

PROF. ANTONIO CUERDA RIEZU. LA EXTRADICIÓN Y LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA.41-60.REVISTA CENIPEC.25.2006. ENERO-DICIEMBRE.ISSN: 0798-9202

PROF. ANTONIO CUERDA RIEZU

**LA EXTRADICIÓN Y LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA\***

\* Trabajo financiado con el proyecto de investigación “La reforma del Código Penal por Ley 15/2003, de 25 de noviembre: armonización con el Derecho Penal Internacional en la protección de los intereses supranacionales. Delitos de lesa humanidad y protección del medio ambiente”, concedido por la Universidad Rey Juan Carlos, desde enero de 2005 hasta octubre de 2005. Asimismo, el tema ha sido objeto de una conferencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas de la Universidad de los Andes (Mérida, Venezuela) el 3 de marzo de 2005.  
Fecha de recepción: 12/09/2005. Fecha de Aceptación: 20/10/2005



PROF. ANTONIO CUERDA RIEZU  
Universidad Rey Juan Carlos  
Madrid - España  
*antonio.cuerda@urjc.es*

### Resumen

El presente artículo trata de un nuevo instrumento de cooperación penal internacional surgido en el ámbito de la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega (“euro-orden”), que sustituye la tradicional extradición entre los Estados miembros de la Unión. Aunque este nuevo método persigue el mismo fin que la extradición (la entrega de una persona de un Estado a otro Estado por motivos penales), ambos sistemas presentan relevantes diferencias. El artículo concluye apuntando la posibilidad de que el nuevo instrumento de cooperación puede ser asumido por los países iberoamericanos.

**Palabras clave:** Derecho penal internacional, cooperación penal internacional, extradición, auxilio judicial entre estados, orden europea de detención y entrega.

### Extradition and the european order for arrest and handing over.

#### Abstract

The present article deals with a new instrument for international cooperation in the field of criminal law that has emerged in the European Union: the order for arrest and handing over (the “Euro-order”) that replaces the traditional extradition procedures between member states. Although this new procedure has the same objective as extradition (the handing over of an offender from one country to another for the purposes of prosecution) the two systems are somewhat different. The article concludes by noting that this new type of cooperation could also be adopted by Ibero-American countries.

**Key words:** international criminal law, international cooperation in criminal law, extradition, judicial assistance between countries, european order for arrest and handing over.

## **L'extradition et l'ordre européenne de détention et remise**

### **Résumé**

L'article ci-dessous aborde un nouvel instrument de coopération pénale internationale, né dans le cadre de l'Union Européenne : l'ordre européenne de détention et remise (« Euro – Ordre »), qui substitue l'extradition traditionnelle parmi les membres de l'Union. Même si cette nouvelle méthode poursuit la même fin que celle de l'extradition (la remise d'une personne d'un État à un autre État pour des motifs pénaux), les deux systèmes apportent des différences importantes. L'article termine par remarquer la possibilité de que le nouvel instrument de coopération peut-être assumé par les pays ibéroaméricains.

**Mots Clefs:** droit pénal international, coopération pénale internationale, extradition, entraide judiciaire étatique, ordre européenne de détention et remise.

## **A extradição e a ordem europeia de detenção e entrega**

### **Resumo**

O presente artigo trata sobre um novo instrumento de cooperação penal internacional surgido no âmbito da União Europeia: a ordem europeia de detenção e entrega (“euro-ordem”), que substitui a tradicional extradição entre os Estados membros da União. Apesar que este novo método visa a mesma finalidade que a extradição (a entrega de uma pessoa de um Estado a outro por motivos penais), ambos sistemas apresentam diferenças relevantes. O artigo conclui apontando a possibilidade de que o novo instrumento de cooperação pode ser assumido pelos países ibero-americanos.

**Palavras chave:** Direito penal internacional, cooperação penal internacional, extradição, auxílio judicial entre estados, ordem europeia de detenção e entrega.

### 1.- La extradición.

Si se escenificara en una película el modelo clásico de la extradición, nos encontraríamos con dos protagonistas indiscutibles: el Estado requirente (el que solicita la entrega de un individuo) y el Estado requerido (aquél al que se solicita la entrega de dicho individuo). Para el Estado requirente la finalidad de ese modelo tradicional de extradición es tener en su poder al individuo en cuestión para someterlo a un proceso penal o para que cumpla en todo o en parte una pena o medida de seguridad anteriormente impuestas. De modo que según este esquema, la persona reclamada mediante la extradición es ante todo el “objeto” de la extradición, en el sentido de que no es un sujeto o protagonista indiscutible de esta institución. Como ya he dicho, los verdaderos protagonistas de la extradición así entendida son los Estados que piden y que, en su caso, conceden o deniegan la extradición. En la actualidad, el guión cinematográfico de la extradición está cambiando algo. La persona reclamada en una demanda de extradición ya no es un actor secundario, sino que se convierte en un actor principal, en un verdadero protagonista, que puede ejercitar sus derechos en el proceso propio de la extradición<sup>1</sup>, sobre todo cuando se opone a la entrega. La inicial relación bilateral o bidimensional entre los Estados se amplía a una relación triangular en la que queda incluida la persona reclamada, convirtiéndose en un extraño *ménage a trois*<sup>2</sup>. El reclamado pasa así de ser objeto a ser verdadero sujeto del proceso en el que se examina la extradición. La finalidad del modelo actual de la extradición no varía, sino que sigue siendo facilitar un proceso penal sobre un sujeto en otro Estado; lo que verdaderamente ha cambiado son los sujetos implicados en la extradición.

Al mismo tiempo la extradición se ha ido judicializando. Históricamente la extradición era otorgada o denegada por razones políticas, esto es, de utilidad para los soberanos. En la actualidad, la extradición está (en la mayoría de los

<sup>1</sup> Me refiero al proceso en el que se discute acerca de la extradición, y que es diferente al que se sigue o se ha seguido en el estado requirente relacionado con un hecho punible o estado peligroso.

<sup>2</sup> En este sentido: J. Vogel, “¿supresión de la extradición? observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la unión europea”, en e. Bacigalupo Zapater (director), el derecho pena internacional, cuadernos de derecho judicial vii-2001, madrid, 2001, consejo general del poder judicial, p. 188 s.; a. Cuerda Riezu, de la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega. con un análisis de la doctrina del tribunal constitucional español, madrid, 2003, editorial centro de estudios ramón areces – servicio de publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, p. 48.

Estados y en España de forma obligatoria en virtud de la Constitución<sup>3</sup>) sometida al control de los tribunales. No es casual que se haya generalizado el control judicial de la extradición, ya que el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prohíbe el destierro arbitrario, en tanto que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la expulsión arbitraria de un extranjero y obliga al Estado a que tal extranjero pueda someter su caso a revisión “ante la autoridad competente”. Esa supervisión de la extradición a cargo de los órganos judiciales viene favorecida también por la circunstancia de que la puesta en práctica de la misma puede dar lugar a la vulneración de los derechos fundamentales de la persona reclamada<sup>4</sup>, lo que en España, en virtud del artículo 53.2 de la Constitución, debe determinar la posibilidad de que el ciudadano recabe la tutela de ese derecho fundamental eventualmente vulnerado, bien ante los tribunales ordinarios, bien ante el Tribunal Constitucional. En resumen, la extradición ha pasado de un modelo bidimensional a un modelo triangular, en el que juega un papel relevante la persona reclamada; y habiendo sido una decisión básicamente política, ha pasado a ser una decisión esencialmente jurídica y además sometida al control de los jueces y tribunales.

## **2.- Fundamentos de la extradición.**

Con la intención de ser más sistemático que exhaustivo, pienso que en la extradición pesan ante todo cuatro tipos de razones: dos de ellas de carácter más internacional y otras dos de índole más estatal. Me ocuparé de ellas en ese mismo orden.

**a)** *La extradición sirve como instrumento para evitar bien la ausencia de persecución penal bien la impunidad de los ya condenados.* En efecto, cuando el acusado de un delito o el ya condenado penalmente se encuentran en el territorio de otro Estado, una de las maneras de conseguir que ese sujeto sea juzgado o que cumpla la condena ya impuesta consiste en que el Estado que quiere ejercitar la acción penal contra él presente una demanda de extradición, de modo que una vez que lo tenga en su poder le someta a juicio o le haga cumplir coactivamente la pena o la medida de seguridad previamente impuestas. De este modo la huida

<sup>3</sup> Sobre la obligatoriedad del control jurisdiccional de la extradición en España, cfr. A. Cuerda Riezu, De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega, cit., p. 46 ss.

<sup>4</sup> En este sentido, B. García Sánchez, La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario, Granada, 2005, Editorial Comares, pp. 42, 145 y ss., y passim.

a otro Estado o la permanencia en el territorio de otro Estado no representa ninguna garantía de impunidad: el acusado o delincuente ya condenado han de saber que pueden ser ejercitadas acciones penales contra ellos. Mediante la extradición se demuestra la solidaridad de los Estados en materia penal, en cuanto que éstos colaboran entre sí para que la persecución penal sea efectiva incluso más allá de sus propias fronteras.

**b)** *La extradición se efectúa mediante un procedimiento rogado (a través de una solicitud) con el fin de respetar la soberanía ajena.* Si un ciudadano comete un delito en Barcelona y se refugia en París (Francia), la policía española no está legitimada para, después de tomar un avión, detenerle en la capital francesa; lo mismo ocurre si un sujeto comete un delito en Bogotá (Colombia) y huye a Caracas (Venezuela): la policía colombiana tampoco está legitimada para, una vez trasladada a la capital venezolana, proceder a la detención del sujeto que delinquirió en Bogotá. La razón de que la policía carezca de legitimidad para operar en el territorio de otro Estado es muy simple: el respeto a la soberanía de los demás Estados. Ese respeto implica que si el sujeto cuya persecución penal se pretende se encuentra en el territorio de otro Estado B, ha desaparecido, correlativamente para el Estado A donde se delinquirió, la capacidad de realizar la persecución penal por sí mismo y con sus propios órganos de seguridad: tal Estado A tendrá que pedir o rogar al otro Estado B que le entregue a dicho sujeto.

Que las cosas *deban ser así*, no significa forzosamente que *las cosas sean siempre así*. En la práctica internacional se producen con cierta frecuencia los secuestros internacionales (casos *Eichmann*, por Israel; *Álvarez Machain*, por los Estados Unidos de América<sup>5</sup>; *Noriega*, también por los Estados Unidos de América<sup>6</sup>; *Rodrigo Granda*, por Colombia<sup>7</sup>; etc.) o las entregas irregulares de un sujeto por parte de un Estado a otro (caso *Roldán*, supuestamente entregado

<sup>5</sup> Sobre este caso, cfr. B. García Sánchez, La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario, cit. pp. 164-165.

<sup>6</sup> Cfr. B. García Sánchez, La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario, cit., pp. 167-168.

<sup>7</sup> Al parecer, Rodrigo Granda, el número dos en la Comisión Internacional de las Fuerzas Revolucionarias de Colombia (FARC), fue secuestrado por desconocidos armados de un café de Caracas el 13 de diciembre de 2004 y después trasladado hacia Bogotá. Las autoridades colombianas negaron tales hechos, reconociendo por el contrario que Granda había sido capturado el 14 de diciembre de 2004 en la ciudad colombiana de Cucutá. Este suceso provocó una crisis entre Venezuela y Colombia, que cesó cuando se entrevistaron privadamente los Presidentes Hugo Chávez de Venezuela y Álvaro Uribe de Colombia el 15 de febrero de 2005.

por Tailandia y Laos a España<sup>8</sup>; o la expulsión por parte de Francia a España de algunos individuos acusados de delitos de terrorismo, etc.). En todos estos casos la finalidad es la misma que en la extradición: facilitar el enjuiciamiento de un ciudadano o el cumplimiento de una condena penal en el territorio de otro Estado, pero a diferencia de la extradición, con estas técnicas abusivas se elude el procedimiento reglado y se emplean simples vías de hecho. No hace falta argumentar mucho para concluir que cuando se produce un secuestro internacional, se atenta contra la soberanía del Estado en cuyo territorio se encuentra la persona secuestrada, además de que se vulneran sus derechos fundamentales. Cualquier solicitud de extradición puede concluir con la negativa del Estado requerido a entregar a la persona reclamada, precisamente en el ejercicio de su soberanía. Pues bien, con las aprehensiones irregulares de un sujeto se produce una absoluta falta de respeto a la soberanía ajena: el Estado afectado normalmente no sabe que se ha producido el secuestro internacional y, por lo tanto, tampoco puede oponerse a él.

**c)** *La extradición es un instrumento que garantiza la tutela judicial efectiva del denunciante o querellante cuando el acusado no se encuentra en territorio del Estado.* Si un ciudadano presenta una denuncia o una querrela contra un sujeto, y dicho sujeto no se encuentra en el territorio del Estado donde se han iniciado las acciones penales, el órgano judicial debería sobreseer o archivar la causa, ya que no podría continuar la instrucción ante la imposibilidad de interrogar al denunciado o querrellado. Quedaría frustrada la pretensión del denunciante o querellante de obtener justicia. Por el contrario, la extradición garantiza la tutela judicial efectiva del denunciante o querellante, en cuanto que el proceso puede continuar iniciándose los trámites propios de la extradición activa.

**d)** *La extradición es un método imprescindible para aquellos ordenamientos jurídicos que no admiten (o lo hacen sólo de manera restringida) el juicio en rebeldía o ausencia del acusado; y es un método necesario para aquellos ordenamientos que sí toleran el juicio en rebeldía o ausencia del acusado.* Aquellos ordenamientos jurídicos que, en el acto del juicio oral, exigen ineludiblemente la presencia del acusado, sentirán la extradición como algo

<sup>8</sup> Cfr.: M. P. Andrés Saenz de Santamaría, "Los Tratados y la Extradición en el Derecho español (reflexiones en torno a los Papeles de Laos)", Revista Española de Derecho Internacional, vol. XLVII, núm. 1, 1995, pp. 131-143; B.García Sánchez, La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario, cit., pp. 174-175.

imprescindible, pues esta institución permite que el individuo, una vez entregado por el Estado requerido, se sienta en el banquillo de los acusados y pueda ser sometido a enjuiciamiento. Sin embargo, aquellos ordenamientos que permiten que se celebre el acto del juicio oral sin la presencia del acusado, podrán concluir el enjuiciamiento cuando el acusado se encuentra más allá de las fronteras del Estado. Ahora bien, en el caso de que la sentencia sea condenatoria, la extradición sigue siendo necesaria para lograr que la pena o la medida de seguridad sean cumplidas en el Estado donde se impusieron mediante el traslado del sujeto condenado al territorio de dicho Estado.

### **3.- La orden europea de detención y entrega (“euro-orden”).**

Expresándolo con la mayor brevedad posible, cabe decir que la orden europea de detención y entrega -coloquialmente conocida como “euro-orden”- es una resolución judicial que se materializa en un simple formulario de cinco hojas. La euro-orden comparte con la extradición la misma finalidad de servir como instrumento de cooperación penal entre los Estados para lograr la entrega de un sujeto que se encuentra en el territorio de otro Estado, con el objetivo bien de que dicho sujeto sea juzgado en un proceso penal, bien de que cumpla una condena penal ya impuesta. La euro-orden sustituye a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea que han desarrollado en su ordenamiento interno 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<sup>9</sup>. En agosto de 2005, según el Ministerio del Interior español, esos Estados son 23<sup>10</sup>. ¿Significa lo anterior que ha desaparecido en Europa el tradicional instrumento de la extradición? Se me permitirá que me explique de una manera un tanto matizada: ha desaparecido entre esos Estados que han desarrollado la decisión marco; pero la extradición no desaparece, sino que se mantiene entre los Estados miembros de la Unión y los Estados que no son miembros; y también queda subsistente la extradición

<sup>9</sup> Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie L, 190/1, de 18 de julio de 2002. Puede localizarse el texto en [http://europa.eu.int/eur-lex/es/search/search\\_lif.html](http://europa.eu.int/eur-lex/es/search/search_lif.html).

<sup>10</sup> En atención a la fecha desde que la euro-orden es aplicable: Aplicable desde el 1 de enero de 2004: España, Portugal, Dinamarca, Reino Unido, Finlandia, Suecia, Bélgica e Irlanda. Aplicable desde el 13 de marzo de 2004: Francia. Aplicable desde el 26 de marzo de 2004: Luxemburgo. Aplicable desde el 1 de mayo de 2004: Austria, Chipre, Hungría, Eslovenia, Polonia y Lituania. Aplicable desde el 12 de mayo de 2004: Países Bajos. Aplicable desde el 7 de junio de 2004: Malta. Aplicable desde el 30 de junio de 2004: Letonia. Aplicable desde el 1 de julio de 2004: Estonia. Aplicable desde el 9 de julio de 2004: Grecia. Aplicable desde el 1 de agosto de 2004: Eslovaquia. Aplicable desde el 1 de noviembre de 2004: República Checa.

entre los Estados miembros, cuando uno de ellos no ha promulgado una ley o disposición que desarrolle en su ordenamiento la referida decisión marco.

Recientemente se ha producido una situación especial en relación con la República Federal de Alemania. En ese país se ha generado una importante corriente de opinión entre los penalistas muy crítica contra la euro-orden, que consideraba incluso que el desarrollo legal de este instrumento podía ser contrario a la ley fundamental alemana<sup>11</sup>. Sin embargo, se dictó finalmente una ley en desarrollo de la decisión marco<sup>12</sup>. Pues bien, el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 18 de julio de 2005, ha considerado dicha ley contraria a la Constitución alemana, y por lo tanto nula. De manera que Alemania ha pasado a engrosar el grupo de los Estados que, rigurosamente hablando, carecen de una disposición que desarrolle la decisión marco. Como consecuencia de esta nueva consideración de la posición de Alemania en este asunto, el órgano judicial español encargado de las extradiciones pasivas y de la ejecución de las euro-órdenes -la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional- ha dictado un auto de 21 de julio de 2005, por el que provisionalmente y mientras no se comunique oficialmente el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, se decide que las euro-órdenes dictadas por jueces alemanes sean tramitadas como si fueran extradiciones<sup>13</sup>.

#### **4.- Las razones históricas del nacimiento de la euro-orden.**

El nacimiento de la orden europea de detención y entrega ha sido un proceso largo, que se ha acelerado en la etapa inmediatamente previa a su aparición. Resumidamente<sup>14</sup>, creo que en este proceso los factores decisivos han sido tres:

**a) El fracaso de la vía convencional.** En 1995 y 1996 se acordaron en el ámbito de la Unión Europea dos tratados cuyo objetivo era simplificar el

<sup>11</sup> Expone muy ampliamente esta corriente de opinión, con sus correspondientes réplicas y contrarréplicas, C. Gómez-Jara Díez, "Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo", La Ley, núm. 6069, 26 de julio de 2004, *passim*.

<sup>12</sup> La euro-orden era aplicable en la República Federal de Alemania desde el 23 de agosto de 2004.

<sup>13</sup> El Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 21 de julio de 2005, añade que si el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán fuera el de afectar solamente a las peticiones en las que las personas buscadas sean de nacionalidad alemana, éstas se tramitarán como extradiciones, si bien en virtud del principio de reciprocidad (art. 13.3 de la Constitución Española), España no deberá autorizar la entrega de españoles a Alemania.

<sup>14</sup> Un examen más detenido y extenso de este proceso realizo en A. Cuerda Riezu, De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega, *cit.*, pp. 53-79.

procedimiento de la extradición<sup>15</sup>. Sin embargo, tales convenios nunca entraron en vigor y sólo fueron objeto de aplicación provisional entre algunos Estados. ¿Por qué ocurrió esto? Pues por dos tipos de razones. La primera y más elemental es que los convenios se basan en el consentimiento de los Estados para obligarse, de modo que los Estados europeos, al no existir una autoridad externa que les compeliere a ello, se mostraban reacios a expresar su voluntad favorable a asumir tales convenios. Y la segunda razón consiste en que los convenios no imponían plazos para que los Estados expresaran su consentimiento para aceptar los tratados, lo que contribuía a reforzar la falta de diligencia de aquéllos. Las autoridades comunitarias tomaron buena nota de estas circunstancias. Por ello decidieron continuar el proceso de simplificación de la entrega de personas por razones penales recurriendo, no a un instrumento convencional, sino a una disposición comunitaria jerárquicamente superior: la decisión marco de 13 de junio de 2002, que no era directamente aplicable, pero que imponía a los Estados miembros un plazo máximo para trasponerla o desarrollarla. Este plazo máximo se fijó, como regla general, el 31 de diciembre de 2003. De esta manera se ponía remedio al problema detectado en los convenios de 1995 y 1996 referente a la ausencia de un término temporal obligatorio para aplicar la euro-orden.

La decisión marco, además de no requerir para su validez como norma comunitaria el consentimiento de los Estados, tampoco admite las reservas, que es una técnica característica de los tratados. La reserva a un precepto concreto de un tratado permite, entre otras cosas, que un Estado no se encuentre vinculado por dicho precepto. Ahora bien, para compensar la inexistencia de reservas, la decisión marco prevé un discreto abanico de posibilidades de forma que los Estados puedan adaptar la euro-orden a las peculiaridades de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

**b) *La sesión del Consejo Europeo en Tampere (Finlandia), celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999.*** En las conclusiones 33 a 37 de dicha sesión<sup>16</sup>, se hace especial hincapié en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones

<sup>15</sup> El primero es el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo al procedimiento simplificado de la extradición, hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995; el segundo es el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996.

<sup>16</sup> Vid. la transcripción de estas conclusiones en A. Cuerda Riezu, De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega, cit., pp. 69-70.

judiciales de los demás Estados miembros, hasta el punto de que para el Consejo Europeo tal principio “debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal de la Unión”<sup>17</sup>. En el Proyecto de Constitución Europea se ha realizado aún más este principio<sup>18</sup>.

El principio de reconocimiento mutuo implica asumir como si fuera propia una resolución dictada por las autoridades judiciales de otro Estado, sin que sea necesario acudir al procedimiento clásico del exequátur. El exequátur es un procedimiento destinado a homologar una resolución judicial extranjera, con el fin de que produzca los mismos efectos que una resolución judicial nacional: bien su ejecución, bien su condición de cosa juzgada. El sistema de la euro-orden prescinde, pues, del exequátur y reconoce la validez de la orden de detención y entrega emitida por la autoridad judicial extranjera, aunque sea sometida a una supervisión por la autoridad judicial que está llamada a ejecutarla. El principio del reconocimiento mutuo descansa a su vez en una confianza elevada de los Estados miembros en cuanto a una homogeneidad básica de sus respectivos ordenamientos jurídicos y en cuanto a un nivel similar de protección de los derechos fundamentales en todos ellos<sup>19</sup>. Pues, ¿cómo se podría otorgar validez a las resoluciones judiciales de un Estado cuyo sistema jurídico es considerado por parte de otro Estado con una considerable dosis de desconfianza? Sobre la base de la desconfianza, resulta imposible construir el principio del reconocimiento mutuo. Esto es algo que se debe tener en cuenta si se pretende trasladar el modelo de la euro-orden a otras latitudes, lo que ciertamente sería muy recomendable.

c) *Los atentados de Washington y Nueva York de 11 de septiembre de 2001 y la influencia española en el nacimiento de la euro-orden.* Cuando se produjeron los atentados de Washington y Nueva York el 11 de septiembre de 2001 todavía no existía ningún proyecto en Europa sobre la euro-orden, sino sólo recomendaciones del Parlamento Europeo para avanzar en el proceso de su

<sup>17</sup> Conclusión 35 de la sesión del Consejo Europeo en Tampere (Finlandia).

<sup>18</sup> El art. III-270.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa establece lo siguiente: “La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en el apartado 2 y en el artículo III-271. [...]”.

<sup>19</sup> Destaca también estos aspectos A. Rodríguez Benot, “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 los Estados miembros”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, 2002, núm. 2, pp. 1057-1058.

instauración. Los atentados fueron un auténtico revulsivo en las conciencias de muchos políticos, que vieron que la amenaza generalizada del terrorismo necesitaba ser combatida con remedios más efectivos. Sorprendentemente, ocho días después de los atentados se publicó una propuesta formal sobre la euro-orden<sup>20</sup>. Los acuerdos que no se habían alcanzado a lo largo de años de negociaciones, se alcanzaron en algo más que una semana, aunque lógicamente todavía hubo discrepancias posteriores, hasta que se publicó la decisión marco de 13 de junio de 2002. España jugó además un papel preponderante para que llegara a cristalizar el procedimiento de la euro-orden. Algunas autoridades españolas ya habían expresado la idea de que la extradición debía ser sustituida por el simple traslado policial de un detenido desde el territorio de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, idea que finalmente no prosperó<sup>21</sup>. Pero el relevante papel de España en la versión definitiva de la euro-orden se debió no sólo a que cuando se publicó la decisión marco España ostentaba la Presidencia rotatoria del Consejo Europeo (y se consideraba por las autoridades españolas que este era un instrumento decisivo en la lucha contra el terrorismo), sino sobre todo a la circunstancia de que para la redacción de la propuesta sobre la euro-orden se utilizó un texto en el que había intervenido España (junto con Italia) de manera decisiva<sup>22</sup>. A continuación explicaré a grandes rasgos la manera en que se llegó a redactar este texto hispano-italiano.

El Tribunal Constitucional español había anulado algunas extradiciones de ciudadanos italianos, por haber sido condenados penalmente en su país en rebeldía, esto es, sin haber estado presentes en el acto del juicio oral celebrado ante los tribunales italianos. Para superar estas anulaciones, las autoridades de los Ministerios de Justicia de España e Italia se pusieron de acuerdo y firmaron un Protocolo y un Tratado, que aunque nunca fueron publicados en un diario oficial (tal y como exige el artículo 96 de la Constitución Española para que formen parte del ordenamiento interno) y por lo tanto nunca formaron parte del ordenamiento jurídico español, sí fueron tenidos en cuenta como modelo por los redactores de la propuesta de la

<sup>20</sup> Cfr. sobre ella, A. Cuerda Riezu, De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega, cit., p. 76 s.

<sup>21</sup> Al respecto y con datos sobre los partidarios de esta idea, cfr. A. Cuerda Riezu, De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega, cit., p. 42.

<sup>22</sup> Sobre las reticencias de Italia a la decisión Marco relativa a la euro-orden, cfr. M. Urrea Corres, “La orden europea de detención, captura y entrega”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001, núms. 1 y 2, p. 708.

euro-orden, como lo acredita el propio preámbulo de la Propuesta<sup>23</sup>. Estos textos hispano-italianos consistían en lo sustancial en un sistema simplificado de entrega para un reducido catálogo de delitos: terrorismo, crimen organizado, tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, trata de seres humanos y abuso sexual contra menores.

### 5.- Diferencias entre la extradición y la euro-orden.

Tanto la extradición como la euro-orden son mecanismos para la cooperación penal entre los Estados, y ambas persiguen el mismo fin: la entrega de una persona por motivos penales. No obstante creo que pueden ser calificadas como dos instituciones distintas<sup>24</sup>, en atención a las notables diferencias que hay entre ellas<sup>25</sup>. Entre otras<sup>26</sup>, se pueden señalar las siguientes:

**a) *Los instrumentos jurídicos que constituyen la base para aplicarlas.*** Normalmente, la extradición se basa en un tratado o convenio acordado entre dos o más Estados, aunque a veces bien la petición bien la concesión o denegación

<sup>23</sup> Cfr. A. Cuerda Riezu, De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega, cit., p. 71.

<sup>24</sup> En este sentido de diferenciar extradición y euro-orden: A. Cuerda Riezu, De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega, cit., p. 89 ss.; C. Arangüena Fanego, “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 «euro-orden»”, Revista de Derecho Penal (Lex Nova), núm. 10, 2003, p. 19: determinados factores conducen “si no a negar, si al menos a atenuar de forma significativa el carácter de procedimiento de corte extradicional” de la euro-orden; M. M. Jimeno Bulnes, “La Orden Europea de Detención y Entrega: aspectos procesales”, La Ley, 2004, t. 2, p. 1626; M. Del Pozo Pérez, “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”, La Ley, 2005, t. 1, pp. 1551-1568, passim; S. Diez Ríaza / M. Gisbert Pomata / C. Carretero González, La orden europea de detención y entrega. Estudio de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, Cizur Menor (Navarra), 2005, Edit. Thomson-Civitas, pp. 20-21. Más indecisa se muestra R. Castillejo Manzanares, Procedimiento Español de Emisión y Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega, Cizur Menor (Navarra), 2005, Thomson-Aranzadi, pp. 22-23: “la Decisión Marco, más que suprimir la extradición, estableciendo un sistema de libre circulación de decisiones judiciales, lo que en realidad hace es consagrar un nuevo marco jurídico de entrega extradicional, aunque con importantes modificaciones en el ámbito de los principios, que, no eliminándose, se flexibilizan, y del procedimiento de entrega, que se simplifica”.

<sup>25</sup> Sin embargo, consideran que la euro-orden no se distingue básicamente de la extradición: F. Bueno Arús / J. De Miguel zaragoza, Manual de Derecho Penal Internacional, Madrid, 2003, Universidad Pontificia de Comillas, p. 236; J. De Miguel zaragoza, “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, Actualidad Penal, 2003-1, marginales 140-141 (núm. 4, del 20 al 26 de enero de 2003); B. García Sánchez, La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario, cit. p. 418 ss.

<sup>26</sup> B. Huber, Cuestiones del Derecho penal europeo, Madrid, 2005, Edit. Dykinson, p. 70, señala que con el sistema de la euro-orden se ha producido el abandono del principio de no entrega de nacionales y el abandono del principio de la doble incriminación, principios clásicos en el sistema de la extradición.

de la extradición se fundamentan en la costumbre internacional o en la reciprocidad. Son pues fuentes procedentes del Derecho Internacional.

Por el contrario, la base normativa de la euro-orden es la decisión marco de 13 de junio de 2002, un texto normativo comunitario que se impone jerárquicamente a los Estados miembros de la Unión Europea, quienes a su vez tienen que desarrollarla en su ordenamiento interno. La base normativa es, por tanto, un texto comunitario.

**b) *Los sujetos que intervienen en la petición, por un lado, y en la admisión o rechazo, por otro lado.*** En la extradición, quien formula la demanda de extradición es un Estado, siendo irrelevante cuál es el órgano concreto (administrativo o judicial) que formalmente la presenta. Lo mismo ocurre con quien accede o deniega la extradición de la persona reclamada: es otro Estado, con independencia de que la última palabra la tenga un órgano político, administrativo o judicial. Como el instrumento de la extradición es un sistema para respetar la soberanía de los Estados<sup>27</sup>, los convenios o tratados que la regulan no entran normalmente en la cuestión de cuál es el órgano concreto encargado de formular la demanda o de adoptar la decisión a favor o en contra de la entrega: esas son cuestiones internas, que corresponde decidir a cada Estado según su ordenamiento interno. Sin embargo, el sistema de la euro-orden es esencialmente judicial. Tanto el órgano que emite la euro-orden como el órgano del otro país que está llamado, en su caso, a ejecutarla, son de naturaleza exclusivamente judicial. Por ello, el sistema de la euro-orden es un sistema de cooperación *judicial*, basado en el principio ya examinado del reconocimiento mutuo. Con la euro-orden la última palabra corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, de manera que si intervienen otros órganos administrativos es simplemente para ejercer labores de colaboración, pero en ningún caso de decisión.

**c) *La distinta terminología empleada.*** El propio término “extradición” (de *ex-traditio*, entregar hacia afuera) denota que se pone el acento en la entrega de una persona, es decir, en el aspecto pasivo de la extradición. Sin embargo, la expresión “orden europea de detención y entrega” sirve para acentuar la idea de la petición de entrega, esto es, del aspecto activo de la cuestión.

<sup>27</sup> Aunque en la actualidad existe una importante tendencia a tener en cuenta también los derechos fundamentales de la persona reclamada.

En la extradición, los sujetos que entran en relación en virtud de una demanda de extradición son: el “Estado requirente”, que es el Estado que formula la solicitud de entrega del sujeto; el “Estado requerido” o país que en su caso entregará o no al individuo; y “persona reclamada”, cuya entrega se solicita. En la decisión marco de 13 de junio de 2002 se habla menos de “Estado miembro emisor” y con mucha más frecuencia de “autoridad judicial emisora” en referencia al juez o tribunal que emite la euro-orden. La otra parte es denominada “Estado miembro de ejecución” y más a menudo “autoridad judicial de ejecución”, para hacer mención al juez o tribunal que recibe la orden de detención y entrega y que la ejecutará o no. La persona que es designada en la euro-orden a efectos de su detención y entrega es la “persona buscada”. Se aprecia, pues, una clara voluntad de diferenciación en la nomenclatura empleada para la euro-orden.

**d) El procedimiento.** El procedimiento de la euro-orden es, por lo general, más simple y ágil que el de la extradición. Mientras que en España la extradición pasiva puede durar varios meses y a veces incluso más de un año, también en España la ejecución de una orden de detención y entrega puede oscilar, como regla entre un mes si la entrega es consentida por la persona buscada y los tres meses si la persona buscada manifiesta su oposición a la entrega<sup>28</sup>.

Por otro lado, mientras que el procedimiento de la extradición puede incluir la intervención de órganos judiciales, políticos o administrativos según los distintos ordenamientos jurídicos (en España, la última palabra sobre la extradición pasiva la tiene el Gobierno<sup>29</sup>), el procedimiento de la euro-orden es estrictamente judicial. Evidentemente este carácter jurisdiccional de la euro-orden conlleva la “despolitización” de la decisión, así como una mayor predisposición hacia la tutela de los derechos fundamentales de la persona buscada<sup>30</sup>. La resolución judicial que declara procedente la extradición es susceptible de recurso ordinario de súplica<sup>31</sup>, y en su caso del recurso constitucional de amparo; sin embargo la decisión última

<sup>28</sup> Vid. sobre estos datos, A. Cuerda Riezu, De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega, cit., pp. 129-133, especialmente 131 in fine.

<sup>29</sup> Según disponen el art. 6 párrafos 2º y 3º y el art. 18 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (Boe de 26 de marzo de 1985; corrección de errores en Boe de 15 de abril de 1985).

<sup>30</sup> Insiste en estos aspectos, J. Delgado Martín, “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en A. Galgo Peco (Director), Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XIII, 2003, p. 333 ss.

<sup>31</sup> De acuerdo con el art. 15.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva.

del Gobierno español sobre una concreta extradición es irrecurrible, en cuanto acto político. Por lo que se refiere a la euro-orden, contra la resolución de la autoridad judicial de ejecución no cabe recurso ordinario alguno<sup>32</sup>, pero dicha resolución es susceptible de ser impugnada a través del recurso extraordinario y constitucional de amparo<sup>33</sup>.

### 6.- La ley española de desarrollo.

Para concluir, quiero someter a crítica el texto de la ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega<sup>34</sup>. España tuvo el honor de promulgar la primera ley europea que desarrolló la decisión marco sobre la euro-orden. Ahora bien, en mi opinión, la disposición normativa debería haber sido una Ley Orgánica y no una Ley Ordinaria, en atención a lo que establece el artículo 81.1 de la Constitución Española: “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Efectivamente una euro-orden puede afectar a derechos fundamentales -como la libertad (artículo 17 de la Constitución Española), el de elegir libremente la residencia y circular libremente por el territorio español (artículo 19 de la Constitución Española) o los de legalidad penal y *ne bis in idem* (artículo 25.1 de la Constitución Española)- y en consecuencia debería venir establecida por una Ley Orgánica.

Otro aspecto negativo de la ley 3/2003, de 14 de marzo, consiste en que concede un excesivo arbitrio al juez, tal vez debido a un excesivo mimetismo con la decisión marco<sup>35</sup>. La decisión marco concede un amplio margen de posibilidades a los Estados para que adapten con coherencia la euro-orden a sus respectivos ordenamientos. Pero los Estados, ante ese abanico de

<sup>32</sup> De conformidad con el art. 18, en sus apartados 1 y 2, de la Ley 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega. Sobre la inexistencia del recurso de apelación contra las resoluciones judiciales de ejecución de la euro-orden, cfr. críticamente M. Jimeno Bulnes, “La Orden Europea de Detención y Entrega: aspectos procesales”, cit., *La Ley*, 2004, t. 2, p. 1625.

<sup>33</sup> En virtud de lo establecido en los arts. 53.2 y 161.1 b) de la Constitución Española.

<sup>34</sup> Fue publicada en el BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003. El texto puede ser localizado en <http://www.boe.es/g/es/>. Un resumen de la misma ofrece M. Urrea Corres, “La Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003, núm. 1, pp. 567-571.

<sup>35</sup> Me extendiendo ampliamente sobre esto en A. Cuerda Riezu, *De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega*, cit., p. 124-127. Sobre este punto, en relación con el Anteproyecto de la Ley, cfr. J. L. Manzanera Samaniego, “El Anteproyecto de Ley sobre la orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Penal*, 2003-1, marginales 2-3 (núm. 1, del 30 de diciembre de 2002 al 5 de enero de 2003).

posibilidades, deben optar, sin que estén legitimados para traspasar ese amplio ámbito de decisión a los jueces y tribunales. Pese a todo, la ley española atribuye al juez de ejecución un amplísimo margen de discrecionalidad. Como muestra, el caso más extremo de discrecionalidad es que el juez puede decidir (sin que la ley le señale ningún criterio para guiarle en esa decisión) si en algunos supuestos puede exigir o no la doble incriminación del hecho que origina la euro-orden<sup>36</sup>; es decir, que ante un hecho que no está incluido en la lista positiva del artículo 9.1 de la ley y que no es punible según la legislación española, el tribunal español de ejecución puede decidir a su libre arbitrio si ejecuta o no la euro-orden. A mi entender esta objeción, de la que sólo he ofrecido una muestra, hace que la ley roce en este punto la inconstitucionalidad<sup>37</sup>. Es una verdadera lástima que la ley padezca este grave defecto, originado tal vez por las prisas en su tramitación parlamentaria.

### **Conclusión.**

Creo que hay que felicitarse de que no prosperara la iniciativa de sustituir la extradición en Europa por una mera entrega policial de un sujeto de un Estado miembro a otro. Esa simple entrega policial no habría satisfecho las exigencias constitucionales de legalidad (en el sentido de que estuviera prevista en un tratado o una disposición con fuerza de ley, en cuanto que es una medida limitativa de derechos) y de control por jueces y tribunales, es decir, por órganos independientes del poder político. El sistema de la euro-orden sí es acorde con tales exigencias, y desde ese punto de vista debe ser bienvenido. Se trata de un método distinto a la extradición (aunque comparte sus mismos objetivos), que simplifica y agiliza la cooperación penal en la Unión Europea. No obstante, su puesta en práctica puede deparar problemas en el futuro (en particular, la pérdida de significado del principio de doble incriminación), que habrá que ir examinando paulatinamente<sup>38</sup>. La ley española que desarrolla la normativa comunitaria es claramente mejorable, y en algunos puntos merece severas críticas, incluso por su dudosa adecuación a lo que impone la Constitución Española.

<sup>36</sup> Según se deduce del art. 9.2 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

<sup>37</sup> En contra de la posible inconstitucionalidad de la Ley por este motivo, cfr. M. Del Pozo Pérez, “La orden europea de detención y entrega...”, cit., *La Ley*, 2005, t. 1, p. 1566 nota 77.

<sup>38</sup> Señala ya algunos J. Delgado Martín, “La Orden Europea de Detención y Entrega”, *La Ley*, 2005, t. 2, pp. 1509 y 1520.

El método de la euro-orden podría ser exportado a otras latitudes -estoy pensando especialmente en los países latinoamericanos-, pero siempre que exista una confianza elevada de los Estados en lo que se refiere a una homogeneidad en lo sustancial de sus ordenamientos jurídicos y a un nivel semejante de respeto hacia los derechos fundamentales. Siempre será preferible acudir a una cooperación judicial en este tema antes que al secuestro internacional de personas, que además de suponer una falta de respeto hacia la soberanía ajena, puede ser una fuente -nunca deseable- de peligrosos e innecesarios conflictos entre los Estados.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrés Saenz de Santamaría, M. (1995). “Los Tratados y la Extradición en el Derecho español (reflexiones en torno a los Papeles de Laos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, núm. 1.
- Arangüena Fanego, C. (2003). “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 «euro-orden»”, *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, núm. 10.
- Bueno Arús/de Miguel Zaragoza, J. (2003). *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, Universidad Pontificia de Comillas.
- Castillejo Manzanares, R. (2005). *Procedimiento Español de Emisión y Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega*, Cizur Menor (Navarra), 2005, Thomson-Aranzadi.
- Cuerda Riezu, A. (2003). *De la extradición a la «euro-orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces – Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos.
- De Miguel Zaragoza, J. (2003). “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*, núm. 4.
- Delgado Martín, J. (2003). “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en A. Galgo

- Peco (Director), Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XIII.
- \_\_\_\_\_ (2005). “La Orden Europea de Detención y Entrega”, La Ley, t. 2.
- Del Pozo Pérez, M. (2005). “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”, La Ley, t. 1.
- Díez Riaza /Gisbert Pomata / Carretero González, C. (2005). La orden europea de detención y entrega. Estudio de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, Cizur Menor (Navarra), Edit. Thomson-Civitas.
- García Sánchez, B. (2005). La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario, Granada, 2005, Editorial Comares.
- Gómez-jara Díez, C. (2004). “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, La Ley, núm. 6069.
- Huber, B. (2005). Cuestiones del Derecho penal europeo, Madrid, 2005, Edit. Dykinson.
- Jimeno Bulnes, M. (2004). “La Orden Europea de Detención y Entrega: aspectos procesales”, La Ley, t. 2.
- Manzanares Samaniego, J. (2003). “El Anteproyecto de Ley sobre la orden europea de detención y entrega”, Actualidad Penal.
- Rodríguez Benot, A. (2002). “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 los Estados miembros”, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LIV, 2002, núm. 2.
- Urrea Corres, M. (2001). “La orden europea de detención, captura y entrega”, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LIII, núms. 1 y 2.
- \_\_\_\_\_ (2003). “La Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega”, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LV, núm. 1.
- Vogel, J. (2001). “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”, en E. Bacigalupo Zapater (Director), El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, Madrid. Consejo General del Poder Judicial.