

Prisión provisional y orden europea de detención

Pre-trial detention and European Arrest Warrant

JUAN CARLOS HERNÁNDEZ OLIVEROS

Magistrado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga

jc.hernandez@poderjudicial.es

Recibido: 30/10/2022. Aceptado: 30/11/2022.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.Extraordinario%20monogr%C3%A1fico%201.2023.145-169>

Resumen: Se analiza la incidencia que puede tener en la materialización de la efectiva entrega de una persona reclamada en virtud de una Orden Europea de Detención el hecho de que dicha persona se encuentre en situación de prisión en España, exponiendo lo que sobre este tema se desprende de la Decisión Marco reguladora de la Orden Europea de Detención y de la legislación española, constituida por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea

Palabras clave: prisión; entrega; reclamada; orden; detención

Abstract: This paper analyses the impact that the fact that a person is in prison in Spain may have on the effective surrender of a person sought by virtue of a European Arrest Warrant, explaining what can be deduced from the Framework Decision regulating the European Arrest Warrant and from Spanish legislation, constituted by Law 23/2014, of 20 November, on the mutual recognition of judicial decisions in the European Union.

Key words: prison; surrender; claimed; order; detention

1. ASPECTOS GENERALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ESPAÑA

La posibilidad de que se acuerde la prisión preventiva o provisional de una persona a la que se imputa un hecho delictivo está expresamente recogida en el artículo 17.4 de nuestra Constitución, si bien la norma fundamental, que expresamente señala que el plazo máximo que puede durar la detención será de 72 horas, remite a la Ley la determinación de la duración máxima de la prisión provisional.

Sin ánimo de extenderme mucho en este punto cabe recordar que la prisión preventiva presenta, según expuso ya por el Tribunal Constitucional, en Sentencia nº 47/2000, de 17 de febrero de 2000,

recogiendo lo que anteriormente había dicho ese mismo órgano, en STC 44/1997, los siguientes aspectos: a) *"la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida"*, como la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: *"su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva"*; b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada, motivación que ha de ser suficiente y razonable, *"entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional"*.

El propio Tribunal Constitucional matizó que si bien es cierto que *"en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y, a la gravedad de la pena"*, también lo es que *"el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias"* y obliga a ponderar *"los datos personales así como los del caso concreto"* (SSTC 37/1996, fundamento jurídico 6.A); 62/1996, fundamento jurídico 5.1).

En consecuencia, los tributos relativos a la suficiencia y a la razonabilidad de la motivación derivarán *"de la ponderación de los intereses en juego -la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado, la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro-"*.

En todo caso, cabe precisar que los parámetros que debe el Juez tomar en consideración a la hora de determinar si debe o no permanecer en situación de prisión provisional una persona reclamada en virtud de una Orden de Detención Europea no son los mismos que rigen al objeto de

resolver sobre la situación personal de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo.

En este sentido, Auto número 397/2022 de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de fecha 4 de agosto de 2022, el que se expone lo siguiente:

La Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en su art. 53 prevé (apartado 2) que la decisión relativa a la situación personal del reclamado debe ser adoptada atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad de asegurar la ejecución de la orden europea de detención y entrega. De este modo es la propia norma la que establece el fin constitucionalmente legítimo de la prisión provisional en este caso.

... la privación cautelar de libertad en la extradición "se produce en un proceso judicial dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional en que la extradición consiste. No se ventila en él la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición, y, por ello, no se valora la implicación del detenido en los hechos que motivan la petición de extradición, ni se exige la acreditación de indicios racionales de criminalidad, ni son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional previstas en la Ley de enjuiciamiento criminal,

... la prisión provisional en un procedimiento como el actual tiene una finalidad clara, como es la de facilitar la ejecución de la orden de entrega, que en este caso esta acordada y es firme, sin que el arraigo alegado sea garantía suficiente de que el recurrente no pretenda sustraerse a la acción de la justicia, como ya lo hizo respecto de la de su país, que ahora le reclama, lo que hace que la medida cautelar adoptada sea necesaria, proporcionada y adecuada al fin que se pretende proteger, cual es el del buen fin del procedimiento, en el marco de la cooperación judicial que los Estados miembros de la Unión Europea ha comprometido realizar.

Además, es preciso significar que el Juez Instructor no puede acordar la prisión provisional si no le es solicitado por alguna acusación personada en la causa, que puede ser tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular o la popular.¹

¹ Según dispone el 39 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, tampoco puede el Juez Instructor

Aunque es una cuestión que no tiene demasiado que ver con lo que es el tema de la presente exposición me parece interesante destacar que el Tribunal Supremo ha establecido, en su Sentencia número 41/21, de fecha 5 de marzo, que la emisión de una Orden de Detención Europea interrumpe el plazo de prescripción del delito, incluso aunque no se pueda hacer constar en la misma, por ser éste un dato desconocido, el domicilio en el que podrá ser localizada la persona a la que se refiere dicho instrumento de cooperación judicial penal.

2. PROBLEMAS QUE PUEDE PLANTEAR LA SITUACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA DE UNA PERSONA, EN ESPAÑA, EN EL CASO DE RECIBIRSE UNA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA QUE AFECTE A DICHA PERSONA

2.1. Referencia a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal

Se han planteado en la práctica algunos problemas con relación a qué medida debe adoptar el/la Juez/a español/a en el caso de que le sea solicitaba, vía OEDE, la entrega de una persona que ese/a Juez/a tenga en prisión preventiva, al estar implicado en un delito cometido en España.

Cabe comenzar el estudio de tal situación destacando que la DIRECTIVA 2014/41, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, recoge, en su art. 15, como uno de los motivos para aplazar el cumplimiento de un OEI, el que la ejecución pueda perjudicar una investigación en curso en el Estado de Ejecución.

Sin embargo, la propia Directiva determina, en uno de sus considerandos, que *“si se debe trasladar a la persona a otro Estado miembro a efectos de su enjuiciamiento, con inclusión de su puesta a disposición de un órgano jurisdiccional para ser sometida a juicio, deberá emitirse una orden de detención europea de conformidad con la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo”*.

Por tanto, parece que, si bien se puede recurrir a una Orden Europea de Investigación para pedir el traslado temporal de un investigado o sospechoso, pudiendo tal petición ser rechazada por el Estado de Ejecución, alegando que ello podría perjudicar una investigación en curso

librar una Orden de Detención Europea si no lo insta alguna parte, lo que, sin embargo, si van a poder hacer los Fiscales Europeos Delegados.

(por ejemplo porque el afectado está preso preventivo, por un delito grave, y se estima que el traslado, incluso temporal, pudiera perjudicar esa investigación), no se puede recurrir a este medio de cooperación para trasladar a una persona a otro Estado para ser enjuiciada.

2.2. Análisis de la situación desde el punto de la vista de la normativa reguladora de la Orden de Detención Europea (OEDE)

Expuesto ello cabe destacar a continuación una serie de premisas que, entiendo, resultarán útiles, al objeto de resolver la cuestión antes apuntada, de qué hacer cuando se pide a un órgano judicial español por un órgano judicial de otro Estado Miembro la entrega de una persona que estaba en prisión provisional en nuestro país, vía OEDE.

A) Medidas cautelares a adoptar en relación al reclamado.

Conviene comenzar destacando que la decisión sobre si debe permanecer o no detenida una persona, como consecuencia de una orden de detención europea, corresponde al Estado de Ejecución, si bien si estima el órgano competente de dicho Estado oportuno dejar a esta persona en libertad, debe adoptar las medidas oportunas para evitar la fuga (arts. 12 y 15 de la Decisión Marco, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros).

En el Auto número 377/2022, de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de julio de 2022, en el que se resolvía un recurso interpuesto por una persona reclamada en virtud de una OEDE contra la decisión del Juez Central de Instrucción de ordenar su prisión provisional, tras hacer alusión a la doctrina antes expuesta sobre la finalidad de la prisión provisional en los procedimientos de extradición o de cumplimiento de una OEDE, se señala expresamente que el adecuado cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España justifica o puede justificar, -entiendo que incluso sin entrar en muchas mayores consideraciones sobre cuestiones como el arraigo del reclamado-, la adopción de la medida de prisión provisional de éste hasta tanto no se resuelve sobre si procede o no su entrega.

B) Órgano competente en España para resolver sobre la petición de entrega.

En España la decisión sobre la ejecución de una OEDE corresponde a los Jueces Centrales de Instrucción, que deberán también pronunciarse, por tanto, sobre la posible privación de libertad que derive de ésta, si el afectado es mayor de edad, y a los Jueces Centrales de Menores, si el reclamado es menor de edad, siempre teniendo presente que España no entregaría a personas que tenían menos de 14 años de edad cuando cometieron los hechos, dado que dicha persona está exenta de responsabilidad penal conforme a la Ley Nacional².

La OEDE puede llegar a dichos órganos por remisión directa de la autoridad judicial del estado solicitante, que conoce el paradero del reclamado, supuesto éste en el que considero no es preciso que el Juez Central de Instrucción o el Juez Central de Menores dicte una orden de detención del reclamado, sino que basta con dar traslado de la propia OEDE a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, o por puesta a disposición del detenido por parte de las autoridades policiales, junto con el correspondiente atestado, siendo esto último lo usual, en cuanto que lo más frecuente es que se ignore cuál es el paradero del reclamado.

En cuanto al procedimiento a seguir resulta destacable que la Audiencia Nacional, Sección 3ª, rechazó, en su Auto número 406/2022, de 11 de agosto, la petición que se había hecho por la defensa del reclamado de que se celebrase vista para resolver sobre la OEDE “*al no estar expresamente prevista la misma en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea*”, si bien, resultando claro tal argumento, considero cabría acceder a la petición de celebración de vista, si es expresamente pedida por la defensa de la persona reclamada y el tema plantea cierta problemática.

En el Auto número 290/2022, de 14 de junio, de la Sección 2ª de la Audiencia Nacional, en la se citaba expresamente la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2020, se recogen dos interesantes prevenciones, que son las siguientes: 1ª) que la exigencia de comparecencia personal para ejercer la defensa en el proceso penal no es irrazonable ni desproporcionada; 2ª) que el investigado, aun cuando permanezca en situación de huido de la justicia, no pudiendo, por tanto, continuarse la tramitación de la causa contra el mismo, de conformidad con nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe estar asistido de Letrado, aun cuando se deba limitar la

² En este sentido, Autos de la Sección Primera de la Sala de lo Penal 159/2009, de 22 de Junio y 41/2010, de 11 de Marzo.

personación de éste a la pieza de situación personal, sin intervenir en los autos principales.³

C) Posibilidad de denegar la entrega por estar la persona reclamada en prisión provisional en España.

No es posible, a mi juicio, denegar la entrega por el simple hecho de estar la persona reclamada en situación de prisión provisional en España, dado que las causas de denegación de cumplimiento de una OEDE están tasadas (art. 3 y 4 Decisión Marco de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, y arts. 29, 32 y 33 Ley 23/14).

Asimismo, tampoco aparece recogido como posible motivo de rechazo a la cumplimentación de una OEDE el ya expuesto, esto es hallarse la persona reclamada en prisión provisional, en el artículo 48 de la Ley 23/2014, que se dedica a regular motivos específicos de denegación de una Orden de Detención Europea.⁴

Tampoco entiendo que se pudiera amparar la decisión de rechazar la entrega en el artículo 23.4 de la Decisión Marco, que señala que *“Podrá suspenderse de manera excepcional y con carácter provisional la entrega por motivos humanitarios graves, por ejemplo, cuando existan razones válidas que hagan pensar que podría poner en peligro la vida o la salud de la persona buscada”*, en cuanto que nada tienen que ver tales situaciones con el problema que aquí nos planteamos.

Sí que cabría, sin embargo, rechazar la entrega, como en cualquier caso en que se solicita ésta, al estimar que es posible que el entregado sufra torturas, tratos inhumanos o vulneración de derechos fundamentales, conforme a los Considerandos 10, 12 y 13 de la Decisión Marco, si bien la Audiencia Nacional, que es el órgano que resuelve los recursos que se suelen interponer en estos casos, contra lo resuelto por los Jueces Centrales, ha venido señalando que para acoger esta causa de oposición a la entrega no basta con que el reclamado lleve a cabo unas alegaciones genéricas, sino que debe acreditar fehacientemente aquello que alega.

³ El Auto número 90/2021, de 30 de diciembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional se refiere a la necesidad de garantizar que la persona reclamada por una OEDE tenga asistencia Letrada tanto en España como en el Estado Emisor.

⁴ Debe recordarse que artículo 17.6 de la Decisión Marco dispone que *“Toda denegación de ejecución de la orden de detención europea deberá justificarse”*.

No me voy a detener aquí a analizar otras posibles causas de denegación, aplicables en todo caso, como la existencia de un indulto, cosa juzgada y non bis in idem, o prescripción.

Sí que puede suceder, sin embargo, que, en realidad, se esté pidiendo la entrega por los mismos hechos que han dado lugar a que se acuerde la prisión provisional del reclamado en España, o bien que se trate de hechos conexos que convendría juzgar conjuntamente, a fin de evitar el fraccionamiento de la causa.

Esta situación puede generar un problema, en algunos casos grave, de conflicto de jurisdicción entre Estados, que puede hacer conveniente la intervención de Eurojust para resolverlo, en el sentido de que siga conociendo de la investigación un solo órgano judicial de un Estado, evitando así el posible problema del non bis in idem.

A esta situación se refiere el Auto antes mencionado, número 406/2022, de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, en el que se recuerda que el artículo 32.1.b) de la Ley 23/14 establece, como un posible motivo para denegar el reconocimiento de las medidas solicitadas por otro Estado *"Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español"*, añadiendo el párrafo tercero de la misma norma que *"La autoridad judicial española podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una orden o resolución cuando se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español. En este supuesto se deberá deducir testimonio y remitirse al órgano judicial competente para el conocimiento del asunto"*.

En el supuesto analizado se consideró por la Audiencia Nacional que se trataría de un delito que se habría cometido tanto en el Estado requirente como en el requerido, lo que obligaba a determinar si las autoridades judiciales del Estado reclamante *se encontraban en mejor posición que las españolas para el enjuiciamiento de los hechos, siguiendo el criterio que se había establecido por las diversas Secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*⁵

⁵ Autos de la Sección Primera nº 223/2008, de 26 de noviembre, nº 91/2010, de 14 de mayo, de la Sección Primera, y Auto nº 104/2012, de 24 de agosto, de la Sección Tercera, en todos los casos con relación a un delito de tráfico de drogas.

D) Entrega temporal hasta tanto se adopta una decisión definitiva sobre si se debe o no realizar la entrega, en cumplimiento de la Orden de Detención Europea.

Específicamente para el supuesto de que la Orden de Detención Europea se librara para seguir una causa contra la persona afectada (no, por tanto, según se desprende del tenor literal de la norma, si su objeto es la ejecución de una pena ya impuesta), del artículo 18 de la Decisión Marco se desprende que el Estado de Ejecución puede aceptar, mientras tanto se adopta una decisión definitiva, sobre la Orden de Detención, emitida -insisto- para el ejercicio de acciones penales, o bien que se tome declaración a la persona buscada, o bien entregarla temporalmente, fijándose los términos de común acuerdo entre las autoridades de emisión y ejecución, y debiendo en este caso la persona afectada volver al Estado de Ejecución para asistir a las vistas orales que le conciernan.

En este mismo sentido, se dispone en el artículo 23 de la Directiva 2014/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal, que “*Se podrá emitir una OEI para el traslado temporal de un detenido en el Estado de emisión con el fin de llevar a cabo una medida de investigación encaminada a la obtención de pruebas que requiera su presencia en el territorio del Estado de ejecución*”.

Esta posibilidad aparece recogida en el artículo 43 de la Ley 23/14, el cual, bajo la rúbrica “*Solicitud de entregas temporales y de toma de declaración en el Estado de Ejecución*”, establece lo siguiente:

“1. *La entrega temporal del reclamado sólo podrá solicitarse para el ejercicio de acciones penales contra él, sin que sea posible para que el reclamado cumpla en España una pena ya impuesta*”.

“2. *Se podrá solicitar la entrega temporal, incluso antes de que la autoridad de ejecución se haya pronunciado sobre la entrega definitiva, para llevar a cabo la práctica de diligencias penales o la celebración de la vista oral*”.

Interesa destacar que el legislador español ha incluido expresamente la posibilidad de que la entrega temporal se solicite, mientras los órganos judiciales españoles adoptan la decisión correspondiente sobre si procede o no acceder a la entrega del reclamado, para la celebración de la vista oral

en el Estado Emisor, lo que me parece muy adecuado, dado que es perfectamente posible que en éste el procedimiento que se seguía contra la persona reclamara estuviera pendiente solo de celebrar el juicio.

Por su parte, el artículo 52 de la Ley española señala que:

“1. Cuando la orden europea de detención y entrega emitida tenga por finalidad el ejercicio de acciones penales, si la autoridad judicial de emisión lo solicita, el Juez Central de Instrucción acordará, oído el Ministerio Fiscal por plazo de tres días, que se tome declaración a la persona reclamada o que se la traslade temporalmente al Estado de emisión”.

Parece, por tanto, que el legislador español ha convertido lo que era una potestad del Estado de Ejecución, esto es, aceptar o no la toma de declaración o la entrega temporal, mientras se adopta una decisión definitiva sobre si procede o no aceptar la OEDE, en una obligación.

Se regula en el apartado 2º del artículo ya mencionado la forma en la que habría procederse a la declaración de la persona reclamada, que debería tener lugar en España, y se añade en el apartado 3º que *“En caso de haberse acordado el traslado temporal de la persona detenida, se llevará a cabo en las condiciones y con la duración que se acuerde con la autoridad judicial de emisión. En todo caso, la persona reclamada deberá volver a España para asistir a las vistas que le conciernan en el marco del procedimiento de entrega”.*

Podría pensarse, en principio, que esta modalidad de entrega temporal, hasta tanto se decida sobre si acceder o no a cumplimentar la OEDE no tiene demasiada virtualidad práctica, atendidos los cortos plazos en los que se debe resolver sobre si procede o no la entrega, pero la realidad es que a veces tales plazos se ven dilatados de forma considerable, especialmente si se interponen, no solo recursos ordinarios sino incluso un recurso de amparo.

Una posible causa de dilación en la adopción de una resolución definitiva sería el que el reclamado haya realizado una solicitud de asilo, que es preciso analizar y resolver para que solo en el caso de que sea desestimada se produzca la entrega⁶.

⁶ No obstante, la Sección 1ª de la Audiencia Nacional determinó, en su Auto número 248/2022, de 25 de abril, que no cualquier solicitud de asilo debe producir como efecto que se retarde el cumplimiento de una extradición, lo que estimo puede hacerse extensivo al supuesto de que sea el reclamado en virtud de una Orden de Detención

La Decisión Marco no recoge, entiendo, previsión alguna respecto a esta situación, pero considero que en el caso de que la persona reclamada haya solicitado el asilo y se aprecie que dicha petición podría ser aceptada, especialmente si se trata de nacionales de ciertos países, sí que podría aplicarse el artículo 23.4, que recoge la posibilidad de suspender, no el procedimiento de decisión sobre la Orden Europea de Detención, pero si la entrega “*de manera excepcional y con carácter provisional ... por motivos humanitarios graves, por ejemplo, cuando existan razones válidas que hagan pensar que podría poner en peligro la vida o la salud de la persona buscada*”.

Parece oportuno recordar, a estos efectos, y especialmente cuando se invoca que pudiera existir una persecución política, el Considerando 12 de la propia Decisión Marco, si bien no puede bastar, desde luego, con la mera alegación por parte de la persona reclamada de que sufre una persecución política para rechazar una OEDE, ni tampoco una petición de extradición.⁷

En esta misma línea, tampoco cabe denegar la ejecución de una OEDE en base a afirmaciones genéricas relativas a la posible vulneración de derechos fundamentales, tal y como se expone en el Auto número 329/2022, de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, en un caso en el que el reclamado alegaba que se le había condenado por haber ostentado determinados cargos en Polonia, y que el poder judicial no es realmente independiente en dicho país.

También rechazó el Pleno de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, en su Auto número 34/2022, de fecha 11 de abril, que fuera un motivo razonable para rechazar la entrega de la persona reclamada, en un procedimiento de extradición, el que el Estado Requirente fuera Ucrania, y la situación en que se encuentra dicho país en la actualidad,

Otro posible ejemplo de casos en los que la decisión definitiva sobre la entrega podría retrasarse, sensiblemente, podría ser, en la línea de lo antes mencionado, el que se considere preciso recabar algún tipo de información, al objeto de resolver sobre si ha de entenderse o no que el delito por el que es reclamada la persona se cometió en territorio español,

Europea el que pida asilo en España. En el mismo sentido, Auto del Pleno de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, número 29/2022, de 30 de marzo, relativo a la una petición de extradición formulada por Venezuela.

⁷ Auto número 59/2022, de fecha 19 de julio, del Pleno de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, en el que se rechaza la alegación hecha por la persona cuya extradición se interesaba de que se le perseguía por Marruecos por motivos políticos,

o el que se haya aportado por el afectado documentación suficiente de la causa penal seguida en el Estado de Emisión como para que resulte preciso, si se estima ello oportuno, analizar la posible ilegalidad de lo hecho en éste.

Y, finalmente, no descartando, desde luego, otros muchos supuestos en los que se deba dilatar la adopción de una decisión definitiva sobre una OEDE, se me ocurre que puede producirse ello si es preciso resolver, en los términos del artículo 20 de la Decisión Marco, sobre si concurre o no, en la persona reclamada, un privilegio o inmunidad y si puede ser éste levantado.

En definitiva, pudiéndose admitir como posible que en algunos casos exista un motivo justificado, incluso invocado por la defensa de la persona reclamada, que puede dilatar bastante la adopción de una decisión definitiva sobre al OEDE, esta entrega temporal se presenta como una buena decisión para tales casos, hasta el punto que es imaginable que pueda incluso resultar innecesario, verificada la misma, el adoptar una decisión definitiva, lo que por ejemplo sucederá si el reclamado es juzgado y absuelto en el Estado de Emisión.

Podría, no obstante, plantearse algún problema, de validez de los actos realizados en el Estado de Emisión -que, insisto, pueden incluir la celebración del juicio-, si la OEDE fuera finalmente rechazada, pero entiendo, en principio, que no deben reputarse dichos actos nulos, en cuanto que la entrega se fundamentó en una norma de la propia Decisión Marco.

E) Suspensión de la entrega ya acordada o entrega meramente temporal.

Finalmente, se ha significar que es posible, en esta situación en la que la persona reclamada está en situación de prisión provisional en España, o bien suspender la entrega, ya acordada, en cumplimiento de una OEDE, hasta que termine el procedimiento penal en curso en nuestro país, o bien ordenar una entrega temporal, al Estado reclamante, imponiendo, por tanto, a éste la obligación de devolver al reclamado y efectivamente entregado en un momento concreto y determinado.

Ello aparece regulado en el artículo 24 de la Decisión Marco, relativo a la “*Entrega suspendida o condicional*”, y que dispone lo siguiente:

“1. La autoridad judicial de ejecución, tras haber decidido la ejecución de la orden de detención europea, podrá suspender la entrega

de la persona buscada para que pueda ser enjuiciada en el Estado miembro de ejecución o, si estuviese ya condenada, para que pueda cumplir en su territorio la pena que se le hubiere impuesto por otros hechos distintos del que motivare la orden de detención europea.

2. En lugar de suspender la entrega, la autoridad judicial de ejecución podrá entregar provisionalmente al Estado miembro emisor a la persona buscada, en condiciones que se determinarán de común acuerdo entre las autoridades judiciales de ejecución y emisora. Dicho acuerdo se formalizará por escrito y las condiciones serán vinculantes para todas las autoridades del Estado miembro emisor”.

En este caso la norma no especifica que solo se establezcan tales posibilidades para el caso de que la OEDE tenga por objeto seguir en el Estado Emisor un procedimiento penal contra la persona reclamada, por lo resultan aplicables las mismas también cuando se trata con la OEDE de cumplir una pena ya impuesta, lo que estimo totalmente razonable.

Por su parte, señala el apartado 3º del artículo 43 de la Ley 23/14 que *“podrá solicitarse la entrega temporal si la autoridad de ejecución, tras haber acordado la entrega de la persona reclamada, decidiera suspender la misma por estar pendiente en el Estado de ejecución la celebración de juicio o el cumplimiento de una pena impuesta por un hecho distinto del que motivare la orden europea de detención y entrega”.*

Para el supuesto de que fuera una autoridad judicial Española la emisora de la OEDE y recibiera ésta como respuesta que el órgano competente del Estado de Ejecución condicionaba la entrega de un nacional o residente a su posterior devolución, el Juez español, antes de resolver lo procedente, deberá oír a las partes.

El artículo 56 de la misma norma regula la posible *“Decisión de entrega suspendida”*, en los siguientes términos:

“Cuando la persona reclamada tenga algún proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto del que motive la orden europea de detención y entrega, la autoridad judicial española, aunque haya resuelto dar cumplimiento a la orden, podrá suspender la entrega hasta la celebración de juicio o hasta el cumplimiento de la pena impuesta.

En este caso la autoridad judicial española acordará, si así lo solicitara la autoridad judicial de emisión, la entrega temporal de la

persona reclamada en las condiciones que formalice por escrito con dicha autoridad judicial y que tendrán carácter vinculante para todas las autoridades del Estado miembro emisor”.

No se limita, por tanto, la decisión de suspender la entrega al supuesto de una OEDE que tenga por finalidad seguir una causa penal contra la persona reclamada y nuevamente parece hacerse obligatorio para el órgano judicial español que acuerda suspender la ejecución de una OEDE ya aceptada el acordar, si así es solicitado por la autoridad judicial de emisión, la entrega temporal.

En estos casos, en los que la autoridad judicial española había decidido cumplimentar la OEDE, pero suspender la entrega, por tener el reclamado un procedimiento penal pendiente de sustanciación en España, o por estar pendiente de cumplir una pena impuesta, se venía planteando el problema de si resultaba indispensable mantener al sujeto en prisión provisional, como único medio posible de garantizar totalmente que la entrega, que ya se acordó, si bien se entendió procedente su suspensión, fuera posible, en cuanto que si la persona investigada, que era reclamada en la OEDE que ya se ordenó cumplimentar, fuera puesta en libertad, podría eludir, no solo las posibles responsabilidades penales que se le pudieran exigir en nuestro país, sino también las que tuviera pendientes en el Estado Emisor.

En el caso de que la suspensión obedezca a que la persona reclamada estuviera cumpliendo una pena el problema podría ser que se concediera la suspensión de ésta, y el afectado, cuya entrega venía ya acordada, se fugara, nada más quedar en libertad, o incluso que lo hiciera mientras disfrutaba de un permiso carcelario.

La solución que adoptó la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, para este tipo de supuestos, fue una suerte de "prisión preventiva diferida", que consistía en dictar un Auto de prisión provisional que se establecía en la propia resolución era ejecutivo, en su caso, el mismo día en que el reclamado salía de la cárcel.

Ello fue, sin embargo, rechazado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 201/2013, de 16 de diciembre, por la que se anulaba un Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, de 11 de enero de 2012, dictado en procedimientos de orden europea de detención y entrega que había venido a acordar, en concreto, la *“prisión provisional con ejecución diferida al momento en que el reclamado recobre la libertad en otro procedimiento penal simultáneamente dirigido contra él”*, así como el

Auto de mismo órgano, de 12 de marzo de 2012, por el que por éste se rechazó el recurso de súplica que contra el primero se puso por el afectado.

En dicha STC se comienza recordando lo que sobre la decisión de adoptar la prisión provisional durante la tramitación de un procedimiento de extradición se había establecido ya en la STC 5/1998, de 12 de enero, esto es, que la privación cautelar de libertad en la extradición *"se produce en un proceso judicial dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional en que la extradición consiste. No se ventila en él la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición"*,

Se exponía en dicha STC que el problema de fondo radicaba en que, en los supuestos en los que se acordaba la suspensión de la entrega, ya acordada, de la persona reclamada en virtud de una OEDE, de conformidad con el artículo 20 de la entonces vigente Ley Sobre la Orden Europea de Detención y Entrega es casi seguro que, de mantenerse la prisión provisional de la persona afectada, se superarían los plazos máximos que para dicha medida se recogían en el artículo 20 de esa misma Ley, recordando que ya había dicho el máximo intérprete de la Constitución, en las SSTC 71/2000 y 72/2000, de 13 de marzo, que resultaban *"contrarias al art. 17 CE las resoluciones de la Audiencia Nacional que, a fin de evitar la superación de los plazos legalmente previstos, concluyeron que el tiempo en que el reclamado se encontraba cumpliendo condena simultáneamente a la prisión provisional acordada en el procedimiento extradicional no debía computarse a los efectos de determinar el plazo máximo de la medida cautelar"*.

Ya específicamente con relación al sistema de la euroorden, dijo el máximo intérprete de la Constitución, en la STC 95/2007, de 7 de mayo, en la que se resolvía un caso en el que se planteaba que se había superado el plazo de privación cautelar de libertad establecido en el art. 20 LOEDE, que, si bien el art. 21 de Ley 3/2003 recogía expresamente la posibilidad de ordenar la suspensión de la entrega, cuando la persona reclamada tenga un proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto al que motive la orden europea, hasta la celebración del juicio o el cumplimiento de la pena, *"ni en el citado precepto ni en ningún otro de esta Ley se prevé la posibilidad de que la prisión provisional eventualmente adoptada pueda prorrogarse durante el periodo de dicha suspensión. Por tanto, el mantenimiento de la medida carece de una expresa cobertura legal"*,

La conclusión a la que llegó el TC, sobre esta práctica, de la “*prisión provisional diferida*” fue la de que “*a tenor de los principios constitucionales que deben presidir toda decisión judicial sobre la prisión provisional y que han sido ya expuestos, ... tampoco esta opción jurisprudencial resulta acorde al derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE)*”, por las siguientes razones:

1º.- En primer lugar, porque se trataba de una posibilidad sin cobertura legal, no entendiendo el TC admisible el argumento, que se recogía en el Auto de 13 de agosto de 2010 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, según el cual, a falta de una regulación expresa, debía entenderse que no existía óbices legales para esta “*prisión provisional diferida*”, al estimar que supone ello “*invertir los postulados que informan la exigencia constitucional de legalidad en toda privación de la libertad (art. 17.1 CE) y el consiguiente principio favor libertatis, desde los que no basta con que la ley no prohíba la privación cautelar de libertad, sino que, antes al contrario, exige una expresa habilitación legal que lo autorice*”⁸.

2º.- En segundo lugar, se señaló por el TC que la “*prisión provisional diferida*” resultaba “*contraria al principio de excepcionalidad, que impone un criterio hermenéutico restrictivo, en el sentido más favorable a la libertad (favor libertatis), de las normas que la regulan*”.

3º.- En tercer lugar, añadía el TC que esta modalidad de prisión provisional “*atenta también contra el mandato de previsibilidad, al mantener en suspensión y de modo indefinido la efectiva privación de libertad, haciéndola depender de circunstancias no controladas por el órgano judicial que acuerda la medida cautelar y, en definitiva, imprevisibles en el momento en que es acordada.*”

4º.- Y, finalmente, y por todo lo expuesto, “*la medida adoptada debe considerarse, además, desproporcionada ... dada su imprevisibilidad y la objetiva indeterminación de su vigencia temporal, lo que condiciona la falta de ponderación actualizada de los presupuestos fácticos concurrentes en la persona del reclamado, puesto que la prisión diferida implica una ejecución automática y aplazada en el tiempo de la*

⁸ El TC admitía, en la STC comentada, que era “*patente la insuficiencia de la regulación legal*” en esta materia, lo que entiendo ha quedado subsanado con la Ley 23/14, pero se reafirmaba en que la inexistencia de un expreso amparo legal para la práctica que venimos comentando debía traducirse en reputarla no ajustada a derecho.

prisión provisional, con la consiguiente ausencia de un análisis sobre su legitimación realizado al momento en que se materializa la privación de libertad, que resulta incompatible con el art. 17 CE”.

En definitiva, se declaraba “*vulnerado el derecho fundamental a la libertad*” y se anulaban las resoluciones antes mencionadas, si bien se especificaba por el Tribunal que ello no tenía por qué conllevar a puesta en libertad del reclamado.

El ya apuntado problema, que llevó a la Audiencia Nacional a adoptar las dos soluciones que hemos visto rechazó el TC, esto es, en primer lugar, entender que los plazos máximos de duración de la prisión provisional habían quedado suspendidos, al ordenarse la suspensión de la entrega y, como segunda solución, que procedía acordar esa especie de “prisión diferida”, creo han quedado, en gran medida el menos, resueltos por el artículo 58 de la Ley 23/14, el cual establece, en su apartado 4º, lo siguiente:

“En caso de que hubiere de ser suspendida o aplazada la entrega de la persona reclamada por tener algún proceso penal pendiente en España y estuviese privado de libertad, deberá garantizarse que la autoridad judicial española que conoce del procedimiento de la orden europea de detención y entrega recibe la información sobre la futura puesta en libertad del reclamado para que adopte inmediatamente la decisión que corresponda sobre su situación personal a efectos de su entrega a la autoridad de ejecución.

Si la persona reclamada estuviera cumpliendo condena, el centro penitenciario deberá poner en conocimiento de la autoridad judicial española que conozca del procedimiento de la orden europea de detención y entrega la fecha efectiva de cumplimiento con, al menos, quince días de antelación, para que éste pueda adoptar la decisión que corresponda sobre su situación personal.

En el caso de que la persona reclamada se encuentre en prisión provisional en una causa abierta en España, el Tribunal que conozca de ese procedimiento deberá poner inmediatamente al reclamado a disposición de la autoridad judicial española que conozca del procedimiento de orden europea de detención y entrega, comunicando con antelación suficiente su decisión de acordar la libertad en su procedimiento, para que se adopte en el plazo de setenta y dos horas la decisión sobre su situación personal para garantizar la ejecución de la entrega.”

Se establece, por tanto, una primera previsión, que obliga al Juez Instructor que tuviera en prisión provisional a la persona reclamada en virtud de una OEDE a informar a los Juzgados Centrales de Instrucción, o los Juzgados Centrales de Menores -pues son éstos “*la autoridad judicial española que conoce del procedimiento de la orden europea de detención y entrega*”- sobre “*la futura puesta en libertad del reclamado*”, al efecto de que dicha autoridad “*adopte inmediatamente la decisión que corresponda sobre su situación personal a efectos de su entrega a la autoridad de ejecución*”.

Es decir, entiendo que el Juez Instructor que tiene preso preventivo, por una causa pendiente en España, a una persona reclamada en virtud de una OEDE que ya se ha determinado debe determinar su entrega, tiene que avisar, por poner un ejemplo práctico, al Juez Central de Instrucción o al Juez Central de Menores de que la próxima semana o el próximo mes va a poner en libertad a dicha persona.

Se ponen tales plazos como ejemplo porque no parece demasiado prudente que la información sea que al día siguiente de mandarla -por más que se haga ello por el medio más rápido posible- se va a liberar al investigado en situación de prisión provisional, porque con ello se dificulta notablemente que la autoridad competente puede adoptar una decisión, en orden a garantizar la entrega del reclamado.

Y, desde luego, se debe indicar, en primer lugar, que la información se debe remitir, puesto que el precepto claramente lo impone, y, en segundo lugar, que, dado que se habla de la “*futura puesta en libertad*” dicha información no puede consistir en comunicar el Juez Instructor al Juzgado Central de Instrucción, o al Juzgado Central de Menores, que el reclamado ya ha sido puesto en libertad, puesto que ello no tiene nada de “*futuro*”.

La previsión relativa a que en estos supuestos, en los que la persona reclamada está en prisión provisional por una causa abierta en España, el Tribunal que conoce de tal causa deberá poner al reclamado “*a disposición de la autoridad judicial española que conozca del procedimiento de orden europea de detención y entrega, comunicando con antelación suficiente su decisión de acordar la libertad en su procedimiento, para que se adopte en el plazo de setenta y dos horas la decisión sobre su situación personal para garantizar la ejecución de la entrega*”, entiendo debe interpretarse en el sentido de que con una antelación mínima de 72 horas (no es preciso, por tanto, que lo haga una semana antes, pero tampoco basta con que lo efectúe con 24 horas de antelación) al momento en que el Juez o Tribunal

que viniera instruyendo la causa seguida en España por la que estaba en prisión provisional la persona reclamada en virtud de una OEDE, -en la que ya se había establecido que procedía la entrega-, tuviera pensado ordenar la libertad provisional del investigado, debe informar de ello al Juez Central de Instrucción, para dar la oportunidad a dicho órgano de decretar la prisión provisional, a resultas de la OEDE.

Nos encontramos ante un evidente problema práctico, en cuanto que, si bien a veces el/la Juez/a Instructor/a puede tener claro, en una determinada causa, que va a ordenar la libertad provisional de un investigado al que tuviera en prisión provisional, y en qué momento lo va a hacer, en otras muchas ocasiones es con ocasión de una fundamentada petición de libertad, o de un recurso, cuando el órgano judicial decide que procede ordenar la libertad provisional, encontrándonos, en ambos casos, ante una decisión que no se debería deferir, por ejemplo una semana, al objeto de que el Juzgado Central de Instrucción, al que se debería comunicar previamente la intención del Juez de Instrucción de ordenar la libertad provisional de la persona reclamada cuya entrega había sido ya ordenada, tenga tiempo para ordenar lo procedente, que podría ser, desde luego, la prisión provisional, por orden de dicho órgano y a los exclusivos efectos de la ejecución de la OEDE⁹.

En todo caso, siendo el plazo de 72 horas el máximo previsto en la Constitución Española para la detención, y también el plazo que, según se recoge en el artículo 505.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene el Juez o Tribunal que conoce de una determinada causa para ratificar o no la prisión provisional que fue decretada por el Juez ante el que se presentó la persona investigada, sin que le correspondiera la instrucción, cabría entender admisible que el Juez Instructor, que considerase que procedía ordenar la libertad del investigado, a resultas de la causa que se sigue contra él en España, la decreta, añadiendo, sin embargo, que debía quedar dicha persona a disposición del Juez Central de Instrucción, que ya ordenó la entrega de esta persona, quedando suspendida, sin embargo, dicha entrega.

El problema es que, tal y como se ha dicho ya antes, la norma lo que establece es que se comunique por el órgano instructor a la autoridad

⁹ Puede darse también la circunstancia de que sea la Audiencia Provincial la que, entendiéndose que procede estimar un recurso, planteado contra un Auto de prisión, o contra un Auto que rechazaba una petición de libertad, ordene la libertad del recurrente, cuya entrega por ejecución de un OEDE había quedado suspendida.

encargada de la OEDE la intención de ordenar la libertad provisional del reclamado, lo que se habría incumplido si el Juez Instructor ordena la libertad directamente y sin previa comunicación a Juez Central de Instrucción.

Para el supuesto de que la persona reclamada estuviera cumpliendo condena el problema no es tan grave, puesto que, debiendo existir una liquidación de condena, es sencillo que el centro penitenciario cumpla lo que debe hacer, conforme se recoge en el precepto antes comentado, esto es, comunicar a la autoridad española que conozca del procedimiento de la orden europea de detención y entrega *“la fecha efectiva de cumplimiento con, al menos, quince días de antelación, para que éste pueda adoptar la decisión que corresponda sobre su situación personal”*.

En todo caso, cabe añadir que, en mi opinión, declarada ilegal por el Tribunal Constitucional la práctica de la *“prisión diferida”*, en los términos antes apuntados, tampoco cabría ordenar que el sujeto cuya entrega se aplazó, por aplicación de una OEDE, quede en situación de prisión provisional, a disposición del Juzgado Central de Instrucción, si se le concediera un permiso, si bien parece razonable considerar que puede ser una causa adecuada para denegar cualquier permiso el que el penado tiene una causa penal pendiente en otro país, y que el nuestro se habría comprometido ya a entregarlo.

El apartado 5º del artículo 58 de la Ley 23/14 determina que *“Transcurridos los plazos máximos para la entrega sin que la persona reclamada haya sido recibida por el Estado de emisión, se procederá a la puesta en libertad de la persona reclamada”*, añadiendo el apartado 6º que *“En todo caso, en el momento de la entrega el Secretario judicial pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión el período de privación de libertad que haya sufrido la persona a que se refiera la orden europea de detención y entrega, a fin de que sea deducido de la pena o medida de seguridad que se imponga, así como si el detenido renunció o no al principio de especialidad”*.

En el Congreso Internacional *“Consolidación del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia en materia penal”* celebrado en Marbella, los días 8 y 9 de septiembre de 2022 se planteó, con relación a esta última cuestión, el problema que se puede presentar si la persona reclamada solicita, por haber sido absuelto en el Estado Emisor de la OEDE, o habérsele impuesto una pena de una duración inferior al periodo de tiempo que estuvo preventivo, el abono de tal periodo en otra causa distinta que contra él se siguiera en el Estado de Ejecución.

A estos efectos, conviene significar que el artículo 26,1 de la Decisión Marco dispone que *“El Estado miembro emisor deducirá del período total de privación de libertad que debería cumplirse en el Estado miembro emisor como consecuencia de una condena a una pena o medida de seguridad privativas de libertad cualquier período de privación de libertad derivado de la ejecución de una orden de detención europea”*, añadiendo que a tal efecto *“la autoridad judicial de ejecución o la autoridad central designada a tenor del artículo 7 remitirá a la autoridad judicial emisora, en el momento de la entrega, toda la información relativa a la duración de la privación de libertad de la persona buscada a efectos de la ejecución de la orden de detención europea”*.

En el mismo sentido, artículo 45 Ley 23/14, que se refiere tanto al supuesto de que la entrega se haya hecho para ser enjuiciado como al caso de que la petición fuera para cumplir la pena ya impuesta en España.

El artículo 58 del Código Penal regula, en sus apartados 2º y 3º, la posibilidad de abonar un determinado periodo de prisión preventiva en causa distinta de aquella en la que fue ordenada dicha medida, si bien se alude únicamente al abono en una causa seguida en España de una prisión preventiva ordenada en otra que también se seguía en nuestro país.

Lo que aquí nos planteamos es distinto, en cuanto que hablaríamos de la posibilidad, por ejemplo, de que una persona que fue entregada a Francia, en cumplimiento de una OEDE, y que fue absuelta en la causa penal que en dicho estado se seguía contra él, pretenda que el periodo de prisión preventiva derivado de la propia ejecución de la OEDE, e incluso el periodo a prisión preventiva propiamente ordenado en la causa penal seguida en Francia, le sea abonado en una causa penal que tenía pendiente en España.

Se comentó en dicho Congreso, acertadamente, a mi entender, que no debería admitirse tal posibilidad, principalmente porque resulta casi imposible saber si al reclamado absuelto en Francia, que hace la ya aludida petición en España, le había sido ya abonado el período de prisión preventiva en una causa seguida, por ejemplo, en Alemania.

No obstante, creo que este problema podría resolverse si en una futura regulación sobre esta materia, que no creo exista en la actualidad, se estableciera que es en Francia, cuyo órgano judicial emitió la OEDE, y sabe, por tanto, tanto el periodo de detención preventiva que en el Estado de Ejecución sufrió el reclamado como consecuencia de ésta (puesto que tuvo que ser informado de ello en su momento el órgano reclamante), como también el periodo de prisión provisional que, en su caso, haya

sufrido el reclamado como consecuencia directa la propia causa penal seguida en Francia, donde se debería iniciar el proceso para el abono de la prisión provisional en una causa seguida contra el afectado, por ejemplo, en España.

De este modo entiendo que se eliminaría el ya mencionado problema, de que se pueda beneficiar el reclamado de un doble abono de una prisión preventiva, en España y Alemania, dado que, siendo, en esta hipótesis que planteo, el órgano judicial francés que absolvió a la persona cuya entrega se produjo en cumplimiento de una OEDE el único competente para instar este mecanismo de colaboración jurídica internacional en el ámbito penal, debería éste rechazar que quien ya solicitó y obtuvo el efecto de que la prisión provisional sufrida como consecuencia de una OEDE se abone a una causa penal pendiente en España pida seguidamente que dicho abono, del mismo periodo de prisión preventiva, se produzca también en una causa pendiente en Alemania.

La práctica de la que he tenido noticias se sigue en los Juzgados Centrales de Instrucción, en estos casos en los que uno de ellos recibe una OEDE que se refiere a una persona que está en prisión provisional en España, por un supuesto delito distinto del que motivó la emisión de ésta, consiste en pedir siempre informe al Juez o Jueza que ordenó y mantiene esa situación de prisión provisional, trámite éste que creo debe calificarse de absolutamente razonable, aunque no resulte obligatorio, conforme al artículo 51 de la Ley 23/14.

Es posible, ante tal petición de información, en primer lugar, que dicho Juez comunique al Juez Central de Instrucción que no considera proceda la entrega, por ejemplo porque el afectado está acusado de un delito grave, y el juicio va a celebrarse pronto, supuesto éste en el que lo habitual -según la información que he podido recabar- es que se suspenda la entrega hasta que acabe el juicio, o se cumpla la pena.

En este caso se pone, en la práctica, una alerta en prisión, de tal modo que en el mismo momento en el que se suelta al preso, bien porque el Juez decide que no debe seguir preventivo, o bien porque ha cumplido la pena, se le ha suspendido el resto o pasa a libertad condicional, pasa a estar detenido, a disposición de los Juzgados Centrales de Instrucción, y a los efectos de la OEDE, que ya se acordó debía ejecutarse, así que solo queda realizar la entrega, que quedó aplazada.

Resulta ello una solución práctica muy adecuada pero que, en realidad, no se ajusta, considero, a las estrictas prevenciones del antes comentado artículo 58.

A mi juicio en estos casos, en los que ya se entendió procedente cumplir la OEDE, aplazándose o suspendiéndose la entrega, el Juez Central de Instrucción no debería acordar la situación de libertad provisional del afectado, salvo que no tenga más remedio que hacerlo por haberse superado el plazo máximo de la detención o prisión provisional derivada de la OEDE, puesto que si lo hace no habrá forma de garantizar que España cumplirá aquello a lo que se comprometió, esto es, entregar a la persona reclamada.

Considero que una cosa es que, según se ha visto antes, y se desprende del artículo 15 de la Decisión Marco, sea el Estado de Ejecución el que deba decidir, hasta tanto emite una decisión definitiva sobre la OEDE, si la persona reclamada debe permanecer en libertad o en prisión provisional y otra bien distinta que quede libre una persona que ya se ha resuelto debe ser entregada.

La doctrina jurisprudencial antes mencionada sobre los parámetros que deben regir la decisión de acordar la prisión o libertad provisional, en el marco de un procedimiento de extradición, o de una OEDE, permite mantener, en mi opinión, que en el supuesto que vengo comentando no procede nunca o prácticamente nunca la libertad de la persona reclamada, salvo que deba tal decisión a haberse superado los plazos máximos de la prisión provisional o a ser previsible que va ello a producirse.

Conforme se recoge en el artículo 56, en estos casos en los que haya ordenado suspender la entrega, ya acordada, porque la persona reclamada tiene un procedimiento penal pendiente en España, por un hecho distinto del que motive la orden europea de detención y entrega, *“la autoridad judicial española acordará, si así lo solicitara la autoridad judicial de emisión, la entrega temporal de la persona reclamada en las condiciones que formalice por escrito con dicha autoridad judicial y que tendrán carácter vinculante para todas las autoridades del Estado miembro emisor”*.

Como vemos de nuevo parece que el legislador español ha regulado ello como una obligación, y no como una potestad, sujeta a la discrecionalidad del Juez Central de Instrucción o Central de Menores, lo que pudiera ser un problema, por ejemplo, si la autoridad judicial emisora de la OEDE interesa dicha entrega temporal cuando el juicio que se debía celebrar en España, contra la persona reclamada, está ya próximo a celebrarse.

No obstante, lo que sí resulta posible, en general, y resultaría muy conveniente, en el concreto supuesto que acabo de plantear, es disponer

que la devolución se realice en un plazo muy breve de tiempo, puesto que, reconociéndose en la norma como obligatorio acceder a la entrega solicitada por la autoridad judicial de emisión, no se tiene que producir ésta por el plazo que la misma proponga, sino que la devolución se deberá producir en las condiciones que se formalicen por escrito.

Puede suceder también, como segunda posibilidad, que el Juez Instructor de la causa seguida en España contra la persona reclamada en virtud de una OEDE informe al Juzgado Central de Instrucción de que no tiene inconveniente en que se realice la entrega de dicha persona, en cuyo caso el Juez Central de Instrucción acuerda, normalmente, la entrega, supeditada a la exigencia de devolución.

En este caso resultaría, a mi juicio, particularmente inadecuado el mantener una situación de prisión provisional que, en realidad, no tendría virtualidad práctica alguna, dado que, no existiendo mecanismos para el reconocimiento y ejecución en otros Estados de órdenes de prisión provisional (si los hay, por ejemplo, para ejecutar medidas alternativas a la prisión, conforme a la Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, transcrita mediante Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea), el Estado emisor de la OEDE al que se entregó la persona afectada está facultado para ponerla en libertad cuando quiera, por más que, a mi juicio, y precisamente porque se ha efectuado una entrega temporal, debería mantener al afectado en prisión, como único medio de garantizar, plenamente, que dicha devolución se va a producir, en el momento establecido, puesto que la puesta en libertad del reclamado podría hacer imposible la devolución, o, al menos, retrasarla sensiblemente, si el mismo se fuga.

Ahora bien, si el Juez Instructor decide mantener la prisión provisional, en estos casos en los que se acuerda la entrega temporal, entiendo que seguirán contando los plazos de duración máxima de la misma, del artículo 504 LECRIM, dado que, en definitiva, y por más que con una eficacia práctica que puede ser limitada, o inexistente, de hecho, la medida no se ha alzado, y no se recogen en la Ley supuestos en los que, estando vigente la medida, el cómputo de tales plazos deba quedar suspendido.

Es cierto que el artículo 504.5 LECRIM establece que “*Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia*”, pero, aparte de que hablamos de una norma que personalmente no he aplicado nunca,

tampoco parece que se dé exactamente el supuesto de hecho previsto en la misma.

La STC 147/2000, de 29 de mayo, declaró, de hecho, inadmisibles la afirmación de que *“una vez declarada procedente la extradición en vía judicial mediante resolución firme, la prisión provisional es meramente instrumental para la entrega del reclamado al Estado requirente, por lo que dudosamente ... podría verse afectada por ningún límite temporal...”*. Muy al contrario, estableció el Alto Tribunal en la ya aludida resolución que *“La medida cautelar sigue teniendo la naturaleza material de prisión provisional incluso después de que los órganos judiciales hayan declarado procedente la extradición, pues supone una auténtica privación de libertad en el sentido del apartado 1 del artículo 17 Constitución Española”*, y por ello *“la prisión provisional también ha de quedar sometida a la existencia de un plazo máximo de duración”*.

Con relación a esta entrega temporal, con obligación de devolución, resulta oportuno destacar que señala el artículo 24 de la Decisión Marco que el acuerdo adoptado sobre ello *“se formalizará por escrito y las condiciones serán vinculantes para todas las autoridades del Estado miembro emisor”*, y el artículo 44.2 de la Ley 23/14, que *“El auto que comprometiese a transmitir al otro Estado la ejecución de la pena o medida privativa de libertad será vinculante para todas las autoridades judiciales que, en su caso, resulten competentes en las fases posteriores del procedimiento penal español”*.

No resulta, por tanto, posible que el órgano de enjuiciamiento, por ejemplo, la Audiencia Provincial, opte por no devolver cuando correspondía al reclamado que fue entregado temporalmente, apartándose de lo en su día acordado entre el Juez español y la autoridad judicial de emisión de la OEDE.