

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 *

Mutual recognition under scrutiny: case C-158-21 Puig Gordi and others and its impact on the future of judicial cooperation in criminal matters in the EU

ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ

Universidad de Valladolid – Facultad de Derecho. Pza. de la Universidad s/n, 47002 Valladolid (España)

alejandro.hernandez.lopez@uva.es

ORCID 0000-0002-9481-3402



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.258-284>

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar la petición de pronunciamiento prejudicial solicitada en marzo de 2021 por el magistrado instructor del caso *Procés* tras la decisión belga de denegar la entrega de Lluís Puig. Tras una sucinta descripción de los antecedentes, se analizarán de manera individualizada cada una de las cuestiones planteadas al Tribunal de Luxemburgo, evaluando su pertinencia y viabilidad desde el punto de vista del derecho de la Unión. Concluye con una reflexión sobre la trascendencia europea que la resolución de estas cuestiones puede tener en un contexto de crisis del principio de reconocimiento mutuo.

Palabras clave: Orden Europea de Detención y Entrega, caso *Procés*, cuestión prejudicial art. 267 TFUE, asunto C- 158/21 Puig Gordi y otros, motivos de denegación, derechos fundamentales, reconocimiento mutuo.

* El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación nacional “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” (Ref. PID2020-116848GB-I00) y ha sido elaborado durante una estancia de investigación en el European University Institute (EUI). El autor quiere agradecer al EUI y a sus miembros su gentil acogida y reconocer el apoyo económico recibido de la Universidad de Valladolid —a través del programa de movilidad de investigadores e investigadoras UVA-Banco Santander— y de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez. El texto publicado es una revisión del artículo “La desconfianza mutua como principio: sobre la trascendencia europea de las cuestiones prejudiciales planteadas por el magistrado instructor del caso *Procés*” publicado en la *Revista La Ley Unión Europea* n.º 94.

Abstract: The aim of this paper is to analyse the request for a preliminary ruling requested by the examining magistrate in the Procés case in March 2021 following the Belgian decision to refuse the surrender of Lluís Puig. After providing a briefing on the background, each of the questions submitted to the Court of Luxembourg will be analysed individually, assessing their relevance and feasibility from the point of view of EU law. It concludes with a reflection on the European significance that the answer to these questions may have in a context of crisis of the principle of mutual recognition.

Keywords: European Arrest Warrant, Case Procés, preliminary ruling request art. 267 TFEU, case C- 158/21 Puig Gordi and others, grounds for refusal, fundamental rights, mutual recognition

INTRODUCCIÓN

A finales de 2017, los principales investigados en el caso *procés*¹, entre ellos el propio expresidente de la *Generalitat* de Cataluña, Carles Puigdemont, abandonaron España con el objetivo de eludir la acción de la justicia española. Hoy, casi cuatro años después, su estrategia puede considerarse exitosa, ya que a pesar de que las autoridades judiciales españolas han solicitado su entrega mediante la emisión de Órdenes de Detención Europeas (ODE)², todas ellas han sido sistemáticamente postergadas, rechazadas, o gravemente condicionadas por las autoridades de ejecución de cada uno de los Estados requeridos (Bélgica, Alemania y Reino Unido).

La falta de cooperación de las diferentes autoridades judiciales de ejecución ha imposibilitado así el ejercicio de la jurisdicción española sobre los procesados prófugos, colocando al magistrado instructor en una frustrante y compleja situación. La resolución alemana que aceptó la entrega del Sr. Puigdemont únicamente por el delito de malversación³ precipitó el rechazo a su entrega condicionada y la retirada de todas las ODE hasta ese momento activas contra él y el resto de reclamados⁴. En

¹ Causa especial n.º 20907/2017.

² Cfr. AAN 1115/2017, de 3 de noviembre de 2017, ES:AN:2017:1115A; retiradas por el Tribunal Supremo al asumir la competencia, cfr. ATS 11209/2017, de 5 de diciembre de 2017, ES:TS:2017:11325A; nuevamente emitidas por el Tribunal Supremo con posterioridad, cfr. ATS de 23 de marzo de 2018 en la causa especial n.º 20907/2017.

³ Resolución del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 12 de julio de 2018, procedimiento de referencia 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), DE:OLGSH:2018:0712.1AUSL.A18.18.20.1.00.

⁴ Cfr. ATS 8477/2018, de 19 de julio de 2018, ES:TS:2018:8477A. A pesar de que la Decisión Marco 2002/584/JAI no prevé expresamente la posibilidad de retirar una ODE una vez emitida, sí lo hace en cambio el Art. 10.2 del *manual de para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas* [Comunicación de la Comisión C (2017)

aquel momento el magistrado instructor entendió que, en su condición de autoridad de emisión, el derecho de la Unión no le permitía dirigirse al TJUE para plantear una cuestión prejudicial que colmase el déficit de colaboración padecido. Esta interpretación, basada en la que era entonces la doctrina mayoritaria⁵, fue sin embargo desmentida tan solo seis días por el Tribunal de Luxemburgo en su respuesta al asunto AY⁶. En dicha resolución el Tribunal de Luxemburgo admitió por primera vez el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de las autoridades que emiten una ODE en relación con la interpretación y la aplicación de motivos de denegación que corresponde apreciar a las autoridades nacionales de ejecución, lo que abrió la puerta al futuro planteamiento de cuestiones prejudiciales en caso de que se emitiesen nuevas ODE y se produjese otro rechazo de la entrega.

No fue sino después de la que la Sala Segunda dictase sentencia condenatoria⁷ contra los principales acusados presentes en España cuando el magistrado instructor consideró oportuno reactivar de nuevo las ODE contra los procesados en situación de rebeldía. En ellas, solicita su entrega por los delitos de sedición y/o por el de malversación por el que ya han sido condenados la mayor parte de los enjuiciados presentes, descartando finalmente el delito de rebelión por no haber sido apreciado en la sentencia.

Entre los procesados en situación de rebeldía que han sido reclamados en virtud de una ODE, se encuentra el exconsejero catalán de cultura Lluís Puig, residente en Bélgica, y cuyo procedimiento de entrega por el delito de malversación por el que se encuentra procesado en España ha supuesto un nuevo revés para la justicia española. A raíz de este último rechazo a la entrega, el magistrado instructor ha decidido finalmente hacer uso del art. 267 TFUE y plantear una batería de cuestiones prejudiciales al TJUE en relación con la actuación de las

6389 final, de 28 de septiembre de 2017]. Algunos autores ponen además de relieve como en España el art. 11 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE n.º 282, de 21 de noviembre de 2014) sí que prevé expresamente este supuesto. Ruz Gutiérrez, P.R. (2020): “La orden europea de detención y entrega. Banco de pruebas del principio de reconocimiento mutuo”. en J.M. Cortés Martín Y F.G. Ruíz Yamuza, (Coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. p. 197.

⁵ Vid. Conclusiones del Abogado General en el asunto AY, de 16 de mayo de 2018, EU:C:2018:317, en especial, §§ 28-32.

⁶ STJUE de 25 de julio de 2018, AY, C-268/17, EU:C:2018:602.

⁷ STS 2997/2019, de 14 de octubre de 2019, ES:TS:2019:2997.

autoridades de ejecución belgas en el presente caso, cuyos efectos podrían ser aplicables al resto de prófugos que residen actualmente en ese mismo Estado miembro.

En este contexto, la presente aportación tiene como objetivo analizar de manera individualizada estas cuestiones desde la perspectiva de su trascendencia europea. En concreto, se valorará su potencial pertinencia y utilidad, presentándose las posibles soluciones que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, podría llegar a proporcionar el Tribunal de Luxemburgo a la autoridad judicial española a la luz de su reciente jurisprudencia. Tras esta evaluación crítica, se concluirá con una reflexión sobre el virtual alcance que las respuestas del Tribunal de Luxemburgo en este asunto pueden llegar a tener sobre la interpretación de los límites de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en la cooperación judicial en materia penal en la UE.

1. ANTECEDENTES EN RELACIÓN CON EL PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

1. 1. Presupuesto habilitante

Como hemos apuntado en la introducción, tras la sentencia condenatoria dictada contra los principales responsables presentes en España por los delitos de sedición y malversación, el magistrado dictó nuevas ODE contra el resto de los procesados en situación de rebeldía, solicitando su entrega por los delitos de sedición y/o malversación en función de su diferente participación en los hechos.

Sin embargo, en el *interim* se produjo un hecho que añadió aún más complejidad de este asunto: la decisión del TJUE en el asunto *Junqueras Vies*⁸. Esta controvertida decisión, resultado del planteamiento de varias cuestiones prejudiciales por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁹, produjo efectos colaterales en la situación de los procesados en situación de rebeldía Carles Puigdemont, Antoni Comín y Clara

⁸ STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Junqueras Vies*, C-502/19, EU:C:2019:1115. Sobre esta cuestión, Mangas Martín, A. (2020): “Caso Junqueras, empate técnico entre tribunales: surrealismo europeo y quijotismo leal”. *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, pp. 540-545. Desde la perspectiva de la situación de prisión provisional, *vid.* Moreno Catena, V. (2019): “La prisión provisional de los condenados del Procés”. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, n.º 26, pp. 201-232.

⁹ ATS 7605/2019, de 1 de julio de 2019, ES:TS:2019:7605A.

Ponsatí, que pudieron acceder a la condición de parlamentarios europeos y disfrutar así de la inmunidad parlamentaria reconocida por el derecho de la Unión. Como resultado, los procedimientos de entrega respecto a estas personas quedaron paralizados. No obstante, el Parlamento aprobó la suspensión de dicha inmunidad tras acceder al suplicatorio oportunamente solicitado por el magistrado español¹⁰, inmunidad que no obstante les ha sido recientemente restituida de manera provisional por el Tribunal General de la Unión Europea¹¹.

No es este el caso del Sr. Puig. A pesar de que el exconsejero de cultura catalán se encuentra actualmente residiendo en Bélgica, no disfruta de la condición de europarlamentario, por lo que la ODE emitida contra él continuó su tramitación a pesar de los retrasos comprensibles por la pandemia. No obstante, y a diferencia de lo que sucedió con las primeras ODE dictadas en fase de instrucción y que fueron rechazadas por motivos formales tras una aplicación muy estricta de la doctrina *Bob-Dogi*¹², en esta ocasión la justicia belga sí se ha pronunciado sobre el fondo del asunto. En efecto, el Tribunal de 1º instancia de Bruselas rechazó en agosto de 2020 la entrega del exconsejero al considerar, como motivo principal, que el Tribunal Supremo no puede considerarse el órgano competente para el enjuiciamiento del reclamado en España, apreciando un riesgo de vulneración de su derecho fundamental al juez predeterminado por la ley. Esta decisión insólita, lejos de ser enmendada en vía de recurso, fue confirmada posteriormente por el tribunal de apelación de Bruselas, lo que nos permite hablar de la existencia de un pronunciamiento de carácter definitivo sobre la entrega del Sr. Puig. Por lo tanto, la notificación de esta resolución al magistrado instructor español es el presupuesto que habilita el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

1. 2. Momento procesal y legitimación

¹⁰ Decisiones 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)); sobre el suplicatorio de suspensión de la inmunidad de Antoni Comín i Oliveres; (2020/2025(IMM)); sobre el suplicatorio de suspensión de la inmunidad de Clara Ponsatí Obiols (2020/2031(IMM)).

¹¹ ATGUE de 2 de junio de 2021, *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento*, T-272/21 R.

¹² STJUE de 1 de junio de 2016, *Bob-Dogi*, C-241/15, EU:C:2016:385.

En relación con el momento idóneo para plantear las cuestiones, el magistrado español decidió optar por el reenvío prejudicial en el asunto Puig antes de que se resolviesen los procedimientos de ODE respecto del resto de procesados rebeldes residentes en Bélgica, que se encontraban entonces paralizados debido a su condición de europarlamentarios. Sin lugar a duda esta era la opción natural y recomendable, ya que una respuesta por parte del Tribunal de Luxemburgo contraria a la postura española en este caso minimizará las posibilidades de éxito de la entrega por parte de las autoridades judiciales belgas del resto de prófugos, lo que evitará tener que continuar con procedimientos ODE destinados al fracaso.

En cuanto a la legitimación del magistrado español como autoridad de emisión para plantear las cuestiones prejudiciales respecto de la decisión belga denegando la entrega del Sr. Puig, ésta estaba garantizada por el derecho de la Unión tras el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo en el asunto AY¹³. Además, a pesar de que existen otros mecanismos para tratar de censurar la actuación belga, tales como el inicio de un procedimiento de infracción o la petición de un dictamen de Eurojust con base en el art. 4 (5) del Reglamento (UE) 2018/1727¹⁴, esta solución de carácter jurisdiccional es sin duda la más idónea para resolver un conflicto basado en la interpretación divergente del derecho de la Unión por parte de las autoridades judiciales de emisión y ejecución, tal y como sucede en el presente supuesto.

¹³ STJUE AY, *cit.*, §§ 23-31.

¹⁴ DO L 295, de 21 de noviembre de 2018. Para un análisis crítico de los mecanismos disponibles conforme al derecho de la Unión, *vid.* Hernández López, A. (2020): “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* n.º 2, pp. 105-140.

1. 3. Planteamiento del asunto C-158 *Puig Gordi y otros*

Resuelta la cuestión de la legitimación y una vez analizado el momento idóneo para plantear las cuestiones, el magistrado instructor inició los trámites procesales para llevar a cabo el reenvío prejudicial. En este sentido, a pesar de que la autoridad judicial es la única legitimada para evaluar la oportunidad y los términos en los que las cuestiones deben ser planteadas al Tribunal de Luxemburgo, se dio oportunidad a todas las partes personadas de presentar las alegaciones que considerasen oportunas. Una vez recibidas las alegaciones, el magistrado dictó auto formalizando el reenvío y paralizando el procedimiento en España¹⁵.

En cuanto a su contenido, el auto es extraordinariamente exhaustivo a la hora de analizar los antecedentes del caso, desgranando de manera individualizada y pormenorizada cuáles han sido los motivos esgrimidos por parte de las autoridades judiciales belgas a la hora de rechazar la entrega del reclamado. Ha de destacarse la claridad de su redacción, su precisión terminológica y el amplio recurso a la jurisprudencia europea a la hora de argumentar los problemas apreciados desde el punto de vista de la correcta aplicación del derecho de la Unión. El análisis realizado por el magistrado español en esta resolución constituye un punto de encuentro en el que se pueden identificar muchas de las reclamaciones y propuestas planteadas por la doctrina.

Tras el análisis de la decisión belga, el magistrado formula en concreto sus cuestiones al Tribunal de Justicia, dividiéndolas en hasta siete categorías. Como es habitual en este tipo de procedimientos, la mayor parte de las preguntas se plantean de manera subsidiaria, en función de la respuesta proporcionada a las anteriores, por lo que es altamente probable que el TJUE termine agrupándolas al proporcionar sus respuestas. Adicionalmente, se solicitó que el procedimiento prejudicial se sustanciase por los trámites del procedimiento de urgencia.

Recibido el auto, y tras la corrección de una serie de errores materiales a instancia de la Secretaría General del TJUE¹⁶, el Tribunal de Luxemburgo ha decidido recientemente admitir a trámite las cuestiones planteadas bajo la denominación asunto *Puig Gordi y otros*¹⁷, rechazando no obstante la sustanciación de éstas por los trámites acelerados del

¹⁵ ATS 2544/2021, de 9 de marzo de 2021, ES:TS:2021:2544A.

¹⁶ ATS de 19 de abril de 2021.

¹⁷ Asunto *Puig Gordi y otros*, C-158/21, registrado en CURIA el 21 de mayo de 2021.

procedimiento de urgencia. En este escenario, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo puede demorarse más allá de 2021, pero al menos contamos con la certeza de que, salvo que el magistrado instructor decida retirar las cuestiones, existirá un pronunciamiento prejudicial sobre el fondo de este asunto. Este hecho nos coloca en una posición idónea para evaluar el contenido, la pertinencia, utilidad y trascendencia de las cuestiones que han sido planteadas por el magistrado español, a cuyo análisis dedicaremos las siguientes líneas.

2. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

2. 1. Sobre la aplicación de causas de denegación no contempladas en la Decisión Marco

Las dos primeras cuestiones planteadas por el magistrado instructor tienen como objeto principal preguntar al Tribunal de Luxemburgo si la Decisión Marco 2002/584/JAI (DM ODE)¹⁸ permite a las autoridades judiciales de ejecución apreciar la concurrencia de motivos de denegación que no están previstos expresamente en el texto del instrumento. En concreto, si es posible que la autoridad de ejecución aplique un motivo de denegación obligatorio contemplado en su ordenamiento jurídico interno a pesar de no estar éste previsto en la DM ODE. En el caso de que la respuesta a esta pregunta fuese afirmativa, plantea subsidiariamente al TJUE si la autoridad de emisión tiene entonces la obligación de examinar y analizar caso por caso cuáles son los motivos de denegación específicos y diferentes a los contemplados expresamente en el instrumento que cada Estado miembro haya tenido a bien incluir en su ordenamiento jurídico.

La pertinencia de la primera pregunta para la resolución del litigio principal es indiscutible, pues de la respuesta que proporcione el Tribunal de Luxemburgo dependerá, en buena medida, la compatibilidad de la decisión de denegación de la autoridad belga con el derecho de la Unión. Es además relevante desde el punto de vista europeo, ya que la postura del Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión no ha sido históricamente constante.

En efecto, en una primera etapa, la jurisprudencia del TJUE rechazó taxativamente que las autoridades judiciales de los Estados miembros

¹⁸ DO L 190 de 18 de julio de 2002.

podrían denegar la entrega por motivos diferentes a los específicamente contemplados en los arts. 3, 4 y 4 bis de la DM ODE en su versión consolidada. En esta primera etapa podemos encuadrar la STJUE Melloni¹⁹, precisamente planteada por el Tribunal Constitucional español, en la que el Tribunal de Luxemburgo rechazó la posibilidad de condicionar la entrega basada en la aplicación de un estándar de protección constitucional nacional relativo a los juicios en ausencia más elevado que el contemplado en la propia normativa europea. El razonamiento del tribunal se apoyó, en esencia, en reafirmar la primacía del derecho de la Unión, pues cuestionar la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales establecido por la DM ODE no era compatible con los principios de confianza y reconocimiento mutuo que inspiran este instrumento, lo que conduce a no poder aceptar la aplicación de un estándar nacional más elevado que pondría en peligro la efectividad misma de la ODE²⁰. Sin embargo, pronunciamientos posteriores del Tribunal de Luxemburgo no relacionados con procedimientos de ODE han relativizado *de facto* esta aparente prohibición absoluta, tal y como puede comprobarse tras el examen de los sucesivos pronunciamientos de la saga *Taricco*²¹

Más allá del problema específico de la aplicación de estándares constitucionales de protección más elevados, el TJUE se ha pronunciado sobre la aplicación de motivos de denegación no expresamente contemplados en la DM ODE. En su trascendental decisión en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*²², el TJUE admitió la posibilidad de aplazar y en su caso poner fin al procedimiento de entrega si la autoridad de ejecución aprecia la existencia de un riesgo para el reclamado de vulneración de derechos fundamentales reconocidos por la CDFUE —concretamente, el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes—. Este es un motivo de denegación que no está explícitamente incluido en la redacción de la DM ODE. De hecho, a pesar de que el art. 1 (3) de la DM ODE sí que advierte de que su contenido no puede tener el efecto de modificar la

¹⁹ Cfr. STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁰ STJUE; *Melloni*, cit., §§ 55-65.

²¹ SSTJUE de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros*, C-105/14, EU:C:2015:555; de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S y M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936. Para un estudio sobre las diferentes interpretaciones de estas sentencias, *vid.* Di Francesco Maesa, C. (2018): “Effectiveness and Primacy of EU Law v. Higher National Protection of Fundamental Rights and National Identity”. *Eucriim*, issue 1-2018, pp. 50-56.

²² Cfr. STJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15, EU:C:2016:198.

obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como se hallan consagrados en la Carta, solo en el considerando (10) puede encontrarse una vaga referencia a la posibilidad de suspender la aplicación del contenido del instrumento si se constata una violación grave y persistente de uno de los Estados miembros de los principios contemplados en el art. 2 TUE, supeditado a su vez a que se declare mediante el procedimiento establecido al efecto en el art. 7 TUE²³.

No obstante, a pesar de que el Tribunal de Luxemburgo ha admitido este motivo de denegación implícito, ha advertido a su vez de que los rechazos basados en él tienen siempre que ampararse en la existencia de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten la existencia concreta del riesgo y que, en todo caso, ha de permitirse a la autoridad de emisión aportar información complementaria antes de emitir una respuesta definitiva. Esta jurisprudencia ha sido confirmada y perfilada en sucesivos pronunciamientos del TJUE²⁴.

Ahora bien, el magistrado español en realidad no discute el reconocimiento de este motivo de denegación implícito ya admitido por la jurisprudencia europea. Lo que discute es si es compatible con la DM ODE la existencia y aplicación de un motivo de denegación obligatorio contemplado en la legislación de un Estado miembro que no está contemplado como tal en la propia DM ODE. En otras palabras, lo que pregunta el magistrado es si es compatible con el derecho de la Unión la inclusión nacional de motivos de denegación diferentes a los expresamente contemplados en el instrumento.

El TJUE también ha tenido la oportunidad de pronunciarse específicamente sobre esta cuestión. En el asunto *Lopes Da Silva Jorge*²⁵, el Tribunal de Luxemburgo examinó la compatibilidad de la discriminación que existía en el Código procesal penal francés a favor de sus propios nacionales a la hora del transponer el contenido el art. 4 (6)

²³ En esta misma línea apuntaba el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la UE al CEDH, EU:C:2014:2454, cuando afirmó que en circunstancias excepcionales pueden limitarse los principios de confianza y reconocimientos mutuos.

²⁴ *ML*, C-220/18 PPU, EU:C:2018:589; de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586; de 15 de octubre de 2019, *Dorobantu*, C-128/18, EU:C:2019:857. Vid Jimeno Bulnes, M. (2020): “La orden de detención europea como instrumento procesal en la lucha contra el terrorismo”. *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 12, pp. 111-151.

²⁵ STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Lopes Da Silva Jorge*, C-42/11, EU:C:2012:517.

de la DM ODE. En dicha sentencia declaró que los Estados miembros pueden optar por limitar las situaciones en las que la autoridad de ejecución puede denegar la entrega de una persona a la hora de transponer el contenido de la DM ODE, pero solo en la medida en que respeten el derecho de la Unión y se interpreten a la luz de la redacción y finalidad del instrumento, a fin de garantizar su plena efectividad y alcanzar una solución conforme a sus objetivos²⁶. Más recientemente, en el asunto *Popławski*²⁷, el Tribunal de Luxemburgo declaró incompatible ciertas disposiciones del derecho neerlandés que iban más allá de lo dispuesto en el instrumento y aclaró que, a pesar de que es cierto que las disposiciones de la DM ODE no tienen efecto directo, la autoridad de ejecución sí está en todo caso obligada a realizar una interpretación conforme de su derecho nacional que garantice un resultado compatible con la finalidad de ésta.

Por lo tanto, la jurisprudencia del TJUE hasta la fecha sobre esta cuestión exige que cuando los Estados miembros contemplen en su derecho nacional motivos de denegación diferentes a los listados en la propia DM ODE, estos deben interpretarse conforme a su redacción y a su espíritu, de tal manera que garanticen su plena efectividad.

En relación con el caso que nos atañe, a la luz de las circunstancias que rodean la denegación belga y que son minuciosamente desgranadas por el magistrado instructor en su auto, cabría esperar que el Tribunal de Luxemburgo se pronuncie en este mismo sentido y declare incompatible las disposiciones del derecho belga o, al menos, la interpretación que de ellas ha realizado la autoridad de ejecución por ser diametralmente contraria al espíritu de la DM ODE y comprometer su efectividad. De hecho, este argumento toma aún más fuerza si tenemos en cuenta que recientemente la Comisión Europea ha decidido iniciar los trámites del procedimiento de infracción del 258 TFEU contra Bélgica al considerar, precisamente, que la transposición de los motivos de denegación de la DM ODE a su legislación nacional no es adecuada²⁸.

No obstante, si el Tribunal de Luxemburgo decide por el contrario declarar compatible el derecho belga con la DM ODE, el magistrado español plantea subsidiariamente un dilema que resulta obvio: si el derecho de la Unión ampara la existencia asimétrica de motivos de

²⁶ STJUE *Lopes Da Silva Jorge*, cit., §§ 52-60.

²⁷ STJUE de 29 de junio de 2017, *Popławskii*, C-579/15, EU:C:2017:503.

²⁸ Procedimiento de infracción INFR(2021)2002, iniciado el 9 de junio de 2021.

denegación en las diferentes transposiciones nacionales, ¿deben entonces las autoridades judiciales de emisión indagar y analizar los distintos derechos de los Estados miembros antes de emitir su ODE?

Comprendiendo los motivos que llevan al magistrado español a plantear esta disyuntiva al TJUE, considero no obstante que la pregunta no es pertinente y debe por lo tanto ser rechazada. Los términos en los que está planteada no tienen realmente como finalidad servir para resolver el problema que se plantea en el litigio principal —la denegación de la entrega—, sino más bien reducir al absurdo la situación eventualmente planteada por una respuesta a la primera pregunta que respalde la actuación belga, finalidad por lo tanto ajena a los objetivos del procedimiento prejudicial.

No obstante, si el TJUE decide pronunciarse también sobre este extremo, a mi juicio solo cabe una respuesta en sentido negativo, pues admitir la existencia de un supuesto deber previo de conocimiento del derecho extranjero antes de la emisión de una ODE atenta contra el sentido mismo del principio de reconocimiento mutuo, que es la base del presente instrumento. Cuestión diferente es que el derecho de la Unión pueda amparar la existencia de cierta diversidad en la transposición del instrumento, escenario lógico por otra parte si tenemos en cuenta la naturaleza del acto legislativo utilizado (Decisión Marco). En este último sentido, ya hemos apuntado las condiciones en las que el TJUE ha aceptado la existencia de esta diversidad y cómo ésta debe respetar en todo caso el contenido de la norma europea. Al mismo tiempo, la autoridad de emisión que considere que la aplicación de un motivo de denegación es contraria al derecho de la Unión, actualmente tiene garantizada la posibilidad de acudir a la vía de la cuestión prejudicial para que se examine su compatibilidad, tal y como ha hecho el magistrado español en el presente caso.

2. 2. Sobre el examen de la competencia de la autoridad de emisión

En su tercera pregunta, el magistrado cuestiona de manera directa la admisibilidad del examen que realiza la autoridad de ejecución belga sobre la competencia del Tribunal Supremo atendiendo a lo dispuesto en el art. 6 (1) de la DM ODE. Este precepto dispone que la competencia para emitir una ODE se establece en virtud de lo dispuesto en el derecho interno de cada Estado miembro. A la postre, la respuesta a esta pregunta resulta crucial para la resolución del litigio principal, pues el motivo

cardinal de la denegación de la entrega se basa, precisamente, en la apreciación de la falta de competencia del Tribunal Supremo para enjuiciar al reclamado por los hechos que se le imputan.

Aparentemente, si analizamos de manera aislada el examen realizado por la autoridad judicial belga, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo a esta pregunta debería ser previsible: el examen de la competencia del Tribunal Supremo para emitir la ODE es una cuestión que se rige por el derecho interno y amparada por el propio derecho de la Unión, por lo que la autoridad de ejecución belga ni debe ni está en posición de emprender este juicio sin socavar, al mismo tiempo, la autonomía —y soberanía— de España para establecer su jurisdicción y la distribución de la competencia interna de sus autoridades judiciales.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la falta de competencia del Tribunal Supremo se traduce, a su vez, en una posible vulneración de derechos fundamentales de los procesados en rebeldía, en concreto, a su derecho al juez predeterminado por la ley reconocido supranacionalmente tanto por el CEDH como por la CDFUE. En esta línea de defensa, el examen de la competencia del TS no ha de considerarse de manera aislada, sino que debe reconducirse a un examen sobre el posible riesgo de violación de derechos fundamentales, examen que como ya hemos apuntado *supra* el propio Tribunal de Luxemburgo ha validado como motivo de denegación implícito a pesar de no estar expresamente reconocido en la DM ODE. Por otra parte, a pesar de que es cierto que el mencionado art. 6 (1) de la DM ODE reenvía claramente al derecho interno la determinación de su autoridad judicial de emisión, no lo es menos que una de las últimas líneas jurisprudenciales del Tribunal de Luxemburgo se ha basado en cuestionar, precisamente, la consideración como tal a los efectos de la DM ODE de diferentes fiscalías europeas²⁹, jurisprudencia que además es citada por el tribunal

²⁹ *Cfr.* SSTJUE de 27 de mayo de 2019, *OG* y *PI*, asuntos C-508/18 y C-82/19 PPU, EU:C:2019:456; de 9 de octubre de 2019, *NJ*, C-489/19 PPU, EU:C:2019:849; de 12 de diciembre de 2019, *JR* y *YC*, asuntos C-566/19 PPU y C-626/19 PPU, EU:C:2019:1077; de 12 de diciembre de 2019, *XD*, C-625/19 PPU, EU:C:2019:1078; de 12 de diciembre de 2019, *ZB*, C-627/19 PPU, EU:C:2019:1079. Para un análisis exhaustivo de las implicaciones de esta doctrina jurisprudencial, *vid.* Jiménez-Villarejo Fernández, F. (2020): “El Ministerio Público como autoridad judicial emisora de una Orden Europea de Detención y Entrega en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas* n.º 1, pp. 32-87.

belga como argumento para motivar su rechazo a la entrega. En definitiva, la cuestión a dilucidar por el TJUE es si, a pesar de lo dispuesto en el art. 6 (1) de la DM ODE, es admisible un examen sobre la competencia del tribunal de emisión en los términos realizados en el presente caso por la autoridad de ejecución belga.

En opinión de este autor, el Tribunal de Luxemburgo debe rechazar de plano la admisibilidad de un examen de la competencia de la autoridad de emisión como el realizado en el presente caso por la autoridad judicial de ejecución belga. Dos motivos elementales avalarían este rechazo: en primer lugar, el art. 6 (1) de la DM ODE establece de manera meridiana la competencia de los Estados miembros a la hora de determinar las autoridades competentes para la emisión de una ODE. La doctrina recientemente desarrollada por el TJUE sobre el concepto de autoridad judicial emisora, citada y utilizada de manera incomprensible por la autoridad judicial belga para tratar de reforzar su argumentación, no es aplicable en ningún caso al presente supuesto ni por supuesto a la situación del Tribunal Supremo. Las notas esenciales de esa jurisprudencia que han sido utilizadas por el TJUE para evaluar la idoneidad de las fiscalías de varios Estados miembros como autoridad de emisión se centran, esencialmente, en el análisis de su independencia funcional, valorando si su marco legal constitucional y estatutario permite a sus miembros actuar de con independencia y, por lo tanto, de manera imparcial a la hora de valorar la necesidad y proporcionalidad de emitir una ODE³⁰. Estas notas resultan completamente ajenas a la problemática aquí planteada, por lo que es improcedente pretender aplicarlas con el objetivo de fiscalizar la idoneidad del máximo órgano jurisdiccional español, ya que indiscutiblemente es una autoridad de emisión válida a los efectos de lo dispuesto en el art. 6 (1) DM ODE y del concepto autónomo desarrollado por la jurisprudencia europea³¹.

En segundo lugar, tampoco puede admitirse que la autoridad de ejecución belga realice un examen en concreto de la competencia de nuestro Alto Tribunal para enjuiciar al reclamado, ni que vincule esta supuesta falta de competencia con un riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales. La DM ODE no prescribe ni ampara esta facultad de control por parte del tribunal de ejecución, y recordemos que

³⁰ Cfr. SSTJUE *OG* y *PI*, *cit.*

³¹ Cfr. SSTJUE de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858; *Kovalkovas*, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861.

la aplicación de cualquier motivo de no reconocimiento debe ser la excepción, máxime cuando el motivo ni siquiera está explícitamente contemplado. Tampoco puede entenderse implícito este examen, pues admitir este control de la competencia supondría, *de facto*, renunciar a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, base sobre la que se asienta este instrumento. Además, de admitirse este examen, nada impediría que éste se aplicase recíprocamente por parte de las autoridades de emisión, de tal manera que se cuestionase previa y sistemáticamente la competencia de las autoridades judiciales involucradas en todo procedimiento de ODE.

Lo anterior no equivale a afirmar que la autoridad de ejecución no pueda realizar un examen de riesgo de vulneración de derechos fundamentales, ni que este examen no pueda eventualmente derivar en la apreciación de tal riesgo en determinados supuestos. Pero, tal y como ha afirmado en repetidas ocasiones el Tribunal de Luxemburgo, este examen debe realizarse conforme a los parámetros fijados por su jurisprudencia —existencia de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados—. Atendiendo al caso concreto, quedando acreditado desde la perspectiva española que el Tribunal Supremo es el órgano competente previsto legalmente para investigar y enjuiciar a los reclamados y para emitir la ODE, ha de tenerse además presente cuáles han sido los elementos utilizados por el tribunal de ejecución para evaluar este eventual riesgo —cuestión sobre la que incidiremos en el siguiente apartado— y, especialmente, valorar la posibilidad que ha tenido el reclamado de discutir reiteradamente la competencia del órgano judicial español durante todas las fases del proceso penal³². Estas alegaciones han sido sucesivamente estudiadas, contestadas y rechazadas de manera individualizada por parte de las diferentes composiciones del Tribunal Supremo, cuya Sala Segunda ha llegado a admitir su falta de competencia para el enjuiciamiento de otras personas inicialmente procesadas en esta misma causa³³. A mayor abundamiento, los condenados han tenido la posibilidad de solicitar nuevamente este

³² V.g. *cfr.* AATS 12057/2017, de 24 de noviembre de 2017, ES:TS:2017:12057A; 12190/2017, de 18 de diciembre de 2017, ES:TS:2017:12190A; 13594/2018, de 27 de diciembre de 2018, ES:TS:2018:13594A. En relación con la cuestión competencial, *vid.* Armengot Villaplana, A. (2019): “La competencia del Tribunal Supremo para conocer de la causa especial de «el procés»”. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico* n.º 26, pp. 253-271.

³³ *Cfr.* ATS 13594/2018, *cit.*

examen desde la perspectiva de la protección de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, facultad de la que han hecho uso a través de sendos recursos de amparo que, hasta la fecha, han sido todos denegados³⁴.

Por lo tanto, y a falta de un eventual futuro pronunciamiento del TEDH, los procesados no solo han tenido la posibilidad de recurrir en numerosas ocasiones la competencia del Tribunal Supremo y defender sus alegaciones respecto a la supuesto vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley en el proceso penal en el que son sujeto pasivo, sino que además han hecho uso de esta facultad con asiduidad. Empero, admitir en estas circunstancias que la autoridad de ejecución belga pueda reexaminar la competencia del Tribunal Supremo a la luz de una supuesta vulneración de derechos fundamentales equivaldría a erigir al tribunal de apelación de Bruselas en el máximo intérprete de la legalidad española, incluida la constitucional, o en una suerte de instancia supranacional fiscalizadora del cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros paralela a los sistemas de Luxemburgo y Estrasburgo. Un planteamiento tan irracional como insostenible desde la perspectiva del mantenimiento de un espacio común europeo de justicia penal basado en la confianza mutua, y que por lo tanto debe ser rechazado sin paliativos.

2. 3. Sobre la valoración del riesgo de vulneración de derechos fundamentales

Estrechamente relacionado con la respuesta a la pregunta anterior, el magistrado inquiere al TJUE sobre cuáles son los parámetros que puede o debe utilizar la autoridad de ejecución a la hora de valorar si existe un riesgo de violación de derechos humanos o derechos fundamentales. En concreto, el magistrado pregunta al Tribunal de Luxemburgo si el informe elaborado por un grupo de trabajo sobre detenciones arbitrarias y que ha sido aportado por la defensa del reclamado debe considerarse como un elemento que permita a la autoridad de ejecución apreciar este riesgo de acuerdo con los parámetros fijados por la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

³⁴ SSTC 70/2021, de 18 de marzo, ES:TC:2021:70; 91/2021, de 22 de abril de 2021, ES:TC:2021:91;107/2021, de 13 de mayo de 2021, ES:TC:2021:107.

Antes de entrar a valorar si el contenido de este informe puede o no constituir un elemento para determinar la denegación de la entrega, es necesario delimitar cuál es su naturaleza jurídica y su objeto. Sobre su naturaleza jurídica, es preciso apuntar, tal y como certeramente apunta el magistrado español en su auto³⁵, que las opiniones vertidas por este grupo de trabajo no deben identificarse en ningún caso con la postura del Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDHONU). Es este último órgano el que tiene competencia para valorar si existen violaciones del PIDCIP. El propio CDHONU se ha encargado de remarcar que los mecanismos extra convencionales, cómo puede ser este grupo de trabajo sobre las detenciones arbitrarias, así como sus opiniones, no constituyen un procedimiento de examen en el sentido del artículo 5 (2) del protocolo facultativo del PIDCIP³⁶ y por lo tanto no tienen los efectos que de dicho tratado internacional se derivan³⁷.

En relación con su objeto, estas opiniones, que fueron adoptadas en abril de 2019³⁸, se circunscriben a evaluar la situación de personas diferentes al Sr. Puig y que en ese momento preciso se encontraban en prisión provisional por esta misma causa. Por lo tanto, este documento no tiene por objeto ni hace referencia en ningún momento a la situación concreta de la persona reclamada en el presente procedimiento de entrega. De hecho, ni siquiera evalúa la situación actualizada de las personas a las que sí hace referencia, ya que éstas hace tiempo que no se encuentran en prisión provisional, sino cumpliendo sus respectivas condenas en prisión tras haber sido juzgadas por la Sala Segunda.

En suma, debe concluirse que este informe representa la mera opinión no vinculante de un grupo de trabajo que no se identifica con el CDHONU ni vincula a este órgano internacional, y que tampoco valora la situación actual, concreta e individualizada del Sr. Puig, persona que es reclamada en el presente procedimiento de ODE.

³⁵ ATS 2544/2021, *cit.*, p. 21.

³⁶ Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 23 de marzo de 1976).

³⁷ Dictámenes n.º 1776/2008, *Bashasha contra Libia* [CCPR/C/100/D/1776/2008, de 2 de noviembre de 2010,], apartado 6 (2); n.º 1882/2009, *Al Daquel contra Libia* [Documento CCPR/C/111/D/1882/2009, de 26 de agosto de 2014], apartado 5 (2) *in fine*.

³⁸ Opinión n.º 6/2019, *relativa a Jordi Cuixart I Navarro, Jordi Sánchez I Picanyol y Oriol Junqueras I Vies (España)*, (Documento A/HRC/WGAD/2019/6, de 13 de junio de 2019).

Teniendo en cuenta los datos objetivos que han sido sucintamente apuntados *supra*, resulta imposible afirmar que este documento pueda aportar a la autoridad judicial belga de ejecución la información necesaria para comprobar, concreta y precisamente, que existan razones serias y fundadas para creer que la persona objeto de esta orden de detención europea corre riesgo de sufrir una violación de sus derechos fundamentales. O lo que es lo mismo: no aporta los elementos necesarios para realizar los exámenes general y específico sobre el presunto riesgo de vulneración de derechos fundamentales que exige la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para fundamentar un rechazo a la entrega por este motivo.

Dicho lo anterior, en opinión de este autor es improbable que el TJUE decida pronunciarse sobre este extremo, al menos no en unos términos tan explícitos como los que han sido solicitados por el magistrado español. No parece competencia del Tribunal de Justicia evaluar en concreto si este documento constituye o no un elemento válido para fundamentar la denegación de la entrega, ya que la realización de esa operación teleológica le corresponde exclusivamente a la autoridad judicial de ejecución teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. No obstante, lo que sí puede hacer el TJUE, y desde luego sería lo deseable, es aprovechar la siguiente cuestión planteada por el magistrado español para delimitar de una manera mucho más precisa cuáles son las características, tanto cualitativas como cuantitativas, que deben reunir los elementos utilizados por una autoridad ejecución para poder aplazar y eventualmente denegar válidamente la entrega por riesgo de vulneración de derechos fundamentales.

De hecho, esta cuestión es la que puede llegar a tener mayor trascendencia europea de todas las planteadas por el magistrado instructor español. La actual jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es excesivamente ambigua en este aspecto, pues a pesar de que se ha esforzado por definir las características que deben cumplir los elementos utilizados por las autoridades nacionales a la hora de valorar el riesgo, la formulación de éstas es tan amplia que permite una absoluta discrecionalidad por parte de las autoridades de ejecución. Como consecuencia, en la práctica se están equiparando situaciones en las que existen condenas sistemáticas del TEDH por las condiciones de reclusión del Estado de emisión (SSTJUE *Aranyosi y Căldăraru*; *ML*; *Dorobantu*), o en las que ya existe una propuesta motivada de la Comisión

denunciando el riesgo con base en el procedimiento del art. 7 TUE³⁹ (STJUE *Minister for Justice and Equality LM*); con casos como el presente, en el que el principal elemento que se presenta para valorar el presunto riesgo es la opinión de un grupo de trabajo aportada por la defensa y que cuenta con unas características jurídicas tan fútiles como las que han sido anteriormente señaladas.

Por ello, desde la perspectiva estrictamente europea, el Tribunal de Justicia no debe perder la oportunidad que se le presenta con esta cuestión para definir mejor estos parámetros y frenar así el uso arbitrario o pernicioso del control del riesgo de vulneración de derechos fundamentales. De lo contrario, se corre el riesgo de desvirtuar por completo el sentido primigenio que llevó a su admisión, a costa de deteriorar gravemente el sistema de cooperación judicial basado en el reconocimiento mutuo⁴⁰.

2. 4. Sobre la no solicitud de información complementaria

En relación con las circunstancias en las que ha sido denegada la entrega, el magistrado español pregunta al TJUE si éstas se ven afectadas cuando la autoridad judicial belga de ejecución ha realizado la denegación sin haber solicitado previamente a la autoridad judicial de emisión información complementaria que pudiera condicionar su decisión. Esta cuestión trata de poner en tela de juicio la actuación de la autoridad belga a través de la apreciación de un defecto en la denegación desde el punto de vista formal.

Más allá de su oportunidad, esta alegación resulta en cierto modo paradójica, teniendo en cuenta que las primeras denegaciones de la entrega belga se basaron, precisamente, en la apreciación de la existencia de un supuesto defecto formal en la solicitud del magistrado español mediante una lectura formalista de la STJUE *Bob Dogi*. Pues bien, sobre la base de esa misma sentencia, puede el magistrado español ver sus pretensiones satisfechas.

Efectivamente, la sentencia *Bob Dogi* avaló el rechazo a la ejecución de una ODE ante la ausencia una orden europea de detención nacional.

³⁹ Documento [COM(2017) 835 final], de 20 de diciembre de 2017.

⁴⁰ En este sentido, *vid.* las reflexiones en el editorial de Klip, A. (2020): “Eroding Mutual Trust in an European Criminal Justice Area without Added Value”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n.º 28, pp. 109-119.

Ahora bien, para que este rechazo pudiera justificarse desde el punto de vista de la finalidad de la DM ODE y del principio de reconocimiento mutuo que la inspira, el Tribunal de Luxemburgo matizó que la autoridad de ejecución tiene la obligación de solicitar a la autoridad de emisión información complementaria, con base en el art. 15 (2) de la DM ODE, antes de rechazar la entrega, pues el rechazo debe ser siempre la excepción⁴¹. Este mismo razonamiento ha sido utilizado y consolidado por el TJUE en pronunciamientos posteriores⁴².

En consecuencia, antes de que la autoridad belga pudiera rechazar como ha hecho la entrega del reclamado, el derecho de la Unión le imponía el deber de solicitar información complementaria a la autoridad española antes de emitir un pronunciamiento definitivo. La cuestión por determinar entonces es si esa solicitud de información complementaria se ha producido en el presente caso.

Pues bien, atendiendo a los antecedentes del procedimiento y a lo anunciado por el magistrado español en su auto, parece que esta solicitud de información complementaria nunca se ha producido⁴³. A pesar de que la redacción del art. 15 (2) de la DM ODE parece dejar en manos de la autoridad de ejecución la apreciación de la necesidad de solicitar información complementaria, la jurisprudencia anteriormente citada exige dar la oportunidad a la autoridad de emisión de explicarse antes de poder denegar la ejecución. Esta solución resulta lógica y proporcional, más aún si se tiene en cuenta las circunstancias que concurren en un asunto como el presente en el que la autoridad de ejecución ha realizado una valoración sobre la competencia de la autoridad de emisión ya no solo para emitir la ODE, sino también para la investigación y enjuiciamiento de los hechos, interpretando errónea y parcialmente las disposiciones aplicables del derecho español.

Por lo tanto, si efectivamente el TJUE comprueba que no se ha producido esta solicitud de información adicional previamente a emitir su decisión sobre la entrega, debe censurar la actuación de las autoridades belgas en coherencia con su propia doctrina y reafirmar la obligatoriedad de solicitar previamente información complementaria antes de emitir una respuesta definitiva sobre la entrega.

⁴¹ Cfr. STJUE *Bob-Dogi*, cit., §§ 65-67.

⁴² SSTJUE *Aranyosi y Căldăraru*, cit.; *Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628; de 23 de enero de 2018, *Piotrowski*, C-367/16, EU:C:2018:27; *Minister for Justice and Equality*, cit.; *Dorobantu*, cit.

⁴³ Cfr. ATS 2544/2021, cit., FJ 4º.

2. 5. Sobre la posible vulneración del principio *ne bis in ídem*

En su última cuestión, el magistrado instructor pregunta al Tribunal de Luxemburgo si en el caso de que se declare que el derecho de la Unión se opone al rechazo a la entrega efectuado por la autoridad belga, podría emitir una nueva ODE contra la misma persona ante el mismo Estado miembro.

La intención del magistrado con esta pregunta parece ser disipar cualquier tipo de dificultad si las respuestas que aporte el TJUE le ponen en condiciones de emitir una nueva ODE contra el Sr. Puig, anticipándose así a una eventual objeción que el tribunal belga pueda aludir sobre la base de este motivo. No obstante, a pesar de comprender la previsión del magistrado español a la luz de las numerosas dificultades experimentadas, albergo serias dudas de que esta cuestión prejudicial pueda ser admitida por el Tribunal de Luxemburgo

De acuerdo con la doctrina constante del TJUE sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales del art. 267 TFUE, la regla general es presumir su pertinencia, por lo que, en principio, está obligado a pronunciarse⁴⁴. A pesar de ello, en circunstancias excepcionales el propio TJUE ha rechazado pronunciarse sobre determinadas cuestiones planteadas por autoridades judiciales de los Estados miembros⁴⁵. Estas “circunstancias excepcionales”, según la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, se reducen a la concurrencia alternativa de cualquiera de los tres supuestos siguientes⁴⁶: las cuestiones planteadas no son pertinentes para la resolución del litigio principal; las preguntas planteadas al Tribunal no están formuladas con suficiente claridad o el Tribunal no dispone de elementos de hecho o de derecho suficientes para pronunciarse; el problema planteado por la autoridad remitente es de naturaleza hipotética⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. SSTJUE de 12 de octubre de 2017, *Sleutjes*, C-278/16, EU:C:2017:757, § 21; de 6 de septiembre de 2016, *Petruhhin*, C-182/15, EU:C:2016:630, § 19.

⁴⁵ Cfr. STJUE; *Melloni*, cit., § 29; de 5 de junio de 1997, *Celestini*, C-105/94, EU:C:1997:277, § 22.

⁴⁶ Cfr. SSTJUE *Sleutjes*, cit. § 22; de 8 de diciembre de 2016, *Eurosanamientos y otros*, C-532/15 y C-538/15, EU:C:2016:932, § 28.

⁴⁷ Cfr. AATJUE de 15 de noviembre de 2017, *Aranyosi II*, C-496/16, EU:C:2017:866, §§ 27-29; de 3 de septiembre de 2015, *Orrego Arias*, C-456/14, EU:C:2015:550, §§ 21-26.

Asumiendo que ninguno de los dos primeros supuestos excepcionales confluye en este caso, en opinión de este autor sí que puede plantear problemas la compatibilidad de la cuestión planteada por el magistrado español respecto del tercer supuesto. En su pregunta, el magistrado en el fondo está planteando al TJUE una situación que en estos momentos no existe, pues parte de una premisa incierta —que el Tribunal de Luxemburgo declare incompatible el rechazo a la entrega belga a la luz de la DM ODE— y en relación con una resolución que aún no ha sido emitida —la emisión eventual de una nueva ODE respecto al Sr. Puig—.

Hay que reconocer que la pregunta está formulada en términos lo suficientemente genéricos como para enmascarar una cuestión que es meramente hipotética como una cuestión admisible para un pronunciamiento prejudicial. Pero precisamente ese carácter genérico detrae la viabilidad de la cuestión, e incluso su sentido, ya que impide conocer con exactitud a qué tipo de ODE se refiere el magistrado en su auto: ¿está planteando la emisión de una nueva ODE basada en los mismos hechos, o de una ODE basada en hechos diferentes? La redacción no aclara cuál es la finalidad exacta de la cuestión, lo que dificulta sobremanera la obtención de un pronunciamiento prejudicial.

Dejando a un lado las reflexiones sobre la admisibilidad de la cuestión, cabe preguntarse cuál sería la respuesta del Tribunal de Luxemburgo si decide finalmente pronunciarse. Preliminarmente, hay que decir que la inexactitud de la que adolece la redacción de la cuestión y que ha sido anteriormente expuesta impide evaluar en su justa medida cuál es la intención del magistrado a la hora de formular esta pregunta. Presumiendo que el magistrado instructor se refiere a una nueva ODE contra la misma persona y por los mismos hechos, lo que subyace es el temor ante la eventual aplicación del principio *ne bis in idem* como causa de denegación por parte del tribunal belga. Este temor es comprensible a la vista de los antecedentes de pobre cooperación que se han sucedido en el presente caso, pero no obstante infundado si lo analizamos desde el prisma de la correcta aplicación del derecho de la Unión.

Hay que recordar que ninguna disposición de la DM ODE impide que la autoridad de emisión pueda emitir una nueva ODE contra la misma persona por los mismos hechos ante el mismo Estado miembro. A pesar de los excesos cometidos por algunos tribunales a la hora de resolver en los procedimientos de entrega, no ha de olvidarse que mediante la resolución de un procedimiento de ODE no se está

realizando un juicio sobre la inocencia o culpabilidad del acusado, sino un examen de la concurrencia de los requisitos necesarios para autorizar su entrega al Estado miembro requirente. En consecuencia, el último pronunciamiento belga que rechaza la entrega del Sr. Puig por cuestiones de fondo no es más que la resolución de una cuestión de carácter incidental que no supone ninguna decisión definitiva sobre su culpabilidad o inocencia. En estas circunstancias, la emisión de una nueva ODE contra la misma persona por los mismos hechos no supone en absoluto una quiebra del principio *ne bis in ídem* en su vertiente transnacional amparado por los arts. 54 CAAS y 50 CDFUE y manifestada en el motivo de denegación obligatorio del art. 3 (2) de la DM ODE. Por otra parte, tampoco existe evidencia de la sustanciación de ningún tipo de procedimiento penal en Bélgica contra la misma persona y por los mismos hechos que avalase la invocación del motivo de no ejecución facultativo del art. 4 (2) de la DM ODE.

Asimismo, el examen por parte del tribunal de ejecución de la concurrencia de los requisitos necesarios puede variar en función de las circunstancias específicas de cada momento, lo que puede hacer aconsejable solicitar un nuevo pronunciamiento sobre la entrega. En el presente supuesto, si el Tribunal de Luxemburgo declara que los motivos alegados por la autoridad belga para rechazar la entrega no son compatibles con la DM ODE, parece evidente que la emisión de una nueva ODE por el magistrado español resulta el medio idóneo para que el tribunal belga pueda reexaminar la petición de entrega a la luz de las nuevas circunstancias del caso. De hecho, este ha sido el itinerario reproducido en otros supuestos problemáticos recientes como en el caso *Romeo Castaño c. Bélgica*⁴⁸, sin que la nueva emisión de la ODE por parte de la autoridad judicial española haya planteado problema alguno para la autoridad belga de ejecución a la hora de reexaminar la entrega. Es más: aunque las circunstancias fuesen prácticamente idénticas, el

⁴⁸ Cfr. STEDH *Romeo Castaño c. Bélgica*, de 9 de julio de 2019, CE:ECHR:2019:0709JUD000835117. En dicha sentencia, motivada precisamente por una denegación reiterada de la entrega a España de un antiguo miembro de la banda terrorista ETA, el TEDH llegó a la conclusión de que el examen de los fundamentos fácticos efectuado por las autoridades de ejecución belgas para fundamentar la denegación fue inadecuado y, por lo tanto, Bélgica incumplió su deber de cooperar, vulnerando el artículo 2 CEDH en su vertiente procesal. Tras la sentencia, las Audiencia Nacional emitió una nueva ODE que, esta vez sí, fue aceptada por las autoridades judiciales belga teniendo en cuenta el pronunciamiento de Estrasburgo.

Estado de emisión sigue siendo libre para emitir cuantas nuevas ODE considere oportunas, pues es doctrina consolidada del tribunal de Luxemburgo que el Estado de ejecución siempre estará obligado a emitir un pronunciamiento sobre las mismas⁴⁹. Por lo tanto, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo en este supuesto debe ser negativa, en el sentido de declarar que de acuerdo con el derecho de la Unión nada impide al magistrado español emitir una nueva ODE contra la misma persona ante el mismo Estado miembro.

CONCLUSIONES

Tras el análisis de las cuestiones planteadas, resulta difícil justificar desde un punto de vista estrictamente jurídico los argumentos utilizados por la autoridad judicial belga para denegar la entrega del Sr. Puig. En este sentido, el TJUE va a tener la ocasión de pronunciarse sobre cuestiones de especial trascendencia, tales como bajo qué parámetros las autoridades judiciales de ejecución pueden aplicar motivos de denegación propios de su derecho nacional, si es admisible o no un escrutinio de la competencia interna de la autoridad judicial de emisión o cuáles son los elementos concretos en los que puede basarse una autoridad de ejecución para denegar una entrega con base en un eventual riesgo de vulneración de derechos fundamentales del reclamado. Cuestiones que actualmente no han sido resueltas satisfactoriamente por la jurisprudencia europea y cuya aplicación trascenderá al proceso penal español. No obstante, seguirán sin respuesta otras cuestiones que han surgido a lo largo de este proceso y que también demandan aclaración, tales como la interpretación del alcance del motivo de denegación basado en el principio de doble incriminación establecido en el art. 4 (1) y su relación con el art. 2 (4) de la DM ODE. Las limitaciones propias del procedimiento prejudicial impedían siquiera plantear esta cuestión a raíz de este caso, pero es muy probable que esta oportunidad se presente en un futuro próximo.

La trascendencia de estas cuestiones a nivel europeo es innegable, y sus efectos reales ya se han podido comprobar en eventos recientes. En efecto, tras la detención del Sr. Puigdemont en Cerdeña en octubre de 2021 en cumplimiento de la ODE que sigue pesando sobre él, el tribunal de Sassari ha decidido suspender la decisión de entrega hasta que el

⁴⁹ *Cfr. STJUE AY, cit. §§ 32-36.*

TJUE —y también el TGUE, respecto al recurso de anulación respecto a la suspensión de su inmunidad parlamentaria— se pronuncien. Por lo tanto, tal y como se ha defendido a lo largo de este trabajo, la decisión sobre la entrega del Sr. Puig y el procedimiento prejudicial planteado ante el Tribunal de Luxemburgo producen efectos reflejos determinantes en la situación del resto de prófugos en el caso *procés*.

Dicho lo anterior, existe el riesgo de que el pronunciamiento del TJUE sobre este asunto no llegue nunca a producirse. Acontecimientos recientes en España, tales como los indultos concedidos a favor de los ya condenados presentes del caso *procés*⁵⁰, o el debate jurídico-político sobre la necesidad de promover una reforma del delito de sedición —hoy aparentemente paralizado— pueden llegar a hacer inútil este pronunciamiento y provocar la retirada de las cuestiones por el magistrado instructor. No obstante, recuérdese que para que el indulto pueda ser concedido a los hoy procesados en situación de rebeldía, deben ser antes condenados por sentencia firme, por lo que su entrega y posterior enjuiciamiento sigue siendo una *conditio sine qua non* para su eventual indulto. En cualquier caso, lo que es innegable es que la retirada de las cuestiones supondría una auténtica oportunidad perdida desde la perspectiva del avance en el desarrollo del derecho de la Unión.

El estudio de la jurisprudencia europea de los últimos años sobre la ejecución de ODE pone de manifiesto que estamos inmersos en una etapa en la que el Tribunal de Luxemburgo está tratando de buscar el correcto equilibrio entre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y la protección de derechos fundamentales de los reclamados⁵¹. Un equilibrio que no es fácil alcanzar cuando depende de la interpretación divergente de las autoridades judiciales de veintisiete Estados miembros sobre la base de otros veintisiete ordenamientos jurídicos heterogéneos. Es cierto que el principio de reconocimiento mutuo no equivale a confianza ciega, por lo que es razonable establecer límites cuando se aprecian deficiencias sistemáticas e incluso deseable desde el punto de vista del mantenimiento de la confianza mutua. Pero estos límites y, sobre todo, las circunstancias en las que procede su invocación, tienen que estar bien definidos por el derecho de la Unión, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la

⁵⁰ Indultos publicados en el BOE n.º 149 de 23 de junio de 2021.

⁵¹ En esta línea, Bachmaier Winter, L. (2018): “Fundamental Rights and Effectiveness in the European AFSJ. The Continuous and Never Easy Challenge of Striking the Right Balance”. *Eucrim*, issue 1-2018, pp. 56-63.

desconfianza, fundamentada o no, sea utilizada por defecto o como pretexto para rechazar la cooperación solicitada, en un escenario en el que aún no existen mecanismos lo suficientemente ágiles y precisos que permitan a la autoridad de emisión oponerse si considera la decisión arbitraria. Así las cosas, el TJUE debe aprovechar todas las oportunidades que se le presenten para seguir trabajando en la búsqueda de este balance, contribuyendo de esta manera a que la ODE siga siendo una historia de éxito en el proceso de integración europea.

BIBLIOGRAFÍA

Arangüena Fanego, Coral, de Hoyos Sancho, Montserrat (Dir.) y Hernández López, Alejandro (Coord.) (2020), *Procedural Safeguards for Suspects and Accused Persons in Criminal Proceedings. Good Practices Throughout the European Union*, Cham, Springer.

Armengot Villaplana, Alicia (2019), “La competencia del Tribunal Supremo para conocer de la causa especial de «el proces»”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico* n.º 26, pp. 253-271.

Bachmaier Winter, Lorena (2018), “Fundamental Rights and Effectiveness in the European AFSJ. The Continuous and Never Easy Challenge of Striking the Right Balance”, *Eu crim*, issue 1, pp. 56-63.

Di Francesco Maesa, Costanza (2018), “Effectiveness and Primacy of EU Law v. Higher National Protection of Fundamental Rights and National Identity”, *Eu crim*, issue 1, pp. 50-56.

Hernández López, Alejandro (2021): “La desconfianza mutua como principio: sobre la trascendencia europea de las cuestiones prejudiciales planteadas por el magistrado instructor del caso proces”, *La Ley Unión Europea*, n.º 94, pp.

Hernández López, Alejandro (2020): “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 *Proces*”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas* n.º 2, pp. 105-140.

Jiménez-Villarejo Fernández, Francisco (2020), “El Ministerio Público como autoridad judicial emisora de una Orden Europea de Detención y Entrega en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas* n.º 1, pp. 32-87.

Jimeno Bulnes, Mar (2020), “La orden de detención europea como instrumento procesal en la lucha contra el terrorismo”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 12, pp. 111-151.

Klip, André (2020), “Eroding Mutual Trust in an European Criminal Justice Area without Added Value”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n.º 28, pp. 109-119.

Mangas Martín, Araceli (2020), “Caso Junqueras, empate técnico entre tribunales: surrealismo europeo y quijotismo leal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, pp. 540-545.

Moreno Catena, Víctor (2019), “La prisión provisional de los condenados del Procés”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, n.º 26, pp. 201-232.

Ruz Gutiérrez, Pablo Rafael (2020), “La orden europea de detención y entrega. Banco de pruebas del principio de reconocimiento mutuo”. en José Manuel Cortés Martín y Florentino-Gregorio Ruíz Yamuza, (Coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, pp. 193-234.