativo que sólo ceden si entre los Estados requirente y requerido existe un texto convencional que posibilite la vía jurisdiccional directa de comunicación. La importancia política de esta fase es evidente si se constata que el papel de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia no se limita al de ser meros mecanismos de transmisión; antes bien, su permanente contacto con los centros de poder del Ejecutivo del país requerido les permite conocer con un alto grado de certeza si las perspectivas jurídico-políticas son favorables a la denegación o a la entrega. En ordenamientos como el francés es frecuente contemplar cómo el Ministerio de Justicia deniega tramitar las solicitudes de extradición en virtud de la ponderación de cuestiones de índole política que, como regla general, son tan condicionantes de la decisión como las razones estrictamente jurídicas. Es ésta una conducta activa de los órganos gubernativos que se observa sólo excepcionalmente en el derecho español.

De todo lo anterior puede extraerse la consideración de que, a tenor de la presencia de este principio en nuestro texto constitucional, debería relacionárselo con una faceta más marcadamente jurídica, basada en la garantía mutua que han de ofrecerse los países en cuanto al respeto básico a los derechos de los sujetos reclamados. Ahora bien, la concreción de tal respeto, el contenido jurídico de la reciprocidad desde el punto de vista del tratamiento de los derechos de la persona, continúa siendo también objeto de debate abierto.

1.4. Cuestiones para la polémica

1.4.1. La pena de muerte

Al hablar de las reglas que rigen la extradición conviene detenerse en la figura de la pena de muerte como sanción a imponer por el Estado requirente; su aplicación ante determinados tipos delictivos nos traslada al principio de la doble incriminación y condiciona, consecuentemente, la decisión que adopte el Estado requerido. Bien por entender que se está atentando contra los valores fundamentales de ese Estado, bien porque se alega una vulneración de un orden público de ámbito territorial europeo o internacional, lo cierto es que no son infrecuentes las respuestas denegatorias.

Con todo, junto con las breves pinceladas en blanco y negro, es evidente que esta cuestión tiene unos perfiles más amplios y está teñida de color —puesto que abarca penas que lesionan la integridad corporal y moral de los sujetos y utiliza mecanismos de represión estatal que conducen a situaciones claudicantes— o, dicho con otros términos, no es una materia de trama pacífica ni de sencilla resolución. Mientras que

el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ impide con criterios taxativos la materialización de penas inhumanas o degradantes en el sentido más literal y obvio del término, sin entender que sea preciso valorar en cada caso la benevolencia contemplada en cada modalidad de ejecución, sin embargo, desde los órganos de aplicación del derecho, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷ o nuestro Tribunal Constitucional,⁸ se aporta la idea, más matizada, de que el carácter degradante o inhumano de una pena no está tanto en su calificación como en el modo de ejecutarla.

A tenor de la Ley de Extradición Pasiva⁹ y de algunos autos de la Sala 2.^a de la Audiencia Nacional,¹⁰ puede comprenderse la actitud de nuestro país al participar

⁶ Ni este Convenio ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fijan reglas rígidas que constriñan el ejercicio de la extradición por parte de los Estados. Lo que sí parece claro es que, a tenor del Protocolo Adicional VI al Convenio Europeo, un Estado parte sólo podrá proceder a la entrega del sujeto si el país requirente le ofrece suficientes garantías de que la pena de muerte —vigente en su ordenamiento— no será ejecutada o, en su caso, impuesta. Siendo esta sanción contraria al orden público europeo, no parece fácil encontrar argumentos jurídicos que justifiquen la concesión de extradición a un país no abolicionista.

Véase la obra de Ana Salado Osuna: *La pena de muerte en derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 153-172.

También resultan interesantes por sus aportaciones:

S. Magnanesi: “Estradizione pasiva a reati puniti con la pena capitale”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milán, 1994-I.

Rafael Bellido Penadés: *La extradición en derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid: Civitas, 2001.

Francisco Bueno Arús: “Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1981.

⁷ En el caso Tyrer, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió una sentencia —25 de abril de 1978, ref. 78TE2— en la que se incluían las siguientes reflexiones: “El Tribunal advierte, ante todo, que una persona puede ser humillada por el mero hecho de su condena. Sin embargo, lo que interesa [...] es que la humillación se produzca no por la mera condena, sino por la ejecución de la pena. Éste puede ser, en la mayoría de los casos, si no en todos, uno de los efectos del castigo judicial que implica la obligada sujeción a las exigencias del sistema penal [...] La naturaleza institucionalizada de estos actos violentos se acompaña con el conjunto del procedimiento oficial para el castigo y con la circunstancia de que quienes lo ejecutaron eran por completo extraños para el delincuente”.

⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional 65/1986, de 22 de mayo, indica en su Fundamento Jurídico 4.º: “[...] La calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”.

También se suma a este criterio la sentencia 148/2004, de 13 de septiembre.

⁹ Artículo 4.6: “No se concederá la extradición en los casos siguientes: [...]”

”Cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes”.

¹⁰ El auto 541/1994, de 15 de febrero, indica: “[...] de ser de aplicación a los hechos el artículo 302 del Código Penal francés, aun reemplazándose la pena de muerte por la reclusión a perpetuidad,

activamente en la ratificación de Convenios con Estados que aceptan en sus ordenamientos la pena capital o la prisión perpetua. La aparente rigidez de algunos textos convencionales que exigen implícitamente a los países firmantes la abolición de tal sanción contemporiza, a mi modo de ver, con el carácter flexible del artículo 11 del Convenio Europeo de Extradición, redactado para lograr una mejor convivencia con los intereses de los Estados y sus particulares criterios extradicionales.¹¹ Este dualismo impregna también las regulaciones autónomas, como se ha podido constatar en diversos sistemas jurídicos;¹² parece evidente que tanto en las normativas convencionales como en las internas existe un curioso movimiento oscilante entre la flexibilidad, que exige transigir con los intereses nacionales, y el análisis ponderado de las posiciones más extremas, lo que permite ilustrar con suficiente nitidez el sentido y alcance que hoy día se le atribuye a esta figura.

Sin embargo, desde mi punto de vista, no creo que el mero compromiso de inejecución o de cumplimiento “atemperado” por parte de las autoridades del país requiriente constituya garantía suficiente en pro de la mejora de la situación del *extradi-*

como manifiesta el órgano jurisdiccional de instrucción francés, estaríamos en caso de deber tener en cuenta lo siguiente:

”El artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 4 de diciembre de 1966, prohíben el sometimiento a penas inhumanas y degradantes. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

”Como el artículo 25 de nuestra Constitución establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, hay que aceptar que ello constituye el fundamento y justificación de la pena que pueda resultar incompatible con la cadena perpetua, que desde esa óptica puede llegar a reputarse inhumana y degradante, por lo que sin ser impedimento para denegar la extradición debe condicionar su concesión, para imposibilitar la ejecución de una pena de prisión a perpetuidad”.

¹¹ De ese modo se pronunció también el Consejo a través de la propuesta de decisión marco sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, hecho en Bruselas el 19 de septiembre de 2001 (COM [2001] 522 final/2. DOCE C332 E, de 27 de noviembre de 2001). Su artículo 37 dice: “Si la infracción sobre cuya base se ha emitido el mandamiento de detención europeo tuviera señalada pena de cadena perpetua, la ejecución del mandamiento de detención europeo podrá estar supeditada al compromiso por parte del Estado miembro emisor de favorecer la aplicación de cualquier medida de gracia a la que la persona tuviera derecho en el marco de su legislación y prácticas nacionales”.

Hoy, en el considerando 13 de la decisión marco, de 13 de junio de 2002, se indica que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. DOCE L190, de 18 de julio de 2002.

¹² Así, se predica desde la Constitución —artículo 13.1— el derecho a la vida como regla de derecho internacional común y, de otro lado, se posibilita por parte de la Ley de Extradición Pasiva —artículo 4.6 ya visto— la concesión de la extradición siempre que el Estado requirente curse compromiso de inejecución de la pena.

turus. Un compromiso que se adopta por los órganos estatales peticionarios y es exigible desde el momento en que el tribunal accede a conceder la extradición resulta poco tranquilizador y en numerosas ocasiones falaz, puesto que asegurar la imposición de una pena sustitutiva o la simple inejecución de la ya impuesta sólo está en manos de la autoridad judicial, ajena a supeditar el contenido de sus resoluciones a intereses políticos. La decisión adoptada, pues, por el Poder Ejecutivo carece de fuerza vinculante ante la independencia del Poder Judicial, lo que —siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Soering contra el Reino Unido*¹³ y a tribunales como el de Casación Penal de Italia o el Supremo de los Países Bajos—¹⁴ nos conduce a denunciar el escaso predicamento de la técnica de la concesión condicionada.

Entiendo que desde la perspectiva del procedimiento extradicional no es sencillo exigir el cumplimiento “humanizado” de una sanción concreta a las instituciones correspondientes del país solicitante, en una fase en la que la persona reclamada está ya a disposición de sus autoridades. El carácter pragmático de los efectos que estas penas pueden acarrear sobre la decisión ha de llevarnos a circunscribir las exigencias a su propia naturaleza y no a un siempre variable *modus* en la ejecución. La cuestión no radica en reclamar —como un mero e inane ejercicio de retórica— al Estado

¹³ El secretario de Estado de Reino Unido valoró favorablemente la garantía ofrecida por el fiscal del Estado del condado de Bedford (Virginia), aun cuando no era sino un simple compromiso indirecto que dejaba la decisión final a la autoridad judicial competente en los siguientes términos: “Si Jens Soering fuese declarado culpable del delito de asesinato de que se lo acusa [...] se realizará una petición al juez en el momento de dictar sentencia en nombre del Reino Unido, en tanto éste desea que la pena de muerte no sea impuesta o ejecutada [...]”.

Acerca de esta sentencia existe numerosa bibliografía, de la que me limito a extraer alguna obra significativa:

Frédéric Sudre: “Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, du 7 juillet 1989”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1990, pp. 103-121.

Walter J. Ganshof Van Der Meersch: “L’extradition et la Convention Européenne des Droits de l’Homme. L’affaire Soering”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1990-1, pp. 5-35.

Louis-Edmond Petiti: “Arrêt Soering c/ Grande Bretagne”, en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1989, pp. 786-798.

Julio Víctor González García: “Pena de muerte y tratamientos inhumanos o degradantes en la Convención Europea de Derechos Humanos (Una aproximación desde el caso Soering)”, en *Estudios en homenaje al profesor J. González Pérez*, Madrid: Civitas, 1993, pp. 2019-2046.

¹⁴ En una sentencia de 3 de marzo de 1990, la Cour Suprême de los Países Bajos procedió a denegar la extradición de un nacional norteamericano a las autoridades estadounidenses reclamantes, por entender que la sanción a imponer —la pena capital— vulneraba los principios y derechos del foro. Véase *Netherland Yearbook of International Law* 1990, p. 132.

Con un criterio más matizado y contemporizador, el tribunal italiano de Cassazione Penale, en sentencia de 28 de abril de 1992, entendió que la entrega puede ser posible en un caso idéntico si el Estado requirente otorga garantías suficientes de no infligir tal pena al sujeto reclamado, a cuyos efectos se considera suficiente el compromiso mediante nota verbal de la Embajada de los Estados Unidos en Roma.

requirente una ejecución más indulgente o menos penosa según criterios del Estado requerido, sino en exigirle la inejecución cuando no sea posible lograr la abolición normativa de sanciones como la pena capital o la prisión perpetua. Yendo más lejos, mientras la teleología del procedimiento se sustente en el compromiso de los Estados respecto de su lucha contra la delincuencia según los parámetros que caracterizan el Estado de derecho, considero que el rechazo a la petición de extradición —que no al castigo del autor, pues otra cosa daría lugar a una indeseable impunidad— está política y jurídicamente justificado si este tipo de sanciones se sigue manteniendo en los respectivos Códigos Penales.

1.4.2. *La nacionalidad del extraditatus*

Otro aspecto rodeado de polémica ha sido la no entrega del nacional cuando es solicitado por un país en el marco de un procedimiento de extradición; acerca de este particular, la controversia ha enriquecido un debate doctrinal y jurisprudencial polarizado ante el que quiero detenerme.¹⁵

No existe en derecho comparado un tratamiento unívoco de este mecanismo de excepción a la entrega, ni en cuanto a su fundamento ni respecto a su sistematización legal. Así, mientras que los países anglosajones no aceptan este principio como regla del derecho internacional, los europeos del continente asumen su relevancia pero lo ubican en las normas de forma desigual. Mientras que Alemania o Italia le confieren protagonismo en su norma fundamental —creando un derecho público subjetivo constitucionalmente protegido—, en Francia, sin embargo, se presenta con el tenor de una ley ordinaria.¹⁶ Esta diversidad comporta, lógicamente, problemas a la hora de satisfacer a las legislaciones nacionales y de justificar sus principios rectores.

La responsabilidad de los Estados nos sumerge en una doble perspectiva: de un lado, la que se tiene respecto de los nacionales estrictamente considerados y, de otro, la que se ostenta frente a la población genéricamente entendida, incluyendo a los extranjeros que fijan allí su domicilio o su residencia habitual.¹⁷

El *ius puniendi* ha desbordado los límites geográficos en los que secularmente se ha venido enmarcando, de forma que, en la práctica, la extradición en tanto petición de cooperación entre órganos jurisdiccionales de, al menos, dos Estados actúa como

¹⁵ Antonio Rovira: *Extradición y derechos fundamentales. Comentarios al artículo 13,3 de la Constitución*, Navarra: Thomson Civitas, 2005. El autor recoge interesantes sentencias del Tribunal Constitucional sobre este punto. Véanse pp. 217-231.

¹⁶ José Puente Egido: “L’extradition en Droit International: problèmes choisis”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. 231, 1991, pp. 120-122.

¹⁷ La Propuesta del Consejo de Decisión marco sobre el mandamiento de detención y entrega pivotaba, en este sentido, sobre el principio de ciudadanía de la Unión, de modo que no importaba la nacionalidad del sujeto reclamado sino el lugar donde radica su residencia, sobre todo en atención a la ejecución de la pena.

elemento “corrector” del criterio espacial. La presencia del principio de personalidad en las normativas¹⁸ permite atribuir la competencia a un tribunal atendiendo a que la autoría de los hechos se impute a un nacional; de esta forma, la determinación del foro no se ve afectada por los límites estatales marcados por su geografía, al entender que el vínculo que une al sujeto activo con su país es más fuerte que el estricto criterio de territorialidad.

Ciertamente, ambas pautas de atribución competencial tienen marcado carácter estatal, autónomo: el de territorialidad por razones obvias y el de personalidad por su relación con el sujeto activo, cuya consideración debería abarcar no sólo a los que ostentan la nacionalidad —en tanto estado civil— sino también, *in extenso* y desde un punto de vista sociológico y político, a quienes se encuentran en ese país vinculados por sus normas, como formando parte de una comunidad propia, diferenciada de otras.

Quienes residen en un país en situación de regularidad administrativa y con arraigo podrían verse también favorecidos por este criterio. Ahora bien, reclamar tal ampliación subjetiva en un momento en el que el principio de no entrega de nacionales está siendo cuestionado no parece ser demasiado oportuno.

En definitiva, el principio más frecuente para atribuir competencia es el de territorialidad, esto es, la comisión de un delito, en todo o en parte, en el ámbito espacial de un Estado; pero, como sabemos, no es el único ya que cabe también atribución competencial sobre el principio de personalidad activa (cuando el autor de los hechos sea nacional o, por extensión, tenga residencia habitual en ese Estado) o pasiva (si la jurisdicción se determina a tenor de los actos llevados a cabo contra sus nacionales).

Ahora bien, lo que sí es cierto es que aquel principio suele tener carácter obligatorio, en tanto que el de personalidad no siempre disfruta de la misma aceptación.¹⁹ De hecho, si dos países se atribuyen competencia, uno por haberse cometido el hecho delictivo dentro de sus límites geográficos y el otro por ser el autor nacional suyo, se opta por conceder relevancia al principio de territorialidad, no sólo por su generalizada aceptación sino porque el criterio de la nacionalidad no parece el más apropiado en el espacio de la Unión Europea, concebido —como dice la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea— como una zona común de libertad, seguridad y justicia.

¹⁸ Artículo 23,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “[...] conocerá de los hechos previstos en las leyes españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho [...]”.

¹⁹ Así, puede verse a modo de ejemplo que el Informe Explicativo al Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (98/C 391/01) establece en su artículo 7: “se proponen cuatro criterios para la jurisdicción de los que sólo uno (el principio de territorialidad) es, sin embargo, obligatorio para todos los Estados Miembros [...]”. DOCE C 391, de 15 de diciembre de 1998.

Al hilo de todo lo anterior, considerar competentes a los tribunales de un Estado por esgrimir razones de *protección* del nacional frente a las jurisdicciones extranjeras, permite enarbolar el conflictivo argumento de la *reserva estatal*. La tradicional visión de que sólo el Estado es capaz de tutelar debidamente a sus súbditos, sobre los que recae una potestad punitiva que garantiza los derechos del sujeto frente a la desconfianza y recelo que suscita una jurisdicción extranjera, está siendo, desde hace años, una opción revisada en profundidad, sobre todo ante los actuales criterios de cooperación internacional. Quisiera creer que, cuando los países se comprometen por convenio a combatir con mecanismos comunes ciertas conductas delictivas graves, procediendo a la extradición de aquellos sujetos sobre los que tienen poder de disposición, están renunciando, correlativamente, a alegar razones de protección de sus nacionales frente a autoridades de países también signatarios del mismo texto convencional.

El artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición,²⁰ hoy con virtualidad práctica muy reducida, que faculta a las partes contratantes para denegar la entrega de sus nacionales, carece, a mi modo de ver, de justificación en el contexto actual. Por eso, aun cuando la nacionalidad se configura como un vínculo jurídico-político por el que un Estado establece unilateralmente las condiciones para que un sujeto se integre en él, también lo es la actual tendencia, por otra parte imparable, que aboca a una clara integración internacional desde la perspectiva política en el marco de organizaciones como la Unión Europea. Y pese a no existir estricta identidad —ni de concepto ni de esencia— entre nacionalidad de un Estado y ciudadanía europea, podríamos comenzar a reclamar un mayor grado de confianza en las instituciones de los países miembros, como se ha reflejado por el Convenio de Dublín —relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea— cuando entiende que esgrimir la nacionalidad no puede considerarse causa suficiente para rechazar la entrega.²¹ De hecho, como veremos en páginas siguientes, la Orden Europea de Detención y Entrega deja bien sentada su prudencia ante este criterio de privilegio por razón de nacionalidad.²²

²⁰ “Toda Parte contratante tendrá la facultad de denegar la extradición de sus nacionales [...]”.

²¹ Este Convenio, de 27 de septiembre de 1996, puede consultarse en DOCE C313, de 23 de octubre de 1996. Su artículo 7 dice: “1. No se podrá denegar la extradición por el motivo de que la persona objeto de la solicitud de extradición sea nacional del Estado requerido en la acepción del Artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición.

”2. Al realizar la notificación [...] todo Estado Miembro podrá declarar que no concederá la extradición de sus nacionales o que sólo le autorizará en determinadas condiciones, que deberá especificar [...]”.

Como puede observarse, la regla general del Convenio Europeo de Extradición de 1957 se convierte en criterio de excepción en el de 1996.

²² El artículo 4,6 recoge el supuesto como posible motivo de no ejecución de la orden, de forma que la autoridad judicial de ejecución podrá denegarla si concurre la mencionada circunstancia.

1.4.3. *El delito político y el terrorismo*

Mientras que, como vemos, la nacionalidad del sujeto reclamado ha sido frecuente motivo de discrepancias entre Estados, existen tipos delictivos que se excluyen *a priori* del procedimiento de extradición en virtud de planteamientos jurídico-ideológicos y que suelen aceptarse de forma prácticamente unánime. El primigenio origen de la figura ha de buscarse en la persecución y la entrega de quienes atentaban contra el poder político constituido; los ataques a instituciones soberanas, la traición a los valores patrios y los delitos de lesa majestad configuraron a lo largo de la evolución histórica un catálogo de conductas que justificaban la reclamación de sus autores por los países afectados. Hoy, paradójicamente, la comisión de un delito de esta naturaleza se presenta como la principal causa de denegación de la entrega.

En orden a evitar la impunidad de ciertos hechos de especial gravedad y a impedir la falta de recursos estatales para luchar contra ellos, se ha ido delimitando esta figura, dibujando sus perfiles de forma algo más clara a fin de distinguir el delito político propio de actuaciones, cuando menos, afines. Pese a todo, no podemos encontrar un solo texto convencional —cualquiera que sea su ámbito— donde hallar la necesaria definición de una conducta que supone una clara causa de denegación de extradición entre los Estados firmantes.

Quizá por ello la tendencia más reciente va dirigida a no incluir este tipo como supuesto de exclusión de la entrega, y así el citado Convenio de Dublín establece que “[...] el Estado miembro requerido no concederá a ningún delito la consideración de delito político, de delito relacionado con un delito político o de delito inspirado por móviles políticos”.²³ Es precisamente la necesaria valoración estatal de los hechos como ajenos al ámbito político lo que ha hecho que, erróneamente, pueda interpretarse esta circunstancia como una variante del principio de la doble incriminación, cuando lo cierto es que, mientras que la imputación dual forma parte de la extradición, integrando un elemento esencial del procedimiento, que aparece consagrado en los tratados que versan sobre la materia, así como en todas las normativas internas, la prohibición de extraditar en virtud de la calificación de una conducta como integradora de un delito de naturaleza política nos coloca en un ámbito de ejercicio de la libertad personal propia del actual Estado de derecho. La diferencia es, pues, manifiesta.

Cuando el país requerido es el nuestro, el panorama no difiere: no existe un único criterio que permita calificar el hecho, depurando el tipo de conductas semejantes. La práctica de los tribunales nos muestra que el Poder Ejecutivo y el Judicial deciden la naturaleza común o política del ilícito fijándose, sobre todo, en el *animus*, en el elemento intencional.

²³ Artículo 5.1.

La exclusión del terrorismo del impreciso concepto de delito político ha supuesto controversias, hoy casi por completo superadas,²⁴ tanto que la posición común del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo establece que han de tomarse medidas de conformidad con el derecho internacional para asegurar “[...] que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa de denegación de las solicitudes de extradición de presuntos terroristas”.²⁵ Es posible que uno de los escasos esfuerzos de concreción en este sentido lo encontremos en la recientemente elaborada posición común del Consejo sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo,²⁶ donde, a partir de una redacción excesiva por lo extensa, se valora el acto terrorista adoptando un sesgo teleológico, al integrar bajo su ámbito un conjunto de conductas más caracterizadas por el propósito al que tienden que por su concreto y particular contenido.²⁷

Si nos fijamos en la decisión marco sobre terrorismo,²⁸ la definición de *infracción terrorista* es deliberadamente imprecisa, a fin de que cualquier interpretación tenga cabida y pueda acomodarse al tenor de la norma. Se ha buscado que los Códigos Penales de los Estados se aproximen en esta controvertida materia con criterios garantistas; ahora bien, lo que algún autor ha llamado “daños colaterales de la guerra contra el terrorismo”,²⁹ es decir, la limitación de los derechos democráticos, se pone en evidencia cuando se justifican prácticas que derogan los principios tradicionales del procedimiento penal: las escuchas, la interceptación del correo o la instalación de cajas negras que permiten registrar los mensajes electrónicos sin la preceptiva autorización judicial son instrumentos tan flagrantes que han exigido del legislador comunitario un anexo al propio texto donde se indica que “nada en la Decisión marco puede interpretarse como dirigido a reducir o trabar derechos o libertades fundamentales [...]”.

²⁴ Desde el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977 (BOE n.º 242, de 8 de octubre de 1980), queda bien claro que los delitos terroristas no pueden considerarse políticos, ni relacionados con los delitos políticos, ni inspirados por motivos políticos.

²⁵ 2001/930/PESC (DOCE L 344/90). Véase el artículo 17.

²⁶ 2001/931/PESC. (DOCE L 344/93). Véase el artículo 3.

²⁷ El 2 de mayo de 2002 el Consejo adoptó dos actos dirigidos a ejecutar la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a poner al día los textos aprobados el 27 de diciembre de 2001. Así, se ha adoptado una decisión (2002/334/CE) relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y por la que se deroga la decisión 2001/927/CE. Junto con ello, también se ha adoptado la posición común (2002/340/PESC) destinada a actualizar la 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. Véase DOCE L 116, de 3 de mayo.

En este mismo sentido, el 6 de diciembre de 2001 EUROPOL firmó con Estados Unidos un acuerdo de cooperación policial sobre intercambio de información en materia de terrorismo y otros delitos de especial gravedad, a fin de luchar conjuntamente contra la gran criminalidad internacional.

²⁸ Adoptada el 6 de diciembre de 2001 por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior.

²⁹ Jan Fermon: “Les droits démocratiques: dommages collatéraux de la guerre contre le terrorisme”, *Le Journal des Procès*, n.º 422, Bruselas, 2001.

Fue precisamente el objetivo de aproximar las legislaciones de los Estados, estableciendo normas mínimas sobre infracciones penales y sanciones en este ámbito, lo que motivó la decisión marco relativa a la lucha contra el terrorismo.³⁰

Dando un paso más en la mejora de los mecanismos de cooperación europea, la decisión marco sobre la orden de detención hace desaparecer estos problemas de indefinición, cuando establece de modo taxativo que la decisión de la autoridad judicial de otro Estado miembro ha de ser reconocida con todos sus efectos, sin control previo, como consecuencia de la aplicación del principio de reconocimiento recíproco. De esta forma expeditiva se ha querido zanjar una cuestión polémica y controvertida—como la anfibología de límites entre tipos delictivos, de carácter político o de naturaleza terrorista— y casi siempre marcada por la confusión que se planteaba al poner en marcha el principio de la doble incriminación, en fase de revisión y con vistas a su supresión inminente.³¹

Interesa recalcar que en el ámbito extradicional no nos encontramos ante un sistema de competencia universal, sino ante una vía de represión nacional que se circunscribe a un procedimiento reglado de solicitud y entrega respetuoso con las normas de los demás Estados y enmarcado en la necesaria colaboración internacional, lo que justifica que, junto con la facultad de actuación represiva que ostentan los órganos competentes del Estado reclamante, deba valorarse la presencia de criterios garantes de los principios y derechos constitucionales que han de amparar al sujeto a entregar, por parte de ambos países, reclamante y receptor de la solicitud.

1.5. El alcance de la competencia del país requirente

Uno de los puntos clave del procedimiento consiste en precisar quién ha de conocer ante un supuesto de tráfico jurídico externo, para lo que se determinan los órganos con competencia para solicitar la extradición. La regulación del mandamiento de detención europeo ha introducido una variante de competencia, en la idea de lograr una mayor simplificación y eficacia en el procedimiento de entrega. En la decisión marco se estipula una designación de autoridades judiciales según el ordenamiento de cada Estado miembro,³² habilitadas tanto para emitir el mandato como para pronunciarse sobre su validez y proceder a su ejecución, pudiendo a su vez auxiliarse de los servicios de una “autoridad central” que llevará a cabo funciones administrativas, informativas y de índole práctica.

³⁰ Decisión marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002. En DOCE L164, de 22 de junio de 2002.

³¹ El artículo 31 precisa los instrumentos y disposiciones legales que dejarán de aplicarse entre los Estados miembros a partir del 1 de julio de 2004.

³² Artículo 6.3: “Cada Estado miembro informará a la Secretaría General del Consejo de la autoridad judicial competente con arreglo a su Derecho interno”.

Según esas premisas, la definición de reglas mínimas comunes facilitará la aplicación de estas previsiones en materia de competencia judicial. Lo que no se ha precisado aún es el conjunto de criterios de atribución competencial, es decir, si se han de adoptar pautas que son habituales en los derechos internos, como el lugar de comisión, el país de residencia principal del autor o la trascendencia del bien jurídico lesionado, o si, por el contrario, resultaría más conveniente atender a principios generales de derecho internacional, posteriormente plasmados en normas legales o convencionales. Aclarar este extremo ha de resultar de enorme interés por cuanto la actividad de los órganos judiciales no es de mera emisión y ejecución del mandamiento de entrega, sino que, anejo a todo ello, existe un imprescindible reconocimiento recíproco de las resoluciones vertidas, para conseguir, en una fase posterior que se prosigan las diligencias penales abiertas o se ejecute la ya emitida sentencia condenatoria firme. Ambas funciones, es decir, haber dictado sentencia y emitir un mandamiento de detención, pueden concurrir, o no, en la misma autoridad judicial, según lo establezca la legislación interna de cada Estado miembro.

Así pues, el control jurisdiccional garantiza la seguridad jurídica que proporciona todo procedimiento reglado. Y todo ello con el objetivo de profundizar también en la tutela judicial efectiva del sujeto extraditable.

1.6. La entrega y su aseguramiento.

La protección de los derechos del extraditatus

Probablemente, entre todos los aspectos que configuran el *iter* de la extradición, el que suscita mayor interés sea la entrega material, al ser el objetivo primero —y último— que impulsa a los Estados a iniciar una larga tramitación que ha de conducir al término del procedimiento.³³ Ahora bien, aunque toda extradición tiene como eje la *traditio*, no todo acto de entrega participa de la compleja naturaleza jurídica de la institución. La puesta a disposición del sujeto reclamado —así como de los objetos pertinentes— ha de verificarse con arreglo a unas formas, una fecha y un lugar que deberán coordinarse por los órganos correspondientes. En este plano, la polémica nace de la necesidad de garantizar la presencia del sujeto salvaguardando su disponibilidad por parte de las autoridades judiciales y policiales del Estado requerido. El mejor modo de hacerlo es mediante la detención preventiva, medida fundamentada en el previsible peligro de huida a tenor de la valoración circunstancial que de todo ello haga el Estado requirente; aun cuando la excepcionalidad sea su principal característica, adquiere especial relevancia en el marco de la institución.

El entramado de la detención preventiva se asienta en una libertad individual limitada, controlada de forma provisional; así, durante un breve lapso se constriñe la

³³ Esther Gómez Campelo: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2005, pp. 253 ss.

facultad deambulatoria del sujeto mediante una actuación que en nuestro ámbito está marcada por su inusual carácter; de ahí que su empleo sólo ha de justificarse bajo la premisa clara de un inminente peligro de huida del reclamado.

Cuando el Estado requirente valora estas circunstancias y prevé, con un alto grado de certeza, esa conducta de riesgo, solicita la “retención”³⁴ a las autoridades del Estado requerido, país donde ha de ejecutarse materialmente esta medida de aseguramiento. Es evidente constatar lo fácil que puede resultar una distinta percepción de los hechos cuando el Estado requerido no comparte el temor del otro y verifica que objetivamente no concurren las circunstancias que exigen mantener al reclamado en situación de arresto, procediendo a decidir, en consecuencia, su libertad provisional. Habida cuenta de que las normas reguladoras son las del país que tiene en su poder al sujeto, la inexistencia de condiciones precisas para proceder a la detención preventiva condiciona la respuesta a esta interesante cuestión; más aun si, incluso tras la entrega de los datos referentes a la persona y a su conducta delictiva, el Estado requerido intuye que la extradición no será concedida al país peticionario: parece obvio entender que en estos casos carece de fundamento adoptar tal medida de prevención.

A fin de evitar disfunciones, propias de las peculiaridades normativas nacionales, se ha elaborado en el marco europeo un Vademécum de Cooperación en el ámbito estrictamente policial, bajo la eficaz actuación de las oficinas Sisnet, nueva red de comunicación entre los países Schengen y futuro sistema de información en Europa.³⁵ La cooperación en materia penal está, pues, dejando de ser una entelequia, para convertirse, paso a paso, en una realidad fruto del compromiso interestatal: el sistema de difusión internacional *índice rojo* facilita a Interpol agilizar las peticiones de búsqueda y detención mediante el denominado sistema de *preextradición* que permite que una orden judicial nacional que reclama la detención de un sujeto con vistas a garantizar su presencia en el posterior procedimiento sea internacionalmente conocida.

Llegamos así al momento de valorar, como elementos anejos a la entrega, un conjunto de derechos y garantías que refuerzan la importancia de la reclamación del imputado para que esté presente en el proceso, no sólo por configurarse como una

³⁴ Así se denomina en el artículo 41,6 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen: “Una persona que haya sido detenida por las autoridades locales competentes [...] podrá ser retenida, con independencia de su nacionalidad, para proceder a su interrogatorio. Se aplicarán por analogía las normas pertinentes del Derecho nacional”.

³⁵ DOCE L337, de 30 de diciembre de 1999. En funcionamiento desde el 23 de agosto de 2001. En aplicación del título VI del Tratado de la Unión Europea y por decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2001 (2001/886/JAI), se ha desarrollado el Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II) —DOCE L 328, de 13 de diciembre de 2001—, así como el Reglamento (CE) n.º 2424/2001, de la misma fecha.

El objetivo del Consejo es lograr un único sistema que permita la integración de los nuevos Estados, sobre premisas temporales exiguas pero realistas, puesto que el artículo 7 del Reglamento prevé su “agotamiento” el 31 de diciembre de 2006.

legítima pretensión del Estado requirente —en la medida en que de esta forma puede llegar a satisfacer sus pretensiones punitivas mediante un juicio conforme a derecho—, sino porque también es conveniente para el propio sujeto —en tanto va a tener un foro en el que podrá exponer cualesquiera alegaciones sobre la causa en interés de su defensa—. ³⁶

Si España se constituye en país requirente, la presencia del imputado es preceptiva conforme al derecho en vigor, ³⁷ salvo en fase sumarial, en la que, como es sabido, su ausencia no paraliza el procedimiento; si el requirente es, por el contrario, un Estado que admite en su normativa la sentencia en rebeldía, se podría desestimar la entrega por entender —así se ha venido expresando nuestro Tribunal Constitucional— ³⁸ que ha concurrido una “vulneración indirecta” de los derechos fundamentales del sujeto, y ello porque toda resolución judicial extranjera ha de ser —hasta el presente— homologada por los órganos judiciales españoles y su contenido puede contravenir los derechos protegidos por el recurso de amparo en nuestra Constitución. Pese a todo, si bien lo dicho trae causa de nuestra normativa y de las decisiones reiteradas del Tribunal Constitucional y de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, es preciso indicar que, a través de acuerdos políticos sin precedentes en el marco de la Unión Europea, ³⁹ se están abriendo cauces de actuación destinados a omitir este requisito procesal respecto a conductas delictivas dotadas de una especial peligrosidad, sobre las que se posibilita la decisión favorable a la extradición aun cuando sus autores hubieran sido condenados en ausencia. ⁴⁰

Ante estas coordenadas, una de las preocupaciones que ha de impulsar al legislador debería ser la de contar con la sensibilidad adecuada no sólo para procurar el desarrollo correcto del procedimiento desde el punto de vista legal, sino, fundamentalmente, para preservar los derechos y garantías del *extraditurus* llevando su exigibilidad al Estado requerido mientras aquél se encuentra en su territorio y también cuando ya se ha materializado la entrega, tras la puesta a disposición del sujeto, a través de un control *a posteriori* sobre el Estado requirente; cómo arbitrarlo, según qué criterios y

³⁶ Véase Henry Donnedieu de Vabres: *Les principes modernes du droit pénal international*, París: Sirey, 1928.

³⁷ Artículos 840 ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 110/2002, de 6 de mayo, en la que se dice que “lo que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto de un juicio justo es la condena en ausencia sin la posibilidad ulterior de subsanar estas deficiencias”. También, sentencias 137/1995, de 25 de septiembre y 162/1999, de 27 de septiembre. En la de 1995 se reconocen supuestos de condena *in absentia* para los supuestos castigados con pena privativa de libertad inferior a un año.

³⁹ Así se puso de manifiesto en la Cumbre de Nápoles, previa al acuerdo entre los Ministros de Justicia de España e Italia, firmado en Madrid el 20 de julio del 2000.

⁴⁰ El artículo 5.1 de la decisión marco sobre el mandamiento de detención europeo recoge este tenor, si bien se permite que su ejecución se desarrolle en condiciones que posibiliten al interesado ejercer válidamente su derecho a recurrir.

con qué extensión y efectos configuran un terreno polémico en el que los países se resisten a recalar.

Ahora bien, lo que puede entenderse como una vulneración de derechos ha de someterse a un proceso de relativización cuando hablamos de países de dilatada tradición democrática, regidos por principios comunes, con parejos valores jurídicos y sometidos a jurisdicciones supranacionales que velan por el respeto a las garantías individuales de los sujetos reclamados. De esta forma, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos —y sobre la redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950— ha dicho: “[...] los Estados contratantes disponen de amplia libertad en la elección de los medios propios para permitir a su sistema judicial responder a las exigencias del artículo 6.1 en la materia, siendo preciso que los recursos internos no se manifiesten efectivos y que no se invierta la carga de la prueba, de manera que no se le obligue a probar que no pretendía eludir la acción de la justicia, ni que su ausencia se debía a fuerza mayor”.⁴¹

Me interesa muy particularmente dejar clara la idea de que toda incertidumbre que ponga en cuestión la seguridad jurídica y los derechos materiales y procesales del reclamado socava el Estado de derecho y la propia credibilidad de sus instituciones; de ahí que la lucha contra la delincuencia deba hacerse desde la defensa de los más arraigados valores jurídicos, a través de métodos, reglas y normas uniformes de los derechos nacionales, intentando superar intereses contrapuestos y adoptando criterios comunes de coordinación. Resulta obvio desde todo planteamiento que combatir el ilícito, por grave que sea, no puede justificar en ningún caso la vulneración de los derechos fundamentales que integran los principios comunes a todos los Estados. De ahí la prevención, cuando no el abierto rechazo, ante figuras como la expulsión y la captura, particulares modalidades de entrega cuya principal característica es actuar al margen de toda garantía para el sujeto reclamado.

La atracción que proyecta sobre los países eludir los trámites marcados por el procedimiento favorece a veces una decisión de muy dudosa legalidad y que tiene su reflejo y apoyo en el aforismo *male captus bene detentus*. Mas esto, pese a dotar a las actuaciones de los Estados de una innegable agilidad y eficacia, no es extradición; las dificultades que ésta plantea, los requisitos que se exigen para su desenvolvimiento, las garantías formales y sustantivas que han de asistir al sujeto, la dilación en el tiempo y el coste de las actuaciones son aspectos que no pueden reconducirse o intentar solventarse por sendas de alegación en las que la facilidad de los mecanismos habilitados para la entrega se superponga al rigor de la tramitación extradicional.

Es éste un tema de especial predicamento y ha sido, por ello, objeto de estudio destacado del Tribunal Supremo, el cual, poniendo en relación la expulsión con la

⁴¹ Sentencia de 12 de febrero de 1985, caso *Colozza c. Italia*, ref. 85TE1.

extradición, ha concluido⁴² que la judicialidad en el procedimiento, el respeto a los mecanismos procesales propios de la institución, sólo puede reclamarse por los Estados intervinientes pero no por el sujeto, que carece de derecho subjetivo a invocar su respeto; éste sólo podrá aducirlo si se ve inmerso en un supuesto excepcional de expulsión o de captura. A lo que sí tiene derecho toda persona a extraditar es a que se la reconozca amparada por unos principios jurídicos de base⁴³ que se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁴ y por unos criterios mínimos de actuación que deberán ser asumidos como requisito intrínseco por todos los Estados a fin de incrementar los niveles de garantías respecto de sus ciudadanos.

2. El mandamiento europeo de detención y entrega: un futuro inminente

Los asuntos en materia de justicia e interior relativos al ámbito penal exigen una necesaria cooperación intergubernamental que se ajuste a los intereses de los Estados, y es esto, precisamente, lo que nos sitúa ante una doble opción: facilitar el mutuo reconocimiento de decisiones judiciales sobre la base del respeto a las peculiaridades nacionales o bien armonizar gradual, progresivamente, las legislaciones penales de los países miembros. Ante la evidente —e histórica— dificultad de lograr este segundo objetivo que exigiría establecer definiciones coordinadas de tipos delictivos e instituir sanciones penales comunes, parece más práctico y realista instaurar un espacio judicial que permita la subsistencia de las disparidades entre los sistemas penales eludiendo los problemas que plantearía la unificación legislativa.

⁴² La relación de la expulsión con el procedimiento de extradición ha sido recogida en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo. A modo ejemplificativo cito las de 14 de diciembre de 1989, Rep. Ar. 1989/9578, y la de 3 de marzo de 2000, Rep. Ar. 2000/1172; el Fundamento Jurídico 1.º de ésta última indica: “Los Tribunales españoles no pueden entrar en el examen del cumplimiento de los trámites de un proceso de extradición cuando éste no se ha producido. El recurrente no fue extraditado sino expulsado, y no existe el invocado derecho a la extradición, como vienen declarando sentencias de esta Sala como son exponentes las de 14 de diciembre de 1989, Rep. Ar. 1989/9578; 28 de junio de 1990, Rep. Ar. 1990/5731 y de 18 de noviembre de 1999, en cuanto son los Estados y no los sujetos afectados los que pueden instar el proceso de extradición. Lo cierto es que el acusado fue expulsado por las autoridades francesas y su detención se produjo en territorio español en cuanto ello estaba así ordenado por un Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Es a partir de esa detención cuando debe comprobarse si el acusado ha sido sometido a un juicio justo como garantizan la Constitución y las leyes que la desarrollan, y aunque no corresponde a esta Sala la valoración de la prueba practicada, sí es misión suya la supervisión de que la actividad probatoria tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador se ha practicado con todas las garantías [...]”.

⁴³ Derecho al recurso, a acceder a un tribunal imparcial, a la presunción de inocencia, al derecho a la defensa, al principio de legalidad y proporcionalidad de delitos y penas o al principio *non bis in idem*.

⁴⁴ “Declaración de Niza” (DOC 2000/C 364/01), en DOCE, Serie C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

La creación genérica del espacio judicial europeo tuvo su inicial punto de partida en el ya lejano Convenio de Bruselas de 1968, aun cuando para su configuración como objetivo de la Unión Europea debió esperarse al Tratado de Maastricht,⁴⁵ primero, y al de Ámsterdam,⁴⁶ después.

De hecho, ya con la primera propuesta del denominado Mandamiento Europeo de Detención y Entrega se eligió el principio de reconocimiento mutuo como mecanismo clave para lograr el tan reclamado espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta figura sustituirá, entre otros, el elemento de la doble imputación, hasta ahora básico en el procedimiento extradicional, de forma que a partir de la *Euroorden* bastará la incriminación de la conducta en el Estado solicitante —superándose así el requisito de la doble tipicidad—,⁴⁷ afirmación, si se quiere, coherente *in extremis* con la aplicación del reconocimiento recíproco entre autoridades judiciales. Ahora bien, la vigente decisión marco pretende, además, que el mandamiento de detención europeo reemplace los acuerdos tradicionales de extradición, y para ello ha de extenderse sobre el mismo ámbito de aplicación que el sistema multilateral establecido en el Convenio de 1957.

2.1. *Sucinta descripción de sus caracteres*

No es éste el momento de entrar a analizar el contenido y la esencia última de esta figura, pero sí creo oportuno poner de relieve una serie de puntos cuyo nexo parece encontrarse en el considerando 12,⁴⁸ preocupado por salvaguardar el respeto a los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea, así como en el artículo 1,3 del texto,⁴⁹ ambos de la decisión marco.

Primero. La clásica forma de iniciar un procedimiento de extradición o de proceder a su rechazo es fruto de una decisión del poder público y de un control, con diferente intensidad, de los órganos administrativos y judiciales. Sin embargo, en el mandato de detención y captura desaparece el control administrativo, y la única fiscalización, la que proviene de las autoridades judiciales competentes, incide exclusivamente sobre el cumplimiento de requisitos formales del documento a tenor de la normativa procesal propia del Estado receptor. Sobre la premisa de la simplificación se ha procedido a restringir los mecanismos de control aun cuando siga siendo impres-

⁴⁵ 7 de febrero de 1992, y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.

⁴⁶ 2 de octubre de 1997 (BOE n.º 109, de 7 de mayo de 1999).

⁴⁷ Cuando los hechos que motiven la orden de detención no sean constitutivos de delito según el Estado de ejecución, se lo faculta para denegarla (artículo 4,1).

⁴⁸ “La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular en su Capítulo VI [...]”.

⁴⁹ “La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”.

cindible comprobar la validez del mandamiento, ya que no se procederá posteriormente a una solicitud de entrega por parte del Estado emisor, en tanto aparece implícita en el mandato de detención.

Segundo. Ese mandato deberá recaer sobre infracciones castigadas con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos 12 meses en el Estado solicitante. Asimismo, se estableció una lista abierta —integrada por 32 conductas típicas, graves o muy graves, como el terrorismo, la corrupción, el racismo, el secuestro y toma de rehenes, la cibercriminalidad, el blanqueo de dinero o el homicidio voluntario, entre otras— que como tal podrá ser modificada en sus términos, por unanimidad del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo (artículo 2).

Tercero. En la Euroorden puede apreciarse cómo se cuestiona el principio de especialidad, puesto que la persona entregada puede ser objeto de enjuiciamiento por hechos distintos de los mencionados en la solicitud, extremo que permite al país solicitante desvincularse de su propia calificación.⁵⁰

Cuarto. A tenor del texto,⁵¹ un Estado puede ejercer competencia extraterritorial —que tiene lugar cuando ninguno de los elementos que integran la infracción está adscrito al territorio propio— siempre que esa conducta esté sancionada por la normativa del país al que se le solicita la ejecución; dicho con otras palabras, si el Estado emisor solicita la ejecución del mandamiento de detención y entrega respecto de una actuación no tipificada en el Estado que la recibe, pero cometida en él, aquélla podrá denegarse. La razón última es de fácil comprensión, puesto que trata de evitarse que un país tenga que ejecutar la Euroorden respecto de un hecho llevado a cabo en su territorio pero sin sanción alguna en su legislación penal. Se restablece así, sólo para este caso, la exigencia de la doble incriminación.

Quinto. La adopción de objetivos de cooperación y su plasmación en el programa de reconocimiento mutuo hace que las autoridades judiciales estén obligadas a reconocer y ejecutar de forma automática la solicitud de entrega que le han hecho llegar las autoridades judiciales de otro Estado; los controles que se lleven a cabo serán mínimos y de acuerdo con el contenido de la decisión marco, en la que normativamente se ubica. La notificación, por ende, se hace directamente desde la autoridad judicial de ejecución a la autoridad judicial de emisión, en virtud del principio de comunicación directa.

2.2. *Perspectivas y controversias*

Al entrar en aplicación el mandamiento de detención europeo, se han unificado dos fases del procedimiento antes independientes: la petición de detención preventiva y la solicitud de extradición, puesto que su objeto es el traslado forzoso del sujeto desde el Estado donde se encuentra al país que lo solicita. Hoy, junto con las caracte-

⁵⁰ El artículo 27 posibilita actuaciones por infracciones diferentes de las que motivaron la petición.

⁵¹ Artículo 4, apartados 1 y 7.

rísticas clásicas del mandamiento de detención hay también que incluir la solicitud de entrega a las autoridades del Estado de emisión. Los elementos propios de ese mandamiento, busca, captura y detención provisional, son obligaciones a cumplir por el Estado de ejecución, las dos primeras imperativamente —salvo que concurran motivos de denegación como la inmunidad de ejecución, la amnistía o la activación del principio de territorialidad— y la detención sólo tras existir una resolución específica sobre su mantenimiento por parte de la autoridad judicial.

Sin embargo, y pese a que lo dicho podría parecer un síntoma optimista de la etapa de cooperación que actualmente parece vivirse entre los países europeos en orden a la tantas veces reclamada armonización normativa, en la decisión marco se mantiene el criterio de que los órganos policiales y judiciales del Estado de ejecución adoptarán las medidas de aseguramiento del sujeto detenido de acuerdo con las pautas establecidas por su correspondiente derecho nacional, de forma que “cuando se detenga a una persona sobre la base de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución decidirá, de conformidad con el derecho del Estado miembro de ejecución, si la persona buscada debe permanecer detenida” (artículo 12). En virtud de esta regulación, la eficacia del mandamiento de detención europeo mejora las garantías de que el reclamado se presentará de nuevo ante la autoridad judicial emisora, en caso de evasión o incumplimiento de la condición de volver a comparecer, por lo que los supuestos de detención preventiva deberán ser necesariamente escasos.

Conviene retener en este momento que la implicación de varios países con legislaciones habitualmente poco armonizadas hace que aspectos puntuales pero claves, como la duración de esa medida, puedan convertirse en problemas de difícil solución, más aun si la petición de detención se configura como elemento previo a una subsiguiente y correlativa solicitud de extradición. La importancia de un texto convencional es incuestionable por cuanto suple la falta de criterios estatales unívocos, en tanto, su proyección internacional y europea se pone de manifiesto a través de Interpol y Europol respectivamente, instituciones de gran capacidad operativa y autonomía funcional y cuyo referente se sitúa en los Acuerdos de Schengen.

El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen⁵² posibilitaba la satisfacción de la condena en el país donde el sujeto se hubiera refugiado, sin que, por tanto, fuera precisa la entrega al Estado requirente, para llegar a idéntico objetivo. Lo que realmente debería importar —y este convenio así lo contempló— es la ejecución pronta y directa de la sentencia impuesta.⁵³ Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁴

⁵² De 19 de junio de 1990 (BOE n.º 81, de 5 de abril de 1994).

⁵³ Artículo 68,1: “La Parte contratante en cuyo territorio se haya impuesto una pena privativa de libertad o una medida de seguridad que restrinja la libertad mediante una sentencia con fuerza de cosa juzgada contra un nacional de otra Parte contratante que, al huir a su país, se haya sustraído a la ejecución de dicha pena o medida de seguridad, podrá solicitar a ésta última Parte contratante, si la persona evadida se encuentra en su territorio, que asuma la ejecución de la pena o de la medida de seguridad”.

⁵⁴ Artículo 985.

impone que el tribunal que dictó la sentencia sea también el que, correlativamente, la ejecute; sin embargo, la posibilidad de que ello se verifique por otros tribunales flexibiliza el procedimiento, al permitir la ejecución material de la sentencia condenatoria por los órganos judiciales de un país ajeno a aquel del que emanó; esto es lo que se conoce como *ejecución delegada* de la resolución judicial, figura que, llevada a sus últimas consecuencias, desdibuja los perfiles entre los tradicionales conceptos de Estado de cumplimiento y Estado de condena.

Ahora bien, las dificultades que entraña la puesta en práctica de este objetivo están siendo encauzadas de modo notable en los más recientes textos elaborados por la Unión Europea respecto a la lucha contra determinada delincuencia grave —caso de la ya citada decisión marco del Consejo sobre lucha contra el terrorismo—, en los que se busca, por el contrario, el cumplimiento de la sanción en el Estado que emitió la condena a través del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, piedra angular de la cooperación judicial penal, como se puso de manifiesto en la Cumbre Europea de Tampere. Como tercera opción, también parece acertado —y así se contempla en la decisión marco sobre el mandamiento de detención europeo— el favorecimiento de la ejecución material de la pena en el país que ofrezca mejores condiciones para la reinserción del condenado, que puede resultar ser el de ejecución, de forma que la condena pueda ser cumplida *in situ*; la decisión de la autoridad judicial se adoptará siempre en interés del sujeto y contando con su consentimiento.

2.3. *La importancia del reconocimiento.*

Aspectos relacionados con la determinación de la competencia

La ambición europea de lograr un espacio único en el ámbito que nos ocupa tuvo como plasmación una comunicación de la Comisión titulada *Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia*,⁵⁵ a partir de la cual es imprescindible plantearse como presupuestos indispensables el acercamiento progresivo de las legislaciones —sobre todo en su vertiente penal—, el respeto a los derechos de la persona, el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y la adopción de medidas que permitan coordinar las actuaciones entre autoridades. El desarrollo incompleto de cualquiera de ellos, la ralentización en los objetivos, el escaso nivel de acuerdos adoptados o las dudas esgrimidas por razones nacionales nos muestran, en la práctica, la complejidad de la colaboración intergubernamental en el marco del Tercer Pilar.⁵⁶

⁵⁵ De 14 de julio de 1998.

⁵⁶ Resulta, por lo demás, significativo que Antonio Quintano Ripollés, en su libro *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, publicado en el año 1957, dijera al respecto: “[...] como a menudo acontece [...] uno es el terreno de los puros principios y otro muy distinto el de las realidades, al descender a las cuales se comprende en seguida la precisión de establecer límites más estrictos, a veces insalvables, a tan alto y claro ideal. Límites que son explicables y dignos de tenerse en cuenta, no tanto por respeto a la noción de la soberanía, que poco o nada tiene que ver con el asunto,

El sustrato del reconocimiento mutuo es la confianza entre los Estados miembros, justificada y apoyada en la necesidad de compartir valores y objetivos comunes. Cuando en 1999 el Consejo reunido en Tampere optó por esta vía y no por la de la aproximación legislativa, estaba actuando con realismo y poniendo en evidencia la dificultad que entraña hacer confluír el complejo y dispar arsenal normativo de los diferentes Estados, derogando principios tradicionales del procedimiento penal. El Mandato Europeo de Detención y Entrega exige que los países que integran la Unión respeten las reglas de la democracia en un Estado de derecho, presuponiendo la legalidad de los actos que emanan de sus órganos de poder. De este modo la figura, lejos de perseguir la unificación de los procedimientos penales nacionales, se fija como meta habilitar y normalizar mecanismos excepcionales que posibiliten la coexistencia de las disimilitudes entre los Estados miembros, por profundas que sean; así, mediante el reconocimiento mutuo de decisiones se instaura un espacio judicial que convive con las diferencias, formales y también sustanciales, entre los sistemas penales de los países europeos.⁵⁷ La preocupación del legislador europeo se deja sentir en el artículo 11 de la decisión marco, titulado “Derechos de la persona buscada”, en el que se explicita el derecho a la información, al posible consentimiento a la entrega, al derecho a la defensa asistido de abogado y a la presencia de un intérprete, si ello fuera necesario.⁵⁸

Sin embargo, lo que nos pone tras la pista de una realidad poco halagüeña es la denominada “Cláusula de salvaguardia”, que ha parecido preciso incluir para preservar un grado absoluto de confianza entre los Estados miembros respecto a sus sistemas políticos y judiciales.⁵⁹ La sospecha fundada de que un Estado incumple de forma grave y reitera-

como por la razón de la diversidad de ordenamientos y, sobre todo, por el distinto nivel cultural, moral y aun técnico que presentan los tribunales de los diferentes países del mundo. El problema debe ser planteado, pues, en el plano de la seguridad jurídica internacional y no en el de las suspicacias nacionalistas, bien que éste sea aun generalmente el operante”. Véase el tomo II, p. 139.

⁵⁷ Jean Claude Paye: “La engañosa apariencia de la orden europea de detención y entrega”, en *Le Monde Diplomatique*, febrero 2002. El autor lleva a cabo una sucinta pero interesante reflexión sobre la normalización de ciertos procedimientos excepcionales —como el que se plasma en la orden europea de detención y entrega— y la primacía que se les otorga sobre la ley, en la medida en que el reconocimiento mutuo de decisiones parece superar la tan reclamada armonización legislativa. Puesto que la legalidad de las actuaciones se presupone, los mecanismos de control tienden a desdibujarse hasta limitarse a valorar el cumplimiento de meros presupuestos formales en la documentación aportada.

⁵⁸ “1. Cuando una persona buscada sea detenida, la autoridad judicial de ejecución competente informará a dicha persona, de conformidad con su Derecho interno, de la existencia de la orden de detención europea, de su contenido, así como de la posibilidad que se le brinda de consentir en su entrega a la autoridad judicial emisora.

”2. Toda persona buscada que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea tendrá derecho a contar con la asistencia de un abogado y, en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución”.

⁵⁹ Así se expresa el Considerando 10: “El mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros. Su aplicación sólo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios

da sus compromisos con el respeto a los derechos fundamentales, a tenor del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, será bastante para suspender unilateralmente —aunque de modo temporal— el reconocimiento del mandamiento de detención.

Como ha manifestado la Comisión en numerosas ocasiones, el principio de reconocimiento mutuo se basa en los conceptos de equivalencia y certidumbre; obviamente, reconocer una decisión judicial firme en el campo del derecho penal conlleva la aplicación directa (si en el territorio de la Unión la resolución tiene efecto directo y pleno) o indirecta (si es precisa la conversión de la sentencia extranjera en decisión nacional), así como un elevado grado de confianza recíproca entre ambos países, el que ejecuta la pena que el otro impuso y el que decidió la sanción que el otro lleva a efecto. La institución del reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal forma parte esencial de la idea de cooperación y no parece que pueda hablarse de auténtica y eficaz construcción política europea si no se adoptan medidas en esa dirección.⁶⁰ Para facilitar esa meta, el punto 45.f del Tratado de Ámsterdam dispuso los pasos previos y se otorgó un plazo de dos años desde su entrada en vigor —plazo que concluyó el 1 de mayo de 2001— para desarrollar los mecanismos necesarios a fin de lograr el espacio de libertad, seguridad y justicia.

La importancia del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales es tal que el Consejo Europeo de Tampere⁶¹ entendió que sin él no es posible pretender una política coherente de cooperación judicial; por ello, al iniciarse el año 2001 se redactó un programa de 24 medidas destinado a poner en práctica este principio en el marco de la Unión Europea,⁶² y todo con las razonables prevenciones que se han suscitado tras comprobarse que algunas iniciativas comunitarias, como el reciente convenio sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros,⁶³ están teniendo nu-

contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, constatada por el Consejo en aplicación del apartado 1 del artículo 7 de dicho Tratado, y con las consecuencias previstas en el apartado 2 del mismo artículo”.

⁶⁰ Sobre este particular, interesa reseñar la decisión relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo, de acuerdo con el artículo 4 de la posición común 2001/931/PESC. El artículo 6 de esta decisión, adoptada en Bruselas el 29 de abril de 2002 (7756/02) indica: “Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que las solicitudes de asistencia judicial y las de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hechas por otro Estado miembro en relación con los delitos de terrorismo en que intervengan cualquiera personas, grupos o entidades que figuran en la lista, sean tramitadas de forma urgente y como cuestión prioritaria”.

También es interesante el documento de trabajo de la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y normas de competencia (9 de mayo de 2002).

⁶¹ Puntos 33 a 37 de las Conclusiones de la Presidencia, octubre 1999.

⁶² DOCE C 012, de 15 de enero de 2001.

⁶³ Celebrado por Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000. DOCE C197, de 12 de julio de 2000.

Véase Luis Rodríguez Sol: “El nuevo Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *La Ley*, n.º 5244, de 9 de febrero de 2001, pp. 1 ss.

meras dificultades para su entrada en vigor. Con todo, el Consejo ha indicado que la aplicación directa y automática del principio de reconocimiento mutuo resulta poco realista en la mayor parte de las circunstancias —aun cuando las conclusiones de Tampere permitieran observar una evidente preferencia por la vía de aplicación directa—, puesto que, cuando un Estado miembro quiera ejecutar una decisión de otro, deberá comprobar, al menos, que la autoridad de la que emanó estaba investida de competencia.⁶⁴ Ahora bien, reconociendo todas las dificultades, la Euroorden expresa en su artículo 1,2 que “los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea sobre la base del principio de reconocimiento mutuo [...]”. También las normativas nacionales se hacen eco de tal cuestión.

Así, la ley federal suiza sobre cooperación jurídica internacional en materia penal, en idéntico sentido y manifestando su preocupación ante el respeto a los derechos fundamentales, indica en su artículo 2: “[...] la petición de cooperación en materia penal es inadmisibles cuando existen motivos para reconocer que el procedimiento en el extranjero no es conforme a los principios de procedimiento fijados por el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o por el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1996”.

La regulación del mandamiento de detención europeo ha introducido una variante de competencia en la idea de lograr una mayor simplificación y eficacia en el procedimiento de entrega. En la decisión marco se estipula una designación de autoridades judiciales según el ordenamiento de cada Estado miembro, habilitadas tanto para emitir el mandato como para pronunciarse sobre su validez y proceder a su ejecución, las que pueden a su vez auxiliarse de los servicios de una “autoridad central” que llevará a cabo funciones administrativas, informativas y de índole práctica.

Sobre esas premisas, la definición de reglas mínimas comunes facilitará la aplicación de estas previsiones en materia de competencia judicial. Lo que no se ha precisado aún es el conjunto de criterios de atribución competencial, es decir, si se han de adoptar pautas que son habituales en los derechos internos, como el lugar de comisión, el país de residencia principal del autor o la trascendencia del bien jurídico lesionado, o si, por el contrario resultaría más conveniente atender a principios generales de derecho internacional, posteriormente plasmados en normas legales o convencionales. Aclarar este extremo ha de resultar de enorme interés por cuanto la actividad de los órganos judiciales no es de mera emisión y ejecución del mandamiento de entrega sino que, anejo a todo ello, existe un imprescindible reconocimiento recíproco de las resoluciones vertidas, para conseguir, en una fase posterior, que se prosigan las

⁶⁴ Es lo que se conoce como “procedimiento de validación”, caracterizado por exigir la traducción de la decisión emitida por el Estado requirente, así como la verificación de que el órgano que la impuso ostentaba la necesaria competencia.

diligencias penales abiertas o se ejecute la ya emitida sentencia condenatoria firme. Ambas funciones —es decir, haber dictado sentencia y emitir un mandamiento de detención— pueden concurrir o no en la misma autoridad judicial, según lo establezca la legislación interna de cada Estado miembro.

Conclusiones

La convergencia de los intereses ciudadanos y estatales está acelerando en los últimos meses la adopción de medidas dirigidas a ofrecer, a corto plazo, respuestas adecuadas a problemas acuciantes;⁶⁵ así, se ha visto cómo la entrega inmediata de los autores de ciertos delitos de especial gravedad —caso del terrorismo— está sustituyendo al tradicional procedimiento de extradición entre los Estados firmantes. Y puesto que la verosimilitud de un planteamiento serio acerca de la creación de un derecho penal transnacional no deja de estar en entredicho, los progresos deberán sustanciarse en otros campos.

La comunicación que la Comisión presentó al Consejo y al Parlamento Europeo sobre reconocimiento mutuo de decisiones finales en materia penal pone atención especial en la protección de los derechos individuales. Lo mismo se observa en el programa de medidas elaborado por el Consejo⁶⁶ y dirigido a hacer efectivo ese reconocimiento ponderando dos extremos: el reforzamiento de la cooperación entre los Estados miembros y la mejora en la protección de los derechos de los sujetos.

Cuando principios esenciales como la doble incriminación o la especialidad se perciben como obstáculos por superar⁶⁷ y no como factores que garantizan la regularidad jurídica del procedimiento, hemos de sentir una cierta prevención, como así se ha manifestado ya por asociaciones europeas de abogados. Obtener un elevado grado de seguridad dentro del espacio europeo ha sido objetivo de la Unión, expresado en el artículo 29 del Tratado de Maastricht; pero el enfoque que desde las instituciones comunitarias ha de darse a la lucha contra el delito no puede pensar en vulnerar, ni siquiera en minorar, las garantías procesales de los sujetos. Cualquier recorte en las libertades de los ciudadanos puede traer consecuencias humanas pero también políticas, porque la legitimidad de la propia actuación contra el ilícito puede ser puesta en entredicho si comienzan a observarse indicios de debilitamiento de los principios democráticos. Por desgracia, un ejemplo flagrante de ello está teniendo lugar bajo la bandera de una informe campaña antiterrorista que permite comprobar cómo en un

⁶⁵ Isabel Lirola Delgado: “El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal”, en Andrés Olesti Rayo (coord.): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 234 ss.

⁶⁶ Véanse las correlativas notas en las páginas precedentes de este trabajo.

⁶⁷ Véanse Conclusiones del Consejo sobre Lucha contra el Terrorismo, aprobadas por el Consejo Extraordinario de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil, el 20 de septiembre de 2001.

país como Estados Unidos se suspenden garantías constitucionales y los extranjeros sospechosos de amenazar su orden son sometidos a tribunales militares y a detenciones que se prolongan durante meses sin ningún tipo de asistencia jurídica, y se ven “desposeídos de derechos básicos que hasta hoy habían resistido todas las vicisitudes de la Historia”.⁶⁸

En cualquier caso, evitar que un texto como el que regula el mandamiento de detención y entrega infrinja derechos básicos no puede quedar en manos de las autoridades judiciales de los Estados encargadas de su cotidiana y efectiva aplicación, sino que deberá venir contemplado en la legislación correspondiente.

Estamos en el umbral de una realidad cambiante y compleja —la efectiva instauración del espacio de libertad, seguridad y justicia— que comienza a afrontarse con la suficiente sensatez como para obviar, al menos por el momento, la vía de la normalización de los procedimientos en los Estados. Los textos convencionales a los que se ha hecho reiterada referencia deberán centrar el mecanismo de la solicitud y entrega de los sujetos reclamados, no tanto en una normativa extradicional que —para los países de la Unión Europea— está resultando poco operativa ante las desbordantes manifestaciones del presente, como en mecanismos prácticos y directos basados en la idea de confianza y en el principio de equivalencia en la adopción de decisiones. Este será, probablemente, el futuro de la institución en el marco geográfico que nos acoge.

Bibliografía

- ANGULO RODRÍGUEZ, Miguel: *Lecciones de derecho procesal internacional*, Granada: Gráficas del Sur, 1974.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael: *La extradición en derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid: Civitas, 2001.
- BUENO ARÚS, Francisco: “Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español”, *Anuario de Derecho Penal*, 1981.
- DONNEDIEU DE VABRES, Henry: *Les principes modernes du droit pénal international*, París: Sirey, 1928.
- ESPINAR VICENTE, José María: *Teoría general del derecho internacional privado. Monografías de derecho internacional privado*, vol. I, Universidad de Alcalá de Henares, 2000.
- FERMON, Jan: “Les droits démocratiques: dommages collatéraux de la guerre contre le terrorisme”, en *Le Journal des Procès* n.º 422, Bruselas, 2001.

⁶⁸ Conferencia pronunciada por el filósofo polaco Zygmunt Bauman en el 1.º Forum de la Démocratie et du Savoir (París, 2 y 3 de febrero de 2002), recogida en el diario *El País*, Madrid, 10 de febrero de 2002. Desgraciadamente, el ejemplo reiterado de la situación los presos en Guantánamo ilustra a la perfección lo que ahora sostenemos.

- GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J.: “L’extradition et la Convention Européenne des Droits de l’Homme. L’affaire Soering”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme* 1990-I.
- GÓMEZ CAMPELO, Esther: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2005.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor: “Pena de muerte y tratamientos inhumanos o degradantes en la Convención Europea de Derechos Humanos (Una aproximación desde el caso Soering)”, en *Estudios en homenaje al profesor J. González Pérez*, Madrid, 1993.
- JITTA, Ceseli Josephus: *La méthode du droit international privé*, La Haya, París, Bruselas y Londres, 1890.
- LIROLA DELGADO, Isabel: “El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal”, en Andrés OLESTI RAYO (coord.): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona: Bosch, 2000.
- MAGNANESI, S.: “Estradizione pasiva a reati puniti con la pena capitale”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milán, 1994-I.
- PAYE, Jean Claude: “La engañosa apariencia de la Orden Europea de Detención y Entrega”, en *Le Monde Diplomatique*, febrero del 2002.
- PETITI, Louis-Edmond: “Arrêt Soering c/ Grande Bretagne”, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1989.
- PUENTE EGIDO, José: “L’extradition en Droit International: problèmes choisis”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, volume 231, 1991.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Madrid: CSIC, Instituto Francisco de Vitoria, 1957.
- RODRÍGUEZ SOL, Luis: “El nuevo Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *La Ley* n.º 5244, de 9 de febrero de 2001.
- ROVIRA, Antonio: *Extradición y derechos fundamentales. Comentarios al artículo 13,3 de la Constitución*, Navarra: Thomson Civitas, 2005.
- SALADO OSUNA, Ana: *La pena de muerte en el derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Madrid: Tecnos, 1999.
- SUDRE, Frédéric: “Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, du 7 juillet 1989”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1990.