

LA ORDEN DE DETENCIÓN Y ENTREGA EUROPEA

Por FRANCISCO J. FONSECA MORILLO*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRINCIPALES AVANCES APORTADOS POR LA «EUROORDEN».—III. COMPARACIÓN CON LA PROPUESTA INICIAL DE LA COMISIÓN.—IV. LAS INCERTIDUMBRES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA «EUROORDEN».—V. PERSPECTIVAS.

I. INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo la construcción europea ha ignorado la dimensión de la cooperación judicial europea, la cual seguía siendo considerada en su dimensión clásica de cooperación jurídica internacional entre Estados. Si bien agilizaba la circulación de productos, servicios y capitales, la Europa de la justicia iba a la zaga y las autoridades judiciales se enfrentaban a grandes dificultades para cooperar entre ellas, pues las barreras nacionales continuaban subsistiendo. Más aún, al abrir las fronteras y suprimir los controles, Europa, paradójicamente, facilitaba la organización de redes delictivas transfronterizas, mientras que los jueces permanecían bloqueados por las exigencias de sus procedimientos nacionales y no podían luchar contra la delincuencia con sus mismas armas. La consolidación del Mercado Interior exigía sin ninguna duda la creación de un espacio co-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valladolid (en servicios especiales). En la actualidad es Director adjunto del gabinete del Comisario António Vitorino, responsable de Asuntos de Justicia e Interior en la Comisión Europea.

Las opiniones expresadas en este artículo comprometen solamente a su autor.

mún de libertad, de seguridad y de justicia para poder surtir todos sus efectos y, más importante aún, en tanto exigencia de legitimidad para el ciudadano¹.

Al hacer del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia uno de los objetivos políticos de pleno Derecho de la construcción europea, el Tratado de Amsterdam ha proporcionado a la Europa judicial los medios jurídicos para existir. Estos medios de acción no son, todavía, en absoluto perfectos. De hecho, tenemos que aprobar nuestros textos casi sistemáticamente por unanimidad. En el tercer pilar, no disponemos de los instrumentos jurídicos clásicos del Derecho comunitario que son el Reglamento y la Directiva. El recurso por incumplimiento no existe. Pero ya tenemos la posibilidad de actuar y ser eficaces². A este respecto, la aprobación de la *Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*³, conocida coloquialmente como la «euroorden», constituye realmente un avance esencial y, en gran medida, un punto de no retorno en la construcción del espacio europeo de justicia, en la medida en que traduce un cambio de cultura en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea, al pasar del sistema clásico de ayuda judicial mutua y de extradición entre ellos practicado, tanto en el marco del Consejo de Europa⁴, como en el ámbito de Schengen⁵, o, a partir del Tratado de Maastricht, en el marco del Título VI del Tratado de la Unión Europea⁶, a un sistema de reconocimiento mutuo y de confianza mutua entre autoridades judiciales.

¹ BARBE, Emmanuel, *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne*. La Documentation française, Paris, 2002, pp. 11-20.

² Un comentario general sobre el dispositivo del Tratado de Amsterdam figura en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, *Una Unión al servicio del ciudadano: Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia*, en el libro colectivo dirigido por Marcelino OREJA AGUIRRE, *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*. McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 255 y ss.

³ D.O.C.E. L 190 del 18.7.2002, pp. 1 y ss.

⁴ Fundamentalmente el Convenio Europeo de Extradición de París del 13 de diciembre de 1957 (BOE n.º 136 de 8.6.82) y sus Protocolos adicionales de 15 de octubre de 1975 (BOE n.º 139 de 11.6.85) y de 17 de marzo de 1978 (BOE n.º 139 de 11.6.85).

⁵ Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (D.O.C.E. L 239 del 22.9.2000, pp. 19 y ss.).

⁶ Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995 (D.O.C.E. C 78 de

No recordaré las condiciones extraordinarias en las que se negoció y se llegó a un acuerdo político sobre esta Decisión marco entre los meses de septiembre y de diciembre de 2001. Simplemente recordar que la Comisión, de acuerdo con el mandato que se le otorgó en el Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, Consejo Europeo en el que se fijó una estrategia política, un contenido global y un plan de acción con plazos fijos, para hacer posible las previsiones del Tratado de Amsterdam⁷; mandato confirmado en el programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000⁸ ya trabajaba desde principios del año 2001 sobre un proyecto. Éste se había completado en gran parte cuando ocurrieron los acontecimientos del 11 de septiembre. De hecho, la Comisión adoptó su propuesta de Decisión marco el 19 de septiembre de 2001, adelantándose solamente una semana a sus previsiones iniciales⁹. Los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Consejo Europeo extraordinario el 21 de septiembre en Bruselas, acogieron positivamente esta propuesta y otorgaron el mandato al Consejo, en su formación de ministros de Justicia e Interior, de llegar a un acuerdo que creara la orden europea de detención a más tardar en su reunión del 6 y 7 de diciembre de 2001¹⁰. Esta fecha fue prácticamente respetada, puesto que el 12 de diciembre se obtuvo el acuerdo político de los 15 Estados miembros, superados los obstáculos italianos de última hora, basados en sus reticencias sobre el alcance potencial en el «automatismo» de la «euroorden»¹¹.

30.3.1995, pp. 2 y ss) y Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996 (D.O.C.E. C de 13.10. 1996, pp. 12 y ss.). A señalar que ninguno de estos dos Convenios ha entrado en vigor, como recuerdan las Conclusiones del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre 2001 en su punto 37 (SI (2001) 1200).

⁷ Conclusiones de la Presidencia, puntos 35 a 37. SI (1999) 800.

⁸ D.O.C.E. 12 de 15.1.2001, p. 10 y ss. Véanse en particular las medidas 8, 10, 13, 15 y 23.

⁹ Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros. COM (2001) 522 final.

¹⁰ SI (2001) 990, punto 2.

¹¹ Este acuerdo se obtuvo en las vísperas del Consejo Europeo de Laeken, en Roma, durante la visita de preparación del Consejo Europeo efectuada por el primer ministro belga, presidente en ejercicio de la Unión. Italia incluyó una declaración unilateral que figura en el documento del Consejo COPEN 22 CATS 8 7252/02 del

Como es sabido, la orden de europea detención sustituirá a los actuales procedimientos de extradición entre los Estados miembros. La «euroorden» es una *aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones y la consagración de la confianza mutua entre los diferentes sistemas judiciales de la Unión* que, según las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, debe convertirse en la *pedra angular* de la cooperación jurídica en la Unión, tanto en materia penal como civil. Concretamente, significa que la resolución de la autoridad judicial de un Estado miembro debe reconocerse automáticamente y aplicarse en todos los demás Estados miembros, con el menor número de trámites posibles.

La «euroorden» se concibe para cubrir dos tipos de situaciones: cuando se haya condenado a una persona por una infracción y haya huido a otro Estado miembro, y cuando una persona perseguida por una infracción punible con una pena de al menos doce meses, pero que aún no haya sido condenada, se encuentre o huya a otro Estado miembro. *Se refiere a todas las situaciones anteriormente cubiertas por el Convenio europeo de extradición de 1957, al que sustituirá en las relaciones entre los 15 Estados miembros a partir de su fecha de aplicación efectiva una vez transpuesta en los ordenamientos nacionales.* El artículo 34 fija como fecha de aplicación la del 1 de enero de 2004 a más tardar, pero ya en el Consejo informal de Ministros de Justicia e Interior celebrado en Santiago de Compostela los días 14 y 15 de febrero de 2002 los gobiernos de Bélgica, España, Francia, Luxemburgo, Portugal y Gran Bretaña, anunciaron su intención de adelantar entre ellos la aplicación de la Decisión marco para finales del primer trimestre 2003¹².

II. LOS PRINCIPALES AVANCES APORTADOS POR LA «EUROORDEN»

La orden de detención europea es «una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado

7 de junio de 2002 y que reza: *Para aplicar la decisión marco relativa a la orden europea de detención, el gobierno italiano deberá lanzar los procedimientos de derecho interno necesarios par hacer compatible la decisión marco con los principios supremos del orden constitucional en materia de derechos fundamentales y para acercar su sistema judicial y su orden jurídico al de los modelos europeos.*

¹² A 1.º de marzo de 2003, los tres Estados en los que la transposición está lo suficientemente avanzada como para poder respetar efectivamente el plazo del 31 de marzo 2003 son España, Francia y Portugal.

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» (artículo 1.1); y se podrá dictar «por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad» (artículo 2.1). ¿Cuáles son los avances más sustanciales de esta Decisión marco con respecto a los mecanismos de cooperación judicial clásicos entre Estados?

1. *El mecanismo previsto es exclusivamente judicial y, contrariamente a la extradición, excluye una intervención política en la decisión de entregar a la persona (artículo 1).*

2. *El principio de doble tipificación se suprime para una lista de 32 delitos (artículo 2.2¹³). La supresión del principio de doble tipificación para esta lista es un auténtico avance y es uno de los elementos que más se han discutido, ya que cabe suponer que las infracciones contenidas en esta lista constituyen, en la práctica, la parte principal del contencioso actual de la extradición, y en ellas las autoridades judiciales de los Estados miembros ya no tendrán que comprobar que se cumple el requisito de doble*

¹³ Pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de los niños y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude (incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades); blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda (incluido el euro); delitos de alta tecnología, en particular delito informático; delitos contra el medio ambiente (incluido el tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas); ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales (incluidas antigüedades y obras de arte); estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radioactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques; y sabotaje. Esta lista incluye los delitos que figuran ya en el Convenio de EUROPOL (los 28 primeros), más 4 incluidos sobre la base de su aceptación común e indiscutida por los 15 Estados miembros.

tipificación, siempre que esta infracción se considere suficientemente grave en el Estado miembro que emitió la orden, lo que se traduce en el hecho de que se castiga con una pena de al menos 3 años de cárcel. En otros términos, cuando la autoridad judicial que dicta la orden califique los hechos como una de las infracciones de la lista y, según su legislación, ésta sea punible con una pena de al menos 3 años, la autoridad judicial de ejecución quedará vinculada y ya no podrá recalificar los hechos en función de su propia legislación. Sólo dispone de esta competencia si la pena es inferior a tres años o la infracción no figura en la lista.

3. La decisión de entrega deberá producirse en un *plazo máximo de 90 días* desde la detención (10 días si la persona buscada consiente en la entrega y 60 de plazo ordinario, prorrogables en 30 en casos extraordinarios) (artículo 17). No es raro que los procedimientos de extradición duren uno, o incluso varios años, por lo que el nuevo mecanismo debería suponer, en términos de plazos, una aceleración considerable.

4. *Los motivos de denegación* se precisan estrictamente (artículos 3 —obligatoria— y 4 —facultativa—) y la entrega puede en algunos casos supeditarse a condiciones (artículo 5). En este sentido, es reseñable que los Estados miembros que denegaban la *entrega de sus nacionales* ya no podrán invocar esta excepción¹⁴. También esto supone una novedad importante, que tendrá consecuencias directas en la competencia jurisdiccional. Ya no procede aplicar el principio *aut dedere aut judicare* que regulaba antes la materia en este supuesto. El texto prevé, sin embargo, una excepción, y hace posible la denegación de la entrega de un nacional cuando la orden europea de detención haya sido librada para ejecutar una pena o una medida de seguridad. En este caso, en efecto, el Estado miembro de ejecución puede preferir ejecutar él mismo la sanción antes que entregar a la persona (artículo 4.6). Es entonces su Derecho nacional el que gestionará los mecanismos de ejecución de la pena.

5. *En principio, corresponde a la autoridad judicial que dicta la orden comprobar su competencia en función de su Derecho nacional y, normalmente, ésta será reconocida por la autoridad judicial de ejecución.* En cambio, es el *Derecho del Estado miembro de ejecución el que regula el*

¹⁴ Austria ha conseguido una cláusula específica (artículo 33.1) de derogación hasta el 31 de diciembre de 2008 como fecha límite y en tanto no haya modificado el artículo 12.1 de la *Auslieferungs und Rechtshilfegesetz*, si el acto por el que se ha emitido una orden de detención europea contra un nacional austriaco no es punible en el Derecho Austriaco.

procedimiento de entrega (detención, garantías procesales, posibilidad de puesta en libertad, etc.) (capítulo 2, artículos 9 y ss.). También se valoran según los criterios jurídicos aplicables en el Estado miembro de ejecución una serie de condiciones de denegación de entrega. Es el caso de la *minoría penal de edad* (artículo 3.3) que constituye un motivo de denegación obligatorio. La posible *inmunidad* de la que goce la persona también se aprecia en función de la ley del Estado miembro de ejecución (artículo 20).

6. Las órdenes de detención europeas tendrán un formulario común y, a largo plazo, se difundirán por el *sistema de información de Schengen*, lo que contribuirá a la eficacia del sistema (artículos 9 y 10).

7. Por último, la orden europea de detención *no afectará a las relaciones de los Estados miembros con los Estados terceros* en materia de extradición y se mantienen intactos los convenios bilaterales existentes (artículo 31).

8. *A priori, la cuestión de la competencia jurisdiccional sólo aparece de manera accesoria en el texto de la Decisión marco sobre la orden europea de detención. Sin embargo:*

a) *Cuando el Estado miembro emisor no sea el único competente para conocer de los hechos, puede que la entrega ya no se autorice.* Este es el supuesto del *ne bis in idem*: la autoridad judicial de ejecución *deberá denegar* la entrega «cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena» (artículo 3.2). *Podrá* asimismo denegar la entrega, en las mismas condiciones, si la persona ya ha sido juzgada por un tercer Estado (artículo 4.5), cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales (artículo 4.3).

Del mismo modo, y esto es una excepción importante al reconocimiento por el Estado miembro de ejecución de la competencia jurisdiccional del Estado miembro emisor sobre los hechos que dieron lugar al libramiento del mandamiento europeo de detención, es posible denegar la entrega cuando las infracciones «se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometi-

do fuera de su territorio» (artículo 4.7.b). Se trata aquí de permitir a los Estados miembros no reconocer las extensiones de competencia jurisdiccional que algunos otros Estados miembros hayan establecido en su legislación y que no existan en la suya. Se contemplan aquí especialmente los mecanismos de competencia universal para conocer de algunos tipos de infracción. Hay que señalar que la propuesta de la Comisión no había considerado esta posibilidad de denegación —que se introdujo en el último momento en la negociación—, considerando que había que llevar hasta sus últimas consecuencias tanto la lógica de la unicidad del territorio de la Unión como la del reconocimiento, por todos los Estados miembros, de los criterios de competencia existentes en otras legislaciones.

b) *Cuando la autoridad judicial de ejecución disponga de un criterio de competencia para conocer de los hechos que dieron lugar a la emisión de la orden europea de detención, la Decisión marco le concede una mayor facultad de apreciación del fundamento de la decisión de entrega.*

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la existencia de un criterio de competencia para el Estado miembro de ejecución para conocer de los hechos se aprecia según la legislación de este Estado miembro. En este caso, la autoridad judicial de ejecución dispone de motivos adicionales de denegación de la ejecución de la orden europea de detención. Así, según el artículo 3.1, deberá denegarse la entrega si *los hechos fueron objeto de amnistía* según su propio Derecho. De hecho, se considera que la amnistía corresponde a una voluntad política de perdón y olvido de la infracción, y que ésta no debe cuestionarse por resoluciones sobre diligencias tomadas en otros Estados miembros.

Del mismo modo, si los *hechos han prescrito* con arreglo a la legislación nacional, la autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden europea de detención (artículo 4.4).

El texto pretende también proteger el derecho de enjuiciamiento del Estado miembro de ejecución cuando disponga de un criterio de competencia. Así, puede negarse a ejecutar la orden europea de detención si él mismo ha emprendido, decidido no iniciar, o poner fin a actuaciones judiciales. Por último, cuando los hechos se hayan producido en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo, éste disfrutará de una soberanía plena y completa, puesto que podrá denegar la ejecución de la orden europea de detención sin tener que iniciar actuaciones judiciales (artículo 4.7.a). Se trata de una excepción importante al principio de reconocimiento mutuo, que

está basada exclusivamente en la competencia territorial del Estado miembro de ejecución sobre los hechos que dan lugar a la orden. La Comisión no era favorable a esta adición que puede permitir a un Estado miembro no perseguir hechos cuyas consecuencias perjudiciales se produzcan, por ejemplo, no en su territorio, sino en el territorio de otros Estados miembros¹⁵.

Aunque el texto no dice nada sobre este tema, es deseable que la existencia de una orden europea de detención dictada por otro Estado miembro lleve, cuando sea posible, al Estado miembro de ejecución a reconsiderar su decisión de no enjuiciar, a la luz, en particular, de posibles nuevos elementos de pruebas que aporten las indagaciones que dieron lugar a la emisión de la orden europea de detención. En tal caso, hay que desear que las autoridades judiciales cooperen para intercambiar todos los elementos de información sobre el asunto y determinar si ha lugar a actuaciones judiciales y en qué Estado miembro. El procedimiento de consulta de Eurojust previsto en el artículo 16.2 podría aplicarse entonces, en particular, si, además de al Estado miembro de ejecución, se refiere a otros Estados miembros.

c) *Fuera de las dos situaciones que se acaban de mencionar*, hay que hablar sobre el derecho de intervención que conserva el Estado miembro de ejecución sobre el procedimiento posteriormente a la entrega de la persona y que, eventualmente, puede analizarse como una extensión en el tiempo de la competencia de este Estado miembro en el asunto. Así, el Estado miembro de ejecución puede someter la entrega de la persona a condiciones que pueden vincularse a especificidades de su Derecho nacional. Es el caso del artículo 5.2, que tiene en cuenta la prohibición por la Constitución Portuguesa de las penas perpetuas. Será posible que el Estado miembro de ejecución someta la entrega a una condición de revisión de la pena

¹⁵ Imaginemos, por ejemplo, el caso de una empresa que emplee mucha mano de obra, pero cause importantes daños al medio ambiente en el territorio de un Estado miembro vecino que pueden incluso causar efectos perjudiciales probados para la salud de la población. Imaginemos también que el Estado víctima inicia diligencias que dan lugar a la emisión de una orden europea de detención. Por razones vinculadas a la paz social y a la conservación del empleo, puede decidirse en el Estado miembro de ejecución no enjuiciar a esta empresa. La legislación del Estado miembro donde se encuentre la empresa puede incluso considerar que no hay infracción si las consecuencias tienen lugar fuera de su territorio. El resultado sería que el Estado miembro víctima de la contaminación se encontraría sin posibilidad de ejercitar su competencia cuando está sufriendo un perjuicio importante.

para que la pena finalmente ejecutada no tenga carácter perpetuo. Del mismo modo, si la persona entregada es un nacional o un residente del Estado de ejecución, la entrega puede supeditarse a una condición de devolución para cumplir la pena que fuera impuesta (artículo 5.3).

Del mismo modo, contrariamente a la propuesta de la Comisión que suprimía en gran medida el principio de especialidad, éste reapareció en la versión final del texto. Los trabajos al respecto (que fueron difíciles, como acredita la sofisticada redacción de los artículos relativos a esta cuestión¹⁶) son el fruto de la búsqueda del equilibrio entre la necesaria eficacia, la protección de las personas y el deseo de preservar la soberanía de los Estados miembros. En principio, la solicitud inicial debe contener todos los cargos conocidos contra una persona. Si, posteriormente a la entrega, el Estado de emisión quiere emprender actuaciones complementarias por otros hechos, debe notificarlos al Estado de ejecución. Éste no podrá oponerse sino en la medida en la que hubiera podido hacerlo si el cargo se hubiera mencionado en la demanda original. El mismo mecanismo se aplica en caso de entrega a otro Estado miembro. El Estado de ejecución extiende de este modo su derecho de intervención en el asunto hasta mucho después del momento de la entrega.

III. COMPARACIÓN CON LA PROPUESTA INICIAL DE LA COMISIÓN

Si se compara el texto finalmente adoptado con la propuesta inicial de la Comisión, es gratificante observar que, a excepción de la propuesta de lista negativa, se han recogido las grandes orientaciones iniciales que hacen que la orden de detención europea sea una herramienta eficaz. En la perspectiva del desarrollo futuro de la «euroorden», es útil comparar ambos textos.

1. Una primera diferencia formal se encuentra en el hecho que *la propuesta se ha vuelto a escribir y reorganizado sin que se vea un real valor añadido en su versión final*. Hubiera sido a menudo más simple para el lector (era la opción inicial de la Comisión), tener una disposición por artículo más bien que artículos extremadamente largos y más difíciles de manejar¹⁷.

¹⁶ En particular los artículos 27 y 28.

¹⁷ La propuesta inicial de la Comisión contenía 9 capítulos y 53 artículos, frente a los 4 capítulos y 35 artículos de la Decisión marco finalmente aprobada.

2. Otra diferencia fundamental es la del establecimiento de una *lista positiva de delitos para los que la doble incriminación desaparece*. La propuesta de la Comisión preveía una *lista negativa de excepciones* (propuesta de artículo 27) cuya ventaja era ser muy sencilla de aplicar, estando dirigida a proteger al Estado de ejecución de peticiones referentes a conductas por él despenalizadas en función de la evolución de sus principios fundamentales jurídicos (¿aborto? ¿blasfemia?...), invirtiendo además la carga de la prueba, al obligar al Estado invocante a publicar su lista¹⁸. Esta disposición se abandonó en favor de una lista positiva de delitos para los que ya no habrá examen de doble incriminación, cuando conlleven una pena de privación de libertad de tres años como máximo¹⁹. En la práctica, su aplicación podrá resultar difícil, pues la redacción de la lista remite en realidad a categorías de delitos que habrá que precisar con todo detalle²⁰.

3. Se debe hacer notar también *que se han suprimido o ampliamente reducido la mayoría de las disposiciones destinadas a aumentar el nivel de garantía de los derechos*:

a) Por lo que se refiere a las *resoluciones dictadas en rebeldía* que figuran en el artículo 5.1 de la Decisión marco, la Comisión había propuesto una definición de la sentencia en rebeldía con el fin de poner fin a la incertidumbre que rodea esta materia cuando los órganos jurisdiccionales aplican las actuales disposiciones del segundo Protocolo del Convenio europeo de extradición²¹.

¹⁸ «...cada Estado miembro podrá establecer una lista exhaustiva de conductas que pudieran considerarse constitutivas de delito en algunos Estados miembros, pero en relación con las cuales sus autoridades judiciales se negarán a ejecutar un mandamiento de detención europeo por ser contrario a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de ese Estado.

La lista y cualquier modificación de la misma se publicarán en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas al menos tres meses antes de que un Estado miembro pueda invocar el primer apartado por lo que se refiere a la conducta en cuestión».

¹⁹ Vid nota n.º 13.

²⁰ Vid infra punto IV.1.

²¹ «Por sentencia en rebeldía se entenderá cualquier sentencia dictada por un tribunal en un procedimiento penal en cuya vista no hubiera comparecido la persona condenada. En esta definición no se incluirán las sentencias dictadas en procedimientos en los que haya quedado claramente acreditado que se citó realmente a la persona con el tiempo suficiente para que pudiera comparecer y preparar su defensa, pero ésta decidió deliberadamente no comparecer o estar representada, a menos que se demuestre que su ausencia y el hecho de que no pudiera informar al juez al respecto se debió a razones de fuerza mayor» (propuesta de artículo 3.d).

En efecto, según los órganos jurisdiccionales nacionales, y a veces, dentro de un mismo Estado, las garantías ofrecidas por los Estados miembros que conocen la sentencia en rebeldía se aprecian de forma diferente. El concepto mismo de sentencia en rebeldía no está armonizado y las definiciones no son las mismas en los diferentes ordenamientos jurídicos. Lo mejor para eliminar las incertidumbres hubiera sido por tanto ponerse de acuerdo sobre los casos en los cuales la jurisdicción de ejecución puede pedir que la persona sea juzgada de nuevo. Por el contrario, al mantener una referencia al concepto de rebeldía, el texto remite a definiciones nacionales no armonizadas y a veces traducidas de manera no homogénea. Así pues, la versión italiana se refiere a una decisión «*en absentia*» como lo hace la versión en inglés, pero que no remite ni en una lengua ni en la otra a un concepto jurídico (lo que habría sido en italiano «*contumacia*»). El francés al contrario utiliza «*par défaut*» que es un concepto jurídico preciso. A largo plazo, estas diferencias pueden conducir a que las autoridades judiciales nacionales hagan primar su propia definición y la impongan a los demás.

b) La Comisión había previsto el *derecho al abogado* a partir del momento de la detención: el texto actual remite simplemente al Derecho nacional del Estado miembro de ejecución (artículo 11.2). En estas materias, las legislaciones de los Estados miembros difieren sustancialmente. Algunas prevén el derecho al abogado a partir de la detención, mientras que otras sólo lo autorizan en la comparecencia. Así pues las personas detenidas en aplicación de una orden de detención europea serán potencialmente tratadas de forma diferente de un Estado miembro a otro. Un reconocimiento unificado de los derechos de las personas detenidas en virtud de una orden de detención europea en el territorio de la Unión permitirá al contrario avanzar hacia la ciudadanía europea y la protección de los derechos individuales. Es un punto sobre el cual será necesario intentar volver de nuevo con motivo del libro verde sobre las garantías procesales que la Comisión ha aprobado el 19 de febrero de 2003²².

c) La Comisión preveía un marco bastante detallado de las *posibilidades de puesta en libertad* por iniciativa de la autoridad judicial de emisión o ejecución (artículo 14 de su propuesta): ahora se prevé simplemente que «La libertad provisional del detenido podrá ser acordada en cualquier

²² Libro Verde sobre las garantías procesales acordadas a los sospechosos y a las personas encausadas en procesos penales en la Unión Europea. COM(2003) 75 final.

momento, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución, siempre que la autoridad competente de dicho Estado miembro tome todas las medidas que considere necesarias para evitar la fuga de la persona buscada»²³. La debilidad de estas disposiciones se criticó, en particular, en los debates en el Parlamento Europeo, donde se llegó a presentar una enmienda, que fue rechazada, destinada a crear «la euro fianza». Una reflexión global sobre este tema figura en el libro verde mencionado en el punto precedente.

d) *El artículo 17* de la propuesta de la Comisión proponía un sistema de asimilar la situación en la cual una persona se ha fugado al consentimiento de su entrega, que implicaba un procedimiento simplificado (para animar las autoridades judiciales a evitar el recurso a la detención provisional): no se ha recogido esta disposición.

e) La Comisión había propuesto (artículo 24) facilitar en algunos casos la organización de una *videoconferencia* con el fin de evitar la entrega: ha desaparecido en el texto final.

f) El artículo 21 inicial preveía asimismo la puesta en libertad de la persona *al vencimiento del plazo*. Esta disposición, muy criticada por algunos, era apoyada por Alemania, que veía en ella el único medio de garantizar el respeto efectivo del plazo. Otras delegaciones, especialmente Irlanda, consideraban inconcebible y contrario al principio de independencia, la idea de imponer un plazo al juez para dictar su decisión. El artículo 17 del texto sobre el cual se encontró finalmente un acuerdo, prevé solamente plazos orientativos: «la decisión definitiva sobre la ejecución... debería tomarse...». En caso, de incumplimiento de estos plazos está prevista la consulta a Eurojust, y si este tipo de falta se repite, el informe al Consejo. Se puede por otra parte lamentar la redacción del artículo 17.7, que sólo permite informar al Consejo cuando el mismo Estado miembro haya sufrido demoras de forma repetida.

4. Otra diferencia se encuentra en *la aplicación posible del principio de extraterritorialidad*. El artículo 28 de la propuesta de la Comisión permitía negarse a ejecutar la orden de detención por un acto que no se hubiere cometido en el territorio del Estado miembro emisor y que no se considere delictivo en el de ejecución. Esta disposición se ha recogido bajo otra forma en el artículo 4.7 de la Decisión marco, conforme al cual podrá denegarse la ejecución de la orden de detención europea cuando los actos «se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor

²³ Artículo 12.

y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio». La redacción final es un poco más amplia que la prevista por la Comisión. Cubre en efecto, no sólo los casos en que los hechos objeto de las diligencias no se consideran delictivos en el Estado de ejecución, sino también aquéllos en los cuales la acción penal se basa en una competencia extraterritorial prevista en la legislación nacional del Estado miembro de emisión y cuando esta persecución por razones de extraterritorialidad no existiera en el Estado miembro de ejecución.

El artículo 4.7.a) introduce una excepción más importante al principio de reconocimiento mutuo: cuando los hechos se produzcan en el Estado miembro de ejecución, la negativa a realizar la orden de detención europea es posible sin ninguna condición, es decir, sin que el Estado miembro de ejecución tenga que iniciar diligencias aunque los hechos constituyan un delito. La Comisión no era favorable a este añadido que puede, por ejemplo, permitir a un Estado miembro no perseguir conductas cuyas consecuencias perjudiciales se produzcan, no en su territorio, sino en el de otros Estados miembros. Es necesario no obstante tener en cuenta sobre este punto, que la territorialidad de los hechos permite rechazar la ejecución de una orden de detención europea, pero no la asistencia mutua. El Estado miembro de emisión podrá pues proseguir sus investigaciones, pero se corre el riesgo de chocar con la denegación si quiere ejecutar una orden de detención europea. En la práctica no obstante, y aunque el texto no se pronuncia sobre este tema, cabe esperar que la existencia de una orden de detención europea emitida por otro Estado miembro lleve, cuando sea posible, al Estado miembro de ejecución a reconsiderar su decisión de no incoar el procedimiento, a la luz, en particular, de posibles nuevos elementos de prueba que aporte la investigación que ha provocado la emisión de la orden de detención europea. Es necesario desear en tal caso, que las autoridades judiciales cooperen para intercambiar todos los elementos de información sobre el caso, y determinar si deben producirse actuaciones judiciales y en qué Estado miembro. Podría aplicarse aquí el procedimiento de consulta a Eurojust previsto en el artículo 16.2.

5. Con respecto al principio del *non bis in idem*, el artículo 29 de la propuesta de la Comisión sólo contemplaba el recurso a este principio por parte del Estado miembro de ejecución cuando hubiere una resolución previa en este Estado. Este aspecto se regula ahora de manera extremada-

mente detallada en los artículos 3 y 4. Según las circunstancias, podrá tratarse de un motivo de denegación obligatorio o facultativo²⁴.

6. *Sobre la reinserción del condenado*, el artículo 33 de la propuesta de la Comisión buscaba de forma expresa favorecerla, *permitiendo que se cumpliera la sentencia en el Estado miembro de ejecución*. No obstante, para que este mecanismo no fuera en detrimento del reconocimiento mutuo, se preveía que la pena impuesta no pudiera ser sustituida por una sanción establecida por el Derecho del Estado miembro de ejecución. El artículo 4.6 finalmente aprobado es más ambiguo. Ha desaparecido la referencia a la reinserción así como la búsqueda del consentimiento de la persona. Por otro lado al permitir la denegación de entrega cuando el Estado miembro de ejecución «se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno» el texto remite no sólo a la aplicación del Derecho del Estado miembro de ejecución para la aplicación de la pena (lo que se refiere, en particular, a las medidas de puesta en libertad condicional o adaptación de la pena), pero no excluye la interpretación según la cual la duración de la pena podría modificarse de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución.

7. En caso de *concurso de procedimientos*, los artículos 39 y 40 del texto de la Comisión daban preferencia a la continuación de un procedimiento en curso con relación a la ejecución de una sentencia definitiva y organizaban un sistema de *traslados temporales* con el fin de que cada Estado pudiera llegar cuanto antes a una decisión definitiva. El texto final ha suprimido esta norma de prioridad otorgada a las actuaciones judiciales, y, aunque los artículos 18 y 24 permiten transferencias temporales, nada indica que se busque prioritariamente llegar a decisiones definitivas en los procedimientos en curso. Esto es tanto más deplorable cuanto que en la práctica, la ejecución de las decisiones es a menudo prioritaria, lo que retrasa en consecuencia los procedimientos judiciales.

8. Por otra parte, en el caso de *conurrencia de órdenes de detención o de una orden de detención europea y una demanda extradición*, el texto (artículo 16.1) recoge los criterios que figuran en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 sin modificación. Mientras que la propuesta de la Comisión afirmaba la *primacía* de la orden de detención europea sobre una solicitud de extradición procedente de un tercer país, el texto final no dice nada al respecto. Hay una importante dificultad técnica. Es

²⁴ Ver supra II.8.a.

cierto que al suprimir las disposiciones de la propuesta de la Comisión, el Consejo ha mostrado su voluntad de dejar a los Estados miembros la elección entre la ejecución de una orden de detención europea y la respuesta a una solicitud de extradición. La dificultad consiste en que la autoridad competente en cada una de las dos situaciones no es la misma. En la lógica de la orden de detención europea, es la autoridad judicial la única competente en la ejecución, mientras que en la solicitud de extradición es la autoridad política la que decide qué respuesta que debe darse. Si la autoridad judicial diera una respuesta positiva a una orden de detención europea, sería necesario que la autoridad política suspendiera la ejecución de la decisión judicial si, en un caso dado, quiere primar la solicitud de extradición. ¡A la luz de la separación de poderes, se trata de un procedimiento como mínimo curioso!

La rapidez de decisión de la ejecución de una orden de detención europea comparada con la de la extradición era la razón principal de la propuesta de la Comisión. Es en efecto totalmente deplorable que la ejecución de una orden de detención europea pueda suspenderse a veces durante mucho tiempo, habida cuenta de las dificultades que a menudo encuentra la extradición. La Comisión había presentado sobre este punto una interesante propuesta de compromiso (propuesta de artículo 40.3). Consistía en suspender la ejecución de la orden de detención europea durante la instrucción del procedimiento de extradición, pero autorizando el traslado temporal de la persona hasta que se tomara una decisión definitiva sobre la extradición. En caso de que finalmente se tomara la decisión de dar prioridad a la extradición, el Estado de emisión debía comprometerse a devolver a la persona. Este mecanismo podía acompañarse, por parte del Estado de ejecución de una demanda de garantías al tercer Estado destinada a salvaguardar los derechos del Estado de emisión mediante la garantía de una nueva extradición posterior hacia éste.

9. En su propuesta de artículo 41, la Comisión *había suprimido prácticamente el principio de la especialidad* y sobre todo no preveía solicitarlo sistemáticamente al Estado miembro de ejecución antes de iniciar un procedimiento sobre otro delito. Según el artículo 27 finalmente adoptado (¡cuya redacción es de una rara complejidad!), es de hecho posible que un Estado miembro renuncie al principio de especialidad, pero esta renuncia puede siempre ser revocada por la autoridad judicial que se pronuncia sobre la entrega. Este dispositivo es curioso puesto que autoriza a una autoridad judicial a cuestionar, ciertamente de manera específica, una decisión

que compromete a su Estado frente a sus socios europeos. Si no se efectúa ninguna declaración de este tipo, sigue aplicándose el principio de especialidad y se requiere una autorización previa del Estado de ejecución para incoar procesos complementarios sobre hechos que no figuraban en la orden de detención europea inicial, salvo que concurra alguna de las excepciones del apartado 3. Es necesario a este respecto indicar la redacción curiosa y poco inteligible del artículo 27.3.e), que, además, parece imponer que el interesado renuncie al principio de especialidad en el momento en que dé su consentimiento a la entrega, lo que va más allá de las obligaciones impuestas por el Convenio de procedimiento simplificado de extradición de 1995.

10. La propuesta de origen contenía una *cláusula de salvaguardia* (artículo 49) que permitía a todo Estado miembro suspender temporalmente la aplicación de la decisión-marco en el caso de violación grave y persistente de los derechos humanos. Esta suspensión dejaba de producir sus efectos si no se iniciaba en el plazo de seis meses el procedimiento del artículo 7 del TUE.

Esta disposición ha desaparecido del texto final pero, por contra, el artículo 1.3 sobre la obligación de ejecutar la orden de detención europea contiene una disposición que precisa 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». Además conforme los considerandos 12 y 13 de la Decisión marco «Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios» y «Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes».

Estos considerandos plantean la cuestión de su transposición en la legislación de los Estados miembros. Éstos podrían reintroducir en su legislación cláusulas de este tipo, aunque no figuren entre las causas de denegación explícitamente enumeradas. Cabe inclinarse a responder positivamente, sobre todo teniendo en cuenta que estas cláusulas pueden también analizarse como resultante de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de conformidad con el artículo 6 del TUE.

11. Por lo que se refiere a la *entrada en vigor*, la propuesta de la Comisión no permitía introducir solicitudes de extradición tras la fecha de entrada en vigor de las disposiciones de aplicación de la orden de detención europea, ni siquiera para actos cometidos anteriormente. Por el contrario, el compromiso final deja a cada Estado miembro la posibilidad de limitar la retroactividad de la orden de detención europea, sin por ello ir más allá de la fecha de entrada en vigor tal como se define en el artículo 35 del texto. Se desprende que durante un determinado período de tiempo, que podrá ser largo, los procedimientos de extradición y la orden de detención europea van a seguir coexistiendo, de manera alternativa, o acumulativa.

En síntesis éste podría ser el mecanismo:

Para todos los Estados:

- Actos cometidos antes del 1 de enero de 2004: continúan los procedimientos de extradición en curso. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden no obstante emitir órdenes de detención europea a partir del 1 de enero de 2004.
- Actos cometidos después del 1 de enero de 2004: se aplica sólo la orden de detención europea.

Para los Estados que han hecho uso de la facultad del artículo 32:

- Actos cometidos antes de la fecha comunicada por los Estados de conformidad con el artículo 32²⁵: imposibilidad de utilizar la orden de detención europea.
- Actos cometidos posteriormente: se continúan los procedimientos de extradición iniciados antes del 1 de enero de 2004, a partir de esa fecha sólo podrán emitirse órdenes de detención europeas.

²⁵ A saber: Francia (1 de noviembre de 1993), Italia (7 de julio 2002) y Austria (7 de julio 2002). D.O.C.E. L 190 del 18.7.2002, p. 19.

12. En el texto de la Decisión marco, *los términos* «ejecución de la orden de detención» y «entrega de la persona» *se emplean alternativa e indistintamente*. Ahora bien la ejecución de la orden de detención europea se refiere a dos acciones sucesivas, la detención y la entrega, siendo la referencia a la entrega más limitada. ¿Podría tratarse simplemente de una cuestión lingüística si esta diferencia terminológica no pudiera tener como consecuencia práctica el obligar a un Estado a detener una persona mientras que *a priori* todo indica que no se cumple la condición de doble incriminación, o ¿existe otra condición de denegación? Aunque se intentó, no fue posible encontrar una solución sobre este punto en las sucesivas reuniones de los juristas lingüistas y de los consejeros JAI entre diciembre 2001 y junio 2002, a pesar de que las redacciones del apartado 4 del artículo 2 y la introducción del artículo 4 son contradictorias. Por eso, en el momento de la adopción de la Decisión marco, se ha incluido una declaración del Consejo sobre este punto, para solucionar esta contradicción, según la cual: *El artículo 4.2 debe interpretarse de manera coherente con el artículo 4.1, que no obliga a los Estados miembros a detener y entregar una persona contra la que se ha emitido una orden de detención y entrega, si las condiciones a las que se refieren estas previsiones no se dan*²⁶.

IV. LAS INCERTIDUMBRES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA «EUROORDEN»

La rapidez con la que el texto ha sido adoptado a veces ha llevado a eludir cuestiones técnicas a las cuales los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales se enfrentarán al aplicar la orden de detención europea.

1. *La aplicación de la lista positiva*: La lista del artículo 2 contiene una serie de delitos para los cuales no se procederá al control de la doble incriminación. Según el texto, incumbe a la autoridad judicial del Estado de emisión decidir si la infracción entra o no en el ámbito de aplicación de la lista. Aunque algunos de estos delitos están armonizados, la mayoría no lo están y sus elementos constitutivos pueden diferir de manera importante de un Estado miembro. Es cierto que en el caso del racismo y

²⁶ Documento del Consejo ya citado COPEN 22 CATS 8 7252/02.

la xenofobia, así como en del sabotaje, el chantaje y la extorsión de fondos se dan algunas precisiones en las declaraciones adjuntas a la Decisión-marco. Por otra parte, según la declaración aneja a la Decisión-marco, «el Consejo conviene proseguir los trabajos relativos a la aproximación de los delitos enumerados en el apartado 2 del artículo 2»²⁷.

Sin embargo, se observa que las infracciones cubiertas van mucho más allá de lo que se enumera en el artículo 31.e) del TUE, y que por otra parte esta declaración no exime de un examen sobre la pertinencia de tales trabajos en relación con el principio de subsidiariedad. En cualquier caso, comprometerse en esta dirección, puede provocar un trabajo a muy a largo plazo, cuyo resultado será muy posterior a la fecha de entrada en vigor de la orden de detención europea. Los perfiles de los delitos que escapan al control de la doble incriminación corren el riesgo pues de diferir bastante de un Estado miembro. Además, el límite máximo de 3 años puede introducir diferencias importantes: para los mismos hechos, penados en un Estado miembro con una pena de 3 años de privación de libertad, y en otro Estado miembro con una de 2 años, en un caso se podrá emitir una orden de detención europea para la cual la doble incriminación no se controlará, y en el otro no será posible. Se trata de un plus importante otorgado a los Estados miembros cuya legislación penal es más represiva, lo que políticamente es discutible.

Incluso por lo que se refiere a los delitos que figuran en la lista, hay que temer importantes dificultades ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Estas dificultades pueden surgir en la autoridad judicial de ejecución y en la de emisión. Por lo que se refiere a la autoridad judicial de ejecución, está en principio sujeta a la calificación otorgada por la autoridad judicial emisora y no podrá impugnarla. ¿Qué se podrá hacer, no obstante, cara a una orden de detención emitida utilizando la calificación de «agresión con lesiones graves» y que se refiere realmente a un aborto?

A la inversa, es la autoridad judicial de emisión la que debe determinar si la infracción entra o no en el ámbito de aplicación de la lista. Ahora bien las calificaciones que figuran en la lista pueden corresponder, en el Derecho nacional, a todo un espectro de delitos. Habrá pues que garantizar que, en el conjunto del territorio nacional, las infracciones se aprecian de manera similar respecto a la lista del artículo 2. Eso podría conducir a hacer en el ámbito nacional una lista de delitos que pueden beneficiarse de las disposiciones del apartado 2 del artículo 2.

²⁷ Idem.

Con el fin de garantizar la transparencia y seguridad jurídica en la aplicación de este texto en el conjunto del territorio de la Unión, podría considerarse la redacción de un documento en el cual cada Estado miembro enumeraría los delitos que, en su legislación, entran en las calificaciones del apartado 2 del artículo 2. Un documento de este tipo constituiría un avance más que tangible en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

2. *Las incertidumbres relativas al artículo 19.* De conformidad con el artículo 19 «La toma de declaración de la persona buscada se realizará con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución y en las condiciones determinadas de común acuerdo entre las autoridades judiciales emisora y de ejecución». Este artículo es asombroso y contradice el principio establecido en el artículo 4 del Convenio de 29 mayo de 2000²⁸ sobre la asistencia mutua según el que, en la medida de lo posible, hay que tratar de aplicar el Derecho del Estado miembro solicitante.

Por otro lado el contenido del artículo 19 es poco comprensible en la medida en que es el Derecho del Estado miembro de ejecución el que se aplica. El texto adolece aquí de incoherencia debido a las condiciones de su adopción, que desgraciadamente no fue posible eliminar posteriormente mediante acuerdo político.

3. *La orden de detención europea y los derechos fundamentales.* La orden de detención europea ha sido muy criticada por numerosas ONG activas en el campo de la protección de los derechos humanos, y presentada como un texto que disminuye sensiblemente las garantías de que gozan los ciudadanos. Estas críticas deben analizarse política y técnicamente.

Desde un punto de vista político, es necesario afirmar claramente que un dispositivo como la orden de detención europea sólo ha podido concebirse porque los Estados miembros comparten una concepción exigente de la democracia y los derechos fundamentales. Se ha podido constituir la orden de detención europea porque en el espacio de la Unión, puede haber confianza.

Desde un punto de vista técnico, es necesario recordar que, aunque se han suprimido algunas disposiciones protectoras como el derecho a la asistencia de abogado e intérprete desde el momento de la detención, el carácter imperativo del plazo para resolver, o las disposiciones sobre la puesta en libertad, el texto aporta precisiones sobre puntos que no se regulaban

²⁸ Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. D.O.C.E. C 197 de 12.7.2000.

con tal claridad en el régimen previo de la extradición. Es necesario a este respecto mencionar los siguientes puntos:

- Conforme el artículo 21, el período de privación de libertad en el Estado miembro de ejecución derivado de la ejecución de una orden de detención europea, deberá deducirse del total de la condena. Eso no ocurría siempre en la práctica anterior.
- Las disposiciones de los artículos 3 y 4 sobre el *non bis in idem* son muy precisas y se refieren a situaciones que no estaban cubiertas antes claramente ni por las disposiciones del Protocolo de 1975 al Convenio europeo de extradición, ni por el Convenio de aplicación de los acuerdos de Schengen de 1990: cuando se ha tomado una decisión de procesar o no procesar por el mismo hecho en el Estado miembro de ejecución, o cuando se ha pronunciado en un tercer Estado una sentencia definitiva que pone fin a las actuaciones judiciales. Del mismo modo, se han suprimido la serie de excepciones previstas en el artículo 2.3 del protocolo²⁹ y que habían sido recogidas en el artículo 55 del Convenio de Schengen.
- La introducción de un plazo para resolver sobre la entrega, aunque ahora sólo sea orientativo (artículo 15), deberá conducir a una toma de decisiones más rápida, y en consecuencia a limitar los posibles períodos de detención provisional. Deberán limitarse los casos de incumplimiento del plazo razonable, que como se sabe constituyen una parte no desdeñable de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este tema.
- La eficacia misma de la orden de detención europea es un activo para los ciudadanos europeos que son objeto de actuaciones judiciales en un Estado miembro distinto al de su domicilio. En efecto, hasta ahora, y varias organizaciones de protección de los derechos humanos lo han denunciado, los procesados, cuya residencia no se encontraba en

²⁹ Art. 2 del Protocolo adicional al convenio Europeo de extradición (extracto).
«3. No obstante, en los casos previstos en el apartado 2, la extradición podrá concederse:

- a) si el hecho que diere lugar al juicio se hubiere cometido contra una persona, una institución o un bien que tenga carácter público en el Estado demandante;
- b) si la propia persona sobre la que recayese la sentencia tuviere un carácter público en el Estado demandante;
- c) si el hecho que diere lugar al juicio se hubiere cometido total o parcialmente en el territorio del Estado demandante o en un lugar asimilado a su territorio.»

el territorio del Estado que ejercía las actuaciones judiciales, corrían, en hechos idénticos, un riesgo superior a la detención provisional que los residentes, en la medida en que sus garantías de representación eran consideradas insuficientes. La autoridad judicial, consciente de que corría el riesgo de que la persona regresara a su país, quedando a salvo de toda persecución, prefería colocarla en detención. Al suprimir la posibilidad de que los Estados miembros rechacen la entrega de sus nacionales, y al crear un mecanismo de entrega que se espera eficaz, la orden de detención europea proporciona a las autoridades judiciales, una herramienta que les garantiza que encontrarán a las personas si éstas pensaban desaparecer. Se puede por lo tanto esperar que las puestas en libertad de no residentes serán más frecuentes.

Por otra parte, y de manera más amplia, la disposición del apartado 3 del artículo 1 que recuerda que todo el texto está a reserva de las disposiciones del artículo 6 del Tratado que recoge a las disposiciones del Convenio europeo de los derechos humanos y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como los considerandos 12 y 13 garantizan que la protección de los derechos individuales no debe sufrir ningún retroceso. Desde que se adoptó el acuerdo político sobre la orden de detención europea, la Comisión ha tenido que emitir varias veces su opinión sobre el tema. Ha señalado, en particular, «que en la aplicación de la orden de detención europea, los Estados miembros y los órganos jurisdiccionales nacionales se someten totalmente al cumplimiento de las disposiciones del Convenio europeo de los derechos humanos» y que «si hay indicios de que la ejecución de una orden de detención europea corre el riesgo de suponer, para la persona entregada, un serio riesgo de que se la someta a tortura o a tratamientos inhumanos o degradantes, la autoridad judicial de ejecución deberá rechazar la ejecución de la orden»³⁰.

Sin embargo, si la respuesta a la cuestión en el caso del recurso a la tortura (artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —CEDH—) es bastante sencilla, la articulación entre la orden de detención europea y el Convenio corre el riesgo de ser más delicada si se alegan las disposiciones

³⁰ Respuesta del Sr. Vitorino en nombre de la Comisión a la pregunta parlamentaria de la Sra. Buitenweg n.º 1310/2002 efectuada el 7 de enero de 2003 (aún no publicada).

del artículo 6 de la CEDH (derecho a un proceso equitativo). ¿Podrá un órgano jurisdiccional que conoce de una solicitud de entrega rechazarla alegando que considerando el número de condenas sufridas por un Estado miembro en Estrasburgo por violación del plazo razonable, la entrega no se ajusta al artículo 6 ya que la persona corre el riesgo de esperar su juicio demasiado tiempo?

Más allá de las referencias al CEDH que serán, esperémoslo, interpretadas teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hay cuestiones delicadas que corren el riesgo de plantearse cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se enfrenten a un examen de las posibles medidas nacionales adoptadas para la aplicación del artículo 3.1 en relación con el artículo 6 del TUE. Si la remisión al Convenio Europeo de los Derechos Humanos no plantea realmente dificultades, dado que los órganos jurisdiccionales nacionales están acostumbrados a utilizar este texto, la referencia «a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» es en cambio más delicada ya que se define mal este «bloque de constitucionalidad europeo». Se podría considerar, por ejemplo, que forma parte de él «la prohibición de perseguir o castigar una persona por su sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual» que figuraba en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 y que algunos Estados miembros integraron en su bloque de constitucionalidad. Si este caso puede en principio ser objeto de consenso, cabe, en cambio, temer por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, una interpretación demasiado nacional (¿nacionalista?) de este concepto de «tradición constitucional común».

En este sentido la siguiente declaración irlandesa al aprobar la decisión-marco puede ser fuente de inquietud: «Irlanda preverá en la aplicación en su derecho interno de la Decisión-marco de modo que la orden europea de detención sólo se ejecutará a efectos de llevar a la persona de que se trate a juicio o a efectos de ejecutar una sentencia de pena privativa de libertad o de orden de detención»³¹. Esta declaración plantea la duda sobre la posibilidad de que Irlanda entregue a una persona a la que se persigue sin todavía haber sido condenada y respecto a la cual la investigación está aún en curso.

De forma más general ¿no cabe temer que por la referencia a los derechos fundamentales, un Estado miembro pueda imponer a los otros algunos elementos de su sistema judicial? A este respecto, el Libro verde

³¹ COPEN 22 CATS 8 7252/02 ya citado.

ya citado de la Comisión sobre las garantías procesales en materia penal es especialmente importante. Permitirá disponer de un fundamento común de normas más precisas que las resultantes del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal, y armonizar, se espera que hacia arriba, la protección de que gozan los ciudadanos de la Unión. Este esfuerzo es especialmente importante en la perspectiva de la ampliación. Su integración en el acervo comunitario podrá responder a la inquietud de los profesionales de la justicia y las ONG de protección de los derechos fundamentales. Aunque, en la Unión, hay suficiente confianza entre los Estados miembros, en el caso de los Estados candidatos todavía hay que crearla. A este respecto, la Unión tiene todo que ganar si empieza a trabajar en profundidad sobre la calidad de la justicia³².

V. PERSPECTIVAS

Cualesquiera que sean sus imperfecciones, la orden de detención europea constituye un progreso importante en la creación del espacio judicial europeo. Bajo presión política, se les ha dado un nuevo enfoque a algunos de los obstáculos que hasta entonces parecían infranqueables, como la doble incriminación. El acervo de la orden de detención europea se ha retomado muy rápidamente con motivo del acuerdo político sobre la Decisión-marco relativa a embargo preventivo y aseguramiento de pruebas³³. Más allá de estos dos textos, todo el programa de reconocimiento mutuo debería beneficiarse del acervo logrado con motivo de la orden de detención europea. *Cabría por ejemplo preguntarse sobre la oportunidad de extender al conjunto de la asistencia mutua la supresión del principio de*

³² En su comunicación del 9 de octubre 2002: *Hacia una Unión ampliada. Documento de estrategia e informe de la Comisión Europea sobre los progresos realizados por cada uno de los países candidatos en la vía de la adhesión*, la Comisión ha propuesto la inclusión en las Actas de Adhesión de una cláusula de salvaguardia específica a la Justicia y los asuntos de Interior, que permita hacer frente a todos los problemas de adaptación al acervo en el funcionamiento cotidiano de las administraciones de justicia de los nuevos Estados miembros, previendo una suspensión provisional de las disposiciones sobre el reconocimiento mutuo (COM (2002) 700 final, punto 3.5). Esta propuesta ha sido aceptada y figurará en las diferentes Actas de Adhesión.

³³ Propuesta de decisión marco presentada por Francia, Suecia, Gran Bretaña y Bélgica (D.O.C.E. C 75 del 7.3.2001, pp. 3 y ss.), sobre cuyo contenido existe ya un acuerdo político en el seno del Consejo.

doble incriminación de la lista de delitos del apartado 2 del artículo 2 de la orden de detención europea. Es difícil de entender en efecto, que en la Unión, se exija la doble incriminación respecto la asistencia mutua cuando han desaparecido para la entrega de las personas.

Por otra parte, la Comisión deberá elaborar un informe sobre la aplicación de la Decisión-marco relativa a la orden de detención europea antes el 31 de diciembre de 2004. Esta importante cita será la ocasión de hacer el primer balance de la implementación del texto, y de las eventuales mejoras. Será la ocasión de hacer un análisis detallado de las legislaciones nacionales adoptadas para la aplicación de la orden. A este respecto, la Comisión prevé organizar, durante la fase de adaptación de las legislaciones nacionales, reuniones de expertos para que los distintos redactores nacionales tengan la ocasión de encontrarse y tal vez adoptar posiciones comunes sobre algunos puntos ambiguos en la redacción del texto. Pero este balance no debiera limitarse a un análisis puramente jurídico de las legislaciones nacionales de transposiciones. Sería importante que se hiciera un análisis más concreto de los métodos de funcionamiento de la orden de detención en los Estados miembros.

Desde un punto de vista metodológico, tal análisis puede ser difícil de hacer pues el mecanismo de la orden de detención europea está descentralizado, y las autoridades centrales nacionales, interlocutores habituales de la Comisión, no siempre disponen de la información necesaria. Sería pues útil que la Comisión recurriera a las distintas herramientas prácticas existentes para recuperar la información sobre el funcionamiento de la orden. Así pues, este punto podría figurar en el orden del día de alguna de las reuniones de la red judicial europea. En efecto, los corresponsales regionales y nacionales de la red deben ser los primeros informados, *in situ*, de los casos de emisión y ejecución de la orden de detención europea. Son ellos quienes, con Eurojust, podrán proporcionar los primeros elementos concretos sobre la aplicación de este nuevo procedimiento.

ABSTRACT

The approval of the European arrest warrant is an important step towards the creation of the European judicial area. It is the first significant instrument adopted on the basis of the principle of mutual recognition. While every day new difficulties arise in the process of harmonisation of substantive criminal law in the Union (for example, the endless debates on fixing penalties), applying the principle of mutual

recognition to the European arrest warrant has made it possible (undoubtedly under considerable political pressure) to achieve genuine progress in realising the area of freedom, security and justice.

The European arrest warrant must replace the mechanisms for extradition between the Member States that are currently in force. The scope of the European arrest warrant covers all the situations that were previously provided for under the 1957 European Convention on Extradition. The Framework Decision will replace the complex legal corpus consisting until now of the European Convention on Extradition and its two protocols, Chapter IV of Title III of the Convention Implementing the Schengen Agreement, and the two European Union Conventions on Extradition of 1995 and 1996. In this respect it will be a valuable and, hopefully, effective tool for the experts.

With a view to the subsequent work of implementing and evaluating the Framework Decision, this note aims to give an initial overview of the key provisions of the text, compare the text adopted with the Commission's initial proposals and, above all, highlight the questions which remain to be addressed and on which there will have to be more work as the process advances.

RÉSUMÉ

L'approbation du mandat d'arrêt européen constitue une étape importante de la création de l'espace judiciaire européen. C'est le premier instrument significatif adopté sur la base du principe de reconnaissance mutuelle. Malgré les difficultés croissantes auxquelles se heurte le processus d'harmonisation de l'élaboration d'un droit pénal matériel de l'Union européenne (cf. les vastes débats sur la détermination du niveau des sanctions), l'application du principe de reconnaissance mutuelle au mandat d'arrêt européen a permis (incontestablement sous l'effet d'une forte pression politique), de progresser véritablement dans la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Le mandat d'arrêt européen est appelé à remplacer les mécanismes d'extradition actuellement en vigueur entre les États membres. Le champ d'application de cet instrument couvre toutes les situations qui étaient auparavant prévues par la convention européenne d'extradition de 1957. La décision-cadre remplacera le corpus juridique complexe constitué jusqu'à présent par la convention européenne d'extradition et ses protocoles, le chapitre IV du titre III de la convention d'application de l'accord de Schengen, et les deux conventions d'extradition de l'Union européenne de 1995 et de 1996. À cet égard, elle sera pour les experts un instrument précieux et, on peut l'espérer, efficace.

Dans la perspective des travaux ultérieurs pour la mise en œuvre et l'évaluation de la décision-cadre, la présente note a pour objectif de faire un premier bilan des dispositions essentielles du texte, de comparer le texte adopté aux propositions initiales de la Commission et, surtout, de mettre en lumière les questions qui restent à résoudre et qui devront, en temps utile, faire l'objet de travaux ultérieurs.

