

LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA Y PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO
MUTUO

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>

Reconocimiento mutuo y orden de detención europea

Gilles DE KERCHOVE

Evalúo positivamente la transposición de la decisión marco que establece la orden de detención y los diez meses de su aplicación. La orden de detención europea, al contrario de lo que algunos habían predicho, funciona y lo hace bastante bien. Si miramos simplemente las cifras, según mis informaciones del 1 de octubre del 2004, hay más o menos 1262 órdenes emitidas, 324 personas detenidas y 117 personas entregadas. El índice de rechazo es relativamente modesto. Esto en relación a las cifras.

En cuanto a la duración media de las entregas, estamos dentro de los plazos previstos por la decisión marco. Las personas son entregadas en cincuenta días más o menos, mientras que antes, la extradición implicaba algo menos de un año de media; cuando la persona consentía en su entrega, los plazos son evidentemente mucho más limitados, unos 16 días, las personas consienten en su entrega en la mitad de los casos.

Han existido, desde luego, un cierto número de casos, de recursos, con una repercusión mediática muy importante especialmente en las demandas emitidas por España. En Bélgica, puede que hayan seguido la epopeya de la demanda de detención del matrimonio García Moreno, que ha dado lugar a tres recursos en el Tribunal Supremo sobre un aspecto relacionado con la prescripción. También hubo un caso muy interesante en Mons, el caso Diego Ugarte López, donde se oponía la cuestión de compatibilidad con los derechos fundamentales.

En Francia, ha existido también un asunto con mucha repercusión, porque ha sido la primera orden ejecutada en el tribunal de Pau, el último 12 de mayo. La decisión de no ejecutar una orden de detención europea en contra de tres vascos, porque los hechos habían tenido lugar en parte en el territorio francés. Se trata de casos, que han tenido un gran impacto mediático, pero eso demuestra que los magistrados de la Unión Europea se han apropiado verdaderamente de la orden de detención europea.

Era muy importante que todo se desarrollara satisfactoriamente, porque si hablamos un poco de la historia del reconocimiento mutuo y de la orden de detención europea, todos recordamos que la idea había sido lanzada por nuestros colegas británicos en 1998, en la cumbre de Birmingham. La idea era trasladar, al ámbito jurídico, el concepto de reconocimiento mutuo que había sido extremadamente importante para la realización del mercado interior. Me acuerdo muy bien que cuando la idea fue lanzada, fue acogida dentro del Consejo con un poco de suspicacia. Muchos pensaban que nuestros colegas británicos buscaban un medio para frenar la armonización del derecho penal. Muchos juristas que habían trabajado en el Consejo de Europa la acogieron escepticismo: “¿Puede trasladarse al ámbito jurídico, un concepto que ha sido eficaz en el ámbito económico? ». El principio de reconocimiento mutuo, que mantiene unas relaciones muy estrechas con el concepto de

espacio judicial introducido en el Tratado de la Unión por el Tratado de Amsterdam, había sido considerado en Tampere como piedra angular de la cooperación judicial, tanto civil como penal; pero había que probarlo.

Con algunas delegaciones habíamos intentado, inicialmente, probar el concepto de reconocimiento mutuo en relación a las decisiones de embargo preventivo. Considerábamos que era un buen terreno para la experimentación porque era el prototipo de la decisión judicial en la que hay que ir muy deprisa para impedir, por ejemplo, que los fondos de una cuenta bancaria sean, con la rapidez de un pago electrónico, transferidos a un paraíso fiscal. Los acontecimientos del 11 de septiembre, como es conocido, han perturbado la agenda y han conseguido llevar al Consejo más allá del cometido que se le había hecho en Tampere. Allí habíamos decidido eliminar la extradición únicamente para las personas definitivamente condenadas, cuando se habían agotado todos los recursos internos. La Decisión marco fue negociada en 2 meses, bajo una fuerte presión. Se había comenzado además por lo más delicado, es decir, las decisiones judiciales, que afectan las libertades individuales.

No os voy a esconder que en el seno del Secretariado General, pasamos el umbral del 1 de enero del 2004 con cierta aprensión. Al igual que el 1 de enero del 2002 ocurrió con el Euro, para nosotros, el 1 de enero del 2004, fue un poco la entrada en lo desconocido. Uno o dos errores en la orden de detención europea habrían tenido un impacto muy negativo en el desarrollo de la Europa Judicial. Por esta razón, Charles Elsen lo ha recordado, en el seno del Consejo, de la Comisión, de las diferentes agencias, particularmente Eurojust, la Red judicial, hemos multiplicado lo que llamaría las medidas de acompañamiento. Hemos puesto en marcha un sitio web con todas las legislaciones, una vez disponibles. Por iniciativa de Francia, en este sitio web figuran lo que hemos llamado las fichas francesas, para intentar explicar bien cada una de esas legislaciones. Asimismo hemos puesto en marcha un grupo de trabajo específico, la primera vez que lo hacemos para un instrumento dentro del sector penal, con el fin de seguir de cerca la aplicación de la Decisión marco dentro de los Estados miembros. La Red judicial europea adecua su atlas, para intentar facilitar la identificación de las jurisdicciones competentes. Eurojust ha organizado un seminario y ya ha acogido al menos en un caso, en lo que conozco, entre Suecia y los Países Bajos, de concurrencia entre dos órdenes de detención. Un grupo específico del Consejo ha examinado, antes del ingreso de los 10 nuevos estados miembros, el estado de preparación de los países candidatos para aplicar la orden de detención europea el 1 de mayo del 2004.

La transición de la extradición a la orden de detención europea resultaba muy complicada. Primero, porque nuestros Estados miembros han incorporado la Decisión marco en fechas diferentes y ésta no incluye ninguna disposición para afrontar este problema. Una vez puestas en marcha, las convenciones que regulan la extradición han dejado de ser aplicables. En segundo lugar, porque existía un sistema de almacenamiento de descripciones en el SIS con fines de extradición. ¿Cómo tratar estas descripciones tras del 1 de enero del 2004? ¿Qué hacer con los parámetros de validez no conformes con la decisión marco? Además, las descripciones del SIS, el instrumento privilegiado de transmisión de las ordenes de detención

europas, resulta hoy accesible solo a 13 Estados miembros, ya que el Reino Unido e Irlanda todavía no se han conectado y los diez nuevos miembros, todavía no tienen acceso a la orden de detención europea.

Un breve comentario sobre la transposición de la Decisión marco. No me extenderé sobre los plazos de transposición. Sabemos desafortunadamente que la Decisión marco, el uno de enero del 2004, fue incorporada solo por ocho de los quince Estados miembros, lo que no es bueno; que el uno de mayo pasaron a dieciséis de los veinticinco, y a dieciocho en el mes de junio. Todo ello pese a que el Consejo Europeo después de los atentados de Madrid, pidiera que la Decisión marco fuera puesta en marcha para el mes de junio. Hoy están veinticuatro de los 25, solo Italia examina todavía el proyecto de transposición.

II

En lo relativo al contenido de la Decisión comentaré algunos temas que me preocupan de un modo particular. El primero se refiere a la determinación de la fecha de aplicación *ratione temporis*. En algunos Estados ésta no es conforme con la Decisión marco. Las fechas de entrada en vigor establecidas por Austria, Italia y Francia son diferentes. En el caso de Austria e Italia, se aplica a los delitos cometidos tras el 7 de agosto del 2002; Francia tras el 1 de noviembre de 1993. Estos tres países han hecho declaraciones, en el momento de la adopción, tal como se preveía en la Decisión marco

Es un tanto asombroso, que Bélgica haya tomado una posición radical. Pues fue, si recordamos, durante la presidencia Belga, en la cumbre europea de Gante, cuando se negoció suprimir completamente la doble incriminación. Señalamos también que en la ley de transposición belga, se volverá a hablar de ello cuando se trate la armonización del derecho y de la exclusión específica del aborto y la eutanasia de la lista de las 32 infracciones. Y con todo ello, notaremos en la ley italiana, cuando sea votada, una redefinición de las 32 infracciones, lo que a mi parecer puede causar problemas.

La mayoría de los Estados miembros, lo que es un índice de prudencia, han considerado obligatorias para las autoridades judiciales, en todo o en parte, los motivos facultativos de rechazo previstos por la Decisión marco. Esto, que es comprensible en relación a la prescripción, resulta más problemático a mi juicio en relación a la obligación de rechazar una orden de detención europea de un Estado miembro que ya ha efectuado algunas actuaciones, debido a que las autoridades nacionales del Estado de ejecución han comenzado también a realizarlas. Considerar que en este caso el juez debe obligatoriamente rechazar la entrega constituye, a mi juicio, un error. Mejor sería dejar libertad al juez del Estado de ejecución para que determine cuál es el Estado mejor situado para realizar la persecución. Se trata de una tarea que debemos confiarle a Eurojust, en su papel, determinar cuál es el estado mejor situado para empezar las persecuciones. Tal como reconoce el programa de la Haya necesitamos además con urgencia una legislación con el fin de resolver conflictos de jurisdicción.

III

Una lectura atenta de las diversas legislaciones permiten señalar algunas incorrecciones en su transposición.

Algunos Estados miembros no incluyen la tentativa y la complicidad, en el campo de aplicación de la orden de detención europea. Es también problemático, el que algunos países otorgan a su autoridad central un poder de decisión, de forma contraria a lo dispuesto en el art. de la Decisión marco donde se establece que las autoridades centrales tiene como finalidad la de facilitar el proceso, y si bien pueden interpretar un papel en la transmisión y la recepción de la orden, no deben intervenir en su ejecución, lo que se reserva a los jueces. Por otra parte, existe al menos un Estado miembro, que se dispone a añadir varias causas de rechazo no previstas por la Decisión marco, lo que está en contradicción total con ella. En cualquier caso, no quiero entrar en la identificación de todas las lagunas de transposición porque vamos a recibir dentro de las futuras semanas un informe detallado de la Comisión europea que analizaremos en el Consejo.

Únicamente querría ahora evocar tres cuestiones.

En primer lugar, la relativa a la oportunidad de añadir por parte de algunos Estados miembros una cláusula de rechazo ligada al respeto de los derechos fundamentales, y al principio de la no discriminación, éste será mi primer punto. Quisiera evocar la situación particular de los nacionales y de los residentes, éste será mi segundo punto; el tercer punto me llevará un aspecto más técnico pero muy importante, es la cuestión de los plazos de transmisión de la orden de detención europea y de su traducción, porque puede que tenga un impacto totalmente esencial sobre el éxito de la orden.

El primer punto es la cláusula relacionada con los derechos fundamentales y la no discriminación. Se trata de una cuestión que divide a los Estados miembros en el seno del Consejo. A priori diría que el reconocimiento mutuo, la confianza mutua, debe llevar a que sea el juez del Estado de misión quien asegure el respeto a los derechos fundamentales. Todos los Estados son parte de la CEDH, todos tienen una constitución que prevé medidas de protección de los derechos fundamentales muy sofisticadas. La Unión Europea está sometida al control del TJCE desde los años setenta en materia de derechos fundamentales, tenemos una carta de los derechos fundamentales. No hay por ello razón alguna a priori para dudar de la calidad procesal de los estados miembros, pese a que entre el *common law* y el *civil law* exista una gran diversidad procesal. A lo largo de estos años, la jurisprudencia del TEDH si no ha armonizado, al menos ha establecido un nivel de protección de los derechos fundamentales comparable en el seno de la Unión Europea. Por otra parte, el TUE prevé un mecanismo específico, establecido en su art.7, con el fin de sancionar las violaciones graves y persistentes de los derechos fundamentales para los Estados miembros. El art. 39 del Tratado

de adhesión contiene una medida de salvaguardia, que permite suspender la aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo en relación a un Estado que de manera persistente viole los derechos fundamentales. En última instancia, y sobre todo, lo que destacaría es que el juez en todos nuestros Estados es el guardián de las libertades, y es necesario decir a nuestros jueces que son los primeros garantes de las libertades fundamentales. Todo juez dentro de la Comunidad debe, diría que es una obligación, rechazar cualquier tipo de colaboración con una violación manifiesta de los derechos fundamentales.

Por último, destacaría también que durante la negociación de la Decisión marco el Consejo rechazó explícitamente añadir una cláusula obligatoria del rechazo relacionada con los derechos fundamentales. El Consejo consideró oportuno sin embargo incluir un considerando, el duodécimo, sobre la necesidad de evitar todo tipo de discriminación y el artículo 1. 3 de la Decisión marco, donde se señala que ésta no tendrá por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del TUE. Es precisamente la interpretación de este precepto lo que está dando lugar a una transposición muy dispar. Algunos Estados, como Francia y Bélgica, consideran que ese artículo, que es en realidad una tautología (decir que la Unión Europea debe respetar los derechos fundamentales es la repetición de una evidencia), debe tener sentido de acuerdo con el principio de interpretación de utilidad de las normas. En su exposición de motivos la ley Belga considera que este artículo es una invitación a introducir entre las causas de rechazo, un control específico de los derechos fundamentales. Y están los que, al contrario, estiman que, como he dicho antes, el control de los derechos fundamentales debe especialmente tener lugar en el Estado de misión. Basta para ello con hacer referencia al principio mismo de reconocimiento mutuo, pues si prevemos un análisis caso por caso de respecto de los derechos fundamentales, indirectamente estamos instaurando de nuevo una especie de exequátur, una suerte de control o revisión sobre la decisión emitida.

Si analizamos la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo apreciamos igualmente que éste diferencia entre los Estados que son parte del Convenio y los que no los son, estableciendo una presunción favorable a los primeros de respeto a los derechos fundamentales, según la cual el juez debe rechazar la extradición sólo cuando hay una violación manifiesta de los derechos fundamentales. Por el contrario en relación a los países no miembros, el Tribunal requiere del juez un análisis más activo y una verificación en profundidad del proceso del Estado de emisión.

Además de los elementos que he señalado anteriormente relacionados con los trabajos preparativos de la Decisión marco, existe un argumento a contrario que podemos desarrollar a partir de la Decisión marco relativa al reconocimiento de sanciones pecuniarias, donde sí que existe un artículo específico que permite (art. 6) "a cada Estado miembro, cuando el certificado pretendido en el artículo 2 da a pensar que los derechos fundamentales o los principios jurídicos fundamentales definidos por el artículo 6 del tratado, han sido violados, cada estado miembro de oponerse al reconocimiento a la ejecución de una decisión que

impone sanciones pecuniarias". Esta circunstancia permite pensar que el legislador europeo no pretendía establecer una cláusula de rechazo semejante en la orden de detención europea.

Mi posición no pretende sugerir, en modo alguno, una despreocupación por los derechos fundamentales; ya lo he dicho anteriormente el juez del Estado de ejecución debe rechazar una orden adoptada en violación de un derecho fundamental, más esta situación es excepcional. En cualquier caso, y pese a las diferencias existentes en la transposición, esta cuestión no está ofreciendo demasiados problemas. Señalo, en este punto, que esperaba que se produjeran cuestiones de prejudicialidad ante el TJCE relativa a la compatibilidad de la Decisión marco o las normas de transposición con los derechos fundamentales, lo que por cierto no se ha producido, pese a que todo juez de la Comunidad podía querer hacerlo. La ausencia de cuestiones prejudiciales puede explicarse, en sintonía con lo que esta mañana señaló Marjorie Bonn, debido a que el Tribunal tarda mucho tiempo en resolver las cuestiones prejudiciales. Sería totalmente paradójico, a la vista de los plazos que se establecen en la Decisión marco de sesenta y 30 días, que hubiera que esperar dos años a la resolución de la cuestión prejudicial. Lo que en cambio parece más problemático, en el curso, es el hecho que algunos estados miembros parece hacer garantías previstas en el artículo 5, particularmente en lo relativo a las sentencias en rebeldía. Algunas entregas no se han realizado pese a que el Estado de ejecución se comprometió a realizará un nuevo proceso. Esta cuestión resulta bastante preocupante. Hasta aquí el primer punto.

El segundo aspecto se refiere nuevamente a la cuestión relativa a la orden de detención de nacionales y residentes con el fin de que puedan cumplir la pena. Como es sabido, la decisión marco permite poner como condición a la entrega que a su vez el Estado de ejecución posteriormente entregue al nacional o rediente. La mayoría de los Estados miembros han previsto la ejecución en su territorio de las penas pronunciadas en contra de sus nacionales. La mayoría han asimilado también los residentes a los nacionales, lo que es interesante. Era sin duda el precio a pagar para aceptar la extradición, la entrega de los nacionales. Y es además bastante deseable en términos de resocialización de las personas condenadas. Dicho esto, es preciso señalar que la Decisión marco contiene dos lagunas que empiezan a plantear problemas. La primera afecta a la cuestión de saber si es jurídicamente posible ejecutar una pena en un país que se ha impuesto por un hecho atípico. Un Estado miembro, en este sentido, ha supeditado la entrega de sus nacionales en estos casos al control sistemático de la doble incriminación en relación a los comportamientos de la "lista", alegando precisamente por este motivo. La segunda dificultad afecta a la conversión de la pena. ¿Puede un Estado miembro supeditar la entrega de uno de sus nacionales a la concesión por el Estado de emisión de la conversión de una pena que aún no ha sido establecida? Ello sin duda plantea la pregunta de la base jurídica relativa a la entrega de personas ya condenadas. Algunos Estados miembros que en estos casos debe utilizarse la Convención del Consejo de Europa de 21 de marzo de 1893 sobre traslado de personas condenadas. Al respecto existe disparidad de opiniones sin que la Decisión marco señale nada al respecto. La Convención se refiere exclusivamente a la ejecución de una pena ya fijada en el Estado de emisión, lo que no comprende los supuestos en los cuales la pena a ejecutar aun no ha sido determinada.

El tercer punto, tiene un cariz más práctico, pero no es por ello menos importante. Se trata de la cuestión relativa al plazo en el que debe transmitirse la orden de detención europea al estado de ejecución en uno de los idiomas aceptados por el. A iniciativa de Bélgica, hemos hecho circular un esquema, en el que se muestra la una gran variedad plazos. Éstos varían entre 48 horas en ciertos estados miembros, pienso especialmente en Polonia, Reino Unido o Lituania; y cuarenta días, en el caso por ejemplo de Austria y Alemania. Ahora bien, como no pudimos ponernos de acuerdo sobre un idioma en común, en algunas circunstancias puede resultar muy difícil transmitir al estado de ejecución la orden de detención europea en el idioma del estado de ejecución, cuando sólo existen dos días de plazo entre el momento en el que la persona ha sido arrestada y el de ese plazo. Ello puede conducir, como creo que ya ha ocurrido, a que en algunos Estados se ponga en libertad a las personas objeto de la orden de detención. Por esta razón debe insistirse, y creo que se debe llegar a este punto, en la utilidad de que en todos los Estados miembros, además de aceptar su idioma nacional, acepten la recepción de órdenes en un idioma común, en este caso el inglés. Por otra parte, y volveré sobre ello en seguida, es de gran importancia, la posibilidad de transmitir en la arquitectura del SIS la posibilidad de transmitir una orden de detención europea mediante este sistema, dejando de lado el doble camino que hoy existe, consistente consistente en hacer una señalar a los efectos del art. 95 del SIS, para seguidamente transmitir a través de la oficina Sirene, mediante un formulario A y M, las informaciones complementarias.

Los estados miembros están, sin embargo, divididos sobre esta cuestión.

Para terminar una conclusión rápida. Estamos en periodo de rodaje y es inevitable que haya fricciones. Hemos pasado de un día a otro de un sistema muy centralizado, controlado por los poderes ejecutivos, a un sistema descentralizado en manos del poder judicial, lo que es una evolución considerable. Para intentar disminuir esas fricciones, hay un cierto número de medidas sobre las cuales debemos trabajar. En primer lugar, y a corto plazo, debemos analizar con rigor las legislaciones de transposición, y dado que no existe aún recurso de incumplimiento, presionar a los países que han transpuesto incorrectamente una decisión marco. Esta es tarea del informe que la Comisión nos va a remitir, pero también es omisión del Consejo identificar claramente los problemas y los Estados donde las mejoras son necesarias.

Una necesidad ulterior es proseguir con el trabajo técnico. La Red Judicial, debe mejorar el Atlas, y Eurojust debe tener una mayor implicación, particularmente en caso de concurrencia entre las órdenes de detención europeas. Igualmente en el caso de que nos Estados no respeten los plazos previstos en la Decisión marco, Eurojust debe ser informado (art. 17.7). En el momento actuar Eurojust está desafortunadamente muy poco informado de estos incumplimientos que son bastante numerosos.

Mejorar la información mutua sobre las respectivas prácticas y, tal como he acabo de señalar hace un instante, utilizar el SIS y SIRENE de forma sistemática. Existen además un cierto

número de lagunas que habrá que corregir a través de nuevas intervenciones legislativas. He mencionado antes la cuestión de conflictos de jurisdicción, necesitamos un breve plazo de una legislación europea determinando los criterios para resolver los conflictos, al igual que sobre el principio *ne bis in idem*. También es urgente una Decisión marco sobre el reconocimiento mutuo de las penas de prisión, con el fin de resolver el problema al que ya hice referencia de la ejecución de la pena en relación a un comportamiento que no resulta típico. Es igualmente necesario, tal como planteo Marjorie esta mañana, acelerar el procedimiento ante el Tribunal de Justicia de manera que las cuestiones prejudiciales puedan ser tratadas más rápidamente.

El cuarto tipo de medidas a desarrollar, son aquellas particularmente menciona el programa de la Haya, en su punto 3-2, las medidas que tienen como finalidad mejorar la confianza mutua, de unos hacia los otros. Se trata del proyecto de Decisión marco relativa a las garantías procesales que tenemos que adoptar sin tardar mucho y se trata también de las medidas que contribuyen a la formación de los magistrados. Se ha recordado muy bien esta mañana, un Erasmus de los jueces, el apoyo a diferentes redes, red judicial europea, red de los consejos superiores del magistrado. Está también la cuestión relativa a la armonización del derecho penal, objeto de otra mesa y de la que se ocupará Anne Weyembergh, pues ello contribuye a facilitar la ejecución de las órdenes de detención. Finalmente, y se trata de un objetivo que es tan apasionante como difícil, es necesario poner en marcha un mecanismo de evaluación sobre la calidad de la justicia, para emprender mejoras conjuntas en toda la UE y que nuestros tengan la convicción de que nuestros sistemas mejoran progresivamente, lo que sin lugar a duda facilitará la ejecución de órdenes de detención y el resto de instrumentos relativos al reconocimiento mutuo.