

DIFICULTADES DE DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN
RELACIÓN A LA EXTRADICIÓN Y LA ORDEN DE DETENCIÓN Y ENTREGA. EL
CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, ISLANDIA Y NORUEGA

Gilles de Kerchove

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

Dificultades de determinación de la legislación aplicable en relación a la extradición y a la orden de detención y entrega europea.

Gilles DE KERCHOVE.

Abordaremos brevemente varios puntos en este artículo, a saber: las relaciones entre la Unión Europea, entre el Espacio judicial europeo y terceros países; nuestras relaciones con los miembros del Consejo de Europa y con los Estados Schengen que no son todavía Estados Miembros y, para acabar, una breve comentario acerca de nuestro socio estadounidense.

Con respecto a las relaciones que mantenemos con nuestros socios dentro del Consejo de Europa, el artículo 28, apartado 3 del Convenio de 1957 de extradición contempla la posibilidad de un régimen más integrado y la necesidad de notificarlo al Consejo de Europa. La delegación española había propuesto al Consejo de Ministros adoptar una posición común, de modo que la Unión Europea realizase una notificación conjunta al Consejo de Europa para indicar entre los (15 en aquella época) 25 Estados Miembros existía la orden de detención europea, basada en legislaciones casi uniformes entre los Estados Miembros. Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos de la delegación española ante el Consejo de Europa, no hubo acuerdo entre los Estados Miembros acerca de la adopción de esta posición común por varios motivos. Uno de ellos era que los Estados Miembros no habían adoptado en el mismo momento sus legislaciones de transposición y que querían, por lo tanto, preservar su derecho a notificar a medida que iban adoptando sus medidas nacionales de transposición. Esto sólo se concretizó en la conclusiones del Consejo.

Existe actualmente un caso un tanto peculiar que hemos recibido en la Secretaría General, se trata de una notificación de la República Checa que nos indicaba que la ley que acababa de ser votada en la República Checa y que aplicaba la decisión marco sólo entraría en vigor a partir del momento en que el Gobierno hubiese notificado al Consejo de Europa, de acuerdo con el artículo 28, apartado 3, el hecho de que la República Checa quería basarse en adelante en la orden de detención europea. Esta posición se inscribe dentro de un contexto político determinado en la República Checa, y responde a unos argumentos acerca de la primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, a los que ya nos hemos referido anteriormente y sobre los cuales por lo tanto no me detendré, aunque se trate de un asunto bastante problemático en nuestras relaciones con la República Checa.

En lo que se refiere a nuestros socios Schengen, a saber Noruega, Islandia y potencialmente Suiza, cuando entren en vigor los acuerdos que asocian la República Helvética al desarrollo del acervo de Schengen y una vez ratificados por ésta mediante referéndum, nuestras relaciones se basan en el Convenio del Consejo de Europa de 1957 y en los progresos conseguidos por el Convenio de Schengen. Cuando en el Consejo de Europa se debatió sobre la Decisión marco de orden de detención europea, recibimos una carta de las delegaciones islandesa y noruega en la que deseaban asociarse a la orden de detención europea considerándola un desarrollo del acervo de Schengen, en la medida en que desembocaba en la sustitución del capítulo sobre la extradición del Convenio de Schengen por el mecanismo de orden de detención europea. Por este motivo hubiésemos

tenido que negociar la decisión marco dentro de una formación a la que Noruega e Islandia habrían estado asociadas, lo que se conoce como el Comité mixto y que por ende la orden de detención europea se habría aplicado en todo el espacio Schengen.

El servicio jurídico del Consejo no considero la orden de detención europea como un desarrollo del acervo de Schengen. Su planteamiento, resumiéndolo brevemente, era que aunque aparentemente la orden de detención europea era una forma muy avanzada de extradición, se trataba en realidad de un concepto fundamental y radicalmente distinto ya que se apoya en el principio del reconocimiento mutuo y este principio sólo puede aplicarse dentro del contexto de la Unión Europea, es decir, entre Estados miembros que comparten el mismo proyecto político y el mismo grado de integración jurídica, con todo el sistema de protección garantizado por la *Cours de Justice des Communautés Européennes*. El Consejo siguió la opinión del servicio jurídico y consideró que, en efecto, la orden de detención europea no era un desarrollo del acervo de Schengen. A modo de compensación, el Consejo ofreció a Noruega y a Islandia extender, y las palabras tienen su importancia, el mecanismo de orden de detención europea no como un desarrollo del acervo de Schengen sino en base a un acuerdo entre la Unión Europea por una parte y Noruega e Islandia por otra, basado en el artículo 38 del Tratado de la Unión Europea. Un proyecto de mandato de negociación fue adoptado por el Consejo cuya Presidencia, en aquel momento danesa, fue la encargada de entablar negociaciones con Noruega e Islandia para extender a ambos países el mecanismo de orden de detención europea. El motivo por el que no se negoció la extensión al cien por cien de la orden de detención europea sino sólo la aplicación del mecanismo de dicha orden, se debe a que la misma contiene avances que quizás no todos los Estados miembros estarán dispuestos a adoptar en su relación con Estados que no son miembros de la Unión Europea. Me refiero, entre otros, a la supresión del delito político y a la entrega de los nacionales. Si no me equivoco, Portugal, a partir de la noción de espacio, consideró que la no extradición de nacionales no era un problema en la medida en que tenía lugar dentro del marco de la Unión Europea; sin embargo, Portugal sigue teniendo en su Constitución una disposición que impide la entrega de sus nacionales a países que no son Estados Miembros de la Unión Europea. Este es el caso también de Alemania, lo que demuestra que de momento es imposible extender la orden de detención europea al cien por cien con respecto a terceros Estados. Por otro lado, de forma paradójica, cuando iniciamos la negociación de este acuerdo, artículo 38, con Noruega e Islandia, descubrimos que si bien Noruega podía aceptar al cien por cien la decisión marco, Islandia, en cambio, tenía ciertas dificultades respecto a la abolición de la doble incriminación que realiza la decisión marco para las 32 infracciones. Además, preguntamos a Noruega e Islandia si estaban seguros de querer asociarse a todo el desarrollo del reconocimiento mutuo y a todos los instrumentos que en adelante iba a desarrollar la Unión Europea, a saber el embargo de bienes procedentes del delito, las sanciones pecuniarias, el embargo y el exhorto de obtención de pruebas. Porque si aceptamos el hecho de que la extensión de la orden de detención europea es una materia que desarrolla el acervo de Schengen, se podría en un futuro obligar a Noruega e Islandia a que lo aceptaran tal y como es, ya que es éste el mecanismo —que tiene como efecto y objeto extender el acervo de Schengen— que hemos negociado con Noruega e Islandia.

Actualmente la negociación está bloqueada en parte por nuestros socios y en parte por Islandia, pero también porque algunos de nuestros Estados Miembros encuentran

dificultades a la hora de ir más allá en la negociación. Así se encuentra el estado de nuestras relaciones con Noruega e Islandia y tarde o temprano con Suiza.

En lo que se refiere al socio norteamericano, no voy a entrar en los detalles de una negociación muy compleja. Se quiso poner a prueba el principio de reconocimiento mutuo mediante una de las decisiones jurídicas sin duda más complicadas: la detención y la entrega de personas y, en el fondo, se hizo lo mismo con la negociación de los acuerdos entre la Unión Europea y un Estado tercero en los ámbitos jurídicos. El artículo 38 del Tratado de la Unión Europea fue puesto a prueba en la materia más problemática y con el socio más complejo, los Estados Unidos. La posición y la aplicación de la pena de muerte, la existencia de jurisdicciones de excepción, un régimen jurídico de protección de datos bastante distinto al que prevalece en Europa, la cadena perpetua, todo ayudaba a que la negociación fuera extremadamente compleja.

Sólo trataré un punto que fue muy sensible durante la negociación del acuerdo de extradición entre la Unión Europea y Estados Unidos, la cuestión de cómo solucionar el conflicto entre una orden de detención europea emitida por un Estado Miembro y una solicitud de extradición redactada por el socio norteamericano. Cuando la Comisión presentó su proyecto de Decisión marco, el primer proyecto, preveía dar primacía a la orden de detención europea sobre cualquier solicitud de extradición proveniente de un Estado tercero, lo cual resulta bastante lógico en la medida en que lo que se busca es desarrollar un espacio integrado, como en un Estado Miembro. Al encontrarse ante la conmoción del 11 de septiembre, nuestro socio norteamericano hizo un intenso *lobbying*, cuyo argumento consistía en el hecho de que observaba cierta paradoja en que una orden de detención europea emitida por un fraude en el ámbito financiero podría prevalecer sobre una solicitud de extradición por un acto terrorista abominable. Por lo tanto, en la negociación que condujo a la adopción de la Decisión marco, y en contra de lo que la Comisión había propuesto, el Consejo accedió a poner en igualdad, en teoría, una solicitud de extradición proveniente de un Estado tercero y una orden de detención europea emitida por un Estado Miembro.

En el artículo 16, apartado 3 de la decisión marco, se establece conjuntamente la posibilidad de determinar una autoridad competente para zanjar un conflicto entre una orden de detención europea y una solicitud de extradición y los criterios a tomar en cuenta en la resolución del conflicto. En el artículo 16, apartado 3, cuando se produce un conflicto entre una orden de detención europea y una solicitud de extradición, la decisión marco indica que la decisión pertenece a la autoridad competente del Estado de ejecución. Mientras que cuando se produce un conflicto entre dos órdenes de detención europea, la decisión marco indica que la autoridad habilitada para resolver el conflicto es, de hecho, una autoridad judicial. Es interesante notar asimismo que en las leyes de aplicación de la transposición de la decisión marco, dos Estados Miembros (a mi entender, Francia e Irlanda) han reservado a sus jurisdicciones, y no al poder ejecutivo, el derecho a resolver un conflicto entre una solicitud de extradición y una orden de detención europea.

En el acuerdo concluido entre la Unión Europea y Estados Unidos, nuestro socio norteamericano quiso afinar el contenido del artículo 16, apartado 3, añadiendo criterios a tomar en consideración, para al mismo tiempo intentar evitar, en la medida de lo posible,

que la autoridad encargada de resolver los conflictos entre una solicitud de extradición y una orden de detención europea, fuera una autoridad judicial. Es bastante fácil de entender que el socio norteamericano quiera reservarse la posibilidad de ejercer una presión política sobre un gobierno, lo que por supuesto no podría hacer con un juez. Y encontraremos en el artículo 10 de dicho acuerdo, una fórmula un tanto complicada que procura resolver esta cuestión, así como el añadido de cuatro criterios a los ya previstos en la Decisión marco para intentar ayudar a la autoridad llamada a resolver el conflicto a que encuentre unos parámetros de referencia. Estos cuatro criterios son: la nacionalidad de la víctima, el interés de cada uno de los Estados requerientes (por lo tanto una balanza de los intereses), el hecho de que las demandas hayan sido o no presentadas en virtud de un tratado y la posibilidad de que una extradición pueda ser efectuada más tarde.