

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2020

45

Revista Penal

Penal

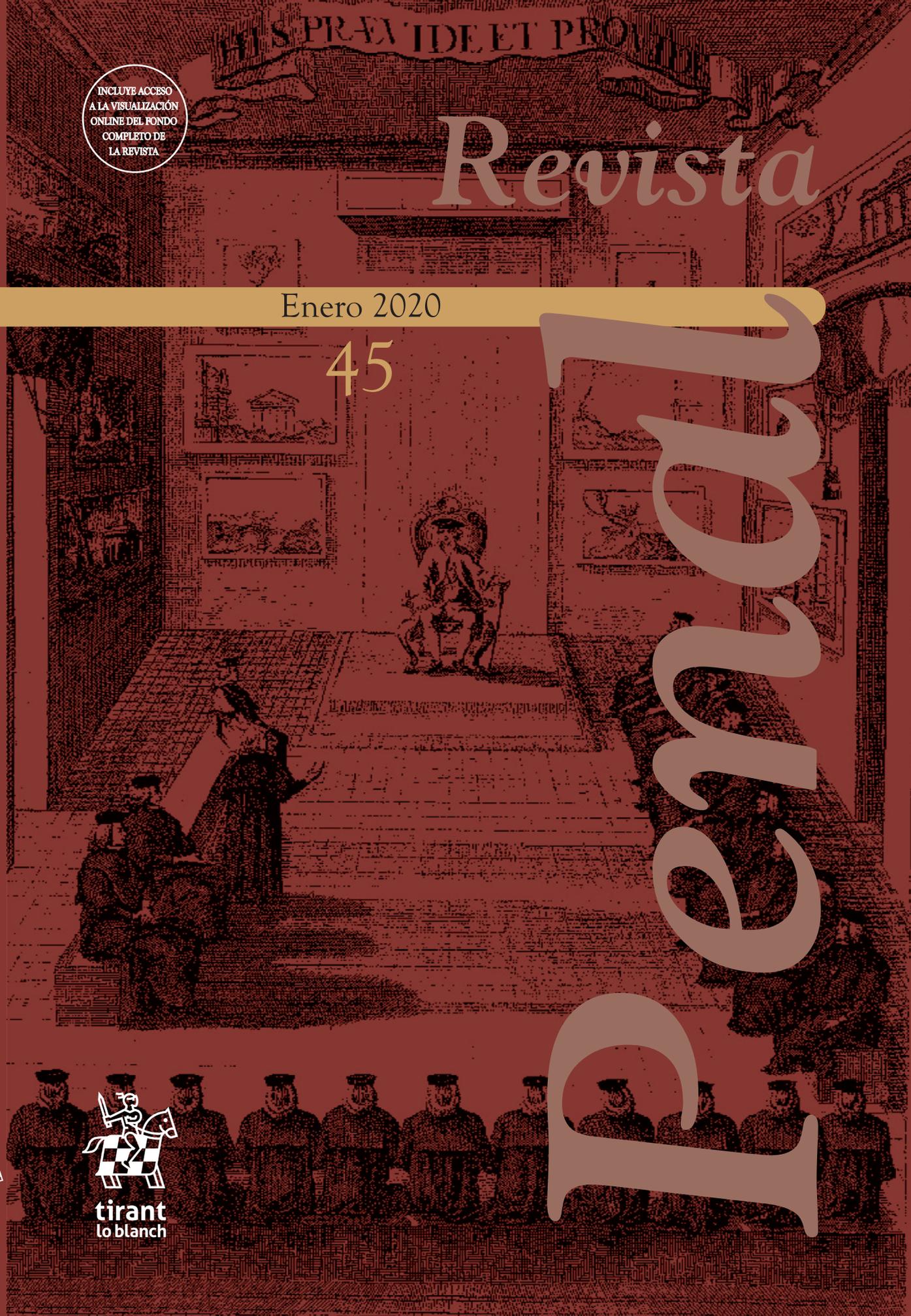
Enero 2020



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 45

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por <i>Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos</i>	15
– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por <i>María Ángeles Fuentes Loureiro</i>	33
– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por <i>Cristina Guisasola Lerma</i>	56
– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por <i>Silma Marlice Madlener</i>	75
– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por <i>Laura Pascual Matedllán</i>	89
– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por <i>Miguel Revenga Sánchez</i>	99
– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	109
– El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por <i>Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz</i>	141
– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	172
– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por <i>Débora de Souza de Almeida</i>	194
– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por <i>Florin David Tugui</i>	214
Sistemas penales comparados: La prueba ilícitamente obtenida (<i>Illegally obtained evidence</i>)	234
Especial: Lectio doctoralis , por <i>Thomas Vormbaum</i>	274

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Angela Supervielle (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida

Cristina Rodríguez Yagüe

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

Ficha técnica

Autor: Cristina Rodríguez Yagüe

Title: The trilogy of the EU Court of Justice on Euroorder and conditions of detention contrary to dignity: in search of lost mutual trust

Adscripción institucional: Profesora Contratada Doctora (TU acreditada) de Derecho Penal, Universidad de Castilla La Mancha

Sumario: 1. Introducción; 2. El principio de confianza como piedra basal de la cooperación judicial; 3. La sobrepoblación penitenciaria como elemento generador de “desconfianza mutua”; 4. El test de evaluación de las condiciones de detención: la jurisprudencia del TJUE en los asuntos Căldăraru y Aranyosi, M.L. y Dorobantu; 4.1. Antecedentes y cuestiones preliminares; 4.2. El doble juicio; 4.3. El procedimiento; 4.4. Las condiciones objeto de evaluación; 4.5. Los estándares de evaluación; 4.6. Los efectos sobre la ODE; 5. Perspectivas de futuro.

Summary: 1. Introduction; 2. The principle of trust as the foundation stone of judicial cooperation; 3. Prison overpopulation as a generating element of “mutual distrust”; 4. The evaluation test of the conditions of detention: the jurisprudence of the CJEU in Căldăraru and Aranyosi, M.L. and Dorobantu; 4.1. Background and preliminary issues; 4.2. Double judgment; 4.3. The procedure; 4.4. The conditions under evaluation; 4.5. The evaluation standards; 4.6. The effects on the ODE; 5. Future perspectives.

Resumen: Las deficientes condiciones de detención, particularmente por la sobrepoblación penitenciaria, se han evidenciado como un factor capaz de poner en peligro la confianza mutua sobre la que se construyen los instrumentos europeos de cooperación judicial como la euroorden. A través de sus resoluciones por los asuntos Aranyosi y Căldăraru de 2016, ML de 2018 y Dorobantu de 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado de reconstruir la confianza mutua estableciendo los presupuestos excepcionales que pueden justificar la denegación de una euroorden ante la existencia cierta de un riesgo a ser sometido a un trato inhumano o degradante por las condiciones deficitarias de las prisiones del Estado solicitante.

Palabras clave: Dignidad; Sobrepoblación penitenciaria; espacio mínimo vital; Orden de detención europea, confianza mutua, condiciones de detención; Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract: Poor conditions of detention, particularly prison overcrowding, have proved to be a factor likely to threaten the mutual trust on which European judicial cooperation instruments such as the European arrest warrant are built. Through its rulings in the Aranyosi and Căldăraru cases of 2016, ML of 2018 and Dorobantu of 2019, the Court of Justice of the European Union has tried to rebuild mutual trust by establishing exceptional premises that can justify the refusal of a European arrest warrant in view of the certain existence of a risk of being subjected to inhuman or degrading treatment because of the deficit conditions in the prisons of the requesting State.

Key words: Dignity; Prison Overcrowding; Minimum living space; European arrest warrant; mutual trust; detention conditions; Court of Justice of the European Union.

Rec: 18/07/19 **Fav:** 15/09/19

1. Introducción

En un período relativamente breve de tiempo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha visto obligado a pronunciarse hasta tres veces sobre un efecto seguramente no pensado en el momento en el que fueron redactadas las Decisiones Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros y 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2009, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, pero que puede poner en jaque la cooperación judicial entre los países miembros de la UE: las dudas en la aplicación de estos instrumentos ante la existencia de un riesgo real de vulneración del artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales¹ debido a las situaciones de sobrepoblación de las prisiones en Europa.

De esta manera, un problema sistémico y que lleva acuciando a un número importante de sistemas penitenciarios de los países europeos desde la década de los noventa del pasado siglo como es el de la sobrepoblación carcelaria, y del que no se libran varios países de la UE, se introduce como un elemento capaz de generar una seria desconfianza mutua entre las autoridades judiciales de los Estados miembros. Lo que está en juego es el mantenimiento de ese espacio común de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores configurado por el artículo 3 TUE y construido sobre la confianza mutua que implica el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Y es en el tema de la ejecución penal y de las condiciones de detención donde parece haber hecho más aguas.

Los riesgos de la generalización de una desconfianza mutua entre algunos países de la UE en esta materia son altos, puesto que pueden llevar a producir el bloqueo de la cooperación judicial con aquellos países en los que se ha evidenciado, fundamentalmente a través de los datos proporcionados por los distintos organismos del Consejo de Europa, que sufren un importante problema de sobrepoblación penitenciaria que genera condiciones de encarcelamiento lesivas para la dignidad humana. Pero a su vez, como se puede de manifiesto

por algunos de los participantes en el debate realizado el 14 de febrero de 2017 en Eurojust sobre la orden de detención europea y las condiciones de detención, la exigencia, para llevar a cabo la colaboración judicial en esta materia, de una garantía de que las prisiones cumplen con las normas mínimas europeas, genera una sensación de humillación en las autoridades nacionales, que además puede dar lugar a la polarización entre dos tipos de países miembro de la UE: aquellos con “prisiones buenas” y aquellos con “prisiones malas”².

Precisamente en la búsqueda de un difícil equilibrio, el TJUE ha tenido que enfrentarse al reto de establecer las bases para acompasar el necesario respeto a los derechos humanos, y particularmente a la dignidad, en las condiciones de privación de libertad con los instrumentos de cooperación judicial sin dinamitar la confianza sobre la que esta se construye. Así lo hizo en una primera resolución, por el asunto Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, en la que sentó las bases, fundamentalmente de corte formal, que permitían excepcionar la utilización de estos mecanismos de cooperación, en concreto de la orden de detención y entrega (ODE), y con ello limitar los principios de reconocimiento y confianzas mutuos de existir un grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta resolución más que cerrar frentes los abrió, en tanto, sin quererlo, abrió una puerta a la “desconfianza mutua” en materia de condiciones de detención que ha tratado de matizar el TJUE en su resolución de 25 de julio de 2018 por el asunto ML, limitando el margen y contenido de valoración de ese riesgo por parte del Estado de ejecución de una ODE y salvar de esta manera esa piedra angular del reconocimiento y confianza mutuos sobre las que se construye el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. La trilogía acaba, por el momento, con la reciente sentencia del 15 de octubre de 2019, por el asunto Dorobantu, en la que el TJUE avanzando en la línea de las anteriores en cuanto a la excepcionalidad de la limitación de los instrumentos de cooperación judicial, pronunciándose respecto a una cuestión concreta de las condiciones de detención, el espacio mínimo vital en celda compartida y a su posible afección al art. 4 de la Carta Magna, advierte en todo caso que el carácter absoluto de la prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes impide cualquier tipo de limitación o excepción en aras

1 Y que concreta el derecho a la dignidad humana, que encabeza el artículo 1 de la Carta, a través de la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes.

2 En concreto: “two types of Member States, namely «good prison» Member States and «bad prison» Member States, potentially leading to «prison shopping»”. Así lo recoge el Informe de Eurojust: *The EAW and Prison Conditions. Outcome report of the College thematic discussion*, de 16 de mayo de 2017, p. 1.

Este encuentro se realizó con el fin de intercambiar experiencias e ideas entre las oficinas nacionales sobre casos de órdenes de detención europea en los que las autoridades judiciales experimentaban dificultades de ejecución por las condiciones supuestamente inadecuadas de las prisiones de los Estados miembros emisores.

a la salvaguardia de finalidades como la eficacia de la cooperación judicial en materia penal o los principios de confianza recíproca y reconocimiento mutuos.

2. El principio de confianza como piedra basal de la cooperación judicial

En la consecución del objetivo marcado por el art. 3 TUE de configuración de “un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”³, el principio de reconocimiento mutuo, basado en la premisa de la confianza mutua, se constituye en la “piedra angular” de la cooperación judicial en materia penal⁴. Así lo reconoce expresamente la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁵, Decisión Marco que dio luz a la primera medida concreta en el ámbito del Derecho penal por la que se aplica tal principio, la Euroorden⁶. Y sobre la misma piedra angular se ha construido otro mecanismo fundamental de cooperación en el ámbito penal y que puede igualmente verse enfrentado a los problemas que nos ocupan en este trabajo: la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008⁷, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, con el objeto de obtener el reconocimiento de una sentencia para su ejecución de cara a facilitar la reinserción social del condenado (art. 3).

El primero de los instrumentos, la Orden de Detención y Entrega (ODE), pretende la creación de un nuevo sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de las

sentencias o de diligencias en materia penal, que viene a sustituir las relaciones clásicas de cooperación entre Estados y, en concreto, superar el sistema multilateral de extradición basado en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957⁸. De esta manera se pasa de un sistema complejo en su tramitación y de duración prolongada como son los procedimientos clásicos de extradición a la adopción de un mecanismo de cooperación más ágil y eficaz. El segundo mecanismo lo que permite es el reconocimiento mutuo de sentencias penales en las que se han impuesto penas o medidas privativas de libertad para su ejecución en un país de la UE, avanzando más allá del instrumento configurado también en el Consejo de Europa, el Convenio sobre traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983⁹, tanto en cuanto a la no exigencia en todos casos del consentimiento del afectado, como en el establecimiento de la obligación de hacerse cargo de los condenados con vistas a la ejecución de una condena u orden judicial de otro tipo¹⁰.

En tanto estos instrumentos parten de esa confianza mutua entre los Estados miembros, cimentada sobre los valores comunes sobre los que se fundamenta la Unión (art. 2 TUE), configuran la obligación de cooperación entre los distintos Estados. Para ello se parte de la necesaria premisa de la aceptación, *salvo en circunstancias excepcionales*, de que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la UE y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por él¹¹. Por ello señalaba el TJUE en su Dictamen 2/13 del Pleno de 18 de diciembre de 2014, que “cuando aplica el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está ve-

3 “... en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

4 Ya reconocido así por el Consejo Europeo en Tampere (15-16 octubre de 1999), donde se estableció que el principio de reconocimiento mutuo debía convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial tanto en materia penal como civil de la UE.

5 En lo que se refiere, siguiendo su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009.

6 Como así expresamente lo reconoce el Considerando 6 de la citada DM y el TJUE, por ejemplo, en sus resoluciones de 25 de julio de 2018 (Gran Sala) en el asunto C-216/18 PPU (párrafo 38) o en la analizada por el asunto ML (asunto C-220/18 PPU) de la misma fecha (párrafo 51).

7 Modificada poco después por la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero.

8 Considerandos 5 y 7 de la DM 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002.

9 Y de su Protocolo adicional de 18 de diciembre, que, aunque permite en determinadas condiciones efectuar tales traslados sin requerir el consentimiento previo del condenado, no todos los países miembros de la UE lo han ratificado. Se trata, en palabras de MESTRE DELGADO, E., del antecedente más destacable existente hasta el momento de una política de cooperación internacional en el ámbito del Derecho penitenciario europeo”. “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea”. *Diario La Ley* nº 127, 2017, p. 3.

10 Considerando 4 de la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008.

11 Y así repetidamente lo ha afirmado el TJUE en su jurisprudencia; por ejemplo; STJUE de 5 de abril de 2016, Aranyosi y Căldăraru, C-404/15 y C-659/15 PP, apartado 78; STJUE de 10 de noviembre de 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, párrafo 26; STJUE de 25 de julio de 2018, Ministra de Justicia e Igualdad (Deficiencias en el sistema judicial), C 216/18 PPU, apartado 36; STJUE de 25 de julio de 2018, M.L., C/220/18 PPU, párrafo 49; y STJUE de 15 de octubre de 2019, Dorobantu, C-128/18, párrafo 46.

dado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, *salvo en supuestos excepcionales*, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión¹².

En tanto esa obligación de cooperación deriva directamente de la confianza mutua, los casos en los que puede verse exceptuada se regulan de manera muy limitada y taxativa en estos instrumentos europeos. En concreto, en el caso de la euroorden, ya a través de la previsión de las causas de no ejecución obligatoria (art. 4) y de no ejecución facultativa (art. 4 bis), ya de las condiciones bajo las que, únicamente, podrá supeditarse la ejecución de la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 (art. 5). Y en los supuestos de reconocimiento de sentencia y su ejecución para el cumplimiento de una pena o medida privativa de libertad, en los motivos para el no reconocimiento (art. 9) o para su reconocimiento y ejecución parcial (art. 10). Por ello, como recordaba el TJUE en el asunto Melloini, “en principio los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea. En efecto, con arreglo a las disposiciones de la Decisión Marco referida, los Estados miembros sólo pueden negarse a ejecutar tal orden en los supuestos de no ejecución obligatoria contemplados en su artículo 3 y en los casos de no ejecución facultativa enunciados en sus artículos 4 y 4 bis. Además, la autoridad judicial de ejecución únicamente puede supeditar la ejecución de una orden de detención europea a los requisitos establecidos en el art. 5”¹³.

Sin embargo, entre las causas ahí referidas no se prevé expresamente ni que tal obligación de cooperación decaiga ante la existencia de indicios de vulneración de los derechos fundamentales de la persona entregada o transferida para la ejecución de su pena o la posibilidad de su sometimiento a garantías de que tal vulneración no se produzca. Esta falta de previsión sería lógica, en principio, en tanto se parte, como acabamos de señalar, de la premisa del respeto de los valores comunes de la UE y, particularmente, de los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho de la Unión. Sin embargo, algún país, como es el caso de Alemania, sí que ha incorporado tal previsión a su legislación de transposición de la Decisión Marco de la Euroorden, señalando la ilicitud de la asistencia judicial cuando sea contraria a los principios esenciales del ordenamiento jurídico alemán y a los principios consagrados en el art. 6 TUE¹⁴.

Pero, por otro lado, la confianza no puede ser ciega¹⁵. Y como ese riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de procederse a la entrega puede ser real¹⁶, la falta de garantía expresa que faculte a la no entrega en estos casos ha tratado de construirse ya en la cláusula de derechos fundamentales contenida en el art. 1.3 Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002¹⁷, ya en la finalidad de la reinserción como motor de la transmisión de la sentencia en los casos de reconocimiento de las condenas para su ejecución en un país miembro, tal y como establecen los arts. 1 y 4.2 Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008¹⁸.

Sin embargo, el propio TJUE ha admitido la posibilidad de que estos principios de reconocimiento y de

12 EU, C: 2014: 2454, punto 192.

13 STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399, parágrafo 38.

14 Artículo 76 de la *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, de 23 de diciembre de 1982, en su versión modificada por la *Europäisches Haftbefehlgesetz*, de 20 de julio de 2006.

15 En palabras de VOGEL, J.: “¿Suspensión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 187 y 188.

16 Criticando esa garantía ausente en la Decisión Marco y anticipando que pudiera ser una dificultad práctica en la ejecución de las euroórdenes, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: “Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales de la Unión Europea”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LX, 2007, p. 343.

17 Que establece que “la presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”. En el mismo sentido, el art. 3.2 de la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre recoge una cláusula similar.

18 Así, el art. 1 señala que “la presente Decisión Marco tiene por objeto establecer las normas con arreglo a las cuales un Estado miembro, para facilitar la reinserción social del condenado, reconocerá una sentencia y ejecutará la condena”, estableciendo el art. 4.2 que “podrá transmitirse la sentencia y el certificado cuando la autoridad competente del Estado de emisión, en su caso después de consultas entre las autoridades competentes del Estado de emisión y del Estado de ejecución, tenga el convencimiento de que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado”. En todo caso, como apunta DE MARCOS MADRUGA, F., el concepto de reinserción va más allá de la constatación de la existencia de meros vínculos con el medio del cual ha sido alejado el delincuente por razón de la condena, comprendiendo aspectos muy diversos, como las posibilidades de formación en aquel entorno, cuando no la existencia de programas tratamientos penitenciarios en orden a la superación de las carencias que hagan posible una vuelta a la sociedad sin delito. “La transmisión de sentencias en materia penal por las que se imponen penas privativas de libertad. España como Estado de transmisión: regulación y examen de problemáticas surgidas en la práctica”. *Decisión Marco*

confianza mutuos entre Estados puedan ser limitados “en circunstancias excepcionales”¹⁹. Y esas circunstancias excepcionales, más allá de la limitación por los supuestos taxativos recogidos en los instrumentos de cooperación, se producen cuando existe el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la Carta. Así lo señala el TJUE en su resolución sobre el asunto Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, en concreto, cuando tal riesgo se concreta en la prohibición de ser sometido a un trato inhumano o degradante si se procede a la entrega en ejecución de una orden de detención debido a las condiciones de detención de las personas encarceladas en centros penitenciarios con problemas de sobrepoblación. Así, el TJUE resuelve en esta sentencia que “cuando la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución disponga de elementos que acrediten un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor, con arreglo a la norma de protección de los derechos fundamentales garantizada por el Derecho de la Unión y, en particular, por el art. 4 de la Carta, dicha autoridad deberá apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega a las autoridades judiciales del Estado miembro emisor de la persona que es objeto de una orden de detención europea, porque la ejecución de dicha orden no puede dar lugar a que se trate de forma inhumana o degradante a esa persona” (párrafo 88)²⁰.

Y ello porque la dignidad humana, y lo que no deja de ser su concreción en la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, constituye uno de los elementos configuradores del ADN europeo. Como señala expresamente el TUE en su artículo 2, la Unión se fundamenta en una serie de valores comunes a todos los Estados miembros entre los que enuncia, en

primer lugar, el respeto de la dignidad humana. Su valor preeminente lo evidencia la Carta de Derechos Fundamentales al configurar en el primero de sus artículos que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”, contemplando en su artículo 4 la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, a la que se dota de un carácter absoluto, ya por su indisociabilidad respecto al respeto a la dignidad humana²¹, ya por su reconocimiento a partir del contenido del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de contenido similar al art. 4 de la Carta²².

3. La sobrepoblación penitenciaria como elemento generador de “desconfianza mutua”

Obviamente esa presunción de respeto a los derechos fundamentales por los sistemas jurídicos de los Estados miembros sobre la que se construye la confianza mutua alcanza al ámbito de ejecución penal. A través de la orden de detención europea el Estado emisor solicita la entrega de una persona no solo a efectos de su enjuiciamiento por un delito que tenga asignada una pena o medida de seguridad privativas de libertad con una duración máxima al menos de doce meses —que, en su caso, puede dar lugar a la privación de libertad a través de la prisión provisional—, sino también para el cumplimiento de una condena definitiva a pena de prisión o medida de seguridad privativa de libertad que tenga, al menos, una duración de cuatro meses²³. Y en el caso del procedimiento de transmisión y reconocimiento de sentencia y ejecución de condena, precisamente lo que se pretende es la ejecución de condenas penales que imponen penas o medidas privativas de libertad por el Estado de ejecución en el país que va a facilitar la re-

2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea y su y transposición en la Ley 23/2014, Repertorio Jurídico-Científico del CEJ, 2019, p. 6.

19 Así acabamos de ver que lo recoge en su Dictamen 2/13 del Pleno del TJUE de 18 de diciembre de 2014, EU, C: 2014: 2454, puntos 191 y 192 y nos lo recuerda el TJUE en sus sentencias de 5 de abril de 2016 por los asuntos Aranyosi y Căldăraru; C-404/15 y C-659/15 PPU, párrafo 82; de 25 de julio de 2018 por el asunto M.L., C-220/18 PPU, párrafo 56; y de 15 de octubre de 2019, Dorobantu, C-128/18, párrafo 49.

20 Recordando además para ello lo establecido en la cláusula de derechos fundamentales del art. 1.3 de la Decisión Marco (párrafo 83).

21 Como señala el TJUE en su sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, apartado 80: “Los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen —contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o a la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción— prerrogativas absolutas...”.

22 En tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 15.2, prohíbe cualquier derogación del artículo 3 incluso en caso de estado de excepción. No olvidemos que, tal y como señala el art. 52 de la Carta, en la medida en que ésta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, “su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio” aunque ello no impida que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. Y que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos entre otros textos, en particular, en el CEDH, según su art. 53.

23 Artículo 1 DM 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002.

inserción social del condenado²⁴. Sin embargo, es este uno de los ámbitos en los que mayores fricciones se han producido en la aplicación de estos instrumentos²⁵, particularmente de la ODE, y que puede llegar a un riesgo de quiebra en esa cooperación judicial rápida y eficaz que requiere el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE.

Por eso llama la atención que entre las causas que contemplan estos instrumentos tanto para la denegación de la ODE o de la negativa al reconocimiento de sentencia y ejecución de condena ninguna se refiera a aspectos relativos a las condiciones de privación de libertad a las que serán sometidas las personas si se procede a su entrega o al reconocimiento de sentencia para la ejecución de sus condenas. Tampoco se ha previsto en estas Decisiones Marco la posibilidad de su condicionamiento a la emisión de garantías referidas a cómo va a procederse a la ejecución y, en particular, al respeto a los derechos fundamentales contenidos en la Carta²⁶.

Las razones de tal ausencia pueden explicarse en la señalada confianza mutua entre los Estados miembros respecto al funcionamiento de sus sistemas jurídicos, que alcanzaría al ámbito de la ejecución y de los actores encargados de la misma en los diferentes países y que se presumiría adecuada al respeto de los derechos fundamentales de la Carta, así como, en segundo lugar, también en su innecesariedad, en tanto ya está prevista en ambos instrumentos la cláusula de derechos fundamentales, que impide que ambas Decisiones Marco modifiquen la obligación de respeto de los derechos

fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del TUE²⁷.

En definitiva, no se quiso introducir un motivo de denegación sistemática en caso de riesgo de vulneración y de ahí que la introducción de la cláusula de derechos fundamentales del art. 1.3 no fuese sino la solución de consenso a la que se llegó para obtener la unanimidad de todos los Estados Miembros requerida por el Tercer Pilar y no complicar el sistema que quería simplificar esta cooperación²⁸. Pero lo cierto es que esta ausencia muestra que en la elaboración de estos instrumentos no se previó el alcance de uno de los mayores problemas con los que se encuentran los sistemas penitenciarios europeos, la sobrepoblación penitenciaria, y su real incidencia en los derechos fundamentales y, concretamente, en la dignidad humana. Y en ello puede verse quizá una falta de atención en cuanto a la fase de ejecución de penas y medidas, ámbito que hasta el momento ha figurado, como mucho, en un segundo plano entre las preocupaciones de la Unión²⁹.

Y el primer efecto práctico de tal imprevisión se encuentra en las dudas que se han planteado algunos países ante cómo proceder en la ejecución de euroórdenes dictadas por órganos judiciales de Estados cuyos sistemas sufren este problema. Estas dudas se concretan en la interposición de las cuestiones prejudiciales por parte del tribunal alemán³⁰ ante cuatro casos que dan lugar a las sentencias estudiadas frente a euroórdenes emitidas por Hungría y Rumanía —SSTJUE caso Aranyosi y Căldăraru—, Hungría —STJUE caso ML— y Rumanía —caso Dorobantu—. Y si bien estas cuestiones no dejan de evidenciar la existencia de esa desconfianza en

24 Artículos 3.1 y 4 DM 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008.

25 Si bien no la única. En el caso español un ejemplo fue la polémica planteada en cuanto al alcance de la evaluación del listado de delitos en los supuestos no contemplados en el art. 2.2 para determinar si existía doble tipificación por parte del órgano judicial del Estado de ejecución de la ODE en relación a la orden de detención y entrega emitida por el TS para el procesamiento de los responsables del denominado *Procés catalán*. Más detenidamente puede verse un análisis en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2018.

26 Sí prevé la DM 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008 la posibilidad de adaptar la duración de la condena, de ser incompatible con la legislación del Estado de ejecución (art. 8.2) o la naturaleza de la misma (art. 8.3) así como el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena de forma parcial (art. 10.1). Pero la Decisión Marco no va más allá de la duración y naturaleza de la pena o medida privativas de libertad: no alcanza a las condiciones de cumplimiento.

27 Artículo 1.3 DM 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 y 3.4 DM 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008. De hecho, ésa fue la respuesta de la Presidencia del Consejo en los debates realizados en su seno frente a la postura de algunas delegaciones de incluir expresamente como motivo facultativo de no ejecución la contradicción con los principios fundamentales del Estado de ejecución y con el orden público, como recoge MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: «Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero». Los casos Căldăraru y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo". *InDret* 1/2017, p. 9.

28 *Ibidem.*, p. 9.

29 Más detenidamente al respecto, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario». *Global Law y Ius Puniendi*. Nieto Martín, A. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (en prensa).

30 Precisamente por parte del mismo tribunal en las SSTJUE por los asuntos Aranyosi, Căldăraru y ML: el *Hanseatisches Oberlandesgericht* de Bremen en resoluciones de 23 de julio de 2015 (Aranyosi) y 8 de diciembre de 2015 (Căldăraru) y de 27 de marzo de 2018 (ML). En el caso de la STJUE de 15 de octubre de 2019 por el asunto Dorobantu es el *Hanseatisches Oberlandesgericht* de Hamburgo el que plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE mediante resolución de 8 de febrero de 2018.

la cooperación entre países cuando han mostrado que sufren un serio problema de sobrepoblación, además de haber permitido al TJUE dibujar el procedimiento que deben seguir en estos casos los órganos judiciales del Estado de ejecución para acompañar los instrumentos de cooperación con el respeto del art. 4 de la Carta, han posibilitado que las condiciones de detención pasen de ser un ámbito olvidado a figurar en un primer plano.

Obviamente son varios los ámbitos en los que, en la esfera de privación de libertad, pueden ser vulnerados los derechos fundamentales de las personas reclusas. Y, en concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha centrado su atención especialmente en dos ámbitos en relación con la posible vulneración del CEDH por la violación de los derechos en él reconocidos en el ámbito de la reclusión: la vulneración del art. 3 CEDH en cuanto a la prohibición de torturas y tratos o penas inhumanos o degradantes³¹ y del art. 8 relativo al respeto a la vida privada, familiar, domicilio y correspondencia³². Pero no es casual que sea el gra-

ve problema de la sobrepoblación penitenciaria el que haya dado lugar al cuestionamiento de la adecuación de un procedimiento de entrega por su incidencia en el derecho a no ser tratado de una manera inhumana o degradante³³.

En primer lugar, porque como acabamos de señalar, se trata de uno de los problemas más graves que sufren los sistemas penitenciarios de los países miembros del Consejo de Europa desde la década de los noventa del pasado siglo, como así queda evidenciado en los datos arrojados, año tras año, por los Informes SPACE I³⁴. Varios de los países en los que las instituciones del Consejo de Europa han evidenciado la gravedad de este problema, ya a través de los informes, de naturaleza preventiva, del Comité europeo para la prevención de la Tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes (CPT), ya a través de condenas por parte del TEDH por vulneraciones del art. 3 CEDH en cuanto a las condiciones de detención, son a su vez miembros de la UE³⁵. Es el caso de Polonia³⁶, Rumanía³⁷, Bulgaria³⁸;

31 En concreto, en aspectos como el maltrato por parte del personal penitenciario, la no adopción de medidas que evitaran o investigaran situaciones de maltrato por los compañeros de celda, la falta de investigación ante su denuncia, las deficitarias condiciones higiénicas de privación de libertad, el castigo a través de la privación de la alimentación, la falta de espacio mínimo, la no atención ante las necesidades especiales de alojamiento, los registros corporales con desnudo integral, el aislamiento celular, el uso de la fuerza, la asistencia sanitaria deficiente, la realización de traslados de forma repetida, la alimentación forzada y la intervención médica obligatoria o las condiciones de cumplimiento en la ejecución de penas a perpetuidad —al margen de la jurisprudencia existente relativa a diversas cuestiones como la pena de muerte—. Más detenidamente, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: Estándares europeos de Derecho penitenciario”, ob. cit., (en prensa).

32 Pronunciándose sobre aspectos como el derecho a comunicar por escrito con los abogados sin interferencias, así como con familiares, amigos e incluso extraños o las posibilidades de su intervención, el derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia, a las visitas familiares, al disfrute de permisos por motivos humanitarios, el cumplimiento en un establecimiento próximo al lugar de residencia familiar o los cacheos integrales a familiares que van a visitar al interno. *Ibidem*.

33 Utilizaremos aquí como sobrepoblación penitenciaria (*prison overcrowding*) una de las tres posibles acepciones que caben bajo este concepto: sobrepoblación referida a las condiciones de hacinamiento de internos en los centros penitenciarios, sus módulos y/o en sus celdas. Al respecto, véase RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20-05 (2018), pp. 3 y 4.

34 Más detenidamente sobre sus causas, así como sobre los estándares europeos elaborados en el seno del Consejo de Europa para combatirla en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit., pp. 2 y ss. Véase también un completo análisis de la situación europea en ROCA DE AGAPITO, L.: “La masificación de las cárceles en Europa. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Un sistema de sanciones para el siglo XXI*. Roca Agapito, L. (Dir). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 171 y ss.

35 Sobre las diferentes condenas del TEDH a países de la UE por las condiciones de encarcelamiento inhumanas o degradantes que a continuación se citan así como sobre las medidas adoptadas por éstos para su reversión, véase los interesantes trabajos de ROCA DE AGAPITO, L.: “La prohibición de las penas y tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la Unión Europea”. *Una contribución a la europeización de la Ciencia Jurídica: Estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Civitas-Thomson Reuters, pp. 164 y ss; y “La masificación de las cárceles en Europa. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, ob. cit., pp. 187 y ss.

36 Entre otras, STEDH asunto Orchowski contra Polonia, de 22 de octubre de 2009 (sentencia piloto).

37 Entre otras, véanse STEDH asunto Bragadireanu contra Rumanía, de 6 de diciembre de 2007; STEDH asunto Petrea contra Rumanía, de 29 de abril 2008; STEDH asunto Florea contra Rumanía, de 14 de septiembre de 2010; STEDH asunto Voicu contra Rumanía, de 10 de septiembre de 2014; STEDH asunto Bujorean contra Rumanía de 10 de septiembre de 2014; STEDH asunto Mihai Laurentiu Marin contra Rumanía, de 10 de septiembre de 2014; STEDH asunto Constantin Aurelian Burlacu contra Rumanía, de 13 de octubre de 2014; y STEDH asunto Rezmives y otros contra Rumanía, de 25 de abril de 2017 (procedimiento piloto).

38 Por ejemplo, STEDH asunto Iorgov contra Bulgaria, de 11 de marzo de 2004; STEDH asunto Kehayov contra Bulgaria, de 18 de enero de 2005; STEDH asunto Neshkov y otros contra Bulgaria, de 27 de enero de 2015 (procedimiento piloto) o más recientemente STEDH asunto Simeonovi contra Bulgaria, de 12 de mayo de 2017.

Hungría³⁹, Grecia⁴⁰, Croacia⁴¹, Francia⁴², Bélgica⁴³, Eslovenia⁴⁴, Italia⁴⁵, Chipre⁴⁶, Estonia⁴⁷, Letonia⁴⁸ y Lituania⁴⁹, todos ellos países condenados por la vulneración del art. 3 CEDH por la situación de sobrepoblación de sus prisiones. Estamos pues, por un lado, ante un problema previo a la elaboración de los instrumentos de cooperación judicial, pero que persiste tras su implementación; y, por otro, ante un problema que, de manera horizontal, se extiende espacialmente a un número importante de países miembro y puede condicionar sus relaciones en materia de cooperación judicial⁵⁰.

En segundo lugar, porque el padecimiento de situaciones de sobrepoblación supone el sometimiento a un trato inhumano o degradante y, como tal, vulnera la dignidad humana en tanto el sujeto se ve obligado a vivir privado de libertad en condiciones que pueden ser tachadas de humillantes y degradantes. Se trata de un fenómeno expansivo, en primer lugar, respecto a su contenido en sí, puesto que la sobrepoblación, entendida como hacinamiento, afecta tanto a las condiciones materiales en las que se encuentra la persona privada de libertad, como a su calidad de vida. En relación a lo primero, porque la vulneración puede proceder de la falta de un espacio vital mínimo, ya esté en celda individual o colectiva, y/o por las situaciones de salubridad de las celdas y espacios comunes en cuanto a aspectos como la existencia de luz, agua corriente, acceso a aseos, alimentación, calefacción, o asistencia sanitaria... Pero también se extiende a aspectos referidos al régimen de vida al que se somete al sujeto tales como la posibilidad de salida de la celda y existencia de tiempo en común con otros internos, de realización de actividad

física al aire libre o de acceso a actividades de distinta naturaleza. La existencia de un régimen adecuado de actividad sirve a su vez para paliar carencias respecto a la deficiencia de las instalaciones materiales. Por tanto, tal amplitud de aspectos que interactúan para que las condiciones de cumplimiento, en centros, módulos o celdas sobrepoblados se conviertan en un trato inhumano o degradante evidencia la complejidad de valoración individual en la decisión sobre si, de procederse a la entrega o transmisión de sentencia, se puede vulnerar el art. 4 de la Carta por las condiciones a las que será sometido el sujeto. La decisión se torna aún más complicada en un ámbito como el de ejecución penal, con legislaciones penitenciarias no uniformadas y situaciones materiales y fácticas muy desiguales. De ahí la necesidad de que el TJUE se pronunciara tanto sobre cómo debe ser realizada tal evaluación por parte del órgano judicial del Estado de ejecución (ODE) o Estado de emisión (en caso de transmisión de sentencia) si se dispone de indicios serios de que una situación de esta naturaleza pueda padecerla la persona requerida de ser entregada, así como sobre las fuentes para poder llevarla a cabo.

En tercer lugar, porque el carácter sistémico o estructural de la sobrepoblación penitenciaria, más allá de la afectación del derecho a la dignidad de un individuo, se proyecta y expande sobre todas las personas que se ven sometidas a esas condiciones de privación de libertad. En este sentido, la sobrepoblación actúa en metástasis debilitando la estructura ósea sobre la que se construye el sistema y afectando a todas las personas que viven en celdas, módulos o centros sobrepoblados⁵¹. Ese ca-

39 Véase entre otras STEDH asunto Szél contra Hungría, de 7 de junio de 2011; STEDH asunto István Gabór Kovács contra Hungría, de 17 de enero de 2012; y STEDH asunto Varga y otros contra Hungría, de 10 de marzo de 2015 (procedimiento piloto).

40 Por ejemplo, STEDH asunto Dougoz contra Grecia, de 6 de marzo de 2001; STEDH asunto Peers contra Grecia, de 19 de abril de 2001; STEDH asunto Nisiotis contra Grecia, de 10 de febrero de 2011; o STEDH asunto Samaras y otros contra Grecia, de 28 de febrero de 2012; STEDH asunto Tzamalys y otros contra Grecia, de 4 de diciembre de 2012.

41 STEDH asunto Muršić contra Croacia, de 20 de octubre de 2016.

42 STEDH asunto Canali contra Francia, de 25 de abril de 2013.

43 STEDH asunto Vasilescu contra Bélgica, de 18 de marzo de 2014 o STEDH asunto Sylla y Nollomont contra Bélgica de 16 de agosto de 2017.

44 Por ejemplo, véase STEDH asunto Mandić and Jović contra Eslovenia de 20 de octubre de 2011 o STEDH asunto Struck y otros contra Eslovenia, de 20 de octubre de 2011.

45 Véanse STEDH asunto Sulejmanović contra Italia, de 16 de julio de 2009 y STEDH asunto Torreggiani y otros contra Italia, de 8 de enero de 2013 (procedimiento piloto).

46 STEDH asunto Danilczuk contra Chipre, de 3 de abril de 2018.

47 STEDH asunto Tunis contra Estonia, de 19 de diciembre de 2013.

48 STEDH asunto Abele contra Letonia de 5 de octubre de 2017.

49 STEDH asunto Mironovas y otros contra Letonia, de 8 de diciembre de 2015.

50 Más detenidamente puede verse un estado de la cuestión sobre la sobrepoblación penitenciaria en Europa y las medidas adoptadas para la lucha contra este fenómeno en BERNARDI, A., y VENTUROLI, M.: *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*. Jovene editore, Nápoles, 2018.

51 De ahí que la *Recomendación (99) 22 relativa a la sobrepoblación y al incremento de la población reclusa* del Comité de Ministros del Consejo de Europa señalara, en su considerando primero, que la sobrepoblación suponía un gran desafío de las administraciones penitenciarias y de los sistemas penales en su conjunto, tanto en lo referido al respeto de los derechos humanos, como a la gestión eficiente de

rácter estructural es lo que acrecienta el riesgo de sufrir tal situación por la persona requerida por uno de los instrumentos de cooperación y lo que, veremos, trata de limitar el TJUE cuando da las pautas de cómo debe ser evaluado por parte del órgano judicial del Estado de ejecución de una ODE.

Y, por último, porque la garantía del respeto a la dignidad humana y a no ser sometido a una pena o trato inhumano o degradante es una obligación positiva que incumbe al Estado⁵². De hecho, tal reconocimiento es lo que propició el cambio de la jurisprudencia del TEDH en la consideración de la sobrepoblación como lesiva del CEDH, modificando la inicial posición mantenida por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que la consideraba como una situación problemática pero, en tanto no buscada intencionadamente por el Estado para humillar a la persona privada de libertad, no contraria al art. 3 CEDH⁵³. Así, tras las sentencias por el asunto *Dougoz vs. Grecia*, de 6 de marzo del 2001 y *Peers vs. Grecia* de 19 de abril de 2001, el TEDH declara que las situaciones de privación de libertad sufridas por los demandantes, en condiciones de hacinamiento y falta de salubridad, constituyen condiciones inaceptables de encarcelamiento contrarias a la dignidad, aunque no hubieran sido adoptadas para humillarles o degradarles.

Prueba de la entidad de la amenaza que supone a los derechos fundamentales el problema de la sobrepobla-

ción penitenciaria es la adopción de lo que podríamos denominar “mecanismos excepcionales” de respuesta. Así, en el marco del Consejo de Europa⁵⁴, además de los instrumentos desarrollados por el Comité de Ministros⁵⁵ y el CPT⁵⁶, el TEDH ha acudido a la técnica de los procedimientos piloto a partir del 2009⁵⁷ para abordar el carácter sistémico de la sobrepoblación, puesto que estas sentencias piloto le permiten extender su actuación más allá de la mera reparación de la lesión al derecho a la dignidad del sujeto, e incluir la obligación de que el Estado adopte medidas correctoras en un plazo establecido por la resolución, al tiempo que le posibilitan aplazar el examen de las solicitudes similares que tiene pendientes hasta que el Estado adopte esas medidas correctoras exigidas y paliar con ello la saturación del Tribunal ante demandas de esta naturaleza⁵⁸.

También el riesgo de la incidencia de la sobrepoblación en los mecanismos ha sido advertido por las Instituciones de la UE. Ya la Comisión subrayó en 2010, en su Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de Derechos Fundamentales por la UE, que el respeto de los derechos fundamentales dentro de la Unión es lo que permitiría fomentar la confianza entre los Estados miembros, además de la del público en general respecto a las políticas de la Unión, apuntando que “una falta de confianza en la efectividad de los derechos fundamentales en los Estados miembros cuando aplican el

las instituciones penales. Casi una década después, así lo vuelve a recordar al *Libro Blanco del Consejo de Europa sobre la sobrepoblación carcelaria* aprobado el 28 de septiembre de 2016.

52 Así lo afirmó el TEDH en su sentencia por el asunto *Norbert Sikorski contra Polonia*, de 22 de octubre de 2009, párrafo 130 y recientemente lo ha vuelto a recordar en su sentencia por el asunto *Rezmives y otros contra Rumanía*, de 25 de abril de 2017: “el TEDH recuerda que el art. 3 impone a las autoridades la obligación positiva de velar por que todo recluso sea detenido en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana, que las condiciones de ejecución de la medida no sometan a la persona a que se trate a sufrimientos o privaciones de libertad de una intensidad que excedan del nivel inevitable de sufrimiento inherente a la privación de libertad y que, habida cuenta de las exigencias prácticas del encarcelamiento, se garantice adecuadamente la salud y el bienestar del recluso”. Y el TJUE recuerda tal obligación a través de la jurisprudencia del TEDH en las resoluciones estudiadas: *STJUE*, asuntos *Aranyosi y Căldăraru*, de 5 de abril de 2016, párrafo 90; *STJUE* asunto *ML* de 25 de julio de 2018, párrafo 90; y *STJUE* asunto *Dorobantu* de 15 de octubre de 2019, párrafo 60.

53 VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S.: *Principios de derecho y política penitenciaria europea. Penología y Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 214.

54 Véase análisis en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit., pp. 4 a 13.

55 Que además de adoptar la ya referida Recomendación (99) 22 relativa a la sobrepoblación y al incremento de la población reclusa, también manifiesta su preocupación en recomendaciones posteriores como la Recomendación (2003) 22 sobre libertad condicional, la Recomendación (2003) 23 sobre la gestión por las administraciones penitenciarias de las penas perpetuas y otras de prisión de larga duración, la Recomendación (2006) 13 sobre el recurso a la prisión preventiva, la Recomendación (2014) 4 sobre control electrónico o la Recomendación (2017) 3 referida a las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas comunitarias. También recientemente ha aprobado en 2016 el Libro Blanco sobre sobrepoblación penitenciaria del Consejo de Europa elaborado por la Comisión Europea de Problemas Criminales (CDPC) con el objetivo de servir como guía para los países en la lucha contra la sobrepoblación penitenciaria.

56 Que progresivamente, cada vez con mayor intensidad, ha ido generando estándares específicos en sus Informes Generales (1992, 1997, 2001) y que recientemente (2015) ha elaborado un documento en el que clarifica su postura en relación al estándar del mínimo espacio vital de cada interno en los establecimientos penitenciarios (CPT/Inf (2015) 44).

57 A partir de casos como *Orchowski contra Polonia* y *Sikorski contra Polonia*, de 22 de octubre de 2009 y *Anayev y otros contra Rusia*, de 10 de enero de 2012.

58 Más detenidamente sobre las mismas y su incidencia en el ámbito penitenciario, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario”, ob. cit., (en prensa).

Derecho de la Unión, y en la capacidad de la Comisión y de las autoridades nacionales para hacerlos respetar, impediría, en particular, el funcionamiento y la profundización de los mecanismos de cooperación en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, aseverando que la Unión debe ser ejemplar e irreprochable en materia de derechos fundamentales⁵⁹. Es en el Libro Verde “Reforzar la confianza mutua en el espacio judicial europeo” relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención⁶⁰, en el que se concreta el riesgo para el buen funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que puede suponer la desconfianza respecto a las condiciones de detención en otros países⁶¹. En efecto, tal y como establece el Libro Verde, ese principio de reconocimiento mutuo, que reposa en la idea de que las resoluciones judiciales del resto de países de la UE se reconocen como equivalentes y, por tanto, pueden ejecutarse en los demás países de la UE, con independencia de dónde fueran adoptadas, presupone no sólo que los jueces han de estar seguros de que la resolución inicial se adoptó de manera justa, sin violación de los derechos de las personas en el momento de su adopción, sino también de que se respetarán plenamente sus derechos cuando regresen a otro Estado miembro. Por ello, ya poniendo el ámbito de las condiciones de detención en un primer plano, advertía: “Sin confianza mutua en el ámbito de la detención, los instrumentos de reconocimiento mutuo de la Unión Europea que inciden en esta última no funcionarán adecuadamente, ya que cabría la posibilidad de que un Estado miembro fuera reticente a reconocer y ejecutar la resolución

adoptada por las autoridades de otro Estado miembro. Podría resultar difícil desarrollar una cooperación judicial más estrecha entre los Estados miembros a menos que se adopten nuevas medidas para mejorar las condiciones de detención y fomentar alternativas a la privación de libertad”. Esa desconfianza en las condiciones de detención podría afectar, añade, a los instrumentos de reconocimiento mutuo, en concreto, a las Decisiones marco del Consejo sobre la orden de detención europea, el traslado de reclusos, el reconocimiento mutuo de las penas sustitutivas y la libertad vigilada y la orden europea de vigilancia.

Particularmente alarmado se ha mostrado el Parlamento Europeo, en su Resolución de 5 de octubre de 2017 sobre condiciones y sistemas penitenciarios⁶², sobre las condiciones de detención existentes en varios países de la UE y sobre su implicación en el correcto funcionamiento de los instrumentos de cooperación judicial así como respecto a la afección que suponen a los derechos fundamentales. De hecho, comienza su articulado expresando su alarma por ello y recordando la exigencia de respeto a la dignidad en la reclusión⁶³, a lo que añade su lamento porque la sobrepoblación carcelaria esté muy extendida en Europa instando a los Estados miembros a seguir las recomendaciones elaboradas a este respecto por el Consejo de Europa⁶⁴ y a asignar recursos suficientes para ofrecer unas condiciones de reclusión dignas⁶⁵. Es consciente de su afección tanto sobre los derechos de los internos, como sobre el funcionamiento de todo el sistema⁶⁶, así como de su incidencia en otros fenómenos que afectan a la seguridad en Europa, como la radicalización⁶⁷. Y, en lo

59 Comunicación de la Comisión: *Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea*. COM (2010) 573 final, Bruselas, 19 de octubre de 2010.

60 COM (2011) 327 final, Bruselas, 14 de junio de 2011.

61 Así se afirma que “las condiciones de detención pueden incidir directamente en el buen funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Tanto los detenidos en prisión preventiva como los presos condenados tienen derecho a unas condiciones de detención razonables. *El hacinamiento en las prisiones y las alegaciones de malos tratos de los detenidos pueden minar la confianza necesaria para fomentar la cooperación judicial en la UE*” (punto 3).

62 P88_TA (2017)0385, (2015)/2062(INI).

63 En concreto, señala en este primer punto que: “Expresa su alarma por las condiciones de detención existentes en algunos Estados miembro y el estado de varias cárceles europeas; insta a los Estados miembros a que respeten las reglas en materia de privación de libertad establecidas en los instrumentos de Derecho internacional y en las normas del Consejo de Europa; recuerda que la privación de libertad no equivale a privación de dignidad, pide a los Estados miembros que adopten mecanismos de control penitenciario independientes, conforme a lo establecido por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura”.

64 En concreto, citando a los ya señalados *Libro Blanco sobre sobrepoblación carcelaria* y la *Recomendación R (99) 22 sobre sobrepoblación carcelaria y la inflación de la población penitenciaria* de 30 de septiembre de 1999 (punto 4).

65 Así en su punto 7. Siendo además consciente de que el aumento de la capacidad de las prisiones no es la única solución para evitar la sobrepoblación, insiste en su punto 15 que a largo plazo debe ponerse en práctica una gestión eficiente de los sistemas penitenciarios que reduzca el número de reclusos recurriendo con mayor frecuencia a medidas punitivas no privativas de libertad y minimizando el recurso a la prisión preventiva.

66 Así, en su punto 6, señala que “lamentamente que, en muchos casos, la superpoblación carcelaria tenga consecuencias graves para la seguridad del personal penitenciario y los reclusos, e influya en las condiciones de vida y sanitarias, las actividades propuestas, los cuidados médicos y psicológicos, así como la rehabilitación y el seguimiento de los reclusos”.

67 Así, entre otros, en su punto 46: “Subraya que unas condiciones de reclusión inhumana, los malos tratos y la superpoblación pueden ser factores de aumento del riesgo de radicalización”.

que nos ocupa, el Parlamento Europeo es categórico: “reafirma que las condiciones de reclusión son un *elemento determinante* para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión, tal como el Tribunal de Justicia ha sostenido en los asuntos Aranyosi y Căldăraru” y “recuerda la importancia fundamental del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales contemplado en el Tratado de la Unión Europea (punto 3)”.

4. El test de evaluación de las condiciones de detención: la jurisprudencia del TJUE en los asuntos Căldăraru y Aranyosi, M.L. y Dorobantu

Es en definitiva en este escenario, de necesario equilibrio entre la confianza mutua entre los Estados miembros pero de un respeto exigible a los derechos fundamentales de la Carta que parece verse quebrado ante la evidencia de condiciones de detención en algunos sistemas penitenciarios que no alcanzan los estándares mínimos requeridos para ser calificadas de dignas, donde el TJUE es requerido para dar las reglas de juego que deben seguir los países en el caso de detectar tal situación en la ejecución de alguno de los instrumentos de cooperación judicial que implican el reconocimiento mutuo. Y lo hace, como veremos a continuación, configurando las bases en su sentencia por los asuntos Aranyosi y Căldăraru de 5 de abril de 2016 y redimensionando su alcance en las recientes sentencias por los asuntos ML de 25 de julio de 2018 y Dorobantu, de 15 de octubre de 2019.

Sobre la mesa el TJUE se encontró con un complicado dilema bajo el que se escondía el mismo modelo de cooperación judicial en el ámbito de la UE⁶⁸. Además, su resolución podría ocasionar efectos no queridos en los principios de confianza y reconocimiento mutuos o bien suponer la asunción de que estos pudieran prevalecer frente a un riesgo real de sometimiento a una vulneración de los derechos fundamentales, en este caso por

sometimiento a condiciones indignas de detención, de ser entregado el sujeto requerido. En cuanto a lo primero, reconocer la posibilidad de denegación de la ODE en estos casos, no previstos entre los motivos tasados e interpretados estrictamente por el TJUE de los artículos 3 a 4 bis de la ODE, podría suponer, además de la introducción de un motivo de no ejecución no expresamente establecido por el legislador de la Unión, que en la práctica se convirtiese en un motivo de no ejecución sistemática de las órdenes de detención europeas emitidas por los Estados miembro con sistemas penitenciarios con importantes problemas de hacinamiento. Ello conduciría a la paralización del mecanismo de la ODE, así como a situaciones de impunidad y de desatención al interés de las víctimas, particularmente en los casos en los que la orden se hubiera dictado para ejercer acciones penales contra el requerido. Podría además facilitar la creación de Estados refugio de países que se negasen a ejecutar una ODE acogiendo a reos condenados por la saturación del sistema del Estado emisor⁶⁹. Pero, por otro lado, el mal funcionamiento del sistema penitenciario del Estado emisor no puede ser asumido por el Estado miembro de ejecución⁷⁰, ni se puede obviar o minimizar el impacto que sobre los derechos fundamentales supone el sometimiento a unas condiciones de detención que, por la situación de aquél, puedan ser entendidas como inhumanas o degradantes.

En tanto esta trilogía de resoluciones del TJUE analizan el problema planteado en cuanto al alcance y posibilidad de excepcionar esa confianza mutua en un instrumento concreto del reconocimiento mutuo, la orden de detención y entrega, nos centraremos en este último, aunque las consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia tendrán sin duda impacto respecto a la aplicación del resto de instrumentos de cooperación⁷¹.

4.1. Antecedentes y cuestiones preliminares

Estos tres asuntos, o mejor dicho, los cuatro —Aranyosi y Căldăraru, ML y Dorobantu—, tienen su origen

68 Lo señala MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. cuando explica cómo frente a un modelo de cooperación judicial tradicional, de carácter bidimensional, construido sobre el principio de *non inquiry*, en el que el juez se limita formalmente a comprobar si se dan los requisitos del derecho para acordar la extradición —y que fue la postura sostenida por España y Lituania en la vista ante el TJUE en los asuntos Aranyosi y Căldăraru—, el enfoque tridimensional —defendido por Alemania, Irlanda, Francia Hungría, Países Bajos, Rumanía y Reino Unido y la Comisión— permite introducir junto a los intereses de los Estados implicados la protección de los derechos de la persona, de tal manera que en situaciones excepcionales, de grave riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales, pueda desvirtuarse esa “confianza ciega” entre los Estados. “«Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero». Los casos Caldăraru y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, ob. cit., pp. 7 y 8.

69 Como así evidenció en sus Conclusiones presentadas el 3 de marzo de 2016 en los Asuntos Aranyosi y Căldăraru el Abogado General Yves Bot, párrafos 63 y 64 y 80 a 82.

70 *Ibidem*, párrafo 126.

71 Y como subrayaban respecto a los estándares de actuación recogidos en la primera de estas resoluciones del TJUE OLLÉ SESÉ, M. y GIMBERNAT DÍAZ, E., deberán ser aplicables a todas las posibles vulneraciones de derechos fundamentales de la persona sometida a la ODE, aunque aquélla se centre en las que puedan producirse por las condiciones de los centros penitenciarios. “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”. *Diario La Ley* n.º 40, 2016, pp. 5 y 6.

en cuatro órdenes de detención solicitadas por los órganos judiciales dos países, Hungría y Rumanía, eso sí, al mismo país, Alemania, y siendo el mismo órgano judicial, el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Bremen en los tres primeros casos⁷² y de Hamburgo en el último, el que interpone ante el TJUE las cuestiones prejudiciales que dan lugar a estas tres sentencias⁷³.

Son por tanto varios los aspectos en común, ya procedimentales, ya en cuanto a su contenido, de estas tres resoluciones del TJUE.

En cuanto a lo primero, las órdenes de detención y entrega dictadas buscan posibilitar el enjuiciamiento — caso Aranyosi⁷⁴; en primer momento ML⁷⁵ y Dorobantu⁷⁶— o la ejecución de la condena ya impuesta — caso Căldăraru⁷⁷ y en segundo momento ML y Dorobantu—, en los cuatro casos, no plantean problemas en cuanto

al cumplimiento de los requisitos formales exigidos ni respecto a los delitos por los que se solicitan.

La actuación del órgano judicial alemán es también similar en términos generales. En los tres primeros casos (Aranyosi, Căldăraru y ML)⁷⁸, los sujetos requeridos fueron detenidos y, tras declarar, no consintieron el procedimiento de entrega simplificado, aunque mientras que en los casos Căldăraru y ML se procede a su detención preventiva⁷⁹, en el caso Aranyosi se ordena su puesta en libertad ante la inexistencia de riesgo aparente de elusión del procedimiento de entrega⁸⁰. En los tres casos surge la duda sobre el cumplimiento de las condiciones de las normas mínimas europeas por parte de los establecimientos penitenciarios de los Estados de emisión de la ODE⁸¹, por lo que en los asuntos Aranyosi y ML se requiere información al órgano judicial

72 *Hanseatisches Oberlandesgericht*.

73 La cronología de los tres asuntos puede establecerse a partir de la fecha de (las primeras) ODE emitidas: el 4 de noviembre de 2014 en el caso Aranyosi; 29 de octubre de 2015 en el caso Căldăraru, de 31 de octubre de 2017 caso ML y de 12 de agosto de 2016 en el caso Dorobantu. El camino de este último es más tortuoso lo que explica que, siendo la ODE de una fecha anterior, sea el último de los asuntos sobre los que se ha pronunciado el TJUE. Y ello porque si bien el Tribunal de Primera Instancia de Medgidia, en Rumanía, solicitó en la fecha señalada, 2016, una ODE contra el Sr. Dorobantu, y el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo declaró lícita la entrega a las autoridades rumanas mediante sendos Autos de 3 y 19 de enero una vez hubiera cumplido la pena de prisión a la que había sido condenado por otros delitos en Alemania, el Sr. Dorobantu interpuso en 2017 un recurso ante el Tribunal Constitucional alemán contra estos autos, que fueron anulados por éste al entender que vulneraban su derecho a un juez legal, devolviendo de nuevo su asunto al Tribunal de Hamburgo. Al poner de relieve en su decisión el Tribunal Constitucional alemán que algunas de las consideraciones realizadas por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo sobre las condiciones de reclusión en Rumanía que podían servir para compensar la falta de espacio mínimo vital al que se sometería al interno no habían sido reconocidas por el TEDH hasta el momento así como la falta de pronunciamiento por parte del TJUE y del TEDH sobre la pertinencia de los criterios de cooperación de los tribunales penales en el seno de la UE y la necesidad de evitar la impunidad de los autores de delitos y la creación de “safe havens”, este último decide interponer la cuestión prejudicial ante el TJUE que da lugar a la resolución por el asunto Dorobantu el 15 de octubre de 2019.

74 En concreto, por haber cometido presuntamente los delitos de allanamiento, robo y daños. STJUE asunto Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafos 29 a 31.

75 Dado que el Tribunal de Distrito Nyíregyháza húngaro emite la orden de detención europea inicial con el objeto de poder procesar y juzgar a ML por los delitos de lesiones corporales, daños, fraude y robo. No obstante, y dado que ML es juzgado en rebeldía siendo condenado a una pena privativa de libertad de un año y ocho meses, el Tribunal de Distrito emite una orden de detención europea con el fin de la ejecución de esta condena. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafos 19 y 21 a 23.

76 Pues el Tribunal de Primera Instancia rumano de Medgidia emite la orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales por la comisión de delitos contra la propiedad y de falsificación de documentos o uso de documentos falsos. Con posterioridad a esa ODE, el Sr. Dorobantu había sido condenado en rebeldía en Rumanía a una pena de prisión de dos años y cuatro meses, por lo que aquélla quedó anulada, dictándose el 1 de agosto de 2018, una vez ya se había planteado al TJUE la cuestión prejudicial, una nueva orden de detención europea a efectos de ejecución de dicha pena; STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafos 19 y 37.

77 Pues había sido condenado a una pena privativa de libertad de un año y ocho meses por conducir sin permiso. STJUE asunto Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 48.

78 En el asunto Dorobantu, éste se encontraba en Alemania cumpliendo condena por la comisión de otros delitos. Y si bien estuvo en prisión provisional con vistas a la entrega a Rumanía, el tribunal la suspendió mediante auto de 20 de diciembre de 2017, al día siguiente del pronunciamiento del TC anulando la resolución que había autorizado la entrega. STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafo 34.

79 STJUE asunto Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 55 y STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafos 24 y 26.

80 STJUE asunto Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 34.

81 En el caso de Aranyosi, es a petición del Ministerio Fiscal de Bremen (parágrafo 34), si bien, aunque no es contestada la información requerida por el Ministerio Fiscal húngaro, se pronuncia finalmente lícita la entrega de Aranyosi por no existir indicio concreto de que, de ser entregado, pudiera ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es entonces cuando el letrado de Aranyosi pide que se desestime la solicitud del Ministerio Fiscal de Bremen ante la imposibilidad de comprobar las condiciones de reclusión al no haber contestado el Ministerio Fiscal húngaro a qué centro penitenciario se le enviaría. STJUE asunto Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafos 38 y 39. En cambio, en el asunto ML es el propio tribunal el que considera necesario obtener información adicional

correspondiente para conocer en qué establecimiento sería encarcelado (caso Aranyosi) y bajo qué condiciones (caso ML)⁸², mientras que el caso Căldăraru, referido a Rumanía, el Tribunal alemán se muestra convencido de que por la información disponible, varias condenas del TEDH y los últimos informes del CPT, existían indicios fundados de que la entrega pudiera implicar el sometimiento a condiciones de reclusión contrarias al art. 3 CEDH y 6 TUE, no requiriéndose información adicional a Rumanía⁸³. En el asunto Dorobantu, en cambio, a partir de lo que había establecido el TJUE en 2016 en su resolución por los asuntos Aranyosi y Căldăraru, el Tribunal de Hamburgo procede a realizar una doble valoración: una primera fase de control, en la que a partir de las resoluciones del TEDH existentes contra Rumanía y de un informe del Ministerio Federal de Justicia y protección de los consumidores alemán constata la existencia de indicios concretos de la presencia de deficiencias sistemáticas y generalizadas en las condiciones de reclusión rumanas y una segunda fase, a partir de la información que le es transmitida por el tribunal emisor de la ODE y por el Ministerio de Justicia rumana, sobre las condiciones de reclusión a la que el Sr. Dorobantu sería sometido de ser entregado⁸⁴. Y frente a los otros asuntos, en el caso Dorobantu, el Tribunal alemán no interpone en un primer momento una cuestión prejudicial ante el TJUE, sino que declara lícita la entrega a Rumanía al entender que esas deficiencias y, en concreto, el riesgo de ser sometido a una limitación relevante en el espacio vital en una celda compartida en el establecimiento en el que sería recluso, quedaban compensadas ampliamente por las demás condiciones de reclusión, existiendo además un mecanismo de control eficaz de las mismas en el Ordenamiento rumano y valorando asimismo la posibilidad de que, de no procederse a la entrega, los delitos que se

le imputaban quedarían impunes⁸⁵. Es como señalamos la anulación por el Tribunal constitucional alemán de los autos que autorizan tal entrega lo que motiva que, en un segundo momento, el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo plantee la cuestión prejudicial al TJUE.

En cuanto a la tramitación de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 267 TFUE por parte del Tribunal Regional Superior de Bremen al TJUE, si bien todas ellas solicitan que se apliquen bajo el procedimiento prejudicial de urgencia⁸⁶, solo se admite en los asuntos Căldăraru y ML, en tanto ambos sujetos se encontraban en prisión en virtud de las mencionadas órdenes de detención y su privación de libertad dependía de la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas⁸⁷; no así ocurre inicialmente en el caso Aranyosi, que se encontraba en libertad, si bien se decide por Resolución del Presidente del TJUE que se le diese prioridad. No obstante, al declararse como un asunto acumulado al caso Căldăraru, finalmente también este caso se vio beneficiado por su tramitación por vía de urgencia⁸⁸.

En cuanto al contenido, hay que señalar en primer lugar que las tres primeras cuestiones prejudiciales (casos Aranyosi, Căldăraru y ML) se plantean por la existencia de serios indicios de riesgo de sometimiento a condiciones de detención contrarias a los arts. 3 CEDH y 6 TUE de procederse a la entrega de las personas requeridas, debido a las situaciones de sobrepoblación penitenciaria sufridas por algunos centros penitenciarios de los Estados emisores. Estas situaciones han sido evidenciadas según apunta en sus resoluciones el Tribunal Superior Regional de Bremen, en la existencia de condenas por parte del TEDH a ambos países en las que se considera probada la vulneración del art. 3 CEDH⁸⁹, así como en los últimos informes del CPT tras

sobre las condiciones de detención para evaluar la legalidad de la entrega. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 26.

82 En concreto, y tras entender que sobre la base de la información de que disponía sobre la prisión de Szombathely no se planteaba ninguna dificultad, solicita información adicional ante el eventual traslado a otros centros mencionados por el propio Ministerio de Justicia húngaro sobre las condiciones de las personas detenidas en la prisión de Budapest —con 78 preguntas— así como en otros centros de detención a los que podría ser enviado ML. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 27.

83 STJUE asunto Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 59.

84 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, párrafos 22 y 23.

85 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, párrafos 25 y 26.

86 Contenido en el art. 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

87 Además de referirse la petición de decisión prejudicial a la interpretación de la Decisión Marco, lo que entra en el ámbito de aplicación del Título V de la tercera parte del TFUE, relativa al espacio de libertad, seguridad y justicia, lo que permite su tramitación mediante este procedimiento. STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafos 64 a 73; y STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 41 a 46.

88 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 73.

89 En el caso de Hungría, la STEDH (sentencia piloto) asunto Varga y otros contra Hungría de 10 de marzo de 2015, por el encarcelamiento de los demandantes en celdas demasiado pequeñas y sobrepobladas. En el caso de Rumanía, son varias las sentencias de condena por vulneración del art. 3 CEDH en las condiciones de detención (en concreto, celdas demasiado pequeñas y sobrepobladas, sin calefacción suficiente, sucias y sin agua caliente para ducharse): SSTDH asuntos Voicu contra Rumanía, de 10 de septiembre de 2014; Bujorean contra Rumanía, de 10 de septiembre de 2014; Constantin Aurelian Burlacu contra Rumanía, de 13 de octubre de 2014 y

las visitas a estos países que recogen indicios concretos de gran sobrepoblación carcelaria e incumplimiento de las condiciones de detención de acuerdo a las normas mínimas de derecho internacional⁹⁰.

Una entrega en estas condiciones implicaría, conforme a la normativa alemana aplicable⁹¹, una entrega ilícita por oponerse a los principios esenciales del ordenamiento jurídico alemán y a los principios consagrados en el art. 6 TUE.

Por último, y respecto al contenido en concreto de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior Regional de Bremen al TJUE, las preguntas formuladas tanto en el asunto Aranyosi como en Căldăraru son idénticas. La primera gira en torno a la interpretación de la cláusula de derechos fundamentales contenida en el art. 1.3 DM 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002: el Tribunal plantea si es impropio la entrega de existir razones de peso para creer que las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor vulneran los derechos fundamentales de la persona interesada y los principios generales del Derecho recogidos en el art. 6 TUE o si debe ser interpretada en el sentido de que en estos casos el Estado miembro de ejecución puede o debe condicionar su decisión a la constitución de garantías relativas al cumplimiento de las condiciones de reclusión, pudiendo —o debiendo— entonces formular a tal efecto requisitos mínimos concretos aplicables a las condiciones de reclusión que se han de garantizar. En segundo lugar, pregunta sobre la interpretación de los artículos 5 y 6.1 de la citada DM, en el sentido de si la autoridad judicial emisora también ostenta la facultad de constituir garantías relativas al cumplimiento de las condiciones de reclusión o se mantiene, a tal efecto, el orden competencial interno del Estado miembro emisor⁹².

La resolución de estas cuestiones prejudiciales por la STJUE asunto Aranyosi y Căldăraru de 5 de abril de 2016 genera a su vez no pocas preguntas en la determinación del contenido y alcance de la evaluación del riesgo en ese doble juicio tal y como aquella diseña. Apenas dos años después, el 27 de marzo de 2018, y resultado de las dudas surgidas en la aplicación del pro-

cedimiento de actuación entre el Estado de ejecución y el Estado emisor perfeñado en Aranyosi y Căldăraru, el Tribunal Superior Regional de Bremen plantea las cuestiones prejudiciales que dan lugar a la STJUE de 25 de julio de 2018 por el asunto ML. De ahí la amplitud de dudas plasmadas en las cuestiones prejudiciales que se le requieren al TJUE⁹³. En primer lugar, y sobre la interpretación de la mencionada cláusula de derechos fundamentales del art. 1.3 y del art. 6.1 DM en relación con el art. 4 de la Carta, el Tribunal alemán pregunta sobre qué significado tiene a efectos de los artículos mencionados que el Estado miembro de emisión tenga recursos legales para los detenidos en cuanto a las condiciones de su detención planteando, en este sentido, dos cuestiones⁹⁴: si la existencia de estos recursos debe entenderse que excluye el riesgo real de trato inhumano o degradante que ha sido detectado por la autoridad judicial de ejecución, sin necesidad de una evaluación ulterior por parte de ésta de las condiciones de detención; y si el hecho de que el TEDH haya declarado respecto a tales recursos jurídicos que no hay pruebas de que no ofrezcan a los detenidos perspectivas realistas de mejorar sus condiciones inadecuadas de detención es relevante a estos efectos.

La segunda cuestión prejudicial, que cobra sentido en tanto la primera sea resuelta de manera negativa —esto es, que la presencia de tales recursos no excluya por sí misma el riesgo real de sufrir trato inhumano o degradante de procederse a la entrega—, plantea a su vez varios interrogantes. El primero de ellos se refiere a la extensión de la evaluación: si la evaluación por la autoridad judicial de ejecución de las condiciones de detención en el Estado miembro emisor debe extenderse a todas las prisiones o centros de detención en los que puede ser encarcelada la persona requerida, si se extiende también a la detención temporal o transitoria en determinadas prisiones o si, por el contrario, puede limitarse a la evaluación de la prisión en la que, según la información facilitada por las autoridades del Estado miembro de emisión, es probable que la persona solicitada sea encarcelada la mayor parte del tiempo⁹⁵. El segundo se refiere al contenido de esa evaluación: si es

Mihai Laurentiu Marin contra Rumanía, de 10 de septiembre de 2014). STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 43 (respecto a Hungría) y 60 (respecto a Rumanía) y STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 36 y 67 (respecto a Hungría).

90 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafos 44 (respecto a Hungría) y 61 (respecto a Rumanía).

91 El art. 73 IRG.

92 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafos 46 y 63.

93 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 40.

94 Y ello porque a la solicitud de información del Tribunal alemán sobre las condiciones de detención en distintas prisiones húngaras, el Ministerio de Justicia húngaro responde que la legislación nacional había sido modificada en 2016 para introducir un recurso legal que permitiese a las personas detenidas impugnar la legalidad de las condiciones de su detención. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 29.

95 La pregunta trae causa del caso concreto, en tanto la duda surge de la posibilidad, mencionada en la respuesta del Ministerio de Justicia húngaro sobre la eventualidad de que ML fuera trasladado a otros centros de detención distintos a la prisión de Szombathly, res-

necesario llevar a cabo una evaluación exhaustiva de las condiciones de detención en cuestión que determine tanto el espacio personal disponible para cada recluso como otras condiciones de detención. Y en cuanto a los criterios para realizarla, se pregunta si las condiciones de detención deben evaluarse sobre la base de la jurisprudencia del TEDH establecida en su sentencia de 20 de octubre de 2016 por el asunto Mursic contra Croacia.

De ser contestada afirmativamente la primera, en el sentido de la necesidad de extender la evaluación a todos los centros penitenciarios a los que el sujeto pudiera ser trasladado, se pregunta, en la tercera cuestión prejudicial planteada, si dicha evaluación puede resultar innecesaria si el Estado miembro emisor ofrece una garantía general de que la persona requerida no estará expuesta a ningún riesgo de trato inhumano o degradante⁹⁶ o si, en lugar de evaluar las condiciones de detención de cada uno de los centros, puede supeditarse la decisión judicial sobre la admisibilidad de la entrega a que la persona solicitada no se vea expuesta a tal trato.

La última cuestión prejudicial, también condicionada a que la anterior sea respondida en el sentido de que tal prestación de garantías e imposición de condiciones no puede hacer irrelevante la evaluación por la autoridad judicial de ejecución de las condiciones de detención en cada uno de los centros penitenciarios a los que podría ser trasladado el interesado, pregunta sobre si esa obligación de evaluación debe extenderse a las condiciones de detención en todas las prisiones previstas, incluso en el caso de que la autoridad judicial del Estado miembro de emisión advierta que el periodo de detención en ellas de la persona cuya entrega se solicita no excederá de tres semanas, si las circunstancias lo permiten; y si, en segundo lugar, se aplica esto también si la autoridad judicial de ejecución no puede determinar si esa información fue facilitada por la autoridad judicial emisora o si procede de una autoridad central del Estado miembro emisor que actúa en respuesta a una solicitud de apoyo de la autoridad judicial emisora⁹⁷.

En el último de los asuntos, el caso Dorobantu, el contenido de las cuestiones prejudiciales interpuestas por el Tribunal alemán de Hamburgo está condiciona-

do, en cambio, por la previa resolución del Tribunal Constitucional alemán que cuestionaba los argumentos que aquél había utilizado para declarar lícita la entrega a Rumanía y por el problema concreto que se planteaba en torno a las condiciones de detención: la falta de un espacio vital mínimo y si tal carencia podía ser compensada por otros aspectos de las condiciones de privación de libertad.

La petición tiene por objeto la interpretación del art. 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y se concreta en dos cuestiones. La primera de ellas pregunta sobre cuáles son las condiciones mínimas de reclusión que pueden exigirse en virtud del art. 4 de la Carta para aplicar la Decisión Marco y, en particular, si con arreglo al derecho de la UE existen unos requisitos mínimos “absolutos” en cuanto a las dimensiones de la celda cuyo incumplimiento constituya en todo caso una infracción del art. 4; si es relevante en la determinación del espacio por persona en una celda si se trata de una celda individual o compartida; si en el cálculo de sus dimensiones debe excluirse el espacio ocupado por el mobiliario; y cuáles son los requisitos en materia de construcción relevantes para las condiciones de la prisión conforme al Derecho de la Unión, preguntando expresamente por la relevancia de que exista acceso directo (o solo indirecto) desde la celda a instalaciones sanitarios o de otro tipo o suministro de agua fría y caliente, calefacción, iluminación, ... Además de por esos criterios, pregunta el Tribunal alemán por la relevancia que puedan tener los diferentes regímenes de cumplimiento de la pena, en relación a los distintos horarios de apertura de la celda y los grados de libertad de movimiento dentro de los centros penitenciarios, así como por si se pueden tener también en cuenta las mejoras jurídicas y organizativas que haya introducido el Estado miembro emisor⁹⁸.

La segunda cuestión planteada se refiere al alcance de la evaluación por parte de las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución, en concreto, si están facultadas para efectuar un control completo de las condiciones de reclusión en el Estado miembro o emisor o, por el contrario, deben limitarse a un control de las deficiencias manifiestas. Y, de contestar el TJUE que el

pecto a la que el Tribunal alemán entiende que no hay problemas de condiciones de detención conforme a la información de que dispone. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 27.

96 Y ello porque en el caso ML, al solicitar el Tribunal alemán información adicional sobre las condiciones de detención en la prisión de Budapest y en las demás cárceles a las que aquél podría ser trasladado, el Ministerio de Justicia húngaro lo que responde es con una garantía adicional de que, dondequiera que fuera encarcelado, no sería sometido a tratos inhumanos o degradantes. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 33.

97 En tanto en el asunto ML es un funcionario del Ministerio de Justicia húngaro, en un correo dirigido al Ministerio Fiscal de Bremen, el que declara que, si las circunstancias lo permitían, ML estaría detenido en Budapest durante un periodo de una a tres semanas mientras se tomaban a su cargo ciertas medidas no especificadas relativas a la ejecución del procedimiento de entrega. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 30.

98 Como por ejemplo haber introducido la institución del Defensor del Pueblo o haber creado juzgados de vigilancia penitenciaria. STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafo 36.

Derecho de la Unión plantea unas exigencias “absolutas” respecto a las condiciones de reclusión, plantea por último su efecto: si es indispensable el cumplimiento de dichas condiciones mínimas de tal manera que, de no cumplirse, suponga de manera inmediata y necesaria la consideración de que concurre un “riesgo” real que debe impedir la entrega o si, por el contrario, el Estado miembro de ejecución está facultado para ponderar otros factores teniendo en cuenta, por ejemplo, aspectos como la necesidad del mantenimiento del sistema de asistencia judicial entre Estados miembros, la eficacia del sistema europeo de justicia penal o los principios de confianza y reconocimiento mutuos⁹⁹.

4.2. El doble juicio

Es en el caso Aranyosi y Căldăraru cuando el TJUE dibuja por vez primera el camino que debe seguir la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución de una ODE cuando disponga de elementos que acrediten que existe un riesgo real de que, de procederse a la entrega requerida, la persona entregada puede recibir un trato inhumano o degradante conforme al art. 4 de la Carta al ser encarcelada en el Estado miembro emisor. En su resolución de 5 de abril de 2016, el TJUE configura un doble juicio que requiere dos evaluaciones por parte de la autoridad judicial¹⁰⁰: la primera, referida a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor y la segunda, respecto al riesgo concreto de que la persona requerida pueda verse sometida, de ser entregada, a un trato inhumano o degradante al ser privada de libertad bajo tales condiciones. Por lo tanto, a través de esta doble evaluación se trata de ver si ese riesgo genérico detectado en el sistema de reclusión del país emisor puede ser concretado en la perso-

na requerida, pues “dicha autoridad deberá apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega a las autoridades judiciales del Estado miembro emisor de la persona que es objeto de una orden de detención europea, porque la ejecución de dicha orden no puede dar lugar a que se trate de forma inhumana o degradante a esa persona”¹⁰¹.

El primer juicio, pues, debe referirse a las “condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión”. La sentencia Aranyosi y Căldăraru ya da también pistas respecto a las posibles fuentes que deben ser utilizadas para ello. Primero, porque habla de elementos “objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados”¹⁰² y, segundo, porque les da forma al señalar que “pueden proceder en particular de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de Naciones Unidas”¹⁰³. Más adelante volveremos sobre ello.

Pero el resultado afirmativo de este juicio, en el sentido de que haya elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten unas condiciones imperantes en el Estado emisor, que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión, no es suficiente para que el Estado de ejecución pueda denegar la ODE¹⁰⁴. Es entonces cuando se haría necesaria una segunda valoración, que busque evaluar si ese riesgo genérico creado por la existencia de tales deficiencias sistémicas y generalizadas en las condiciones de reclusión que afectan a ciertos grupos o a ciertos centros van a ser las que sufra el sujeto requerido de

99 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, párrafo 36.

100 En la lógica de lo que en sus conclusiones generales planteó en estos asuntos el Abogado General Yves Bot, cuando señaló que se estaba ante el “contexto de la prevención de un riesgo y no en el de la constatación y sanción de una violación”, entendiéndose que la constatación de la existencia de una deficiencia sistémica, siendo un motivo legítimo para cuestionar las condiciones de reclusión de las personas entregadas, no permite a priori que se sospeche de que existe una violación de los derechos fundamentales de las personas entregadas de tal manera que la institución de que se trate bloquee la operatividad del reconocimiento mutuo alegando un motivo de no ejecución sistemático. *Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, presentadas el 3 de marzo de 2016*, párrafo 127.

101 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 88. Valoración, además, que se encuentra con un doble obstáculo: por un lado, que las autoridades normalmente son reacias a comprobar si las denuncias de los reclamados sobre la posible vulneración de sus derechos fundamentales de ser entregados tienen visos de seriedad y, por otro, la dificultad en la práctica a la hora de realizar tal constatación. OLLÉ SESÉ, M., GIMBERNAT DÍAZ, E.: “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., pp. 5 y 6.

102 Lo que, como señala MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., muestra cómo el TJUE instaura un umbral elevado de evaluación. “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero». Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, ob. cit., p. 13.

103 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 89.

104 Así de categórico lo afirma el TJUE: “Sin embargo, la constatación de la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones generales de reclusión en el Estado miembro emisor no puede, por sí sola, abocar a que se deniegue la ejecución de una orden de detención europea”. STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 91.

procederse a su entrega¹⁰⁵. Por tanto, no basta la pre-sunción de que su mera existencia implica un riesgo real de sufrir el sometimiento a un trato inhumano o degradante por el sujeto si es entregado. También, a través del análisis de los “elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten que existen tales deficiencias”, en este segundo juicio la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución deberá comprobar si en las circunstancias del caso en concreto “existen razones serias y fundadas para creer que esa persona, tras ser entrega al Estado miembro emisor, correrá un riesgo real de sufrir en ese Estado miembro un trato inhumano o degradante” en el sentido del art. 4 de la Carta¹⁰⁶. Como veremos infra, para ello podrá solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria de las condiciones de reclusión previstas para la persona de que se trate en el Estado miembro emisor y podrá tener por objeto averiguar si en él existen procedimientos o mecanismos nacionales o internacionales de control de las condiciones de reclusión¹⁰⁷. Si bien las fuentes pueden ser las mismas señaladas antes, aquí cobra más relevancia la información transmitida por el Estado concreto, en tanto permite un análisis particularizado de dónde y cómo va a cumplir, así como contrastar si en el centro concreto existen tales deficiencias.

Con la inclusión de este segundo juicio, más estricto, el TJUE no hace sino salvar la viabilidad de la ODE limitando y reduciendo las posibilidades de denegación por la existencia del riesgo de sufrir condiciones de reclusión que no puedan ser consideradas dignas.

No puede ser de otra manera sin poner en entredicho la utilización de los instrumentos de reconocimiento mutuo con los no pocos Estados miembros que han presentado problemas de sobrepoblación penitenciaria dentro de sus sistemas penitenciarios. En este sentido destaca la categórica aclaración del TJUE en sus observaciones preliminares en la resolución por el asunto ML de 28 de julio de 2018 en la que, tras recordar la importancia fundamental en el Derecho comunitario de los principios de confianza mutua y reconocimiento mutuo, concreta su significado en tres premisas: la obligación de los Estados miembros en la aplicación de la UE a presumir que los demás Estados miembros han respetado los derechos fundamentales, la imposibilidad de exigencia a otro Estado miembro de un nivel más elevado de protección nacional de los derechos fundamentales que el previsto por la legislación de la UE y la imposibilidad de comprobación, *salvo en casos excepcionales*, de si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente en un caso concreto los derechos fundamentales garantizados por la Unión europea¹⁰⁸. En consecuencia, aplicada esa comprobación al problema objeto de estudio —que en este supuesto se concretaría en la realización del primero de los juicios—, tal evaluación no puede ser sistemática, de oficio, sino que deberá llevarse a cabo en los *casos excepcionales* en los que existan esos elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados¹⁰⁹.

Sin embargo, la trascendencia de este segundo juicio no queda ahí. En primer lugar, por el que veremos que puede llegar a ser su resultado, de contestarse de manera positiva, que es la posibilidad de la denegación

105 No parece hacer suyo el TJUE el planteamiento del Abogado General Yves Bot que, en sus conclusiones, apostaba por el principio de proporcionalidad como mecanismo de control, bien preferentemente por el Estado de emisión de la ODE —de tal manera que pueda no dictar una orden de detención que no se ajustase a un control de proporcionalidad, permitiendo además introducir las condiciones de ejecución de la pena como un elemento para determinar la individualización de la pena, lo que requiere un principio de oportunidad que choca con varias regulaciones de los Estados miembro—, bien en su defecto por el Estado de ejecución, de tal forma que, basándose en la información fáctica que tenga, al observar una deficiencia sistémica de las condiciones de reclusión en el Estado emisor, pueda apreciar si la entrega de la persona buscada puede exponer a ésta a unas condiciones de reclusión desproporcionadas. Por tanto, mientras que el TJUE pone el acento en la vulneración de la dignidad por parte de las condiciones de detención, el Abogado General postula un análisis de control de la desproporción de tal manera que habría que evaluar si las condiciones de ejecución traen consigo consecuencias afflictivas que no guardan proporción con las que produciría la pena impuesta de ser cumplida en condiciones normales. Sin embargo, el alcance que propone es menor, en tanto señala que en estos casos la autoridad judicial de ejecución estará legitimada para solicitar cualquier información que considere necesaria para apreciar si la entrega puede someter a la persona a condiciones de reclusión desproporcionadas y que corresponderá al Estado emisor adoptar cuantas medidas sean necesarias para que tales condiciones respeten los derechos fundamentales así como la disposición de vías de recurso disponibles para defender en su derecho interno las libertades individuales del sujeto. *Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, presentadas el 3 de marzo de 2016*, párrafos 137 a 160 y conclusiones.

106 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 94.

107 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafos 95 y 96.

108 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 50.

109 Esto es, “cuando la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución disponga de información que demuestre la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante de las personas detenidas en el Estado miembro emisor, en relación con el nivel de protección de los derechos fundamentales garantizados por el Derecho de la UE y, en particular, por el artículo 4 de la Carta (...)”. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 59. Reiterando los argumentos expuestos en sus sentencias previas, véanse párrafos 51 a 55 de la STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019.

de una ODE, aunque no se encuentre entre las causas expresas de denegación previstas en los artículos 3, 4 y 4 bis. Pero también, y como estación intermedia, porque puede dar lugar a la posibilidad de establecer garantías por parte del Estado emisor en cuanto al centro previsto para el ingreso de la persona requerida o a las condiciones de reclusión aplicables, en una suerte de cooperación dialogada entre países en la gestión de la ODE (vid. infra).

4.3. El procedimiento

Si en Aranyosi y Căldăraru el TJUE diseñó a grandes rasgos el procedimiento de evaluación, con la determinación de esas dos fases o juicios, en su resolución por el asunto ML se ha visto obligado a concretar más tanto en lo referido a los pasos a seguir como al alcance de sus efectos.

Los escenarios pueden ser, por tanto, diversos y se plantean únicamente en el *caso excepcional* de la disposición de información que demuestre la existencia real de riesgo de padecer un trato inhumano o degradante de procederse a la entrega del sujeto requerido, tal y como acabamos de ver.

Si así se detecta, vimos que el TJUE en el asunto Aranyosi y Căldăraru ya señaló la obligación de la autoridad judicial del Estado miembro emisor de requerir la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria sobre las condiciones de reclusión previstas y, en su caso, sobre la existencia de procedimientos y mecanismos nacionales o internacionales de control de las condiciones de internamiento para la persona de que se trate, de acuerdo a lo establecido en el art. 15 DM 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002¹¹⁰. También en esta resolución, el TJUE aclara que la autoridad judicial emisora estará obligada a proporcionar esa información a la autoridad judicial de ejecución¹¹¹. Como también recuerda el TJUE en el asunto ML, conforme al art. 15.3 DM la autoridad judicial emisora podrá además transmitir a la autoridad judicial de ejecución cualquier información adicional útil en cualquier momento¹¹².

En todo caso subraya el TJUE el carácter excepcional de este recurso, consecuencia del presupuesto de la confianza mutua en la adecuación de las resoluciones judiciales al respeto del Derecho de la UE: “constituye un último recurso, al que solo podrá recurrirse en casos excepcionales en los que la autoridad judicial de eje-

cución considere que no dispone de todos los elementos formales necesarios para adoptar urgentemente una decisión de entrega”¹¹³. En consecuencia, advierte de que “las autoridades judiciales de ejecución no pueden hacer uso de esta disposición (en referencia al art. 15.2 DM) para solicitar, de oficio, que el Estado miembro emisor facilite información general sobre las condiciones de detención en las prisiones en las que pueda estar detenida una persona objeto de una orden de detención europea”¹¹⁴.

En cuanto al procedimiento, para que no se alargue desvirtuando la finalidad de este instrumento, se señala que la autoridad judicial de ejecución puede fijar un plazo para la recepción de esa información complementaria solicitada a la autoridad judicial emisora, plazo que debe adaptarse a cada caso para que dé el tiempo necesario para recopilar dicha información y recabar para ello, de ser necesario, la ayuda de la autoridad central o de una de las autoridades centrales del Estado miembro emisor, en el sentido del art. 7 DM; eso sí, teniendo en cuenta la necesidad de respetar los plazos establecidos en el art. 17 DM¹¹⁵.

Y ya aquí se pueden plantear varias cuestiones que son objeto de pregunta en las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Regional Superior de Bremen al TJUE en 2017.

La primera de ellas es si la respuesta del órgano judicial del Estado emisor no contestando las preguntas formuladas por el órgano judicial del Estado de ejecución, pero estableciendo una genérica garantía de que el sujeto, de ser entregado, no será sometido a condiciones indignas de detención, hace decaer la obligación de este último de realizar el segundo juicio de evaluación.

Esta cuestión plantea además dos temas. El primero es el referido a la posibilidad en sí de que el órgano judicial de ejecución pueda requerir garantías o bien que éstas sean ofrecidas por el órgano judicial de emisión para salvar con ello esa desconfianza en que la entrega pueda suponer el sometimiento a unas condiciones de detención indignas. En verdad esta cuestión ya había sido objeto de pregunta por el Tribunal alemán en las cuestiones prejudiciales planteadas que dieron lugar a la STJUE por el asunto Aranyosi y Căldăraru, si bien no fue contestada en este punto, aunque sí se mueve en este ámbito, frente al de considerar que la verificación del riesgo real y efectivo de vulneración debe implicar automáticamente la denegación de la entrega, al apostar por el mecanismo de solicitar información comple-

110 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 95.

111 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 97.

112 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 108.

113 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 79.

114 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 80.

115 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 97.

mentaria lo que, de manera implícita, puede permitir introducir el establecimiento de esas garantías¹¹⁶.

Si lo hace el Tribunal en el asunto ML cuando desgaja del principio de cooperación leal del art. 4.3 TUE y del correlativo deber de prestarse asistencia mutua en la ejecución de las tareas que se derivan de los Tratados la posibilidad de que “la autoridad judicial de ejecución y la autoridad judicial emisora pueden, respectivamente, solicitar información o dar garantías sobre las condiciones reales y precisas en que la persona de que se trate será detenida en el Estado miembro emisor”¹¹⁷.

El segundo de los temas se refiere al alcance de la emisión de tal garantía, esto es, si su emisión es capaz de hacer decaer la obligación de evaluación individualizada por el órgano judicial de ejecución de las condiciones de detención que se aplicarían al sujeto. El TJUE afirma en este sentido que “la garantía ofrecida por las autoridades competentes del Estado miembro de emisión de que la persona de que se trate, con independencia de la prisión en la que esté detenida en el Estado miembro de emisión, no sufrirá un trato inhumano o degradante debido a las condiciones reales y precisas de su detención, es un factor que la autoridad judicial de ejecución no puede ignorar”¹¹⁸. Ahora bien, que esta garantía supla al juicio individualizado que está obligado a realizar el órgano judicial de ejecución parece que se hace depender por el TJUE de dos elementos. El primero de ellos es que esa garantía haya sido dada, o al menos, haya sido refrendada por la autoridad judicial emisora —tras haber solicitado, en su caso, la asistencia de la autoridad central o de una de las autoridades centrales conforme a lo establecido en el art. 7 DM—. Y, la segunda es la ausencia “de cualquier indicación específica de que las condiciones de detención en un determinado centro de detención infrinjan el artículo 4 de la Carta”. Sobre estas dos premisas, “habida cuenta de la confianza mutua que debe existir entre las autoridades judiciales de los Estados miembros y en la que

se basa el sistema de la orden de detención europea”, la autoridad judicial de ejecución “deberá basarse en esa garantía”¹¹⁹. Ambos presupuestos no vienen sino a limitar de manera muy importante, convirtiéndola en excepcional, la posibilidad de no entrega por riesgo de vulneración del art. 4, como ha vuelto a reiterar el TJUE en el asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019: “Únicamente en circunstancias excepcionales y basándose en datos precisos podrá la autoridad judicial de ejecución constatar que, a pesar de una garantía como la mencionada en el apartado anterior, existe un riesgo real de que la persona de que se trate sea sometida a un trato inhumano o degradante, en el sentido del art. 4 de la Carta, como consecuencia de sus condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor”¹²⁰.

Ello guarda íntima relación con otra de las cuestiones que viene a resolver la sentencia por el asunto ML: el alcance de la validez de la contestación cuando no procede de la autoridad judicial de emisión sino, por ejemplo como en el caso objeto de la cuestión, cuando proviene de un funcionario del Ministerio de Justicia, sin haber sido ni facilitada ni refrendada por la autoridad judicial emisora. En este caso, cuando la garantía no es facilitada por una autoridad judicial “debe evaluarse mediante una valoración global de toda la información de que dispone el órgano judicial de ejecución”¹²¹. Se trata pues de una nueva lanza a favor de la confianza mutua y del mantenimiento de la eficacia de la ODE, eso sí, con una limitación, en aras a asegurar el necesario equilibrio con la garantía de los derechos fundamentales, pues no cierra la posibilidad al segundo juicio del órgano judicial de emisión cuando éste disponga de esos elementos específicos que manifiesten la vulneración del art. 4 de la Carta por las condiciones de detención en un centro determinado.

El valor atribuido a la prestación de garantías, que no deja de encontrar una explicación coherente con el fundamento de la confianza mutua, también evidencia

116 Así lo entiende de su análisis de esta primera resolución, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., quien enumera como posibles garantías la aplicación de medidas alternativas a la prisión (como la suspensión de la pena), el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario o la exigencia de realización de visitas periódicas por parte de una autoridad del Estado de ejecución, diplomáticos o espectadores objetivos al centro penitenciario. El TJUE parte pues de la denegación como última opción. “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos *Caldararu* y *Aranyosi* como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, ob. cit., pp. 13 y 14.

117 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 110 y 111.

118 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 111.

119 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 112.

120 Párrafo 69, tras haber reiterado en el anterior que “la autoridad judicial de ejecución deberá confiar en dicha garantía, al menos mientras no exista ningún dato preciso que permita pensar que las condiciones de internamiento existentes en un determinado centro de reclusión son contrarias al artículo 4 de la Carta”.

121 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 114. El TJUE va más allá puesto que procede a realizar tal evaluación, cuando señala que las garantías dadas por el Ministerio de Justicia húngaro parecen estar confirmadas por la información en poder de la Fiscalía de Bremen que, a preguntas del Tribunal de Justicia, explicó que permitían considerar que las condiciones de detención en la prisión de Budapest no infringían el art. 4 de la Carta por lo que, en estas circunstancias, concluye el TJUE que “parece que el interesado puede ser entregado a las autoridades húngaras sin infringir el art. 4 de la Carta, lo que, no obstante, debe ser comprobado por el órgano jurisdiccional remitente” (párrafos 115 y 116).

el riesgo para los derechos fundamentales de la persona entregada si el Estado de emisión no cumple con la garantía ofrecida para obtener la entrega. Si bien el TJUE no abordó este asunto en Aranyosi y Căldăraru, pues tampoco fue objeto de cuestión prejudicial, sí lo hace en ML, cuando remite a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro emisor la resolución de la falta de ejecución de dicha garantía por parte de este¹²². Nuevamente nos encontramos ante la quebradiza línea entre la confianza mutua, que parte del correcto funcionamiento de los instrumentos existentes en el ordenamiento interno del Estado emisor para responder ante una posible denuncia por vulneración de los derechos fundamentales de la persona entregada, y la desconfianza que pueda suscitar la duda sobre la garantía dada por él de que, durante el largo período que puede durar la ejecución de una pena privativa de libertad, se respetará el no sometimiento de esta persona a condiciones de reclusión contrarias a la dignidad humana.

Ante este problema se ha propuesto por un sector doctrinal la necesidad de consolidar, no sólo en los procedimientos de ODE sino también de extradición, la vigencia del principio de un deber de seguimiento por el Estado requerido, una vez materializada la entrega, de tal manera que se obligue al Estado requerido o de ejecución a no desatender sus obligaciones en materia de derechos fundamentales¹²³.

Sin embargo, de estimarse procedente tal necesidad de seguimiento, posiblemente se trate de una tarea que exceda de la obligación del Estado requerido, al menos en los procedimientos de la ODE o en la transmisión de sentencias para el cumplimiento de penas privativas de libertad. Y ello tanto por su naturaleza, en tanto son instrumentos que exceden el carácter bilateral de relación exclusiva entre dos países sobre el que se basa la figura de la extradición al construirse sobre el presupuesto del espacio de libertad, seguridad y justicia entre todos los Estados miembros, como por la limitada capacidad del

Estado requerido de realizar tal seguimiento y, en su caso, de exigir responsabilidad al Estado solicitante por el no cumplimiento de las garantías ofrecidas.

Una posibilidad podría ser la de articular una suerte de mecanismo de control y seguimiento de, al menos, los casos en los que la entrega ha sido condicionada a la existencia de una garantía de respeto a los derechos fundamentales por parte del Estado emisor —cuando no de todos los casos de sujetos trasladados en ejecución de ambos instrumentos de cooperación judicial—. Correlativamente debería ser instaurado un procedimiento de actuación que determinase las consecuencias de tal vulneración. En este sentido, antes de configurar nuevos instrumentos, quizá sea el momento de plantearse la posible interacción con mecanismos de control ya existentes en el seno del Consejo de Europa, como el Comité para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, tanto por su función¹²⁴, como por su *modus operandi*, que implica la realización de visitas *in situ* a los lugares de privación de libertad de los Estados parte¹²⁵, así como por la experiencia desarrollada en las últimas décadas —plasmada a su vez en sus elaborados estándares de actuación—. De hecho, esa labor de colaboración del CPT con otros organismos internacionales ya existe; en concreto, es el responsable de la monitorización de los condenados por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia¹²⁶ y de los condenados por la Corte Penal Internacional¹²⁷.

La última cuestión en cuanto al procedimiento resuelta por el TJUE en su decisión ante el asunto ML se refiere al valor que debe atribuirse a la existencia en el Estado miembro emisor de posibles procedimientos o mecanismos nacionales o internacionales de control de las condiciones de reclusión (tales como visitas a los establecimientos penitenciarios que permitan evaluar el estado en ese momento de las condiciones de reclusión en esos establecimientos). Ya en el asunto

122 Aludiendo expresamente a la posición del Abogado General (punto 64). STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 111.

123 Así lo proponen OLLÉ SESÉ, M., y GIMBERNAT DÍAZ, E., advirtiendo de que no son infrecuentes los casos de tales vulneraciones tras hacer efectivos procedimientos de extradición o de ODE, en “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, *ob. cit.*, p. 9.

124 Recogida en el art. 1 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes que consiste en examinar el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

125 Lo que le permite no solo tener conocimiento de la situación real de respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, sino también mantener un contacto más cercano con las autoridades penitenciarias y gubernativas del Estado al que visitan, pudiendo llegar a compromisos sobre medidas concretas. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 17, 2017, p. 235.

126 Por compromiso entre el Consejo de Europa y el Tribunal de noviembre de 2000. Véase el 21º Informe General de las actividades del Comité (2010-2011), CPT/Inf (2011), 28.

127 Así se acuerda a finales de 2017. Como señala el Informe General del CPT de ese año, el Comité asistirá a la Corte Penal Internacional en el seguimiento de personas condenadas por esta, si se encuentran privadas de libertad en un Estado miembro del Consejo de Europa que específicamente reconoce al CPT como órgano de supervisión. CPT/Inf(2018) 4, p. 13.

Aranyosi y Căldăraru el TJUE había apuntado que la existencia de tales procedimientos podría ser objeto de la solicitud de información complementaria por el Estado emisor. Y precisamente en la contestación del órgano judicial húngaro al órgano judicial alemán se le refiere la existencia de un recurso judicial en relación con la legalidad de las condiciones de internamiento a la luz de los derechos fundamentales.

En su resolución por el asunto ML, el TJUE viene a clarificar el significado de tal previsión. Así, si bien señala que la existencia de tal recurso “constituye un avance importante que puede servir de incentivo para que las autoridades de dicho Estado mejoren las condiciones de internamiento y que, por lo tanto, puede ser tenido en cuenta por las autoridades judiciales de ejecución a la hora de decidir si una persona objeto de una orden de detención europea debe ser entregada (...), esa revisión no es, como tal, capaz de evitar el riesgo de que esa persona, tras su entrega, sea sometida a un trato incompatible con el art. 4 de la Carta debido a las condiciones de su detención”¹²⁸. En consecuencia, tal previsión no hace decaer la obligación del órgano judicial de ejecución de evaluar individualmente la situación de cada persona afectada “con el fin de cerciorarse de que su decisión de entrega de dicha persona no la expondrá, debido a estas condiciones, a un riesgo real de trato inhumano o degradante en el sentido del art. 4 de la Carta”¹²⁹.

En el mismo sentido se pronuncia el TJUE en el asunto Dorobantu. Al ser preguntado expresamente por el Tribunal alemán en las cuestiones prejudiciales interpuestas si podrían ser tenidas en cuenta las mejoras jurídicas y organizativas introducidas por el Estado miembro emisor, citando expresamente la incorporación de la figura del Defensor del Pueblo o la creación de juzgados de vigilancia penitenciaria, medidas que como reconoce el TJUE “pretenden reforzar el control de las condiciones de reclusión en ese Estado miembro”, matiza que si bien es cierto que permiten un control judicial a posteriori, siendo un “factor importante que puede incitar las autoridades de dicho Estado a mejorar dichas condiciones”, “no es menos cierto que un control de este tipo no permite por sí solo descartar el riesgo de que dicha persona sea sometida tras su entrega a un trato incompatible con el artículo 4 de la Carta debido a las condiciones de su reclusión”. Concluye el TJUE, en consecuencia, que “aun cuando

el Estado miembro emisor establezca vías de recurso que permitan controlar la legalidad de las condiciones de reclusión desde el punto de vista de los derechos fundamentales, las autoridades judiciales de ejecución seguirán obligadas a proceder a un examen individual de la situación de cada persona afectada”¹³⁰.

4.4. Las condiciones objeto de evaluación

Otro de los importantes frentes que quedó abierto en el asunto Aranyosi y Căldăraru, normal puesto que no fue motivo de cuestión prejudicial, fue el de qué debe ser evaluado para determinar si las condiciones de detención a las que va a ser sometido el sujeto, de ser entregado, no cumplen con la exigencia del artículo 4 de la Carta. Y bajo esta cuestión encontramos dos planos diferentes. El primero, referido a su contenido, requiere la determinación de qué aspectos del cumplimiento deben ser objeto de evaluación en ese doble juicio, particularmente en el análisis de las condiciones concretas a las que será sometido el sujeto, con el fin de determinar si pueden ser consideradas como trato inhumano o degradante. Y, en tanto todos estos asuntos se plantean ante las condiciones de sobrepoblación penitenciaria sistemáticas que afectan a grupos de personas o centros, qué condiciones pueden ser entendidas como de hacinamiento y lesivas del art. 4 de la Carta. El segundo se refiere en cambio a la extensión de la evaluación, esto es, si ese análisis particularizado debe hacerse únicamente del centro o centros en los que, con la información facilitada por el órgano judicial emisor, previsiblemente será ingresado el sujeto de ser entregado, o si debe extenderse a más centros —o incluso a todo el sistema— ante la posibilidad de que este sea objeto de traslados con posterioridad a la entrega.

La trascendencia de la determinación de qué debe ser evaluado, en sus dos manifestaciones —contenido y alcance— es obvia: una amplitud de las condiciones estudiadas, que abarque cualquier aspecto del cumplimiento en prisión, o que se extienda a un número importante de centros penitenciarios, cuando no a todo el sistema, neutraliza la agilidad y celeridad que caracterizan estos instrumentos de reconocimiento mutuo, además de suponer la quiebra del principio de confianza mutua. Pero una información insuficiente, o incluso referida a un centro en el que inicialmente vaya a estar el sujeto pero no de los centros a los que probalemente-

128 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 75.

129 Aclarando además que tal interpretación no es incompatible con la STEDH de 14 de noviembre de 2017, asunto Domján contra Hungría, puesto que esta se limita a declarar la inadmisibilidad del recurso ante él planteado en tanto estos recursos en principio garantizaban una reparación real de las infracciones del CEDH originadas por el hacinamiento en las cárceles y otras condiciones inadecuadas de detención y no se habían agotado las vías de recurso internas, al tiempo que aclaraba su derecho de volver a examinar la eficacia de tales recursos a la luz de su aplicación en la práctica. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafos 75 y 76.

130 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafos 80 y 81.

te sea enviado en un momento posterior, no elimina el riesgo de vulneración del derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante por las condiciones de detención de la persona entregada. Existe además otro peligro, sobre el que volveremos infra: la no concreción de las condiciones de detención puede facilitar que el órgano judicial de ejecución adopte en su análisis estándares de máximos, y no de mínimos, procediendo a juzgar el sistema y las condiciones de ejecución del Estado emisor conforme a su derecho nacional. Nuevamente el equilibrio entre ambos aspectos, mantenimiento de los instrumentos de cooperación y garantía de respeto a los derechos fundamentales, no es sencillo y es lo que pretende avanzar el TJUE en los asuntos ML y Dorobantu.

En Aranyosi y Căldăraru, el TJUE si bien es verdad que no concretó explícitamente qué debía entenderse por condiciones de detención que vulnerasen el art. 4 de la Carta, sí que aportó un primer elemento limitador y que además es característico de la sobrepoblación penitenciaria: su carácter sistémico o generalizado. En efecto, al describir el primero de los juicios que debe realizar la autoridad judicial de ejecución, se refirió a “las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión”¹³¹. Es ese carácter generalizado lo que potencia el riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante de ser entregado a un país con centros que no cumplen los estándares mínimos exigidos para ofrecer un trato digno. También al citar la jurisprudencia del TEDH para recordar la obligación positiva del Estado respecto a las condiciones que garanticen la dignidad humana, en concreto la sentencia por el asunto Torreggiani y otros contra Italia de 8 de enero de 2013, recogió los ámbitos en los que podía plantearse ese comportamiento indigno al referirse no solo a condiciones de detención, sino también a las modalidades de ejecución¹³². Pero las referencias concretas a esas circunstancias no vinieron sino del relato de las condiciones en los sistemas húngaro y rumano mostradas por las sentencias del

TEDH y los informes del CPT referidos por el órgano judicial alemán.

En ML, el TJUE avanza en una mayor concreción. Partiendo, como veremos infra, de los estándares establecidos por el TEDH en la aplicación del art. 3 CEDH, acude a su sentencia de 20 de octubre de 2017, Muršić contra Croacia, de 20 de octubre de 2017 para referir cuándo existe vulneración por las condiciones de detención inadecuadas en un centro penitenciario. La referencia a esta sentencia del TEDH no es circunstancial: es verdad que trae causa de la propia cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial alemán¹³³, pero hay que destacar además que en esta resolución el TEDH ha venido a condensar su jurisprudencia previa en materia de sobrepoblación penitenciaria y lesión del art. 3 CEDH.

Así, tras señalar la necesidad de que los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para dar lugar a la lesión del art. 3 CEDH y que esta depende de todas las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en algunos supuestos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima, se centra en el análisis del espacio como factor para la evaluación general de las condiciones de detención, a partir de la importancia que aquel tiene en la jurisprudencia del TEDH. De esta manera, y siguiendo lo establecido en Muršić contra Croacia¹³⁴, recuerda que existe una fuerte presunción de violación del art. 3 CEDH si el espacio mínimo vital es inferior a 3 m² en una celda compartida, si bien esta presunción puede ser refutada si esa limitación del espacio vital es corta, ocasional y menor, si dicha reducción va acompañada de suficiente libertad de circulación fuera de la celda y de la realización de actividades adecuadas fuera de la misma y si las condiciones generales de detención en el centro son apropiadas y no existen otros aspectos agravantes¹³⁵.

Más allá de lo señalado, el TJUE no identifica en ML qué condiciones de detención deben ser evaluadas en ese doble juicio, lo que por otro lado tampoco es objeto de pregunta por parte del órgano judicial. Sí avanza algo más en su resolución por el asunto Doro-

131 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 89.

132 En concreto: “de la jurisprudencia del TEDH se desprende que el artículo 3 del CEDH impone a las autoridades del Estado en cuyo territorio se lleve a cabo un encarcelamiento la obligación positiva de cerciorarse de que cualquier reo esté recluso en condiciones que garanticen el respeto de la dignidad humana, de que las modalidades de ejecución de la medida de privación de libertad no expongan al recluso a una angustia o a dificultades cuya intensidad supere el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión, y de que, dadas las limitaciones prácticas del encarcelamiento, se vele adecuadamente por la salud y el bienestar del recluso”. STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 90.

133 Que expresamente pregunta al TJUE si “las condiciones de detención deben evaluarse sobre la base de la jurisprudencia del TEDH establecida en su sentencia de 20 de octubre de 2016, Muršić contra Croacia”. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 40.

134 En concreto, en sus párrafos 97, 122, 124 y 138.

135 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 91 a 93.

bantu¹³⁶, señalando que ese control, en tanto deriva del art. 4 que recoge con carácter absoluto la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, “ha de basarse en una evaluación global de las condiciones materiales de reclusión pertinentes”, afirmando que un control de las condiciones de reclusión, limitado exclusivamente a las deficiencias manifiestas, no garantizaría el respeto a la dignidad humana¹³⁷.

Eso sí, en su resolución ante el asunto ML ya se había pronunciado sobre el sentido y el riesgo de la solicitud de información sobre aspectos de la detención que se alejasen de las condiciones reales y precisas de la detención de la persona afectada a la luz de los factores señalados en su sentencia en cuanto al espacio mínimo vital y la posibilidad de su aceptación si su duración es corta, al tiempo y actividad fuera de la celda y a la adecuación del resto de condiciones de detención. En concreto, advirtió de que de las 78 preguntas formuladas por el Ministerio Fiscal de Bremen —y no contestadas por las autoridades húngaras—, si bien algunas eran pertinentes para tal apreciación, otras se referían a aspectos que no lo eran “como, por ejemplo, las posibilidades de culto religioso, la posibilidad de fumar, las modalidades de lavado de la ropa y la presencia de barras o persianas de láminas en las ventanas de las celdas”¹³⁸. Tal extensión en cuanto al contenido de las preguntas bloquea una respuesta útil por parte de las autoridades del Estado miembro emisor que no puede adecuarse a la brevedad de los plazos previstos en el art. 17 DM para la ejecución de la ODE. Por ello concluyó de manera muy categórica que “una solicitud de esta naturaleza, que tiene como consecuencia el bloqueo de la ejecución de la orden de detención europea, no es compatible con el deber de cooperación leal previsto en el art. 4.3 párrafo primero del TUE”¹³⁹. Ese

riesgo deja de ser tal y se materializa como bloqueo en sí en el caso alemán cuando, como reconoció el Ministerio Fiscal de Bremen, esta solicitud de 78 cuestiones se enviaba de oficio a las autoridades de tres Estados miembros emisores (entre los que está Hungría) y tuvo como efecto que, a falta de una resolución del órgano jurisdiccional emisor, no se estuviera ejecutando ninguna ODE emitida por un órgano judicial de uno de esos tres Estados miembros.

En efecto, si no se quiere dinamitar la cooperación judicial en este ámbito, es necesario delimitar correctamente qué condiciones deben ser seleccionadas y conforme a qué estándares. En cuanto a lo primero, y en la ausencia de una regulación o estándares elaborados en el seno de la UE, la guía nos la ofrecen los distintos órganos del Consejo de Europa que se han ocupado de las condiciones de detención y, en particular, de las más afectadas por las situaciones de sobrepoblación hasta el punto de que pueda hablarse de trato inhumano o degradante por su degradación. En su labor de garante de los derechos del CEDH, el TEDH ha entendido que las condiciones de sobrepoblación suponían una vulneración del art. 3 ya por la misma falta de espacio vital en los casos más graves, ya por la suma de factores propiciados por el hacinamiento que dan lugar a situaciones de insuficiente nivel de privacidad, acceso limitado al agua, condiciones insalubres, falta de calefacción, de higiene y/o alimentación adecuada, contracción de enfermedades o empeoramiento de las ya existentes o falta de actividades fuera de la celda, situaciones que además se ven agravadas conforme aumente el período temporal en el que se sufran¹⁴⁰. Por otro lado, en cuanto al espacio vital mínimo, y los estándares que fijan el espacio mínimo de cada interno en 6m² en celda individual y en 4m² en la colectiva¹⁴¹, el CPT ha aclarado

136 Puesto que la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal alemán de Hamburgo era sobre qué condiciones mínimas de reclusión podían exigirse, en virtud del art. 4 de la Carta, a la hora de aplicar la Decisión Marco 2002/584. STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, párrafo 36.

137 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, párrafo 61, recordando en este punto lo apuntado por el Abogado General Campos Sánchez-Bordona en sus Conclusiones presentadas el 30 de abril de 2019, párrafo 107. Como señala en sus Conclusiones, “la exigencia absoluta que el derecho de la UE impone no concierne a las normas sobre las condiciones de reclusión, sino al respeto de la dignidad humana y de la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes como consecuencia de esas condiciones de reclusión, de conformidad con los artículos 1 y 4 de la Carta”, párrafo 106.

138 También el Abogado General Campos Sánchez-Bordona, en sus Conclusiones Generales, había remarcado que la solicitud de información debe limitarse a lo esencial en cada caso, siendo el propósito verificar si existe un riesgo real de que la persona buscada sea sometida a un trato inhumano o degradante con lo que no debería abarcar tal solicitud otras cuestiones, incluidas las relacionadas con el sistema penitenciario, que no guarden una relación estricta con ese riesgo específico y estén referidas al mayor o menor grado de bienestar de los reclusos. *Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona*, presentadas el 4 de julio de 2018, párrafo 75.

139 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 103 a 105.

140 RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit., pp. 11 y 12.

141 Y que recientemente han sido revisados para proponer la adopción de unos estándares más exigentes en cuanto al espacio en celda colectiva, de tal manera que sobre el mínimo de 6m² se sumen 4m² más por cada interno que comparta espacio en un mismo habitáculo (así, una celda con dos debe tener un espacio de al menos 10m²). *Estándares del CPT sobre espacio vital de los centros penitenciarios*. CPT/Inf (2015) 44.

que para poder ser equivalentes a un trato inhumano o degradante las celdas deben estar gravemente sobrepobladas o, como ocurre en la mayoría de los casos, combinar una serie de elementos negativos como un número insuficiente de camas, mala higiene, infestación de plagas, ventilación, calefacción o luz insuficientes o falta de anexos sanitarios en la celda —con el consecuente uso de cubos o botellas a tal fin—. Además de las condiciones materiales, en esa evaluación individual, el CPT tiene también en cuenta el régimen de vida de los internos en lo referido al tiempo fuera de la celda, el tiempo de ejercicio al aire libre o la posibilidad de contactos familiares¹⁴².

Por tanto, a nuestro juicio la solicitud de información debería concretarse en aquellos aspectos referidos tanto a las condiciones materiales de la celda, módulo y espacios comunes y asistenciales del centro penitenciario —o centros penitenciarios— de reclusión, para poder evaluar los aspectos referidos al espacio vital y a las condiciones mínimas de salubridad e higiene, así como a los aspectos regimentales directamente referidos a las posibilidades de ejercicio y realización de actividades fuera de celda y de contactos con otras personas y familiares¹⁴³; información que, en todo caso, debe particularizarse a partir de las evidencias que, a través de los informes, sentencias, documentos, etc, han servido para generar esa duda sobre las condiciones de detención y han fundamentado la realización del primer juicio por parte del órgano judicial de ejecución y la necesidad del segundo juicio sobre su posible afección al sujeto en concreto¹⁴⁴.

Esa también parece ser la postura del TJUE en la última de sus resoluciones, por el asunto Dorobantu, al contestar a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal alemán de Hamburgo en las que se le preguntaba sobre la existencia de unos requisitos mínimos absolutos en cuanto a las dimensiones de las celdas, la relevancia de si se trataba de una celda individual o colectiva, la forma de valoración de las dimensiones de la celda o de las instalaciones así como de los regímenes de cumplimiento de la pena. Delimitando su respuesta a los casos de encarcelamiento en celda colectiva, que sería la situación prevista para el Sr. Dorobantu de procederse a su entrega, el TJUE y partiendo nuevamente de la jurisprudencia del TEDH —particularmente de la STEDH de 20 de octubre de 2016, Muršić contra Croacia— ante la carencia de normas mínimas sobre esta materia en el Derecho de la UE, reitera la fuerte presunción de violación del art. 3 CEDH que se plantea ante condiciones de reclusión con un espacio personal inferior a 3 m², presunción que podrá ser refutada si tal reducción es breve, ocasional y de escasa importancia; si van acompañadas de una libre circulación suficiente fuera de la celda y de actividades adecuadas fuera de ella; y, en tercer lugar, si el establecimiento ofrece con carácter general condiciones de reclusión adecuadas y no está sometida la persona en cuestión a otros factores que agraven su condición de reclusión¹⁴⁵. Pero también siguiendo la jurisprudencia del TEDH y, en concreto, la resumida en la sentencia mencionada, el TJUE añade que en los casos de espacio personal en celda colectiva de entre 3 y 4 m² el factor espacial sigue siendo un elemento importante para apreciar si las condiciones de

142 *Estándares del CPT sobre espacio vital de los centros penitenciarios*. CPT/Inf (2015) 44. Más detenidamente, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: "¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? A propósito del «procés» catalán", *Revista General de Derecho Penal* nº 29, 2018, p. 23.

143 También a estas condiciones se refiere el Parlamento Europeo, en su *Resolución de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios*, cuando en su punto 9 "hace un llamamiento a los Estados miembros para que propongan a los reclusos un programa equilibrado de actividades y les permitan pasar tantas horas al día fuera de sus celdas como sea necesario para alcanzar un nivel adecuado de interacción social y humana y reducir el nivel de frustración y violencia; destaca que las instalaciones para los reclusos y, en particular, las condiciones de sueño, deben respetar la dignidad humana y la intimidad y cumplir requisitos sanitarios e higiénicos, teniendo debidamente en cuenta las condiciones climáticas y especialmente la superficie, el contenido cúbico de aire, la iluminación, evitando unos niveles elevados de ruido, la calefacción y la ventilación; pide a los Estados miembros que adopten una definición común del "espacio mínimo" que se debe proporcionar a cada recluso (...)". P8 TA(2017)0385, (2015/2062 (INI)).

144 En este sentido, muchos de los participantes en el debate organizado en 2017 por Eurojust para analizar los problemas de la euroorden en cuanto a las condiciones de las prisiones manifestaron que ante la falta de un estándar mínimo europeo en muchos aspectos, como por ejemplo el del número de metros cuadrados de las celdas y a su valoración como lesivo para el art. 3 CEDH, cuando se tratase de menos de tres metros por persona, sería uno de los casos en los que sería necesaria información adicional para evaluar las condiciones generales de la celda (como el acceso directo a la luz del día, la posibilidad de ventilación natural o la existencia de servicios higiénicos individuales) así como la información sobre el tipo de régimen penitenciario que se aplica (cerrado, semiaabierto, abierto) y sobre la posibilidad de realizar actividades en el exterior. Otros asistentes pusieron también sobre la mesa la importancia de otras cuestiones como la seguridad, el tratamiento de la salud y la igualdad dentro de las prisiones (en particular, la no discriminación por motivos de orientación sexual). Eurojust: *The EAW and Prison conditions. Outcome report of the College thematic discussion*, 16 de mayo de 2017, p. 2. En este debate algunos participantes sugirieron que Eurojust podría crear una plantilla con el tipo de información que podría solicitarse, dependiendo de las circunstancias del caso, p. 3.

145 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, párrafos 72 y 73.

reclusión son adecuadas, pudiendo concluirse que existe la violación del art. 3 CEDH si va acompañado de malas condiciones materiales de reclusión¹⁴⁶. E incluso estos otros aspectos referidos anteriormente son adecuados para la valoración de una posible vulneración del art. 3 CEDH aunque el recluso disponga de más de 4 m² de espacio personal en celda colectiva¹⁴⁷. También la forma del cálculo de tal espacio la realiza, ante la ausencia de normas propias en la UE, a partir de la jurisprudencia del TEDH: si bien no será preciso tener en cuenta la superficie ocupada por las instalaciones sanitarias, sí debe incluirse en el cálculo de la superficie el espacio ocupado por los muebles, precisando, a partir de la jurisprudencia del TEDH en el asunto Muršić, que los reclusos deben conservar la posibilidad de moverse con normalidad por la celda¹⁴⁸.

En segundo lugar, en el análisis del caso concreto objeto de las cuestiones prejudiciales, el TJUE había introducido en su resolución por el asunto ML otro aspecto que debe ser tenido en cuenta: el del tiempo de sometimiento del sujeto a tales condiciones de escasez de espacio¹⁴⁹. Reconoce en este sentido que, si bien la jurisprudencia del TEDH ha indicado que la duración del período de detención es un factor pertinente en la evaluación de la gravedad del sufrimiento o humillación del detenido bajo condiciones inadecuadas, “la relativa brevedad de un período de detención no significa automáticamente que el trato de que se trata quede fuera del ámbito de aplicación del art. 3 CEDH”¹⁵⁰. En consecuencia, concluye que “el hecho de que la detención en tales condiciones sea temporal o transitoria no

excluye, por sí solo, todo riesgo de trato inhumano o degradante en el sentido del art. 4 de la Carta”¹⁵¹, de tal manera que la evaluación la amplía también con esta afirmación a los lugares de detención breves o temporales.

Por último, y como consecuencia del carácter excepcional, como último recurso, de la petición urgente de información complementaria, desarrolla el TJUE en el asunto ML lo que podríamos denominar como “delimitación espacial” de la evaluación de las condiciones de detención, esto es, a qué centros penitenciarios deberá estar referida de efectuarse finalmente tal evaluación. Entiende en este sentido como “claramente excesiva” la evaluación de las condiciones de detención en todas las prisiones en las que el interesado podría estar detenido en el Estado miembro de emisión puesto que, por regla general, una persona puede ser detenida en cualquier centro penitenciario situado en el territorio de ese Estado y no es posible identificar todas las prisiones en las que se va a detener a una persona en la fase de ejecución de la ODE porque el traslado de prisión puede estar justificado por circunstancias imprevistas o no relacionadas con la persona en cuestión¹⁵². El Tribunal apunta los riesgos que conllevaría una evaluación de tal amplitud: sería imposible cumplir los plazos previstos en el art. 17 DM, retrasando con ello sustancialmente la entrega de esa persona y, en consecuencia, haciendo totalmente ineficaz el funcionamiento del sistema de la ODE y, con ello, generando un riesgo de impunidad para la persona reclamada —particularmente cuando el asunto de la ODE es el ejecutar una pena privativa

146 Entre las que cita expresamente la falta de acceso al patio de paseo o al aire y la luz naturales, una mala ventilación, una temperatura insuficiente o demasiado elevada en los locales, la falta de intimidad en los aseos o unas malas condiciones sanitarias o higiénicas. STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafo 75.

147 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafo 76.

148 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafo 77. El TJUE valora, respecto al caso concreto del Sr. Dorobantu, que de las observaciones formuladas por el gobierno rumano se desprende que, de ser entregado, quedaría sujeto a un régimen de reclusión que le permitiría disfrutar de una importante libertad de movimientos, además de trabajar, lo que limitaría el tiempo que tendría que pasar en una celda colectiva —con espacio mínimo vital de entre 2 y 3 m²—, si bien señala que es al tribunal remitente a quien corresponde comprobar estos extremos y apreciar cualquier otra circunstancia para valorar si se respeta lo establecido en el art. 3 CEDH solicitando, de ser necesario, información complementaria a Rumanía; parágrafo 78.

149 Y ello en tanto las dudas surgen no de las condiciones de detención del sujeto ML en la prisión de Szombathely, donde el interesado debe cumplir la mayor parte de la pena impuesta en Hungría, sino de la posibilidad de que las condiciones de detención de la prisión de Budapest, donde según las informaciones facilitadas por las autoridades húngaras, deberá pasar un período inicial que en principio no debe superar las tres semanas, respeten ese espacio mínimo vital requerido. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 94 a 96.

150 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 97 y 98. Más cuando el TEDH ha considerado como período breve a estos efectos la detención de unos pocos días, no pudiéndose así considerar el plazo previsto de unos veinte días, que puede además ser prorrogado, del que se está hablando en este caso. Igualmente, STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafo 74.

151 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 100.

152 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 81 y 84.

de libertad¹⁵³—, impunidad incompatible con el objetivo perseguido por la DM y por el art. 3.2 TUE¹⁵⁴. Por tanto, y como consecuencia del principio de confianza mutua y de la necesidad de respeto de los plazos fijados para la adopción de la decisión definitiva sobre la ejecución de una ODE, las autoridades judiciales de ejecución “sólo están obligadas a evaluar las condiciones de detención en los centros penitenciarios en los que, según la información de que disponen, se pretende realmente que la persona de que se trate sea detenida, incluso con carácter temporal o transitorio”¹⁵⁵.

Nuevamente el TJUE hace una limitación del alcance de la evaluación, lógica desde la base de la confianza mutua y la defensa de la pervivencia de los instrumentos de cooperación judicial, pero que deja abierta la posibilidad a su utilización laxa —cuando no incorrecta— de tal manera que tras su entrega la persona requerida sea trasladada en un segundo momento a un centro distinto a los referidos en su información al órgano judicial de ejecución en el que no se garantice el no sometimiento a un trato inhumano o degradante por las condiciones deficitarias de detención. El evidente riesgo para los derechos fundamentales que esta situación produciría puede entenderse salvado desde la exigencia de la garantía dada previamente por el órgano judicial de emisión o por la presencia de recursos en la legislación interna del Estado de emisión que le permitan recurrir la vulneración de sus derechos¹⁵⁶; en ambos casos la respuesta a tal vulneración se deja en manos de los órganos jurisdiccionales internos del país solicitante.

4.5. Los estándares de evaluación

La última cuestión por solventar es la referida a cuáles deben ser los estándares utilizados para la evaluación por parte del órgano judicial del Estado de ejecución cuando, en su caso, tenga que valorar si las condiciones deficitarias de detención detectadas de manera sistémica en el Estado emisor pueden poner en riesgo individual de sufrir un trato inhumano o degradante al sujeto reclamado de aceptarse su entrega.

En este aspecto debemos diferenciar las fuentes de las que provienen los indicios que evidencian tal situación sistémica o generalizada de sobrepopulación penitenciaria en uno o varios centros del Estado emisor, de aquellas otras que sirvan como parámetro de evaluación para valorar si pueden llegar a ser consideradas como inhumanas o degradantes a la vista del art. 4 de la Carta.

Respecto a las primeras, ya en Aranyosi y Căldăraru, el TJUE señaló que las evidencias de tal situación “podían proceder en particular de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas”¹⁵⁷. Si bien no limita el juicio a estas últimas, por lo que no actúan en ningún caso como *numerus clausus*¹⁵⁸, sí parece resaltar el valor de las resoluciones judiciales del mismo Estado miembro emisor; así como de las sentencias del TEDH y de las decisiones, informes u otros documentos elaborados

153 Cuando, como en el caso estudiado, la autoridad judicial de ejecución ha comprobado que las condiciones de aplicación del motivo de no ejecución facultativa del art. 4.6 DM, que permite al Estado miembro de emisión comprometerse a ejecutar dicha pena de conformidad con su derecho interno con vistas a aumentar las posibilidades de reinserción, no se cumplieron. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 85. Los mismos argumentos son esgrimidos por el TJUE en su sentencia por el asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, párrafos 64 a 66.

154 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 86.

155 Lo que en el caso estudiado se concreta en los centros señalados por la autoridad judicial emisora, la prisión de Budapest donde estará en un periodo de una a tres semanas y la prisión de Szombathely, a la que será trasladado después. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafos 87 a 89. Ya el Abogado General Campos Sánchez-Bordona había manifestado que no había ninguna razón para que la información solicitada se refiriera a todas las prisiones del Estado miembro de emisión y no sólo a aquellas en las que se alojaría la persona, debiéndose limitar el juicio al lugar previsible, lo que se entendería tanto en cuanto a la prisión donde sería retenida inmediatamente después de su entrega como a la que fuera enviada para su posterior encarcelamiento, debiendo quedar fuera del ámbito de los efectos preVISIBLES de los que puede exigirse conocimiento al Estado de ejecución aquellas prisiones a las que pudiera ser trasladado en el futuro. *Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona*, presentadas el 4 de julio de 2018, párrafos 78 y 79.

156 En este sentido señala el TJUE en el asunto ML, que “la compatibilidad con los derechos fundamentales de las condiciones de detención en los demás centros penitenciarios en los que esa persona pueda estar reclusa en una fase posterior es, de conformidad con la jurisprudencia a que se refiere el apartado 66 de la presente sentencia, una cuestión que compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro solicitante”. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, parágrafo 87.

157 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 89.

158 En este sentido señalaban sobre la resolución del TJUE por los asuntos Aranyosi y Căldăraru que la referencia a estos elementos no debía ser interpretada sino como “un sistema de prueba de mínimos, a los que se les puede —y debe— sumar cualquier otro elemento probatorio admitido por los sistemas procesales nacionales, en virtud del principio de libre valoración de la prueba, de los diferentes Estados miembros de la UE que, necesariamente, ante ese temor real de violación de un derecho fundamental en el Estado de emisión, deberán practicar de oficio o a instancia de cualquiera de las partes”. OLLÉ SESÉ, M., GIMBERNAT DÍAZ, E.: “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., p. 6.

por los órganos del Consejo de Europa o en el sistema de UN. Y ello entendemos por la especial credibilidad del trabajo de ambas organizaciones, y particularmente del Consejo de Europa, ya por su cercanía espacial y su influencia en las legislaciones y praxis de los países miembros, ya porque su estructura a través de la actuación, paralela pero colaborativa, entre sus distintos organismos, le permite actuar tanto en el plano de la prevención (así el Comité de Ministros y sus Recomendaciones o el CPT en sus visitas nacionales) como en el de la condena una vez la lesión a los derechos del CEDH —en este caso al art. 3— se ha producido¹⁵⁹.

Eso sí, ya se trate de fuentes internacionales, ya nacionales, el TJUE requiere que esos elementos sean “objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados”¹⁶⁰. El cumplimiento de tales características debe ser sopesado por el órgano judicial del Estado de ejecución. Y, en la práctica, puede ser fuente de desconfianza y recelos en lo que debería ser una relación de cooperación leal entre los dos Estados. Así queda evidenciado en el caso al que da lugar la resolución por el asunto ML de 2018, dado que, en sus observaciones escritas y en la vista, Hungría negó la existencia de las deficiencias sistémicas y generalizadas en sus condiciones de detención, como había evidenciado el TEDH en el asunto Varga y otros contra Hungría, de 10 de marzo de 2015, sosteniendo que el órgano jurisdiccional de ejecución atribuía una importancia excesiva a esta sentencia y no había tenido en cuenta la existencia de otros elementos posteriores al pronunciamiento de dicha sentencia, como las mejoras introducidas en la vida penitenciaria, las modificaciones legislativas incorporadas para dar cumplimiento a dicha sentencia o las decisio-

nes más recientes del TEDH¹⁶¹. Pero el TJUE elude pronunciarse sobre ello, al entender que en la petición de decisión prejudicial no ha sido preguntado sobre la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en las condiciones de detención en Hungría¹⁶², atribuyendo la “exclusiva responsabilidad” sobre la exactitud de la comprobación al órgano jurisdiccional de ejecución, que es quien deberá comprobar la premisa de la existencia de tales deficiencias “teniendo en cuenta datos debidamente actualizados”¹⁶³. Con ello pierde, a nuestro juicio, una buena oportunidad para cerrar lo que puede ser una fuente de desencuentros futuros entre países miembro.

Eso sí, la necesidad de que esos datos estén debidamente actualizados es vuelta a subrayar por el TJUE en el asunto Dorobantu, en el que acude a la jurisprudencia del TEDH, en concreto, a la STEDH, asunto Romeo Castaño contra Bélgica, de 9 de julio de 2019, señalando que “un tribunal de un Estado parte en el CEDH no podía denegar la ejecución de una orden de detención europea por considerar que la persona buscada corría el riesgo de ser sometida, en el Estado emisor, a condiciones de reclusión que implicaran un trato inhumano y degradante si dicho tribunal no había realizado, con carácter previo, un examen actualizado y pormenorizado de la situación tal como se presentaba en el momento de adoptar su decisión ni había intentado identificar deficiencias estructurales, en las condiciones de reclusión y un riesgo real e individualizable de infracción del art. 3 CEDH de ese Estado”¹⁶⁴.

Distintas a las fuentes de las evidencias que propicien la necesidad de evaluación de las condiciones de detención son aquellas que sirven como parámetro del

159 Un análisis de la función de cada uno de estos tres organismos y su interconexión en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario”, ob. cit. (en prensa).

160 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafos 89 y 94. Apuestan en cambio por una ampliación a cualquier fuente subjetiva, “fundada, a su vez, en una investigación seria y objetiva” que sea apta para acreditar la violación de un derecho fundamental (como la declaración del reclamado, prueba testifical, prueba pericial de expertos, prueba médica, prueba documental de organizaciones de la sociedad civil, Universidades, organizaciones de reconocido prestigio, revistas especializadas, medios de comunicación...), OLLÉ SESÉ, M., GIMBERNAT DÍAZ, E.: “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., p. 6.

161 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 68.

162 STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 69.

163 Y, en concreto, se refiere a la necesidad de que tenga en cuenta las disposiciones de la Ley de 2016, en vigor desde el 1 de enero de 2017, puesto que podrían poner en entredicho tal premisa. STJUE, asunto ML, de 25 de julio de 2018, párrafo 71.

164 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, citando el párrafo 86 de la STEDH, asunto Romeo Castaño contra Bélgica, de 9 de julio de 2019. En esta última sentencia, el TEDH condena a Bélgica por vulneración del artículo 2 (derecho a la vida), al incumplir la obligación de cooperar en el aspecto procesal de este artículo, al negar en dos ocasiones la ejecución de una ODE interpuesta por España para la entrega de una persona acusada de participar en un atentado de ETA en Bilbao y en el que falleció el teniente coronel, Ramón Romeo, aduciendo el riesgo de que fuera sometido en España a condiciones degradantes, que pudieran ir acompañadas de torturas, y con un contacto muy limitado con el mundo exterior. El TEDH entiende que la existencia de un riesgo de trato inhumano o degradante debe basarse en pruebas objetivas suficientes, no habiendo realizado la sala de lo penal belga un examen actualizado y pormenorizado de la situación acaecida en 2016 (pues se había basado en un informe del CPT de 2011), ni habiendo identificado un riesgo real e individualizable o de carencias estructurales en las condiciones de detención en España), señalando además que ha habido muchas ODE de miembros de ETA y de que Bélgica no había solicitado información complementaria para verificar la existencia de un riesgo concreto y real de vulneración del art. 3 CEDH; párrafos 82 a 86.

doble juicio sobre si pueden ser consideradas como lesivas del art. 4 de la Carta de aplicarse al sujeto reclamado si es entregado. Por tanto, esas fuentes deben ser, en primer lugar, utilizadas para evaluar tanto las condiciones generales de detención para evidenciar esa existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas, contrastándolas con los elementos procedentes de esas resoluciones judiciales internacionales o del Estado miembro emisor o decisiones, informes u otros documentos elaborados en el Consejo de Europa o en UN. Pero también deben ser utilizadas para evaluar su posible incidencia en el sujeto reclamado, analizando conforme a ellas los datos que le hayan sido facilitados, inicialmente o vía solicitud con arreglo al art. 15.2 DM, al órgano judicial de ejecución y de, señala el TJUE en Aranyosi y Căldăraru, “cualquier otra información de la que disponga la autoridad judicial de ejecución”¹⁶⁵, lo que no hace sino ampliar el ámbito de las fuentes más allá de lo que el Estado de ejecución facilite y abrir la posibilidad a un desencuentro entre Estados¹⁶⁶. Si bien sobre esto último el TJUE en su resolución ML no dice nada en concreto, sí parece que lo supere en cierta medida con la previsión de que la garantía de no sometimiento a tales condiciones pueda hacer innecesario el juicio si no se disponen de evidencias que lo contraríen (vid supra).

La determinación de las fuentes que deben servir para la realización de tal doble evaluación nos lleva a otra de las grandes cuestiones todavía por resolver en el marco de la UE, esto es, la necesidad de establecer estándares comunes a todos los países miembros en la regulación de las condiciones de detención y en la administración adecuada de las prisiones¹⁶⁷.

Mientras tanto, el mínimo común denominador son los estándares trabajados, durante décadas, en el seno del Consejo de Europa. Y en tanto, como señala el art.

52 de la Carta de Derechos Fundamentales, el sentido y alcance de los derechos fundamentales en ella contenidos serán iguales a los que les confiere el CEDH, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa, el art. 4 de la Carta debe ser interpretado conforme al contenido y alcance otorgado al art. 3 CEDH por el TEDH.

En todo caso, y en cuanto al alcance de esta evaluación, hay que señalar que no puede ser una equiparación de máximos ni ajustada al posible mayor nivel de exigencia de la normativa nacional interna del Estado de ejecución de la ODE. El TJUE ya lo aclaró en su sentencia por el asunto Melloni, afirmando que la interpretación de la posibilidad de aplicación del estándar de protección de los derechos fundamentales garantizados por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión¹⁶⁸. A ella vuelve el TJUE en el asunto Dorobantu, cuando subraya que: “si bien los Estados miembros disponen de la facultad de establecer, para sus propios sistemas penitenciarios, unas exigencias mínimas en términos de condiciones de reclusión que sobrepasen las que se derivan del art. 4 de la Carta y del art. 3 CEDH, tal como lo interpreta el TEDH, un Estado miembro, en cuanto Estado miembro de ejecución, únicamente puede supeditar la entrega al Estado miembro emisor de la persona objeto de una orden de detención europea a la satisfacción de estas últimas exigencias, y no a la satisfacción de las que resulten de su Derecho nacional. En efecto, la solución contraria, al poner en entredicho la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por el Derecho de la Unión, menoscabaría los principios de confianza y de reconocimiento mutuos que la Decisión Marco 2002/584 pretende reforzar y,

165 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 98.

166 En este sentido es interesante la propuesta realizada por algunos de los asistentes al debate temático realizado en sede de Eurojust sobre la Euroorden y las condiciones de detención en febrero de 2017 de que sería beneficioso el intercambio de jurisprudencia nacional a través de Eurojust de modo que las autoridades nacionales pudieran aprender de sus colegas en el extranjero y comprender mejor cómo interpretar determinadas cuestiones. el Informe de Eurojust: *The EAW and Prison Conditions. Outcome report of the College thematic discussion*, de 16 de mayo de 2017, p. 2. También se subrayó la importancia del diálogo entre autoridades y actuaciones como las reuniones de coordinación organizadas por Eurojust o incluso las visitas a prisiones de otros Estados por parte de delegaciones de autoridades judiciales, lo que permitía comprender mejor las condiciones penitenciarias de los otros Estados; p. 3.

167 Así también en su Resolución de 2 de abril de 2014 sobre la revisión intermedia del Programa de Estocolmo, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión Europea que reconsiderara el establecimiento de medidas comunes para mejorar los estándares de detención y de garantía de un correcto funcionamiento de las prisiones.

168 STJUE, asunto Melloni de 26 de febrero de 2013, párrafos 56 y 58. También el Dictamen 2/13 del Pleno del TJUE de 18 de diciembre de 2014, sobre la compatibilidad con los Tratados del Proyecto de Acuerdo de adhesión de la UE al CEDH, afirma que: “cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión” (párrafo 192). Igualmente lo recuerda el TJUE en su Sentencia de 25 de julio de 2018, por el asunto ML, párrafo 50.

por consiguiente, se comprometería la efectividad de dicha Decisión¹⁶⁹.

En este sentido, si se entiende, como así debería a nuestro juicio, que es necesaria la adopción de estándares de mayor exigencia para los países miembro de la UE, sería necesario acometer en el seno de ésta tal procedimiento para armonizar, en la medida de lo posible, el ámbito de la ejecución de las sanciones privativas de libertad.

4.6. Los efectos sobre la ODE.

Una vez recibida la información y tras proceder a ese segundo juicio, dos son las posibilidades que dibujó el TJUE en el asunto Aranyosi y Căldăraru.

Si la información recibida por la autoridad judicial del Estado de ejecución por parte de la autoridad judicial emisora permite excluir la existencia de un riesgo real de que la persona requerida pueda sufrir un trato inhumano o degradante de ser entregada, aquella deberá tomar la decisión sobre la ejecución de la ODE en los plazos establecidos por la Decisión Marco, eso sí, sin perjuicio de que la persona pueda, tras su entrega, hacer uso de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico del segundo para impugnar, en su caso, la legalidad de las condiciones de reclusión en un establecimiento penitenciario de ese Estado miembro¹⁷⁰.

Es necesario subrayar cómo si bien la evaluación del primero de los juicios, el riesgo real de vulneración de los derechos fundamentales, se puede detectar a partir de un amplio abanico de fuentes de información, para excluir la existencia de riesgo real parece bastarle al TJUE en el asunto Aranyosi y Căldăraru con la información facilitada por la autoridad judicial del Estado emisor¹⁷¹. Si bien ello no es sino consecuencia del principio de confianza mutua entre los Estados miembros que sustenta estos instrumentos, como en el caso de entender suficiente la emisión de garantías, no deja de evidenciar cierta contradicción. Esta puede ser salvada entendiendo que precisamente la presencia de tal riesgo evidenciada por fuentes de distinta naturaleza pero que puedan ser entendidas como objetivas, fiables, precisas y debidamente actualizadas, posibilita —cuando no requiere— no solo un juicio mayor del riesgo concreto al que se sometería al sujeto requerido de ser entregado,

sino la solicitud de garantías de que este no va a producirse.

Si a la luz de la información facilitada por el Estado emisor y de cualquier otra información de que disponga la autoridad judicial del Estado de ejecución, esta constata que existe un riesgo real de trato inhumano o degradante en el sentido del art. 4 de la Carta para la persona sobre la que se ha emitido la ODE, “deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse”¹⁷².

En este caso, el Estado miembro de ejecución informará a Eurojust conforme a lo establecido en el art. 17.7 DM, precisando los motivos de la demora¹⁷³. Se trata nuevamente de un intento de restricción por el TJUE de los casos en los que puede denegarse la ODE por riesgo de vulneración de los derechos fundamentales con el fin de salvaguardar la vigencia de este instrumento de cooperación judicial. Mientras tanto, la autoridad judicial de ejecución tendrá que pronunciarse sobre el mantenimiento de la detención de la persona de que se trate. En este sentido, señala el TJUE que sólo podrá decidir mantener en detención a la persona si el procedimiento de ejecución de la ODE se ha llevado a cabo con la suficiente diligencia y, en consecuencia, la duración de la detención no es excesiva, teniendo además en cuenta, en el caso de que aquella se haya adoptado para el ejercicio de acciones penales, el principio de presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad en la limitación de cualquier derecho o libertad reconocidos en la Carta “ya que la emisión de una orden de detención europea no puede justificar que se mantenga en detención a la persona de que se trate sin límite temporal alguno”¹⁷⁴. Si en atención a ello la autoridad judicial decide poner fin a la detención de la persona buscada, en virtud de los artículos 12 y 17.5 DM deberá acompañar la libertad provisional de las medidas que considere necesarias para evitar su fuga y velar por el cumplimiento de las condiciones materiales necesarias para su entrega efectiva en tanto no haya tomado la decisión definitiva sobre la ejecución de la ODE¹⁷⁵.

El último de los escenarios posibles, y que trata de ser evitado con la formulación del estadio previo del aplazamiento por parte de la sentencia Aranyosi y Căldăraru

169 STUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, parágrafo 79.

170 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 103.

171 También señalado por OLLÉ SESÉ, M., GIMBERNAT DÍAZ, E.: “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., p. 6.

172 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 98.

173 Y, en el caso de que un Estado miembro haya sufrido de forma repetida demoras en la ejecución de ODEs por parte de otro Estado miembro por estos motivos, informará al Consejo con el objetivo de evaluar la aplicación por parte de los Estados miembros de la DM. STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 99.

174 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 100.

175 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, parágrafo 101.

dáraru y con la restricción del juicio sobre las condiciones de las prisiones por parte de las sentencias ML y Dorobantu, se plantea si “la existencia de ese riesgo no puede excluirse en un plazo razonable”, debiendo entonces la autoridad judicial del Estado de ejecución “decidir si procede poner fin al procedimiento de entrega”¹⁷⁶.

En todo caso, y es esta quizá la cuestión más relevante a nuestro juicio de la STJUE en el asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, el resultado de tal valoración, cuando se concluya que existe un riesgo real, actual e individualizado de vulneración del art. 3 CEDH de ser admitida la ejecución de la ODE, no puede en ningún caso ser sujeta a limitaciones en garantía de otros fines o consideraciones, como la priorización de la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y los principios de confianza recíproca y de reconocimiento mutuos. Como señala el Tribunal, estos principios “no pueden servir de contrapeso a la constatación por parte de la autoridad judicial de ejecución de que existen razones serias y fundadas para creer que dicha persona correrá, tras ser entregada al Estado miembro emisor, un riesgo real de ser sometida a un trato inhumano o degradante, debido a las condiciones de reclusión imperantes en el establecimiento penitenciario en el que se prevea en concreto encarcelarla”. Ello no deriva sino del carácter absoluto del derecho contenido en el art. 4 de la Carta, en el mismo sentido que lo ha señalado del art. 3 CEDH el TEDH¹⁷⁷.

5. Perspectivas de futuro

El problema de desconfianza entre los órganos judiciales de algunos países por las condiciones de los sistemas penitenciarios de otros Estados miembros de la UE a la hora de cooperar judicialmente con ellos en la entrega de personas acusadas o condenadas, y que ha tratado de ser delimitado, a la vez que minimizado, por las resoluciones del TJUE aquí analizadas, evidencia determinadas cuestiones que sin duda deberán ser objeto de consideración en el futuro más cercano.

Mirando hacia atrás, llama poderosamente la atención la falta de previsión de los redactores de los instrumentos de cooperación judicial de mecanismos que permitieran excepcionar la entrega de personas requeridas ante la existencia de un riesgo real de vulneración de sus derechos fundamentales. Por más que se pueda buscar una explicación basada en la confianza —optimista, sino casi ciega— sobre la asunción y el respeto a los valores comunes de la UE, capitaneados por el respeto a la dignidad humana, por parte de todos los Estados miembros, supone un desconocimiento no admisible de un problema sistémico, como el de la sobrepoblación penitenciaria, que venía afectando a numerosos sistemas penitenciarios europeos hasta el punto de llegarse a considerar que se creaban situaciones contrarias a la dignidad y que había sido puesto por manifiesto por los distintos organismos del Consejo de Europa. En efecto, se trata de un olvido irresponsable puesto que la situación de sobrepoblación y su afeción a los derechos de la CEDH lleva siendo una preocupación de décadas del Consejo de Europa y el TEDH ya había evidenciado la vulneración del art. 3 CEDH en

176 STJUE, asuntos Aranyosi y Căldăraru, de 5 de abril de 2016, párrafo 104. En este sentido, en sus conclusiones en el caso ML., el Abogado General Campos Sánchez-Bordona, tras recordar que la jurisprudencia del TJUE en el asunto Aranyosi y Căldăraru no significa inevitablemente que si se detecta un riesgo de infracción del art. 4 de la Carta, tras la recepción de la información complementaria, la autoridad judicial de ejecución deba negarse a permitir la entrega de la persona buscada, no debiéndose terminar automáticamente el procedimiento una vez se haya identificado tal riesgo, añade que en su opinión al referirse a “poner fin” al procedimiento de entrega en lugar de a “denegación o no ejecución” de la ODE, el TJUE está transfiriendo en cierta medida la responsabilidad de la continuación del procedimiento a las autoridades judiciales que no responden a las solicitudes de información complementaria. En estos casos en los que no haya sido posible descartar la existencia de un riesgo debido a que el órgano jurisdiccional emisor no haya respondido a una solicitud de información enviada por el órgano jurisdiccional de ejecución, este podrá ponerse en contacto con aquel para informarle de que, en tales circunstancias, el procedimiento de entrega no continuará. *Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona*, presentadas el 4 de julio de 2018, párrafos 81 a 85. Ahora bien, como concluyeron los participantes en el encuentro realizado por Eurojust en 2017 para tratar de los problemas de la orden de detención europea en relación a las condiciones de las prisiones, las posibles salidas alternativas de no poderse descartar la existencia de un riesgo real tras la recepción de la información suplementaria no están exentas de problemas. Distinguiendo en si la ODE lo era para el enjuiciamiento o para la ejecución de una sentencia, los participantes consideraron que en el primer caso una posible solución podría ser la remisión de las actuaciones para evitar con ello la puesta en libertad de la persona reclamada, aunque algunos alertaron de que la mera constatación de que las condiciones de detención son deficientes en otro Estado miembro no constituye una base jurídica suficiente para que un Estado miembro se haga cargo de un procedimiento penal, además de que la remisión de los procedimientos dependería de muchos otros factores, como el marco jurídico del Estado miembro de que se trate. Y respecto a los casos de ODE emitidas para la ejecución de una condena, se puso de manifiesto que no siempre podría aplicarse la Decisión Marco sobre el traslado de personas condenadas por no concurrir los criterios específicos incluidos en la misma, particularmente respecto a la inserción y al consentimiento. Eurojust: *The EAW and prison conditions. Outcome report of the College thematic discussion*, 16 de mayo de 2017, p. 4.

177 STJUE, asunto Dorobantu, de 15 de octubre de 2019, párrafos 82 a 84.

situaciones sistémicas de sobrepoblación en diferentes países miembros de la UE.

Tal imprevisión supuso, además, en palabras coloquiales, “empezar la casa por la ventana”, puesto que la cooperación judicial basada en el reconocimiento y confianza mutuas requiere de la existencia de sistemas más o menos homogéneos también en un ámbito tan relevante como el de la ejecución penal, como mínimo en la garantía del respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en sus centros penitenciarios.

Ello seguramente está en consonancia con el desinterés que, hasta hace poco tiempo, han tenido las instituciones de la UE por el ámbito de la ejecución, bien en un primer momento por considerar que era un ámbito propio de la soberanía estatal de cada Estado miembro, bien por entender que en tanto todos los países de la Unión son parte del Consejo de Europa donde sus distintos órganos, particularmente el Comité de Ministros a través de sus Recomendaciones, el CPT a través de sus estándares y el TEDH con su jurisprudencia, han ido trazando una suerte de *soft-law* penitenciario que sirve para articular una armonización, de mínimos, de la ejecución penitenciaria. Sin embargo, su alcance también es relativo, tanto por el carácter no vinculante de los estándares, recomendaciones y directrices emitidos por los dos primeros como por la disparidad de los sistemas, regulaciones y praxis de los 47 países que conforman el Consejo de Europa y que condicionan que tal armonización lo sea siempre de mínimos.

En sus resoluciones por los asuntos Aranyosi y Căldăraru, ML y Dorobantu, el TJUE ha tratado de limitar esa desconfianza surgida en la cooperación judicial dibujando en la primera el procedimiento de evaluación de las situaciones excepcionales que, por riesgo real e individualizado de vulneración de los derechos de la persona requerida, pueden justificar la denegación de una ODE, y concretando en la segunda y tercera cuándo debe procederse a tal revisión, en qué aspectos debe recaer y el papel de las garantías ofrecidas por el Estado emisor, todo ello con la voluntad de volver a la senda de la confianza mutua. En este sentido se puede decir que tras la sentencia por el asunto Aranyosi y Căldăraru, se inicia una nueva fase de relación entre los países de la UE en la ejecución de la ODE donde comienzan a pedirse, y darse, garantías de no sometimiento de la persona requerida, de ser entregada, a un trato inhumano o degradante. Si bien esto puede tener una lectura negativa, en tanto pone sobre la mesa la existencia de esas desconfianzas entre Estados miembros de la UE, evidenciando que esa ideal confianza

mutua no es inquebrantable, también tiene una lectura positiva puesto que comienza a procederse a una nueva forma de cooperación entre países, con formulación de garantías adicionales que respetan el núcleo elemental de los derechos fundamentales, con especial atención al procedimiento de ejecución.

Reconociendo el valor de estas resoluciones en el diseño del procedimiento que debe seguirse por parte del Estado de ejecución de una ODE cuando tenga indicios reales y actuales de la existencia de un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de la persona requerida de ser entregada debido a las condiciones de las prisiones del Estado emisor, y en la delimitación de qué elementos, y respecto a qué centros, debe procederse a la evaluación de dicho riesgo, sin embargo estas resoluciones si bien pueden reducir los conflictos y desconfianzas planteadas, seguramente no puedan evitar del todo los problemas que ya se habían evidenciado con la puesta en marcha de estos instrumentos de cooperación judicial y que puede dar lugar a situaciones no queridas. La primera de ellas es la ya referida de bloqueo de ODE entre ciertos países. Otra es la configuración de prisiones “de primera” o de “segunda” por parte de los Estados con problemas de sobrepoblación, garantizando que las personas requeridas por una ODE irán destinadas a las primeras, a aquellas en las que no haya problemas de sobrepoblación y se respeten los estándares mínimos establecidos, pero sin garantizarlo respecto al resto de centros y a las personas privadas de libertad que en ellos se encuentren. O, en tercer lugar, que se consoliden prácticas como las que ya se han dado en algún caso como por parte del Estado rumano, de retirada de la ODE ante la solicitud de garantías, trasladando el problema de la actuación sobre la persona requerida al país de recepción de la orden.

Mirando hacia el futuro, la UE no puede ignorar durante más tiempo las consecuencias del uso de ese Derecho penal que pretende armonizar y que se materializa en la ejecución de las penas. Superar esta situación plantea a su vez varios retos que deberán ser afrontados en los próximos años. Por un lado, es verdad que, no siendo el ámbito de la ejecución, y con ello el derecho penitenciario, una competencia asumida por la UE, no podemos sin embargo obviar la relevancia de la normativa europea y de la jurisprudencia del TJUE como fuentes mediatas para la interpretación y aplicación del Derecho penitenciario de los países miembros¹⁷⁸. Y los instrumentos elaborados para la cooperación judicial entre los Estados miembros, en tanto implican el reconocimiento de resoluciones judiciales que propician la ejecución de penas privativas de libertad en

178 Así lo afirma, en cuanto a su influencia en el Derecho penitenciario español, MESTRE DELGADO, E.: “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea”, ob. cit., p. 1.

el Estado emisor de tales instrumentos, conducen a la configuración de un “espacio europeo penitenciario”¹⁷⁹. Pero, por otro, ese espacio europeo penitenciario debe ser dotado de un contenido. En tal diseño será necesario elegir el camino a seguir: bien la construcción, cuando no integración, de los estándares de ejecución a partir de los ya existentes elaborados por los distintos organismos del Consejo de Europa, particularmente el Comité de Ministros con sus Reglas Penitenciarias Europeas —en su última versión de 2006— y sus distintas Recomendaciones en materia de penas, alternativas penales y ejecución¹⁸⁰, y del CPT y sus estándares penitenciarios, tanto en su contenido como, en su caso, en una colaboración transversal de algunos de sus organismos de actuación (CPT, Conferencias de Directores Generales de las Administraciones Penitenciarias y de los servicios de *Probation*, Comisión Europea de Problemas Criminales, Consejo de Cooperación Penológica,...)¹⁸¹; o bien la configuración de unos estándares de ejecución propios, incluso de mayor exigencia que los mínimos necesarios para proyectarse sobre países tan heterogéneos como los 47 que conforman el Consejo de Europa, lo que requeriría tanto la armonización en vía legislativa como el diseño y articulación de mecanismos de control propios. En esta última dirección son significativos algunos de los llamamientos que hace el Parlamento Europeo en su Resolución de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios¹⁸². En primer lugar, pide a la Comisión que ponga en marcha un foro europeo sobre las condiciones de detención, con el fin de fomentar el intercambio de las mejores prácticas entre expertos y profesionales de todos los Estados miembros (parágrafo 56). En segundo lugar, solicita a la Comisión y a las instituciones de la

UE que adopten las medidas necesarias en sus ámbitos de competencia para garantizar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de los internos y, en particular, de las personas vulnerables, “*incluida la adopción de normas europeas comunes y de normas de detención en todos los Estados miembros*” (parágrafo 57). Asimismo, pide a la Comisión que supervise y recopile información y estadísticas sobre las condiciones de detención en todos los Estados miembros y sobre cualquier caso de violación de los derechos fundamentales de los detenidos, sobre la base del respeto del principio de subsidiariedad, al tiempo que pide a los Estados miembros que permitan a los diputados del Parlamento europeo el acceso sin trabas a las prisiones y a los centros de detención (parágrafo 58). En cuarto lugar, solicita a los Estados miembros de la UE que adopten una *Carta Europea de Prisiones*, de conformidad con la Recomendación 1656/2004, del Consejo de Europa, de 27 de abril de 2004 (parágrafo 59). Por último pide a las instituciones de la UE que apoyen técnica y económicamente, en la medida de lo posible, la mejora de los sistemas y condiciones penitenciarias, especialmente en los Estados miembros que se enfrentan a graves dificultades económicas (parágrafo 67) y a la Comisión que publique informes detallados sobre la situación de las prisiones en Europa cada cinco años, en los que se incluya un análisis en profundidad de la calidad de la educación y la formación impartida a los reclusos así como una evaluación de los resultados (incluidos los índices de reincidencia) de las medidas alternativas a la detención (parágrafo 68). ¿Quién sabe? Quizá estemos ante una fase muy inicial de configuración de un derecho de ejecución propio de la UE.

179 Sobre ello, BARAS GONZÁLEZ, M.: *El espacio penitenciario europeo*. Premio Victoria Kent. Ministerio del Interior, Madrid, 2012.

180 Véase en este sentido cómo la *Resolución del Parlamento Europeo sobre condiciones y sistemas penitenciarios* de 5 de octubre de 2017 construye varias de sus consideraciones iniciales sobre las Recomendaciones en materia penitenciaria del Consejo de Europa.

181 Más detenidamente sobre su función, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario”, ob. cit. (en prensa).

182 Partiendo de que, como señala en su considerando B, aunque las condiciones de detención y la gestión penitenciaria son responsabilidad de los Estados miembros, la UE tiene también un papel que desempeñar en la protección de los derechos fundamentales de los reclusos y en la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, correspondiéndole la labor de fomentar el intercambio de buenas prácticas entre los Estados que se enfrentan a problemas comunes de seguridad en toda Europa.