

LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA Y PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO
MUTUO

Anabela Miranda

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>

La Orden de detención europea: concreción del principio de reconocimiento mutuo. Anabela MIRANDA RODRÍGUES

1. La orden de detención europea: primera concreción del principio de reconocimiento mutuo.

La orden de detención europea representa la primera concreción del principio de reconocimiento mutuo, principio enunciado por el Consejo Europeo de Tampere, y elevado a la categoría de “piedra angular” de la cooperación por su escrito de conclusiones. En noviembre del 2002, el Consejo adoptó un programa de medidas destinadas a desarrollar dicho principio.

Pese a todo el principio de reconocimiento mutuo carece de una definición. Es indiscutible que está íntimamente ligado a la noción de espacio judicial común y a la puesta en marcha de la libre circulación de las decisiones judiciales. Desde esta perspectiva, el núcleo esencial del reconocimiento mutuo reside en el hecho que “en el momento que una autoridad judicial competente adopta una decisión, en virtud del derecho del Estado miembro de ejecución y conforme al derecho de este Estado, esta decisión debe surtir *efecto pleno y directo* en el conjunto del territorio de la Unión. Esto significa que las autoridades competentes del Estado miembro en el territorio en que la decisión ha de ser ejecutada deben prestar su colaboración para la ejecución de esta decisión, como si se tratase de una decisión tomada por una autoridad competente de este Estado”.

La Decisión marco relativa a la orden de detención europea aplica el principio de reconocimiento mutuo a la “orden de detención europea” definida como “la decisión judicial” emitida por un Estado miembro (el Estado de emisión) para “la detención y la entrega por otro Estado miembro (el Estado de ejecución) de una persona buscada”. La Decisión marco confirma lo establecido en el Consejo Europeo de Tampere y en el programa de medidas anteriormente mencionado, superándolos en un punto. Mientras que entonces se trataba sólo de abolir el procedimiento formal de extradición que afectaba a las personas que intentaban escapar de la justicia tras haber sido objeto de condena definitiva, el marco de aplicación de la Decisión marco no queda limitado a la “extradición” a efectos de ejecución de una condena, sino que comprende también los casos relativos al desarrollo del procedimiento penal.

Como consecuencia de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, la Decisión marco sustituye al procedimiento de extradición entre los Estados miembros de la Unión. Sustituye los convenios aplicables en materia de extradición en las relaciones entre los Estados miembros¹, sin perjuicio de su aplicación en las relaciones entre los Estados

¹ En relación al campo de aplicación de la orden de detención europea, se señala la diferencia con el sistema del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 1996. Del art. 2.1 del Convenio se deriva que dado que son cumulativas las penas y medidas de seguridad, el hecho determinante de la extradición no puede ser nunca castigado, en el Estado peticionario, con esas sanciones “de duración máxima no inferior a 12 meses”. Ahora bien, en los términos del nº 1, del artículo 2 de la Decisión marco, dado

miembros y los Estados terceros (artículo 31, nº 1) y los acuerdos o compromisos bilaterales o multilaterales concluidos entre Estados miembros, “en la medida que éstos permiten intensificar o ampliar los objetivos” de la Decisión marco y “contribuyan a simplificar o facilitar aún más los procesos de entrega de las personas sobre las que recae una orden de detención europea” (artículo, 31, nº 2, 1ª frase).

De esta forma, el elemento clave del procedimiento de “entrega” deja de ser la “petición” para convertirse en la propia “orden” de detención emitida por la autoridad judicial competente. La consecuencia que ello lleva implícita de *enjuiciamiento* del proceso de detención y de entrega, supone una “simplificación del control” acompañada de una “suavización” de las condiciones de entrega.

Se entiende, pues, que a la luz de un reconocimiento mutuo así concebido, la noción de *confianza mutua* adquiere todo su sentido y se muestra como un principio subyacente indispensable de la puesta en práctica de este principio. Este solo puede ser concebido, y no puede funcionar de otro modo, a partir del instante en que los Estado miembros consideran que su sistema jurídico y sus respectivos procedimientos garantizan suficientemente la calidad de las decisiones, tomadas por autoridades competentes, lo que permite la ejecución en sus territorios.

De este modo, a través de elementos ligados a la confianza mutua, se ha definido el régimen de la orden de detención europea.

2. Simplificación del procedimiento de entrega.

Uno de los aspectos más importantes del conjunto de sus disposiciones es, sin duda, lo que se ha dicho a propósito de la simplificación del *procedimiento de entrega*, con el fin de acelerar el proceso, ligado a su aplicación judicial. Todo esto contribuye a mejorar notablemente la *posición jurídica* de la persona que es objeto de la orden, en relación al procedimiento tradicional de extradición.

Con el nuevo mecanismo, se establece el contacto directo entre la autoridad judicial competente para emitir una orden de detención y la autoridad judicial competente del otro Estado, con el fin de ejecutar la orden. En el plano de la decisión de entrega, estamos ante una alteración completa de la naturaleza del procedimiento. El ejecutivo deja de intervenir, tal y como ocurre en la extradición, y el recurso a la autoridad central es puramente facultativo,

que las exigencias son alternativas, se puede solicitar la entrega de una persona, en el momento en el que ha habido una condena y ha sido aplicada una pena o una medida de seguridad privativa de libertad” de una duración no inferior a cuatro meses”. Lo que significa que, en este caso, no es pertinente que la pena o la medida de seguridad privativas de libertad sean de una duración máxima no inferior a 12 meses.

quedando su intervención situada a nivel administrativo y no de forma decisoria (cfr. artículo 7.º 1 y 2). La decisión es competencia de la autoridad judicial².

El que el control recaiga sobre la orden, el procedimiento, implica igualmente que la detención de una persona debido a la utilización de la decisión marco obedece a las mismas condiciones que prevalecen para toda persona detenida, previstas en el derecho procesal interno. La libertad provisional será posible en todo momento, de acuerdo con el derecho nacional del Estado miembro de la ejecución, con la condición de que la autoridad competente de este Estado miembro tome todas las medidas que considere necesarias con el fin de evitar la fuga de la persona buscada (artículo 12). En este sentido, y en el transcurso del proceso, el Estado de ejecución debe asegurar que se reúnen las “condiciones materiales necesarias para una entrega definitiva de la persona” (artículo 17, nº 5).

Este sistema se caracteriza pues, tal como subrayamos, en que la entrega se inscribe dentro del marco del proceso penal, con todas las garantías que le son inherentes.

A la protección de la posición jurídica de la persona buscada que este enjuiciamiento conlleva, hay que añadir, además, aquella que está asegurada por la garantía de los derechos atribuidos a la persona en el momento de su detención: derecho a la información de la existencia y contenido de la orden, de la posibilidad de consentir a su entrega, derecho a beneficiarse de la asistencia de un abogado y un intérprete (artículo 11, nº º y 2). A su vez, y como consecuencia jurídica de la entrega, debe subrayarse, que la Decisión marco confirma la institución de la deducción del período de detención sufrido en el Estado miembro de ejecución, que obedece a imperativos de la justicia material (artículo 26).

El enjuiciamiento del procedimiento, sin embargo, no asegura, en sí, la celeridad y eficacia de la ejecución. Este objetivo se alcanza mediante a la determinación reglas relativas a los *plazos* sobre la decisión y la entrega (Artículos 17,18 y 23).Las personas buscadas, son, en efecto, las primeras víctimas de la lentitud del proceso tradicional de extradición. Si ésta “se eterniza”, más larga es la estancia de las personas en el país en cuestión, para su eventual entrega, lo que es particularmente problemático, si el procedimiento está todavía en fase de investigación o cuando la persona no ha sido juzgada ni condenada. Resulta evidente que cuanto más expeditivo sea el procedimiento de entrega, más rápidamente estará la persona en condiciones de ejercer sus derechos de defensa en el procedimiento penal y de ser eventualmente liberado.

La reducción significativa de la duración del procedimiento de entrega que este nuevo instrumento permite de alcanzar es, evidentemente, un beneficio en términos de derechos y libertades de las personas.

² El texto de la Decisión marco no dice nada sobre las características de esta autoridad judicial, ni sobre si debe ser una autoridad de primera o segunda instancia. Es función, pues, del legislador en el plano interno de definir cual es la autoridad judicial competente y si su decisión es susceptible de recurso.

El procedimiento, debe subrayarse, tiene trazos de “espacio común de justicia penal”, donde las decisiones penales judiciales circulan tan libremente como las personas y las mercancías: donde se deja de hablar de “rechazo de ejecución” y se empieza a hablar de “motivos de no ejecución”.

3. Condiciones de la entrega.

Íntimamente ligados al postulado de confianza mutua, sobre la base del cual se construye el sistema de la orden de detención europea, se encuentran ciertos aspectos denominados como condiciones de entrega. Debido a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, estas condiciones revelan una flexibilidad, que aunque expresa un elevado grado de confianza mutua entre los Estados miembros en relación a sus ordenamientos jurídicos, pueden acarrear una mayor severidad penal dentro del espacio judicial europeo.

La Decisión marco reúne un conjunto de condiciones de entrega, previendo tres causas de no ejecución *obligatoria* -amnistía, *non bis in idem* – existencia de una decisión en otro Estado miembro - y minoría de edad-, y siete causas de no ejecución *facultativa* –doble incriminación, doble procesamiento penal, prescripción, *non bis in idem* - existencia de un decisión de un tercer Estado miembro-, nacionalidad, residencia - cuando la persona se encuentra en el Estado miembro de la ejecución - y territorialidad.

La confianza mutua a la que tienen que enfrentarse los Estados miembros se revela problemática, en el momento en que esta debe prevalecer sobre las divergencias, algunas veces muy profundas, entre los sistemas jurídicos penales de los diferentes Estados. Esta circunstancia, unida a la abolición de la *doble incriminación*, refleja una tendencia que privilegia un derecho penal de la seguridad.

a) La cuestión de la doble incriminación (y la territorialidad)

La solución acogida en relación a la doble incriminación –determinar si debe ser o no ser una condición de ejecución de la entrega- intenta conciliar la preocupación por la constitución de un espacio penal europeo basado en la confianza mutua, con el reconocimiento de las diferencias entre los sistemas jurídicos de dicho espacio.

Entre la abolición general de la doble incriminación y la idea de que la exigencia de doble incriminación es una garantía fundamental a la que no se puede renunciar, representa una solución de compromisos entre dos posiciones extremas la opción por el método de la lista “de infracciones con relación a las cuales”, en el caso de que fueran merecedoras de un castigo en el Estado miembro de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad de una duración máxima no inferior a tres años, no existe un control de la doble incriminación (artículo 2. 2).

En efecto, el abandono de la doble incriminación no va indisolublemente ligado a la lógica de la confianza y del reconocimiento mutuo. Hay diferencias que revelan opciones de política criminal y del sistema de valores de los Estados miembros que nada tienen que ver con la

confianza mutua. Sin control de la doble incriminación en las “infracciones” de la lista y con el mantenimiento, en las “otras” infracciones³, de una condición de doble incriminación facultativa⁴, el principio de la doble incriminación conserva toda su pertinencia -se habla aquí, de un alcance “simbólico”-, en la medida en que el espacio penal de justicia que se constituye se articula sobre ajustes jurídicos que traducen sistemas de valores distintos.

La ventaja del método elegido -de la lista- reside en no extender la abolición de la doble incriminación hacia conductas que revelan un cierto *Weltanschauung* y, por eso, están incriminadas en unos Estados y no en otros; el aborto, la eutanasia y el consumo de estupefacientes constituyen los ejemplos típicos.

Por lo que se refiere a la lista “de infracciones” en relación a las cuales la exigencia de la doble incriminación es abolida, no se corresponde con la enumeración de tipos legales de delitos que hayan sido ya objeto de un trabajo de armonización o que, en su defecto, no presenten importantes divergencias. Todo lo que existe es un “consenso” en el marco de la Unión bajo el propio principio “principio de la incriminación” de los treinta y dos comportamientos enumerados. Además, en este sentido, el artículo 2.2 no habla de abolición de la doble incriminación: se refiere a infracciones, de la lista, “tal y como están definidas por la legislación del Estado miembro de emisión, que determinan la entrega *sin control de la doble incriminación*”.

El interés de la ausencia de control de la doble incriminación radica precisamente en el hecho de que la lista se refiera a delitos diferentes de Estado a Estado miembro: lógicamente, si la definición típica de las “infracciones” a las que la lista se refiere fuera idéntica, la condición de la doble incriminación no constituiría un obstáculo para la cooperación⁵.

³ Cfr. artículo 2, nº 4, donde se incluyen las infracciones que no figuren en la lista y aquellas que, figurando en la lista, son castigadas con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de una duración máxima inferior a tres años.

⁴ Cf., de nuevo, el nº 4, del artículo 2, donde se adivina una “dificultad” en la transposición de la Decisión marco. La cuestión reside en saber a qué autoridad se ha querido atribuir el “poder” de decidir sobre la exigencia de doble incriminación: ¿al legislador o a la autoridad judicial competente? Estamos a favor de la primera hipótesis, puesto que la segunda solución significa atribuir a la autoridad judicial competente un margen de oportunidad en el momento de la puesta en práctica difícilmente justificable. Se entiende ya, sin embargo, que la exigencia de doble incriminación a establecer por el legislador nacional no tiene por qué referirse a todas, en el sentido en el que aquellas que no figuran en la lista y aquellas que figuran en ella y son merecedoras de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad de una duración máxima inferior a tres años. En este sentido, la Decisión marco permite al legislador de “elegir” las infracciones, al no estar englobadas por el nº 2, del artículo 4, en el que se exige la doble incriminación.

⁵ Demuestra que se trata de “infracciones” con respecto a las cuales no hay una definición armonizada ni siquiera un “consenso” sobre su incriminación el hecho de que para tres infracciones de la lista (racismo y xenofobia, extorsión y sabotaje), Irlanda haya levantado dudas en cuanto a su definición se refiere. Para paliar esta dificultad, el Consejo se ha puesto de acuerdo para proponer, por lo que a ellos se refiere, “definiciones operacionales”, en una declaración hecha en ocasión de la adopción del instrumento.

De esta manera, al mismo tiempo se conforma el tipo de control que pertenece a la autoridad del Estado de ejecución: en primer lugar, un control genérico, ya sea para verificar si el hecho o los hechos que pertenecen en un principio a la orden forman parte de la lista, refiriéndose a un “dominio de criminalidad” en él previsto; después, un *control jurídico*, que se refiera al control de la incriminación del hecho o de los hechos en el Estado de emisión. En el momento de esta segunda fase de control, la autoridad judicial queda subordinada a la definición de los hechos por el derecho del Estado de emisión, es decir, tiene que apoyarse en los elementos constitutivos del tipo tal y como quedan previstos en la ley del Estado de emisión y no en los elementos constitutivos de la ley de su Estado⁶.

En este contexto, llama la atención al hecho de que la autoridad judicial procederá al control de la incriminación del hecho o de los hechos en el Estado de emisión, pero no al control de la “doble” incriminación del hecho.

Una pregunta que al menos en el plano doctrinal debe efectuarse en el futuro, es la concerniente a si el sistema elegido conlleva derogación más o menos amplia del principio de la doble incriminación. La respuesta no puede darse sin que se combinen la condición de la doble incriminación con la doble cláusula de la territorialidad (art. 4, n° 7).

Aunque se refiera a todas las infracciones - es decir, aquellas que siguen siendo objeto de un control de doble incriminación y aquellas con relación a las cuales este control ha sido abolido-, la cláusula de la territorialidad adquiere la máxima importancia cuando la cláusula de doble incriminación ha sido abolida. En efecto, en el caso en el que la orden concerniera a una infracción que figure en la lista y no constituyera un delito conforme al ordenamiento del Estado de ejecución, la autoridad judicial de ejecución podrá rehusar la entrega, salvo para hechos cometidos en el territorio del Estado de emisión (artículo 2, n° 2, y artículo 4, n° 7, alineas a)⁷. En todos los demás casos, la doble cláusula de territorialidad podrá ser aplicada (artículo 2, n° 4 y artículo 4, n° 7, alineas a y b).

De esta manera se puede anticipar que la orden de detención tendrá sobre todo como efecto facilitar la entrega de personas que cometan los hechos en el territorio del Estado que les reclame.

En cuanto al apartado b) del artículo 4.7, - el motivo de no ejecución facultativa que concierne el hecho de que la infracción ha sido cometida fuera del territorio del Estado de emisión y el derecho del Estado miembro de ejecución no autoriza el procedimiento penal para una infracción idéntica practicada fuera de su territorio-, debe destacarse que, en la medida en que sólo se aplica cuando un criterio de competencia extraterritorial idéntico al del Estado de emisión existe en el derecho del Estado de ejecución frente a dicha infracción, su aplicación

⁶ Llama la atención el hecho que este tipo de control no pueda estar exento de dificultades, “pero resulta ineluctable” a partir del momento en que se ha optado por una “solución híbrida”. De esta forma, por lo que se refiere al control jurídico, tendrá que tratarse de una apreciación *in abstracto*.

⁷ Se hace evidente que, de esta manera, la ausencia del control de la doble incriminación no viola de ninguna manera el principio de la legalidad y de la seguridad jurídica, puesto que el hecho practicado constituye un crimen en el lugar donde la persona lo ha cometido.

vuelve a introducir necesariamente la doble incriminación, puesto que los criterios de competencia se definen relativamente a tipos penales, por ello el hecho debe ser delito en el país del Estado de ejecución.