

¿ES NECESARIO PROCEDER A UNA NUEVA ARMONIZACIÓN DE LOS DELITOS
COMO CONDICIÓN PARA APLICACIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN Y
ENTREGA EUROPEA?

Anne Weyembergh

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>

¿Es necesario proceder a una previa armonización de los delitos como condición para la aplicación de la orden de detención y entrega europea?

Anne WEYEMBERGH¹

Introducción

La aproximación de las legislaciones penales es la condición para la realización y para la legitimidad de la confianza mutua que supone una cooperación judicial penal eficaz.²

Es el caso de los mecanismos de cooperación tradicional. Más aún desde que el proceso de reconocimiento mutuo fue dado a conocer. En efecto, después de conocerlo, se entendió inmediatamente que la confianza recíproca constituiría la verdadera clave de la bóveda. Paradójicamente, la aproximación de las legislaciones tomó más importancia: cualquiera que sea la función del reconocimiento mutuo examinado, en lo que concierne a la profundidad del principio *ne bis in idem*³, la confianza mutua necesita un desarrollo de la aproximación de las legislaciones penales tanto procesales⁴ como materiales.

El vínculo, evocado de manera general como parámetros en el programa de medidas destinadas a poner en marcha el reconocimiento mutuo⁵, entre este proceso y la aproximación de las legislaciones, se estableció de manera más clara en lo referente a la aproximación de procedimientos penales que en lo concerniente a la aproximación de las legislaciones materiales.

Además que éste constituye una de las motivaciones principales del proyecto de Decisión marco sobre las garantías procesales⁶, el vínculo entre el reconocimiento mutuo y la aproximación de los procedimientos penales, está expresamente recogido en el tratado constitucional⁷.

¹ Doctora en Derecho, Profesora Asistente en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Libre de Bruselas.

² En este sentido véase, WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruselas, ed. De la Universidad de Bruselas, 2004, 402 p.

³ WEYEMBERGH, A., « Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ? », *Cahier de droit européen*, 2004, está por aparecer.

⁴ WEYEMBERGH, A., « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *Archives de politique criminelle*, 2004, está por aparecer.

⁵ Véase los parámetros 3º y 4º citados por el programa de medidas sobre la puesta en marcha del reconocimiento mutuo de las decisiones en materia civil y comercial, *DOCE*, nº C 12, 15 de enero de 2001, pág. 1 y ss.

⁶ Libro Verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para los sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, COM (2003) 75 final, 19 de febrero de 2003.

⁷ Véase el artículo III-270 §2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa como se adoptó en el Consejo Europeo en Bruselas los días 17 y 18 de junio de 2004 y, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (CIG 87/04, 6 de agosto de 2004).

El vínculo entre el reconocimiento mutuo y la aproximación de las legislaciones materiales se estableció de forma menos clara.

Sin embargo, en lo concerniente a sanciones, la Comisión Europea establece este vínculo en su Libro Verde de 30 de abril de 2004 sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de sanciones penales en la Unión Europea⁸.

En lo concerniente a las incriminaciones, al contrario, este vínculo se descuidó durante mucho tiempo. Pareció incluso olvidarse, como consecuencia, de la supresión de la exigencia de la doble incriminación realizada por los primeros instrumentos que concretizan el proceso de reconocimiento mutuo y, especialmente por el que trata de la orden de arresto europeo⁹. La exigencia de la doble incriminación, establecida en la mayoría de los instrumentos internacionales de cooperación judicial penal, permite a los Estados rechazar su participación en la represión de hechos que no constituyen infracciones en su derecho¹⁰. La aproximación de las legislaciones en lo que se refiere al establecimiento de las infracciones se desarrolló, precisamente para que esta exigencia de la doble incriminación, ya no constituyera un obstáculo en la cooperación. Esta función tradicional de la aproximación de las legislaciones penales materiales pudo desaparecer con la supresión de la exigencia de la doble incriminación.

Sin embargo, el programa de La Haya, adoptado en el transcurso del Consejo Europeo de Bruselas en noviembre de 2004, trató de manera expresa el vínculo entre reconocimiento mutuo y la aproximación de derechos penales materiales, incluyendo la aproximación de incriminaciones.

Este programa contiene, en efecto, un párrafo 3.3.2 según el cual:

«El Consejo Europeo recuerda que el establecimiento de unas normas mínimas relativas a los aspectos del Derecho procesal está recogido en los tratados, con objeto de facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales así como la cooperación policial y judicial en materia penal con implicaciones transfronterizas. La aproximación del Derecho penal material sirve a los mismos fines y afecta a los ámbitos de la delincuencia particularmente grave con implicaciones transfronterizas [...]»¹¹

⁸ Véase, COM (2004) 334 final, especialmente Pág.10.

⁹ Sobre la relación entre el reconocimiento mutuo y la doble incriminación, véase, entre otros FLORE, D., « Reconnaissance mutuelle, double incrimination, et territorialité », in DE KERCHOVE, G. y WEYEMBERGH, A. (bajo la dir. de), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruselas, ed. De la Universidad de Bruselas, 2001, pág. 67 y ss.

¹⁰ FOURNIER, A., *Répertoire de droit pénal, V^o, Extradition*, Dalloz, 1994, n^o54 ; PRADEL, J. Y CORSTENS, G., *Droit pénal européen*, París, Dalloz, 1999, p. 116, n^o 98. Sobre la doble incriminación, véase igualmente VAN DEN WIJNGAERT, «Double criminality as a Requirement to Jurisdiction», in JAREBORG, N. (ed), *Double criminality. Studies International Criminal Law*, Uppsala, Iustus Forlag, 1989, pág 43 y ss.

¹¹ Consejo Europeo – Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004, Conclusiones de la Presidencia, 14292/04 (Lo subrayamos nosotros)

Los textos que lo establecen sólo ven en el vínculo entre el reconocimiento mutuo y la aproximación de las legislaciones una relación de facilidad. Esta visión nos parece subestimar la función que tiene la aproximación.

Es esto lo que intentaremos mostrar en la presente contribución concentrándonos sobre la relación entre, por una parte, el reconocimiento mutuo y más precisamente la orden de detención europea, y por otra parte, en la aproximación de las incriminaciones. Nosotros estableceremos esta relación en principio a través de las propuestas tratadas en la decisión marco sobre la orden de detención europea y en ciertas leyes nacionales de transposición (1), después por ser más general, en las que se refieren a los objetivos que se fijó la Unión Europea (2).

1. El vínculo entre reconocimiento mutuo y aproximación de las incriminaciones destaca implícitamente propuestas tratadas en la decisión marco sobre la orden de detención europea en sí misma y en ciertas leyes nacionales de transposición.

Las propuestas tratadas en la decisión marco sobre la orden de detención europea y, en ciertas leyes nacionales de transposición, dejan aparecer una cierta modulación del nivel de confianza en función del grado de proximidad en el establecimiento de las infracciones. La confianza es más o menos grande según las definiciones de infracciones sean más o menos próximas.

Es la idea que presidió en la supresión de control de la doble incriminación¹². Esta supresión es sólo parcial: vale únicamente para las 32 infracciones o más exactamente para los 32 ámbitos de delincuencia enumerados de forma limitada en el artículo 2§2 de la decisión marco y, a condición de que la legislación del Estado de emisión de la orden prevea penas privativas de libertad de al menos 3 años¹³. Estas infracciones o ámbitos de la delincuencia fueron elegidos precisamente porque existía, en el seno de la Unión, un consenso sobre el principio de su incriminación¹⁴.

Hay algunas excepciones a este consenso, como es el caso de la eutanasia. Ésta no se mencionó de forma expresa en la lista de las infracciones en las que se suprimió la doble incriminación; pero la mayoría de los derechos nacionales que la incriminan la

¹² Sobre esta supresión, véase entre otros KEIJZER, N., «The double criminality requirement», in BLEKXTOON, R. and VAN BALLEGOOIJ (eds), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, TMC Asser Press, 2004, pág.137 y ss.

¹³ Haciendo esto, los negociadores retuvieron el sistema llamado la “lista positiva” por oposición al sistema de las “listas negativas” inicialmente propuesto por la Comisión Europea, que aboliría la exigencia de doble incriminación en general pero sobre todo, reservando la posibilidad para cada Estado miembro de dirigir una lista exhaustiva de los comportamientos susceptibles de ser considerados como infracciones en ciertos Estados miembros, pero para los cuales sus autoridades judiciales se niegan a ejecutar una orden de detención europea argumentando que esta sería contraria a los principios fundamentales de su sistema jurídico (artículo 27 de la propuesta de Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, COM (2001) 522 final/2, DOCE, nº C 332 E, 27 de noviembre de 2001, pág. 305 y ss.). Este sistema que se asienta sobre la redacción de 15 listas negativas diferentes habría evidentemente presentado la innegable desventaja de la pluralidad de los regímenes aplicables.

¹⁴ En este sentido, véase especialmente, la exposición de motivos del proyecto de ley belga relativo a la orden de detención europea (Cámara de los Representantes de Bélgica, Doc. 51 279/001, 14 de octubre de 2003, pág. 13).

hacen aparecer bajo la calificación de homicidio o asesinato, infracciones cubiertas por la noción de homicidio voluntario que figuran, en cuanto a ella, entre las infracciones en las que se suprimió la doble incriminación¹⁵. Aplicada tal cual, la decisión marco conlleva la obligación de reconocer y ejecutar una orden de detención europea basada en casos de eutanasia, incluidos los países que hayan descriminalizado la eutanasia, como Bélgica. Este compromiso no ha sido aceptado por Bélgica, ya que su ley de transposición de 19 de diciembre de 2003 “excluye” de manera expresa la eutanasia - y el aborto - de la lista de infracciones en las que se suprimió la exigencia de la doble incriminación¹⁶. A este respecto, la ley de transposición belga ilustra bien la modulación del nivel de confianza según el grado de aproximación de las incriminaciones.

La decisión marco prevé la posibilidad por el Consejo, resuelto por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, de extender el número de infracciones en las que la doble incriminación queda abolida¹⁷. Sin embargo, aparte del recurso a una extensión, para las infracciones no recogidas en el artículo 2§ 2, el Estado de ejecución conserva en principio la posibilidad de negarse a ejecutar la orden de detención europea si su derecho no incrimina el hecho por que es condenada o acusada la persona cuyo Estado de emisión requiere su entrega¹⁸. En todos estos casos donde reside la exigencia de la doble incriminación, el vínculo entre, por una parte, el reconocimiento y la ejecución de la orden de detención europea y, por otra parte, la aproximación de las incriminaciones es bien entendido como manifiesto. Más aún cuando numerosos Estados miembros hicieron de la no realización de la doble incriminación en las infracciones no recogidas en la lista de los 32, un motivo de negociación obligatoria¹⁹. Es especialmente, el caso de Bélgica²⁰, de Francia²¹, de Luxemburgo²² y de Eslovaquia²³. Por otra parte, podemos preguntarnos, si las leyes de transposición que eligieron esta orientación constituyen una aplicación correcta de la Decisión marco, puesto que ésta no es motivo de no ejecución facultativo, la facultad no se dirige a los Estados miembros sino a las autoridades judiciales²⁴.

¹⁵ Véase el artículo 2§2, 14º punto de la Decisión marco.

¹⁶ Artículo 5, § 4 de la ley de 19 de diciembre de 2003 relativa a la orden de detención europea, *MB* 22 de diciembre de 2003, pág. 60075 y ss.

¹⁷ Artículo 2 § 3 de la Decisión marco.

¹⁸ Artículos 2, § 4 y 4, § 1º de la Decisión marco.

¹⁹ En sentido contrario, véase sobre todo, Portugal: artículo 12, § 1, a) of the law nº 65/2003 of 23 August.

²⁰ Artículo 5, § 1º de la ley de 18 de diciembre de 2003.

²¹ Artículo 695 – 22 del código de procedimiento penal, tal como fue modificada por la ley nº 2004-204 de 9 de marzo de 2004 que lleva la adaptación de la justicia a la evolución de la delincuencia, *DO*, nº 59 de 10 de marzo de 2004, pág.4567 y ss.

²² Artículo 3, § 1º de la ley de 17 de marzo de 2004 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros de la Unión Europea.

²³ Sección 14 § 1, d) del Acta nº 403/2004 Coll. Of June 2004 on the European Arrest Warrant and on Amending and Supplementing certain other Laws.

²⁴ Artículo 4, § 1º de la Decisión marco según el cual: “La autoridad de ejecución puede negarse a ejecutar a la orden de detención europea: 1) si, en uno de los casos contemplados en el artículo 2, párrafo 4, el hecho que está en la base de la orden de detención europeo no constituya una infracción según el derecho del Estado miembro de ejecución [...]”

2. El vínculo entre el reconocimiento mutuo y la aproximación de las incriminaciones surge de los objetivos de la Unión Europea.

El vínculo íntimo entre el reconocimiento mutuo y la aproximación de las incriminaciones surge igualmente de consideraciones más generales: emana de los mismos objetivos que se fijó la Unión Europea.

Si, salvo algunas excepciones, un consenso general existe en el seno de la Unión sobre el principio de incriminación de los comportamientos o ámbitos de la delincuencia en los que se suprimió la exigencia de la doble incriminación, las delimitaciones de las incriminaciones no se establecieron de manera idéntica en los derechos de los 25 Estados miembros.

Ya sea que ningún trabajo de aproximación no se llevara a cabo; es el caso del homicidio voluntario; de los cortes y heridas graves, de la violación, del incendio voluntario; en estos casos, divergencias a veces profundas afectarían a las infracciones concernientes²⁵.

Ya sea que un trabajo de aproximación se estableciera, pero la aproximación efectivamente realizada se quedara bastante limitada de manera que subsistiesen diferencias importantes. Sin entrar en detalle de los límites que sufren los trabajos de aproximación de las legislaciones²⁶, nos limitaremos a recordar que la mayoría de los instrumentos adoptados en el sector contienen posibilidades de derogación en la obligación de incriminación o de las opciones en materia de incriminación, realizando de este modo sólo una armonización en "apariencia"²⁷. Los ejemplos son numerosos. Basta con imaginarse el caso del establecimiento de la ayuda a la entrada irregular. Esta noción se precisó en la directiva del 28 de noviembre de 2002, orientada a establecer la ayuda a la entrada, en el tránsito y estancias irregulares, directiva que debe ser leída con la Decisión marco adoptada en la misma fecha. La definición común ya no contiene el criterio de fin lucrativo como elemento constitutivo de la infracción de ayuda a la entrada irregular. Sin embargo, se introdujo una cláusula facultativa, según la cual cada Estado miembro puede decidir no sancionar un comportamiento correspondiente al establecimiento de ayuda en la entrada irregular cuando el objetivo perseguido es humanitario²⁸. Una cláusula así reduce considerablemente la aproximación realizada, puesto que ésta vuelve de alguna manera a institucionalizar las divergencias existentes.

²⁵ Véase por ejemplo el caso de violación (KEIJZER, N., «The double criminality requirement», loc.cit., pág. 151)

²⁶ Para un estudio más detallado de estos límites, véase WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op.cit., pp y ss.

²⁷ FLORE, D., «Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, pp. 122 y 123.

²⁸ Artículo 1º, § 2 de la directiva orientada a definir la ayuda en la entrada, al tránsito y a la estancia irregular.

Es cierto que el interés de la abolición de la exigencia de doble incriminación reside precisamente en las divergencias entre los derechos penales materiales ya que, de toda lógica, si las definiciones de los comportamientos fuesen idénticas, la condición de doble incriminación ya no constituiría un obstáculo en la cooperación. Y esta causa es aún más fuerte cuando las divergencias materiales están conexas a los sistemas de valores de cada uno de los Estados miembros. Ahora bien, es el caso de la mayoría de ellas, con excepción de algunas de naturaleza técnica.

El problema de legitimidad provocado por la abolición de la doble incriminación no está, según nosotros, unido al hecho de que esta abolición conllevaría una violación del principio de legalidad en el sentido substancial del término o «principio de la legalidad de los delitos», designado por el adagio latino *nullum crimen sine lege*²⁹. En efecto, la decisión marco sobre la orden de detención europea conlleva una cláusula territorial general que se aplica a todas las infracciones, incluidas en las que se suprimió la doble incriminación.

Conforme a esta cláusula, el Estado de ejecución puede negarse a ejecutar la orden ya sea cuando los hechos fuesen cometidos en todo o en parte de su territorio, ya sea cuando fuesen cometidos fuera del territorio del Estado de emisión y, que el derecho del Estado de ejecución no autorice la persecución de las mismas infracciones cometidas fuera de su territorio³⁰.

El problema de la legitimidad planteado por la abolición de la doble incriminación reside fuera (en otra parte). Puesto que deben confiar mutuamente, los Estados ya no podrán negarse la cooperación requerida, fundamentándose en las divergencias que marcan el establecimiento de las delimitaciones de las infracciones.

Volvamos al caso de la ayuda a la entrada irregular, una de las infracciones en las que se suprimió la exigencia de la doble incriminación. Haciendo caso de la cláusula facultativa contenida en la directiva de 2002, Bélgica mantiene la distinción entre la ayuda a la entrada irregular realizada con fines lucrativos y la ayuda realizada con un fin humanitario: ésta sólo incrimina la ayuda a la entrada irregular realizada con fines lucrativos; sin embargo, las autoridades belgas estarán en principio obligadas a ejecutar una orden de detención europea emitida por las autoridades francesas o británicas contra una persona que haya prestado, con un fin humanitario, su ayuda a la entrada irregular en estos Estados.

Este ejemplo es el testimonio de que la supresión de la doble incriminación tiende a privilegiar el derecho penal material más represivo, esta propensión es más clara cuando las divergencias son importantes. En verdad, no existe ni un solo derecho subjetivo que se beneficie del sistema menos severo. Sin embargo, esta tendencia general plantea preguntas en relación con el objetivo de espacio de libertad, de seguridad y de justicia. La persecución de éste implica en efecto encontrar un equilibrio entre las tres dimensiones que la componen. Además, esto destaca expresamente de las

²⁹ En este mismo sentido, véase FLORE, D., «Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne», *JT*, 2002, pág 277.

³⁰ Artículo 4, § 7 de la Decisión marco.

precisiones aportadas en el plan de Viena sobre este objetivo. Ahora bien, nos podemos preguntar si éste, en el estado actual de las divergencias entre los derechos penales materiales de los Estados miembros, el reconocimiento mutuo, y singularmente la orden de detención europea, que vuelve a privilegiar el derecho penal más represivo, no conduce a una ruptura del equilibrio precipitado. Además, el reconocimiento mutuo y, sobre todo, la orden de detención europea implican abstraer, al menos en cierta medida, unas elecciones de sociedad del Estado de ejecución. Estas elecciones se borran en parte delante de las normas de incriminación del Estado de emisión, lo que plantea dudas en cuanto al principio de la legalidad formal, y esto se agudiza más cuando las diferencias son fuertes entre los derechos de Estados concernientes.

Conclusión

De los elementos que preceden, resulta que la orden de detención europea necesita aproximarse o profundizar en la aproximación de las legislaciones en el plano del establecimiento de las infracciones, en las 32 infracciones en las que se suprimió la doble incriminación. Además, algunos han visto en esta lista un verdadero programa de armonización.

Dicho esto, no habría que mostrar entusiasmo plácido en relación con la aproximación de las legislaciones.

Por una parte, no se puede subestimar las grandes dificultades a las cuales está confrontada esta cara del espacio penal europeo, dificultades teniendo en cuenta que es algo ultra sensible en el plano de la soberanía nacional de los Estados. Es cierto que las resistencias de los Estados son menores cuando se trata de acercar definiciones de las infracciones que cuando se trata de acercar los niveles de sanciones o los procedimientos; pero, incluso para el establecimiento de las infracciones, estas resistencias están a pesar de todo presentes, pues así lo confirman los límites de la aproximación realizada. El impacto de estas resistencias debería disminuirse con el pasaje a la mayoría cualificada previsto en el tratado constitucional. Pero, este trastorno que representa el pasaje a la mayoría cualificada está fuertemente restringido en el caso de la aproximación de las legislaciones por la inserción de un mecanismo que permita suspender el procedimiento de decisión de los instrumentos, si un Estado miembro considera que un proyecto de ley marco europeo perjudicaría los aspectos fundamentales de su sistema jurídico³¹.

Por otra parte, tal y como viene siendo, los trabajos de aproximación de las legislaciones penales son susceptibles de ser objeto de una serie de críticas. Una de ellas trata de la tendencia a adoptar el derecho nacional más represivo en el establecimiento de las infracciones. Diversos factores explican esta tendencia. Entre ellos, anotaremos la tendencia a reaccionar en la urgencia, en el hecho y, la ausencia de reflexión profunda que la Unión desea implantar en la base del espacio penal. ¿Cuáles son las orientaciones que damos en los trabajos de aproximación de las legislaciones penales? ¿Qué esperamos del espacio penal europeo? Hay que tomarse tiempo para responder a

³¹ Artículo III-271, § 3 del Tratado constitucional.

estas preguntas esenciales: la puesta en pie de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia digna de este nombre depende de ello.³²

³² Para este tema, véase, WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op. cit.