



Roj: **STS 95/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:95**

Id Cendoj: **28079120012021100030**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **1279/2019**

Nº de Resolución: **41/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 41/2021**

Fecha de sentencia: 21/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1279/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN DECIMOSEXTA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1279/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 41/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 21 de enero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1279/2019, interpuesto por D<sup>a</sup> **Leonor** representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Fernández Salagre bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Gemma Luz López Amado contra el Auto núm. 143/19 de fecha 24 de febrero de 2019 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección decimosexta en el recurso RPL 99/2019.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcobendas en el sumario 1/97 dictó auto con fecha 9 de noviembre de 2018 en los que consta los siguientes antecedentes de Hecho y Parte Dispositiva:

«Único. Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia presentada el día 13 de abril de 1993 por D. Sixto ante la Comisaría de Policía de Alcobendas por la desaparición de su hijo D. Urbano junto con su vehículo, dictándose Auto de incoación de Diligencias Previas de fecha 23 de abril de 1993 acordándose la práctica las diligencias esenciales necesarias para el esclarecimiento de los hechos, siendo identificados como presuntos autores de los hechos Vicente y Virgilio. Éste último fue detenido en Holanda el día 18 de octubre de 1996, juzgado y absuelto por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de marzo de 1999. Con respecto a Vicente, en fecha 29 de enero de 1994 se dictó Auto ordenando su detención librándose los correspondientes oficios los Servicios nacionales internacionales, oficios reiterados durante todo procedimiento. Con fecha 2 de junio de 1997 se dictó auto de procesamiento contra Virgilio y con fecha 16 de julio de 1998 auto de procesamiento contra Vicente, que fue declarado en rebeldía por Auto de 28 de julio de 1998, quedando concluso el sumario por Auto de la misma fecha 28 de julio de 1998, con remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial. Desde la fecha de comisión del delito, 11-13 de abril de 1993, se ha intentado la localización del presunto autor Vicente sin éxito».

«Se declara PRESCRITA la causa seguida contra Vicente, acordándose el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.

Una vez firme la presente resolución canceléense las órdenes de detención dictadas en el procedimiento.».

**SEGUNDO.-** Contra el referido auto se interpuso recurso de apelación por D. Sixto y D<sup>a</sup> Leonor, y tras los oportunos trámites, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosexta en el procedimiento RPL 99/19 (dimanante del sumario 1/97 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Alcobendas), dictó auto nº 143/19 en fecha 25 de febrero de 2019 que contiene los siguientes hechos y parte dispositiva:

«PRIMERO.- Con fecha 9 de Noviembre de 2018 el Juzgado de Instrucción número 2 de Alcobendas dictó auto en el que acordaba el sobreseimiento libre de las actuaciones por prescripción. Contra dicho auto interpuso recurso apelación la representación letrada de la acusación particular en nombre de Sixto y Leonor, padres del fallecido Urbano, debidamente impugnado por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Tramitado en forma dicho recurso de apelación tuvo entrada en esta sección de la Audiencia Provincial el día 23 de Enero de 2019, señalándose vista para el día 22 de Febrero de 2019, con el resultado que obra en la grabación digital de dicho auto.

Ha sido Ponente el Ilmo Sr. Magistrado D. Francisco-David Cubero Flores».

«No ha lugar a estimar el recurso de apelación interpuesto en nombre de Sixto y Leonor contra auto de fecha 9 de Noviembre de 2018, dictado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Alcobendas, en cuya virtud se acordaba declarar el sobreseimiento libre de las actuaciones por prescripción, debiendo confirmarse dicha resolución.».

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por D<sup>a</sup> Leonor que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, formalizó el recurso alegando el siguiente **motivo de casación**:

**Motivo Único.-** Por Infracción de Ley, por haberse infringido el artículo 130.6º del Código Penal, por aplicación indebida de dicho artículo.

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal en su escrito de 26 de junio de 2019 manifestó "que procede la inadmisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 885 1º y 2º de la Ley de



Enjuiciamiento Criminal y, subsidiariamente, la desestimación del único motivo del recurso; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 19 de enero de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación de la acusación particular, recurre en casación el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 25 de febrero de 2019 confirmó la resolución del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Alcobendas de 9 de noviembre de 2018, que declaraba prescrita la causa seguida contra Vicente (por robo con homicidio del art. 501.1 CP -TR 1973-) y acordaba el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones.

Formula un único motivo, por infracción de Ley, por aplicación indebida del artículo 130.6º del Código Penal.

En la resolución recurrida se parte de que el plazo de prescripción para el hecho objeto de autos es de veinte años, extremo que no se discute; y que el plazo debe computarse desde el Auto de fecha 28 de julio de 1998, por el que se declaró la rebeldía del presunto autor de los hechos; plazo indica, que ha transcurrido sin que pese a las diversas actuaciones y diligencias encaminadas a su búsqueda y detención el rebelde haya podido ser localizado, sin que se haya producido en consecuencia hito alguno que permita la reapertura del procedimiento o la interrupción de la prescripción del delito. *Dies a quo* que es precisamente el extremo que cuestiona la recurrente,

Alega la parte recurrente, que en 1998 se continuó el procedimiento contra otro procesado, Virgilio , celebrándose el juicio y dictándose la correspondiente sentencia, en ese caso absolutoria, que fue recurrida en casación hasta declararse firme; y posteriormente se devolvieron las actuaciones al Juzgado y en el año 2004, el procedimiento continuaba contra Vicente , como "dan fe": i) la providencia de apertura de las actuaciones, contra el Sr. Vicente de fecha 29 de enero de 2004; y ii) el Informe del Ministerio Fiscal de 5 de marzo de 2004, por el que se solicita Orden Europea de Detención contra Vicente ; iii) Auto de 18 de marzo de 2004, de reapertura de las actuaciones para cursarse Orden Europea de Detención y Entrega, del procesado Vicente ; iv) Auto de 30 de septiembre de 2004 por el que se acuerda el archivo provisional dado el resultado infructuoso de las órdenes cursadas; e incluso v) Auto de fecha 3 de marzo de 2005 de reapertura de las actuaciones para práctica de diligencias; y añade un vi) escrito presentado por la representación de esa misma acusación particular para solicitar la reapertura de las actuaciones y práctica de diligencias de fecha 20 de octubre de 2010.

**SEGUNDO.-** Resulta obligada la cita la STC 63/2005, que enseña entre otros particulares que *la prescripción penal supone "una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi" motivada por el mero transcurso de un periodo de tiempo más o menos dilatado, lógicamente solo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos o, por el contrario, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del ius puniendi. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión.*

Consecuentemente, de entre las actividades invocadas por la parte recurrente, los escritos de parte que menciona, ya provengan de la propia acusación particular o del Ministerio Fiscal, carecen de entidad para interrumpir la prescripción; sólo cabe predicarse tal eficacia, de una resolución judicial, donde no puede limitarse a una simple verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido sin ponderar la ratio legis o fin de protección de las normas que disciplinan el instituto de la prescripción.

**TERCERO.-** Así, la doctrina de esta Sala (SSTS 975/2012, de 5 de noviembre ó 149/2009, de 24 de febrero) es harto conocida en el sentido de que las resoluciones o diligencias que se practiquen en una causa, para tener virtualidad interruptiva, han de poseer un contenido sustancial propio de la puesta en marcha y prosecución



del procedimiento demostrativas de que la investigación o tramitación avanza y progresa, consumiéndose las sucesivas etapas previstas por la ley o que demanden principios constitucionales o normas con influencia en derechos fundamentales de naturaleza procesal, superando la inactividad y la paralización.

Han de ser actos procesales dotados de auténtico contenido material o sustancial, entendiéndose por tales los que implican efectiva prosecución del procedimiento, haciendo patente que el proceso avanza y se amplía consumiéndose las distintas fases o etapas. Consecuentemente carecen de virtualidad interruptiva las diligencias banales, inocuas o de mero trámite que no afecten al curso del procedimiento. Así, las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de la prescripción, ni aquellas decisiones judiciales que no constituyen efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables, producen efecto interruptor alguno. Por ello, las actuaciones obrantes en la pieza de responsabilidad civil, o relacionadas con ella, carecen de virtud interruptora respecto de la acción penal.

Por contra, no son diligencias banales, aquellas que ordenan el procedimiento, y mucho menos las que tratan de configurar el derecho de defensa del imputado, como derecho constitucionalizado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, consistente en la defensa por abogado y representación procesal mediante procurador, como lo demuestra la STS 452/2007, de 23 de mayo, en donde se lee que "las renunciaciones de procuradores, solicitud de pruebas, y petición de suspensión del señalamiento del juicio oral" son actos de prosecución del procedimiento, e integran, por consiguiente, actos interruptores de la prescripción. Pues no solamente tienen virtualidad interruptora de la prescripción, las actuaciones practicadas con fines de investigación sumarial sino las de ordenación del procedimiento, como la decisión del órgano jurisdiccional de admisión o rechazo de pruebas (véase S.T.S. nº 1097/2004, de 7 de septiembre) y el señalamiento del juicio oral, disponiendo de todo lo necesario para que éste tuviera lugar, aunque luego se variase la fecha y se procediera a un nuevo señalamiento.

En definitiva, aquellas decisiones judiciales que no constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables, no producen efecto interruptor alguno.

**CUARTO.-** Dotada de contenido material, cobra especial relevancia entre las actuaciones referidas por el recurrente, el Auto de 18 de marzo de 2004, de reapertura de las actuaciones para cursarse Orden Europea de Detención y Entrega, del procesado Vicente. No tanto la reapertura, cuya formalidad estricta no posibilita la interrupción (en otro caso, bastaría reabrir y volver a cerrar para evitar en artificial modo la prescripción), sino la actividad desplegada con la reapertura, en este caso, el libramiento de la orden de detención y entrega europea.

La resolución recurrida, con cita de la sentencia de esta Sala 297/2013, de 11 de abril, omite entrar en el análisis de la naturaleza de la orden de detención y entrega europea y tras precisar que la petición de extradición sí interrumpe la prescripción, pero no lo hace la orden de busca y captura, deniega que en autos, tras al declaración de rebeldía, medie práctica procesal alguna con facultad interruptiva.

El Ministerio Fiscal por su parte, interesa la desestimación del motivo, pues sólo entiende con eficacia interruptiva la emisión de la orden de detención y entrega europea, en el caso que el investigado haya sido previamente localizado, al encontrar sólo en este caso una mayor similitud con la extradición que con la orden de búsqueda y captura.

**QUINTO.-** Conviene por tanto, precisar el alcance de la doctrina de la resolución citada como sustento de la desestimación de la apelación, la sentencia núm. 297/2013, que reitera contenidos de la núm. 851/2012, de 24 de octubre, donde exclusivamente atiende a significar las diferencias entre la extradición y la orden de busca y captura:

i) *Su importancia:* "(...) en la medida en que toda extradición es una decisión de ámbito supranacional que afecta, cuando menos, a dos Estados (requerente y requerido) con actuación efectiva tanto de sus órganos judiciales como de sus Gobiernos, necesariamente rebasa en importancia el ámbito de la simple orden de busca y captura a la que asimila la Audiencia Nacional sus efectos, incluso cuando esta última se tramite bajo el mecanismo reforzado de la requisitoria, prevista para el procedimiento contra reos ausentes en los arts. 834 y ss. LECrim".

ii) *Su sistemática:* "Aunque es cierto que en algunas ocasiones esta Sala ha negado que la orden de busca y captura pueda tenerse por diligencia que, por sí misma, pueda tildarse de «sustancial» e interrumpir los plazos de prescripción (entre otras muchas, SSTS núm. 1250/2011, de 22 de noviembre, ó 66/2008, de 4 de febrero de 2009, así como SSTS de 05/01/1998 y 10/03/1993), no lo es menos que la equiparación entre extradición y orden de busca y captura que sirve de primer fundamento a las conclusiones del órgano "a quo" no resulta aceptable. Y no sólo por el hecho de que ambas actuaciones cuentan con resortes específicos en la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, separados entre sí bajo los respectivos Títulos VI («del procedimiento para



la extradición») y VII («del procedimiento contra reos ausentes») del Libro IV, dedicado a los «procedimientos especiales»".

iii) *Su naturaleza*: "Es principalmente su diferente naturaleza lo que impide equiparar una orden de busca y captura a la solicitud extradicional. En este punto, ha de convenirse con las acusaciones recurrentes en que la orden de busca y captura no precisa de ese componente transnacional que, sin embargo, resulta inherente a toda extradición."

iv) *(Des)conocimiento del paradero*: "(...) en la naturaleza de la orden de busca y captura subyace precisamente el desconocimiento del concreto paradero del individuo afectado, siendo la ignorancia de este extremo lo que justifica su emisión, según se desprende de las causas que para su adopción respecto del requisitoriado articula la Ley Procesal ( art. 835 LECrim ). Por el contrario, la extradición parte de la base de la aportación por el Estado solicitante de un cúmulo de datos que no sólo permitan la perfecta identificación del sujeto sobre el cual se vierte tal petición, sino muy especialmente de su punto de localización y/o residencia en el territorio del Estado reclamado, pues sólo así podrá cursarse, llegado el caso, su extradición. De hecho, si estas exigencias o presupuestos formales fueren insuficiente o defectuosamente cumplimentados por el Estado requirente en la documentación aportada a tal fin, deberá el requerido comunicárselo a la mayor brevedad para su subsanación, no dando curso entretanto a su petición"

v) *Sus fines*: "Son también muy diferentes los fines que guían a una y otra. En la extradición, como ya hemos señalado, la misiva fundamental es la entrega del sujeto extraditado para su enjuiciamiento en el país reclamante o bien para el cumplimiento efectivo en él de una condena ya impuesta, bajo los concretos parámetros especificados en cada Convenio. Por el contrario, la busca y captura, si presenta el formato de una requisitoria, irá dirigida a localizar al procesado que, ausentado del domicilio designado para notificaciones, no fuere hallado en el mismo y careciere de otra residencia conocida en la que poder localizarlo; también se dictará respecto de quien se hubiere evadido del establecimiento en el que se hallare detenido o preso; e igualmente de quien incumpliere su deber de presentación «apud acta» o ante cualquier llamamiento judicial, estando en libertad provisional ( art. 835 LECrim). Estos tres supuestos parten, por tanto, como premisa esencial del ya señalado carácter ilocalizable del sujeto al que se dirigen, cuya necesidad de ubicación puede obedecer, como también queda visto, a fines bien distintos de los de enjuiciamiento o ejecución de condena que directamente justifican la extradición".

Para concluir que "es indudable que una petición de extradición desplegada de acuerdo con el procedimiento exigible, oportunamente fijado en la norma, que cumple además los presupuestos y garantías preconcebidos por ambos Estados en el ejercicio de su potestad soberana y que, no adoleciendo de defectos sustanciales, ha sido tramitada a través de los órganos específicamente habilitados a tal fin, constituye una actuación material de dirección del proceso contra el presunto responsable".

Del contenido de estas dos resoluciones, se extraen aún dos conclusiones más:

- i) la interrupción no resulta supeditada al resultado final, favorable o adverso a la extradición, siempre que la solicitud inicial reúna todos los presupuestos materiales necesarios; y
- ii) no resulta elemento imprescindible a los efectos de la interrupción que el sujeto sobre el que recae la petición extradicional, se encuentre detenido.

**SEXTO.-** 1. En cuanto a la orden de detención y entrega europea (ODE), contamos con el precedente establecido en el Auto núm. 695/2016, de 17 de marzo, recaído en el recurso núm. 2039/2015, donde se indica que la ODE es una actuación procesal eficaz para interrumpir la prescripción.

Aunque en ese supuesto, se expide una vez que el acusado estuvo localizado, lo que permite al Ministerio Fiscal matizar su eficacia interruptiva, hemos de anticipar que conforme a su naturaleza, integra una resolución judicial con que en todo caso, al margen de la localización ulterior o no de la persona sobre la que recae y de que fuere o no entregada, en modo alguno integra una mera reiteración de una resolución previa nacional, aunque la exige, sino que constituye una resolución autónoma, que determina una efectiva prosecución del procedimiento y por ende, interrumpe la prescripción.

Recordemos que la orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad ( art. 1 Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002).

Esta resolución judicial que acuerda la orden de detención y entrega europea, al margen de otras consecuencias, conlleva la "detención" cautelar del buscado en el Estado de la Unión Europea que se encuentre y la posibilidad de ser mantenida en esa situación de privación de libertad, durante la tramitación del



procedimiento que determine si es entregada o no al Estado requirente; y si bien puede en cualquier momento del mismo ser puesta en libertad provisional, ello se supedita siempre a que la autoridad competente del Estado requerido tome todas las medidas que considere necesarias para evitar la fuga de la persona buscada (arts. 11 y 12 Decisión Marco).

Además, esta resolución, aunque entre sus requisitos, exige una previa sentencia firme que acuerde el cumplimiento de una pena privativa de libertad, un auto de prisión provisional o una orden de detención nacional, que tengan carácter "ejecutivo" (cifr. art. 8.1.c Decisión Marco), integra una nueva resolución judicial; en modo alguno se trata de un mero traslado o notificación de la previa resolución donde se ha acordado alguna privación de libertad.

Así la STJUE de 1 de junio de 2016, C-241-16, *Bob Dogi* (ECLI: EU:C:2016:385), señala en su apartado 49, que la interpretación del artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco conforme a la cual la orden de detención europea *debe basarse necesariamente en una resolución judicial nacional distinta de esa orden*, que adopte, en su caso, la forma de una orden de detención nacional, se desprende no sólo de su tenor literal, sino también de su contexto y de los objetivos perseguidos por la Decisión Marco, elementos que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deben tomarse en consideración en su interpretación (véase, en ese sentido, en particular, la sentencia de 16 de julio de 2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, apartado 35 y jurisprudencia citada).

Añade en su apartado 56 que *el sistema de la orden de detención europea entraña, de ese modo, en virtud del requisito establecido en el artículo 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco, una protección a dos niveles de los derechos procesales y de los derechos fundamentales de los que debe disfrutar la persona buscada, puesto que, a la tutela judicial prevista, en el primer nivel, a la hora de adoptar una resolución judicial nacional, como una orden de detención nacional, se añade la tutela que debe conferirse, en un segundo nivel, al emitir una orden de detención europea, la cual puede dictarse, en su caso, en un breve plazo tras la adopción de la mencionada resolución judicial nacional.*

El Abogado General en sus conclusiones, indica que constituye un acto que permite ejecutar en el espacio judicial europeo una resolución judicial ejecutiva por la que se ordena la detención de la persona buscada; y en el apartado 65, añade: *"la orden de detención, por definición, no sólo comprende una orden de detención sino también una orden de arresto. No puede equipararse, por ejemplo, a una medida de detención preventiva durante una investigación. En efecto, la ejecución de esta orden implicará, por naturaleza, por los plazos inamovibles que resultan, en particular, de los requisitos jurídicos y materiales de su aplicación, un período de detención que la norma, por otra parte, equipara al comienzo de la ejecución de la pena o a una medida de prisión preventiva antes de que se dicte sentencia, ya que dicho período deberá deducirse de la pena a ejecutar o, según el caso, de la que corresponda después de que se dicte sentencia".*

Al margen de la fortuna de la traducción de esas conclusiones presentadas el 2 de marzo de 2016 (ECLI: EU:C:2016:131) y de la polisemia del vocablo detención, lo que está indicando es que implica no un eventual y necesariamente breve periodo de privación de libertad, sino un período que resulta equivalente a la prisión provisional o incluso el comienzo de la ejecución de la pena; la locución *arrestation provisoire* que contiene el texto oficial en francés del Convenio Europeo de extradición de 1957 en su art. 16, que posibilita una privación de libertad que puede llegar hasta dieciocho días (cuarenta, si mientras se recibe la demanda extradicional), ha sido traducido en el Instrumento de ratificación (BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982) como "detención preventiva". Pero recuérdese que en nuestra Ley 4/1985, de Extradición Pasiva, se usan indistintamente y de forma equivalente las expresiones "detención preventiva" y "prisión preventiva", que restará en todo caso sin efecto si en el plazo de cuarenta días no ha mediado la solicitud extradicional (cifr. art 10)

Valga reiterar ese apartado 65 de las Conclusiones del Abogado General en francés, el idioma de trabajo del tribunal, para su cabal comprensión: *Il convient de noter que le mandat d'arrêt, par définition, comporte non pas seulement ordre d'arrestation, mais également ordre de détention. Il ne saurait être assimilé à une mesure de rétention dans le cadre d'une garde à vue au cours d'une enquête par exemple. En effet, l'exécution de ce mandat entraînera, par nature, en raison des délais incompressibles résultant, notamment, des conditions juridiques et matérielles de sa mise en œuvre, une période de détention que le texte, d'ailleurs, assimile soit au début de l'exécution de la peine, soit à une mesure de détention provisoire avant jugement, puisque la période ainsi subie devra se déduire de la peine à exécuter ou, selon le cas, de celle à intervenir après jugement.*

Donde se extrae la obvia conclusión de que la orden de detención europea, entre otros contenidos, necesariamente integra el acuerdo de privación de libertad de la persona sobre la que recae, que restará (al margen de los casos en que se libra para ejecutar una condena) según la trasposición decidida por cada Estado, en situación de prisión provisional, o cuando menos, puesta a disposición judicial que de entenderse procedente su libertad provisional deberían acordarse mediadas cautelares para asegurar su plena



disponibilidad. En la mayoría de los casos, un período que excede del plazo máximo de setenta y dos horas que prevé el art. 17.2 CE.

2. En relación a los autos en que se acuerda la medida cautelar de privación de libertad, contamos con jurisprudencia pacífica en relación a la resolución en que se acuerda la prisión provisional, donde se declara que el auto de prisión provisional sí interrumpe el plazo de la prescripción, en cuanto que supone una resolución mediante la que se pone de relieve la voluntad de persecución delictiva ( SSTS 1501/1998, de 4 de diciembre; 1132/2000, de 30 de junio; 869/2005, de 1 de julio; 1250/2011, de 22 de noviembre; ó 965/2012, de 26 de noviembre).

Esta última resolución, 965/2012, precisa: " *dada la relevancia que contiene para el imputado, revela una activación del proceso que impide estimar que este sigue paralizado y que no se está persiguiendo al presunto autor del delito. Si se activa de forma sustancial la busca y la persecución del presunto autor del hecho delictivo mediante su prisión provisional, debe considerarse que se intenta impulsar el proceso y avanzar en la persecución del presunto culpable, circunstancia que resulta incompatible con el término "paralización" que recoge la norma penal sustantiva. A fin de cuentas, la prisión provisional implica un reforzamiento de la imputación que precisa siempre de una sólida base indiciaria*".

Conforme venimos explicitando, al igual que indica la jurisprudencia que culmina en la sentencia núm. 965/2012, referida a la prisión provisional, la orden de detención europea también implica una activación del proceso, se activa la persecución y refuerza la imputación de la persona sobre la que recae.

En caso de introducción por resolución judicial, la descripción de la persona buscada en el Sistema de Información de Schengen, acompañada de la información que figura en el apartado 1 del artículo 8 de la Decisión Marco, equivaldrá a una orden de detención europea (art. 9 Decisión Marco); y por ende, aunque no sea circunstancia sometida a control en su emisión y ejecución, la ODE debe atenerse a criterios de proporcionalidad; por especificidad del art. 21 Decisión 2007/533/JAI del Consejo de 12 de junio de 2007 relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y de los términos generales del art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para el caso de limitación de los derechos y libertades reconocidos en la misma.

3. De otra parte, también es patente la mayor aproximación de la orden de entrega y detención al mecanismo de cooperación de la extradición, que a una simple solicitud de localización.

La Decisión Marco que regula la ODE, según resulta en particular de su artículo 1, apartados 1 y 2, y de sus considerandos 5 y 7, tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral fundamentado en el Convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957, por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias penales, basado en el principio de reconocimiento mutuo ( SSTJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Caldaru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartado 75; de 1 de junio de 2016, *Bob Dogi*, C-241/15, ECLI: EU:C:2016:385, apartado 31).

Consecuentemente, si atendemos a los criterios de ponderación en nuestros precedentes jurisprudenciales, resulta obviamente parangonable a la solicitud extradicional, a la que debía superar en eficiencia:

i) *Su importancia*: estamos como en el caso de la extradición, ante una resolución judicial que afecta cuando menos a las autoridades judiciales de dos Estados de la Unión; precisa además de una resolución de privación de libertad nacional, un acuerdo de privación de libertad autónomo a estos exclusivos fines de entrega y sustituye las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal (al menos en su contenido dispositivo), tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia (considerando 5 de la Decisión Marco).

ii) *Su sistemática*: Cuenta con una ley específica. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2002/584/JAI, fue inicialmente transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, hoy derogada; y en la actualidad incorporado su contenido en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

iii) *Su naturaleza*: Como en la extradición, siempre tiene un componente transnacional.

iv) *(Des)conocimiento del paradero*: Efectivamente la extradición presupone la existencia de una serie de datos que permiten conocer la residencia o eventual estancia del extradituro en el Estado al que se dirige la solicitud extradicional. Aunque en realidad la demanda extradicional tiene un significado similar a la orden de busca y captura, a la que matiza por su alcance internacional; en la práctica aquella sigue a ésta, aparecen



como trámites sucesivos. Una vez localizado o detenido a efectos extradicionales, se remite la petición de extradición.

En la ODE, localizada o no la persona sobre la que recae, en todo caso, en la resolución que se acuerda, concorde exige su normativa y reglado formulario, se integra desde su inicio cumplimentada la petición de entrega y todos los elementos para hacerla efectiva sin perjuicio de eventuales aclaraciones o complementos si fueren solicitados.

v) *Sus fines*: Concorde venimos indicando, como en la extradición, la misiva fundamental es la entrega del sujeto sobre el que recae, para su enjuiciamiento en el país requirente o bien para el cumplimiento efectivo en él de una condena ya impuesta, bajo los concretos parámetros especificados en cada Convenio.

4. Aunque hasta ahora, en aras de la comprensión de las instituciones analizadas y su comparación global, no hayamos diferenciado, sí que hemos de distinguir según que la entrega se solicite para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena, pues mientras que para la interrupción de la prescripción del delito, basta con que el procedimiento se dirija contra la persona suficientemente determinada ( art. 132 CP), en relación a la prescripción de la pena, el cumplimiento es la única hipótesis impositiva del transcurso del plazo de prescripción de la pena ex art. 134 CP ( SSTC 97/2010, 187/2013, 192/2013, 49/2014 y 14/2016); únicamente, tras la reforma de la LO 1/29015, se contemplan dos supuestos de suspensión, que no de interrupción de la prescripción.

5. Aún debemos significar otra diferencia, que dada la parca regulación normativa cuando no la existencia en nuestro ordenamiento de lagunas en esta materia, no resulta siempre explícita y da lugar a diversas confusiones, cual es que las "requisitorias" internacionales, no tienen su respaldo absolutamente mimético en las referidas modalidades nacionales.

Así, una orden de detención internacional con fines de extradición, trasciende las previsiones enumeradas en el art. 835 LECrim; desde una perspectiva policial conllevaría una "notificación roja", es decir una solicitud a fuerzas del orden de todo el mundo para localizar y detener provisionalmente a una persona en espera de extradición, entrega o acción judicial similar; no precisa la formalidad previa de una notificación fallida, o que encontrándose el acusado detenido o preso se hubiera fugado, o que se hallara en situación de prisión provisional.

De modo, que resulta matizable que la carencia de efectos interruptivos de la prescripción afirmada de las requisitorias nacionales, se proyecte respecto de las órdenes de detención internacionales.

Incluso es posible en la práctica, utilizar el formulario ODE también como requisitoria internacional para posibilitar la detención en todos los países del mundo; donde al encabezamiento de «orden europea de detención» se añade la locución «e internacional» y se añade la precisión en el apartado dedicado a la información facultativa que en caso de detención en país tercero, se interesa la detención preventiva a efectos de extradición, lo que implica que en ese caso, la autoridad emisora se compromete a solicitarla por vía diplomática.

**SÉPTIMO.-** En definitiva, el motivo debe ser estimado, pues la emisión de una orden de detención y entrega europea, interrumpe la prescripción del delito; como hemos reiterado, implica una activación del proceso, se activa la persecución y refuerza la imputación de la persona sobre la que recae; y en relación a su importancia, sistemática o naturaleza, son predicables *ad maiorem ratio*, los criterios jurisprudenciales en virtud de los cuales se concluye que la solicitud de extradición, interrumpe la prescripción.

Ciertamente, la emisión de la ODE, no conlleva que el sujeto sobre el que recae esté localizado, pero aún así, la ODE integra una resolución judicial autónoma tendente a privar de libertad a una persona o al menos que reste sometido a medidas cautelares que determinen su disponibilidad a favor de una autoridad judicial de un Estado de la Unión; resolución donde ya resultan cumplimentados todos los requisitos necesarios para que esa persona sea entregada al Juzgado o Tribunal emisor, en el momento que fuere localizado; donde en ese momento ya no se precisa resolución judicial ulterior sino la remisión a la autoridad judicial competente del Estado de ejecución, para su tramitación del formulario existente desde la emisión de la ODE traducido a alguno de los idiomas admitidos por ese Estado.

El motivo se estima.

**OCTAVO.-** En caso de estimación del recurso, las costas del recurso se declararán de oficio.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



**ESTIMAR** el recurso formulado por la representación de D<sup>a</sup> Leonor contra el Auto núm. 143/19 de fecha 24 de febrero de 2019 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosexta donde desestimaba el recurso de apelación formulado contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcobendas en el sumario 1/97 con fecha 9 de noviembre de 2018; en cuya virtud, casamos y anulamos la resolución recurrida; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 1279/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 21 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1279/2019, interpuesto por D<sup>a</sup> Leonor representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Fernández Salagre bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Gemma Luz López Amado contra el Auto núm. 143/19 de fecha 24 de febrero de 2019 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección decimosexta en el recurso RPL 99/2019, auto que ha sido casado y anulado por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y elementos fácticos de la resolución recurrida, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.**- Por las razones expuestas en la fundamentación de nuestra sentencia casacional, la prescripción declarada debe ser revocada y quedar sin efecto.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**No ha lugar a declarar prescrita** la causa seguida contra Vicente y en su virtud, **revocamos** la declaración de prescripción realizada y dejamos sin efecto el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones acordado.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ