

LAS EUROÓRDENES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA THE EUROPEAN ORDERS ISSUED BY THE SPANISH SUPREME COURT

Nicolás González-Cuéllar Serrano

*Catedrático de Derecho procesal
Universidad de Castilla-La Mancha*

RESUMEN

Las órdenes de detención y entrega emitidas por el magistrado instructor contra los procesados rebeldes han supuesto, por ahora, un fracaso para el espíritu de integración europea y la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia que habría de basarse en el respeto del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, al haber sido dichas órdenes rechazadas por Alemania y Bélgica con argumentos absurdos. Tras la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el magistrado instructor ha reactivado las euroórdenes contra los fugitivos que ahora deben ser resueltas por Bélgica y Reino Unido. La respuesta que los Estados de ejecución den a la mismas puede originar la necesidad de tratar de profundizar en el sistema europeo de persecución transfronteriza de personas sospechosas de la comisión de delitos o condenadas mediante una unificación de los criterios de admisión y rechazo de las órdenes mediante un diálogo decisional de tribunales presidido por la idea de una reciprocidad integradora.

PALABRAS CLAVE

Cooperación judicial, Unión Europea, Orden Europea de Detención y Entrega, integración, reconocimiento mutuo, confianza, rebeldía, fuga, denegación entrega, reactivación euroorden, diálogo decisional, reciprocidad.

ABSTRACT

The European Arrest and Surrender orders issued by the investigating magistrate against the fled prosecuted has damaged the spirit of the European integration and the construction of the area of freedom, security and justice, which might be based on the respect of mutual recognition of judicial resolutions, due to the rejection of these orders by Germany and Belgium with preposterous arguments. After the resolution issued by the Second Chamber of the Supreme Court, the investigating magistrate has reactivated the European orders against the fugitives, and these must be resolved by Belgium and the United Kingdom. The answer from the states of execution give to them may therefore strive to move towards the European system of cross-border persecution of suspects in criminal cases or those already condemned through a unification of the criteria of admission and rejection of the aforementioned orders. This also requests a decisional dialogue of tribunals headed by the idea of an integrating reciprocity.

KEYWORDS

Judicial cooperation, European Union, European Arrest and Surrender Warrant, integration, mutual recognition, confidence, in absentia, escape, rejection of surrender, reactivation of European order, decisional dialogue, reciprocity.

LAS EUROÓRDENES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

Nicolás González-Cuéllar Serrano

Catedrático de Derecho procesal
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Introducción. 2. Alemania. 3. Bélgica. 4. La reactivación de las euroórdenes.
5. El futuro de la ODE

1. INTRODUCCIÓN

La Orden Europea de Detención y Entrega, comúnmente llamada *euroorden* (y a la que en lo sucesivo nos referiremos con el acrónimo ODE), debería ser vista y funcionar como el *maskarón de proa* del armazón de instrumentos normativos europeos para el *reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales* entre los Estados miembros de la Unión, que ha sido proclamado —cabría decir que *ad nauseam*— como la piedra angular del *espacio europeo de libertad, seguridad y justicia* y que, en el art. 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se establece como la base de la cooperación jurisdiccional en materia penal.

Aunque en su día la aprobación de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, dentro del entonces llamado *tercer pilar*, pudo considerarse precipitada, dada la ausencia de una normativa europea que previera unas garantías mínimas de las personas investigadas y acusadas en los procesos penales de los Estados miembros en los que la ODE había de insertarse, en la actualidad la competencia de la Unión para regular los derechos de las personas intervinientes en el proceso penal se contempla en el art. 82.2 b) TFUE y aquellas garantías lucen en distintas directivas que han colmado el vacío que motivaba la crítica indicada, que ponía de manifiesto la existencia de un indeseable desequilibrio entre la protección del *interés de persecución penal* y la tutela de los *derechos de la ciudadanía* en el Derecho de la Unión Europea.

Superado el escollo de la *anomía europea* en materia de garantías procesales en los sistemas de justicia penal, la nave del *reconocimiento mutuo* no debería encontrar obstáculos a su singladura, más allá de los inevitables problemas puntuales de interpretación jurídica que puedan surgir en la práctica, problemas susceptibles de ser aclarados por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a través de la resolución de las correspondientes cuestiones

prejudiciales. Lamentablemente, la realidad ha demostrado, en la —por ahora— infructuosa ejecución de las ODE remitidas por el magistrado instructor de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de la causa sobre el *procés*, Excmo. Sr. D. Pablo Llarena, a Alemania, Bélgica y el Reino Unido, que el *barco* de la cooperación judicial entre los Estados de la Unión Europea para la puesta a disposición de la justicia de los fugitivos transfronterizos pierde su rumbo fácilmente por falta de timonel y por dispersión del poder de decisión entre una ingente cantidad de tripulantes, y que hace aguas, hasta el punto de poner en riesgo la flotabilidad. Ello es debido a un defectuoso diseño, que dotó al instrumento europeo de cooperación del que nos ocupamos de una estructura endeble, incapaz de soportar serios desafíos lanzados desde el Derecho a la innata preferencia de los poderes estatales por volver al viejo puerto de la prevalencia de la política, en el que tantas veces se han refugiado los delincuentes huidos al extranjero (mediante la atribución de finalidades subversivas a sus crímenes).

Aunque ninguna ODE española ha sido rechazada con el argumento de la motivación política del delito perseguido, la ausencia de una fundamentación jurídica seria en las resoluciones denegatorias de entrega emitidas por Alemania y Bélgica en relación con Puigdemont, la primera, y con Comin, Puig y Serret la segunda, sugieren que el Tribunal Superior del *land* de Schleswig-Holstein y la Fiscalía belga han coincidido en un triste viaje de retorno al *paradigma de la desconfianza* en la justicia de los Estados extranjeros en el que se ha situado siempre la extradición clásica, paradigma que se creía superado en el seno de la Unión por un europeísmo ilusionado por la supresión de las fronteras en la cooperación judicial supranacional.

Para desgracia del espíritu de integración europea, el viejo *paradigma de la desconfianza*, fundado —a la postre— en la descarnada competencia histórica entre los Estados por la supremacía en el ejercicio del poder político, ha resucitado en el momento en que se ha llamado a la cooperación para la aplicación del principio del Estado de Derecho en defensa del orden constitucional ante un intento de golpe de Estado en un país europeo. Aparentemente resulta paradójico, aunque una mirada sobre el trasfondo cultural explicativo del fracaso del intento de entrega de los fugitivos revela la persistencia de prejuicios ancestrales y sesgos cognitivos congénitos que dificultan, cuando no impiden, la colaboración internacional, como en el caso que nos ocupa ha acontecido hasta ahora. No es casual —por tanto— que el fantasma del *aislacionismo judicial* vuelva a hacerse visible en Europa, con el cierre de las barreras que impiden la persecución transfronteriza, en un asunto en el que se reclama para su enjuiciamiento a dirigentes políticos acusados de la comisión de graves delitos cuya finalidad última consiste en lograr la fragmentación de la soberanía, la desintegración del territorio y el trazado de una nueva frontera en el continente. Se trata de una motivación de los delitos por los que se encuentran procesados los fugitivos totalmente coherente con la rancia *ideología del aislacionismo* que subyace a las decisiones de denegación de las ODE adoptadas por Alemania y Bélgica, y al escaso entusiasmo con el que Reino Unido ha encarado la tarea.

En la sentencia que es objeto de análisis, y al exponer las razones que le conducen a rechazar la alegación de las defensas sobre quebrantamiento del principio de legalidad, en

apoyo de la cual se invocaba la resolución germana denegatoria de la entrega de Puigdemont, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha elaborado un acertado diagnóstico de la situación y ha lanzado una seria advertencia sobre los negros nubarrones que se ciernen sobre el futuro de la ODE, señalando que la decisión del tribunal alemán, «[...] lamentablemente, lejos de ser invocada como un ejemplo a seguir, debería ser considerada como la expresión de lo que puede acabar con el principal instrumento de cooperación judicial para preservar los valores de la Unión». Y la misma sentencia, a continuación, recuerda que el Auto de 1 de julio de 2019, mediante el que se propuso una cuestión prejudicial ante el TJUE (acerca de la inmunidad de Oriol Junqueras), ya puso de relieve que el tribunal alemán había desbordado los límites de la euroorden.

2. ALEMANIA

La decisión del tribunal alemán de rechazar la entrega de Carles Puigdemont para su enjuiciamiento por delito de rebelión o sedición, de 12 de julio de 2018, resulta del todo desacertada, como la Sentencia 459/2019 del TS ha expuesto con claridad y concisión, reiterando las manifestaciones vertidas en su Auto de 1 de julio de 2019, antes citado:

«[...] para concluir este rechazo, las autoridades judiciales del Estado requerido suscribieron una resolución cuyos razonamientos entraban a cotejar exhaustivamente los elementos constitutivos de la infracción penal y su influencia en el juicio de tipicidad. Se incluyeron también valoraciones de prueba sobre unos hechos que estaban siendo investigados en el marco de un procedimiento caracterizado por su complejidad y extensión. De su extraordinaria e inusual magnitud habla el dato de que incluya documentos cuya suma puede medirse por metros cúbicos. De un procedimiento que, en su versión digital, ocupa un repositorio que supera un terabyte. Nada de ello fue obstáculo para que las autoridades requeridas llegaran a pronunciarse sobre la intencionalidad del autor y su posición de dominio en la ejecución del hecho».

Tiene razón la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Los jueces de Schleswig-Holstein incurrieron en dos graves errores: primero, comparar de forma detallada —puntillosa, podríamos decir— los requisitos de los tipos penales alemanes y españoles, y segundo, pronunciarse sobre la autoría desde una perspectiva probatoria. Al actuar de tal forma, se excedieron en su cometido e invadieron la jurisdicción propia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España.

Conforme al art. 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, los Estados de ejecución de la euroorden pueden aplicar el requisito de la *doble incriminación* cuando la infracción por la que se solicita la entrega no esté incluida en el listado de treinta y dos categorías de delitos que impide condicionarla a tal exigencia (establecido por el apartado segundo del mismo precepto), pero la coincidencia en la punición del hecho en ambos ordenamientos debe examinarse con independencia de los *elementos constitutivos* de la infracción y de su *calificación legal*, como expresamente prevé la norma citada.

En la Sentencia de 11 de enero de 2017, dictada en el *caso Grundza* (invocada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo), la Sala Quinta del TJUE ha resuelto una cuestión

prejudicial sobre el requisito de la doble incriminación en la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, 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. En ella se afirma que el requisito de la doble tipificación no exige «[...] que se trate de infracciones idénticas en ambos Estados» (F. 33). «El requisito de la doble tipificación —afirma el TJUE— constituye una excepción a la regla del reconocimiento de la sentencia y de la ejecución de la condena (y al reconocimiento de la ejecución de la orden de detención, añadimos nosotros). Por lo tanto, los supuestos de aplicación del motivo de denegación del reconocimiento [...] basado en la ausencia de doble tipificación debe ser objeto de una aplicación estricta, con el fin de limitar los casos en los que no procederá el reconocimiento ni la ejecución» (F. 46).

Como afirma la Sentencia dictada por la Gran Sala en el *asunto Piotrowski*, de 23 de enero de 2018:

«[...] las autoridades judiciales de ejecución, en principio, solo pueden negarse a ejecutar tal orden en los supuestos de no ejecución obligatoria, establecidos en el artículo 3 de la Decisión Marco 2002/584, y en los de no ejecución facultativa, establecidos en los artículos 4 y 4 bis de esta Decisión Marco. Por consiguiente, la ejecución de la orden de detención europea constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución de tal orden se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta (véanse, en este sentido, las Sentencias de 29 de junio de 2017, *Popławski*, C-579/15, EU:C:2017:503, apartado 19, y de 10 de agosto de 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628, apartados 50 y 51)».

Justo al contrario, los jueces de Schleswig-Holstein compararon los elementos constitutivos de los tipos penales y españoles y —yendo más allá de lo que hubieran debido hacer incluso en un proceso extradicional— extrajeron conclusiones probatorias a partir de la escasa información sobre los hechos de la que disponían —ceñida a lo exigido en el formulario correspondiente— para privar de potencialidad subversiva a la violencia y para situar a Carles Puigdemont fuera de la escena del crimen, atribuyéndose así, indebidamente, la función del enjuiciamiento de los hechos —de plano y sin posibilidad de recurso ante un órgano judicial superior—.

El acierto o desacierto de las apreciaciones fácticas de los jueces alemanes resulta indiferente, incluida la comparación de los acontecimientos sucedidos en septiembre y octubre de 2017 en Cataluña con la ocupación del aeropuerto de Frankfurt en 1981, que no fue considerada por el Tribunal Supremo Federal alemán delito de alta traición en su Sentencia de 23 de noviembre de 1983. También es irrelevante la coincidencia o no de sus aventuradas opiniones con la descripción de lo sucedido realizada en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (el relato de hechos probados). Lo relevante para nuestro análisis es la improcedente asunción por el tribunal de ejecución de la euroorden de la función propia de un tribunal sentenciador, lo que ha supuesto la palmaria conculcación del derecho al juez legal establecido por el art. 24.2 CE y el art. 6 CEDH.

3. BÉLGICA

Tradicionalmente, Bélgica ha sido un Estado propicio para la sustracción de los fugitivos españoles a la acción de la justicia. Una buena muestra de su displicente trato hacia la justicia española es la ausencia total de colaboración para la entrega de Natividad Jáuregui Espina (alias *La Pepona*), a quien la Audiencia Nacional atribuye haber formado parte del Comando Vizcaya y haber participado en el asesinato —con un tiro en la nuca— del teniente coronel Román Romeo Rotaeché en 1981. Con el argumento de un deficiente respeto a los derechos humanos en España, Bélgica ha cerrado una y otra vez la puerta a las solicitudes de colaboración que se le han enviado no solo para la entrega de la fugitiva, sino incluso para el esclarecimiento de hechos. Pues bien, recientemente el TEDH, en Sentencia de 9 de julio de 2019, ha declarado que Bélgica ha vulnerado el derecho a la vida del art. 2 del Convenio de Roma por su insensible inacción y le ha reprochado que haya aducido, como motivo de denegación del auxilio solicitado por España, una supuesta transgresión de los derechos humanos sin molestarse en poner un solo ejemplo de ello.

Con el antecedente relatado, poco puede extrañar que la Fiscalía belga rechazara en 2018 la ODE contra los procesados fugados con la excusa de que no se basaba en una orden de detención o resolución judicial equivalente, tal y como resulta exigible según la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 1 de junio de 2016, en el *caso Bob-Dogi*, cuando la privación de libertad que se trataba de ejecutar se derivaba de los correspondientes Autos de prisión, ratificados en el Auto de procesamiento, resoluciones judiciales a todas luces aptas para servir como fundamento de la ODE.

Recordemos que la Sentencia mencionada resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal rumano acerca del art. 8, apartado primero, letra c) de la Decisión Marco 2002/584/JAI frente a una orden de detención y entrega emitida por un tribunal húngaro frente al ciudadano rumano Niculaie Aurel Bob-Dogi. El tribunal rumano preguntaba si la orden de detención europea debía ser cumplida aunque no se hubiera dictado, como base de la misma, una orden de detención nacional, como sucedía en el «procedimiento simplificado» húngaro, en el cual la Ley CLXXX de 2012 autorizaba la emisión directa de la ODE sin respaldo en una resolución judicial nacional autónoma.

Según la Sala Segunda del TJUE:

«Este concepto de “orden de detención europea”, que se emplea de modo sistemático en el título, los considerandos y los artículos de la Decisión Marco, salvo en el artículo 8, apartado 1, letra c), permite entender que esta última disposición se refiere a una orden de detención distinta de la orden de detención europea contemplada por todas las demás disposiciones de la Decisión Marco, que solo puede ser por tanto una orden de detención nacional.

Esta interpretación también viene corroborada por el tenor de la letra b) del formulario que figura en el anexo de la Decisión Marco, en particular por los términos “Decisión sobre la que se basa la orden de detención”, formulario al que se refiere expresamente el artículo 8, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión Marco, y que procede por tanto tomar en consideración al interpretar el artículo 8, apartado 1, letra c), de esta, puesto que dichos términos confirman que la orden de detención europea debe basarse en una resolución judicial, lo que implica que se trata de una decisión distinta de la decisión de emitir dicha orden de detención europea”.

Entre otras consideraciones adicionales, la misma Sentencia advierte que la emisión de una orden europea de detención directa, sin resolución nacional previa, «[...] puede vulnerar los principios de reconocimiento y confianza mutuos sobre los que se construye el sistema», ya que la autoridad de ejecución se ve impedida para comprobar el cumplimiento del requisito establecido por el art. 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco, que a juicio del tribunal es de especial transcendencia, dado que supone que la persona ha podido disfrutar de las garantías procesales y los derechos fundamentales del Derecho del Estado de emisión de la orden. Se establece así —explica la Sentencia— un doble nivel de protección: el primero al dictarse la resolución nacional y el segundo al emitirse la orden europea.

Ahora bien, en coherencia con la finalidad garantista y no simplemente formal del requisito, la ausencia de mención de la resolución nacional en la orden europea no es suficiente para el rechazo de la ODE en el Estado de ejecución. Es necesario que la resolución nacional no exista o no sea identificada por la autoridad del Estado de emisión cuando la autoridad del Estado de ejecución solicite información al respecto, cosa que habrá de hacer cuando en el formulario recibido no se haga referencia a ella. En palabras de la Sala Segunda del TJUE:

«[...] el artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco incluye un requisito de regularidad cuya observancia constituye una condición de la validez de la orden de detención europea, el incumplimiento de este requisito debe tener como consecuencia, en principio, que la autoridad judicial de ejecución no dé curso a dicha orden de detención.

Dicho esto, antes de adoptar tal decisión, que, por su naturaleza, debe ser excepcional en el marco de la aplicación del sistema de entrega establecido por la Decisión Marco, dado que éste se basa en los principios de reconocimiento y confianza mutuos, dicha autoridad judicial debe, con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor que le facilite urgentemente toda la información complementaria necesaria para poder examinar si la falta de una indicación, en la orden de detención europea, de la existencia de una orden de detención nacional se debe a que efectivamente no existe una orden de detención nacional previa y distinta de la orden de detención europea o a que, a pesar de existir, no ha sido mencionada.

Si, habida cuenta de la información facilitada con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, así como de todos los demás datos de que disponga la autoridad judicial de ejecución, dicha autoridad llega a la conclusión de que la orden de detención europea, a pesar de que se basa en la existencia de una “orden de detención” en el sentido del artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco, ha sido emitida sin que se haya dictado efectivamente una orden de detención nacional distinta de la orden de detención europea, dicha autoridad no podrá ejecutar la orden de detención europea por no cumplir esta los requisitos de regularidad previstos en el artículo 8, apartado 1, de la Decisión Marco».

Como anteriormente se expuso, las ODE remitidas por el magistrado instructor del TS a Bélgica tenían como base los correspondientes autos de prisión contra los fugitivos, confirmados en el auto de procesamiento. Al respecto, el Auto de la Sala Segunda del TS, de 1 de julio de 2019, mediante el cual se planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el alcance de la inmunidad como eurodiputado electo de Oriol Junqueras afirmó:

«Sin embargo, las autoridades judiciales del Estado requerido no reprochaban la inexistencia de una resolución previa que acordara la prisión, sino la denegación de esa naturaleza a uno de los

contenidos del auto de procesamiento, alterando la definición normativa que entiende por orden de detención nacional algo diverso a “resolución judicial ejecutiva” que la acuerde».

En definitiva, la doctrina Bob-Dogi, relativa a la inexistencia de resoluciones judiciales internas restrictivas del derecho a la libertad, resultaba claramente inaplicable y presenta la apariencia —en si misma altamente rechazable— de haber sido utilizada como mera coartada teórica para proseguir la secular política belga de falta de colaboración con la democracia española en la persecución de los más graves atentados contra el Estado de Derecho.

4. LA REACTIVACIÓN DE LAS EUROÓRDENES

Dictada la sentencia, el magistrado instructor, a petición de la Fiscalía, ha vuelto a emitir las correspondientes euroórdenes para hacer comparecer ante la justicia española a los procesados rebeldes, que han fijado su residencia en Bélgica y en el Reino Unido.

Ha sido necesaria la reactivación porque, previamente, al denegarse la extradición de Puigdemont por los delitos de rebelión y sedición, las ODE habían sido dejadas sin efecto por el mismo magistrado instructor con el fin de evitar una ruptura del objeto del enjuiciamiento y una transgresión del principio de igualdad ante la ley de los acusados, debidas al condicionamiento de la jurisdicción a las decisiones de denegación de reconocimiento erróneas que se han referido.

Aunque se ha aducido que la decisión de retirada de las órdenes de detención no tiene respaldo normativo, esta crítica carece de fundamento, pues a toda medida cautelar —también a la detención (tanto en el ámbito nacional como internacional)— se le aplica la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual su mantenimiento depende de la permanencia en el tiempo de las circunstancias del caso concreto que hayan justificado su adopción. Si tales circunstancias cambian, de forma que sea previsible que la medida cautelar no satisfará su finalidad, la medida habrá de ser revocada o modificada. Ninguna norma de Derecho internacional, europeo o nacional, impone a un tribunal de un Estado la obligación de aceptar la entrega de un fugitivo condicionada por otro Estado a un enjuiciamiento fragmentario de su responsabilidad conforme a la ley interna y para asegurar la presencia en el juicio de los procesados rebeldes es función del órgano judicial competente —el magistrado instructor— valorar si una entrega condicionada sirve en el caso concreto al interés de la justicia o resulta inconveniente para su realización.

El *principio de necesidad* en el ejercicio de la acción penal impide que, por motivo de *oportunidad*, fuera de los casos legalmente previstos para la válida disposición de la acción penal, el delito quede sin sanción, pero no obliga a las autoridades de persecución penal a limitar la aplicación del *ius puniendi* estatal por la necesidad de contar con auxilio internacional para la entrega de los fugitivos si concurren razones fundadas para rechazar la entrega y se mantiene la expectativa de un futuro enjuiciamiento sin restricciones.

Reactivadas las ODE, Bélgica se ha tomado su tiempo para su examen y Reino Unido, tras calificar la ODE recibida en un primer momento como «desproporcionada», le ha dado finalmente curso, pidiendo disculpas por el intempestivo e incomprensible rechazo inicial.

El tiempo dirá si ambos Estados cumplen sus obligaciones o buscan excusas y subterfugios para sortear la petición de colaboración que nuevamente tienen entre sus manos.

No obstante, en el caso de Bélgica, la ejecución de la orden de detención y entrega contra Puigdemont y Comin presenta el obstáculo de la inmunidad que les confiere a ambos su condición de eurodiputados una vez que han sido proclamados, según la interpretación del art. 9 del Protocolo (nº 7) de Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea realizada por la Gran Sala del TJUE en su Sentencia de 19 de diciembre de 2019 —asunto C-509/19— como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Segunda del TS en su auto de 1 de julio de 2019. En síntesis, dicha resolución suscitaba la duda de si el entonces acusado Oriol Junqueras —una vez finalizado el juicio y a la espera de sentencia— gozaba de inmunidad, pese a no haber satisfecho el requisito de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución ante la Junta Electoral Central conforme exige la legislación española para adquirir la condición de parlamentario europeo y no haber tomado posesión de su escaño (por hallarse en situación de prisión provisional y no haber sido autorizado para salir del centro penitenciario), y planteaba también si —en caso de respuesta afirmativa al reconocimiento de inmunidad— la consecuencia habría de ser el levantamiento de la medida restrictiva de libertad con el fin de posibilitar el ejercicio de la función. En respuesta a las cuestiones planteadas, la referida Sentencia de la Gran Sala del TJUE concluye que el art. 9 del Protocolo indicado debe ser interpretado en el sentido de que:

«— goza de inmunidad en virtud del párrafo segundo de dicho artículo una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves, pero que no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión;
— esta inmunidad implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta, al objeto de permitir al interesado desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas. Si el tribunal nacional competente estima, no obstante, que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo».

Es claro que el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre la prisión provisional de los Sres. Puigdemont y Comin es el magistrado instructor del Tribunal Supremo de España, por lo que si, una vez conocido el criterio del TJUE acerca de la inmunidad no retira las órdenes de detención y entrega emitidos contra ellos el tribunal belga de ejecución, habrá de cumplir la solicitud de cooperación, poniendo a los reclamados a disposición de la justicia española, sin perjuicio de la necesidad de la inmediata petición al Parlamento Europeo, por el magistrado instructor, de la suspensión de la inmunidad para el mantenimiento de la medida restrictiva de libertad de a ambos fugitivos.

5. EL FUTURO DE LA ODE

Como con anterioridad se expuso, la Sentencia de la Sala Segunda del TS califica la resolución dictada por los jueces de Schleswig-Holstein como «[...] expresión de lo que puede acabar con el principal instrumento de cooperación judicial para preservar los valores de la Unión», en clara referencia a la usurpación de la potestad de enjuiciamiento del asunto realizada por el tribunal germano sobre la base de la desconfianza.

Pese a los muchos años de funcionamiento de la ODE, nuestro más alto tribunal penal constata que la desconfianza sigue siendo un obstáculo para la cooperación judicial, pese a haberse proclamado normativamente que la confianza es el pilar del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Surge así una fatal contradicción entre el *ser* y el *deber ser* ante la cual carece de sentido cerrar los ojos y que debe ser afrontada con decisión, no con el fin de eliminar la ODE del arsenal de instrumentos de cooperación, sino, antes al contrario, con el objetivo de potenciar su funcionalidad en una práctica transnacional equilibrada y ágil, fundada en la empatía entre los órganos judiciales de los distintos Estados de la Unión, en la capacidad de ponerse unos en el lugar de los otros.

Dicha práctica ha de partir de la cabal comprensión de los dos componentes del sintagma empleado en el art. 82.1 TFUE, que no establece el principio del *reconocimiento* de las resoluciones sin más, sino del *reconocimiento mutuo*. Y *mutuo* —del latín *mutuus*— según el Diccionario de la Real Academia Española tiene los siguientes significados:

- «1. adj. Dicho de una cosa: Que recíprocamente se hace entre dos o más personas, animales o cosas. U. t. c. s.
2. m. Der. Contrato real en que se da dinero, aceite, granos u otra cosa fungible, de suerte que la haga suya quien la recibe, obligándose a restituir la misma cantidad de igual género en día señalado».

Así que, en el lenguaje, común «mutuo» es recíproco y en el jurídico un determinado contrato oneroso basado en la equivalencia de prestaciones. En definitiva, el *reconocimiento mutuo* exige que el reconocido reconozca a quien le reconoce, pues si no lo hace defrauda la legítima expectativa depositada en su actuación futura y destruye la base sobre la cual el sistema de reconocimiento se asienta.

No cabe duda de que el mecanismo más eficaz para lograr una homogénea aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo consistiría en la posibilidad de revisión de las decisiones denegatorias ante un órgano jurisdiccional de la Unión Europea centralizado. Se conseguiría así corregir resoluciones denegatorias injustificadas, que el mecanismo de la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE no puede evitar, dado que su planteamiento depende de la voluntad del órgano judicial de ejecución de la orden de entrega y no existe precedente de su utilización por un órgano judicial de emisión, que resultaría a todas luces problemática si se proyectara no sobre las decisiones propias, sino sobre las adoptadas por el órgano de ejecución. Es verdad que, hipotéticamente, podría atribuirse al órgano de emisión competencia para presentar una cuestión prejudicial frente a una denegación de reconocimiento, pero el método de revisión de la resolución que mediante esta vía se aplicaría sería sumamente artificioso: el órgano judicial de emisión formularía al TJUE

una pregunta sobre la procedencia o improcedencia del rechazo de la orden por el tribunal de ejecución —como si se tratara de una duda acerca del Derecho aplicable del órgano de emisión— para conseguir una decisión que posteriormente vinculara al tribunal de ejecución ante una nueva solicitud, cuya estimación supondría la privación del efecto de la intangibilidad de las resoluciones judiciales de fondo a la resolución previa (efecto negativo de la cosa juzgada material de la decisión denegatoria). Quedaría así desnaturalizado el instrumento de la cuestión prejudicial y resultarían vulnerados el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con frecuencia, como medio de fortalecimiento de la confianza, se aboga por el diálogo entre tribunales, susceptible de contribuir a un mejor entendimiento de los marcos normativos y de las prácticas jurisprudenciales internas por el conjunto de los jueces de la Unión llamados a cooperar entre sí. Y no cabe duda de que el intercambio de información que cualquier diálogo propicia es siempre positivo para superar la desconfianza basada en la ignorancia, los errores y los prejuicios. Lamentablemente, dicho diálogo resulta *insuficiente* si se mantiene de forma ocasional e informal y *oscurantista* cuando se produce a espaldas del público en cursos, reuniones u otros *sanedrines* profesionales de variada tipología. Para que el diálogo sea verdaderamente *fructífero* y *transparente* debe insertarse en el plano de relación institucional y adquirir un carácter estructurado e integral, mediante un intercambio de decisiones judiciales de carácter transnacional que reconozca como propios —o simplemente asuma como acertados— los criterios jurídicos utilizados por los tribunales de los otros países en la ejecución de las euroórdenes procedentes de los mismos. Con ello, el *reconocimiento* se vuelve verdaderamente *mutuo* y el intercambio de mensajes decisionales basado en los criterios compartidos se convierte en permanente acicate para la mejora del sistema de cooperación jurisdiccional.

En 2005, cuando Alemania rechazó la entrega a España de Darkanzali por delito de terrorismo debido a la anulación de la ley alemana sobre la euroorden por su Tribunal Constitucional, el pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó tramitar como solicitudes de extradición las peticiones de detención y entrega de españoles efectuadas por Alemania en aplicación del principio de reciprocidad.

No cabe olvidar que el principio de reciprocidad, constitucionalmente ligado a la extradición en el art. 13.3 CE, es consustancial a cualquier procedimiento de entrega transfronteriza de fugitivos. Es el principio esencial de la extradición, un *do ut des* que la regulación europea de la ODE no expresa no porque no sea aplicable, sino porque se da por descontado como base de un sistema en el que habría de primar la confianza. El principio de *reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales* no excluye, sino que presupone la reciprocidad. Es un *plus*, no un *alterius*.

En consecuencia, en aplicación de nuestra Constitución y sin quiebra del Derecho de la Unión Europea, si se producen nuevas denegaciones de ODE groseramente improcedentes como las que se han relatado, la Audiencia Nacional debería extraer las correspondientes conclusiones —del todo obvias— desde la perspectiva de una reciprocidad recuperada, entendida de forma diferente a la tradicional, no ya como signo de prestigio del Estado o

de respeto por sus instituciones, sino como una genuina herramienta de fortalecimiento de la confianza desde el dialogo institucional entre los tribunales de los Estados de la Unión.

Dicho de otro modo, la jurisdicción española debería sostener un constructivo dialogo de *reconocimiento de la posición del otro* haciendo nuestros sus criterios de denegación, si bien con una predisposición metodológica abierta a la utilización de líneas hermenéuticas favorables al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que sean aceptadas y aplicadas por el Estado solicitante. Desde la asertividad en la defensa de los valores constitucionales y europeos, el dialogo constructivo con los tribunales alemanes y belgas debe llevar a la Audiencia Nacional a ponerse en el lugar de sus autoridades cuando resuelven las ODE procedentes de dichos Estados. Así hablaremos todos un mismo lenguaje jurídico sobre cooperación judicial y la práctica nos permitirá avanzar juntos en la construcción de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia en la totalidad del territorio de una Unión Europea que avanza hacia la integración mientras rechaza la fragmentación.