

LA EFICACIA DEL SISTEMA DE DETENCIÓN Y ENTREGA EUROPEO A LA LUZ DEL CASO PUIGDEMONT¹

Nicolás Alonso Moreda²

Universidad del País Vasco/EHU

SUMARIO: 1. EL *PROCÉS*. 2. CUESTIONES CLAVE EN EL MARCO DEL «CASO PUIGDEMONT» QUE PONEN EN DUDA LA EFICACIA DE LA «EURO-ORDEN». 2.1. Orden nacional de detención previa. 2.2. Control de doble incriminación. 2.2.1. El principio de doble incriminación en la «euro-orden». 2.2.2. Decisión del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein. 2.2.3. Análisis de la decisión del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein: alcance del control de doble incriminación. 2.2.4. Lo que pudo hacer y no hizo el Tribunal Supremo español y lo que hizo, pero quizás no debió hacer. 2.2.5. ¿Es oportuna una reforma del principio de doble incriminación en el marco de la «euro-orden»? 2.3. Inmunidad parlamentaria. 2.4. Autoridad judicial de emisión. 2.5. Riesgo de vulneración de los derechos fundamentales. 3. PERO, ¿ES REALMENTE EFICAZ LA «EURO-ORDEN»? MÁS ALLÁ DEL «CASO PUIGDEMONT». 4. A MODO DE EPÍLOGO: ¿Y AHORA QUÉ? 4.1. ¿Será finalmente posible la entrega por Bélgica a España del Sr. Puigdemont? 4.2. ¿Es necesaria una reforma de la «euro-orden»? BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La huida a Bélgica del Sr. Puigdemont –así como la de algunos ex consejeros de la Generalitat–, ha llevado al Tribunal Supremo a un «laberinto» que ha impedido el enjuiciamiento de los huidos en el marco del denominado *procés*. En el presente trabajo se analizan las diferentes cuestiones que han impedido la entrega del Sr. Puigdemont y aquellas que previsiblemente pueden presentarse a futuro. A partir de este análisis y ampliando la mirada más allá de este caso, se valora si la «euro-orden» es realmente un mecanismo de cooperación judicial eficaz. Para finalizar, se intentan señalar las posibles salidas de este «laberinto» así como la oportunidad de una reforma de la «euro-orden».

Palabras clave: orden europea de detención y entrega; derechos fundamentales; Puigdemont; *procés*; doble incriminación; inmunidad.

ABSTRACT: The flight to Belgium of Mr. Puigdemont - as well as that of some of his former counsellors of the Generalitat -, has led the Supreme Court into a “labyrinth” that has prevented the prosecution of those who have fled in the framework of the so-called ‘procés’. The different issues that have prevented Mr. Puigdemont’s surrender and those that may foreseeably arise in the future are analysed in this paper. Based on this analysis, and looking beyond this case, it assesses whether the European arrest warrant is really an effective judicial cooperation mechanism. Finally, it seeks to point out possible exits

-
- 1 Trabajo realizado en el marco de las actividades de investigación del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco (referencia IT1630-22) y del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación referencia PID2020-117936GB-I00.
 - 2 ORCID: 0000-0003-1421-8812.

of this “labyrinth” as well as the opportunity for a reform of the European arrest warrant.

Keywords: European arrest warrant; fundamental rights; Puigdemont; *procés*; double criminality; immunity.

1. EL PROCÉS

Es difícil concretar el detonante que ha llevado a la situación actual en Cataluña. Es habitual remontarse a la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio³, en la que se admite en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto el 31 de julio de 2006 por los entonces noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁴.

Es cierto que la anulación parcial de la reforma del Estatuto de Autonomía, que fue precedida por la celebración en Cataluña de un referéndum al respecto el 18 de junio de 2006, fue entendida por una parte de la sociedad catalana como un agravio y una maniobra política contra Cataluña y sus intereses. Sensación en la que incidió la posterior negativa del gobierno español a negociar con el gobierno de Cataluña un pacto fiscal similar al que disponen País Vasco y Navarra y la negativa a que se reconociese al pueblo de Cataluña el «derecho a decidir» sobre su futuro.

Es en el marco de estos acontecimientos, que llevan a un progresivo y notable incremento del apoyo social a una posible «independencia» de Cataluña desde sectores sociales tradicionalmente nacionalistas, pero no independentistas, a partir del cual las instituciones de Cataluña inician un camino de difícil retorno, pero con un final inevitable, como iremos viendo a lo largo de las siguientes páginas.

Desde 2013 se va a suceder la adopción de diferentes resoluciones y normas en el Parlamento de Cataluña, seguidas de las correspondientes declaraciones de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, así como de diferentes acontecimientos, que desembocan en la proclamación unilateral de la independencia de Cataluña por parte del Parlamento catalán el 27 de octubre de 2017, lo que dará lugar a diferentes acciones jurídicas tanto en el ámbito constitucional como en el penal.

En efecto, el punto de partida se puede situar en la Resolución 742/IX, del Pleno del Parlamento de Cataluña, adoptada el 27 de septiembre de 2012, en la que se proclama “el derecho imprescriptible e inalienable de Cataluña a la auto-

3 BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:31).

4 BOE 20 julio 2006, núm. 172, [pág. 27269].

determinación” y se insta al Gobierno a realizar una consulta al respecto⁵. Sobre la base de esta Resolución unos meses más tarde, el 23 de enero de 2013, se aprobó, también por el Pleno del Parlamento de Cataluña, la “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”⁶, declarada parcialmente inconstitucional mediante Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 2014⁷. En concreto, afirma el Tribunal que es inconstitucional y nula la proclamación que se realiza en la Declaración del pueblo de Cataluña como «sujeto político y jurídico soberano»⁸, y condiciona la constitucionalidad de las referencias al “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña” contenidas en dicha Declaración a su interpretación como una aspiración política en el marco constitucional⁹.

El 27 de septiembre de 2015, el Pleno del Parlamento de Cataluña adopta una Resolución¹⁰ en la que se declara “el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república”, proceso que no se supeditarán “a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional”. Para ello establece un plazo de treinta días en el que debería iniciarse la tramitación de las leyes de proceso constituyente, de seguridad social y de hacienda pública. Esta Resolución también será declarada inconstitucional y nula¹¹. Más tarde, el 6 de octubre de 2016, el Pleno del Parlamento de Cataluña

-
- 5 Resolución 742/IX, de 27 de septiembre de 2012, del Parlamento de Cataluña, sobre la orientación política general del Gobierno de la Generalidad (Tram. 255-00006/09).
 - 6 Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (Tram. 250-00059/10 i 250-00060/10).
 - 7 STC 42/2014, de 25 marzo (ECLI:ES:TC:2014:42).
 - 8 Principio Primero de la señalada Declaración.
 - 9 Señala en concreto el Tribunal Constitucional que el «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» contenido en la Declaración “no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo», y «legalidad», expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el «derecho a decidir»” (STC 42/2014, de 25 marzo (ECLI:ES:TC:2014:42), FJ 4). Un análisis crítico de esta sentencia se puede consultar en: Vid. ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., “Un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, núm. 4, pp. 1-18 (consultado en Aranzadi Instituciones); y FOSSAS ESPADALER, E., “Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, núm. 101, pp. 273-300.
 - 10 Resolución 1/XI, de 27 de septiembre de 2015, del Parlamento de Cataluña, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.
 - 11 STC 259/2015, de 2 diciembre (ECLI:ES:TC:2015:259).

adopta una nueva Resolución en la que insta al Gobierno a celebrar, a más tardar en septiembre de 2017, un referéndum vinculante sobre la independencia de Cataluña¹², que es declarada parcialmente inconstitucional y nula¹³.

Todas estas resoluciones parlamentarias dieron paso a la adopción de dos normas dirigidas a materializar la proclamación de la República de Cataluña como un Estado independiente de España, ambas declaradas nulas por inconstitucionales¹⁴: la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, de Referéndum de Autodeterminación de Cataluña¹⁵ y la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República de Cataluña¹⁶. El artículo 9.1 de la señalada Ley 19/2017, de 6 de septiembre, preveía la celebración de un referéndum el día 1 de octubre de 2017, que es convocado para dicha fecha por el Gobierno de Cataluña mediante Decreto¹⁷, y ello, aunque la señalada Ley de Referéndum se encontraba suspendida por el Tribunal Constitucional a la espera de la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma. Pues bien, a pesar de ello y a pesar de que el Decreto de convocatoria también fue objeto de suspensión caute-

12 Resolución 306/XI, del Parlament de Catalunya, sobre l'orientació política general del Govern (255-00002/11).

13 ATC 24/2017, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2017:24A).

14 Al respecto, *vid.* entre otros, ALONSO GARCÍA, M.^a N., “La institución del referéndum desde una perspectiva multinivel: valoración crítica en el constitucionalismo contemporáneo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, núm. 9, pp. 1-26 (consultado en Aranzadi Instituciones).

15 DO. Generalitat de Catalunya, 6 septiembre 2017, núm. 7449-Anexo A. Declarada inconstitucional y nula mediante STC 114/2017, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:2017:114). Si bien, mediante Providencia de 7 septiembre 2017 el Tribunal Constitucional procede a la suspensión de esta Ley, desde la fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad —7 de septiembre de 2017— para las partes del proceso y desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para terceros (acuerdo tercero).

16 DO. Generalitat de Catalunya 8 septiembre 2017, núm. 7451-Anexo. Declarada inconstitucional y nula mediante STC 124/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:124). Si bien, mediante Providencia de 12 septiembre 2017 el Tribunal Constitucional procede a la “suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada, desde la fecha de interposición del recurso —11 de septiembre de 2017— para las partes del proceso y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros” (acuerdo tercero).

17 Decreto 139/2017, de 6 de septiembre, de convocatoria del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña (DO. Generalitat de Catalunya 7 septiembre 2017, núm. 7450). Asimismo, se adoptó el Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña (DO. Generalitat de Catalunya 7 septiembre 2017, núm. 7450) en el que se fijan normas complementarias a la Ley 19/2017 del Referéndum, que también fue primero suspendida (Providencia del TC, de 7 septiembre 2017) y después declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional (STC 121/2017, de 31 de octubre, ECLI:ES:TC:2017:121).

lar por el Tribunal Constitucional desde el mismo 7 de septiembre de 2017¹⁸ (a la postre, el 31 de octubre sería declarado inconstitucional y nulo por el mismo tribunal¹⁹), el Gobierno de Cataluña mantuvo la convocatoria del referéndum en la fecha inicialmente prevista: el 1 de octubre de 2017. Ese día, un fuerte dispositivo policial impidió parcialmente el desarrollo del mismo con el cierre de una parte de las sedes de votación y la confiscación de parte de las urnas. Pocos días después, el 10 de octubre, el entonces Presidente del gobierno de Cataluña, el señor Puigdemont, manifestó ante el Parlamento de Cataluña reunido en sesión extraordinaria, que acatando el mandato del pueblo catalán declaraba la independencia de Cataluña, si bien de manera inmediata solicitó la suspensión de los efectos de esta declaración con la finalidad de agotar las opciones de una «solución acordada» con el Gobierno español. Ello llevó a cuestionar si el Parlamento de Cataluña proclamó realmente la independencia aunque, tal y como han señalado REMIRO BROTONS y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “ateniéndonos a los cánones de la recta interpretación, *no cabe suspender los efectos de una declaración a menos que esta haya sido hecha*”²⁰. En todo caso, finalmente, el 27 de octubre de 2017 el Parlamento de Cataluña procedió a declarar formalmente y de manera unilateral la independencia de Cataluña. Al día siguiente, el Gobierno español, en aplicación del artículo 155 de la Constitución, procedió a disolver el Parlamento de Cataluña y a convocar elecciones para el día 21 de diciembre de 2017²¹.

En octubre de 2017, la Fiscalía General de Estado decide iniciar acciones penales por rebelión, sedición, malversación de caudales públicos, prevaricación y desobediencia contra los miembros tanto del Gobierno de Cataluña como de la Mesa del Parlamento catalán. Aquí arranca el complejo «laberinto judicial» que por el momento ha impedido la entrega a España del entonces Presidente de la Generalitat, Carles Puigdemont, y algunos de sus consejeros: Antoni Comín, Clara Ponsatí, Meritxel Serret y Luis Puig.

Consideramos oportuno exponer brevemente los principales hitos de este recorrido judicial para poder abordar posteriormente el análisis de las principales cuestiones de fondo que se plantean y valorar si realmente las mismas ponen en

18 Providencia del Tribunal Constitucional, de 7 septiembre 2017.

19 STC 122/2017, de 31 de octubre (ECLI:ES:TC:2017:122)

20 REMIRO BROTONS, A. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La «cuestión catalana», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, 2018, nº 1, p. 287.

21 El 21 de octubre el Consejo de Ministros acordó solicitar al Senado la adopción de dichas medidas, entre otras (vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, núm. 162, de 21 de octubre de 2017, p. 2-71), siendo aprobado por el Pleno del Senado el 27 de octubre (vid. Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, BOE, núm. 260, de 27 de octubre de 2017, Sec. I, pp. 103527-203528).

entredicho la eficacia de la cooperación judicial en materia penal en la UE y, en particular, de la orden europea de detención y entrega, lo que constituye el elemento central de este trabajo.

El 3 de noviembre de 2017 la Audiencia Nacional emitió órdenes europeas de detención y entrega contra Carles Puigdemont, Antoni Comín, Clara Ponsatí, Meritxel Serret y Luis Puig, dado que se encontraban en Bruselas y no habían acudido a la citación el día anterior, el 2 de noviembre, para declarar ante la juez de instrucción de la propia Audiencia Nacional. Tras la unificación de la causa en el Tribunal Supremo el 24 de noviembre, este tribunal decidió retirar dichas «euro-órdenes». El 23 de marzo de 2018 el Tribunal Supremo emite nuevas «euro-órdenes», lo que propicia la detención del Sr. Puigdemont en Alemania y el inicio del procedimiento de ejecución de la «euro-orden» ante el Tribunal de Schleswig-Holsteinisches que, tras diferentes resoluciones²², el 12 de julio de 2018 decide de manera definitiva autorizar su entrega a España respecto del delito de malversación de caudales públicos, pero denegar la entrega respecto del delito de rebelión al entender que no se cumple el criterio de la doble incriminación. En esta tesitura el Tribunal Supremo decide suspender la entrega y retirar las «euro-órdenes» emitidas²³. Poco antes, el 16 de mayo de 2018, la autoridad de ejecución belga denegó la entrega de los Srs. Comín, Serret y Puig considerando que las «euro-órdenes» emitidas por el Tribunal Supremo español no estaban fundamentadas en una orden de detención nacional previa. Estos son los primeros reveses al Tribunal Supremo español, que analizaremos con detenimiento más adelante.

El 14 de octubre de 2019 el Tribunal Supremo dictó sentencia en el denominado «caso *procés*», condenando finalmente a los acusados por sedición, en lugar de por rebelión, así como por malversación y desobediencia, a unas penas privativas de libertad que variaban entre los 9 y los 13 años de prisión²⁴. Al día siguiente el Tribunal Supremo emitió nuevas «euro-órdenes» a Bélgica y a Escocia para el enjuiciamiento por los delitos de sedición y de malversación.

Poco antes, el 26 de mayo de 2019, los Srs. Puigdemont, Comín y Junqueras son elegidos miembros del Parlamento Europeo, lo que, como veremos, a la postre supondrá un nuevo escollo en la ejecución de las «euro-órdenes» señaladas. En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia en el *asunto Junqueras Vies*²⁵, en la que se establece que la inmunidad parlamentaria se dispone desde el mismo momento de la proclamación como parlamentario electo, propició que el 2 de

22 De 5 de abril y 22 de mayo de 2018.

23 Vid. ATS, de 19 de julio de 2018 (causa especial núm.: 20907/2017).

24 STS 2997/2019, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:2997).

25 STJ de 19 de diciembre de 2019, en el asunto C-502/19, *Junqueras Vies* (ECLI:EU:C:2019:1115).

enero de 2020 las autoridades de ejecución belgas procediesen a la suspensión temporal de las «euro-órdenes» emitidas contra los Srs. Puigdemont y Comín con base en la inmunidad parlamentaria. Finalmente, el 13 de enero de 2020 el Parlamento Europeo reconoce a los Srs. Puigdemont y Comín la condición de miembros del propio Parlamento Europeo con efectos retroactivos desde el 2 de julio de 2019²⁶. Además, como consecuencia de la retirada del Reino Unido de la UE, el 10 de febrero de 2020, Ponsatí es reconocida miembro del Parlamento Europeo con efectos desde el 1 de febrero de 2020²⁷. En esta tesitura, el Tribunal Supremo remite suplicatorio al Parlamento Europeo solicitando la suspensión de la inmunidad parlamentaria, lo que lleva a que el 9 de marzo de 2021 el pleno del Parlamento Europeo retire la inmunidad de los Srs. Puigdemont, Comín y Ponsatí²⁸. Esta retirada de inmunidad es recurrida por los afectados ante el Tribunal General el 19 de mayo de 2021, cuestión que está pendiente de resolución, pero, entre tanto, el 2 de junio de 2021, se restableció la misma de manera cautelar²⁹. Más tarde entraremos en el análisis de esta cuestión, aunque debe adelantarse ya que mientras no se resuelva de manera definitiva la retirada de la inmunidad parlamentaria, lo que requiere que resuelva en primera instancia el Tribunal General y, en su caso, un posible recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, la vigencia cautelar de la inmunidad parlamentaria impide la entrega de los perseguidos.

Entre tanto, el 7 de agosto de 2020, llega un nuevo varapalo a la estrategia del Tribunal Supremo, ya que el Juzgado de Primera Instancia de Bruselas deniega la entrega de Lluís Puig, negativa confirmada por el Tribunal de Apelación de Bruselas el 7 de enero de 2021, al entender que el Tribunal Supremo español no es el órgano competente para el enjuiciamiento y, por lo tanto, no es competente para la emisión de la «euro-orden», lo que es considerado un riesgo de vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley. Como respuesta, el 9 de marzo de 2021, el Tribunal Supremo remitió al Tribunal de Justicia siete cuestiones prejudiciales³⁰ que están pendientes de resolución final, si bien el Abogado General presentó sus conclusiones el 14 de

26 Vid. Acta de la sesión del Pleno del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2020 (DOUE C 239, de 18 de junio de 2021).

27 Ello lleva a Ponsatí a trasladar su residencia a Bruselas en enero de 2020 y, como consecuencia, el Tribunal de Edimburgo decidió archivar la ejecución de la «euro-orden» remitida por las autoridades españolas. Lo cual, suponemos realizó con gran alivio a la vista de la inusual mora con la que se estaba desarrollando el procedimiento.

28 Se alcanzó el siguiente resultado en la votación: 400 votos a favor, 248 en contra y 45 abstenciones.

29 Confirmado por Auto del Vicepresidente del TJ, de 24 de mayo de 2022, en el asunto C-629/21 P(R), *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento y España* (ECLI:EU:C:2022:413).

30 Vid. ATS 2544/2021, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:2544A).

julio de 2022³¹. La fecha prevista en el calendario judicial para la resolución final es el 31 de enero de 2023. La resolución de estas cuestiones prejudiciales es una de las claves para poder valorar la viabilidad de una futura entrega del resto de perseguidos.

Por último, el 23 de septiembre de 2021 el Sr. Puigdemont es detenido de nuevo a efectos de ejecución de la «euro-orden» emitida por las autoridades españolas; en esta ocasión en Cerdeña. Ahora bien, el 4 de octubre de 2021, el Tribunal de Apelación de Cagliari (Cerdeña) procedió a suspender la decisión sobre la entrega hasta que se resuelvan de manera definitiva las dos cuestiones que ya hemos apuntado anteriormente: por un lado, la resolución definitiva de la cuestión de la inmunidad por el Tribunal General, y, en su caso, el recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, y, por otro, que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español el 9 de marzo de 2021.

Antes de entrar a analizar las cuestiones de fondo señaladas que están siendo o pueden ser un obstáculo en el objetivo del Tribunal Supremo de conseguir la entrega del Sr. Puigdemont y del resto de perseguidos en esta causa, consideramos oportuno responder a dos cuestiones clave para situar en sus debidos términos los hechos que llevan a la instrucción de un proceso penal en el que se enmarcan las señaladas «euro-ordenes».

En efecto, todos recordamos los sucesos acaecidos en Cataluña el 1 de octubre de 2017, que fueron objeto de una gran atención mediática tanto a nivel nacional como internacional. La primera pregunta que debemos plantearnos es si realmente se puede considerar que el 1 de octubre de 2017 se celebró un referéndum con las garantías necesarias de acuerdo con los estándares aceptados; la segunda es si Cataluña es titular del derecho de autodeterminación.

En nuestra opinión, la respuesta a la primera pregunta es necesariamente negativa. Por un lado, como ya se ha señalado anteriormente, la base legal sobre la que se pretendía sustentar la celebración del referéndum estaba en ese momento suspendida por el Tribunal Constitucional, que, pocos días después declaró inconstitucional y nula. Por otro lado, el propio desarrollo de la consulta el 1 de octubre estuvo marcado por disturbios de orden público y un cierto caos. Asimismo, la intervención de las fuerzas del orden público llevó al cierre de algunos de los centros de votación y a la requisa de una parte de las urnas utilizadas con anterioridad al recuento de votos. Como han señalado REMIRO BROTONS y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, el 1 de octubre “se realizó *de facto*, que no de

31 Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573).

iure, una consulta popular, desprovista de toda clase de garantías y con incidentes de orden público”³².

La misma respuesta debe darse a la segunda pregunta. En efecto, y sin entrar a fondo en la cuestión, desde el punto de vista del Derecho internacional es evidente que no se puede considerar a Cataluña un pueblo sometido a dominación colonial ni extranjera, por lo que no disfrutaría de la denominada *dimensión externa* del derecho de libre determinación de los pueblos. Asimismo, tampoco se puede cuestionar que España es un Estado democrático en el que los ciudadanos de Cataluña no tienen limitados sus derechos civiles y de participación política, por lo que tampoco sería de aplicación la *dimensión interna* de este mismo derecho de libre determinación. En consecuencia, es de aplicación el principio de integridad territorial de los Estados, de tal forma que no solo España tiene derecho a mantener su integridad territorial, sino que el resto de Estados tienen la obligación de reconocerla y respetarla. Así, un eventual reconocimiento por un tercer Estado de Cataluña como Estado soberano llevaría a este a incurrir en responsabilidad internacional, y si se tratase de un Estado miembro de la Unión Europea, a la vulneración de los propios Tratados, en particular del artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea. Todo ello nos lleva necesariamente al Derecho interno español en donde en estos momentos la respuesta es clara también: la Constitución española no reconoce el derecho de libre determinación de las comunidades autónomas ni el derecho de estas a celebrar una consulta popular al respecto. Ahora bien, ello no impide que una virtual, aunque improbable reforma de la Constitución lo permita³³.

2. CUESTIONES CLAVE EN EL MARCO DEL «CASO PUIGDEMONT» QUE PONEN EN DUDA LA EFICACIA DE LA «EURO-ORDEN»

2.1. Orden nacional de detención previa

El 16 de mayo de 2018 la autoridad de ejecución belga rechazó la entrega de los Srs. Comín, Serret y Puig con base en la «euro-orden» emitida por el Tribunal

32 REMIRO BROTONS, A. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La «cuestión catalana»”, *op.cit.*, p. 285.

33 Para un análisis más profundo *vid.*, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., GARZÓN CLARIANA, G., MANGAS MARTÍN, A., PONS RAFOLS, X., REMIRO BROTONS, A. DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ARENAS GARCÍA, R., *Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña*, que se puede consultar en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70, 2018, nº 1, pp. 295-298; FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “El desafío soberanista y el derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. XIX, pp. 128 y ss.; y SOROETA LICERAS, J., “*Quo Vadis Cataluña? La unilateralidad, un viaje de corto recorrido*”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2028, nº 34, pp. 326 y ss.

Supremo español el 23 de marzo de 2018, por entender que no estaba basada en una previa orden nacional de detención. El Juez de instrucción del Tribunal Supremo español fundamentó la «euro-orden» remitida a las autoridades belgas en el Auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018, en el que mantiene la imposición de la medida cautelar de prisión provisional incondicional acordada anteriormente sobre los tres investigados (en la orden de búsqueda e ingreso en prisión de 3 de noviembre de 2017 emitida por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional³⁴). Pues bien, en palabras del Ministerio Fiscal belga, “un auto de procesamiento no tiene el valor de una orden de detención y, por lo tanto, no puede constituir una base válida para ejecutar una orden de detención europea”³⁵. De esta forma, la autoridad de ejecución belga, acogiendo la argumentación tanto de la defensa de los reclamados como de la Fiscalía General de Bruselas, rechazaba la ejecución de la «euro-orden», sin entrar en las cuestiones de fondo.

Cabe recordar que el artículo 8.1.c) de la Decisión marco 2002/584/JAI³⁶ establece que “1. La orden de detención europea contendrá la información siguiente [...]: c) la indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2”. A su vez, el artículo 36.c) de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre³⁷ se expresa en similares términos³⁸.

En opinión del Tribunal de Justicia, el artículo 8 de la Decisión marco, junto con el artículo 6, en el que se establece que la autoridad de ejecución debe ser una autoridad judicial³⁹, viene a establecer dos niveles de protección de las garantías

34 Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3, de 3 de noviembre de 2017 (NIG 28079 27 2 2017 0002451).

35 Vid. Requerimientos del Fiscal General de Bruselas de 26 de abril de 2018, p. 2.

36 Decisión marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18.07.2002, p. 1)

37 Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE 21 noviembre 2014, núm. 282, p. 9547).

38 “La orden europea de detención y entrega se documentará en el formulario que figura en el anexo I, con mención expresa a la siguiente información: [...] c) la indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en este Título”.

39 Al respecto de la interpretación del concepto de “autoridad judicial de emisión” a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco, vid. ALONSO MOREDA, N., “El fiscal como autoridad judicial de emisión de «euro-ordenes» a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 2019 en el asunto C-509/18 y en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82 PPU ¿Un paso definitivo en su concreción?”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, nº 49, pp. 226-249; AMBOS, K., “The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note

procesales y de los derechos fundamentales en el sistema de la «euro-orden». Un primer nivel de protección en la emisión de la inicial orden nacional de detención, en la que se debe basar de manera necesaria la posterior emisión de una «euro-orden», en el que las autoridades nacionales del Estado miembro emisor deben garantizar que se respeta la normativa nacional aplicable. Y un segundo nivel de protección en la emisión de la «euro-orden» propiamente dicha⁴⁰. Al respecto, se debe tener en cuenta que, incluso cuando la «euro-orden» se fundamenta en una orden de detención nacional adoptada por un juez o un tribunal, dado que la autoridad competente para emitir «euro-órdenes» es la responsable última de garantizar el segundo nivel de protección, debe tratarse de una autoridad cuyo estatuto en el derecho nacional garantice que actúa con independencia al ejercer las funciones como autoridad de emisión⁴¹. Es decir, con independencia de que en el primer nivel de protección —en la adopción de la orden de detención nacional— se respeten o no las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, en el segundo nivel de protección —en la emisión de la «euro-orden»— se ha de garantizar en todo caso que se satisfacen dichas exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva.

La clave del debate parece centrarse en si un auto de procesamiento del Tribunal Supremo es equivalente a una orden nacional de detención o puede incluirse en el concepto de “resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza”, incluido en el señalado artículo 8.1.c) de la Decisión marco. Las autoridades españolas no tienen duda alguna en que la respuesta debe ser afirmativa. En concreto, en opinión de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, “el auto de procesamiento reúne la doble cualidad de auto de prisión u orden de detención nacional previa

on the CJEU’s judgment in OG (C-508/18) and PI (C 82/19 PPU)”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10, 2019, nº 4, pp. 399-407; FERNÁNDEZ LE GAL, A., “Estado de derecho, independencia judicial y autonomía del Ministerio Fiscal. Hacia un modelo europeo de fiscal”, *Estudios de Deusto*, vol. 70, 2022, nº 1, pp. 124 y ss.; HARKIN, T., “The case law of the Court of Justice of the European Union on ‘judicial authority’ and issuing European arrest warrants”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 0, 2021, nº 0, pp. 1-23; HEIMRICH, C., “European arrest warrants and the Independence of the issuing judicial authority – How much Independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU OG and PI)”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10, 2019, nº 4, pp. 389-398; y VAN DER MEI, A.P., “The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 2017, nº 6, pp. 886 y s.

40 Vid. STJ, de 1 de junio de 2016, en el asunto C-241/15 (*Bob Dogi*), EU:C:2016:385, apdos. 55 y s. Al respecto vid. VAN DER MEI, A.P., “The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice”, *op. cit.*, pp. 884 y ss.

41 Vid. AMBOS, K., “Sobre las fiscalías alemanas como autoridad de emisión de la orden de detención europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71, 2019, párrafo 2 (consultado en Thomson Reuters ProView)

a la OEDE”, dado que “incluye una relación detallada de los hechos delictivos que se les imputan, los elementos indiciarios en los que se sustenta la imputación, una calificación jurídica mucho más precisa de los hechos al dictarse en un estado más avanzado de la investigación, y el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional acordada con anterioridad mediante auto de 2-11-2017 por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, una resolución judicial ésta que, a pesar de haber sido retirada la OEDE emitida como consecuencia de la prisión acordada, seguía plenamente vigente en el ámbito nacional como orden de detención ejecutiva para la busca y captura de los afectados”⁴². Esta opinión es compartida por el juez instructor del Tribunal Supremo, Sr. Llanera Conde⁴³.

En nuestra opinión, el tribunal belga no debió aplicar el parámetro de su Derecho interno respecto de la valoración del auto de procesamiento como sustento suficiente para la emisión de la «euro-orden» y tampoco debió entrar a valorar lo que establece el Derecho español al respecto, dado que se trata de un derecho que le es ajeno y extraño y cuya aplicación e interpretación corresponde a la autoridad judicial española de emisión. Por el contrario, debió confiar en la respuesta del Tribunal Supremo español a las peticiones de información complementaria de la Fiscalía General de Bruselas en las que se señala que el auto de procesamiento satisface las exigencias del artículo 8.1.c) de la Decisión marco. Y ello debido a que la «euro-orden» es un mecanismo de cooperación judicial basado en el principio de reconocimiento mutuo, principio que pivota en la confianza recíproca⁴⁴ entre las autoridades judiciales de los diferentes Estados miembros⁴⁵,

42 Escrito, de 17 de mayo de 2018, del Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, en la causa especial 003/0020907/2017, dirigido al excelentísimo señor magistrado instructor, apartado 3.

43 Vid. ATS, de 19 de julio de 2018, en la causa especial núm. 20907/2017, fundamento de derecho segundo.

44 Confianza que, tal y como señala EFRAT en un estudio respecto de Gran Bretaña y de Irlanda, no existe *de facto* como lo demuestra que las autoridades judiciales en general se aparten de una presunción de confianza al autorizar un porcentaje mayor de entregas a los países con un sistema legal de mejor calidad y un mejor historial de respeto de los derechos humanos (EFRAT, A., “Assessing mutual trust among EU members: evidence from the European Arrest Warrant”, *Journal of European Public Policy*, vol. 26, 2019, n.º 5, pp. 656-675). En palabras de KÖNIG, MEICHELBECK y PUCHTA “In this context, it becomes apparent that mutual trust—which is based upon the shared commitment to the basic principles—is fiction, rather than an expression of real trust” (KÖNIG, J., MEICHELBECK, P. y PUCHTA, M., “The Curious Case of Carles Puigdemont—The European Arrest Warrant as an Inadequate Means with Regard to Political Offenses”, *German Law Journal*, 2021, n.º 22, p. 268).

45 En opinión de HERNÁNDEZ LÓPEZ la autoridad belga de emisión realiza una “interpretación *ultra vires* del requisito formal del Art. 8.1.c) de la Decisión Marco 2002/584/JAI, difícilmente compatible con los principios de reconocimiento mutuo y de cooperación leal entre Estados miembros que deben inspirar la aplicación del instrumento” (HER-

lo que, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia, implica que la ejecución de la «euro-orden» es la norma, mientras que su denegación constituye una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta⁴⁶. Además, como también ha señalado el mismo Tribunal, ello obliga a la autoridad judicial de ejecución a tener que romper la “premisa de que la orden de detención europea de que se trate haya sido dictada conforme a los requisitos mínimos de los que depende su validez, entre los que se encuentra el previsto en el artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco 2002/584”⁴⁷, dado que debe partir de la confianza en la veracidad de la información complementaria que le remite la autoridad judicial de ejecución⁴⁸. En nuestra opinión, la autoridad judicial de ejecución belga debió

NÁNDEZ LÓPEZ, A., “La respuesta ante la falta de cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de las denegaciones reiteradas en la ejecución de las ODE en el caso procés”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, nº 2, p. 110). En el mismo sentido se manifiesta este autor en “Sobre la precaria situación de la autoridad de emisión ante la denegación reiterada de la ejecución de una ODE: reflexiones al hilo del caso procés”, en MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M.^a I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 455.

- 46 Vid., entre otras, SSTJ, de 11 de marzo de 2020, en el asunto C-314/18, *SF (Mandat d'arrêt européen - Garantie de renvoi dans l'État d'exécution)* (ECLI:EU:C:2020:191), apart. 39; de 15 de octubre de 2019, en el asunto C-128/18, *Dorobantu* (ECLI:EU:C:2019:857), apart. 48; y de 25 de julio de 2018, en el asunto C-220/18 PPU, *Generals-taatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)* (ECLI:EU:C:2018:589), apart. 54; y de 25 de julio de 2018, en el asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (ECLI:EU:C:2018:586), apartado 41.
- 47 STJ de 13 de enero de 2021, en el asunto C-414/20 PPU, *MM* (ECLI:EU:C:2021:4), apart. 49.
- 48 Apoyamos esta afirmación en aplicación por analogía de lo señalado por el Tribunal de Justicia respecto de la emisión de garantías por la autoridad judicial de emisión a la de ejecución. En concreto, señala que “la garantía dada por las autoridades competentes del Estado miembro emisor de que la persona afectada no sufrirá un trato inhumano o degradante [...] es un elemento que la autoridad judicial de ejecución no puede soslayar. [...]. Cuando esta garantía ha sido dada o, cuando menos, aprobada por la autoridad judicial emisora, en su caso, después de haber requerido la asistencia de la autoridad central o de una de las autoridades centrales del Estado miembro emisor en el sentido del artículo 7 de la Decisión Marco, la autoridad judicial de ejecución, a la vista de la confianza recíproca que debe existir entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, en la que se basa el sistema de la orden de detención europea, deberá confiar en esta, a menos a falta de todo elemento preciso que permita pensar que las condiciones de internamiento existentes en un centro de reclusión determinado son contrarias al artículo 4 de la Carta” (STJ de 25 de julio de 2018, en el asunto C-220/18 PPU, *Generals-taatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)* (ECLI:EU:C:2018:589), aparts. 111 y 112). En el mismo sentido vid. STJ, de 15 de julio de 2019, en el asunto C-128/18, *Dorobantu* (ECLI:EU:C:2019:857), apart. 68.

confiar en la información complementaria que le remitió el Tribunal Supremo español, en la que se aclaraba que el auto de procesamiento es una resolución judicial que, de conformidad con el Derecho español, cumple los requisitos establecidos en el artículo 8.1.c) de la Decisión marco, y, por lo tanto, debió continuar con la ejecución de la «euro-orden» y entrar a valorar las posibles causas de oposición a la entrega que se planteasen. Esta es, por otra parte, la postura que mantuvo el Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein (Alemania) en el marco de la ejecución de la «euro-orden» remitida el 23 de marzo de 2018 por el Tribunal Supremo español solicitando la detención y entrega del Sr. Puigdemont⁴⁹.

Además, consideramos que la autoridad judicial belga de ejecución hizo una valoración errónea de la naturaleza del auto de procesamiento del Tribunal Supremo español. En nuestra opinión, y de conformidad con la postura mantenida tanto por los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo como por el propio juez instructor del Tribunal Supremo, se debe entender que el auto de procesamiento en el cual se fundamenta la «euro-orden» es una “resolución judicial ejecutiva” en el sentido del artículo 8.1.c) de la Decisión marco, dado que produce efectos jurídicos equivalentes a los de una orden de búsqueda y detención. Y es que, tal y como ha señalado posteriormente el Tribunal de Justicia, “para estar comprendido en el concepto de «orden de detención [nacional] o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza», en el sentido de esta disposición, un acto nacional que sirva de fundamento a una orden de detención europea, aun cuando la legislación del Estado miembro emisor no lo designe con la denominación de «orden de detención nacional», debe producir efectos jurídicos equivalentes, a saber, los de una orden de búsqueda y detención de la persona encausada en un proceso penal”⁵⁰. No hay duda de que el auto de procesamiento ostenta esta finalidad. Por otra parte, cabe recordar que, como se ha señalado anteriormente, el Tribunal de Justicia en el asunto *Bob Dogi* afirmó que, desde el punto de vista de la protección de los derechos de la persona reclamada, el requisito del artículo 8.1.c) de la Decisión marco entraña una protección en dos niveles, lo que queda garantizado en el presente caso tanto en el primer nivel, en

49 Resolución del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, de 12 de julio de 2018, fundamento III. Se puede consultar una traducción en español en VALIÑO ARCOS, A., “Sobre el pronunciamiento del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont»”, *Diario La Ley*, 2018, nº 9263, pp. 1 a 28 (consultado en Smarteca).

50 Concreta el propio Tribunal que “este concepto no se refiere a todos los actos que desencadenan la apertura del procedimiento penal contra una persona, sino únicamente a aquellos cuya finalidad es permitir la detención de esa persona, mediante una medida coercitiva, para que comparezca ante el juez a efectos de la realización de los actos del procedimiento penal” (STJ de 13 de enero de 2021, en el asunto C-414/20 PPU, MM (ECLI:EU:C:2021:4), apart. 53).

la adopción del auto de procesamiento, como en el segundo nivel, en la emisión de la «euro-orden».

En cualquier caso, en nuestra opinión, el Tribunal Supremo español pudo hacer más para evitar esta situación. La Fiscalía General de Bruselas solicitó hasta en dos ocasiones al Tribunal Supremo español información complementaria con la finalidad de clarificar este asunto, esperando que el juez instructor del Tribunal Supremo rectificase⁵¹. Las respuestas remitidas por el Tribunal Supremo el 27 de marzo de 2018 a través del miembro nacional español de Eurojust y mediante carta el 17 de abril de 2018, no resultaron satisfactorias para la Fiscalía General de Bruselas⁵². El Tribunal Supremo pudo subsanar esta situación emitiendo una nueva orden nacional de detención sobre la que fundamentar una nueva «euro-orden» que neutralizase las dudas de las autoridades belgas. Es cierto que ello implicaba una pérdida de tiempo, pero subsanado este defecto de forma hubiese obligado a las autoridades belgas a entrar en el fondo del asunto, es decir, en examinar las posibles causas de oposición a la entrega. Cuando se solicita colaboración a las autoridades judiciales de otro Estado, que además muestran —y han mostrado en el pasado— una cierta desconfianza y reticencia a colaborar con las españolas, la obcecación del juez de instrucción del Tribunal Supremo en insistir en mantener al auto de procesamiento como instrumento subyacente a la «euro-orden» no parece lo más oportuno, pues dio un argumento a las autoridades belgas para evitar entrar en el fondo de un asunto que les incomodaba.

2.2. Control de doble incriminación

El principio de doble incriminación constituye una de las cuestiones clásicas del Derecho extradicional. La aplicación del mismo supone que “el Estado requiriente sólo puede reclamar con éxito la entrega de un presunto delincuente cuando en el sistema del Estado requerido las conductas presuntamente delictivas imputadas al extraditatus sean también constitutivas de delito, con una cierta gravedad”⁵³. Se trata de un principio estrechamente unido a la percepción tradicional de la soberanía que mantienen los Estados en tanto en cuanto entraña

51 Gonzalo BOYE, asesor jurídico del Sr. Puigdemont, hace alusión al malestar del fiscal belga “por la actitud de España, que a pesar de sus esfuerzos no reaccionaba para darle lo que estaba pidiendo: un sustento legal claro para esa OEDE” (BOYE, G., ... *Y ahí lo dejo. Crónica de un proceso*, Barcelona, Rocaeditorial, 2019, p. 112). Afirmación que, aunque hay que tomar con todas las cautelas, puede ser certera dado que las resistencias a colaborar con las autoridades españolas que se han producido puntualmente en el pasado no suelen proceder de la fiscalía sino de los jueces y tribunales belgas.

52 Al respecto *vid.* Requerimientos del Fiscal General de Bruselas de 26 de abril de 2018.

53 PUENTE EGIDO, J., “La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2000, nº 15, p. 215

“una reserva nacional del poder de definición de las conductas por las que merecen ser sancionados los propios nacionales”⁵⁴.

2.2.1. *El principio de doble incriminación en la «euro-orden»*

La Decisión marco regula este principio de doble incriminación a través de una técnica que, tal y como señala DE MIGUEL ZARAGOZA, es una mezcla del sistema de lista y del sistema de identidad normativa⁵⁵.

En concreto, el apartado segundo del artículo 2 procede a eliminar el control de doble incriminación para aquellos hechos que revistan una especial gravedad, que vendrá determinada por la concurrencia de un doble criterio cualitativo y cuantitativo. De este modo se procede a eliminar dicho control de doble incriminación para aquellos delitos que figuren en la lista que establece dicho artículo⁵⁶,

54 IRURZUN MONTORO, F., “Últimos avances y propuestas de la Unión Europea en la cooperación judicial penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 2002, nº 10, p. 125. Así, “el fundamento de este principio se encuentra no sólo en la consideración de la extradición como un acto de soberanía, sino en la existencia de distintas realidades sociales en los Estados, de las que se derivan diferentes valores y necesidades de defensa social y de tipificación penal” (LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.^a, “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea”, *Anuario de Derecho Internacional*, 2004, nº XX, p. 193). En relación con el fundamento de este principio *vid.*, entre otros, CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 88 y ss. Sobre la evolución el principio de doble incriminación *vid.* MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Doble incriminación a examen. Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, *InDret*, 2019, nº 1, pp. 9 y ss.

55 DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, *Actualidad Penal*, 2003, nº 4, p. 147. El mismo autor cita como precedente de este sistema el modelo suizo al ratificar el Convenio europeo de extradición.

56 Pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de los niños y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda; delitos de alta tecnología, en particular el delito informático; delitos contra el medio ambiente; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales; estafa, chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques; y sabotaje.

siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de, al menos, tres años. El establecimiento de este límite punitivo máximo ha generado diversas críticas en la doctrina, pues puede introducir un cierto grado de desigualdad entre los Estados, ya que se trata de un plus importante para aquellos cuya legislación penal es más represiva y que, por lo tanto, podrán emitir con mayor facilidad una orden europea⁵⁷. Precisamente, es parte de la doctrina alemana una de las más críticas al respecto, al considerar que “lleva a la acumulación del umbral más bajo de ataque con las menores cautelas posibles y el Derecho penal material más extensivo, por lo que, en general, conduce a la vigencia en toda Europa del ordenamiento del Estado miembro más punitivo; es decir se va hacia la expansión permanente y a hurtadillas del Derecho penal en Europa”⁵⁸. Así, los ordenamientos más punitivos serán, en principio, quienes soliciten las órdenes europeas, de tal manera que su tendencia punitivista no se detendrá en sus fronteras nacionales, sino que actuará en todo el territorio europeo⁵⁹. Esta lista se formó básicamente a partir del artículo 29 del TUE (en su versión anterior a la reforma de Lisboa), el artículo 2 y Anexo del Convenio Europol y otros delitos sobre los que ya existía un previo consenso convencional⁶⁰.

Además, se trata de categorías de delitos en algunas ocasiones difíciles de concretar en tipicidades específicas de las legislaciones internas de los diferentes

-
- 57 Vid., entre otros, FONSECA MORILLO, F.J., “La orden de detención y entrega europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, nº 14, p. 88; CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la “euro orden” de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 2003, p. 97; y ARANGÜENA FANELO, C., “La orden europea de detención y entrega. Análisis de las leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «euroorden»”, *Revista de Derecho Penal*, 2003, nº 10, p. 30.
- 58 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *La Ley*, 2004, nº 6069, p. 3, *apud* SCHÜNEMANN, “Fortschritte und Fehlschritte in der Strafrechtspflege der EU”, *Goldamers Archiv*, 2004, p. 204.
- 59 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *op. cit.*, p. 3, *apud* SCHÜNEMANN, “Europäischer Hafnbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, p. 187.
- 60 Vid. IRURZUN MONTORO, F., “La Orden Europea de Detención y Entrega”, *Noticias de la Unión Europea*, 2003, nº 225, p. 44. En la elaboración de esta lista del artículo 2.2 de la Decisión marco tuvo una gran influencia el Convenio de Europol, como queda patente en el hecho, de que de los 32 delitos que abarca la misma los 28 primeros figurasen ya en el mencionado Convenio de Europol y los otros 4 fueran incluidos sobre la base de su aceptación común e indiscutida por los 15 Estados miembros (FONSECA MORILLO, F.J., “La orden de detención y entrega europea”, *op. cit.*, p. 73).

Estados miembros. Será la autoridad judicial de emisión la encargada de superar esta dificultad teniendo, en su caso, que subsumir los hechos delictivos en una de estas categorías. De esta forma, se opta por conceder a la autoridad judicial que emite la orden un cierto margen de apreciación, fundado en la confianza que se deposita en esas autoridades⁶¹. Ciertamente, los propios hechos relacionados en la lista se encuentran definidos sin demasiada concreción, tratándose, en ocasiones, de materias que pueden tener valoraciones muy diversas en los distintos Estados miembros, principalmente respecto de los delitos no armonizados. Esta ambigüedad en las denominaciones ha generado dudas desde el punto de vista del principio de legalidad extradicional⁶².

Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha aclarado estas dudas respecto del cumplimiento del principio de legalidad penal al señalar de forma clara y contundente que el artículo 2.2 de la Decisión marco, en la medida en que suprime el control de la doble incriminación de las infracciones penales mencionadas en dicha disposición, no es inválido por violar el principio de legalidad de los delitos y las penas. Entiende el Tribunal que la Decisión marco no tiene por objeto armonizar las infracciones penales que recoge el artículo 2.2 en cuanto a sus elementos constitutivos o las penas correspondientes, sino que sigue siendo competencia del Derecho del Estado miembro emisor, el cual (y así lo dispone, por lo demás, el artículo 1.3 de la Decisión marco) debe respetar los derechos y principios jurídicos fundamentales consagrados en el anterior artículo 6 del TUE (recogidos ahora en los artículos 2 y 6 del TUE) y, por ende, el principio de legalidad de los delitos y las penas⁶³. Así, aún en el caso

61 IRURZUN MONTORO, F., "La Orden Europea de Detención y Entrega", *op. cit.*, p. 44.

62 Al respecto *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo", *op. cit.*, p. 3; LÓPEZ ORTEGA, J.J., "La orden de detención europea: legalidad y jurisdicción de la entrega", *Jueces para la democracia*, 2002, nº 45, p. 32 y "Apéndice. El futuro de la extradición en Europa", en la obra, CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 332; y MANACORDA, S., "L'exception à la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen et le principe de légalité", *Cahiers de Droit Européen*, 2007, nº 1-2, pp. 149 a 177.

63 Señala el Abogado General en su escrito de conclusiones que "el principio de legalidad interviene en el derecho penal sustantivo como un mandato dirigido al legislador, en el momento de describir los delitos y las penas, y al juez, cuando los analiza y aplica en un proceso criminal. En otras palabras, se proyecta al ejercitar el *ius puniendi* del Estado o al ejecutar decisiones con verdadero sentido sancionador, por lo que difícilmente la Decisión marco puede quebrantarlo, ya que no instaura ningún castigo, ni siquiera pretende armonizar los sistemas penales de los Estados miembros, limitándose a estructurar un mecanismo de auxilio entre jueces de distintos países en un proceso, para determinar a quién se imputa la perpetración de un delito o para cumplir una condena. Ese instrumento de cooperación se supedita a algunas condiciones, pues las penas o las medidas imponibles han de revestir cierta entidad, pudiéndose exigir, además, su tipificación en el Estado del juez que presta su concurso, salvo en los delitos contemplados en el artí-

de que al desarrollar en su derecho interno la Decisión marco los Estados miembros retomen literalmente la enumeración de las categorías de infracciones penales que figuran en el artículo 2.2 de la misma, la propia definición de estas infracciones y las penas aplicables serían las establecidas en el Derecho del Estado miembro emisor, que en virtud del artículo 2 del TUE, debe respetar, entre otros, el principio de legalidad de los delitos y las penas⁶⁴. Esta posición no ha estado exenta de críticas. Así,

culo 2, apartado 2, «tal como se definen en el derecho del Estado miembro emisor». Así pues, la certeza que requiere este principio ha de reclamarse al derecho penal sustantivo de ese Estado emisor y, por ende, a su legislador y a su juez, para iniciar el proceso penal y resolverlo, si corresponde, con una condena. Es evidente que una euro-orden correctamente cursada se funda en hechos legalmente considerados como delito en ese Estado. El ordenamiento penal del país de ejecución del mandamiento sólo ha de prestar la colaboración interesada y, si la normativa de transposición de la Decisión marco así lo prevé, supeditar la entrega a que los comportamientos también se reprochen criminalmente en su propia legislación, con la excepción del reiterado artículo 2, apartado 2, supuesto en el que el respeto del principio de legalidad le atañe igualmente” (Conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, presentadas el 12 de septiembre de 2006, en el asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* (ECLI:EU:C:2006:552), apartados 103 y s.).

- 64 STJUE, de 3 de mayo de 2007, en el asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* (ECLI:EU:C:2007:261), apartados 48 y ss. Para el estudio de esta Sentencia y respecto de la compatibilidad de la supresión del control de la doble incriminación con los derechos y principios fundamentales *vid.* ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “TJCE – Sentencia de 03.05.2007, *Advocaten voor de Wereld* VZW y Leden van de Ministerraad – C-303/05 – cooperación policial y judicial en materia penal – orden de detención europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, nº 28, pp. 968 y ss.; CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, nº 14, pp. 2 y s.; CORTÉS MARTÍN, J.M., “La Decisión marco relativa a la orden de detención europea y su cuestionada validez ante el TJCE: comentario a la STJCE de 3 de mayo 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2008, nº 15, pp. 20 y ss.; DRAETTA, U., “Il mandato d’arresto europeo al vaglio della Corte di Giustizia”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 2007, nº 4, pp. 1002 y ss.; KAUFF-GAZIN, F., “Validité de la décision-cadre relative au mandat d’arrêt européen”, *Europe*, 2007, nº 7, pp. 17 y s.; KÜHN, W.M., “Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2007, nº 12, pp. 14 y ss. y 33 y ss.; MAPELLI MARCHENA, C., IRURZUN MONTORO, F., “La orden europea de detención y entrega a la luz del Tratado de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2007 en el asunto *Advocaten voor de Wereld* VZW, as. C-303/05”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2007, nº 24, pp. 591 y ss.; NIETO MARTÍN, A., “Principio de legalidad, ne bis in idem y proceso justo en el Derecho penal europeo (Comentario a la última jurisprudencia del TJCE en materia penal, Mayo-Septiembre 2007)”, *Revista General de Derecho Penal*, 2007, nº 8, pp. 3 y ss.; SALVATELLI, P., “La lunga e difficile gestazione della Corte di Giustizia sul mandato di arresto europeo”, *Quaderni costituzionali*, 2007, nº 3, pp. 666 a 670; SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La euro-orden, el principio de

en opinión de ZAJAC, la referencia debe estar en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho Internacional, dado que “only in this way can we provide stable and universal content of Article 2 (2) of the FD EAW”⁶⁵.

Esta supresión parcial del principio de doble incriminación que establece el artículo 2.2 de la Decisión marco es completada con la previsión en los artículos 2.4 y 4.1 de la misma norma de una causa facultativa de oposición a la entrega para el resto de supuestos. Es decir, respecto del resto de delitos no comprendidos en la citada lista del artículo 2.2 de la Decisión marco y los que aun estando incluidos en la misma no alcanzan el umbral mínimo de pena de tres años en el Estado miembro emisor, se prevé que la entrega pueda supeditarse al cumplimiento del principio de doble incriminación⁶⁶. Tanto en el caso de España como en el de Alemania, el legislador interno ha trasladado este margen de discrecionalidad a las autoridades judiciales de ejecución al mantener en la legislación interna de trasposición el carácter facultativo de la denegación de la entrega en tales circunstancias, sin establecer criterio alguno en que deba fundamentar tal decisión la autoridad de ejecución ⁶⁷.

doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, nº 14, pp. 21 y ss.; y SANFRUTOS CANO, E, “Coopération policière et judiciaire en matière pénale «Advocateen voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad «Mandat d’arrêt européen»”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2007, nº 2, pp. 477 y ss.

65 ZAJAC, D., “The European Arrest Warrant in Designer Drugs Cases. With or Without Verification of Double Criminality?”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2021, mayo, publicado online, <https://doi.org/10.1007/s10610-021-09487-2>, p. 9.

66 De esta forma, como se puede observar, en la Decisión marco no desaparece totalmente la doble incriminación sino que, tal y como se ha señalado, se instaura un doble sistema. Por un lado, se encuentran los delitos que se insertan en la mencionada «lista positiva», siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, para los que no se exige la doble incriminación. Por otro, para el resto de supuestos se deja a la legislación de desarrollo de los diferentes Estados miembros la concreción de su exigibilidad. Esta diferencia entre supuestos para los que se elimina de forma imperativa el requisito de la doble incriminación y supuestos en los que simplemente se tolera no afecta, en opinión del Tribunal de Justicia, a los principios de igualdad y no discriminación, ya que, por un lado, en relación a la elección de las 32 categorías de infracciones enumeradas en el artículo 2.2 de la Decisión marco, dicha distinción está, en cualquier caso, justificada objetivamente y, por otro lado, en relación a la imprecisión en la definición de dichas categorías de infracciones, que podría dar lugar a divergencias en la ejecución de la Decisión marco en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, señala que el objeto de la Decisión marco no es la armonización del derecho penal sustantivo de los Estados miembros (STJUE, de 3 de mayo de 2007, en el asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* (ECLI:EU:C:2007:261), apartados 55 y ss.).

67 Respecto de España *vid.* apartados 1 y 4 del artículo 20 y artículos 32.2 y 47 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

En cuanto al alcance del control de doble incriminación que debe realizar, cuando corresponda, la autoridad judicial de ejecución, el artículo 2.4 de la Decisión marco únicamente señala que dicha apreciación se debe limitar a comprobar que los hechos en que se basa la emisión de la «euro-orden» “sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”. El Tribunal de Justicia, si bien por el momento no ha tenido la oportunidad de interpretar el artículo 2.4 de la Decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega, aporta algo de luz al respecto —aunque insuficiente como se verá— en el asunto *Grudza*, en el que procede a la interpretación del artículo 7.3 de la Decisión marco 2008/909/JAI relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias en las que se imponen penas privativas de libertad⁶⁸, cuyo tenor literal es similar al del señalado artículo 2.4⁶⁹. En este asunto el Tribunal de Justicia señala que no es necesario que se trate de delitos idénticos en ambos Estados, de emisión y de ejecución, sino que es suficiente con que los hechos en que se base la solicitud de detención y entrega estuviesen “sujetos, en cuanto tales, a una sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio”⁷⁰. En concreto, señala el Tribunal, que de los términos “sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la calificación” del delito en el Estado de ejecución contenidos en el artículo 7.3 de la Decisión marco 2008/909/JAI se deduce “que no se requiere una correspondencia exacta ni entre los elementos constitutivos de la infracción, según su calificación respectiva en el Derecho del Estado de emisión y del Estado de ejecución, ni en la denominación o la clasificación de la referida infracción según los Derechos nacionales respectivos”⁷¹. Además, el Tribunal de

68 Decisión marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO 2008, L 327, p. 27).

69 “Con respecto a las infracciones no contempladas en el apartado 1, el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena a la condición de que la sentencia se refiera a hechos que constituyan infracción en virtud del Derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la calificación de la misma” (art. 7.3 de la Decisión marco 2008/909/JAI).

70 STJ de 11 de enero de 2017, en el asunto C-289/15, *Grundza* (ECLI:EU:C:2017:4), apartados 34 y ss. Concreta el Tribunal de Justicia que “a la hora de apreciar dicha doble tipificación, lo que la autoridad competente del Estado de ejecución debe comprobar no es si ha resultado lesionado el interés protegido por el Estado de emisión, sino que debe tratar de determinar si, en el supuesto de que la infracción en cuestión se hubiera cometido en el territorio del Estado miembro al que pertenece aquella autoridad, se habría considerado que un interés semejante, protegido por el Derecho nacional de ese Estado, ha resultado lesionado” (apartado 49).

71 Apartado 35. “De este modo, según lo dispuesto en el propio artículo 7, apartado 3, de la Decisión Marco 2008/909, el criterio pertinente a efectos de la apreciación de la doble

Justicia recuerda que, como es jurisprudencia reiterada, al tratarse de una excepción a la regla general de ejecutar toda orden de detención europea sobre la base del principio del reconocimiento mutuo, se ha de realizar una interpretación restrictiva al objeto de limitar los casos en que no procederá la ejecución⁷².

2.2.2. Decisión del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein

Tal y como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo emitió una nueva «euro-orden» el 23 de marzo de 2018, en un momento en que el Sr. Puigdemont se encontraba en Finlandia. Asesorado por su equipo jurídico, decide retornar a Bélgica lo antes posible, ya que es allí donde entiende que dispone de una mejor estructura de defensa. Al tener conocimiento de que el Sr. Puigdemont accedía al territorio alemán por carretera, las autoridades españolas solicitaron a las alemanas su detención, que se produjo a pocos kilómetros de la frontera con Dinamarca⁷³. La petición de detención en territorio alemán se produjo porque las autoridades españolas consideraban que era más probable que la solicitud de detención y entrega fuese finalmente ejecutada en Alemania, principalmente por dos razones: por un lado, la habitual buena colaboración entre las autoridades judiciales alemanas y españolas, y, por otro, y lo que es más importante, que el artículo 81 del Código Penal alemán regula el delito de alta traición, que guarda cierta similitud en sus términos con el delito de rebelión del artículo 472 del Código Penal español, lo que debía facilitar superar el obligado examen de doble incriminación que debía realizar la autoridad judicial de ejecución alemana.

Una vez que el Sr. Puigdemont es detenido por las autoridades policiales alemanas el 25 de marzo de 2018, la autoridad judicial alemana competente, el Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, inicia el procedimiento de ejecución de la «euro-orden», tiempo durante el cual el Sr. Puigdemont no fue objeto de una medida cautelar privativa de libertad⁷⁴, lo que le permitió fijar

tipificación reside en la correspondencia entre, por una parte, los hechos que dan lugar a la infracción, tal como fueron plasmados en la sentencia dictada en el Estado de emisión, y, por otra parte, la definición de la infracción que ofrece el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución” (apartado 37).

72 Apartado 46.

73 Sobre la planificación del viaje de retorno a Bruselas *vid.* BOYE, G., ... *Y ahí lo dejo. Crónica de un proceso*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

74 El Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein estableció como medidas cautelares la prohibición de abandonar el territorio alemán, de notificar cualquier cambio de lugar de residencia, de constituir caución por una cuantía de 75.000 euros y de personarse en comisaría una vez por semana (Resolución de 5 de abril de 2020). Se puede consultar una traducción al español de esta Resolución en VALIÑO ARCOS, A., “A propósito de la Resolución del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el

su residencia en Berlín, si bien más tarde la volvió a trasladar a Schleswig-Holstein⁷⁵.

El Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, tras una resolución provisional de 5 de abril de 2018, en la que se decretó la puesta en libertad del Sr. Puigdemont al apreciarse un bajo riesgo de fuga, entendiéndose suficiente la fijación de otro tipo de medidas cautelares, en contra de la posición de la fiscalía, mediante resolución judicial de 12 de julio de 2018, decide definitivamente autorizar la entrega respecto del delito de malversación de caudales públicos y denegar la entrega respecto del delito de rebelión. Entiende el Tribunal Superior que respecto del delito de malversación de caudales públicos no ha de proceder a realizar el control de doble incriminación, dado que se encuentra recogido en el listado del artículo 2.2 de la Decisión marco, al quedar subsumido en el delito de corrupción⁷⁶. Sin embargo, respecto del delito de rebelión sí ha de proceder a realizar dicho control de doble incriminación al ser un delito no recogido en la señalada lista, y tras dicho examen deniega la entrega, al entender que los hechos que narra el Tribunal Supremo tanto en la solicitud de detención y entrega como en el auto de procesamiento en el que se fundamenta la misma no serían constitutivos de delito en función del Código Penal alemán⁷⁷.

En concreto, el Tribunal alemán analiza si dichos hechos encajan en el delito de «alta traición» del artículo 81 del Código Penal alemán y en el delito de «rup-

affaire «Carles Puigdemont» (traducción castellana con notas)”, *Diario La Ley*, 2018, nº 9186, pp. 1 a 16 (consultado en Smarteca).

75 El traslado de residencia de Berlín a Schleswig-Holstein se produce tras la resolución provisional del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, de 5 de abril de 2018, en la que, si bien se autoriza la entrega por el delito de malversación de caudales públicos, se deniega por rebelión. Con el regreso a Schleswig-Holstein el equipo jurídico del Sr. Puigdemont pretendía evitar que Llenera retirase la «euro-orden» existente y tramitase una nueva ante las autoridades judiciales competentes de Berlín, lo que al suponer un cambio de Land implicaba el inicio de nuevo del procedimiento (al respecto *vid.* BOYE, G., ... *Y ahí lo dejo. Crónica de un proceso*, *op. cit.*, pp. 128-129).

76 Añade el Tribunal que en todo caso la doble incriminación se cumple *de facto* ya que los hechos estarían tipificados en el artículo 266 del Código Penal alemán como delito de deslealtad (Resolución de 12 de julio de 2018, del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, Fundamento IV).

77 En contra del criterio del Fiscal General del Estado federado que considera que los hechos narrados por el Tribunal Supremo español serían penalmente punibles en el Derecho alemán, en concreto en el tipo de «alta traición» del artículo 81 del Código Penal alemán y en el de «ruptura de la paz pública» del artículo 125 del mismo Código (Resolución de 12 de julio de 2018, del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, Fundamento I. Se puede consultar una traducción al español en VALIÑO ARCOS, A., “Sobre el pronunciamiento del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont»”, *op. cit.*, pp. 1 a 28.

tura de la paz pública» del artículo 125 del mismo cuerpo legal⁷⁸. Tanto el artículo 472 del Código Penal español como los artículos 81 y 125 del Código Penal alemán exigen el uso de fuerza mediante expresiones que, si bien no son idénticas, sí pueden considerarse equivalentes. En concreto, el primero hace alusión a “los que se alzaren violenta y públicamente”⁷⁹, el segundo a quien “con violencia o amenaza de violencia”⁸⁰ y el tercero a “quien como autor o participante intervenga en actividades violentas”⁸¹. El Tribunal alemán entiende que, dado que no hay una identidad completa del mismo supuesto de hecho entre los tipos previstos en el ordenamiento jurídico español y en el alemán, debe proceder a realizar una evaluación de los hechos en que se fundamenta la «euro-orden» a la luz del derecho penal alemán, al objeto de valorar si los mismos constituirían algún tipo de delito, de haberse cometido en Alemania⁸². Como consecuencia de esta evaluación llega a la conclusión de que no se cumple el requisito de cometerse “con violencia” que exigen tanto el artículo 81 como el 125 del Código Penal alemán y que, por lo tanto, se ha de rechazar la entrega en cuanto al delito de rebelión por no cumplirse el requisito de la doble incriminación. Entiende el Tribunal que ni el Sr. Puigdemont persiguió el objetivo de la independencia de Cataluña mediante el uso de violencia, ni se puede considerar al mismo el «cabecilla intelectual» de los conatos de violencia que se vivieron durante el 1 de octubre de 2017, ni estos alcanzan el nivel cualificado de violencia que exige el Derecho alemán según la interpretación que del mismo hace el Tribunal Supremo Federal⁸³.

78 Respecto de este último delito de «ruptura de la paz pública» recogido en el artículo 125 del Código Penal alemán *vid.* JAVATO MARTÍN, A.M.^a, “La entrega de Puigdemont por el delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125 Código Penal alemán)”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, Cuenca, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, pp. 65-71.

79 “Son reos el delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: [...] 5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional” (art. 472 del Código Penal español).

80 “quien, con violencia o amenaza de violencia, actúa para menoscabar la estabilidad de la República Federal de Alemania es castigado a cadena perpetua o con pena privativa de libertad no inferior a diez años” (art. 81.1 del Código Penal alemán).

81 “Quien, como autor o participante, intervenga en actividades violentas o en amenazas de su producción contra personas o cosas perpetradas contra la seguridad pública de forma peligrosa por un grupo de personas con fuerzas concertadas o quien influya sobre un grupo de personas para fomentar su participación en tales acciones” (art. 125 del Código Penal alemán).

82 En concreto, señala el Tribunal que “se ha de pensar en el caso en su conjunto, como si el hecho hubiese acaecido en Alemania, como si el autor fuera un nacional alemán y como si en el suceso hubiesen participado instituciones alemanas” (Resolución de 5 de abril de 2018, del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein).

83 En su vertiente intencional es necesario un nivel de violencia “apto para constreñir a los poderes públicos a plegarse a las exigencias del autor” (Resolución de 12 de julio de

2.2.3. Análisis de la decisión del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein: alcance del control de doble incriminación

La cuestión clave que se plantea es el alcance que debe tener el control de doble incriminación que debe realizar la autoridad judicial de ejecución, dado que la norma no lo aclara y lo señalado por el Tribunal de Justicia en el caso *Grundza*, si bien aporta algo de luz, entendemos, tal y como ya se ha señalado, que es insuficiente. El Tribunal alemán opta por hacer un control material del cumplimiento de dicho principio de doble incriminación —control de «análoga adaptación» en los términos utilizados por el mismo— lo que le lleva a valorar los hechos que narra el Tribunal Supremo español concluyendo que de ellos no se deriva el uso de la fuerza suficientemente intenso que exige el Derecho alemán, y que en ningún caso sería imputable al Sr. Puigdemont. En contra de esta opinión, el Tribunal Supremo español considera que el Tribunal alemán debería haberse limitado a un control meramente formal o abstracto del principio de doble incriminación, sin entrar a prejuzgar unos hechos que únicamente corresponde enjuiciar a las autoridades judiciales españolas⁸⁴. La mayor parte de la doctrina española se posiciona a favor de las tesis del Tribunal Supremo español⁸⁵.

2018, del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, Fundamento IV).

84 Señala el Tribunal Supremo que “no resulta conforme con la Decisión Marco que se deniegue la tramitación de la orden de detención respecto de unos hechos principales de rebelión o sedición [...], a partir de un análisis en el que las autoridades judiciales del país de ejecución no realizan una ponderación en abstracto del pronóstico de tipicidad sospechado, sino que abordan el definitivo juicio de subsunción de los hechos en los tipos penales, y lo hacen desde una conclusión cerrada de cómo se desarrollaron los hechos o de cuáles fueron las intenciones que pudieron guiar a los partícipes. Al actuar de ese modo, el Tribunal de ejecución alemán ha adelantado un enjuiciamiento que no es coherente con la cristalización progresiva de la imputación” (ATS, de 19 de julio de 2018 (causa especial núm.: 20907/2017), Fundamento de Derecho quinto.)

85 Vid., entre otros, BACHMAIER, L., “Orden europea de detención y entrega, doble incriminación y reconocimiento mutuo a la luz del caso Puigdemont”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, Cuenca, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, pp. 29-40; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., “Las euroórdenes emitidas por el Tribunal Supremo de España”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2019, nº 26, pp. 309 y s.; HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “La respuesta ante la falta de cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de las denegaciones reiteradas en la ejecución de las ODE en el caso procés”, *op. cit.*, p. 112 y “Sobre la precaria situación e la autoridad de emisión ante la denegación reiterada de la ejecución de una ODE: reflexiones al hilo del caso procés”, en MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M.^a I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea...*, *op. cit.*, p. 458; NIETO MARTÍN, A., “Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, Cuen-

En nuestra opinión, el tribunal alemán hace una aplicación errónea del principio de doble incriminación con base en los artículos 2.4 y 4.1 de la Decisión marco relativa a la «euro-orden». Debió de tener en cuenta, por un lado, que el artículo 4.1 de la Decisión marco, que trae causa del artículo 2.4 de la misma norma, establece el control de doble incriminación como una posible causa de oposición a la entrega en determinadas condiciones, siendo jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que, como tal excepción a la regla general de entrega contenida en el artículo 1.2 de la Decisión marco, debe ser objeto de una interpretación restringida a fin de limitar los supuestos en que no procede la entrega⁸⁶. Además, debió tener en cuenta que es también jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que en la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión Europea no se ha de considerar únicamente el tenor literal de la misma, sino también su contexto y los objetivos que persigue la normativa de la que forma parte⁸⁷. Pues bien, en nuestra opinión, el tenor literal del artículo 2.4 de la Decisión marco no aclara de manera suficiente el alcance del control de doble incriminación que, en su caso, debe realizar la autoridad judicial de ejecución. En efecto, esta disposición se limita a señalar que la autoridad judicial de ejecución debe ceñirse a controlar si los hechos de que se trate son constitutivos de un delito en virtud de su propio Derecho nacional, “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”. Al respecto debemos tener en cuenta que el Tribunal de Justicia en el asunto *Grundza* ha establecido que del tenor de la expresión “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo” se deduce que no debe tratarse necesariamente de delitos idénticos en ambos Estados, sino que únicamente se ha de comprobar si los hechos en que se fundamenta la «euro-orden», tal y como son narrados por la autoridad judicial de emisión, “también estarían sujetos, en cuanto tales, a una sanción penal en el

ca, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, pp. 21-28; SÁNCHEZ BARRIOS, M.^a I., “La orden de detención europea. Apuntes sobre el caso catalán y las actuaciones del tribunal de Schleswig-Holstein”, en CARO CATALÁN, J. (coord.) y FONTESTAD PORTALÉS, L. (dir.), *La globalización del derecho procesal*, ed. tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 153-173; y VALIÑO ARCOS, A., “A propósito de la Resolución del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont» (traducción castellana con notas)”, *op. cit.*, pp. 1 a 16 (consultado en Smarteca) y “Sobre el pronunciamiento del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont»”, *op. cit.*, pp. 1 a 28.

86 Vid., entre otras, STJ de 11 de enero de 2017, en el asunto C-289/15, *Grundza* (ECLI:EU:C:2017:4), apartado 46.

87 Vid. SSTJ de 3 de marzo de 2020, en el asunto C-717/18, X (*Orden de detención europea — Doble tipificación*) (ECLI:EU:C:2020:142), apartado 21; de 25 de enero de 2017, en el asunto C-640/15, *Vilkas* (ECLI:EU:C:2017:39), apartado 30; de 11 de enero de 2017, en el asunto C-289/15, *Grundza* (ECLI:EU:C:2017:4), apartado 32; y de 16 de julio de 2015, en el asunto C-237/15 PPU, *Lanigan* (ECLI:EU:C:2015:474), apartado 35.

territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio”⁸⁸. En cuanto al contexto en el que se enmarcan las disposiciones señaladas, es decir, la Decisión marco relativa a la «euro-orden», se ha de recordar que la misma se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, que a su vez descansa en un elevado grado de confianza entre los Estados miembros⁸⁹, lo que, como ya se ha señalado, implica que el requisito de la doble incriminación debe ser objeto de una interpretación restringida al suponer una excepción a la regla general de reconocimiento y ejecución de la «euro-orden»⁹⁰. Y, por último, debe destacarse que el objetivo perseguido por la Decisión marco no es otro que «sustituir» entre los Estados miembros el sistema clásico de extradición basado en la cooperación por un sistema simplificado de entrega entre autoridades judiciales basado en la libre circulación de decisiones judiciales en materia penal en aplicación del señalado principio de reconocimiento mutuo⁹¹.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, en nuestra opinión, el Tribunal alemán no hizo una aplicación adecuada del principio de doble incriminación. Debió limitarse a comprobar que los hechos descritos por el Tribunal Supremo español, de producirse en Alemania, podían llegar a ser constitutivos de algún tipo de sanción penal de conformidad con el Derecho alemán —tal y como defendía la propia fiscalía alemana—, sin entrar a prejuzgar dichos hechos, y, en concreto, la intensidad suficiente del elemento de la violencia, mediante valoraciones anticipadas de las pruebas y en una actuación más propia de otras fases del procedimiento que, en cualquier caso, solo le correspondía al Tribunal Supremo español⁹². Ello ha llevado a

88 STJ de 11 de enero de 2017, en el asunto C-289/15, *Grundza* (ECLI:EU:C:2017:4), apartados 33 a 38. En opinión de MUÑOZ DE MORALES ROMERO, lo que es realidad, estipula el Tribunal de Justicia en el asunto *Grundza*, es “que los elementos constitutivos de la infracción son irrelevantes hasta el punto de que da igual la configuración del delito siempre y cuando los hechos narrados en la solicitud tengan cabida en un tipo penal se llama como se llame y con independencia de dónde esté ubicado” (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Juicio normativo y doble incriminación en el caso Puigdemont”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, Cuenca, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, p. 45). La autora se manifiesta en el mismo sentido en “Doble incriminación a examen. Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, *op. cit.*, p. 30.

89 Vid. considerandos 6 y 10 de la Decisión marco 2002/584/JAI.

90 Vid. STJ de 11 de enero de 2017, en el asunto C-289/15, *Grundza* (ECLI:EU:C:2017:4), apartado 46.

91 Vid. el artículo 31 y el considerando 5 de la Decisión marco 2002/584/JAI. Asimismo, vid. STJ de 3 de marzo de 2020, en el asunto C-717/18, X (*Orden de detención europea — Doble tipificación*) (ECLI:EU:C:2020:142), apartado 35.

92 En opinión de NIETO MARTÍN, “la decisión de los jueces alemanes de analizar en concreto la existencia de “violencia” en el contexto del delito de rebelión supone un error similar a analizar la imputación objetiva en el homicidio o el carácter bastante del engaño en la esta[f]a. La labor de los jueces alemanes debería haberse centrado en comprobar

parte de la doctrina a considerar que la resolución del Tribunal alemán supone una infracción del Derecho de la Unión⁹³.

En cualquier caso, es difícil de creer que, de producirse en Alemania por actores alemanes, los hechos descritos por el Tribunal Supremo español no constituyan delito alguno en el ordenamiento jurídico alemán. En opinión de VALIÑO ARCOS, el Tribunal alemán debió considerar otros tipos penales, entre los que propone la preparación de una actividad de alta traición (art. 83 del Código Penal alemán), dado que no requiere necesariamente del elemento de la violencia, o el delito de intromisión contraria a la Constitución en el ejército y en las fuerzas de seguridad del Estado (art. 89.1 del Código Penal alemán), como supuestos promotores de la inacción de la policía autonómica catalana el 1 de octubre⁹⁴, lo que en nuestra opinión es quizás un tanto forzado. Otros autores hacen alusión a otros delitos tales como el de resistencia, el de incitación pública a la participación en una reunión pública prohibida o el de coacciones⁹⁵.

Ante las incertidumbres planteadas, el Tribunal alemán debió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En efecto, por un lado, el Tribunal Superior de Schleswig-Holstein actúa en el presente caso como última instancia

que el tipo alemán y el español de rebelión son substancialmente idénticos" (NIETO MARTÍN, A., "Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo", en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, op. cit., p. 27).

- 93 En concreto del artículo 82 del TFUE. Al respecto vid. BACHMAIER, L., "Orden europea de detención y entrega, doble incriminación y reconocimiento mutuo a la luz del caso Puigdemont", en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, op. cit., pp. 38 y s.; y NIETO MARTÍN, A., "Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo", en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, op. cit., p. 28.

- 94 VALIÑO ARCOS, A., "Sobre el pronunciamiento del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont»", op. cit., pp. 20 y s. y "A propósito de la Resolución del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont» (traducción castellana con notas)", op. cit., p. 12 (consultado en Smarteca).

- 95 Vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., "Juicio normativo y doble incriminación en el caso Puigdemont", en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, op. cit., p. 55 y "Doble incriminación a examen. Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos", op. cit., p. 38. Al respecto vid. también, RUIZ YAMUZA, F.G., "CJEU case law on double criminality. The *Grundza-Piotrowski* paradox? Some notes regarding the Puigdemont case", *ERA Forum*, 2019, n° 19, p. 478 y "La doble incriminación en el sistema de la euroorden o de la necesidad de una exégesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto *Puigdemont*", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, n° 61, p. 1078.

y, por otro lado, existe una duda razonable sobre la interpretación del concepto de doble incriminación a efectos de su aplicación en el marco de la «euro-orden» (apartados 2 y 4 del artículo 2 y artículo 4.1 de la Decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega), y, en concreto, de la expresión contenida en el señalado artículo 2.4 de la Decisión marco: “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”, que se han de considerar conceptos autónomos del Derecho de la Unión Europea y que, por lo tanto, exigen una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión, labor que corresponde al Tribunal de Justicia⁹⁶. Esta duda razonable queda en evidencia por el hecho de que el Tribunal alemán adoptó su decisión en discrepancia con el criterio de la Fiscalía, que sí consideraba que se debía autorizar la entrega por el delito de rebelión. Además, el Tribunal de Justicia no se ha podido pronunciar aún sobre la interpretación que debe darse a los artículos 2.4 y 4.1 de la Decisión marco, ya que el asunto *Grundza* se desarrolló en el marco de la Decisión marco 2008/909/JAI relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias en las que se imponen penas privativas de libertad. En nuestra opinión, por todas estas razones, no puede considerarse que en este caso resulten de aplicación las denominadas doctrina de los «actos claros» y doctrina de los «actos aclarados»⁹⁷.

96 Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que “de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar” (STJ de 17 de julio de 2008, en el asunto C-66/08, *Kozłowski* (ECLI:EU:C:2008:437), apartado 42). En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, SSTJ de 24 de noviembre de 2020, en el asunto C-510/19, *Openbaar Ministerie (Faux en écritures)* (ECLI:EU:C:2020:953), apartados 40-41; de 27 de mayo de 2019, en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, *OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau)* (ECLI:EU:C:2019:456), apartados 48-49; de 27 de mayo de 2019, en el asunto C-509/18, *PF (Fiscal General de Lituania)*, apartados 27-28; de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-477/16 PPU, *Kovalkovas* (ECLI:EU:C:2016:861), apartados 32-33; de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-452/16 PPU, *Poltorak* (ECLI:EU:C:2016:858), apartados 31-32; de 18 de octubre de 2007, en el asunto C-195/06, *Österreichischer Rundfunk (ORF)* (ECLI:EU:C:2007:613), apartado 24; y de 18 de enero de 1984, en el asunto 327/82, *Ekro* (ECLI:EU:C:1984:11), apartado 11.

97 *Vid.* SSTJ de 27 de marzo de 1963, en los asuntos acumulados 28 a 30/62, *Da Costa en Schaake NV y otros/Administratie der Belastingen* (ECLI:EU:C:1963:6); y de 6 de octubre de 1982, en el asunto 283/81, *CILFIT/Ministero della Sanità* (ECLI:EU:C:1982:335). El Tribunal de Justicia ha señalado que la obligación establecida en el párrafo tercero del artículo 267 del TFUE en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno deben plantear cuestión prejudicial de interpretación, decae cuando el órgano jurisdiccional nacional considera que “la cuestión no es pertinente, es decir, en los supuestos en los que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera

2.2.4. *Lo que pudo hacer y no hizo el Tribunal Supremo español y lo que hizo, pero quizás no debió hacer*

Resulta oportuno preguntarnos si el Tribunal Supremo español pudo hacer algo más ante el rechazo de las autoridades judiciales alemanas de la entrega del Sr. Puigdemont por el delito de rebelión. En nuestra opinión, el Tribunal Supremo debió plantar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, solicitando que aclarase el alcance del control de doble incriminación que debe realizar la autoridad judicial de ejecución en aplicación de los artículos 2.4 y 4.1 de la Decisión marco 2002/584/JAI. El propio Tribunal Supremo se plantea esta opción, pero la descarta a la luz de las Conclusiones del Abogado General SZPUNAR en el *asunto* AY, en las que considera que el Tribunal de Justicia no es competente para resolver cuestiones prejudiciales planteadas por la autoridad judicial de emisión cuando estas se refieren a materias que son competencia de la autoridad de ejecución, como sería el caso de la aplicación de las causas de oposición a la entrega, dado que la respuesta del Tribunal sería meramente consultiva y carente de efecto vinculante para la autoridad de emisión, añadiendo que “la cuestión de si una autoridad que emite una ODE decide o no mantener dicha orden es y debería ser independiente de la cuestión de los eventuales motivos de denegación de su ejecución”⁹⁸.

que fuera, no podría tener incidencia alguna en la solución del litigio”, “cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo” o si el mismo efecto “puede derivar de la jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas” y cuando “la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada” siempre y cuando el órgano jurisdiccional nacional llegue “a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia” (STJ de 6 de octubre de 1982, en el asunto 283/81, *CILFIT/Ministero della Sanità* (ECLI:EU:C:1982:335), apartados 10, 13, 14 y 16). Sobre la denominada doctrina de los «actos claros» *vid.*, entre otros, BROBERG, M.P., “*Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of the times*”, *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, n° 5, pp. 1383-1397; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “La cuestión prejudicial comunitaria: negativa del juez nacional a plantearla ante el TJUR”, en MARTÍN OSTOS, J. (coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Barcelona, ed. Atelier, 2013, pp. 296 y ss.; IGLESIAS SÁNCHEZ, S. y ORÓ MARTÍNEZ, C., “La cuestión prejudicial (I). Elementos esenciales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en SIGNES DE MESA, J.I. (dir.), *Derecho Procesal Europeo*, Madrid, ed. Iustel, 2019, pp. 146 y s.; y JIMENO BULNES, M., “La cuestión prejudicial”, en PARDO IRANZO, V. (dir.), “El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea”, Cizur Menor, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 182 y ss.

98 Conclusiones del Abogado General, Sr. Maciej SZPUNAR, presentadas el 16 de mayo de 2018, en el asunto C-268/17, AY (*Mandat d’arrêt - Témoin*) (ECLI:EU:C:2018:317), apartados 24 y ss.

El 25 de julio de 2018, pocos días después de que el Tribunal Supremo, mediante Auto de 19 de julio de 2018⁹⁹, rechazase la entrega del Sr. Puigdemont en las condiciones acordadas por las autoridades alemanas y ordenase la retirada de la «euro-orden», el Tribunal de Justicia adopta sentencia en el señalado asunto AY¹⁰⁰. En la misma el Tribunal se aparta de la posición del Abogado General y admite responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por la autoridad judicial de emisión, al considerar que no puede entenderse “que las cuestiones planteadas no tengan relación alguna con la realidad o con el objeto del procedimiento que está sustanciándose ante el órgano jurisdiccional remitente ni que el problema sea hipotético”, dado que este “señala que somete el asunto al Tribunal de Justicia para adoptar, según las respuestas que se den a las cuestiones planteadas, una decisión de retirada de la ODE”¹⁰¹. Ello confirma la errada decisión del Tribunal Supremo español.

Ahora bien, se ha de reconocer que la decisión que debía adoptar no era sencilla. En primer lugar, por la brevedad del plazo en el que el Tribunal Supremo tenía que adoptar su decisión. En efecto, de conformidad con el artículo 23 de la Decisión marco, la entrega debía producirse lo antes posible, en una fecha acordada entre las autoridades alemanas y las españolas, pero no más allá de diez días desde la adopción de la resolución definitiva sobre la ejecución de la «euro-orden». Dado que el Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein resuelve definitivamente el 12 de julio de 2018, el plazo terminaba el 22 de julio. Quizás

99 ATS de 19 de julio de 2018 (causa especial núm.: 20907/2017).

100 STJ de 25 de julio de 2018, en el asunto C-268/17, AY (*Mandat d'arrêt - Témoin*) (ECLI:EU:C:2018:602). Un comentario de esta sentencia se puede consultar en BUJAS, I. y PAVELIN, T., “La importancia de la cuestión prejudicial en la construcción del principio de reconocimiento mutuo. El asunto AY”, en CORTÉS MARTÍN, J.M. y RUIZ YAMUZA, F.G. (coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, Madrid, ed. Dykinson, 2020, pp. 333-366, en especial a los efectos que ahora nos interesa las páginas 357, 358 y 362 y s.

101 STJ de 25 de julio de 2018, en el asunto C-268/17, AY (*Mandat d'arrêt - Témoin*) (ECLI:EU:C:2018:602), apartado 27. Continúa señalando el Tribunal que “en cualquier caso, no pone en entredicho la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial la circunstancia de que las cuestiones planteadas se refieran a las obligaciones de la autoridad judicial de ejecución, en un caso en el que el órgano jurisdiccional remitente es la autoridad judicial emisora de la ODE. En efecto, la emisión de una ODE tiene como consecuencia la posible detención de la persona buscada y, por tanto, afecta a la libertad individual de esta persona. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando se trata de un procedimiento relativo a una ODE, la garantía de los derechos fundamentales incumbe esencialmente al Estado miembro emisor (sentencia de 23 de enero de 2018, Piotrowski, C-367/16, EU:C:2018:27, apartado 50)” por lo que “para garantizar el respeto de estos derechos —lo que puede llevar a una autoridad judicial a decidir retirar la ODE que ha emitido—, resulta importante que dicha autoridad tenga la facultad de plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia” (apartados 28 y 29).

pudo intentar acordar una fecha de entrega posterior al 25 de julio, haciendo uso de la posibilidad que ofrece el artículo 23.3 de la Decisión marco de ampliar el plazo en un máximo de 10 días más. Ahora bien, para ello era necesario que se presentase “cualquier circunstancia ajena al control de alguno de los Estados miembros afectados” que impidiera la entrega en el plazo estipulado, y era difícil justificar que ampliar el plazo para conocer el fallo del Tribunal de Justicia en el asunto AY a efectos de que el Tribunal Supremo español valorase la interposición de una cuestión prejudicial fuera una circunstancia que impidiera materializar la entrega. Como ya hemos señalado, finalmente el fallo del Tribunal de Justicia en el asunto AY ha admitido la remisión de una cuestión prejudicial por la autoridad judicial de emisión. En segundo lugar, en la fecha de finalización del plazo señalado, la información de que disponía el Tribunal Supremo parecía indicar que no era viable plantear una cuestión prejudicial. Si bien el Tribunal Supremo conocía la fecha en la que estaba previsto que el Tribunal de Justicia emitiese sentencia en el asunto AY (25 de julio de 2018), la entrega debía de materializarse a más tardar el 22 de julio. Y, en tercer lugar, en el caso de que aceptase la entrega únicamente por el delito de malversación de caudales públicos, el Sr. Puigdemont no podía ser juzgado por el delito de rebelión, al estar protegido por el principio de especialidad (art. 27 de la Decisión marco); y en el caso de que renunciase a la entrega sin plantear una cuestión prejudicial, lo que finalmente hizo, podía regresar a Bruselas y se perdía la oportunidad de que el Tribunal de Justicia aclarase el alcance que debe tener el control de doble incriminación, problema que puede volver a plantarse en el futuro.

En nuestra opinión, la decisión de retirar la «euro-orden» emitida respecto del Sr. Puigdemont, que fue acompañada de la retirada de las emitidas respecto del resto de encausados huidos, ha resultado muy desacertada. Por un lado, puede transmitir una cierta actitud de *forum shopping* por parte de las autoridades españolas, que, recordemos, ya habían procedido con anterioridad a una primera retirada de las «euro-órdenes» emitidas contra los mismos encausados el 3 de noviembre de 2017. Por otro lado, tal y como señala RUIZ YAMUZA ello habría “un escenario realmente inquietante”¹⁰² tal y como con el paso del tiempo ha quedado en evidencia.

Lo más acertado habría sido que el Tribunal Supremo español hubiese aceptado la entrega del Sr. Puigdemont por el delito de malversación de caudales públicos, y posteriormente, plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de

102 RUIZ YAMUZA, F.G., “La doble incriminación en el sistema de la euroorden o de la necesidad de una exégesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto *Puigdemont*”, *op. cit.*, p. 1083. En el mismo sentido en “CJEU case law on double criminality. The *Grundza-Piotrowski* paradox? Some notes regarding the *Puigdemont* case”, *op. cit.*, p. 482.

Justicia sobre la correcta interpretación de los artículos 2.4 y 4.1 de la Decisión marco. En caso de que el Tribunal de Justicia decidiese que el Tribunal alemán había realizado una aplicación incorrecta de los artículos 2.4 y 4.1 de la Decisión marco, el Tribunal Supremo español podría solicitar a las autoridades alemanas su consentimiento para juzgarlo por el delito de rebelión según lo establecido en la letra g) del apartado 3 y en el apartado 4 del artículo 27 de la Decisión marco. Es cierto que, en estos momentos y a la vista de lo acontecido con posterioridad, el análisis es más sencillo, pero el Tribunal Supremo debió de tener en cuenta que, aunque son más las ocasiones en las que el Tribunal de Justicia sigue los razonamientos del Abogado General en sus conclusiones que los casos en los que se aparta de ellas, en este caso el propio Abogado General reconoció que se trataba de una situación que nunca antes se había presentado¹⁰³. Además, también debió considerar que es reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las cuestiones prejudiciales de interpretación disfrutan de una presunción de pertinencia, correspondiendo exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente valorar su necesidad y pertinencia, que el Tribunal de Justicia únicamente podrá rechazar “cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas”¹⁰⁴. De haberse planteado la cuestión prejudicial en los términos señalados tendríamos ya de una respuesta del Tribunal de Justicia delimitando la correcta aplicación del principio de doble incriminación, cuestión que a buen seguro se presentará en el futuro en los procedimientos de ejecución de las «euro-órdenes» pendientes en Bélgica.

Además, consideramos que hay un error de inicio en el empecinamiento del Tribunal Supremo en instruir el denominado *caso procés* y emitir las correspondientes «euro-órdenes» por el delito de rebelión en lugar de por el delito de sedición. Recordemos que ya desde el inicio de la instrucción fue muy discutido y cuestionado que se tratara de un alzamiento violento, elemento nuclear del delito de rebelión¹⁰⁵, lo que hacía obligado remitirse al delito de sedición, que

103 Conclusiones del Abogado General, Sr. Maciej SZPUNAR, presentadas el 16 de mayo de 2018, en el asunto C-268/17, AY (*Mandat d'arrêt - Témoin*) (ECLI:EU:C:2018:317), apartado 28.

104 SSTJ de 25 de julio de 2018, en el asunto C-268/17, AY (*Mandat d'arrêt - Témoin*) (ECLI:EU:C:2018:602), apartado 25; y de 12 de octubre de 2017, en el asunto C-278/16, *Sleutjes* (ECLI:EU:C:2017:757), apartado 22, entre otras muchas.

105 “Son reos del delito de rebelión los que se alzan violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: [...] 5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional [...]” (art. 472 del Código Penal).

no requiere el uso de la violencia¹⁰⁶, que es, precisamente, lo que finalmente determinó el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2997). Probablemente una «euro orden» fundamentada en el delito de sedición habría superado el control de doble incriminación.

Por último, también consideramos que se pudo cumplimentar mejor el formulario mismo de la «euro-orden» remitida a las autoridades alemanas. El propio Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein llega a calificar de “absolutamente atípica” la «euro-orden» remitida por el Tribunal Supremo español, dado que en el apartado e) del formulario en el que se requiere que se indique la naturaleza y la tipificación jurídica del delito en que se fundamenta la «euro orden», en particular con respecto al artículo 2 de la misma, así como una descripción de las circunstancias en que se cometió el mismo¹⁰⁷, se incluye una descripción de 17 páginas que se remonta a 2015 sobre el denominado *procés*, a lo que se añadió abundante información complementaria, lo que resultaba fuera de lo común en este tipo de procedimientos¹⁰⁸. Por esta razón algunos autores consideran que las autoridades españolas transmitían sobre la cuestión una apariencia de dimensión política más que de meramente judicial¹⁰⁹. Si bien es cierto que en los casos más complejos, y en particular cuando resulte aplicable el principio de doble incriminación, se ha de realizar una descripción más larga y precisa, esta se debe limitar a los aspectos principales de los hechos relativos a la persona cuya entrega se solicita¹¹⁰. El Tribunal Supremo debió ser más preciso en la descripción factual, limitándose a los hechos imputados al Sr. Puigdemont para evitar generar confusión y desconfianza en las autoridades judiciales alemanas.

2.2.5. ¿Es oportuna una reforma del principio de doble incriminación en el marco de la «euro-orden»?

La denegación de entrega del Sr. Puigdemont por parte de las autoridades alemanas en relación con el delito de rebelión, por entender que no se cumplía el

106 “Son reos del delito de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales” (art. 544 del Código Penal).

107 Ello en aplicación de las letras d) y e) del apartado primero del artículo 8 de la Decisión marco.

108 Vid. Resolución del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, de 12 de julio de 2018, fundamento II.

109 KÖNIG, J., MEICHELBEEK, P. y PUCHTA, M., “The Curious Case of Carles Puigdemont – The European Arrest Warrant as an Inadequate Means with Regard to Political Offenses”, *op. cit.*, p. 273.

110 Vid. el anexo III del Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas (Comunicación de la Comisión 2017/C 335/01).

criterio de la doble incriminación, además de abrir un interesante debate doctrinal sobre la aplicación de esta causa de oposición a la entrega, generó también un cierto debate político en determinados grupos en el Parlamento Europeo alentado por parlamentarios españoles sobre la necesidad de modificar la Decisión marco, con el objeto de ampliar el listado de su artículo 2.2. de delitos excluidos del control de doble incriminación.

Si bien por el momento no se ha planteado una propuesta formal dirigida a la modificación del señalado artículo 2.2 de la Decisión marco ni por parte de la Comisión ni por parte de los Estados miembros, el Parlamento Europeo ha manifestado la conveniencia de reevaluar dicho listado del artículo 2.2 de la Decisión marco en el que se recogen los 32 delitos excluidos del control de doble incriminación para “probablemente ampliarse”. Uno de los delitos que señala expresamente el Parlamento Europeo es precisamente el de “delitos contra la integridad constitucional de los Estados miembros cometidos mediante el uso de la violencia”¹¹¹. Pero compartimos con HERNÁNDEZ LÓPEZ que la clave de la cuestión no es ampliar el catálogo de 32 delitos previsto en el artículo 2.2 de la Decisión marco, sino en emprender una labor de armonización de los mismos exprimiendo las posibilidades que ofrece el artículo 83 del TFUE¹¹².

111 En concreto, por un lado, pide a la Comisión que realice “una evaluación formal y sustantiva de la coherencia de la lista de 32 categorías de delitos que no requieren la comprobación de la doble tipificación, usando criterios como la gravedad del delito, su dimensión transnacional o el impacto negativo en los valores fundamentales de la Unión; [...] pide a la Comisión que evalúe exhaustivamente los problemas de elaborar, en la medida de lo posible, una lista homogénea de categorías de delitos en función de intereses protegidos por la ley y delitos concretos; recomienda, además, incluir un anexo con definiciones para cada elemento de la lista a fin de facilitar su interpretación. Y, por otro lado, “destaca la importancia de evaluar la inclusión de nuevos delitos o categorías de delitos, como delitos medioambientales (por ejemplo, los delitos por contaminación procedente de buques), determinadas formas de evasión fiscal, delitos de odio, abusos sexuales, violencia de género, delitos cometidos a través de medios digitales, como la usurpación de identidad, delitos que implican el uso de la violencia o una amenaza grave contra el orden público de los Estados miembros y delitos contra la integridad constitucional de los Estados miembros cometidos mediante el uso de la violencia, delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en el marco de un mayor compromiso de los Estados miembros con la cooperación judicial, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales” (Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre la aplicación de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros (219/2207(INI)), P9_(2021)0006, (2021/C 456/01), párrafos 13 y 14).

112 HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “La respuesta ante la falta de cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de las denegaciones reiteradas en la ejecución de las ODE en el caso procés”, *op. cit.*, pp. 133 y s.

En cualquier caso, en nuestra opinión, cuando se den las circunstancias adecuadas, de *lege ferenda* sería deseable que se elimine el control de doble incriminación para toda conducta delictiva que merezca un mínimo reproche penal, a partir de un umbral mínimo de pena. Ello sería la consecuencia lógica de la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el marco de una confianza recíproca suficiente¹¹³. Además, este sistema sería más respetuoso con la tradición jurídico-penal y la idiosincrasia de cada Estado miembro, ya que permitiría a un Estado miembro solicitar la ejecución de una «euro-orden» por aquellos comportamientos tipificados con cierta gravedad en su propia tradición jurídico-penal, con independencia de su consideración en el resto de Estados miembros.

Es cierto que ello no estaría exento de problemas ya que, por ejemplo, se podría argumentar que beneficia a los Estados miembros con sistemas penales más represivos, ya que podrían solicitar la ejecución de una orden europea con mayor facilidad. Quizás sea así, pero es difícil establecer hasta qué punto puede considerarse un problema ya que, por un lado, entre los Estados de la Unión Europea no existen diferencias alarmantes en cuanto a la intensidad represiva de sus ordenamientos jurídicos y, por otro, es consecuencia de la propia tradición jurídico-penal e idiosincrasia de cada Estado, que debe ser respetada.

Por ello, consideramos que una supresión del control de doble incriminación como la que proponemos debe ir acompañada, como elemento corrector, de un sistema de «listas negativas» que podría elaborar cada Estado miembro con las conductas sobre las que *a priori* denegará la entrega por considerar que las mismas resultan contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de ese Estado miembro. Se trataría, en definitiva, de recuperar la propuesta inicial de la Comisión¹¹⁴. Esta lista únicamente podría incluir aquellos comportamientos no incriminados en el Estado miembro que elabora la lista, pero sí en otros Estados miembros. De esta forma se evitaría que un Estado miembro se pueda encontrar en la obligación de ejecutar una orden europea por una serie determinada de comportamientos que, fruto del debate democrático, han sido despenalizados en su ordenamiento, como es el caso, por ejemplo, de la eutanasia, la interrupción del embarazo o el consumo de estupefacientes¹¹⁵.

113 Tal y como señala la Comisión, “mediante este principio, cada Estado miembro no sólo reconoce toda la legislación penal de los demás Estados miembros, sino que también acepta ayudar a éstos a hacerla respetar” (Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, COM/2001/0522 final - CNS 2001/0215, DO n° 332 E, de 27/11/2001, pp. 0305 – 0319).

114 Vid. artículo 27 en relación con artículo 2 de la Propuesta de la Comisión (Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, COM/2001/0522 final - CNS 2001/0215, DO n° 332 E, de 27/11/2001, pp. 0305 – 0319).

115 Para evitar un uso oportunista de estas excepciones y garantizar su conocimiento por el resto de Estados, al igual que se establecía en la Propuesta de la Comisión, sería deseable

2.3. Inmunidad parlamentaria

En las elecciones al Parlamento Europeo celebradas en España el 26 de mayo de 2019 los Srs. Puigdemont, Comín y Junqueras fueron elegidos miembros del Parlamento Europeo. Ello suponía un nuevo reto en la estrategia del Tribunal Supremo para conseguir la entrega de los Srs. Puigdemont y Comín, que se encontraban en ese momento en Bélgica, dado que como consecuencia de ello entraba en juego el artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, en el que se regula la inmunidad de jurisdicción penal de los miembros del Parlamento Europeo¹¹⁶.

La Junta Electoral Central procedió, el 13 de junio de 2019, a la proclamación de candidatos electos, señalando para el 17 de junio de 2019 la sesión en la que los candidatos electos debían prestar juramento o promesa de acatamiento de la Constitución española en el Palacio del Congreso de los Diputados, de conformidad con lo establecido por el artículo 224.2 de la LOREG¹¹⁷. A partir de este momento se inician diferentes acciones legales por parte de los tres candidatos electos encausados en el caso *Procés*.

Por un lado, en el caso de Junqueras, que se encontraba en España en situación de prisión provisional, se inicia un procedimiento con la finalidad de obtener un permiso penitenciario que le permitiese acudir a la señalada sesión de la Junta Electoral Central, prevista para el 17 de junio de 2019, para poder prestar juramento o promesa de acatamiento de la Constitución y, posteriormente, poder acudir al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión. A tal objeto, Junqueras solicitó el 4 de junio de 2019 un permiso extraordinario de salida del centro penitenciario para comparecer, bajo vigilancia policial, ante la Junta Electoral Central. El Tribunal Supremo, mediante Auto nº 6442/2019, de 14 de junio¹¹⁸, denegó dicha solicitud. Junqueras interpuso frente a este auto un recurso de súplica en el que invocaba la inmunidad parlamentaria del artículo

exigir como requisito para su invocación la publicación en el DOUE de la lista y cualquier modificación de la misma, con al menos tres meses de antelación.

116 “Mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán: a) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país; b) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial. Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de este. No podrá invocarse la inmunidad en caso de flagrante delito ni podrá esta obstruir el ejercicio por el Parlamento Europeo de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros”.

117 Acuerdo de 13 de junio de 2019, de la Junta Electoral Central, por el que se procede a la proclamación de Diputados electos al Parlamento Europeo en las elecciones celebradas el 26 de mayo de 2019 (BOE núm. 142, de 14 de junio de 2019, pp. 62477 a 62478).

118 ECLI:ES:TS:2019:6442A.

9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión. En el marco de este recurso de súplica, el 1 de julio de 2019 el Tribunal Supremo, mediante Auto nº 7605/2019¹¹⁹, decidió suspender el procedimiento en este recurso de súplica y plantear una serie de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia en interpretación del señalado artículo 9, que fueron resueltas por este mediante sentencia de 19 de diciembre de 2019 en el asunto *Junqueras Vies*¹²⁰. Tras ello, y en atención a la respuesta dada por el Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo adoptó el 9 de enero de 2020 dos autos. Por un lado, el ATS nº 1/2020¹²¹ en el que resuelve el recurso de súplica, reconociendo que Junqueras adquirió el estatuto derivado de la condición de diputado el 13 de junio de 2019, y que procedía el mantenimiento de la prisión preventiva con los condicionantes derivados del pronunciamiento del Tribunal de Justicia. Y, por otro lado, el ATS nº 2/2020¹²², en respuesta al pronunciamiento del Tribunal de Justicia respecto de las cuestiones prejudiciales, en el que acuerda que no procedía autorizar el desplazamiento de Junqueras a al Parlamento Europeo, ni acordar su libertad, ni declarar la nulidad de su propia sentencia de 14 de octubre de 2019, ni tramitar el suplicatorio de suspensión de inmunidad ante el Parlamento Europeo, dado que en el momento en que Junqueras fue proclamado electo el proceso penal incoado contra él se encontraba en fase de enjuiciamiento, por lo que, de conformidad con el Derecho español, la inmunidad no podía impedir la continuación del proceso¹²³.

Por otro lado, en el caso de los Srs. Puigdemont y Comín, se inició un procedimiento con la finalidad de poder cumplir las formalidades requeridas ante el propio Parlamento Europeo para poder participar en su primera sesión, dado que en el caso de que acudiesen a Madrid a prestar juramento o promesa de acatamiento de la Constitución, su detención sería inmediata. En este caso se invocaba la inmunidad de jurisdicción penal de conformidad con el señalado artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea.

119 ECLI:ES:TS:2019:7605A.

120 STJ de 19 de diciembre de 2019, en el asunto C-502/19, *Junqueras Vies* (ECLI:EU:C:2019:1115).

121 ECLI:ES:TS:2020:1A.

122 ECLI:ES:TS:2020:2A.

123 No es pacífica en la doctrina la posición respecto de las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Junqueras Vies*. Así, frente a la posición adoptada finalmente por el Tribunal Supremo hay autores que consideran que a pesar del cambio de situación de Junqueras de peso preventivo a penado, el correcto cumplimiento de dicha sentencia exigía permitir a Junqueras desplazarse al Parlamento Europeo a cumplir con las formalidades requeridas. En este sentido *vid.* MORENO CATENA, V., "La prisión provisional de los condenados del *procés*", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2019, nº 26, p. 232.

El entonces Presidente en funciones del Parlamento Europeo desestimó en un primer momento la pretensión de los Srs. Puigdemont y Comín de ocupar sus escaños en el Parlamento Europeo, al no figurar en el listado de candidatos electos notificado oficialmente por la Junta Electoral Central¹²⁴. Ahora bien, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019 en el asunto *Junqueras Vies*, el Pleno del Parlamento Europeo, en sesión de 13 de enero de 2020, reconoció la condición de miembros del Parlamento Europeo de los mismos con plenitud de derechos con efectos retroactivos desde el 2 de julio de 2019, fecha en la que se abrió la primera sesión plenaria del Parlamento electo¹²⁵. Desde ese momento, los Srs. Puigdemont y Comín están protegidos ante cualquier solicitud de detención y entrega por la inmunidad de jurisdicción penal que corresponde a los miembros del Parlamento Europeo en función del reiterado artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea.

-
- 124 El entonces Presidente en funciones del Parlamento Europeo emitió el 29 de mayo de 2019 instrucción interna de suspender la acreditación de todos los candidatos electos en España hasta que el Parlamento hubiera recibido confirmación oficial de su elección de conformidad con el artículo 12 del Acta electoral. Tras ello, el 27 de junio de 2019, mediante escrito, responde a varios escritos presentados por los Srs. Puigdemont y Comín el 14, el 20 y el 24 de junio de 2019 solicitando la revocación de la instrucción señalada de 29 de mayo a fin de poder ocupar su escaño en el Parlamento Europeo, indicándoles que no podía acceder a dichas peticiones al no figurar en la lista de candidatos electos notificadas oficialmente por la Junta Electoral Central. Tanto la instrucción de 29 de mayo de 2019 como el escrito de 27 de junio de 2019 fueron recurridos por los Srs. Puigdemont y Comín frente al Tribunal General, el cual ha declarado inadmisibles los recursos al no dirigirse contra actos recurribles con arreglo al artículo 263 del TFUE (STG de 6 de julio de 2022, en el asunto T-388/19, *Puigdemont i Casamajó y Comín i Oliveres/Parlamento*, ECLI:EU: T:2022:421).
- 125 También respecto de Junqueras si bien a continuación procede a constatar la vacante de su escaño con efecto desde el 3 de enero de 2020 como consecuencia de la decisión de la Junta Electoral Central de dicha fecha en la que declara que concurre causa de inelegibilidad de Junqueras debido a su condena a una pena privativa de libertad y del auto del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2020 en el que se estima que no procede tramitar un suplicatorio de suspensión de inmunidad ante el Parlamento Europeo dado que había obtenido la condición de miembro del Parlamento Europeo con el proceso ya en fase de juicio oral lo que le impide ampararse en la inmunidad para obstaculizar la persecución de su enjuiciamiento (*Vid.* Acta de la Sesión de 13 de enero de 2020 del Pleno del Parlamento Europeo, DOUE nº C 239, de 18 de junio de 2021, p. 4). Tres diputados del Parlamento Europeo, Jorge Buxadé Villalba, María Esperanza Araceli Aguilar Pinar y Hermann Tertsch Del Valle-Lersundi, plantearon el 14 de enero de 2020 recurso ante el Tribunal General solicitando la anulación de la decisión de reconocer a los Srs. Puigdemont y Comín la condición de miembros del Parlamento Europeo. Este recurso fue desestimado “en parte, por inadmisibles y, en parte, por haber sido interpuesto ante un órgano jurisdiccional manifiestamente incompetente para conocer de él” mediante ATG de 19 de noviembre de 2020, en el asunto T-32/20, *Buxadé Villalba y otros/Parlamento* (ECLI:EU:T:2020:552).

Este cambio de posición del Parlamento Europeo se debe a que en el asunto *Junqueras Vies* el Tribunal de Justicia —en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español en el marco de un recurso de súplica planteado por Junqueras contra la denegación de un permiso extraordinario para poder comparecer ante la Junta Electoral Central al objeto de prestar promesa o juramento de acatar la Constitución¹²⁶— acuerda que “[...] la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, se produce por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros”¹²⁷ (en este caso, por lo tanto, desde la proclamación de resultados por la Junta Electoral Central el 13 de junio de 2019).

En nuestra opinión el Tribunal Supremo incurre en un nuevo error estratégico, al no retirar las cuestiones prejudiciales en el momento en que cambió la situación procesal de Junqueras tras la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, en la que fue condenado a una pena de trece años de prisión y de inhabilitación absoluta¹²⁸. El Tribunal Supremo habría podido retirar las cuestiones prejudiciales por entender que el objeto de las mismas había decaído. Pero lejos de hacerlo, al comunicar al Tribunal de Justicia la señalada Sentencia de 14 de octubre de 2019, el Tribunal Supremo se reafirmaba expresamente en su per-

126 En efecto, mediante Auto de 14 de junio de 2019 el Tribunal Supremo denegó dicha solicitud de salida del centro penitenciario bajo vigilancia policial. Junqueras planteó recursos de súplica frente a dicho auto ante el propio Tribunal Supremo invocando la inmunidad de jurisdicción penal del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea en el que se regula la inmunidad de jurisdicción penal de los miembros del Parlamento Europeo. Es en el marco de este recurso de súplica que el 1 de julio de 2019 el Tribunal Supremo decide suspender el procedimiento principal y plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia solicitando aclaración respecto del momento concreto a partir del cual los candidatos electos al Parlamento Europeo están protegidos por dicha inmunidad de jurisdicción penal.

127 STJ de 19 de diciembre de 2019, en el asunto C-502/19, *Junqueras Vies* (ECLI:EU:C:2019:1115), apartado 71. Una valoración crítica de esta sentencia se puede encontrar en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Nadie es perfecto: el TJUE y el TS en el asunto de la elección de Oriol Junqueras al Parlamento Europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2020, nº 50, pp. 1-21.

128 En el mismo sentido se posicionan ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Nadie es perfecto: el TJUE y el TS en el asunto de la elección de Oriol Junqueras al Parlamento Europeo”, *op. cit.*, pp. 5 y 21; y HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “La respuesta ante la falta de cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de las denegaciones reiteradas en la ejecución de las ODE en el caso *procés*”, *op. cit.*, p. 119 y “Sobre la precaria situación e la autoridad de emisión ante la denegación reiterada de la ejecución de una ODE: reflexiones al hilo del caso *procés*”, en MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M.³ I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 459 y ss.

tinencia, en contra de la posición del Gobierno español, que consideraba que esta sentencia del Tribunal Supremo hacía que las mismas tuviesen un carácter hipotético que debería conducir a su inadmisibilidad¹²⁹. Estas mismas dudas mostró el Abogado General SZPUNAR en sus Conclusiones, al entender que, dado que el litigio principal había perdido su actualidad, el Tribunal de Justicia dejaba de ser competente porque su respuesta tendría carácter hipotético¹³⁰. Es más, incluso era perfectamente razonable que, en aplicación de la doctrina de los actos claros, el Tribunal Supremo decidiera de inicio que no era necesario plantear las cuestiones prejudiciales —posición defendida por la Fiscalía, por la Abogacía del Estado y por la acusación popular—, dado que la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia había aclarado de manera suficiente que el Parlamento Europeo debe limitarse a constatar los resultados que se le comuniquen por la junta electoral nacional, por carecer de margen de apreciación sobre el procedimiento electoral, que es regulado por los derechos nacionales, y cuya interpretación y aplicación corresponde a las autoridades nacionales¹³¹.

El Tribunal Supremo no valoró las consecuencias que podría tener la resolución de dichas cuestiones prejudiciales por el Tribunal de Justicia respecto de los Srs. Puigdemont y Comín en el sentido en el que finalmente interpretó el señalado artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión. Y no pudo valorar las consecuencias que tendría en el futuro respecto de Ponsatí que, si bien en ese momento no era miembro electo del Parlamento Europeo, como consecuencia de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea y con ello la finalización, el 31 de enero de 2020, de los mandatos de los diputados elegidos en Reino Unido, adquirió la condición de miembro del Parlamento Europeo con plenitud de derechos con efectos desde el 1 de febrero de 2020¹³².

El 10 de enero de 2020 el Tribunal Supremo remitió al Parlamento Europeo un suplicatorio de suspensión de inmunidad en relación con los Srs. Puigdemont y Comín, y el 4 de febrero de 2020, en relación con Ponsatí¹³³. Tras el estudio de los mis-

129 Vid. STJ de 19 de diciembre de 2019, en el asunto C-502/19, *Junqueras Vies* (ECLI:EU:C:2019:1115), apartados 42 y 52 a 58.

130 Conclusiones del Abogado General sr. Maciej SZPUNAR, presentadas el 12 de noviembre de 2019, en el asunto C-502/19, *Junqueras Vies* (ECLI:EU:C:2019:958), apartados 97-102.

131 Vid. SSTJ de 7 de julio de 2005, en el asunto C-208/03 P, *Le Pen/Parlamento* (ECLI:EU:C:2005:429), apartados 48-52; y de 30 de abril de 2009, en los asuntos acumulados C-393/07 y C-9/08, *Italia y Donnici/Parlamento* (ECLI:EU:C:2009:275), apartados 52-61.

132 Vid. Acta de la Sesión de 10 de febrero de 2020 del Pleno del Parlamento Europeo, DOUE n° C 261, de 2 de julio de 2021, p. 4

133 Los suplicatorios fueron recibidos por el Parlamento Europeo el 13 de enero y el 10 de febrero de 2020, respectivamente, y comunicados al Pleno del 16 de enero y del 13 de febrero de 2020. Vid. Acta de la Sesión de 16 de enero de 2020 del Pleno del Parlamento

mos en la Comisión de Asuntos Jurídicos, que el 23 de febrero de 2021 adoptó los correspondientes informes, el 9 de marzo de 2021 el Parlamento Europeo decide suspender la inmunidad de los Srs. Puigdemont¹³⁴ y Comín¹³⁵ y de la Sra. Ponsatí¹³⁶.

El 19 de mayo de 2021, los tres interpusieron ante el Tribunal General un recurso solicitando la anulación de las mencionadas decisiones del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 2021. Este recurso (asunto T-272/21) está aún pendiente de resolución. Al mismo tiempo, el 26 de mayo de 2021 presentaron demanda de medidas provisionales solicitando la suspensión cautelar de la ejecución de dichas decisiones impugnadas. Esta demanda de medidas provisionales fue desestimada por el Tribunal General mediante Auto de 30 de julio de 2021¹³⁷, que fue posteriormente anulado por el Tribunal de Justicia mediante Auto de 24 de mayo de 2022, en el que se conceden las medidas provisionales solicitadas, ordenándose suspender la ejecución de las mencionadas decisiones¹³⁸. Por lo tanto, en estos momentos los Srs. Puigdemont y Comín y la Sra. Ponsatí mantienen de manera cautelar la inmunidad parlamentaria, lo que impide, por el momento, su extradición. Habrá que esperar a que el Tribunal General dicte sentencia en el asunto principal (T-272/21) y, en su caso, a un posible posterior recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

Europeo, DOUE n° C 239, de 18 de junio de 2021, p. 394 y Acta de la Sesión de 13 de febrero de 2020 del Pleno del Parlamento Europeo, DOUE n° C 232, de 2 de julio de 2021, p. 235.

- 134 Decisión del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2021, sobre el suplicatorio de suspensión de la inmunidad de Carles Puigdemont i Casamajó (2020/2024(IMM)), P9_TA(2021)0059, DOUE, n° C 474, de 24 de noviembre de 2021, pp. 156-158.
- 135 Decisión del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2021, sobre el suplicatorio de suspensión de la inmunidad de Antoni Comín i Oliveres (2020/2025(IMM)), P9_TA(2021)0060, DOUE, n° C 474, de 24 de noviembre de 2021, pp. 159-161.
- 136 Decisión del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2021, sobre el suplicatorio de suspensión de la inmunidad de Clara Ponsatí Obiols (2020/2031(IMM)), P9_TA(2021)0061, DOUE, n° C 474, de 24 de noviembre de 2021, pp. 162-164.
- 137 Auto del Vicepresidente del TG de 30 de julio de 2021, en el asunto T272/21 R, *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento* (ECLI:EU:T:2021:497).
- 138 Auto del Vicepresidente del TJ, de 24 de mayo de 2022, en el asunto C-629/21 P(R), *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento y España* (ECLI:EU:C:2022:413). El 1 de octubre de 2021 presentaron ante el Tribunal General una segunda demanda de medidas provisionales sobre la base de nuevos hechos debido a la detención de Puigdemont en Cerdeña el 23 de septiembre de 2021 que fue igualmente desestimada (Auto del Vicepresidente del TG de 20 de noviembre de 2021, en el asunto T272/21 R II, *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento* (ECLI:EU:T:2021:834). Este Auto fue también recurrido en casación ante el Tribunal de Justicia el 7 de febrero de 2022, recurso del que desistieron como consecuencia del señalado Auto del Vicepresidente del TJ, de 24 de mayo de 2022 (Orden del Vicepresidente del TJ, de 22 de junio de 2022, en el asunto C-81/22 P(R), *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento* (ECLI:EU:C:2022:594)).

En nuestra opinión, es previsible que el Tribunal General desestime este recurso de anulación presentado por los tres políticos catalanes. El recurso se fundamenta básicamente en la falta de motivación y de claridad de las decisiones parlamentarias impugnadas, en la falta de competencia del Tribunal Supremo español para remitir el suplicatorio, en la vulneración del derecho a una buena administración, del derecho a ser oído en relación con el derecho de acceso a los documentos y con los derechos de defensa y tutela judicial efectiva y en la mala aplicación o error manifiesto de apreciación de la legislación al pronunciarse sobre el suplicatorio con lo que respecta a su práctica anterior.

De inicio se ha de aclarar que no hay duda, y no es una cuestión discutida por las partes, que nos encontramos en el marco del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, por lo que el Parlamento Europeo, en aplicación del párrafo tercero de dicha disposición, tiene capacidad para suspender la inmunidad de jurisdicción penal de sus miembros mediante decisiones que pueden ser objeto de control judicial¹³⁹. Así lo ha reconocido el Tribunal General en reiteradas ocasiones al señalar que, aunque el Parlamento dispone de una amplia facultad de apreciación al resolver un suplicatorio de suspensión de inmunidad dado el carácter político de dicha decisión, esta facultad está sometida al control jurisdiccional: “el juez de la Unión debe verificar el cumplimiento de las normas de procedimiento, la exactitud material de los hechos aceptados por la institución, la inexistencia de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder”¹⁴⁰.

La cuestión central que ha de tener en cuenta el Parlamento Europeo a la hora de adoptar una decisión respecto de un suplicatorio de suspensión de inmunidad se encuentra en el objeto mismo de la institución de la inmunidad parlamentaria, de conformidad con el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión. Tal y como vienen señalando tanto el Tribunal General como el Tribunal de Justicia, la inmunidad parlamentaria no se concibe como un privilegio individual de los diputados, sino como una garantía de independencia del Parlamento Europeo y de sus diputados en el cumplimiento de su misión, por lo que la misma tiene un carácter funcional¹⁴¹. Por ello, en un supuesto como el que se plantea

139 Vid. STJ de 21 de octubre de 2008, en los asuntos acumulados C-200/07 y C-201/07, *Marra* (ECLI:EU:C:2008:579), apartado 45.

140 STG de 30 de abril de 2019, en el asunto T-214/18, *Briois/Parlamento* (ECLI:EU:T:2019:266), apartados 24 y 25. En el mismo sentido *vid.* SSTG de 17 de enero de 2013, en los asuntos acumulados T-346/11 y T-347/11, *Gollnisch/Parlamento* (ECLI:EU:T:2013:23), apartados 59 y 60; y de 19 de marzo de 2010, en el asunto T-42/06, *Gollnisch/Parlamento* (ECLI:EU:T:2010:102), apartados 101 y 116.

141 Vid. STJ de 19 de diciembre de 2019, en el asunto C-502/19, *Junqueras Vies* (ECLI:EU:C:2019:1115), apartados 82 y 84 y STG de 19 de marzo de 2010, en el asunto T-42/06, *Gollnisch/Parlamento* (ECLI:EU:T:2010:102), apartado 94.

en el presente caso, el elemento fundamental a tener en cuenta es si nos encontramos ante un supuesto de *fumus persecutionis*, es decir, si el procedimiento penal iniciado por el Tribunal Supremo español pretende perjudicar o interferir en la actividad política de los diputados Puigdemont, Comín y Ponsatí. En nuestra opinión, en sus decisiones de suspensión de inmunidad el Parlamento Europeo no incurrió en error manifiesto de apreciación de los criterios aplicables, y motiva de manera suficiente la ausencia de indicios de *fumus persecutionis*, al considerar que tanto los hechos que se les imputan por el Tribunal Supremo como el inicio de la causa penal en cuestión son anteriores a la adquisición de la condición de diputados de los demandantes y que estos no son las únicas personas procesadas en la misma causa. Consideramos que dicha motivación es acorde con los principios generales que el propio Parlamento ha desarrollado a lo largo del tiempo en las diferentes deliberaciones sobre suplicatorios de suspensión de inmunidad, y que, como ha señalado el Tribunal General, están resumidos en la Comunicación nº 11/2003, de 6 de junio, de la Comisión Jurídica y del Mercado Interior del Parlamento y en la Comunicación nº 11/2016, de 9 de mayo, de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento¹⁴². En cualquier caso, se ha de precisar que al tratarse de textos que recogen un resumen de la práctica anterior del propio Parlamento, no son jurídicamente vinculantes¹⁴³.

Por lo demás, las decisiones recurridas justifican que los recurrentes pudieron realizar las alegaciones que consideraron oportunas, así como presentar toda la documentación que entendieron pertinente ante la Comisión de Asuntos Jurídicos, todo ello de conformidad con el artículo 9.6 del Reglamento interno del Parlamento Europeo, por lo que es evidente que se respetó el derecho de defensa y el principio de contradicción. Al respecto, se ha de tener en cuenta que el Tribunal General ha señalado que este derecho de audiencia en el marco de una decisión relativa a la suspensión de inmunidad de un diputado no significa que

142 En el apartado 3 de la Comunicación nº 11/2003 se define el concepto de *fumus persecutionis* como la presunción de que se inician acciones judiciales contra un diputado con la intención de interferir en sus actividades políticas y procede a identificar algunos casos a modo de ejemplo de presunción de que concurre un *fumus persecutionis*: que la investigación tenga inicio en una denuncia anónima, por un adversario político o por el poder ejecutivo o que el suplicatorio se tramite mucho tiempo después de las imputaciones (SSTG de 30 de abril de 2019, en el asunto T-214/18, *Briois/Parlamento* (ECLI:EU:T:2019:266), apartado 65; y de 17 de enero de 2013, en los asuntos acumulados T-346/11 y T-347/11, *Gollnisch/Parlamento* (ECLI:EU:T:2013:23), apartados 94-96 y 104).

143 Vid. STJ de 17 de septiembre de 2020, en el asunto C-12/19 P, *Troszczynski/Parlamento* (ECLI:EU:C:2020:725), apartado 44 y SSTG de 30 de abril de 2019, en el asunto T-214/18, *Briois/Parlamento* (ECLI:EU:T:2019:266), apartado 70; y de 17 de enero de 2013, en los asuntos acumulados T-346/11 y T-347/11, *Gollnisch/Parlamento* (ECLI:EU:T:2013:23), apartados 105 y 107.

de manera necesaria deba celebrarse un debate público en sesión parlamentaria plenaria y que las disposiciones del Reglamento interno del Parlamento Europeo relativas a la tramitación de los suplicatorios de suspensión de la inmunidad de los diputados ofrecen garantías suficientes respecto al derecho de defensa y al principio de contradicción¹⁴⁴. Se ha de recordar que nos encontramos ante un procedimiento, el de suspensión de la inmunidad, de naturaleza política, por lo que no puede establecerse un paralelismo respecto de las normas que rigen los procedimientos disciplinarios o los judiciales¹⁴⁵. Asimismo, consideramos que el Parlamento justifica de manera suficiente su falta de potestad para cuestionar la competencia del Tribunal Supremo español para remitir los señalados suplicatorios de retirada de inmunidad, tal y como le ha sido comunicado por el Estado español, y ello en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, en la que se señala que al Parlamento Europeo le corresponde valorar si se cumplen las condiciones para la suspensión de la inmunidad, cuestión diferente a la determinación de si el enjuiciamiento está justificado y de si los hechos reprochados a los diputados están acreditados, cuestiones que competen a las autoridades nacionales¹⁴⁶. Además, en virtud del artículo 4.2 del TUE, la pertenencia a la Unión Europea no disminuye el derecho de auto-organización de sus Estados miembros —que son competentes para determinar libremente sus estructuras políticas y constitucionales, lo que incluye la organización de sus poderes públicos—, que únicamente está limitado por el necesario respeto de los valores en que se fundamenta la Unión Europea, y que, en virtud del principio de autonomía procesal e institucional de los Estados miembros, corresponde al ordenamiento interno establecer los órganos jurisdiccionales competentes y el sistema de recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables¹⁴⁷.

144 SSTG de 30 de abril de 2019, en el asunto T-214/18, *Briois/Parlamento* (ECLI:EU:T:2019:266), apartados 85-87; y de 17 de enero de 2013, en los asuntos acumulados T-346/11 y T-347/11, *Gollnisch/Parlamento* (ECLI:EU:T:2013:23), apartados 179-191.

145 STG de 30 de abril de 2019, en el asunto T-214/18, *Briois/Parlamento* (ECLI:EU:T:2019:266), apartado 88.

146 Vid. SSTJ de 17 de septiembre de 2020, en el asunto C-12/19 P, *Troszczynski/Parlamento* (ECLI:EU:C:2020:725), apartado 57; y de 21 de octubre de 2008, en los asuntos acumulados C-200/07 y C-201/07, *Marra* (ECLI:EU:C:2008:579), apartados 32-33; y STG de 30 de abril de 2019, en el asunto T-214/18, *Briois/Parlamento* (ECLI:EU:T:2019:266), apartados 47 y 50.

147 Vid., entre otras, SSTJ de 30 de abril de 2009, en los asuntos acumulados C-393/07 y C-9/08, *Italia y Donnici/Parlamento* (ECLI:EU:C:2009:275), apartado 63; de 12 de septiembre de 2006, en el asunto C-300/04, *Eman y Sevinger* (ECLI:EU:C:2006:545), apartado 67; y de 8 de noviembre de 2005, en el asunto C-443/03, *Leffler* (ECLI:EU:C:2005:665), apartados 49 y 50.

Por último, recordar, como ya se ha señalado, que, en cualquier caso, dada la naturaleza política de la decisión parlamentaria en resolución de los suplicatorios de inmunidad, el Tribunal de Justicia ha reconocido al Parlamento una amplia facultad de apreciación al respecto. Además, tal y como señala CARMONA CONTRERAS, en la práctica del Parlamento se constata que la concesión de los suplicatorios es la regla general frente a su denegación, que se presenta como excepción¹⁴⁸.

2.4. Autoridad judicial de emisión

La negativa de las autoridades belgas a la entrega del Sr. Lluís Puig, exconsejero de Cultura de la Generalitat, nos adelanta algunas de las causas de oposición que se pueden presentar cuando las mismas se tengan que enfrentar a las reclamaciones pendientes respecto de los Srs. Puigdemont, Comín y Ponsatí¹⁴⁹.

Como ya se ha señalado al principio de este trabajo, el Juzgado de Primera Instancia de Bruselas denegó el 7 de agosto de 2020 la entrega de Lluís Puig, decisión confirmada por el Tribunal de Apelación de Bruselas el 7 de enero de 2021, por entender que existía un riesgo de vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley, así como el derecho a la presunción de inocencia, considerando las autoridades belgas que el Tribunal Supremo español no es el órgano competente para el enjuiciamiento del Sr. Puig y, por lo tanto, tampoco lo es para la emisión de la «euro-orden». Entienden las autoridades belgas que el órgano jurisdiccional competente para su enjuiciamiento, que no era diputado de ningún parlamento autonómico, es aquel que determina el lugar de comisión del delito, por lo que debería ser un “tribunal catalán”, en lugar del Tribunal Supremo, cuestionando así la competencia de este último que, recordemos, asumió la misma tras la unificación de la causa en noviembre de 2017. Ante esta sorprendente decisión de las autoridades belgas, el Tribunal Supremo —haciendo

148 CARMONA CONTRERAS, A., “Las prerrogativas parlamentarias en la Unión Europea: unos personajes en buscar de autor”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2021, nº 31, p. 234.

149 El propio Tribunal Supremo justifica el planteamiento de una serie de cuestiones prejudiciales, a las que se hará referencia a continuación, como autoridad judicial de emisión, ante la denegación de entrega de Puig por las autoridades belgas, en la necesidad “en interpretar la Decisión Marco 2002/584/JAI, a los efectos de que el órgano judicial remitente, a la vista de la respuesta que ofrezca el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el alcance de las posibilidades de emisión de una ODE y de las razones para su denegación, pueda adoptar una decisión concreta en torno a mantener, retirar o emitir nuevas ODEs respecto de todos o algunos de los copartícipes procesados en esta causa” (ATS 2544/2021, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:2544A), fundamento de derecho primero).

uso de la posibilidad abierta por el Tribunal de Justicia en el asunto AY respecto de que las autoridades de emisión puedan plantear cuestiones prejudiciales— remite a este, el 9 de marzo de 2021, siete cuestiones prejudiciales¹⁵⁰ cuya próxima resolución¹⁵¹ resolverá la viabilidad de una futura entrega desde Bélgica no solo del Sr. Puig sino también de los Srs. Puigdemont, de Comín y de Ponsatí.

La cuestión esencial que se plantea en este caso es si las autoridades belgas han realizado una correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea. En concreto, por un lado, si la capacidad de control de la autoridad judicial belga de ejecución puede llegar tan lejos como para cuestionar la competencia del Tribunal Supremo español, en función del propio Derecho español, para enjuiciar a la persona reclamada y, por lo tanto, para solicitar su entrega mediante «euro-orden» a efectos de dicho enjuiciamiento; y, por otro, hasta dónde llega el control de la autoridad judicial de ejecución en el caso de entender que procede denegar la entrega por existir un riesgo de vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley y la correcta aplicación de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia al respecto. Abordaremos en las líneas que siguen la primera de las cuestiones planteadas, y analizaremos la segunda en el siguiente epígrafe.

La Decisión marco 2002/584/JAI establece un sistema simplificado de detención y entrega fundamentado en el principio de reconocimiento mutuo que se desarrolla exclusivamente entre autoridades judiciales, tal y como se desprende de la propia definición del artículo 1.1 de la Decisión marco en el que se señala que “la orden de detención europea es una resolución judicial [...]” y del considerando quinto de la misma norma que alude a que nos encontramos ante “un sistema de entrega entre autoridades judiciales”. El hecho de que se trate de un procedimiento horizontal donde la decisión última sobre la entrega es siempre judicial es un elemento relevante a tener en cuenta, ya que contribuye de manera decisiva a una mejor protección de los derechos y garantías de defensa del reclamado y a que el procedimiento sea más garantista¹⁵², eliminándose la arbitrariedad en la

150 ATS 2544/2021, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:2544A).

151 Como ya se ha señalado anteriormente, en estos momentos el Abogado General ya ha presentado sus Conclusiones (Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573)), y en el calendario judicial está fijada como fecha de resolución final el 31 de enero de 2023.

152 Ya que, tal y como señala CASTILLEJO MANZANARES, “la intervención jurisdiccional en el procedimiento de detención y entrega no sólo se dirige a constatar la concurrencia de los elementos jurídicos determinantes de la procedencia del mandato de detención, sino que además el órgano jurisdiccional actuante tiene por misión hacer efectivas las garantías del reclamado, así como los derechos que le sean inherentes como ser humano” (CASTILLEJO MANZANARES, R., “La orden de detención y entrega europea. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión”, *La Ley*, 2004, nº 6155, p. 2). En el mismo

entrega propia del procedimiento clásico de extradición. En la «euro-orden» existe un doble control judicial mutuo, tanto de la autoridad judicial de emisión como de la de ejecución: cada una de ellas está obligada a respetar lo dispuesto por su ordenamiento interno¹⁵³, especialmente en materia de garantía de los derechos fundamentales del reclamado.

En cuanto a la determinación de la autoridad judicial de emisión competente, el artículo 6.1 de la Decisión marco se remite al Derecho interno de los Estados miembros, de tal forma que se ha de considerar “autoridad judicial de emisión” a aquella autoridad judicial que de conformidad con el Derecho del Estado miembro de que se trate sea competente para dictar una orden de detención europea. Además, en el apartado 3 del mismo artículo 6 de la Decisión marco se añade la obligación de que los Estados miembros informen a la Secretaría General del Consejo sobre las autoridades judiciales que con arreglo a su Derecho interno tienen tal competencia. El artículo 35 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, establece que en España la competencia para emitir «euro-órdenes» la ostenta “el juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes”, cuestión que España ha procedido a comunicar a la Secretaría General del Consejo¹⁵⁴. De ello parece derivarse con claridad que, en la medida en que el Tribunal Supremo es el competente para enjuiciar al Sr. Puig, también lo es para emitir una «euro-orden» a los efectos de tal enjuiciamiento.

Ahora bien, como se ha adelantado, la cuestión que se plantea es si las autoridades judiciales belgas, como autoridades de ejecución, son competentes para

sentido *vid.* DELGADO MARTÍN, J., “La orden europea de detención y entrega”, *La Ley*, 2005, nº 6205, p. 6.

153 Es cierto que esta remisión a la legislación nacional del Estado de ejecución como parámetro de la salvaguarda de los derechos y garantías en la entrega suscitó desde el principio críticas acerbas desde ángulos radicalmente opuestos. Así, mientras algunos autores han señalado su dudosa compatibilidad con el principio de “confianza mutua”, la mayoría ha mostrado su preocupación por razones bien diferentes. En primer lugar, porque “pese a la homogeneidad que se presume en la UE, en la práctica tampoco habrá uniformidad en la aplicación de la DM ni en los mecanismos de control jurisdiccional de los derechos fundamentales en los diferentes ordenamientos internos de los Estados miembros”. Y, en segundo lugar, “porque esa fragmentación pudiera entrañar a su vez una disminución del nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales ya alcanzado de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos” (LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.³, “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea”, *op. cit.*, p. 207). Al respecto *vid.* LUGATO, M., “La tutela dei Diritti fondamentali rispetto al Mandato d’arresto europeo”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVI, 2003, fasc. 1, p. 44.

154 *Vid.* Documento del Consejo de la Unión Europea nº 8138/15, de 23 de abril de 2015, relativo a “Notificaciones efectuadas por España en relación con varias Decisiones marco”, p. 2.

valorar si el Tribunal Supremo español, de conformidad con el propio derecho español, es el competente para enjuiciar al Sr. Puig y, en cuanto tal, para actuar como autoridad judicial de emisión, y si pueden establecer una posible falta de competencia de la autoridad judicial de emisión en una causa de oposición a la entrega por entender que conlleva un riesgo de vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley.

De conformidad con el artículo 1.2 de la Decisión marco, los Estados miembros tienen la obligación de ejecutar toda «euro-orden» que reciban sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y de conformidad con las disposiciones de la propia Decisión marco. En los artículos 3, 4 y 4 *bis* de la misma se establecen las causas de oposición a la entrega, que deben (art. 3) o pueden (arts. 4 y 4 *bis*) fiscalizar las autoridades judiciales de ejecución a la hora de adoptar una decisión judicial sobre la entrega. Todo ello ha llevado al Tribunal de Justicia a señalar de manera reiterada que la entrega es la norma y que la denegación es la excepción, y que por ello debe ser interpretada de manera restrictiva a fin de limitar los supuestos en que no procede la entrega¹⁵⁵. Pues bien, en ninguna de dichas disposiciones de la Decisión marco se recoge de manera expresa una causa de oposición a la entrega fundamentada en la falta de competencia de la autoridad judicial de emisión para dictar una «euro-orden». Es cierto que el Tribunal de Justicia ha admitido de manera excepcional que los Estados miembros puedan recoger en su legislación interna causas de oposición a la entrega más allá de los señalados artículos 3, 4 y 4 *bis* de la Decisión marco, pero solo de manera excepcional y con base en un claro sustento jurídico en la propia Decisión marco¹⁵⁶. Así, por ejemplo, como se verá más adelante, la mayor parte de los Estados miembros han incluido en sus legislaciones nacionales una causa de oposición a la entrega en caso de riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el Estado de emisión, lo cual ha sido admitido por el Tribunal de Justicia al considerar que hay una base jurídica clara para ello en el artículo 1.3 de la Decisión marco, que establece que su aplicación “no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales [...]”, y, en cualquier caso, haciendo una interpretación restrictiva de la misma.

Ahora bien, en nuestra opinión, del artículo 6.1 de la Decisión marco tampoco parece poder deducirse la posibilidad de que la autoridad judicial de ejecución

155 Vid., entre otras, STJ de 11 de enero de 2017, en el asunto C-289/15, *Grundza* (ECLI:EU:C:2017:4), apartado 46.

156 Así lo reconoce el Abogado General en sus Conclusiones al señalar que “no puede admitirse un motivo de denegación de la ejecución previsto en el Derecho nacional de un Estado miembro que no tenga su fundamento en una disposición de dicha Decisión Marco tal como la interprete el Tribunal de Justicia” (Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573), apartado 54.

pueda denegar la entrega de la persona reclamada por considerar que la autoridad judicial de emisión de la «euro-orden» de que se trate no es la competente para dictar dicha «euro-orden».

Es cierto que el Tribunal de Justicia ha señalado que, dado que en virtud del artículo 1.1 de la Decisión marco, la «euro-orden» se configura como una “resolución judicial”, de manera necesaria debe ser emitida por una «autoridad judicial» en el sentido del artículo 6.1 de la Decisión marco¹⁵⁷. Además, ha añadido que, dado que esta disposición no define el concepto de «autoridad judicial» ni se remite al Derecho interno para su definición, se ha de considerar que constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea al requerir de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión¹⁵⁸. Y que, en consecuencia, ha admitido que la autoridad judicial de ejecución puede y debe denegar la ejecución de una solicitud de detención y entrega cuando entienda que la misma no ha sido emitida por una autoridad que pueda ser considerada una «autoridad judicial» a efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco, dado que en tales circunstancias se ha de entender que la misma no constituye una «resolución judicial» en el sentido del artículo 1.1 de la misma norma. Es decir, que no podría ser considerada una “orden de detención europea” fundamentada en la Decisión marco 2002/584/JAI, al quedar fuera de la definición que de la misma hace la propia norma.

Pero también es cierto que el Tribunal de Justicia ha venido a señalar que la designación de la autoridad judicial que tiene competencia para emitir una «euro-orden» es una cuestión respecto de la cual el artículo 6.1 de la Decisión marco se remite expresamente al Derecho de los Estados miembros, por lo que, de conformidad con al principio de autonomía procesal de los mismos, solo a ellos corresponde dicha designación. En concreto, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente que “conforme al principio de autonomía procesal, los Estados miembros pueden designar en su Derecho nacional a la «autoridad judicial»

157 Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia. Al respecto *vid.*, entre otras, SSTJ de 27 de mayo de 2019, en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, OG y PI (*Fiscalías de Lübeck y de Zwickau*) (EU:C:2019:456), apdo. 46 y en el asunto C-509/18, PF (*Fiscal General de Lituania*) (EU:C:2019:457), apdo. 25; y de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-452/16 PPU, *Poltorak* (ECLI:EU:C:2016:858), apartado 28 y en el asunto C-453/16 PPU, *Özcelik* (EU:C:2016:860), apdos. 32 y ss.

158 Al respecto de dicha jurisprudencia *vid.*, entre otros, AMBOS, K., “The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU’s judgment in OG (C-508/18) and PI (C 82/19 PPU)”, *op. cit.*, pp. 399-407; HARKIN, T., “The case law of the Court of Justice of the European Union on ‘judicial authority’ and issuing European arrest warrants”, *op. cit.*, pp. 1-23; y HEIMRICH, C., “European arrest warrants and the independence of the issuing judicial authority – How much Independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU OG and PI)”, *op. cit.*, pp. 389-398.

competente para dictar órdenes de detención europea”¹⁵⁹. Por lo tanto, en la medida de que se trate de una «autoridad judicial» —en los términos que ha ido perfilando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto del señalado artículo 6.1 de la Decisión marco—, queda fuera de la capacidad de control de la autoridad judicial de ejecución valorar la competencia de la misma¹⁶⁰. Así lo reconoce, en el presente caso, el Abogado General al señalar en sus Conclusiones que, “desde el momento en que una orden de detención europea emana de una «autoridad judicial», en el sentido del artículo 6, apartado 1, de dicha Decisión Marco, la autoridad judicial de ejecución debe presumir que la autoridad judicial emisora respeta las normas nacionales que determinan su competencia”¹⁶¹.

En el presente caso, parece difícil cuestionar el carácter de «autoridad judicial» del Tribunal Supremo español, algo que, por otra parte, tampoco cuestionan las autoridades de ejecución belgas. Entendemos que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que a lo largo de diferentes sentencias ha ido perfilando este concepto de «autoridad judicial», no cabe duda de que el Tribunal Supremo debe ser considerado una «autoridad judicial» a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco.

En efecto, el Tribunal de Justicia, por un lado, ha señalado de manera clara en los asuntos *Poltorak* y *Kovalkovas* que ni un cuerpo de la policía¹⁶² ni el Ministerio de Justicia¹⁶³ pueden ser «autoridad judicial emisora» a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco, dado que los mismos forman parte del poder ejecutivo y, en su acepción habitual, el término «judicial» se debe entender referido al poder judicial. Además, debe tratarse de autoridades que se encuentren en situación de poder garantizar que en el procedimiento de emisión se respetan las garantías propias de este tipo de decisiones; en especial, las que se derivan de los derechos fundamentales, para lo que es necesario que actúen con independencia¹⁶⁴. Por otro lado, si la designación como autoridad judicial de emisión de un cuerpo de la

159 SSTJ de 27 de mayo de 2019, en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, *OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau)* (EU:C:2019:456), apartado 48; y de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-452/16 PPU, *Poltorak* (ECLI:EU:C:2016:858), apartado 30 y en el asunto C-477/16 PPU, *Kovalkovas* (EU:C:2016:861) apartado 31.

160 Así se desprende, en nuestra opinión, entre otras, de la STJ de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-452/16 PPU, *Poltorak* (ECLI:EU:C:2016:858), apartado 30.

161 Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573), apartado 73.

162 STJ de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-452/16 PPU, *Poltorak* (EU:C:2016:858), apartados 34 y ss.

163 STJ de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-477/16 PPU, *Kovalkovas* (EU:C:2016:861) apartados 35 y ss.

164 SSTJ, de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-452/16 PPU, *Poltorak* (EU:C:2016:858), apartados 33 y ss. y en el asunto C-477/16 PPU, *Kovalkovas* (EU:C:2016:861), aparta-

policía o del Ministerio de Justicia es excepcional, no ocurre lo mismo respecto de los Ministerios Fiscales, a los que la mayor parte de los Estados miembros han encomendado esta función. La primera dificultad que se plantea al respecto es que no se trata de una figura homogénea en los diferentes Estados miembros, dado las diferencias reseñables entre los estatutos orgánicos de los mismos. Al respecto, en respuesta a numerosas cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia ha ido concretando las condiciones que debe reunir el Ministerio Fiscal para que se le pueda considerar comprendido en el concepto de «autoridad judicial» a efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco: en primer lugar, debe participar en la administración de la justicia penal en su Estado miembro¹⁶⁵, para lo que es necesario que tenga competencia, en el marco del procedimiento penal, “para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal”¹⁶⁶. En segundo lugar, en función de su estatuto orgánico en Derecho nacional, debe quedar garantizado que actúa con indepen-

dos 34 y ss.; y de 30 de mayo de 2013, en el asunto C-168/13 PPU, *F* (EU:C:2013:358), apartados 39, 40, 45 y 46.

- 165 Y ello con independencia de que su participación se limite a alguna o a todas las fases del procedimiento penal: fase de instrucción, fase de enjuiciamiento o fase de ejecución de la resolución definitiva de que se trate. Ello se infiere —desde el punto de vista del contexto en el que se inscribe el artículo 6.1 de la Decisión marco— tanto del anterior artículo 31 del TUE, base jurídica de la Decisión marco, como del actual artículo 82 del TFUE, que en su apartado 1.d) concreta que la cooperación judicial en materia penal en la UE incluye “facilitar la cooperación entre autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones”. Además, si tenemos en cuenta que el objetivo de la «euro-orden» es establecer un sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas que «sustituya» las relaciones clásicas de cooperación en el marco de la extradición “por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia” (considerando 5 de la Decisión marco), es razonable entender que aquellas autoridades que son competentes para adoptar tales resoluciones también lo sean para emitir una «euro-orden», en la medida en que la misma es una resolución judicial previa a la sentencia. Se ha de recordar que el Tribunal de Justicia ha señalado en reiteradas ocasiones que “para la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, hay que tener en cuenta no solo el tenor de esta, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte y, en especial, la génesis de esa normativa” (STJ de 17 de abril de 2018, en el asunto C-414/16, *Egenberger* (EU:C:2018:257), apartado 44). En el mismo sentido *vid.* SSTJ de 1 de julio de 2015, en el asunto C-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (EU:C:2015:433), apartado 30; de 12 de febrero de 2015, en el asunto C-114/13, *Bouman* (EU:C:2015:81), apartado 31; de 14 de noviembre de 2013, en los asuntos acumulados C-187/12 a C-189/12, *SFIR y otros* (EU:C:2013:737), apartado 24; y de 3 de octubre de 2013, en el asunto C-317/12, *Lundberg* (EU:C:2013:631), apartado 19.

- 166 SSTJ de 27 de mayo de 2019, en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, *OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau)* (EU:C:2019:456), apartados 50 a 60; y en el asunto C-509/18, *PF (Fiscal General de Lituania)* (EU:C:2019:457), apartados 29 a 39.

dencia al ejercer sus funciones como autoridad de emisión, dado que ello integra el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, garante de la protección de los derechos propios de los justiciables y de los valores enunciados en el artículo 2 del TUE, en particular del Estado de Derecho¹⁶⁷. Ello implica que dicha autoridad puede ejercer “sus funciones con plena autonomía, sin estar sometida a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones”¹⁶⁸. Este último elemento, la exigencia de garantías contra las presiones externas, es uno de los elementos principales señalados por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos al delimitar el concepto de «tribunal independiente» en el marco del artículo 6.1 del CEDH. En concreto, señala este Tribunal que se ha de tener en cuenta “el modo de designación y la duración del mandato de sus miembros, la existencia de garantías contra las presiones exteriores y la apariencia o no de independencia”¹⁶⁹. Y, en tercer lugar,

167 STJ de 25 de julio de 2018, en el asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (EU:C:2018:586), apartado 48. En palabras del Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, “la independencia es, desde luego, el rasgo institucional característico de la autoridad judicial en un Estado de derecho. Se trata de una cualidad conferida (y exigida) a los órganos jurisdiccionales para poder desempeñar adecuadamente la específica función que el Estado les confía, de manera exclusiva, con arreglo al principio de la separación de poderes. Es una cualidad instrumental, adjetiva de la función a la que sirve, pero esencial para la existencia de un verdadero Estado de derecho” (Conclusiones del Abogado General, M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 30 de abril de 2019, en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, *OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau)* (EU:C:2019:337), apartado 24).

168 STJ de 25 de julio de 2018, en el asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (EU:C:2018:586), apartado 63, en la que se continua en la consolidada línea jurisprudencial de, entre otras, las SSTJ de 27 de febrero de 2018, en el asunto C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (EU:C:2018:117), apartado 44; de 16 de febrero de 2017, en el asunto C-503/15, *Margarit Panicello* (EU:C:2017:126), apartado 37; de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme* (EU:C:2015:664), apartado 19; de 9 de octubre de 2014, en el asunto C-222/13, *TDC* (EU:C:2014:2265), apartado 30; de 17 de julio de 2014, en los asuntos acumulados C-58/13 y C-59/13, *Torresi* (EU:C:2014:2088), apartado 22; de 19 de septiembre de 2006, en el asunto C-506/04, *Wilson* (EU:C:2006:587), apartados 50 y ss.; de 6 de julio de 2000, en el asunto C-407/98, *Abrahamsson y Anderson* (EU:C:2000:367), apartado 36; y de 4 de febrero de 1999, en el asunto C-103/97, *Köllensperger y Atzwanger* (EU:C:1999:52), apartados 21 a 24.

169 STEDH de 2 de septiembre de 1998, en el caso *Kadubec contra Eslovaquia*, apartado 56. En el mismo sentido *vid.*, entre otras, SSTEDH de 12 de abril de 2005, en el caso *Whitfield contra Reino Unido*, apartado 43; de 28 de junio de 1984, en el caso *Campbell y Fell contra Reino Unido*, apartado 78; de 1 de octubre de 1982, en el caso *Piersack contra*

en el caso de que la autoridad competente para la emisión de «euro-órdenes» sea una autoridad que, si bien participa en la administración de justicia penal del Estado de que se trate, no es un juez o un tribunal sus decisiones relativas a la emisión de «euro-órdenes» y, en particular, la proporcionalidad de las mismas “deben poder ser objeto de un recurso judicial en dicho Estado miembro que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva”¹⁷⁰, lo que significa que dicho recurso debe ser resuelto por una autoridad judicial que actúe con independencia¹⁷¹.

Bélgica, apartado 27; y de 23 de junio de 1981, en el caso *Le Compte Van Leuven y de Meyere contra Bélgica*, apartado 55.

170 SSTJ de 27 de mayo de 2019, en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, *OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau)* (EU:C:2019:456), apartado 75; y en el asunto C-509/18, *PF (Fiscal General de Lituania)* (EU:C:2019:457), apartado 53.

171 Vid. AATJ de 22 de junio de 2021, en el asunto C-206/20, *Prosecutor of the regional prosecutor's office in Ruse, Bulgaria* (ECLI:EU:C:2021:509); y de 21 de enero de 2020, en el asunto C-813/19 PPU, *MN* (ECLI:EU:C:2020:31); y SSTJ de 10 de marzo de 2021, en el asunto C-648/20 PPU, *Svishtov Regional Prosecutor's Office* (ECLI:EU:C:2021:187); de 13 de enero de 2021, en el asunto C-414/20 PPU, *MM* (ECLI:EU:C:2021:4); de 17 de diciembre de 2020, en los asuntos acumulados C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)* (ECLI:EU:C:2020:1033); de 24 de noviembre de 2020, en el asunto C-510/19, *Openbaar Ministerie (Faux en écritures)* (ECLI:EU:C:2020:953); de 12 de diciembre de 2019, en el asunto C-627/19 PPU, *Openbaar Ministerie (Fiscal de Bruselas)* (ECLI:EU:C:2019:1079); de 12 de diciembre de 2019, en los asuntos acumulados C-566/19 PPU y C-626/19 PPU, *Parquet Général du Grand-Duché de Luxembourg y Openbaar Ministerie (Fiscales de Lyon y de Tours)* (ECLI:EU:C:2019:1077); de 12 de diciembre de 2019, en el asunto C-625/19 PPU, *Openbaar Ministerie (Fiscalía Suecia)* (ECLI:EU:C:2019:1078); y de 9 de octubre de 2019, en el asunto C-489/19 PPU, *NJ (Parquet de Vienne)* (ECLI:EU:C:2019:849).

De esta forma, la consideración del Ministerio Fiscal de un Estado miembro como “autoridad judicial emisora” a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco dependerá en la práctica del estatuto orgánico de que disfrute en su Derecho nacional. Ello, en cierta medida, está en sintonía con la jurisprudencia del TEDH, que, en el marco de los apartados 1.c) y 3 del artículo 5 del CEDH, ha señalado que el Ministerio Fiscal podría ser considerado incluido en el concepto de “autoridad judicial competente” al que se refiere el apartado 1.c) señalado, y que el apartado 3 constituye en sinónimo de “juez u otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales” en la medida en que esté garantizado que actúa con independencia del poder ejecutivo (vid. SSTEDH de 10 de julio de 2008, en el caso *Medvedyev y otros contra Francia*, apartado 61; de 4 de diciembre de 1979, en el caso *Shiesser contra Suiza*, apartados 28 y ss.; y de 18 de enero de 1978, en el caso *Irlanda contra Reino Unido*, apartado 199).

Respecto de esta línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia vid., entre otros, ALONSO MOREDA, N., “El fiscal como autoridad judicial de emisión de «euro-órdenes»...”, *op. cit.*, pp. 226-249; AMBOS, K., “The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU’s judgment in OG (C-508/18) and PI (C 82/19 PPU)”, *op. cit.*, pp. 399-407 y “Sobre las fiscalías alemanas como autoridad de emisión de la orden de detención europea”, *op. cit.*; HARKIN,

Por otro lado, el Tribunal de Justicia, en ningún caso ha cuestionado el carácter de «autoridad judicial» a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco de un juez o tribunal. Al contrario, de la jurisprudencia señalada se desprende que el Tribunal de Justicia parte precisamente de la premisa de que jueces y tribunales reúnen sin duda esa condición. De esta forma, es difícil cuestionar que el Tribunal Supremo español, que es un tribunal independiente que participa en la administración de la justicia penal, deba estar incluido en el concepto de «autoridad judicial» a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco. A mayor abundamiento, si tomamos como referencia a modo de analogía los factores que ha establecido el Tribunal de Justicia para ostentar la condición de «autoridad judicial» a los efectos del artículo 267 del TFUE (“el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción,[...] la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia”¹⁷²), llegaremos a la misma conclusión.

Por lo tanto, dado que, por un lado, no hay duda de que el Tribunal Supremo español reúne la condición de «autoridad judicial» a efectos del artículo 6.1 de la Decisión marco y, que, por otro, —sin necesidad de entrar a considerar la incorrecta interpretación del derecho español que realizan las autoridades de emisión belgas— se ha de entender que la autoridad judicial belga de ejecución no es competente para valorar la competencia del Tribunal Supremo español para el enjuiciamiento del Sr. Puig y, por lo tanto, para emitir la «euro-orden», la decisión de las autoridades judiciales belgas de ejecución respecto del riesgo de vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley,

T., “The case law of the Court of Justice of the European Union on ‘judicial authority’ and issuing European arrest warrants”, *op. cit.*, pp. 1-23; HEIMRICH, C., “European arrest warrants and the Independence of the issuing judicial authority – How much Independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU OG and PI)”, *op. cit.*, pp. 389-398; JIMENO BULNES, M., “Problemas actuales del funcionamiento de la orden europea de detención y entrega”, en MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M.^a I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 410 y ss.; RUIZ YAMUZA, F.G., “El Ministerio Fiscal como autoridad judicial de emisión en la DM OEDE. Notas en relación con la jurisprudencia reciente del TJUE”, en MORENO CATENA, V. Y ROMERO PRADAS, M.^a I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 331-384; y VAN DER MEI, A.P., “The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice”, *op. cit.*, pp. 886 y s.

172 STJ de 2 de septiembre de 2021, en el asunto C-66/20, XK (ECLI:EU:C:2021:670), apartado 34. En el mismo sentido *vid.*, entre otras, SSTJ de 21 de enero de 2020, en el asunto C-274/14, *Banco de Santander* (ECLI:EU:C:2020:17), apartado 51; de 16 de febrero de 2017, en el asunto C-503/15, *Margarit Panicello* (ECLI:EU:C:2017:126), apartado 27; y de 31 de mayo de 2005, en el asunto C-53/03, *Syfait y otros* (ECLI:EU:C:2005:333), apartado 29.

así como el derecho a la presunción de inocencia, carecen de fundamento, dado que, conforme al ordenamiento jurídico español, el Tribunal Supremo sí es competente para ello, cuestión que incluso ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional¹⁷³. Al respecto es muy claro el Abogado General al señalar en sus Conclusiones que, “si bien el sentido y el alcance del concepto de «autoridad judicial», a los efectos del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, no pueden dejarse a la apreciación de cada Estado miembro, y si bien este concepto requiere una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión, las normas que determinan la competencia de tal autoridad para emitir una orden de detención europea forman parte de la autonomía procesal del Estado miembro emisor, en la que la autoridad judicial de ejecución no puede inmiscuirse sobre la base de esa disposición. Cualquier otra interpretación menoscabaría el principio de reconocimiento mutuo”¹⁷⁴ que, recordemos, pivota sobre el principio de confianza recíproca, lo que ha llevado al Tribunal de Justicia a señalar en diferentes ocasiones que obliga a considerar a los Estados miembros que, salvo en circunstancias excepcionales, todos los demás Estados miembros cumplen el Derecho de la Unión y, en particular, los principios y derechos fundamentales reconocidos por este¹⁷⁵. En sus conclusiones, el Abogado General recomienda finalmente al Tribunal de Justicia responder que “el artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584 debe interpretarse en el sentido de que no permite a una autoridad judicial de ejecución controlar si una autoridad judicial emisora es competente, en virtud del Derecho del Estado miembro emisor, para dictar una orden de detención europea”¹⁷⁶, conclusión que compartimos plenamente¹⁷⁷.

173 Así, por ejemplo, lo reconoce respecto de Meritxell Borràs i Solé, encausada en el mismo proceso de Puig Gordi, en su Sentencia 34/2021, de 17 de febrero, BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:34), fundamento jurídico 5. Asimismo, el propio Puig Gordi ha planteado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que se encuentra pendiente de resolución.

Respecto de dicha competencia del Tribunal Supremo *vid.* ARMENGOT VILAPLANA, A., “La competencia del Tribunal Supremo para conocer d la causa especial de «el *procés*»”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2019, nº 26, pp. 252-271.

174 Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573), apartado 74.

175 *Id.*, entre otras, ATJ de 22 de junio de 2021, en el asunto C-206/20, *Prosecutor of the regional prosecutor's office in Ruse, Bulgaria* (ECLI:EU:C:2021:509), apartado 39 y SSTJ de 12 de diciembre de 2019, en el asunto C-625/19 PPU, *Openbaar Ministerie (Fiscalía Suecia)* (ECLI:EU:C:2019:1078), apartado 33 y de 25 de julio de 2018, en el asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (EU:C:2018:586), apartado 36.

176 Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573), apartado 76.

177 En el mismo sentido se posiciona, por ejemplo, HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “El reconocimiento mutuo a examen: el asunto C-158-21 Puig Gordi y otros y su incidencia en el

2.5. Riesgo de vulneración de los derechos fundamentales

Tal y como se ha señalado en el apartado anterior, las autoridades judiciales de ejecución belgas denegaron la entrega de Lluís Puig con el argumento de que existía un riesgo de vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley, así como del derecho a la presunción de inocencia (artículos 47 y 48 de la CDFUE y artículo 6 del CEDH), al entender que el Tribunal Supremo español no era el órgano competente para el enjuiciamiento. Como señalamos, este es un argumento que, a la espera de la próxima resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español, puede presentarse en el futuro cuando estas mismas autoridades tengan que abordar las reclamaciones pendientes respecto de los Srs. Puigdemont, Comín y Ponsatí. Además, es previsible que las partes aleguen, ya que así lo han hecho en el pasado, que también se presenta un riesgo de vulneración del artículo 4 de la CDFUE y del artículo 3 del CEDH, debido a unas supuestas deficientes condiciones de detención en España.

En las señaladas cuestiones prejudiciales, el Tribunal Supremo español solicita al Tribunal de Justicia que aclare los requisitos que exige el Derecho de la Unión para que un Estado miembro pueda concluir que existe un riesgo de vulneración de derechos fundamentales que justifique la denegación de una «euro-orden» y, más en concreto, si cabe apreciar dicho riesgo a partir de un informe de un grupo de trabajo de Naciones Unidas.

El punto de partida, como también se ha señalado ya, es el artículo 1.2 de la Decisión marco, en el que se establece que los Estados miembros tienen la obligación de ejecutar toda «euro-orden» que reciban sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y de conformidad con las disposiciones de la propia Decisión marco. Ahora bien, esta obligación de entrega decae cuando, en determinadas condiciones, la autoridad judicial de ejecución aprecia un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el Estado miembro de emisión en caso de producirse la entrega.

De manera previa, entendemos oportuno aclarar que esta obligación existe con independencia de lo que establezca la Decisión marco dado que entre la obligación de entrega que establece esta y la obligación internacional de respeto de los derechos humanos se impone esta última. En efecto, siguiendo a VOGEL, a la hora de clasificar los tipos posibles de extradición existen dos modelos teóricos posibles: el “bidimensional” y el “tridimensional”. El primero considera que la ex-

futuro de la cooperación judicial en materia penal en la UE”, *Revista de Estudios Europeos*, 2022, vol. 79, pp. 269 y ss.; y “La desconfianza mutua como principio: sobre la trascendencia europea de las cuestiones prejudiciales planteadas por el magistrado instructor del caso Procés”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94, pp. 7 y s.

tradición es una relación jurídica interestatal en el que los derechos de la persona reclamada “sólo se consideran al producirse la *ejecución* de la extradición, concretamente la detención y el ingreso en prisión a efectos de extradición”. El segundo, en cambio, desde un principio incluye a la persona reclamada en la relación jurídica extradicional, constituyendo, por consiguiente, un modelo que se presenta como una *relación triangular* en la que participan el Estado requirente, el Estado requerido y la persona reclamada, en la que los derechos fundamentales y los derechos humanos del reclamado deben respetarse desde el principio y no sólo cuando se va a ejecutar la extradición. En opinión de este autor, la Decisión marco toma como base el modelo extradicional “bidimensional”, que estructuralmente no se diferencia del concepto tradicional de extradición, si bien, en lugar de partir de la soberanía del Estado, se parte de una confianza mutua, de mucho mayor alcance, entre los Estados miembros de la Unión Europea. En cambio, “la situación actual del Derecho Internacional Público en el que el individuo se concibe como sujeto del Derecho Internacional Público con derechos fundamentales y derechos humanos reconocidos por el citado Derecho Internacional, únicamente se ajusta al modelo «tridimensional» de extradición”. Según este modelo, que se basa en la jurisprudencia del TEDH, “la procedencia de la extradición y la obligación de extraditar dependen también, a nivel interestatal y en cada caso concreto, del respeto a los derechos de la persona reclamada”¹⁷⁸.

En este sentido, en el caso de que se encuentre comprometida la integridad de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional a la persona reclamada, el Estado requerido no tendrá la obligación de proceder a la extradición. Es más, tendrá la obligación inversa de no proceder a su entrega, independientemente de que ello se plasme expresamente en los tratados de extradición o en las normas internas aplicables, ya que, en caso contrario, se estaría conculcando el orden público internacional, el cual comprende todos aquellos derechos inherentes a la condición humana que el Estado no puede obviar ni en sus relaciones internacionales ni en el ámbito interno¹⁷⁹. Así, el propio Estado requerido vería comprometida su responsabilidad internacional en virtud de la obligación de vi-

178 VOGEL, J., “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, nº VII, p. 188 y s.

179 En caso contrario, si aun a sabiendas de un manifiesto riesgo de que se produzca o se haya producido la vulneración de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el país de destino, la autoridad del Estado requerido incurriría en una «violación indirecta» de los derechos fundamentales de esta persona finalmente entregada. Al respecto, ROVIRA define la «violación indirecta» de los derechos fundamentales como “aquella que resulta facilitada por la actuación u omisión de los órganos extradicionales del Estado requerido, no es cometida directamente por éstos pero sí facilitada, es como un cooperador necesario para que ésta se produzca” (ROVIRA, A., “Extradición y Derechos Fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales*, 2003, nº 58, pp. 15 y ss.).

gilancia frente a la actuación del Estado requirente¹⁸⁰. Se trata de una serie de derechos que por, su carácter irrenunciable, se deben respetar y garantizar en todo proceso extradicional. Por ello, la responsabilidad de las autoridades del Estado requerido por acción u omisión en el respeto y garantía de estos derechos en los procedimientos extradicionales no se limita a las consecuencias de su propia conducta, sino que se extiende también a las que se hayan producido o a las que previsiblemente se pueden producir en el país de entrega, máxime, teniendo en cuenta que, una vez materializada la entrega, resulta prácticamente imposible para las autoridades del Estado requerido la rehabilitación o reposición de la persona entregada en los derechos que, en su caso, se hayan vulnerado o se puedan vulnerar en el Estado de entrega.

En este punto, y en relación con el ámbito regional europeo, cobra una especial importancia el CEDH y el cuerpo de doctrina emanada del TEDH que constituyen un específico orden público europeo. En este sentido, en el caso de producirse una colisión entre ambos, los Estados vinculados por este Convenio deben primar la garantía de los derechos reconocidos en el mismo sobre los deberes de cooperación recíproca¹⁸¹. Asimismo, sus tribunales deben interpretar la normativa tanto nacional como internacional sobre la materia a la luz de la jurisprudencia del TEDH, a través de la cual la garantía de los derechos humanos se convierte en presupuesto de validez de la extradición¹⁸².

El TEDH ha establecido de forma reiterada, en especial en su Sentencia de 7 de julio de 1989 (*asunto Soering*)¹⁸³, que el Estado requerido no es responsable únicamente del respeto de los derechos humanos en el procedimiento de extradición que se sustancia ante sus autoridades, es decir, en la detención e ingreso en prisión a efectos de extradición, sino que tiene un deber de vigilancia respecto del Estado de emisión de tal forma que se le pueden imputar, de manera indirecta, las

180 LÓPEZ ORTEGA, J.J., "Apéndice. El futuro de la extradición en Europa", en la obra: CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, op. cit., 2003, p. 342; y "La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el sistema de entrega instaurado por la orden europea de detención", *Manuales de Formación Continuada*, 2007, nº 42, pp. 333.

181 Sobre la relación entre la extradición y el CEDH vid., entre otros, PADELLETTI, M.L., "Estradizione e Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXIX, 1996, fasc. 3, pp. 656 y ss.; y LUGATO, M., "Mandat d'arrêt Européen, extradition et droit à un procès équitable", *Revue Générale de Droit International Public*, 2008, vol. 112, nº 3, pp. 601-622.

182 GONZÁLEZ CAMPO, E., "La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición", *Revista del Ministerio Fiscal*, 2000, nº 7, pp. 64, 65 y 74.

183 Para el estudio de tan importante sentencia vid., entre otros, DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., "Reconciling extradition with human rights", *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, nº 2, pp. 191 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El principio de proporcionalidad en la extradición", *Poder Judicial*, 1989, nº 15, pp. 35-52.

vulneraciones de dichos derechos cometidas o que previsiblemente puedan cometer las autoridades del otro Estado (teoría tridimensional). En efecto, el TEDH señala que, a pesar de que no pueda entenderse que el CEDH, en su artículo 1, consagre un principio general según el cual cada Estado firmante, no obstante sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a una persona sin la convicción de que las condiciones en el país de destino encajan plenamente con todas y cada una de las garantías del CEDH, ello no releva a los Estados contratantes de su responsabilidad por todas o parte de las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de su jurisdicción¹⁸⁴.

Tal y como ha destacado GONZÁLEZ CAMPO, “la entrega del delincuente reclamado por otro Estado no es un acto neutral o incoloro a la luz del Convenio; muy al contrario, compromete al Estado que hace la entrega y lo hace corresponsable de las violaciones de derechos que se hayan cometido en el país reclamante”¹⁸⁵. Es decir, la ejecución de una extradición (o de una orden europea) basada en una sentencia en cuyo proceso no se respetaron los derechos fundamentales

184 Vid. STEDH de 7 de julio de 1989, en el caso *Soering*, apartado 86. Esta jurisprudencia es acogida por nuestro Tribunal Constitucional el cual ha señalado que “la responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. [...] se encuentran obligadas [las autoridades españolas] a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, por los medios que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas” (STC nº 13/1994, de 17 de enero, RTC 1994\13, FJ 4). Por lo tanto, “la concesión de una extradición para que el extranjero extraditado fuera sometido al cumplimiento de una sentencia condenatoria pronunciada en un proceso en el cual no se hubiera respetado alguno de los derechos fundamentales antes mencionados, sería nula, por contraria a nuestra constitución, y para ello no sería obstáculo el hecho de que las vulneraciones directas contra los derechos fundamentales se hubieran cometido en otro país [...] pues constándoles a nuestros tribunales aquellas vulneraciones, no podrían acceder ellos a la extradición sin hacerse autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado” (STC nº 11/ 1983, de 21 de febrero, RTC 1983\11, texto extraído del razonamiento nº 1 del voto particular del Magistrado señor Tomás y Valiente de dicha sentencia al final del cual aclara que esta afirmación no se encuentra en desacuerdo con la sentencia en cuyo fundamento segundo se sienta idéntica doctrina). Se trata, en palabras del Tribunal Constitucional, de una vulneración «indirecta» de los Derechos fundamentales susceptibles de amparo (Vid., entre otras, STC nº 91/2000, de 30 de marzo, RTC 2000\91, FJ 5º).

185 Este autor señala que ello lleva a que se implante de manera indirecta “un juicio de revisión del sistema legal y del subsistema judicial del Estado reclamante, así como de las prácticas imperantes en dicho Estado, si, denunciadas irregularidades que trasciendan en incumplimientos relevantes de las obligaciones que los Estados partes en el CEDH tienen asumidas en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dichas infracciones resultan

o se prevé que las autoridades del Estado emisor no los van a respetar, puede dar lugar a una vulneración «indirecta» de estos derechos por parte de las autoridades del Estado de ejecución¹⁸⁶. En definitiva, el TEDH consagra la obligación de controlar la conformidad con los derechos fundamentales de los actos de otros Estados a los que los Estados parte del Convenio aporten su colaboración o cooperen en su ejecución¹⁸⁷.

Ahora bien, esta consecuencia no se predica respecto de la vulneración de todo derecho fundamental, sino que se reserva, en palabras del TEDH, a la vulneración del «espíritu general» de los derechos fundamentales, destinado a salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática. Se trata de los valores subyacentes a la Convención, esto es, el patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia al Derecho a que se refiere el preámbulo de la Convención (STEDH de 7 de julio de 1989, en el caso *Soering*, apartados 87 y 88); los «valores esenciales» reconocidos en sus respectivas Constituciones (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 2 de junio de 1991¹⁸⁸, y de la Corte Constitucional de la República de Italia, de 25 de junio de 1996); o, en palabras del Tribunal Constitucional español, el «contenido absoluto» de los derechos fundamentales (STC nº 91/2000, de 30 de marzo, RTC 2000\91, FJ 8º), que abarca “aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”¹⁸⁹; es decir, únicamente podrá alcanzar proyección universal el

acreditadas” (GONZÁLEZ CAMPO, E., “La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición”, *op. cit.*, p. 67 y s.).

- 186 Tal y como señala GONZÁLEZ CAMPO, esta “doctrina de la corresponsabilidad de los Estados en la garantía de los derechos humanos descansa sobre un declarado deber de evitación del resultado lesivo que emana de una suerte de «posición de garante» en que se halla el Estado que tramita el procedimiento de extradición por depender de la decisión de sus autoridades el futuro de la persona reclamada” (*ibid.*, pp. 69 y s.).
- 187 Al respecto *vid.*, además de la mencionada sentencia «*Soering*», la STEDH, de 26 de junio de 1992, en el caso *Drozdz y Janousek contra Francia y España*.
- 188 En relación con Alemania VOGEL señala que “del art. 73 de la Ley sobre Asistencia Jurídica Internacional en materia penal de la R.F.A. se desprende que la norma a aplicar es el orden público nacional, que el Tribunal Constitucional Federal alemán considera el «núcleo» de los fundamentos del Estado de derecho o como la esencia de las «garantías elementales mínimas»”. En todo caso, este autor opina que en el seno de la Unión Europea lo adecuado es acudir al artículo 6 del TUE, al CEDH, a la jurisprudencia del TEDH y a los derechos mínimos de la persona reclamada vigentes en la legislación extradicional europea actual (VOGEL, J., “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 190).
- 189 SSTC nº 242/1994, de 20 de julio, RTC 1994\242, FJ 4; nº 107/1984, de 23 de noviembre, RTC 1984\107, FJ 2; nº 99/1985, de 30 de septiembre, RTC 1985\99, FJ 2; y nº

núcleo irrenunciable de derecho fundamental inherente a la dignidad humana¹⁹⁰. Por lo tanto, solo en el caso de que las autoridades judiciales de emisión hayan lesionado o vayan a lesionar este núcleo esencial de los derechos fundamentales las autoridades judiciales de ejecución deben denegar la extradición, ya que, en caso contrario, estarían vulnerando «indirectamente» dichos derechos.

En este contexto, en consonancia con la mencionada teoría “tridimensional” en la aplicación de la Decisión marco, las autoridades judiciales competentes de los Estados miembros no escapan a la necesaria vigilancia de los derechos humanos, especialmente aquellos reconocidos por el CEDH, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia del TEDH, y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de forma que no se conculque el específico orden público europeo que ello conforma. En particular, y en relación con las cuestiones aquí planteadas, tanto el derecho a un juez independiente e imparcial predeter-

91/2000, de 30 de marzo, RTC 2000\91, FJ 7.

190 En efecto, el Tribunal Constitucional español, en línea con la jurisprudencia del TEDH, ha establecido que, así como en virtud del artículo 53.1 de la CE los poderes públicos españoles se hallan vinculados *ad intra* por los derechos fundamentales en tanto en cuanto esté en juego el «contenido esencial» de los mismos, no queda tan clara la determinación del contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyecta *ad extra*, esto es, el que en virtud de su validez universal, pudiéramos denominar «contenido absoluto». El Tribunal Constitucional se ha decantado por considerar que este «contenido absoluto», en todo caso más reducido que el del «contenido esencial» al que se refiere el mencionado artículo 53.1 de la CE, abarca “aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (SSTC nº 242/1994, de 20 de julio, RTC 1994\242, FJ 4; nº 107/1984, de 23 de noviembre, RTC 1984\107, FJ 2; nº 99/1985, de 30 de septiembre, RTC 1985\99, FJ 2; y nº 91/2000, de 30 de marzo, RTC 2000\91, FJ 7). Para precisar dicho contenido se ha de partir, en cada caso, “del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos”, para lo cual revisten especial importancia los instrumentos internacionales sobre la materia ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la CE remite como criterios interpretativos (STC nº 91/2000, de 30 de marzo, RTC 2000\91, FJ 7). Por lo tanto, únicamente podrá alcanzar proyección universal el núcleo irrenunciable de derecho fundamental inherente a la dignidad humana. En opinión de CUERDA RIEZU, la idea básica esencial que está detrás de este concepto consiste en que “para apreciar una vulneración de un derecho fundamental previsto en nuestra Constitución, cometida directamente por un poder público extranjero e imputable indirectamente a un poder público español, es necesaria una antijuricidad cualificada o, si se prefiere una contrariedad a un contenido más reducido de nuestros derechos fundamentales, un contenido que vendría a ser el denominador común en el panorama internacional” (CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la “euro orden” de detención y entrega...*, op. cit., p. 28).

minado por la ley (arts. 47 de la CDFUE y 6.1 del CEDH), como el derecho a la presunción de inocencia (arts. 48 de la CDFUE y 6.2 del CEDH), como el derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes debido a unas deficientes condiciones de detención (arts. 4 de la CDFUE y 3 del CEDH) estarían incluidos dentro de ese «contenido absoluto» de los derechos fundamentales cuya vulneración, tanto directa como indirecta, supondría conculcar el orden público europeo.

Además, entrando ya en el análisis de la propia Decisión marco, el artículo 1.2 de la misma establece que los Estados miembros tienen la obligación de ejecutar toda «euro-orden» que reciban sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y “de acuerdo con las disposiciones” de la propia Decisión marco. Pues bien, el apartado 3 del mismo artículo 1, única referencia a los derechos humanos que se realiza en el articulado de la norma¹⁹¹, establece, de forma tajante, que la misma no podrá tener como efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 (y, habría que añadir ahora, el artículo 2) del TUE, el cual, se ha de recordar, se remite al CEDH, a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹², idea que se reitera en el considerando 12 del Preámbulo. En consecuencia, la obligación de respetar los derechos fundamentales se mantiene bajo el «paraguas» de los artículos 2 y 6 del TUE, dotando de esta forma a dichos derechos de un carácter preeminente en la Decisión marco. De esta forma se garantiza que la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas no sufran retroceso alguno¹⁹³, y se sitúa al CEDH y a la CDFUE en el epicentro alrededor del cual gira la protección de los derechos fundamentales en la Decisión marco.

-
- 191 El resto de referencias se encuentran en los considerandos de la norma. Así, el considerando 10 acoge el procedimiento de control político del Consejo Europeo previsto en el artículo 7 del TUE; el considerando 12 recoge la denominada cláusula humanitaria o de no discriminación, también garantizada en todo caso en el artículo 21 de la CDFUE; y el considerando 13 recoge de forma literal el contenido del artículo 19 de la CDFUE al señalar que nadie podrá ser entregado 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, enfatizando así dicha obligación derivada del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH.
- 192 Lo que no podía ser de otra forma, ya que, tal y como señala LUGATO, “è evidente che una decisione quadro non può modificare norme dei Trattati” (LUGATO, M., “La tutela dei Diritti fondamentali rispetto al Mandato d’arresto europeo”, *op. cit.*, p. 37). En opinión de FLORE aunque este apartado 3º del artículo 1 de la Decisión marco no añade nada a la realidad jurídica existente, “politiquement par contre, on peut comprendre que cette inscription soit un geste symbolique destiné à rassurer sur les bonnes intentions du législateur européen” (FLORE, D., “Le mandat d’arrêt européen: première mise en oeuvre d’un nouveau paradigme de la justice pénale européenne”, *Journal des Tribunaux*, 2002, nº 6050, p. 278).
- 193 Tal y como señala VANDERMEERSCH, “les règles relatives au mandat d’arrêt européen s’inscrivent donc dans le cadre des instruments internationaux garantissant les libertés

Este artículo 1.3 de la Decisión marco ha sido, precisamente, la base jurídica que ha llevado a la mayor parte de los Estados miembros a introducir en sus normas internas de transposición un motivo explícito de denegación de la entrega de la persona reclamada en caso de vulneración o riesgo de vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas o/y discriminación de la persona reclamada en el Estado de emisión¹⁹⁴.

El establecimiento de estas cláusulas responde no tanto a una motivación jurídica como política, ya que, en realidad, no añaden una obligación a las autoridades judiciales de ejecución, que, tal y como se ha visto, ya la tienen, con independencia de que los Estados las introduzcan o no en sus legislaciones internas de transposición. Así lo ha reconocido la Comisión europea¹⁹⁵ y nuestro propio

et droits fondamentaux et doivent être interprétées comme ne pouvant déroger à ces garanties. L'article 1.3 de la décision-cadre doit être considéré comme constituant une clause de non-régression à cet égard" (VANDERMEERSCH, D., "Le mandat d'arrêt européen et la protection des droits de l'homme", *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 2005, nº 3, p. 220). Al respecto *vid.*, entre otros, DE GENTILI-PICARD, L., "La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France", *La Semaine Juridique*, 2004, nº 42, p. 1780; DELGADO MARTÍN, J., "La orden europea de detención y entrega", *op. cit.*, pp. 5 a 7; JÉGOUZO, I., "Le mandat d'arrêt européen : premiers pas d'un espace judiciaire européen en matière pénale", *Revue de Affaires Européennes/Law & European Affairs*, 2003-2004, nº 3, p. 358; PRADEL, J., "Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition", *Recueil Dalloz*, 2004, nº 20, p. 1397; RODRÍGUEZ BENOT, A., "La Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, 2002, nº 2, p. 1057; o WERY, E., "Le mandat d'arrêt européen progresse et intéresse les juristes de l'internet", *Droit Nouvelles Technologies*, 18 Avril 2003 (que se puede consultar en: http://www.droit-technologie.org/1_2_1.asp?actu_id=746). Una posición algo crítica se puede encontrar en GILMORE, B., "The EU Framework Decision on the European Arrest Warrant: An Overview from the Perspective of International Criminal Law", *ERA - Forum*, 2002, nº 3, pp. 146 y s.

194 Así, en la mayoría de las normas internas de transposición de la Decisión marco adoptadas por los Estados miembros se hace alusión como causas de no ejecución obligatoria de la orden europea, principalmente a las siguientes: el riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a la tortura o a otros tratos inhumanos o degradantes; que resulte una obligación incompatible con los derechos y libertades reconocidos en el CEDH; la persecución basada en razones de sexo, raza, religión origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas, orientación sexual o por sus acciones a favor de la libertad; la vulneración de la libertad de expresión y de asociación; o la vulneración del derecho a un proceso justo.

195 En efecto, señala la Comisión que, con independencia de que las legislaciones internas de transposición prevean estas cláusulas expresas de respeto de los derechos fundamentales o/y las conocidas cláusulas humanitarias o de no discriminación, la ejecución de una orden europea está sujeta, sin duda, al pleno respeto de las garantías individuales, con lo que las autoridades judiciales siempre estarán facultadas para denegar la ejecución

Tribunal Constitucional¹⁹⁶. Con ello se proporciona a las autoridades judiciales de ejecución una base jurídica explícita en la propia norma de aplicación en la que sustentar sus decisiones al respecto, y se transmite la inquietud del legislador respecto del necesario respeto de los derechos fundamentales, invitando a las autoridades judiciales de ejecución a mantener la máxima atención al respecto. De esta forma se refuerza la previsión genérica de los artículos 2 y 6 del TUE. Quizás el establecimiento de estas cláusulas se deba, al menos en parte, a un principio de utilidad, ya que los Estados no quieren perder el control sobre la aplicación de estas cláusulas; no quieren perder el derecho de revisión.

En nuestra opinión, estas cláusulas resultan necesarias dada la falta de una suficiente armonización o aproximación de la legislación penal, tanto procesal

de una orden europea si constatan “que el procedimiento está viciado por una violación del artículo 6 TUE y de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros” (Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, de 23 de febrero de 2005 (COM(2005) 63 final), pp. 6 y 7.). Por lo tanto, aunque entre Estados democráticos, objeto todos del control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se presupone el respeto de los derechos fundamentales y la confianza es la norma, en el caso de que todo indique que la ejecución de una orden europea corra el riesgo de implicar para la persona entregada una vulneración de sus derechos fundamentales tal y como son garantizados en el CEDH, la autoridad judicial debe rechazar la ejecución de la orden (Respuesta de la Comisión a la pregunta parlamentaria escrita de la Sra. Kathalijne Buitenweg, nº E-1310/02, DOUE nº C 92 E, de 17 de abril de 2003).

- 196 En efecto, señala nuestro TC que “el hecho de que la Ley 3/2003, de 14 de marzo (RCL 2003, 731), sobre la orden europea de detención y entrega, promulgada en cumplimiento de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 (LCEur 2002, 1985), no haya incorporado expresamente a su articulado una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión de la euroorden, no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, pues, además de que la misma se contiene en el preámbulo de la propia Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, en cuyo apartado 13 se dispone 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», nos hallamos ante uno de los «valores fundamentales de las sociedades democráticas» (SSTC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000, 91], F. 8; 32/2003, de 13 de febrero [RTC 2003, 32], F. 7, citando las SSTEDH de 7 de julio de 1989 [TEDH 1989, 13], caso Soering c. Reino Unido, y de 11 de julio de 2000 [TEDH 2000, 151], caso Jabari c. Turquía), «dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la Ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho», por lo que configuran una «prohibición absoluta... que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» (STC 34/2008, de 25 de febrero [RTC 2008, 34], F. 5)” (STC nº 199/2009, de 28 de septiembre, F.J. 2º).

como material, de los diferentes Estados miembros, y responden a la coyuntura del momento, ya que, aunque no existe esta adecuada armonización o aproximación en materia penal, se establecen mecanismos procesales que se pretenden automáticos. Es indudable que la armonización y la reciprocidad contribuirían a la creación de un clima más adecuado de confianza. Así, los Estados miembros se muestran favorables a avanzar en la integración de un sistema de detención y entrega que tienda hacia el automatismo, pero con cautelas desde el punto de vista de la protección de los derechos del individuo.

El Tribunal de Justicia ha avalado la existencia de estas cláusulas admitiendo, como no podía ser de otra forma, que dado que “la ejecución de la orden de detención europea constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta”¹⁹⁷, debe hacerse una interpretación restrictiva de las mismas. En concreto, respecto de lo que ahora nos interesa, ha admitido la posibilidad de que la autoridad judicial de ejecución pueda denegar la entrega en determinadas condiciones ante la vulneración o el riesgo de vulneración, tanto respecto del derecho a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley (arts. 47 de la CDFUE y 6 del CEDH) como del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (arts. 4 de la CDFUE y 3 del CEDH) debido a condiciones deficientes de detención.

En el desarrollo restrictivo de las condiciones en las que se ha de aplicar esta nueva causa de oposición a la entrega, el Tribunal de Justicia, a partir del asunto *Aranyosi y Căldăraru*¹⁹⁸, ha establecido un doble test que debe realizar la autori-

197 Vid., entre otras, SSTJ, de 11 de marzo de 2020, en el asunto C-314/18, *SF (Mandat d'arrêt européen - Garantie de renvoi dans l'État d'exécution)* (ECLI:EU:C:2020:191), apart. 39; de 15 de octubre de 2019, en el asunto C-128/18, *Dorobantu* (ECLI:EU:C:2019:857), apart. 48; y de 25 de julio de 2018, en el asunto C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)* (ECLI:EU:C:2018:589), apart. 54 y en el asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (ECLI:EU:C:2018:586), apartado 41.

198 STJ de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru* (ECLI:EU:C:2016:198).

Al respecto de esta sentencia y de los desarrollos jurisprudenciales posteriores de la misma *vid.*, entre otros, AIZPURUA, E. y ROGAN, M., “Understanding new actors in European Arrest Warrant cases concerning detention conditions: The role, Powers and functions of prison inspection and monitoring bodies”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 11, 2020, nº 2, pp. 204-226; ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Euroorden, condiciones de reclusión y derechos fundamentales: Karlsruhe emplaza a completar Aranyosi”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, nº 66, pp. 113-145; BAZYLINSKA-NAGLER, J., “Polonia ante el principio de confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE”, *UNED. Revista de Derecho Político*, 2021, nº 110, pp. 336 y ss.; CAIOLA, A., “Retour sur la mise en oeuvre du mandat d'arrêt européen: le respect de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants dans la détention.: CJUE, gde ch., 15

dad judicial de ejecución para valorar si efectivamente la entrega puede suponer una vulneración o un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el Estado de emisión. Este doble test se estructura en dos fases. En una primera, se ha de realizar una valoración en el plano sistémico del Estado miembro de que se trate; en la segunda, se ha de valorar el riesgo en particular respecto de la persona reclamada.

En la primera fase de este doble test, la autoridad judicial de ejecución debe disponer “de elementos que acrediten un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante” en el Estado de emisión debido a deficiencias sistémicas o generalizadas¹⁹⁹ para lo que deberá basarse en “elementos objetivos, fiables, precisos

octubre 2019, Dumitru-Tudor Dorobantu/Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, C-128/18, EXLI:EU:C:2019:857”, *Revue des affaires européennes*, 2019, nº 4, pp. 785-793; CARLINO, V. y MILANI, G., “To trust or not to trust? Fiducia e diritti fondamentali in tema di mandato d’arresto europeo e sistema comune di asilo”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, nº 2, pp. 64-89; CORTÉS MARTÍN, J.M., “Sobre los límites a la confianza mutua y la equivalencia intersistémica de la orden europea de detención”, en CORTÉS MARTÍN, J.M., y RUIZ YAMUZA, F.-G. (coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 64 y ss.; MANCANO, L. “Judicial cooperation, detention conditions and equivalent protection. Another chapter in the EU-ECHR relationship: Bivolaru and Moldovan v. France”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2022, nº 56, pp. 212 y ss. y 226 y ss.; MARGUERY, TP., “Towards the end of mutual trust? Prison conditions in the context of the transfer of prisoners framework decisions”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, 2018, nº 6, pp. 704-717; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida”, *Revista Penal*, 2020, nº 45, pp. 109-140; ROGAN, M., “What constitutes evidence of poor prison conditions after *Aranyosi and Căldăraru*? Examining the role of inspection and monitoring bodies in European Arrest Warrant decision-making”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10, 2019, nº 3, pp. 209-226; RUIZ TARRÍAS, S., “La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, vol. 2, 2019, nº 23, pp. 459-490; RUIZ YAMUZA, F.-G., “El sistema europeo de derechos fundamentales como contexto de operatividad de la orden europea de detención y entrega. La jurisprudencia sobre deficiencias sistémicas. Nuevas perspectivas y retos”, en CORTÉS MARTÍN, J.M., y RUIZ YAMUZA, F.-G. (coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 248 y ss. y “¿Réquiem por el principio de confianza mutua? Reconocimiento mutuo y tutela judicial de derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJUE a propósito de la orden de detención europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, nº 43, pp. 219 y ss.; ŠUBIC, N., “Resisting a European Arrest Warrant: A social rights perspective”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 11, 2020, nº 3, pp. 302 y ss.; y VAN DER MEI, A.P., “The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice”, *op. cit.*, pp. 882-904.

199 Respecto del concepto de «deficiencia sistémica» vid. RUIZ YAMUZA, F.-G., “El sistema europeo de derechos fundamentales como contexto de operatividad de la orden europea

y debidamente actualizados” que “pueden proceder en particular de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas”²⁰⁰. Constatado este riesgo real se ha de pasar a la segunda fase, en la que la autoridad judicial de ejecución ha de “comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo”, para lo cual “deberá solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria”²⁰¹. En palabras del TEDH, que de alguna forma acoge esta doctrina del Tribunal de Justicia, debe tratarse de un riesgo “real e individualizado”²⁰². Ahora bien, si la autoridad de emisión da garantía “de que la persona afectada no sufrirá un trato inhumano o degradante”, “la autoridad judicial de ejecución, a la vista de la confianza recíproca que debe existir [...], deberá confiar en esta”²⁰³ por lo que “únicamente en circunstancias excepcionales y basándose en datos precisos podrá la autoridad judicial de ejecución constatar que, a pesar de una garantía [...] existe un riesgo real de que la persona de que se trate sea sometida a un trato inhumano o degradante”²⁰⁴. Si tras realizar esta valoración en dos fases, la autoridad judicial de ejecución constata un riesgo real de vulneración de los derechos fundamentales de la persona reclamada, “deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse”²⁰⁵.

Además, se ha de recordar, que, en la aplicación de este doble test, las autoridades judiciales de ejecución no pueden solicitar a otro Estado miembro un nivel

de detención y entrega. La jurisprudencia sobre deficiencias sistémicas. Nuevas perspectivas y retos”, en CORTÉS MARTÍN, J.M., y RUIZ YAMUZA, F.-G. (coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, op. cit., pp. 249 y ss.: y VON BOGDANDY, A y IOANNIDIS, M., “La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer”, *Revista de Estudios Políticos*, 2014, nº 165, pp. 19-64.

200 STJ de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru* (ECLI:EU:C:2016:198), apartados 88 y 89.

201 STJ de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru* (ECLI:EU:C:2016:198), apartados 91 y ss.

202 STEDH de 9 de julio de 2019, en el caso *Romeo Castaño v. Belgium* (ECLI:CE:ECHR:2019-0709JUD000835117), apartado 86. Un interesante comentario a esta Sentencia se puede encontrar en SÁNCHEZ FRÍAS, A., “Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, nº 65, pp. 167-187.

203 STJ de 25 de julio de 2018, en el asunto C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)* (ECLI:EU:C:2018:589), apartados 111 y 112.

204 STJ de 15 de octubre de 2019, en el asunto C-128/18, *Dorobantu* (ECLI:EU:C:2019:857), apartados 68 y 69.

205 STJ de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru* (ECLI:EU:C:2016:198), apartado 98.

de protección nacional de los derechos fundamentales superior al previsto en el Derecho de la Unión Europea, pretendiendo supeditar la entrega al cumplimiento de los estándares de su propio Derecho nacional, que por definición serán diferentes a los del Estado de emisión. Ello cuestionaría la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por el Derecho de la Unión Europea, menoscabaría los principios de reconocimiento mutuo y confianza recíproca que la propia Decisión marco pretende reforzar, y, por lo tanto, comprometería la efectividad de esta²⁰⁶.

Entrando ya en los supuestos que a los efectos del presente trabajo nos interesa, en primer lugar, en cuanto al caso del Sr. Puig, el Tribunal de Justicia ya ha entrado a analizar si el riesgo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley recogido en los artículos 47 de la CDFUE y 6 del CEDH puede erigirse en una causa de oposición a la entrega²⁰⁷. El Tribunal de Justicia, como no podría ser de otra forma, parte de considerar que la no ejecución de una «euro-orden» con base en el artículo 1.3 de la Decisión marco solo puede producirse “como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta”, dado que “el grado de confianza elevado entre los Estados miembros en el que se basa el mecanismo de la orden de detención europea parte, por lo tanto, de la premisa de que los órganos jurisdiccionales penales de los demás Estados miembros, que deberán sustanciar el procedimiento penal de persecución o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad y el procedimiento penal de fondo una vez ejecutada la orden de detención europea, cumplen las exigencias de la tutela judicial efectiva, entre las que figuran, en particular, la independencia y la imparcialidad de dichos órganos jurisdiccionales”²⁰⁸. Así, para romper esta presunción, la autoridad judicial de ejecución ha de valorar el riesgo real de vul-

206 Vid. SSTJ de 15 de octubre de 2019, en el asunto C-128/18, *Dorobantu* (ECLI:EU:C:2019:857), apartado 79; y de 26 de febrero de 2013, en el asunto C-399/11, *Melloni* (ECLI:EU:C:2013:107), apartado 63.

207 Vid. SSTJ de 22 de febrero de 2022, en los asuntos acumulados C-562/21 PPU y C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie (Tribunal establecido por la ley en el Estado miembro emisor)* (ECLI:EU:C:2022:100); y de 25 de julio de 2018, en el asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (ECLI:EU:C:2018:586).

Sobre el principio de independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vid. BAZYLINSKA-NAGLER, J., “Polonia ante el principio de confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE”, *op. cit.*, pp. 328 y ss. y MANCANO, L. “Judicial cooperation, detention conditions and equivalent protection. Another chapter in the EU-ECHR relationship: Bivolaru and Moldovan v. France”, *op. cit.*, pp. 228 y ss.

208 STJ de 25 de julio de 2018, en el asunto C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (EU:C:2018:586), apartados 41 y 58. En el mismo sentido vid. STJ de 22 de febrero de 2022, en los asuntos acumulados C-562/21 PPU y

neración de este derecho en aplicación del señalado doble test establecido en los casos *Aranyosi y Căldăraru*.

En la aplicación de este test, el Tribunal de Justicia ha señalado que se han de agotar las dos fases mencionadas de tal forma que, una vez constatado, en la primera fase del mismo, el riesgo real de vulneración en el Estado miembro de emisión del derecho fundamental a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en el mismo, de manera necesaria se ha de proceder, en la segunda fase, a constatar el riesgo individualizado de la persona reclamada, de forma que la denegación de la ejecución de una «euro-orden» se debe sustentar no solo en la constatación de deficiencias sistémicas o generalizadas en el Estado de emisión sino también en que dichas deficiencias suponen un riesgo real en particular para la persona reclamada.

Lo que no ha considerado hasta el momento el Tribunal de Justicia es la situación que se plantea en el caso del Sr. Puig, en el que las autoridades belgas deniegan su entrega a las autoridades españolas sin cuestionar previamente que en España se presenten deficiencias sistémicas o generalizadas en cuanto a la independencia del poder judicial, basándose únicamente en una supuesta falta de competencia del Tribunal Supremo para enjuiciarlo, lo que supone un riesgo individualizado de vulneración de su derecho a un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley. En nuestra opinión, se ha de entender que ambas fases del test *Aranyosi y Căldăraru* tienen carácter acumulativo, de tal forma que solo una vez constatado en la primera fase del test la existencia de un riesgo real debido a deficiencias sistémicas en el Estado de emisión, se debe proceder a valorar, en la segunda fase del test, el riesgo en particular de la persona reclamada. Dicho de otra forma, no cabe denegar la ejecución de una «euro-orden» con base en un supuesto riesgo individual de vulneración del derecho fundamental a un juez independiente e imparcial predeterminado por la ley si antes no se ha constatado la existencia de un riesgo real en el Estado de emisión debido a deficiencias sistémicas o generalizadas dado el carácter imperativo de la primera fase del test. Ante la ausencia de tales deficiencias sistémicas se ha de entender que las autoridades del Estado de emisión están en condiciones de garantizar el adecuado respeto de los derechos fundamentales de la persona reclamada, labor que, por otra parte, corresponde a estas en esencia, presumiéndose que se prevén vías de recurso judicial adecuadas y suficientes que permitan subsanar una posible irregularidad en cuanto a la competencia de la autoridad judicial de emisión²⁰⁹. Así lo considera también el Abogado General en

C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie (Tribunal establecido por la ley en el Estado miembro emisor)* (ECLI:EU:C:2022:100), apartado 45.

209 Así, el Abogado General ha señalado que “desde el momento en que no pueda demostrarse la existencia de deficiencia sistémica o generalizada alguna en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor, no cabe que la autoridad judicial de

sus conclusiones en respuesta, precisamente, a la cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo español en el *asunto Puig Gordi y otros*, al entender que es la interpretación más acorde con el carácter excepcional, que requiere una interpretación restrictiva, de la denegación de la ejecución de una «euro-orden» y con el principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca en que se fundamenta el sistema²¹⁰.

Por todo ello, consideramos que en el caso del Sr. Puig las autoridades belgas no debieron denegar la entrega a España, dado que no solo no cuestionaron la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en España, sino que incluso descartaron las mismas, de forma que, obviando la primera fase del test, fundamentaron su decisión directamente en un supuesto de riesgo individual del Sr. Puig de vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley. Además, coincidimos con el Abogado General en que el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas en que las autoridades belgas sustenta su decisión de denegación de entrega del Sr. Puig, si bien en teoría es un elemento probatorio válido no es suficiente para acreditar la existencia de deficiencias de tal naturaleza en España²¹¹. Consideramos que, además, es la conclusión más acorde con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Romeo Castaño*, en la que este Tribunal considera que un informe del Comité Europeo para la prevención de la tortura no es un elemento fáctico suficiente en el que sustentar principalmente la denegación de entrega de una persona a España²¹². En este sentido se posiciona también el Tribunal Supremo español²¹³.

En segundo lugar, como ya se ha señalado, es previsible que cuando las autoridades belgas tengan que abordar las reclamaciones pendientes respecto de los Srs. Puigdemont, de Comín y de Ponsatí, e incluso una nueva reclamación respecto del Sr. Puig, tengan que valorar como una posible causa de oposición a

ejecución dude de que, a través de las vías de recurso judicial disponibles en ese Estado miembro, la persona de que se trate podrá lograr que se declare y, en su caso, corrija o sancione una eventual vulneración de su derecho fundamental a un proceso equitativo ante un juez establecido previamente por la ley” (Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573), apartado 116).

210 Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573), apartados 113 y ss.

211 Conclusiones del Abogado General, sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR, presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros* (ECLI:EU:C:2022:573), apartado 133.

212 STEDH de 9 de julio de 2019, en el caso *Romeo Castaño v. Belgium* (ECLI:CE:ECHR:2019-0709JUD000835117), apartados 12 y 85 y ss.

213 Vid. ATS 2544/2021, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:2544A), F.D. 5º.

la entrega, porque así lo soliciten las partes, el riesgo de vulneración del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (arts. 4 de la CDFUE y 3 del CEDH), debido a unas supuestas condiciones deficientes de detención en España. Como también se ha señalado, el Tribunal de Justicia ha admitido la posibilidad de que la autoridad judicial de ejecución pueda denegar la entrega en determinadas condiciones ante la vulneración o el riesgo de vulneración del señalado derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes debido, en concreto, a condiciones deficientes de detención en el Estado de emisión²¹⁴.

Para ello la autoridad judicial de ejecución debe proceder a realizar el señalado doble test establecido por el Tribunal de Justicia en los asuntos *Aranyosi y Căldăraru*. Así, en la primera fase del test, la autoridad judicial de ejecución debe valorar, con base en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados, la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en cuanto a las condiciones de reclusión en el Estado de emisión que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión. Esos elementos pueden proceder en particular de resoluciones judiciales internacionales, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del sistema de Naciones Unidas o del Consejo de Europa²¹⁵. En el mismo sentido se posiciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al exigir que las autoridades judiciales de ejecución realicen un “examen actualizado y pormenorizado de la situación existente” que lleve a la constatación de un riesgo de vulneración del derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes que “repose en suficientes elementos fácticos”²¹⁶.

214 Vid. SSTJ de 15 de octubre de 2019, en el asunto C-128/18, *Dorobantu* (ECLI:EU:C:2019:857); de 25 de julio de 2018, en el asunto C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)* (ECLI:EU:C:2018:589); y de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru* (ECLI:EU:C:2016:198).

215 SSTJ de 15 de octubre de 2019, en el asunto C-128/18, *Dorobantu* (ECLI:EU:C:2019:857), apartado 52; de 25 de julio de 2018, en el asunto C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Condiciones de reclusión en Hungría)* (ECLI:EU:C:2018:589), apartado 60; y de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru* (ECLI:EU:C:2016:198), apartado 89.

216 STEDH de 9 de julio de 2019, en el caso *Romeo Castaño v. Belgium* (ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117), apartados 85 y 86.

Sobre la importancia de los informes de los órganos de inspección y vigilancia penitenciaria para valorar las condiciones de reclusión en un determinado Estado miembro en el marco de la ejecución de una «euro-orden» vid. AIZPURUA, E. y ROGAN, M., “Understanding new actors in European Arrest Warrant cases concerning detention conditions: The role, Powers and functions of prison inspection and monitoring bodies”, *op. cit.*, pp. 204-226; y ROGAN, M., “What constitutes evidence of poor prison conditions after *Aranyosi and Căldăraru*? Examining the role of inspection and monitoring bodies in European Arrest Warrant decision-making”, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

Pues bien, consideramos que, en general, las condiciones de reclusión en España son adecuadas o por lo menos lo suficientemente adecuadas desde el punto de vista de los parámetros establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acogida por el Tribunal de Justicia, y por el Consejo de Europa. A esta misma conclusión llega RODRÍGUEZ YAGÜE, que tras un riguroso análisis de las condiciones de reclusión en España desde el punto de vista de los estándares europeos, concluye que “en cuanto a las condiciones de reclusión, la legislación y praxis penitenciarias españolas cumple con los estándares mínimos articulados a nivel europeo e internacional. Y si bien pueden producirse situaciones puntuales de vulneración de derechos fundamentales, no se puede afirmar que haya indicios de un problema sistémico generalizado que permita excepcionar la aplicación de los principio de reconocimiento y confianza mutuos sobre los que se construye la cooperación judicial europea”²¹⁷. Tanto es así que se ha de destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha condenado en ninguna ocasión a España por deficiencias en las condiciones de reclusión, ni mucho menos ha propuesto el inicio de un procedimiento piloto. Es cierto que en el pasado podía ser cuestionable, en particular por el alto nivel de ocupación de los centros de reclusión que llevó a que en España en el periodo 2009-2010 el nivel medio de ocupación en los centros de reclusión sobre la base de la capacidad oficial fuese de un 136,3%²¹⁸. Pero es una situación que se ha reconducido en los últimos años por la confluencia de tres factores: un importante incremento de las plazas carcelarias, una importante reducción de la población reclusa (que ha pasado de un total de 76.079 presos en 2009 a 58.814 en 2017) y un descenso notable de la tasa de criminalidad (que ha pasado de 50 infracciones penales por cada mil habitantes en 2009 a 43,9 en 2017), lo que ha reducido la tasa de sobreocupación en 2018 a 91,4%²¹⁹.

217 RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? A propósito del “procés” catalán”, en ARROYO ZAPATERO, L.A., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES MORENO, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2018, p. 148.

218 Vid. apartado D de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, sobre las condiciones de privación de libertad en la UE (2011/2897(RSP)) (P7_TA(2011)0585).

219 Al respecto vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “¿Tiene España un problema de sobrepoblación penitenciaria?”, en OLIVER OLMO, P. y CUBERO IZQUIERDO, M.^a C. (coords.), *De los controles disciplinarios a los controles securitarios. Actas del II Congreso Internacional sobre la Historia de la Prisión y las Instituciones Punitivas*, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2020, pp. 413-428. Sobre si las condiciones de detención en España podrían ser un obstáculo en el marco de la aplicación de la «euro-orden» vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? A propósito del “procés”

Es más, en 2019, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a Bélgica por violación del artículo 2 del CEDH, al considerar que con la denegación de la entrega de N.J.E. a las autoridades españolas, al objeto de ser juzgado por asesinato y pertenencia a la organización terrorista ETA, ha incumplido su obligación de cooperar en el marco de la solicitud de detención y entrega emitida por las autoridades españolas sin fundamentarse para ello en pruebas objetivas suficientes ni realizar un examen lo suficientemente completo que lleve a identificar un riesgo real e individualizable de N.J.E. en caso de ser entregado o que muestre carencias estructurales suficientes en las condiciones de detención en España. Es más, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos recoge el argumento presentado por los demandantes de que entre 2011 y 2017 se entregaron a España en ejecución de «euro-órdenes» más de 70 personas vinculadas a ETA sin que en ninguno de dichos casos las autoridades de ejecución hubieran observado riesgo de violación del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes debido a las condiciones de detención en España²²⁰.

Por lo tanto, a la vista de todo lo señalado, y dado que en España no existe un problema de deficiencias sistémicas o generalizadas en relación con las condiciones de reclusión que pudiese afectar a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión, no se supera la primera fase del señalado test por lo que, siguiendo la posición que hemos mantenido anteriormente, no sería necesario continuar con la valoración de la segunda fase del test, dado que no existiendo tales deficiencias sistémicas o generalizadas, se ha de descartar la existencia de un riesgo individualizado de la persona reclamada en particular que sería objeto de valoración en la segunda fase del test. Por ello, consideramos que en estos momentos, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es posible denegar la entrega a España de una persona alegando riesgo de vulneración del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes debido a las condiciones de reclusión.

3. PERO, ¿ES REALMENTE EFICAZ LA «EURO-ORDEN»? MÁS ALLÁ DEL «CASO PUIGDEMONT»

Los problemas puntuales que se están presentando en la ejecución de las «euro-órdenes» emitidas por el Tribunal Supremo en el marco del denominado «*procés*» no deben ser la única referencia para realizar una valoración de la aplicación

catalán”, en ARROYO ZAPATERO, L.A., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES MORENO, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, op. cit., pp. 87-151.

220 STEDH de 9 de julio de 2019, en el caso *Romeo Castaño v. Belgium* (ECLI:CE:ECHR:2019-0709JUD000835117).

de este instrumento de cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros, dado que nos llevaría a una conclusión precipitada y alejada de la realidad. Para ello es necesario hacer una valoración en términos generales del contenido de la Decisión marco 2002/584/JAI y de su aplicación en la práctica.

Desde este punto de vista, no se puede negar que el procedimiento de detención y entrega regulado en dicha Decisión marco presenta importantes ventajas y avances que lo hacen más ágil, simple y eficaz que los anteriores procedimientos de extradición, lo que se refleja en el formidable incremento de la eficiencia y frecuencia, tanto en cuanto al número, como en cuanto al éxito de las solicitudes de entrega de personas entre Estados miembros de la Unión Europea.

Así, consideramos que el principal avance se puede situar en su configuración como un procedimiento horizontal de naturaleza esencialmente judicial —cuya emisión equivale a una solicitud de busca, captura, detención y entrega—, basado en el contacto y comunicación directa entre las autoridades judiciales implicadas, al eliminarse la fase gubernativa característica de la extradición. De esta forma, el procedimiento de detención y entrega está tutelado en todo momento por las autoridades judiciales, no dependiendo su materialización final de la discrecionalidad política, que se rige más por criterios de oportunidad que de legalidad y justicia. Esta característica contribuye por sí misma a fortalecer el respeto de los derechos fundamentales y las garantías de defensa del sujeto reclamado.

Además, también merecen ser especialmente destacados otros aspectos tales como el hecho de que se proceda a la eliminación parcial del principio de doble incriminación mediante un sistema de lista, que el Tribunal de Justicia ya ha aclarado que no viola el principio de legalidad de los delitos y las penas²²¹, que se aplicará de forma prácticamente mimética en las posteriores normas adoptadas en materia de cooperación judicial penal en la Unión. Sobre ello ya hemos hablado con cierto detenimiento en el apartado 2.2 de este mismo trabajo, a donde nos remitimos. La «euro-orden» se configura como un título judicial europeo homologado que se materializa en un formulario único común a todos los Estados miembros, sencillo y fácil de cumplimentar, recogido como anexo en la propia norma. Este esfuerzo de simplificación favorece la agilidad del procedimiento y repercute en sus probabilidades de éxito. Se establecen plazos imperativos y reducidos en comparación con los previstos en el procedimiento clásico de extradición, cuyo incumplimiento acarrea consecuencias: un máximo de noventa días entre la detención de la persona reclamada y la adopción de una resolución definitiva sobre su entrega (art. 17 de la Decisión marco) cuyo incumplimiento no obsta a que se mantenga la obligación de continuar con la ejecución de la «euro-orden» pu-

221 STJ, de 3 de mayo de 2007, en el asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* (ECLI:EU:C:2007:261), apartados 48 y ss.

diendo mantenerse para ello las medidas cautelares que se consideren necesarias para asegurar la entrega efectiva de la persona, incluidas medidas privativas de libertad²²², y un plazo máximo de 10 días para materializar la entrega desde la adopción de la resolución definitiva en la que se autoriza la misma que únicamente se pueden ampliar en 10 días más en caso de “circunstancias ajenas al control de alguno de los Estados miembros afectados” y cuyo incumplimiento, si bien no hace decaer la obligación de entrega, sí obliga a poner en libertad a la misma pudiéndose imponer medidas cautelares que no impliquen privación de libertad (art. 23 de la Decisión marco)²²³. Se suprimen algunas causas de denegación de la entrega clásicas, tales como en caso de delitos militares, fiscales o políticos, y se rompe la barrera de la no entrega de nacionales. Así, el Estado de ejecución tendrá que optar entre entregar a sus nacionales o ejecutar la pena, de tal forma que se garantiza la ausencia de impunidad. Y, por último, respecto del principio de especialidad, su regulación cuenta con tal número de excepciones que prácticamente podría ser considerado un criterio residual o excepcional.

La aplicación de la «euro-orden» ha supuesto, en la práctica, un revulsivo importante en las relaciones de asistencia jurídica en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea que ha tenido como consecuencia un formidable incremento de la eficiencia y frecuencia tanto en el número como en el éxito de solicitudes de entrega de personas entre Estados miembros, así como en la reducción de los plazos de entrega, lo cual nos permite afirmar, tal y como ya se ha señalado, que la «euro-orden» se está mostrando como un instrumento más ágil, simple y eficaz que la extradición.

El análisis de los datos oficiales disponibles nos da una clara muestra de ello:

En el **periodo 2005-2009** se emitieron un total de 54.689 «euro-órdenes» y se ejecutaron un total de 11.630. En este periodo, entre el 51 y el 62 % de las

222 Vid. SSTJ de 12 de febrero de 2019, en el asunto C-492/18 PPU, TC (ECLI:EU:C:2019:108), apartados 42 y ss.; y de 16 de julio de 2015, en el asunto C-237/15 PPU, *Lanigan*, (ECLI:EU:C:2014:474), apartados 43 y ss.

El incumplimiento de los plazos obliga a informar a Eurojust de los motivos de la demora y en el caso de que un Estado miembro sufra demoras reiteradas en la ejecución de «euro-órdenes» por parte de otro Estado miembro podrá informar al Consejo con el objeto de evaluar la aplicación por parte de los Estados miembros de la Decisión marco (art. 17.7 de la Decisión marco).

223 Vid. SSTJ de 28 de abril de 2022, en el asunto C-804/21 PPU, C y CD (*Trabas jurídicas a la ejecución de una decisión de entrega*) (ECLI:EU:C:2022:307), apartados 70 y ss.; y de 25 de enero de 2017, en el asunto C-640/15, *Vilkas* (ECLI:EU:C:2017:39), apartados 70 y ss. Al respecto vid. BAUTISTA SAMANIEGO, C.M., “Los límites a la privación de libertad en la ejecución de la OEDE (A propósito del Auto de 6 de abril de 2020 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”, *La Ley Penal*, 2020, nº 145, pp. 1-35 (Consultado en Smarteca).

personas reclamadas consintieron en su entrega, lo cual permitió que en tales casos se procediese a la entrega en un promedio de 14 a 17 días. El plazo medio de entrega de las personas que no dieron su consentimiento fue de 48 días, frente a la situación anterior con la extradición que era de un año.

Limitándonos al **año 2009**, en el conjunto de los 25 Estados miembros que comunicaron datos a la Comisión (no lo hicieron ni Bulgaria ni Italia) se emitieron un total de 15.827 «euro-órdenes» y se ejecutaron un total de 4.431. El país que más «euro-órdenes» emitió y ejecutó fue Polonia: 4.844 y 1.367 respectivamente, duplicando las cifras de Alemania²²⁴ lo cual no puede dejar de llamar la atención teniendo en cuenta el diferente peso demográfico de ambos²²⁵. Por otro lado, el plazo medio de entrega de la persona reclamada (periodo entre la detención y la decisión de entrega) fue de 16 días en los casos en que la persona consintió en su entrega y de 48,6 días en los casos en que la persona no consintió en su entrega. El porcentaje de entregas «consentidas» se situó en un 54%. Este dato, unido al anterior, nos permite apreciar que en la mayoría de casos la decisión sobre la entrega se produjo en no más de dos semanas²²⁶.

Si ampliamos el estudio hasta el año 2019, último año del que hasta la fecha hay datos registrados, en el **periodo 2005-2019** se emitieron un total de 205.801 «euro-órdenes» y se ejecutaron un total de 61.963.

Limitándonos al **año 2019**, se emitieron un total de 20.226 «euro-órdenes», de las cuales 665 se emitieron desde España, y se ejecutaron un total de 5.665 (no hay datos de Bélgica), de las cuales 688 en España. El país que más «euro-órdenes» emitió fue Alemania (6.162), seguido de Polonia (2.338), Francia (1.682) Italia (1.430), y Rumanía (1.373). El país que más «euro-órdenes» ejecutó fue Alemania (1.185), seguido de España (688) y Rumanía (630). Si comparamos estas últimas cifras con las del año 2009 observamos que en cuanto a las cifras de emisión de «euro-órdenes» aunque las cifras en Polonia continúan siendo muy elevadas en función de su peso demográfico se han corregido de una manera importante reduciéndose prácticamente a la mitad lo cual es una clara señal de una mejor praxis en la aplicación de este instrumento jurídico desde el punto de vista del elemento de la proporcionalidad. Asimismo, se iniciaron un total de 9.217 procedimientos de entrega, 1.071 procedimientos en España; fueron arrestada en el marco de un procedimiento de «euro-orden» un total de 7.658 personas (no hay datos de Bélgica), en España 907 personas; fueron entregadas un total de 5.665 personas (no hay datos de Bélgica), España entregó a 688 personas; y

224 Que emitió 2.433 «euro-órdenes» y ejecuto 777.

225 82 millones de habitantes en Alemania frente a 38 millones en Polonia.

226 Tercer Informe de la Comisión sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión marco, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (COM(2011) 175 final), pp. 3 y 12 y s.

se denegaron un total de 1.042 «euro-órdenes» (no hay datos de Bélgica), 65 en España. El plazo medio de entrega de la persona reclamada, es decir, el tiempo transcurrido entre el arresto y la adopción de la decisión de entrega, ha sido de 16,70 días, 7 en España, cuando la persona reclamada ha prestado su consentimiento a la entrega (no hay datos de Bélgica, Bulgaria, Irlanda, Italia y Austria) y de 55,75 días cuando no ha prestado su consentimiento a la misma, 19 días en España (no hay datos de Austria, Bélgica, Bulgaria y Países Bajos). Si tenemos en cuenta que el porcentaje de entregas «consentidas» es de un 54,7 % (2.928 personas) (no hay datos de Bélgica, Bulgaria y Austria) podemos observar que más de la mitad de las «euro-órdenes» se ejecutan en un plazo medio de dos semanas. En un total de 375 casos (18 en España) se superó el plazo máximo de 90 días para decidir la entrega según lo establecido en el artículo 17.4 de la Decisión marco (no hay datos de Bélgica, Bulgaria, Italia, Luxemburgo y Austria) y en un total de 115 casos se superó el plazo máximo de 10 días para hacer efectiva la entrega según lo establecido en el artículo 23.2 de la Decisión marco (no hay datos de Bélgica, Bulgaria, Italia, Luxemburgo, Austria y Suecia), de los cuales 37 fueron en España, lo que ocasionó que en base al artículo 23.5 de la Decisión marco en un total de 8 casos la persona reclamada fuese puesta en libertad, situación respecto de la que curiosamente es la única que España no comunica datos (no hay datos de Bélgica, España, Italia, Austria y Suecia)²²⁷.

	2005	2007	2008	2016	2018	2019
EMITIDAS	6.894	10.883	14.910	16.636	17.471	20.216
EJECUTADAS	836	2.221	3.078	5.812	6.976	5.665

Finalmente, consideramos que una muestra de la eficacia y del buen funcionamiento de la «euro-orden» es el hecho de que la regulación contenida en la Decisión marco se ha «extendido» a terceros Estados con los que la Unión Europea y sus Estados miembros mantienen una estrecha relación mediante la adopción de diferentes tratados internacionales en los que en gran medida se replica el contenido de la misma.

Así, por un lado, en relación con los países nórdicos, debemos destacar dos acuerdos internacionales en los que se regula un procedimiento de detención y entrega claramente inspirado en la «euro-orden»: el Acuerdo de 28 de junio de 2006 entre la Unión Europea e Islandia y Noruega sobre el procedimiento de en-

227 Commission Staff Working Document. Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2019, 6.8.2021, SWD(2021) 272 final e Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 de julio de 2020, sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, doc. COM(2020) 270 final.

trega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega y el Convenio 15 de diciembre de 2005 que establece una orden de detención nórdica.

El primero de ellos, el Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia y Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega²²⁸, firmado en Viena el 28 de junio de 2006, entró en vigor el 1 de noviembre de 2019, es decir, más de trece años después de su firma²²⁹. El mismo es aplicable entre Islandia y Noruega y todos los Estados miembros de la UE a excepción de Dinamarca que, en aplicación de los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE y al TFUE, no ha participado en su adopción y, por lo tanto, ni le vinculará ni le será aplicable²³⁰. La necesidad de adoptar un acuerdo de estas características se justifica en que tanto Islandia

228 DOUE nº L 292, de 21 de octubre de 2006. Sobre el mismo *vid.* KLIMEK, L., *European Arrest Warrant*, ed. Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, pp. 192 y ss.

229 Tras la aprobación previa del Parlamento Europeo, mediante Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega (doc. P7_TA(2011)0357, DOUE nº C 51 E, de 2 de febrero de 2013), finalmente la UE celebró el Acuerdo mediante Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2014, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega (DOUE nº L 343, de 28 de noviembre de 2014) quedando así obligada por el mismo. Como se puede observar, pasaron más de ocho años desde el momento de la firma hasta el de la celebración por parte de la UE, lo cual no deja de ser ciertamente sorprendente. Poco tiempo antes, el 8 de mayo de 2013, Noruega notificó al Secretario General del Consejo la ratificación del Acuerdo. Finalmente, el 6 de abril de 2018 Islandia procedía a notificar la ratificación del Acuerdo, propiciando su entrada en vigor en aplicación del artículo 38.4 del propio Acuerdo que señala que entrará en vigor “el primer día del tercer mes siguiente al día en que el Secretario General del Consejo de la Unión Europea determine que se han cumplido todos los requisitos formales relativos a la expresión del consentimiento de las Partes contratantes [...]”.

230 Irlanda ha optado, en aplicación de la previsión prevista en el artículo 3 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia anejo al TUE y al TFUE, por participar en la adopción y aplicación del Acuerdo.

En cuanto al Reino Unido, que al igual que Irlanda había decidido participar en la adopción y aplicación del Acuerdo entre la UE e Islandia y Noruega, su salida de la UE ha tenido como consecuencia que desde el final del periodo transitorio establecido en el Acuerdo de retirada (el 31 de diciembre de 2020) quede fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo dado que se trata de un Acuerdo entre la UE e Islandia y Noruega. Por ello, las relaciones extradicionales entre el RU e Islandia y Noruega ya no se rigen por este Acuerdo. Para ello, el RU debería proceder a solicitar la adhesión al mismo.

como Noruega aun no siendo miembros de la Unión Europea mantienen relaciones privilegiadas con esta, en especial en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, de lo que es un claro ejemplo su participación en el «espacio Schengen», todo lo cual ha hecho posible que entre ellos y los Estados miembros de la Unión Europea se hayan creado las relaciones de confianza recíproca en la estructura y funcionamiento de sus sistemas judiciales y en la capacidad de garantizar juicios justos, necesaria para regular un procedimiento de detención y entrega de sospechosos y condenados claramente inspirado en la Decisión marco relativa a la «euro-orden» como el que representa este Acuerdo. En efecto, en la filosofía y el contenido del mismo se observa una clara influencia de la «euro-orden». De hecho, en general, su contenido reproduce de manera prácticamente literal el articulado de la Decisión marco relativa a la «euro-orden», salvo determinados matices fruto de su propia naturaleza jurídica y de determinadas cuestiones puntuales²³¹. Esta relación extradicional privilegiada entre la Unión Europea e

231 Entre dichas diferencias se ha de destacar que el Acuerdo mantiene la regulación de la *rebeldía* del antiguo artículo 5.1 de la Decisión marco que fue derogado y sustituido en 2009 por un nuevo artículo 4 *bis* (asimismo, el apartado d) del formulario de «orden de detención» anexo al Acuerdo mantiene la estructura del apartado d) del formulario de «euro-orden» anexo a la Decisión marco en su versión anterior a la señalada reforma de 2009 que fue modificado precisamente para adecuarse a las previsiones del nuevo artículo 4 *bis* de la Decisión marco). Si bien es cierto que esta única e importante reforma de la Decisión marco se produjo después de la firma del Acuerdo no se entiende que antes de la ratificación del mismo por parte de Noruega, que, recordemos, se ha producido el 5 de mayo de 2013, no se haya procedido a la reforma del mismo para así adaptarlo a la nueva regulación de dicha cuestión. Por ello, en nuestra opinión, este Acuerdo nace viciado, con una tara importante que dificulta la extensión por parte del TJUE de su jurisprudencia en la interpretación del artículo 4 *bis* de la Decisión marco a la posible interpretación vía cuestión prejudicial del artículo 8.1 del Acuerdo, que, insistimos, reproduce el derogado artículo 5.1 de la Decisión marco en lugar del señalado artículo 4 *bis*. Y ello es importante dado que, *por un lado*, dificulta una aplicación uniforme en los Estados miembros del Acuerdo y de la Decisión marco, lo cual es muy deseable al tratarse de normas prácticamente «clonadas» y con un mismo objetivo. Y, *por otro lado*, dificulta, a su vez, que los tribunales de Islandia y Noruega puedan aplicar la jurisprudencia del TJUE interpretando el artículo 4 *bis* de la Decisión marco, todo lo cual redundaría negativamente en la aplicación homogénea de ambos instrumentos jurídicos. Y ello a pesar de que en la voluntad de las Partes está el alcanzar una aplicación e interpretación lo más uniforme posible de las disposiciones del Acuerdo para lo cual el artículo 37 del mismo establece que las Partes deben someter a estudio constante la jurisprudencia del TJUE y de los tribunales de Islandia y Noruega a fin de crear un mecanismo que asegure la transmisión recíproca habitual de tal jurisprudencia. Lo cual, entendemos, pretende facilitar la recepción en los tribunales de Islandia y Noruega de la jurisprudencia asentada ya por el TJUE en la interpretación de la Decisión marco y garantizar en cierta medida una aplicación e interpretación lo más uniforme posible de ambos mecanismos: la «euro-orden» y la «orden de detención» entre los Estados miembros de la UE e Islandia y Noruega. Otras diferencias destacables son: *en primer lugar*, que en el artículo 3.3 del Acuerdo se

Islandia y Noruega que propicia este Acuerdo ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia que, en su sentencia de 2 de abril de 2020, en el asunto *Rusca Federacija*²³², extiende a este Acuerdo por analogía la jurisprudencia establecida en el asunto *Petruhhin*²³³ respecto de la «euro-orden», de tal forma que cuando un ciudadano de Islandia o de Noruega se encuentre sometido a un procedimiento de extradición en un Estado miembro de la Unión Europea a solicitud de un tercer Estado, antes de proceder a la ejecución de dicha solicitud de extradición este Estado miembro deberá informar al Estado de la nacionalidad de la persona reclamada y, en su caso, si este se lo solicita, a entregar a dicho Estado a su nacional en aplicación de las disposiciones del Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia y Noruega, siempre que dicho Estado tenga competencia según su derecho interno para procesar a su nacional por los hechos cometidos fuera de su territorio nacional. Es decir, en la concurrencia entre una solicitud de extradición de un tercer Estado y una solicitud de entrega con base en el Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia y Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega, se ha de dar prioridad a esta última.

limitan los casos en que queda exceptuado el control de doble incriminación en comparación con el artículo 2.2 de la Decisión marco, si bien es cierto que el apartado cuarto del mismo artículo 3 del Acuerdo permite que mediante declaración y en régimen de reciprocidad se apliquen las mismas previsiones que recoge el señalado artículo 2.2 de la Decisión marco, declaración que ha sido realizada a tal efecto por Noruega y por Islandia (no así por la Unión Europea). En segundo lugar, el artículo 9.2 del Acuerdo permite que mediante declaración se pueda designar a un Ministro de Justicia como autoridad competente para la ejecución de una orden de detención, declaración que han realizado Alemania, Dinamarca, Eslovaquia y Holanda, lo cual no es muy acorde con el espíritu de la «euro-orden» de ser un procedimiento que se desarrolla íntegramente entre autoridades judiciales. Y, en tercer lugar, aunque el artículo 14.2 del Acuerdo garantiza, al igual que el artículo 11.2 de la Decisión marco, el derecho de la persona objeto de una orden de detención a asistencia letrada y de un intérprete se ha de señalar que este derecho ha sido objeto de un importante desarrollo en el marco de los Estados miembros por la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DOUE nº L 280, de 6 de octubre de 2010) y la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DOUE nº L 294, de 6 de noviembre de 2013), que, evidentemente, no son aplicables en Islandia y Noruega.

232 STJ de 2 de abril de 2020, en el asunto C-897/19 PPU, *Rusca Federacija* (ECLI:EU:C:2020:262).

233 STJ de 6 de septiembre de 2016, en el asunto C-182/15, *Petruhhin* (ECLI:EU:C:2016:630).

El segundo de los acuerdos señalados, el Convenio 15 de diciembre de 2005 que establece una orden de detención nórdica, en el que participan tres Estados miembros de la Unión Europea (Dinamarca, Finlandia y Suecia) y dos Estados no miembros de la Unión (Islandia y Noruega), pero con los que esta mantiene una estrecha relación que, como se ha señalado, a nivel extradicional se ha materializado en el Acuerdo sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega que hemos analizado en el párrafo anterior, está en vigor desde el 16 de octubre de 2012 —sustituye a la anterior legislación uniforme sobre extradición entre los Estados nórdicos—, y parte también de los mismos principios y estructura que la «euro-orden», si bien estableciendo una cooperación más estrecha que esta al prever límites de tiempo más cortos y reducir los motivos facultativos de denegación de la entrega (aunque se incluyen algunas excepciones relativas a la entrega hacia y desde Islandia con respecto a los propios nacionales y los delitos políticos)²³⁴.

Estos dos acuerdos junto con la Decisión marco rigen las relaciones extradicionales entre los 27 Estados miembros de la Unión e Islandia y Noruega de una forma ciertamente compleja dado que, *por un lado*, en general las relaciones extradicionales entre los 27 Estados miembros de la Unión se rigen por la Decisión marco. *Por otro lado*, las relaciones extradicionales entre Islandia y Noruega y todos los Estados miembros, a excepción de Dinamarca, se rigen por el Acuerdo sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega. Y, *por último*, las relaciones extradicionales entre Islandia, Noruega, Dinamarca, Finlandia y Suecia continuarán rigiéndose por el Convenio que establece una orden de detención nórdica. Pero todo ello con una importante salvedad: mientras en las relaciones extradicionales entre Dinamarca, Finlandia y Suecia la orden de detención nórdica únicamente es aplicable de manera preferente a la «euro-orden» en la medida en que permita ir más allá de los objetivos de la misma y contribuya a simplificar o facilitar más los procedimientos de entrega (en virtud del artículo 31.2 de la Decisión marco y las declaraciones realizadas al respecto por Dinamarca, Finlandia y Suecia)²³⁵, las relaciones extradicionales

234 Vid. Nota de la Secretaría General a todas las delegaciones, de 24 de enero de 2006, sobre la Orden de Detención Nórdica (Doc. del Consejo 5573/06).

235 Vid. Nota de Transmisión del Representante Permanente de Suecia ante la UE al Director General Adjunto de la Secretaría General del Consejo de la UE, de 26 de septiembre de 2012, sobre la notificación de Suecia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los Estados miembros (Doc. del Consejo 14200/12); Nota de Transmisión del Representante Permanente de Finlandia ante la UE al Director General de la Secretaría General del Consejo de la UE, de 2 de octubre de 2012, sobre la notificación de Finlandia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los Estados miembros (Doc. del Consejo

entre Dinamarca, Islandia y Noruega seguirán rigiéndose en todo caso por dicha orden de detención nórdica y demás tratados que puedan resultar aplicables de manera subsidiaria.

Por otro lado, en relación con el Reino Unido, tras su retirada de la Unión Europea el 1 de febrero de 2020, desde el comienzo de las negociaciones, primero del acuerdo de retirada y después del acuerdo de nueva relación, tanto este Estado como la Unión Europea han considerado necesario mantener una relación lo más estrecha posible en materia de seguridad, al considerar esta una cuestión de interés común que se ha de abordar conjuntamente²³⁶. Por ello, han mostrado una clara voluntad para regular la cooperación policial y judicial en materia penal entre ambos. En concreto, en relación con la «euro-orden», ha continuado aplicándose en el Reino Unido hasta la finalización del periodo transitorio, el 31 de diciembre de 2020, dado que en virtud del Acuerdo de retirada, “el Derecho de la Unión será aplicable al y en el Reino Unido durante el periodo transitorio”²³⁷, e incluso más allá del final de dicho periodo transitorio cuando la persona reclamada haya sido detenida a efectos de ejecución de una «euro-orden» antes de la finalización del mismo y ello “con independencia de que la autoridad judicial de ejecución decida que la persona buscada debe seguir detenida o quedar en libertad provisional”²³⁸. Desde el 1 de enero de 2021, terminado el periodo transitorio establecido en el Acuerdo de retirada, se aplica el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y Euratom, por una parte, y el Reino Unido, por otra²³⁹ —en vigor desde el 1 de

14440/12); y Nota de Transmisión del Ministro de Justicia de Dinamarca al Director General de la Secretaría General del Consejo de la UE, de 7 de noviembre de 2012, sobre la notificación de Dinamarca, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los Estados miembros (Doc. del Consejo 15838/12), que sustituyen a las anteriores declaraciones realizadas por dichos Estados y publicadas en el DOUE n° L 246, de 29 de septiembre de 2003.

- 236 Respecto de la «euro-orden» en el escenario post-Brexit *vid.* MacPARTHOLÁN, C., “Arresting Developments: The Post-Brexit Future of European Arrest Warrants”, *The Journal of Criminal Law*, vol. 84, 2020, n° 2, pp. 124-141.
- 237 Artículo 127.1 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE C 384 I, de 12 de noviembre de 2019).
- 238 Artículo 62.1 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE C 384 I, de 12 de noviembre de 2019).
- 239 Publicado de manera provisional el 31 de diciembre de 2020 (DOUE, L 444, de 31 de diciembre de 2020), tras la oportuna revisión jurídico-lingüística del Acuerdo (art. 780) y tras el canje de notas diplomáticas entre las Partes el 21 de abril de 2021, se ha procedido a la publicación de los textos auténticos y definitivos en los 24 idiomas oficiales el 30 de abril de 2021 (DOUE, L 149, de 30 de abril de 2021).

mayo de 2021²⁴⁰ pero que se venía aplicando provisionalmente desde el mismo 1 de enero de 2021²⁴¹—, en el cual se regula un procedimiento simplificado de extradición²⁴² de nuevo basado claramente en la «euro-orden», con la que guarda una enorme similitud salvo determinadas cuestiones puntuales. Este nuevo sistema de extradición simplificada entre Reino Unido y los Estados miembros de la Unión Europea se aplica desde el 1 de enero de 2021 a todas las solicitudes de extradición emitidas desde dicha fecha y también a aquellas emitidas con anterioridad a dicha fecha en base a la Decisión marco 2002/584/JAI siempre que la persona reclamada no haya sido detenida con anterioridad a la misma (art. 632 del Acuerdo de Comercio y Cooperación).

Por lo tanto, entre el Reino Unido y los Estados miembros se ha pasado sin *impasse* alguno de la «euro-orden» a un sistema simplificado de extradición que garantiza la entrega de personas en unas condiciones y garantías equivalentes y en los mismos plazos que con la «euro-orden», lo que ha evitado tener que retornar a la aplicación del Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957²⁴³. Esta solución final era previsible ya que tanto el Reino Unido como la Unión Europea han reconocido el buen funcionamiento de la «euro-orden» y, como se ha dicho, han mostrado desde el principio una clara sintonía y voluntad de acordar un procedimiento simplificado de extradición, como muestra que en la Declaración política sobre el marco de relaciones futuras que acompaña al Acuer-

240 La entrada en vigor estaba prevista “el primer día del mes siguiente a aquel en que ambas Partes se hayan notificado mutuamente que han cumplido sus respectivos requisitos y procedimientos internos para establecer su consentimiento en obligarse” (art. 783.1). El 29 de abril de 2021, tras la aprobación del Parlamento Europeo dos días antes, el Consejo adoptó una Decisión relativa a la celebración del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido (Decisión (UE) 2021/689 del Consejo, de 29 de abril de 2021, relativa a la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, y del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada. DOUE, L 149, de 30 de abril de 2021).

241 DOUE, L 1, de 1 de enero de 2021

242 Título VII. Entregas, de la Tercera Parte. Cooperación policial y judicial en materia penal, arts. 596 y ss. y anexo 43.

243 Se ha de recordar que la mera activación de la solicitud de retirada del Reino Unido en base al artículo 50 del TUE suscito dudas en las autoridades de ejecución de algunos Estados miembros sobre la oportunidad de seguir ejecutando las «euro-órdenes» emitidas desde el Reino Unido. Estas dudas llegaron al Tribunal de Justicia por vía prejudicial el cual descarto tal posibilidad y señaló claramente la obligación de seguir ejecutando las mismas en su Sentencia de 19 de septiembre de 2018, en el asunto C-327/18 PPU, *R O* (ECLI:EU:C:2018:733). Al respecto *vid.* LIAKOPOULOS, D., “Brexit y la orden de detención europea”, *Revista Derechos en Acción*, nº 12, 2019, pp. 509-530.

do de retirada se estableciese que “las Partes establecerán acuerdos eficaces basados en procedimientos simplificados y en plazos que permitan al Reino Unido y a los Estados miembros entregar, de forma rápida y eficaz, a personas sospechosas y condenadas, con la posibilidad de renunciar al requisito de doble tipificación, y determinar la aplicabilidad de dichos acuerdos a sus propios nacionales y en el marco de delitos políticos”²⁴⁴.

244 Vid. el apartado 87 de la Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido (DOUE C 384, de 12 de noviembre de 2019).

En el Acuerdo de Comercio y Cooperación se han introducido diferentes referencias dirigidas a garantizar que la aplicación de esta nueva orden de detención entre el RU y los Estados miembros de la Unión Europea se ha de realizar en el pleno respeto de los valores democráticos comunes y de los derechos humanos, estableciéndose como parámetro mínimo común de protección la DUDH —lo cual es una referencia novedosa— y el CEDH, así como además respecto de la UE y sus Estados miembros la CDFUE. En concreto, por un lado, en términos generales, se establece que la cooperación policial y judicial en materia penal entre el RU, por un lado, y los Estados miembros, las instituciones, órganos y organismos de la UE, por otro, se basa en el respeto de “la democracia, el Estado de Derecho y la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas, en particular los establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en la importancia de aplicar plenamente los derechos y libertades de este Convenio a nivel nacional” y que “ninguna de las disposiciones de la presente parte modifica la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos reflejados, en particular, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en el caso de la Unión y sus Estados miembros, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (art. 524 del Acuerdo de Comercio y Cooperación). Por otro lado, en relación con la orden de detención, se introduce la denominada «cláusula de no discriminación» como causa potestativa de no ejecución de la orden de detención en el artículo 601.1.h) del Acuerdo y se prevé expresamente, en el artículo 604.c) del Acuerdo, que “en el caso de que existan motivos fundados para creer que existe un riesgo real para la protección de los derechos fundamentales de la persona buscada, cuando proceda, la autoridad judicial de ejecución, antes de decidir si ejecuta o no la orden de detención, podrá exigir garantías adicionales en cuanto al trato que se dará a la persona buscada tras su entrega”. Esta última previsión viene a recoger la jurisprudencia asentada por el TJUE desde el asunto *Aranyosi y Căldăraru* a la que ya nos hemos referido anteriormente. Como se puede observar, se trata de referencias que van más allá de las que se establecen en la Decisión marco y que, aunque reiteran obligaciones que tanto el RU como los Estados miembros deben respetar, consideramos es oportuno que se expliciten en el Acuerdo.

4. A MODO DE EPÍLOGO: ¿Y AHORA QUÉ?

4.1. ¿Será finalmente posible la entrega por Bélgica a España del Sr. Puigdemont?

La respuesta a esta pregunta no es sencilla, entre otras cuestiones porque aún son muchas las incógnitas a despejar para poder realizar una previsión medianamente atinada. En nuestra opinión, hay dos cuestiones clave a la espera de que sean resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y un cabo suelto que sería conveniente que aclare el Tribunal de Justicia.

La primera de las cuestiones clave es la próxima resolución por parte del Tribunal General del recurso planteado por los Srs. Puigdemont, Comín y Ponsatí respecto de la retirada de inmunidad por el pleno del Parlamento Europeo, cuestión que suponemos que es difícil que se resuelva a corto plazo dado que, aunque el Tribunal General adopte su resolución en un plazo razonable, es muy probable que la misma sea recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia.

La segunda es la inminente resolución por el Tribunal de Justicia de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español en el *asunto Puig Gordi y otros*, en particular, por un lado, respecto de la interpretación del artículo 6.1 de la Decisión marco en cuanto al alcance de la capacidad de la autoridad de ejecución de controlar la competencia de la autoridad judicial de emisión en un caso concreto y, por otro lado, respecto de la concreción de los elementos necesarios para apreciar un riesgo suficiente de vulneración de derechos fundamentales en el Estado de emisión que justifiquen la denegación de la entrega.

En cuanto al cabo suelto, es deseable que el Tribunal de Justicia aclare, mediante la interpretación del artículo 2.4 de la Decisión marco, el alcance del control del principio de doble incriminación que debe realizar la autoridad judicial de ejecución, algo que hasta el momento no ha tenido ocasión de hacer. En este sentido, es de lamentar la oportunidad perdida por el Tribunal Supremo español para plantear, como autoridad judicial de emisión, una cuestión prejudicial ante la negativa del Tribunal de Schleswig-Holsteinisches de entregar a Puigdemont por el delito de rebelión sobre la base de la ausencia de doble incriminación, posibilidad que como ya hemos señalado confirmó el Tribunal de Justicia en el asunto AY (*Mandat d'arrêt-Témoin*).

En nuestra opinión, la posición que previsiblemente adoptarán tanto el Tribunal General en la resolución del recurso respecto de la retirada de inmunidad parlamentaria (y, en su caso, el Tribunal de Justicia en un hipotético recurso de casación), como el Tribunal de Justicia en su próxima respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español, deben despejar el camino a una futura entrega del Sr. Puigdemont, en la medida en que complicará a las autoridades belgas su denegación. En el primer caso, porque consideramos muy improbable que el Tribunal General, y en su caso el Tribunal de Justicia en

casación, anule la resolución parlamentaria de retirada de inmunidad de los Srs. Puigdemont, Comín y Ponsatí. En el segundo caso, porque, vistas las conclusiones del Abogado General en el *asunto Puig Gordi y otros*, y teniendo en cuenta la línea jurisprudencial mantenida hasta el momento por el Tribunal de Justicia y por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos —en particular en su sentencia de 9 de julio de 2019 en el caso *Romeo Castaño v. Bélgica*—, las autoridades judiciales de ejecución belgas difícilmente pueden fundamentar la denegación de una hipotética futura entrega con base en el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales del Sr. Puigdemont en España en caso de materializarse la misma. Y ello, por un lado, porque las autoridades judiciales de emisión no pueden cuestionar la competencia del Tribunal Supremo español como autoridad judicial en cuanto que autoridad competente en función del Derecho español para enjuiciar al Sr. Puigdemont, y ni cuestionan ni entendemos que de facto puedan cuestionar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en relación con la independencia del poder judicial en España. Por otro lado, en relación con el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, en particular por unas deficientes condiciones de detención en España, las autoridades judiciales de ejecución belgas difícilmente podrán aportar elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados suficientes para considerar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en cuanto a las condiciones de reclusión en España, teniendo en consideración los parámetros establecidos por el Tribunal de Justicia y por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

A todo lo señalado hay que añadir una incógnita más: la anunciada próxima reforma del Código Penal español, en concreto de los delitos de sedición —del que se contempla incluso su derogación— y de malversación de caudales públicos, que es objeto de debate en estos momentos. Del contenido final de estos tipos penales y de las penas que finalmente acarreen de consumarse la reforma en negociación dependerá en gran medida el futuro de las «euro-órdenes» pendientes en el marco del «*procés*», dado que bien pueden facilitar la ejecución de las mismas al mejorar la expectativa de superación del control de doble incriminación en el caso de que conlleve una mayor homologación respecto de los códigos penales del resto de Estados miembros, bien pueden llevar al desistimiento definitivo por parte del Tribunal Supremo español, al dejar sin contenido todas o algunas de las señaladas «euro-órdenes».

Por último, es difícil valorar la influencia que ha podido tener en el devenir de las diferentes «euro-órdenes» emitidas por el Tribunal Supremo la estrategia del equipo jurídico del Sr. Puigdemont de construir un relato dirigido a transmitir la idea de que el enjuiciamiento del mismo en el marco del *procés* esconde en realidad una persecución por razones políticas²⁴⁵. Lo cierto es que este relato tuvo

245 Vid. BOYE, G., ... *Y ahí lo dejó. Crónica de un proceso*, op. cit., 2019.

cierto éxito en determinados espacios de la sociedad y pudo generar una cierta desconfianza o, por lo menos, una tendencia a examinar con especial cuidado y prudencia las «euro-órdenes» emitidas por el Tribunal Supremo. No podemos negar que las autoridades judiciales de ejecución no han sido ajenas a este relato y al debate que se generó al respecto. Una muestra de ello se puede encontrar en la inusual demora con la que las autoridades escocesas llevaron a cabo la finalmente frustrada ejecución de la «euro-orden» emitida por el Tribunal Supremo solicitando la detención y entrega de Ponsatí. En nuestra opinión, la errática actuación del Tribunal Supremo en la emisión y posterior retirada de las «euro-órdenes» no ayudó a socavar dicho relato, ya que pudo generar dudas en relación con el foro más adecuado para lograr su ejecución, y, con ello, la entrega de los encausados en rebeldía. Tampoco ayudó la dureza de las condenas establecidas en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019. El argumento de la persecución por razones políticas fue alegado por la defensa del Sr. Puigdemont ante el Tribunal de Schleswig-Holsteinisches, si bien este, tanto en su Resolución de 5 de abril de 2018 como en la de 12 de julio del mismo año, lo rechazó de manera contundente al no observar indicio alguno al respecto.

4.2. ¿Es necesaria una reforma de la «euro-orden»?

Partiendo del principio de que toda norma es mejorable, y la Decisión marco 2002/584/JAI que regula la «euro-orden» no es una excepción, hemos de valorar no solo los aspectos en que una reforma puede mejorar el funcionamiento futuro de la norma sino también la oportunidad del momento y los riesgos que supone.

La denegación de entrega del Sr. Puigdemont en 2018 por el Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein (Alemania) por el delito de rebelión al no superar el control de doble incriminación, además de un interesante debate doctrinal en relación con la aplicación de esta causa de oposición a la entrega, generó también un cierto debate político en el Parlamento Europeo, alentado por parlamentarios españoles, sobre la necesidad de modificar la Decisión marco con el objeto en particular de ampliar el listado de su artículo 2.2, es decir, ampliar los supuestos excluidos del control de doble incriminación.

El debate no ha tenido mayor recorrido. Por el momento no se ha planteado una propuesta formal dirigida a la modificación de la Decisión marco ni por parte de la Comisión, ni por parte de los Estados miembros. En nuestra opinión, no es el momento oportuno para plantear una modificación de la Decisión marco que podría llevar a una reforma integral de la misma (en la nueva directiva que se debería adoptar para ello), pero en sentido contrario al deseado. Es decir, a una reforma más limitativa y cauta en su aplicación que lleve a una limitación del principio de reconocimiento mutuo. Es evidente que en estos momentos los vientos no son favorables. Los problemas en determinados Estados miembros en el marco del

Estado de Derecho o las diferencias entre los sistemas procesales-penales, en los derechos penales sustantivos o en las condiciones de detención en los diferentes Estados miembros —con la repercusión que ello puede tener en términos del necesario respeto de los derechos fundamentales— están mermando la confianza recíproca necesaria para la aplicación de los instrumentos basados en el principio de reconocimiento mutuo, en particular de la «euro-orden», y están poniendo en evidencia la necesidad de establecer controles en su aplicación²⁴⁶. No es bueno legislar a partir de supuestos concretos, y la denegación de la entrega del Sr. Puigdemont no debe servir para cuestionar el buen funcionamiento en general de este instrumento jurídico. Emprender una reforma de la «euro-orden» en este momento supone desconocer la posición de la mayoría de los Estados miembros más cercana, en su caso, a una reforma regresiva, más limitativa.

Es cierto que la norma es mejorable; no negamos la conveniencia de una reforma en aspectos puntuales que mejoren su aplicación. Lo que se cuestiona es su oportunidad en el momento actual. Por un lado, en el marco de la doble incriminación, podrían concretarse mejor los delitos recogidos en el listado del artículo 2.2 de la Decisión marco respecto de los que queda excluido el control de doble incriminación, acudiendo para ello a la normativa internacional aplicable y continuando con la labor de aproximación normativa de dichos delitos, explotando las posibilidades que ofrece el artículo 83 del TFUE²⁴⁷, o bien proceder a la supresión de tal listado y sustituirlo por una «lista negativa» de los tipos delictivos respecto de los que cada Estado miembro de manera excepcional va a realizar ese control de doble incriminación —cuestión que ya hemos analizado con cierto detenimiento en este mismo trabajo—. Al respecto, el Parlamento Europeo ha recomendado la inclusión de “un anexo con definiciones para cada elemento de la lista a fin de facilitar su interpretación” y evaluar la ampliación de dicho listado

246 Sobre «euro-orden» y confianza recíproca *vid.* EFRAT, A., “Assessing mutual trust among EU members: evidence from the European Arrest Warrant”, *op. cit.*, pp. 656-675.

247 Siguiendo con el camino emprendido por una serie de directivas tales como la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo (DO L 88 de 31.3.2017, p. 6/21); la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo (DO L 151 de 21.5.2014, p. 1/8); la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo (DO L 218 de 14.8.2013, p. 8/14); o la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101 de 15.4.2011, p. 1/11).

mediante la inclusión de nuevos delitos entre los que señala expresamente, a los efectos que en este trabajo interesa, los “delitos que implican el uso de la violencia o una amenaza grave contra el orden público de los Estados miembros” y los “delitos contra la integridad constitucional de los Estados miembros cometidos mediante el uso de la violencia”²⁴⁸.

Por otro lado, podría modificarse el apartado 4 del mismo artículo 2 de la Decisión marco al efecto de aclarar el alcance del control de doble incriminación que debe realizar en su caso la autoridad judicial de ejecución. Sería interesante introducir expresamente en la Decisión marco medidas dirigidas a garantizar el uso proporcional de este instrumento de cooperación judicial, al estilo, por ejemplo, de las introducidas por el legislador español en su transposición a Derecho interno, al exigir para la emisión de una «euro-orden» que, además de encontrarse en el ámbito de aplicación material de la misma —en el caso de reclamación para el enjuiciamiento que se trate de un delito para el que esté previsto una pena privativa de libertad de al menos 12 meses y si es para el cumplimiento de una pena privativa de libertad previamente impuesta que queden al menos 4 meses pendiente de cumplimiento—, en el caso de que la «euro-orden» se emita para el ejercicio de acciones penales concurren, además, los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder adoptar una medida cautelar privativa de libertad²⁴⁹, y en caso de que la misma tenga por objeto el cumplimiento de una pena privativa de libertad previamente impuesta, que no sea posible ni la sustitución ni la suspensión de dicha pena privativa de libertad (apartados 1 y 2 del art. 39 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre). Por último, también sería deseable que se introduzca una causa específica de no ejecución obligatoria en caso de vulneración o riesgo de vulneración de los derechos fundamentales en consonancia con el desarrollo jurisprudencial al respecto dado que mejoraría la norma desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Pese a ello, en nuestra opinión, antes de plantear una reforma de la Decisión marco, y dado los riesgos que conlleva, se ha de proceder a agotar el margen de mejora del que se dispone. En particular, se han de abordar las deficiencias que se presentan en la transposición a Derecho interno en determinados Estados miem-

248 Además, también señala: los “delitos medioambientales (por ejemplo, los delitos por contaminación procedente de buques), determinadas formas de evasión fiscal, delitos de odio, abusos sexuales, violencia de género, delitos cometidos a través de medios digitales, como la usurpación de identidad, [...], delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra” (Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre la aplicación de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros (219/2207(INI)), P9_(2021)0006, (2021/C 456/01), apartado 14).

249 O los requisitos establecidos en la Ley Orgánica relativa a la responsabilidad penal de los menores para acordar el internamiento cautelar de un menor.

bro tal y como se ha constatado en los diferentes procesos de evaluación de la aplicación de la «euro-orden» realizados hasta el momento. Al respecto, la Comisión ya ha alertado del inicio de procedimientos por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea²⁵⁰. Pero esto no es suficiente. Más allá de la subsanación de las deficiencias de las legislaciones internas de transposición que se puedan presentar en cada caso, se ha de emprender una mejora de las mismas, atendiendo a las recomendaciones de la Comisión y del desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia, así como incluyendo criterios de proporcionalidad en el procedimiento de emisión. El propio Consejo ha alertado de la necesidad de que los Estados miembros tengan en cuenta en su Derecho interno tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como los informes de la Comisión²⁵¹. Además, se ha de continuar con la adopción de directivas dirigidas a la aproximación normativa de los derechos y garantías procesales de los diferentes Estados miembros al objeto de mejorar la confianza recíproca en que se sustenta la aplicación de los diferentes instrumentos de cooperación judicial en materia penal basados en el principio de reconocimiento mutuo²⁵².

250 Vid. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 de julio de 2020, sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (COM(2020) 270 final), pp. 5 y 25. Al respecto, señalar que Wouter VAN BALLEGOOIG, miembro el Parlamento Europeo, en un detallado estudio de evaluación de la aplicación de la «euro-orden» elaborado como material de trabajo de los propios diputados, recomienda a la Comisión incoar procedimientos de infracción específicos contra los Estados miembros que hayan transpuesto de manera incorrecta o deficiente la Decisión marco (VAN BALLEGOOIG, W., *Orden de detención europea. Evaluación europea de la aplicación*, ed. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Bruselas, 2020, p. 78).

251 Vid. Conclusiones del Consejo «La orden de detención europea y los procedimientos de extradición: retos actuales y camino a seguir» (DOUE C 419, de 4 de diciembre de 2020), párrafos 6 y ss.

252 Por el momento se han adoptado las siguientes directivas: Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DO L 297 de 4.11.2016, p. 1/8); Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (DO L 132 de 21.5.2016, p. 1/20); Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DO L 65 de 11.3.2016, p. 1/11); Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DOUE nº L 294, de 6 de noviembre de 2013); Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho de información en los procesos penales (DOUE nº L 142, de 1 de junio

Tanto el Consejo como la Comisión parecen compartir esta opinión. Ambas instituciones consideran que, si bien es cierto que el nivel de aplicación de la «euro-orden» no es lo suficientemente satisfactorio en algunos Estados miembros, en general sí lo es²⁵³, por lo que constituye un instrumento clave en la simplificación y aceleración de la cooperación, por lo que no consideran necesario afrontar en estos momentos la reforma de la «euro-orden», aunque sí incidir en la mejora de su aplicación²⁵⁴. Por su parte, el Parlamento Europeo, si bien en términos generales también considera que se trata de un “instrumento eficaz, útil e indispensable”²⁵⁵, defiende la conveniencia de emprender la reforma de determinados aspectos de la Decisión marco²⁵⁶.

Por último, queremos incidir en la necesidad de continuar con la labor de aproximación normativa que permiten los artículos 82 y 83 del TFUE como elemento clave que puede facilitar la mejor aplicación no solo de la «euro-orden» sino del conjunto de instrumentos de cooperación judicial en materia penal fundamentados en el principio de reconocimiento mutuo. Es evidente, lo hemos señalado ya, que el estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales que fijan los Tratados —el CEDH, junto con la doctrina derivada de la jurisprudencia del TEDH, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la CD-FUE— no suple la actual falta de una suficiente armonización o aproximación de la legislación en materia penal y procesal de los diferentes Estados miembros ne-

de 2012); y Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DOUE n° L 280, de 6 de octubre de 2010).

253 Vid. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 de julio de 2020, sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (COM(2020) 270 final), pp. 5 y 25.

254 El Consejo ha señalado que el margen de mejora en presenta en concreto en los siguientes ámbitos: en una mejor transposición a Derecho interno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los informes de la Comisión; en la aplicación práctica de la Decisión marco; en un mayor apoyo a las autoridades de ejecución en la tramitación de las evaluaciones de los derechos fundamentales; en el tratamiento de determinados aspectos del procedimiento en el Estado miembro de emisión y en el Estado miembros de ejecución; en la tramitación de las solicitudes de extradición de ciudadanos de la Unión a terceros países; en reforzar los derechos procesales; o en una mejor aplicación de la proporcionalidad en la emisión; y en reforzar los procedimientos de entrega en tiempos de crisis (Conclusiones del Consejo «La orden de detención europea y los procedimientos de extradición: retos actuales y camino a seguir» (DOUE C 419, de 4 de diciembre de 2020).

255 Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre la aplicación de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros (219/2207(INI)), P9_(2021)0006, (2021/C 456/01), apartado 1.

256 Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre la aplicación de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros (219/2207(INI)), P9_(2021)0006, (2021/C 456/01).

cesaria con el fin de crear el clima de confianza idóneo para el funcionamiento de un sistema de detención y entrega a nivel de la Unión que se pretende automático. Así lo reconoce expresamente el propio legislador europeo cuando en los considerandos de las directivas 2010/64/UE, 2012/13/UE y 2013/48/UE establece que “aunque todos los Estados miembros son parte en el CEDH, la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí solo, ello no siempre aporta el suficiente grado de confianza en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros”.

Si finalmente cristaliza este camino emprendido y se continúan adoptando, y aplicando de manera efectiva, normas mínimas comunes al respecto con un elevado nivel garantista, se contribuirá, en gran medida, al establecimiento de una mayor confianza de cada Estado miembro en los sistemas legales y judiciales de los demás Estados miembros. Ello tiene especial importancia en estos momentos en los que se está produciendo una alarmante regresión en términos democráticos y de respeto del Estado de Derecho en determinados Estados miembros, especialmente Polonia y Hungría, que están llevando a cabo reformas legislativas que ponen en peligro la independencia judicial, lo que compromete la aplicación de los instrumentos jurídicos basados en el principio de reconocimiento mutuo, en particular de la «euro-orden».

En el horizonte debe estar la utopía que guíe el sistema hacia la configuración de un verdadero espacio común de justicia, en el que la entrega de una persona de un Estado miembro a otro no encuentre mayor dificultad que la que se puede presentar entre diferentes órganos judiciales de un mismo Estado. Este es el complejo camino que ha de tomar la Unión y del que no se debe apartar, de forma que se garantice la libertad con la menor merma posible en la seguridad, pero es un camino del que queda mucho trecho por recorrer y que no está exento de dificultades.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “TJCE-Sentencia de 03.05.2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad* —C-303/05— cooperación policial y judicial en materia penal – orden de detención europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, nº 28, pp. 959-973.
- AIZPURUA, E. y ROGAN, M., “Understanding new actors in European Arrest Warrant cases concerning detention conditions: The role, Powers and functions of prison inspection and monitoring bodies”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 11, nº 2, 2020, pp. 204-226.
- ALONSO GARCÍA, M.^a N., “La institución del referéndum desde una perspectiva multi-nivel: valoración crítica en el constitucionalismo contemporáneo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, núm. 9, pp. 1-26 (consultado en Aranzadi Instituciones).

- ALONSO MOREDA, N., “El fiscal como autoridad judicial de emisión de «euro-órdenes» a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 2019 en el asunto C-509/18 y en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82 PPU ¿Un paso definitivo en su concreción?”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, nº 49, pp. 226-249.
- AMBOS, K., “Sobre las fiscalías alemanas como autoridad de emisión de la orden de detención europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71, 2019 (consultado en Thomson Reuters ProView).
- “The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU’s judgment in OG (C-508/18) and PI (C 82/19 PPU)”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10, 2019, nº 4, pp. 399-407.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Nadie es perfecto: el TJUE y el TS en el asunto de la elección de Oriol Junqueras al Parlamento Europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2020, nº 50, pp. 1-21.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., GARZÓN CLARIANA, G., MANGAS MARTÍN, A., PONS RAFOLS, X., REMIRO BROTONS, A. DEL VALLE GÁLVEZ, A. Y ARENAS GARCÍA, R., *Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña*, que se puede consultar en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70, 2018, nº 1, pp. 295-298.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “La orden europea de detención y entrega. Análisis de las leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «euroorden»”, *Revista de Derecho Penal*, 2003, nº 10, pp. 11-95.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., “La competencia del Tribunal Supremo para conocer d la causa especial de «el procés»”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2019, nº 26, pp. 252-271.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Euroorden, condiciones de reclusión y derechos fundamentales: Karlsruhe emplaza a completar Aranyosi”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, nº 66, pp. 113-145.
- BACHMAIER, L., “Orden europea de detención y entrega, doble incriminación y reconocimiento mutuo a la luz del caso Puigdemont”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, Cuenca, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, pp. 29-40.
- BAUTISTA SAMANIEGO, C.M., “Los límites a la privación de libertad en la ejecución de la OED (A propósito del Auto de 6 de abril de 2020 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”, *La Ley Penal*, 2020, nº 145, pp. 1-35 (Consultado en Smarteca).
- BAZYLINSKA-NAGLER, J., “Polonia ante el principio de confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE”, *UNED. Revista de Derecho Político*, 2021, nº 110, pp. 321-346.
- BOYE, G., ... *Y ahí lo dejo. Crónica de un proceso*, Barcelona, Rocaeditorial, 2019.
- BROBERG, M.P., “Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of the times”, *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, nº 5, pp. 1383-1397.

- BUJAS, I. y PAVELIN, T., "La importancia de la cuestión prejudicial en la construcción del principio de reconocimiento mutuo. El asunto AY", en CORTÉS MARTÍN, J.M. y RUIZ YAMUZA, F.G. (coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, Madrid, ed. Dykinson, 2020, pp. 333-366.
- CAIOLA, A., "Retour sur la mise en oeuvre du mandat d'arrêt européen: le respect de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants dans la détention.: CJUE, gde ch., 15 octobre 2019, Dumitru-Tudor Dorobantu/Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, C-128/18, EXLI:EU:C:2019:857", *Revue des affaires européennes*, 2019, n° 4, pp. 785-793.
- CARLINO, V. y MILANI, G., "To trust or not to trust? Fiducia e diritti fondamentali in tema di mandato d'arresto europeo e sistema comune di asilo", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n° 2, pp. 64-89.
- CARMONA CONTRERAS, A., "Las prerrogativas parlamentarias en la Unión Europea: unos personajes en busca de autor", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2021, n° 31, pp. 218-249.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, n° 14, pp. 1-24.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., "La orden de detención y entrega europea. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión", *La Ley*, 2004, n° 6155, pp. 1-5.
- CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- CORTÉS MARTÍN, J.M., "La Decisión marco relativa a la orden de detención europea y su cuestionada validez ante el TJCE: comentario a la STJCE de 3 de mayo 2007, Advocaaten voor de Wereld (C-303/05)", *Revista General de Derecho Europeo*, 2008, n° 15, pp. 1-24.
- "Sobre los límites a la confianza mutua y la equivalencia intersistémica de la orden europea de detención", en CORTÉS MARTÍN, J.M., y RUIZ YAMUZA, F.-G. (coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 61-94.
- CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la "euro orden" de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 2003.
- DE GENTILI-PICARD, L., "La mise en oeuvre du mandat d'arrêt européen en France", *La Semaine Juridique*, 2004, n° 42, p. 1775-1780.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición", *Actualidad Penal*, 2003, n° 4, pp. 139-158.
- DELGADO MARTÍN, J., "La orden europea de detención y entrega", *La Ley*, 2005, n° 6205, pp. 1-10.
- DRAETTA, U., "Il mandato d'arresto europeo al vaglio della Corte di Giustizia", *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 2007, n° 4, pp. 995-1008.
- DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., "Reconciling extradition with human rights", *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, n° 2, pp. 187-212.

- EFRAT, A., "Assessing mutual trust among EU members: evidence from the European Arrest Warrant", *Journal of European Public Policy*, vol. 26, 2019, nº 5, pp. 656-675.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., "Un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, núm. 4, pp. 1-18 (consultado en Aranzadi Instituciones).
- FERNÁNDEZ LE GAL, A., "Estado de derecho, independencia judicial y autonomía del Ministerio Fiscal. Hacia un modelo europeo de fiscal", *Estudios de Deusto*, vol. 70, 2022, nº 1, pp. 111-140.
- FERNÁNDEZ LIESA, C.R., "El desafío soberanista y el derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. XIX, pp. 115-152.
- FLORE, D., "Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne", *Journal des Tribunaux*, 2002, nº 6050, pp. 273-281.
- FONSECA MORILLO, F.J., "La orden de detención y entrega europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, nº 14, pp. 69-95.
- FOSSAS ESPADALER, E., "Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, núm. 101, pp. 273-300.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El principio de proporcionalidad en la extradición", *Poder Judicial*, 1989, nº 15, pp. 35-52.
- GILMORE, B., "The EU Framework Decision on the European Arrest Warrant: An Overview from the Perspective of International Criminal Law", *ERA-Forum*, 2002, nº 3, pp. 144-147.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., "La cuestión prejudicial comunitaria: negativa del juez nacional a plantearla ante el TJUR", en MARTÍN OSTOS, J. (coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Barcelona, ed. Atelier, 2013, pp. 293-309.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo", *La Ley*, 2004, nº 6069, pp. 1-6.
- GONZÁLEZ CAMPO, E., "La incidencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extradición", *Revista del Ministerio Fiscal*, 2000, nº 7, pp. 59-93.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., "Las euroórdenes emitidas por el Tribunal Supremo de España", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2019, nº 26, pp. 306-371.
- HARKIN, T., "The case law of the Court of Justice of the European Union on 'judicial authority' and issuing European arrest warrants", *New Journal of European Criminal Law*, vol. 0, 2021, nº 0, pp. 1-23.
- HEIMRICH, C., "European arrest warrants and the Independence of the issuing judicial authority – How much Independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU OG and PI)", *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10, 2019, nº 4, pp. 389-398.

- HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “El reconocimiento mutuo a examen: el asunto C-158-21 Puig Gordi y otros y su incidencia en el futuro de la cooperación judicial en materia penal en la UE”, *Revista de Estudios Europeos*, 2022, vol. 79, pp. 258-284.
- “La desconfianza mutua como principio: sobre la trascendencia europea de las cuestiones prejudiciales planteadas por el magistrado instructor del caso Procés”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94, pp. 1-16 (consultado en Smarteca).
 - “La respuesta ante la falta de cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de las denegaciones reiteradas en la ejecución de las ODE en el caso procés”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, nº 2, pp. 105-140.
 - “Sobre la precaria situación e la autoridad de emisión ante la denegación reiterada de la ejecución de una ODE: reflexiones al hilo del caso procés”, en MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M.^a I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 449-474.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S. y ORÓ MARTÍNEZ, C., “La cuestión prejudicial (I). Elementos esenciales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en SIGNES DE MESA, J.I. (dir.), *Derecho Procesal Europeo*, Madrid, ed. Iustel, 2019, pp. 135-167.
- IRURZUN MONTORO, F., “La Orden Europea de Detención y Entrega”, *Noticias de la Unión Europea*, 2003, nº 225, pp. 39-49.
- “Últimos avances y propuestas de la Unión Europea en la cooperación judicial penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 2002, nº 10, pp. 111-126.
- JAVATO MARTÍN, A.M.^a, “La entrega de Puigdemont por el delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125 Código Penal alemán)”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, Cuenca, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, pp. 65-71.
- JÉGOUZO, I., “Le mandat d’arrêt européen : premiers pas d’un espace judiciaire européen en matière pénale”, *Revue de Affaires Européennes/Law & European Affairs*, 2003-2004, nº 3, pp. 347-359.
- JIMENO BULNES, M., “La cuestión prejudicial”, en PARDO IRANZO, V. (dir.), “El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea”, Cizur Menor, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 173-210.
- “Problemas actuales del funcionamiento de la orden europea de detención y entrega”, en MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M.^a I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 385-432.
- KAUFF-GAZIN, F., “Validité de la décision-cadre relative au mandat d’arrêt européen”, *Europe*, 2007, nº 7, pp. 17-18.
- KLIMEK, L., *European Arrest Warrant*, ed. Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015.
- KÖNIG, J., MEICHELBECK, P. y PUCHTA, M., “The Curious Case of Carles Puigdemont – The European Arrest Warrant as an Inadequate Means with Regard to Political Offences”, *German Law Journal*, 2021, nº 22, pp. 256-275.

- KÜHN, W.M., "Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Europeo*, 2007, nº 12, pp. 1-55.
- LIAKOPOULOS, D., "Brexit y la orden de detención europea", *Revista Derechos en Acción*, 2019, nº 12, pp. 509-530.
- LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.³, "La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea", *Anuario de Derecho Internacional*, 2004, nº XX, pp. 173-240.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., "Apéndice. El futuro de la extradición en Europa", en la obra, CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- "La orden de detención europea: legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega", *Jueces para la democracia*, 2002, nº 45, pp. 28-33.
 - "La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el sistema de entrega instaurado por la orden europea de detención", *Manuales de Formación Continuada*, 2007, nº 42, pp. 293-353.
- LUGATO, M., "La tutela dei Diritti fondamentali rispetto al Mandato d'arresto europeo", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVI, 2003, fasc. 1, pp. 27-54.
- "Mandat d'arrêt Européen, extradition et droit a un procès équitable", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 112, 2008, nº 3, pp. 601-622.
- MacPARTHOLÁN, C., "Arresting Developments: The Post-Brexit Future of European Arrest Warrants", *The Journal of Criminal Law*, vol. 84, 2020, nº 2, pp. 124-141.
- MANACORDA, S., "L'exception à la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen et le principe de légalité", *Cahiers de Droit Européen*, 2007, nº 1-2, pp. 149 a 177.
- MANCANO, L. "Judicial cooperation, detention conditions and equivalent protection. Another chapter in the EU-ECHR relationship: Bivolaru and Moldovan v. France", *Revista General de Derecho Europeo*, 2022, nº 56, pp. 207-231.
- MAPELLI MARCHENA, C., IRURZUN MONTORO, F., "La orden europea de detención y entrega a la luz del Tratado de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2007 en el asunto *Advocaten voor de Wereld VZW*, as. C-303/05", *Revista española de Derecho Europeo*, 2007, nº 24, pp. 581-605.
- MARGUERY, TP., "Towards the end of mutual trust? Prison conditions in the context of the transfer of prisoners framework decisions", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, 2018, nº 6, pp. 704-717.
- MORENO CATENA, V., "La prisión provisional de los condenados del *procés*", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2019, nº 26, pp. 200-232.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., "Doble incriminación a examen. Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos", *Indret*, 2019, nº 1, pp. 2-54.
- "Juicio normativo y doble incriminación en el caso Puigdemont", en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, Cuenca, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, pp. 41-64.
- NIETO MARTÍN, A., "Principio de legalidad, ne bis in idem y proceso justo en el Derecho penal europeo (Comentario a la última jurisprudencia del TJCE en materia

- penal, Mayo-Septiembre 2007)”, *Revista General de Derecho Penal*, 2007, nº 8, pp. 1-14.
- “Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, Cuenca, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, pp. 21-28.
- PADELLETTI, M.L., “Estradizione e Convenzione Europea dei Diritti dell’ Uomo”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXIX, 1996, fasc. 3, pp. 656-684.
- PRADEL, J., “Le mandat d’arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l’extradition”, *Recueil Dalloz*, 2004, nº 20, pp. 1392-1404.
- PUENTE EGIDO, J., “La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2000, nº 15, pp. 205-236.
- REMIRO BROTONS, A. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La «cuestión catalana»”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, 2018, nº 1, pp. 285-294.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., “La Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, 2002, nº 2, pp. 1053-1058.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? A propósito del “procés” catalán”, en ARROYO ZAPATERO, L.A., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES MORENO, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso de Puigdemont*, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2018, pp. 87-151.
- “¿Tiene España un problema de sobrepoblación penitenciaria?”, en OLIVER OLMO, P. y CUBERO IZQUIERDO, M.^a C. (coords.), *De los controles disciplinarios a los controles securitarios. Actas del II Congreso Internacional sobre la Historia de la Prisión y las Instituciones Punitivas*, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2020, pp. 413-428.
- “La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida”, *Revista Penal*, 2020, nº 45, pp. 109-140.
- ROGAN, M., “What constitutes evidence of poor prison conditions after *Aranyosi and Căldăraru*? Examining the role of inspection and monitoring bodies in European Arrest Warrant decision-making”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10, 2019, nº 3, pp. 209-226.
- ROVIRA, A., “Extradición y Derechos Fundamentales”, *Revista de las Cortes Generales*, 2003, nº 58, pp. 7-38.
- RUIZ TARRÍAS, S., “La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, vol. 2, 2019, nº 23, pp. 459-490.
- RUIZ YAMUZA, F.-G., “¿Réquiem por el principio de confianza mutua? Reconocimiento mutuo y tutela judicial de derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJUE a propósito de la orden de detención europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, nº 43, pp. 201-245.

- “CJEU case law on double criminality. The *Grundza-Piotrowski* paradox? Some notes regarding the Puigdemont case”, *ERA Forum*, 2019, nº 19, pp. 465–484.
 - “El Ministerio Fiscal como autoridad judicial de emisión en la DM OEDE. Notas en relación con la jurisprudencia reciente del TJUE”, en MORENO CATENA, V. Y ROMERO PRADAS, M.^a I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 331-384.
 - “El sistema europeo de derechos fundamentales como contexto de operatividad de la orden europea de detención y entrega. La jurisprudencia sobre deficiencias sistémicas. Nuevas perspectivas y retos”, en CORTÉS MARTÍN, J.M., y RUIZ YAMUZA, F.-G. (coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 235-274.
 - “La doble incriminación en el sistema de la euroorden o de la necesidad de una exégesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto *Puigdemont*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, nº 61, pp. 1059-1090.
- SALVATELLI, P., “La lunga e difficile gestazione della Corte di Giustizia sul mandato di arresto europeo”, *Quaderni costituzionali*, 2007, nº 3, pp. 666-670.
- SÁNCHEZ BARRIOS, M.^a I., “La orden de detención europea. Apuntes sobre el caso catalán y las actuaciones del tribunal de Schleswig-Holstein”, en CARO CATALÁN, J. (coord.) y FONTESTAD PORTALÉS, L. (dir.), *La globalización del derecho procesal*, ed. tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 153-173.
- SÁNCHEZ FRÍAS, A., “Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, nº 65, pp. 167-187.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, nº 14, pp. 1-56.
- SANFRUTOS CANO, E., “Coopération policière et judiciaire en matière pénale «Advocaaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad «Mandat d’arrêt européen»”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2007, nº 2, pp. 472-481.
- SCHÜNEMANN, “Fortschritte und Fehlschritte in der Strafrechtspflege der EU”, *Goldamers Archiv*, 2004.
- SOROETA LICERAS, J., “*Quo Vadis* Cataluña? La unilateralidad, un viaje de corto recorrido”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2028, nº 34, pp. 323-342.
- ŠUBIC, N., “Resisting a European Arrest Warrant: A social rights perspective”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 11, 2020, nº 3, pp. 299-312.
- VALIÑO ARCOS, A., “A propósito de la Resolución del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont» (traducción castellana con notas)”, *Diario La Ley*, 2018, nº 9186, pp. 1 a 16 (consultado en Smarteca).
- “Sobre el pronunciamiento del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont»”, *Diario La Ley*, 2018, nº 9263, pp. 1 a 28 (consultado en Smarteca).

- VAN BALLEGOOIG, W., *Orden de detención europea. Evaluación europea de la aplicación*, ed. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Bruselas, 2020.
- VAN DER MEI, A.P., "The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 2017, nº 6, pp. 882-904.
- VANDERMEERSCH, D., "Le mandat d'arrêt européen et la protection des droits de l'homme", *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 2005, nº 3, pp. 218-239.
- VOGEL, J., "¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, nº VII, pp. 173-198.
- VON BOGDANDY, A y IOANNIDIS, M., "La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer", *Revista de Estudios Políticos*, 2014, nº 165, pp. 19-64.
- WERY, E., "Le mandat d'arrêt européen progresse et intéresse les juristes de l'internet", *Droit Nouvelles Technologies*, 18 Avril 2003 (que se puede consultar en: http://www.droit-technologie.org/1_2_1.asp?actu_id=746).
- ZAJĄC, D., "The European Arrest Warrant in Designer Drugs Cases. With or Without Verification of Double Criminality?", *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2021, mayo, publicado online, <https://doi.org/10.1007/s10610-021-09487-2>, pp. 1-15.