

EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO COMO FUNDAMENTO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL Y SUS EFECTOS EN LOS ORDENAMIENTOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

MARTA GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO*

SUMARIO I. El reconocimiento mutuo frente a la asistencia judicial. II. Origen del principio de reconocimiento mutuo. III. Significado del reconocimiento mutuo. IV. Aplicación actual al ámbito de la cooperación penal: 1. La orden europea de detención y entrega. 2. El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas. 3. Las garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea. V. Bibliografía.

No me cabe duda de que la gratitud es un adorno de bien nacidos y la ingratitud, según Cervantes, hija legítima de la soberbia. De manera que mis primeras líneas quiero dedicarlas a dar las gracias al profesor Enrique Linde, por supuesto por haberme invitado a participar en las Jornadas «*La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia*», que tuvieron lugar, en Ávila la primera semana de julio de 2006, pero también por ser un referente del buen quehacer, de la honestidad, de la inquietud intelectual, del trabajo incansable y del servicio social que debiera presidir la vida y el funcionamiento de nuestra Universidad.

I. EL RECONOCIMIENTO MUTUO FRENTE A LA ASISTENCIA JUDICIAL

La supresión de las fronteras interiores en el seno de la Unión Europea ha favorecido la libertad en el movimiento de personas, capitales, bienes y servicios, pero al tiempo ha generado un notable incremento de una delincuencia que ha conseguido, respecto de sus delitos, el anhelado principio europeo de la libre circulación.

* Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Procesal. UNED. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia y Tecnología «Presente y futuro de la reforma procesal penal», con referencia BJU 2003-02136.

Las organizaciones criminales han extendido sus ilícitas actividades más allá del territorio del país donde inicialmente estuvieron ubicadas. Junto con la internacionalización, la desaparición de las fronteras ha propiciado el fenómeno de la transnacionalización, o lo que es lo mismo, las relaciones entre grupos criminales de diversas nacionalidades con actividades delictivas heterogéneas, y por lo tanto no competitivos, que se articulan en redes corporativas con el objeto de prestarse ayuda mutua. Se trata de dos actuaciones, internacionalización y transnacionalización, cuya finalidad última descansa en lograr la impunidad mediante el aprovechamiento de la eliminación de las fronteras.

La Unión Europea, que aspira a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia, y no un espacio para cualesquiera tipos de tráfico¹, siempre fue consciente de tres premisas o puntos de partida íntimamente relacionados entre sí:

En primer lugar, de que la instauración de un marco donde las personas pudieran moverse libremente sin controles debía completarse con actuaciones dirigidas a mantener la seguridad de sus ciudadanos.

En segundo lugar, de que la dimensión alcanzada por el crimen impide «*per se*» a los diferentes gobiernos de los Estados miembros combatirlo de manera individual².

Y finalmente, de que fuera de las fronteras de soberanía de un Estado la persecución penal efectiva de la criminalidad depende de la firmeza de la cooperación internacional que es, en definitiva, la herramienta necesaria para evitar espacios de impunidad.

Por todo ello, de forma paralela al desarrollo del principio de libre circulación los Estados miembros han establecido diferentes niveles de cooperación penal. Así las cosas, en materia de cooperación cabe pensar en dos líneas de actuación posibles. Por una parte, la asistencia judicial y, por otra, el reconocimiento mutuo. Ambas comparten un mismo objetivo, pero se diferencian, tanto en su fundamento normativo, como en los resultados que pueden arrojar³. Mientras que la asistencia judicial se fundamenta en la existencia de Estados plenamente soberanos con sistemas penales independientes, el reconocimiento mutuo va más allá, pues los ordenamientos de los diversos Estados aspiran a funcionar con un alto nivel de integración, con un alto grado de permeabilidad⁴.

La pieza esencial de todo el entramado normativo sobre la asistencia, esto es, el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión de 29 de mayo de 2000⁵ se ha revelado altamente insuficiente como

¹ Cfr.: CASTILLEJO MANZANARES R.: *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos entre Estados miembros*, Madrid, 2002, pp. 19.

² Cfr.: ROLDÁN BARBERO, J. «La cooperación policial y judicial en materia penal en el marco de la integración europea» en *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2001, pp. 99.

³ Cfr.: PÉREZ GIL, J.: «El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?», *Diario La Ley*, nº 6208, de 11 de marzo de 2005, pp. 1.

⁴ *Ibidem*.

⁵ DOCE C 197 de 12 de julio de 2000, pp. 1- 23.

verdadero punto de anclaje de la cooperación judicial. De este modo, las políticas comunitarias en la materia han optado por nuevas formas de cooperación cuyo eje central no es otro que el principio de reconocimiento mutuo, con el cual se pretende dar un impulso a la denominada «quinta libertad comunitaria», es decir, a la libre circulación de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea⁶.

II. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

El origen del principio de reconocimiento mutuo hay que situarlo en la creación del mercado único. La Comisión Europea se encontró con una multitud de legislaciones nacionales sobre la circulación de mercancías, y en lugar de afrontar un complejo y lento procedimiento tendente a negociar las diferentes regulaciones, se decidió que cada Estado debía reconocer como equivalentes las normas de los otros Estados miembros⁷.

La primera vez que el principio de reconocimiento mutuo se manifestó en el ámbito de la cooperación penal fue en el Consejo Europeo de Cardiff, reunido los días 15 y 16 de junio de 1998, cuando se pidió por parte de su Presidencia al Consejo que determinara el margen existente para un mayor reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de los Estados miembros⁸. La idea del reconocimiento mutuo aparece también evocada en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad, y justicia⁹.

Pero en cualquier caso, las bases definitivas para la consolidación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal se asientan en el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999¹⁰.

Para cumplir con las conclusiones alcanzadas en Tampere se desarrolló el «Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal»¹¹. Este programa destaca que el reconocimiento mutuo de resoluciones constituye un factor de seguridad jurídica en el seno de la Unión al conllevar una confianza recíproca de los Estados miembros en sus

⁶ Cfr.: DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII- 2003, pp. 291.

⁷ Cfr.: GÓMEZ-JARA DÍEZ C.: «Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», *Diario La Ley*, n.º. 6069, de 26 de julio de 2004, pp. 1. *Vide*, sobre el origen del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la circulación de mercancías la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979 (asunto 120/1978), así como la sentencia de 24 de noviembre de 1993 (asunto C-267/91 y C-268/91).

⁸ *Vide*, Conclusión n.º. 39 de la Presidencia.

⁹ *Vide*, Apartado 45, letra f.

¹⁰ *Vide*, en concreto, sus conclusiones 33, 35 y 36.

¹¹ *DOCE C 12*, de 15 de enero de 2001, pp. 1.

respectivos sistemas de justicia penal, al tiempo que resalta que dicha confianza se basa en el fundamento común de la adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Lo cierto es que, el principio de reconocimiento mutuo se ha convertido al día de hoy en la «piedra angular»¹² de la cooperación judicial europea, y ello, tanto en materia penal, como civil. Por lo tanto, un principio destinado a la liberalización del tráfico de mercancías entre mercados similares se ha acabado erigiendo en el principio rector de la cooperación judicial. O si se quiere, un principio de liberalización económica se ha transformado en un principio de liberalización jurídica¹³.

III. SIGNIFICADO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO

El principio de reconocimiento mutuo posee un significado y un contenido de muy fácil entendimiento. De acuerdo con dicho principio, 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 posibles¹⁴.

El también llamado principio de reconocimiento automático¹⁵, pivota, en torno a dos elementos: la equivalencia y la confianza¹⁶.

Conforme al elemento de la equivalencia, el Estado receptor de una resolución judicial debe entender que la decisión del Estado emisor tiene el mismo contenido, es en definitiva, equivalente a la que habrían dictado en su lugar sus propios órganos jurisdiccionales.

De acuerdo con el segundo elemento, cada Estado miembro debe confiar en el sistema judicial de los demás Estados, habida cuenta que todos ellos son Estados democráticos que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. O dicho de otro modo, en un espacio de libertad, seguridad y justicia, resulta lógico que Estados que comparten una misma concepción de lo que es un Estado de Derecho, tengan un elevado nivel confianza entre sí, y en particular respecto a decisiones judiciales pronunciadas en el seno de sistemas democráticos consolidados¹⁷.

¹² Vide, por todos, la Exposición de Motivos de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

¹³ Cfr.: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Orden de detención europea...*, op. cit., pp.1

¹⁴ Cfr.: FONSECA MORILLO, F.: «La orden de detención y entrega europea», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, 2003, pp. 72.

¹⁵ Cfr.: DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea...», op. cit., pp. 294.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr.: DEL POZO PÉREZ M.: «La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», *Diario La Ley*, nº. 6164, de 10 de enero de 2005, pp.2.

IV. APLICACIÓN ACTUAL AL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN PENAL

La implantación del reconocimiento mutuo como principio inspirador de la legislación europea en materia penal ha sido imparable. La tendencia a su establecimiento queda patente, al día de hoy, entre otros, en los siguientes instrumentos:

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aprobado el 18 de junio de 2004. En concreto su artículo III. 270 señala que la cooperación en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. 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 miembros¹⁸. La Decisión Marco del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas¹⁹. El Libro Verde de la Comisión sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea²⁰. El Libro Verde de la Comisión sobre las garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea²¹. El Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo²². La Propuesta de Decisión Marco de la Comisión relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal²³. La Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE²⁴.

La adopción definitiva del exhorto europeo ha quedado postergada hasta la suscripción del Proyecto de Decisión Marco sobre garantías procesales, respecto al cual, en el pasado mes de marzo se insistió a la Comisión a fin de que procediera a su aprobación definitiva.

Vamos a centrarnos, por ser las principales manifestaciones del reconocimiento mutuo, en la orden europea de detención y entrega, en el embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, y por último en las garantías procesales de sospechosos e inculcados.

1. La orden europea de detención y entrega

La orden europea de detención y entrega constituye el primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo

¹⁸ DOCE L 190, de 18 de julio de 2002, pp. 1 y ss.

¹⁹ DOCE L 196, de 22 julio 2003 pp. 45 y ss.

²⁰ COM (2004) 334 final.

²¹ COM (2003) 75 final.

²² COM (2001) 715 final.

²³ COM (2003)688 final, no publicado Diario Oficial. Procedimiento de consulta CNS 2003/0270

²⁴ COM (2004) 328, no publicado Diario Oficial. Procedimiento de consulta CNS 2004/328

enunciado en las conclusiones de Tampere. Así nos lo indican el Considerando Sexto de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 reguladora de la euroorden, y la Exposición de Motivos de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, mediante la cual España traspuso, de manera pionera, la aludida Decisión Marco a nuestro ordenamiento. La regulación española de la orden europea de detención y entrega se completa con la LO 2/2003, también de 14 de marzo²⁵.

De conformidad con el artículo 1.1 de la Decisión Marco, y en idéntica redacción con el artículo 1.1 de la Ley 3/2003, la orden europea de detención y entrega es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y a la entrega por otro Estado 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.

El análisis de la orden de detención y entrega, desde un punto de vista estrictamente procesal, y vinculado al principio de reconocimiento mutuo que es el tema que nos ocupa, puede sistematizarse en dos grandes bloques²⁶. De un lado, en la superación, o no, de los obstáculos del sistema de extradición, y de otro, en la agilización del procedimiento.

A) La superación de los obstáculos de la extradición

Parece lógico pensar que la orden de detención y entrega como reflejo del principio de reconocimiento mutuo ha terminado y puesto fin a los tradicionales y característicos obstáculos del sistema extradicional, a saber: su complejidad normativa, la doble incriminación, la no entrega de nacionales y el control político de la decisión. Veamos si todo ello es cierto.

a) Simplificación normativa

La orden de detención europea viene, en principio, a sustituir, tal y como señala el artículo 31 de la Decisión Marco, la compleja amalgama legislativa en materia de extradición existente en el ámbito de la Unión Europea²⁷. Europa cuenta, en principio, con una normativa única, lo cual representa, en todo caso, una gran ventaja fren-

²⁵ BOE nº. 65, de 17 de marzo de 2003.

²⁶ Cfr.: DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea...», *op. cit.*, pp. 297 y ss.

²⁷ Conformado, entre otros por, el Convenio europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957 y sus protocolos adicionales de 1975 y 1978; el Acuerdo de los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición de 26 de mayo de 1989; el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión de 10 de marzo de 1995; el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de 27 de septiembre de 1996, y el Capítulo IV del Título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en la fronteras comunes de 19 de junio de 1990.

te a una multiplicidad de tratados multilaterales, convenios bilaterales, normas del Consejo de Europa, etc.; sin olvidar la legislación interna de cada Estado miembro sobre la extradición.

Ahora bien, sobre la base de que posibiliten ir más allá de los objetivos de la Decisión y contribuyan con ello a facilitar aún más los procedimientos de entrega de las personas objeto de una euroorden, la Decisión Marco permite a los Estados miembros, por una parte seguir aplicando la diversidad de convenios sobre extradición que estén en vigor en el momento de la adopción de la Decisión Marco, y por otra, les permite, después de la entrada en vigor de la euroorden, celebrar nuevos acuerdos o convenios sobre extradición.

De este modo, la sustitución de todo el cuerpo legislativo de la extradición, es tan sólo, aparente, ya que la propia Decisión Marco regula una convivencia pacífica entre sus disposiciones y la normativa extradicional.

b) Principio de doble incriminación

Como es de sobra conocido, el principio de doble incriminación, de acuerdo con el cual, el Estado requerido no puede cooperar con el Estado requirente para detener o entregar a una persona por un ilícito que en su país no es constitutivo de delito alguno²⁸, fue o ha sido uno de los principales obstáculos del sistema de extradición.

En el concreto caso de la euroorden existe un sistema mixto, dado que la Decisión Marco posibilita una entrega sin control de la doble incriminación y una entrega con posible exigencia de la doble incriminación. Por lo tanto, debe hablarse de un reflejo parcial del principio de reconocimiento mutuo.

La entrega sin control de la doble incriminación, es en puridad el sistema de reconocimiento automático²⁹, y acontece cuando concurren simultáneamente dos requisitos: a) los delitos deben estar castigados con una pena privativa de libertad de al menos tres años en el ordenamiento del Estado emisor y b) tiene que ser alguno de los delitos contenidos en listado positivo del artículo 2.2 de la Decisión Marco, reproducido literalmente en el art. 9.1 de la Ley 3/2003³⁰.

²⁸ El Tribunal Constitucional ha declarado que es preciso desterrar la idea de que el principio de doble incriminación equivale a una identidad de normas penales de ambos Estados. El significado de dicho principio consiste en que el hecho sea delictivo y con una determinada penalidad en las legislaciones penales del Estado requirente y del Estado requerido. *Vide*, por todos, ATC 23/1997, de 27 de enero.

²⁹ Cfr.: DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea...», *op. cit.*, pp. 320.

³⁰ *Pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, delitos de alta tecnología, en particular delito informático, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico de especies animales y vegetales protegidas, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico de bienes culturales, esta-*

La entrega con posible exigencia de la doble incriminación se acerca a un sistema extradicional, si bien puramente judicial y muy simplificado³¹ y tiene lugar cuando concurren, también de forma conjunta, dos presupuestos: a) se trate de una infracción no contenida en el aludido listado de 32 delitos, y b) los delitos estén castigados, según la ley del Estado emisor con penas privativas de libertad cuya duración sea de al menos 12 meses, o cuando se haya dictado condena para sanciones de cuatro meses como mínimo.

Es más que posible que la doble incriminación, tal y como ha quedado diseñado en la euroorden, responda a un equilibrio entre aquellos Estados partidarios de una concepción absoluta del reconocimiento mutuo y los Estados que son reacios a desprenderse del tradicional esquema de la extradición³².

Ese listado de 32 tipos delictivos es un listado caótico que no atiende a ningún orden lógico y cuyas infracciones constituyen, en la práctica, la parte principal de la extradición³³. Además, a pesar de que la mayoría de los tipos delictivos incluidos en este listado se encuentran penados en buena parte de las legislaciones de los Estados miembros, existen algunos problemas en su aplicación. Efectivamente, determinados tipos no tienen correlación en el sistema español, como por ejemplo, el delito de tráfico de órganos y tejidos humanos; otros utilizan una terminología que resulta desconocida en nuestro país, *v.gr.*, los delitos relativos a la alta tecnología; a todo lo cual hay que unir el hecho de que algunos tipos llevan penas inferiores a los tres años, tal y como ocurre con el tráfico de flora y fauna³⁴.

En la medida en que los hechos vienen calificados por el Estado emisor de la orden de conformidad con su derecho material y tal calificación vincula al órgano jurisdiccional del Estado de ejecución, es más que evidente que la autoridad judicial de emisión debe realizar un esfuerzo interpretativo y la autoridad judicial de ejecución ha de tener un alto nivel de confianza³⁵. En todo caso, los resultados positivos o

fa, chantaje y extorsión, violación de derechos de propiedad industrial, 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 radiactivos 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, sabotaje.

³¹ Cfr.: DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea...», *op. cit.*, pp. 321.

³² *Vide*, en este sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «La cooperación policial y judicial en la Unión Europea: primeras reflexiones en torno a la lucha contra el terrorismo y la euroorden», en *«El derecho penal ante la globalización»*, Madrid, 2002, pp. 189.

³³ *Vide*, FONSECA MORILLO, F.: «La orden de detención y entrega...», *op. cit.*, pp. 79.

³⁴ *Vide*, DEL POZO PÉREZ, M.: «La orden europea de detención...», *op. cit.*, pp. 3. Los autores son unánimes en la crítica, *cfr.*: ARANGÜENA FANEGO, C.: «La orden europea de detención y entrega», *Revista de Derecho Penal*, nº. 10, septiembre de 2003, pp. 28 y ss.; FONSECA MORILLO, F.: «La orden de detención...», *op. cit.*, pp. 88 y ss.; LÓPEZ ORTEGA, J.L.: «El futuro de la extradición en Europa» en *Derecho extradicional*, Madrid, 2003, pp. 314 y ss.

³⁵ En todo caso, como advierte CALAZA LÓPEZ, S., «El principio de confianza recíproca no debe suponer un encubrimiento de la «confianza ciega». *Cfr.*: *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid, 2005, pp. 88.

negativos de ambos esfuerzos determinarán el éxito o el fracaso de esta aplicación parcial del principio de reconocimiento mutuo³⁶.

c) La no entrega de nacionales

Son muchos los ordenamientos que han recogido el principio de la no extradición de nacionales, nacido históricamente en el marco de la protección del gobernante a sus súbditos, así como en la falta de confianza en la imparcialidad del ordenamiento extranjero y del Juez ajeno³⁷. En algunos Estados existe una prohibición constitucional de extraditar a nacionales: Alemania, Chipre o Croacia. En otros, hay una prohibición legislativa: Suecia o España. Y otros han formulado declaraciones al Convenio Europeo de Extradición: Francia, Portugal, Grecia o Hungría.

La doctrina ha criticado fuertemente el principio de la no entrega de nacionales por distintas y variadas razones que pueden resumirse en dos: porque vulnera la igualdad que debe presidir el funcionamiento de la extradición, y porque supone una desconfianza hacía las organizaciones judiciales extranjeras.

En la euroorden, y en virtud del principio de reconocimiento y confianza mutua, los Estados miembros ya no pueden invocar la prohibición de la no entrega del nacional. Sin embargo, la propia regulación contiene una excepción a la regla general, lo que puede denominarse «en beneficio del condenado» ya que, la no entrega del nacional, podría encontrar fundamento en la disminución del daño de la pena impuesta al condenado facilitando sus posibilidades de reinserción y evitando su desarraigo. Hay que distinguir, por tanto, entre el principio de entrega de nacionales y el principio de reinserción de los nacionales³⁸.

d) Monopolio jurisdiccional

La extradición constituye un acuerdo entre soberanías independientes, y por tanto un acto de política exterior. Una parte importante de la decisión en materia de extradición queda reservada al juicio político del gobierno. Frente a ello, el sistema elegido por la Decisión Marco se basa en la judicialidad. Tanto los órganos de emisión, como los de ejecución son jurisdiccionales, porque una cooperación que se pretende realizar bajo los principios de confianza, equivalencia y reconocimiento mutuo, no podía admitir, ni permitir, la denegación de una entrega por razones discrecionales de política exterior³⁹.

³⁶ Cfr.: DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea...», *op. cit.*, pp. 324; DEL POZO PÉREZ, M.: «La orden europea de detención...», *op. cit.*, pp. 4.

³⁷ Cfr.: DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea...», *op. cit.*, pp. 328

³⁸ Cfr.: ARANGÜENA FANEGO, C.: «La orden europea ...», *op. cit.*, pp. 72

³⁹ Cfr.: DEL POZO PÉREZ, M.: «La orden europea de detención...», *op. cit.*, pp. 3.

B) La agilización del procedimiento

Otra de las consecuencias que ha generado el principio de reconocimiento mutuo en la orden europea de detención y entrega es la simplificación y agilización del procedimiento frente a la anterior extradición.

En la extradición se distinguen dos peticiones: una solicitud de detención preventiva tramitada por Interpol, y una solicitud formal de extradición remitida por el sistema que indique el convenio que en su caso fuese aplicable.

Por el contrario, la Decisión Marco diseña un mandamiento de detención europeo equivalente a una busca, captura, detención y entrega, que es un título judicial, recogido en un formulario único para todos los países de la Unión, al cual no hay que unir, ni acompañar ningún documento complementario para que la orden de detención y entrega produzca efectos. Todo ello conlleva, indiscutiblemente, sencillez y simplicidad.

El modo en que se trasmite la euroorden varía en atención a si se conoce o no el paradero de la persona reclamada. Antes de explicar el sistema de transmisión conviene dejar sentado que la autoridad de emisión en España son todos los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal que estén conociendo de una causa en la que proceda dictar una euroorden (art. 2 Ley 3/2003). Por su parte, son autoridades competentes para la ejecución los Juzgados Centrales de Instrucción, en tanto en cuanto la persona reclamada consienta la entrega y el Ministerio Fiscal no advierta causas de denegación. En caso contrario, esto es si la persona no consiente la entrega y si el Ministerio Público advierte causas de denegación, la competencia para la ejecución viene atribuida a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Dicho esto, cuando la autoridad judicial que emite la orden conoce el paradero de la persona reclamada, la transmisión de la solicitud se puede realizar de manera directa entre autoridades judiciales, entre quien emite y quien ejecuta, produciéndose con ello una concentración de las actuaciones en una sola petición⁴⁰.

⁴⁰ Especial importancia reviste la STC 177/2006, de 5 de junio, que trae causa de un recurso de amparo contra un auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordó la entrega del demandante en amparo, de nacionalidad española, solicitada por Francia al efecto del cumplir una pena privativa de veinte años impuesta en su ausencia por un delito de robo a mano armada. El demandante consideraba vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías. Pues bien, con estimación del amparo el TC con base en el art. 5 de la Decisión Marco (F.J. 7) señala «*Ello es indicativo de que la Decisión Marco no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos Ordenamientos jurídicos. Siendo ello así, ha de entenderse que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por este Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega del demandante a Francia y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho*». Para el Alto Tribunal -F.J. 8- «*mayor enjundia presenta la segunda de las quejas a la vista de que el art. 12.2 de la Ley 3/2003 (...). Contrasta en dicho precepto el empleo de la forma verbal «podrá» en relación con la denegación de la ejecución de la orden europea de detención y entrega en los casos tasados que a continuación se reseñan, lo que equivale a una deci-*

En el supuesto de que la autoridad judicial desconozca el paradero de la persona reclamada, la orden se remite a la oficina SIRENE para su inclusión en el fichero SIS. En el momento en que la persona reclamada es hallada, se comunica tal hecho al órgano judicial de emisión que ha de remitir la orden en el más breve plazo, para lo cual hay que tener en cuenta que este plazo puede variar –según la legislación interna del Estado de ejecución– y que sino se realiza la remisión en el plazo establecido, la persona reclamada puede ser puesta en libertad.

Los plazos que se contienen en los artículos 17 y 23 de la Decisión Marco y en los artículos 19 y 20 de la Ley 3/2003, en comparación con la extradición son muy cortos.

A estos efectos, podemos distinguir entre el plazo para la decisión y el plazo para la entrega. En el caso de que exista consentimiento de la persona reclamada el plazo de decisión es de 10 días a contar desde la prestación de tal consentimiento, y si no existe consentimiento el plazo es de 60 días a contar desde la detención. A todo lo cual hay que unir una posible prórroga de 30 días por razones justificadas. El plazo para la entrega, en ambos casos, es de 10 días desde la decisión judicial. El incumplimiento del plazo de decisión acarrea información a Eurojust con precisión de los motivos de demora, y si las demoras fueran repetidas y reiteradas se informa al Consejo de la Unión Europea. El incumplimiento del plazo de entrega acarrea la puesta en libertad de la persona reclamada.

C) Efectos del reconocimiento mutuo en los ordenamientos de los Estados miembros: El caso de Alemania

Todos sabemos que las Decisiones Marco previstas en el artículo 34.2 del Tratado de la Unión ostentan una naturaleza imperativa de efectos no directos, pues si bien obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejan a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios para alcanzarlo.

De este modo, la efectiva aplicación de la orden europea regulada en la Decisión Marco ha quedado supeditada a su adopción por la legislación interna de cada uno de los Estados. De acuerdo con el artículo 34.1 de la Decisión Marco, los Estados

sión judicial facultativa, con la utilización de la forma verbal «deberá», de naturaleza imperativa, en relación con el cumplimiento en España de la pena impuesta en otro país a un nacional español cuando este no haya consentido cumplirla en el país impositor. La conciliación de estos dos contrarios puede, sin embargo, conseguirse entendiendo que cabe o no denegar la entrega de un nacional español para cumplir condena en otro país pero que, si se accede a ella, únicamente podrá cumplirse en dicho país si así lo consiente el penado. En cualquier caso, nada de ello se dice en el Auto recurrido, no obstante haber manifestado el actor su oposición a ser entregado a Francia para cumplir allí la pena impuesta por un Tribunal francés. Ha de darse, pues, la razón al recurrente cuando reprocha al órgano judicial la falta de consideración de tales extremos que, en definitiva, revierte en una falta de tutela judicial a un nacional español al haberse decidido su entrega a Francia sin tener en cuenta que, siendo la finalidad de la misma la de cumplir condena, era obligado oírle al efecto de que prestase para ello el debido consentimiento».

miembros de la Unión debían proceder a la transposición interna de la normativa antes del 31 de diciembre de 2003 y como quiera que dicho plazo ha transcurrido, parece lógico pensar que la euroorden resulta ya aplicable en todos los Estados miembros⁴¹. Sin embargo, esto no es del todo cierto, y deviene obligado efectuar varias puntualizaciones de diversa intensidad y trascendencia.

En primer lugar, Italia aún no ha incorporado la Decisión Marco a su derecho interno⁴², por lo que en las relaciones con dicho Estado miembro se continua aplicando el lento instrumento de la extradición. Baste recordar que ante la imposibilidad de solicitar una orden europea para la entrega por parte de Italia de «El Egipcio», presunto autor intelectual de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid, el Tribunal de Apelación de Milán tuvo que acelerar el procedimiento de extradición que quedó cifrado en dos meses, cuando lo deseable hubiera sido su inmediata puesta a disposición de las autoridades españolas a través de la euroorden.

En segundo lugar, Alemania ha sido el país en que más intensamente se ha discutido sobre el principio de reconocimiento mutuo como base de la euroorden, y en definitiva como base de la cooperación judicial en materia penal.

SCHÜNEMANN fue uno de los mayores detractores del proyecto para la transposición de la Decisión Marco al ordenamiento alemán, e incluso no dudó en afirmar que la adopción de dicha normativa europea convertiría al Parlamento alemán en un lacayo de Bruselas⁴³. En su opinión, la transposición de la euroorden vulneraba los artículos 16, 20 y 79 de la *Grundgesetz*. En concreto, SCHÜNEMANN cifra la crítica⁴⁴ en el hecho de que, el principio democrático garantiza que los ciudadanos sólo serán condenados con arreglo a aquellas leyes en las cuales puedan participar, así como en que, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley Fundamental de Bonn la entrega a un país extranjero queda condicionada a la verificación de la doble incriminación.

⁴¹ La euroorden está en vigor en España, Portugal, Dinamarca, Reino Unido, Finlandia, Suecia, Bélgica, e Irlanda desde el 1 de enero de 2004; en Francia desde el 13 de marzo de 2004; en Luxemburgo desde el 26 de marzo de 2004; en Austria, Chipre, Hungría, Eslovenia, Polonia y Lituania desde el 1 de mayo de 2004; en Países Bajos desde el 12 de mayo de 2004; en Malta desde el 7 de junio de 2004; en Letonia desde el 30 de junio de 2004; en Estonia desde el 1 de julio de 2004; en Eslovaquia desde el 1 de agosto de 2004; en Grecia desde el 9 de julio de 2004; y en República Checa desde el 1 de noviembre de 2004.

⁴² Recoge, DEL POZO PÉREZ, M., «su primer ministro, directamente implicado en procesos por alguno de los delitos que se encuadran en la euroorden, bloqueó la orden europea en la reunión mantenida por los Quince en Bruselas el 6 y 7 de diciembre de 2002, provocando una grave crisis en el seno de la UE que afortunadamente fue superada gracias a la mediación –mejor dicho concesión– del, en aquel momento, Presidente de turno de la Unión, el Primer Ministro Belga, quien consiguió que Italia refrendara, aunque con ciertas condiciones –entre ellas la moratoria para los delitos de corrupción y blanqueo de capitales hasta el año 2007, fecha que coincide con la prescripción de estos delitos para el Primer Ministro italiano– la euroorden en el Consejo Europeo de Laeken celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2002». Cfr.: «La orden europea de detención y entrega...», *op. cit.*, nota al pie nº. 11

⁴³ Cfr.: SCHÜNEMANN, B.: *Die Parlamentaristische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes*, Strafverteidiger, 2003, pp. 532.

⁴⁴ Cfr.: SCHÜNEMANN, B.: *Die Parlamentaristische Gesetzgebung...*, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

Las críticas de SCHÜNEMANN⁴⁵ pueden reconducirse al axioma siguiente: favorecimiento del ordenamiento más punitivo unido al menor garantismo por parte del principio de reconocimiento mutuo.

La afirmación de que el reconocimiento mutuo conduce a la vigencia en Europa del ordenamiento más punitivo va dirigida al catálogo de delitos en los cuales no es necesario que concurra el presupuesto de la doble incriminación. Aquellos ordenamientos más punitivos, por lo tanto aquellos que sancionen con más de tres años las conductas del catálogo, serán quienes soliciten la euroorden, de manera que su poder punitivo no se detendrá en las fronteras nacionales sino que actuará en todo el territorio europeo. Sirvan como ejemplo los delitos informáticos, regulación altamente problemática: un Estado miembro sanciona el hacking con más de tres años de prisión, y dicha legislación se extiende a través de la euroorden al resto de Estado de la Unión, aunque en ellos tal conducta ni siquiera esté tipificada⁴⁶. Además y, si bien es cierto que no se formulan críticas con relación al terrorismo, delito sobre el que existe un consenso generalizado de su necesidad de sanción penal⁴⁷, no lo es menos que el problema se plantea con relación a la delincuencia informática, ambiental..., porque incluso quienes entienden que la supresión de la doble incriminación es un avance, acaban reconociendo que la mayoría de estos delitos no están armonizados y sus elementos constitutivos difieren de un Estado a otro⁴⁸.

Junto con el favorecimiento del ordenamiento más punitivo se asiste a una merma de las garantías procesales⁴⁹. Tanto en lo que respecta a la defensa de los derechos del acusado, como en lo referente al equilibrio intraprocesal, el principio de reconocimiento mutuo introduce una quiebra importante. Baste imaginar un Estado con una regulación permisiva de las escuchas telefónicas o una limitación del derecho a no declarar contra uno mismo.

Alemania traspuso la Decisión Marco mediante Ley de 21 de julio de 2004, con entrada en vigor el 23 de agosto 2004. La Sala II del Tribunal Constitucional Federal Alemán en sentencia de 18 de julio de 2005 declaró nula la Ley por vulneración de postulados constitucionales al permitir la entrega de ciudadanos alemanes y recortar el principio de doble incriminación⁵⁰. En el supuesto de hecho se trataba de una eu-

⁴⁵ Cfr.: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de detención europea ...», *op. cit.*, pp. 3.

⁴⁶ Cfr.: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de detención europea ...», *op. cit.*, pp. 4.

⁴⁷ Así, SCHÜNEMANN, entiende que si la decisión marco relativa a la euroorden se hubiera limitado a la lucha contra el terrorismo, entonces podría haberse aceptado bajo los fundamentos del Estado de Derecho, ya que los actos terroristas son sancionables de la misma forma en todos los Estados miembros. Vide, «*Die Parlamentaristische Gesetzgebung...*», *op. cit.*, pp. 120. Como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. si hay un ámbito donde la euroorden encuentra justificación es en el terrorismo. Cfr.: «Orden de detención europea ...», *op. cit.*, pp. 4.

⁴⁸ Vide, LÓPEZ ORTEGA, J.L.: «El futuro de la extradición...», *op. cit.*, pp. 328 y ss.; FONSECA MORILLO, F.: «La orden de detención y entrega...», *op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁴⁹ Vide, CALAZA LÓPEZ, S.: «El procedimiento europeo...», *op. cit.*, pp. 166 y ss.

⁵⁰ Vide, para mayor profusión al respecto, DEMETRIO CASTRO, E.: «El caso Darkazanli», *Diario La Ley*, nº. 6441, de 15 de marzo de 2006. SERRANO MASIP, M.: *Fractura en la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea*, Aranzadi, nº. 4/2006.

roorden emitida por el Juzgado Central de Instrucción nº. 5 el 16 de septiembre de 2004 contra un ciudadano con doble nacionalidad alemana y siria, residente en Hamburgo, a quien se imputaba un delito de integración en banda armada. En concreto, el Juzgado Central de Instrucción afirmaba que el reclamado era una figura clave en el ámbito de las finanzas de la célula europea de la organización terrorista Al-Qaeda. Por escrito de 9 de enero de 2004, el Ministerio de Justicia alemán, comunica que no accede a la entrega del reclamado por ser un ciudadano alemán. Además, la Fiscalía alemana emite un informe en el que constata que contra la persona reclamada por España se sigue una instrucción penal por la presunta comisión de un delito de asociación con fines terroristas (§129a Código Penal) y de un delito de blanqueo de dinero (§261 Código Penal). Interesa resaltar que la investigación llevada a cabo por las autoridades alemanas comprende el período de tiempo que va desde principios de 1993 a finales de 2001, y que el delito de pertenencia a banda armada solo fue punible en Alemania desde el 30 de agosto de 2002. Así las cosas, la Audiencia Nacional en un Pleno no jurisdiccional acordó el 21 de julio de 2005 denegar la ejecución de órdenes europeas de detención alemanas respecto de ciudadanos españoles hasta que no se clarifique la situación. Podemos, hablar, pues, de una importante fractura en la cooperación judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea.

En cualquier caso, Alemania trabaja sobre un nuevo Proyecto de Ley de 24 de noviembre de 2005 cuya finalidad última es volver a insertar jurídicamente a dicho Estado en el sistema de la orden de detención europea. En los apartados 1 y 2 del § 80 se halla la modificación más importante del nuevo proyecto. En ellos se regula el programa de verificación de la extradición de ciudadanos alemanes y de los extranjeros exigido por el Tribunal Constitucional Federal, según el cual la proporcionalidad de la extradición debe ser revisada en cada caso complementariamente como consecuencia de la norma constitucional⁵¹.

En definitiva, la armonización jurídico penal debería ser el presupuesto del reconocimiento mutuo⁵². No obstante la situación actual es la contraria, el principio de reconocimiento mutuo está operando sin que exista una armonización definitiva y consolidada⁵³. El reconocimiento mutuo no ha esperado a que existiera una verdadera armonización en todos los ámbitos jurídico-penales afectados, sino que ha comenzado a surtir efectos en relación con materias sobre las que todavía no existe acuerdo. Es necesario un mínimo garantista que constituya una primera barrera frente a posibles desigualdades jurídico-penales, sobre todo en el ámbito procesal⁵⁴. La confianza mutua requiere de la existencia de estándares mínimos que deben ser acepta-

⁵¹ Cfr.: DEMETRIO CASTRO E.: «El caso Darkazanli», *op. cit.*, pp. 4.

⁵² Cfr.: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de detención europea ...», *op. cit.*, pp. 4.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ VOGEL, J.: «Cooperation in criminal matters in the European Union: five major tendencies-five proposals for future action», *cit.* en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de detención europea...».

dos por todos los Estados miembros y que deben ser efectivamente implementados por todos ellos.

2. El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas

El Consejo de la Unión Europea ha entendido que el principio de reconocimiento mutuo debe aplicarse también a las resoluciones previas a la fase de formación de la sentencia, y en particular aquéllas que permiten a las autoridades judiciales actuar rápidamente con el fin de asegurar pruebas y embargar bienes fácilmente transferibles.

Sobre este considerando fue aprobada la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a la ejecución en Europa de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, de acuerdo con la cual cualquier medida tomada por una autoridad competente del Estado de emisión destinada a impedir provisionalmente cualquier operación de destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un bien que pueda ser sometido a decomiso o constituir elemento de prueba, ha de ser reconocida y ejecutada sin dilación por el Estado receptor. La Decisión Marco ha sido transpuesta al ordenamiento español mediante Ley de 5 de junio de 2006⁵⁵.

La Decisión de Marco tiene una estructura muy similar al mandato de detención y entrega europeo hasta el punto de que recoge el listado de los 32 delitos relacionados con la doble incriminación. Así, y de forma breve a efectos de no caer en reiteraciones innecesarias, no hay control de la doble incriminación, habiendo por tanto un verdadero reconocimiento automático, cuando la infracción esté contenida en el listado positivo y tenga una sanción de al menos tres años de privación de libertad. Para el resto de las infracciones, el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento y ejecución de la resolución a que los hechos de los que trae causa sean constitutivos de delito.

En el caso de este instrumento no se consiguió la creación de un título único como el articulado para la euroorden⁵⁶, y se optó por un modelo de certificado que se envía junto con la orden original dictada por la autoridad judicial del Estado de emisión. El modelo de certificado quedó incorporado en el Anexo de la Decisión Marco.

En España son autoridades competentes para emitir una resolución de embargo y aseguramiento de pruebas el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que se debe adoptar la medida, así como los fiscales en el marco de su investigación preliminar y siempre y cuando no haya afección de derechos fundamentales. Son autoridades competentes para la ejecución los Juzgados de Instrucción del lugar donde se encuentren los bienes objeto de embargo o las pruebas que deban ser aseguradas, así como los fiscales en el marco de sus competencias, esto es la investigación preliminar.

⁵⁵ BOE n. 134, de 6 de junio de 2006

⁵⁶ Cfr.: MORÁN MARTÍNEZ, R.A: «El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso», en *Derecho penal supranacional...*, op. cit., pp. 397.

Con relación a la transmisión la regla general es el envío directo entre autoridades por cualquier medio que permita dejar constancia de la autenticidad. La ejecución ha de ser inmediata, e incluso se establece que en la medida en que sea posible, en un plazo de 24 horas ha de comunicarse, en su caso, la aceptación de la ejecución. La ejecución se materializa, se lleva a cabo, con pleno respeto al procedimiento del Estado de ejecución. No obstante lo anterior, cuando el Estado de emisión entienda preceptivo cumplir con determinadas formalidades a fin de garantizar la validez de la prueba futura, el Estado de ejecución debe satisfacer esos presupuestos, siempre y cuando no fueran contrarios a principios generales de su ordenamiento.

El Estado de ejecución puede denegar el reconocimiento de la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas en los casos tasados que recoge el artículo 7 de la Decisión Marco y el artículo 14 de nuestra Ley. Así: 1º) Cuando falte el certificado, sea incompleto o no corresponda a la resolución de embargo o de aseguramiento. En este caso se admite la subsanación; 2º) Cuando en virtud del Derecho del Estado de ejecución exista inmunidad o privilegio que impidan la ejecución de la resolución; 3º) cuando resulte evidente que la resolución de embargo vulneraría el principio *ne bis in idem*; 4º) cuando los hechos que motiven la resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas no fueren constitutivos de infracción de acuerdo con el Derecho del Estado de ejecución. Las decisiones de denegación de reconocimiento o de ejecución deben notificarse sin demora alguna a las autoridades judiciales competentes del Estado de emisión.

Junto con los motivos de no reconocimiento o no ejecución se contemplan en el artículo 8 de la Decisión Marco, artículo 15 de la Ley española, los motivos, también tasados, de suspensión de la ejecución. La autoridad judicial competente del Estado de ejecución podrá suspender la ejecución de una resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas en los casos siguientes: 1º) Cuando la ejecución pueda impedir el buen desarrollo de una investigación penal en curso, y ello durante el tiempo que estime razonable; y 2º) Cuando sobre los bienes o pruebas haya dictada una resolución anterior de embargo o aseguramiento en una causa penal, pudiendo durar en este caso la suspensión hasta que se deje sin efecto la primera resolución. Por supuesto, la suspensión de la ejecución, así como los motivos de la misma y, si fuera posible su duración, se comunicarán sin demora mediante informe a la autoridad competente del Estado de emisión.

La Decisión Marco obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para asegurar la posibilidad de defensa y de recurso de quienes tengan un interés legítimo. Los recursos sobre cuestiones de fondo solo podrán ser interpuestos en el Estado de emisión, mientras que los que aleguen motivos procedimentales pueden ser presentados en ambos Estados.

Finalmente, también prevé la Decisión Marco que cuando el Estado de ejecución sea declarado responsable del perjuicio causado a las partes por una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas, tales gastos serán reembolsados

por el Estado de emisión, salvo que los daños se deban exclusivamente a la conducta del Estado de ejecución.

3. Las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea

Corresponde ahora analizar el régimen de las garantías y derechos procesales en el marco de la Unión Europea. Para ello nos centraremos fundamentalmente en el Libro Verde de la Comisión titulado a la sazón «*Las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales*» de fecha 19 de febrero de 2003, si bien no hay que olvidar *pro futuro* inmediato la Propuesta de Decisión Marco rubricada «*Determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión*» del año 2004, al día de hoy no aprobada, pero con relación a la cual se viene insistiendo fuertemente en que se proceda a su conformidad definitiva.

Lo que está claro es que, establecer unas normas mínimas comunes en cuanto a las garantías procesales en la Unión Europea constituye la mejor forma de asegurar una protección homogénea de los derechos individuales. Las discrepancias existentes, también en esta materia, son la causa de la falta de confianza mutua que ha socavado hasta ahora la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo⁵⁷.

A) El Libro Verde sobre garantías procesales

Un Libro Verde es un documento de consulta previo a la preparación de propuestas formales.

a) Derechos no abordados en el Libro Verde

Lo primero que hay que señalar es que el derecho a la fianza, esto es la libertad provisional, y el derecho a la imparcialidad en la práctica de la prueba, son dos derechos que en la acertada opinión de la Comisión justifican unas medidas propias separadas, y que por tanto no forman parte del contenido del Libro Verde que vamos a comentar.

b) Derecho a la asistencia letrada

Una de las garantías procesales más trascendentes e importantes es el derecho a la asistencia y representación por abogado. Un sospechoso o inculpadado que tiene un abogado se encuentra, sin duda alguna, en una posición mucho más favorable, pues

⁵⁷ Cfr.: GALLEGO-CASILDA GRAU, Y.: «El Libro Verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea» en *Derecho penal supranacional...*, op. cit., pp. 240.

además de ser informado de sus derechos, cuenta con un letrado que le asiste para que esos derechos sean debida y plenamente respetados.

El derecho a la defensa está firmemente establecido en el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 55.2 y 67 del Estatuto de Roma, en el artículo 18 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, y en el artículo 20 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

La normativa europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecen, pues sin fisuras, el derecho a la asistencia y representación letrada. Esto refleja la aceptación del derecho como un derecho fundamental, por lo que la cuestión que se nos plantea no es la existencia del derecho, sino la de su puesta en práctica en las mejores condiciones.

De acuerdo, entre otros, con el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos toda persona acusada tiene derecho, desde el momento de la detención⁵⁸: 1) A defenderse por sí mismo; 2) A ser asistido por un defensor de su elección, y 3) Si no tiene medios económicos para sufragarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio. A la Comisión no le preocupa, por razones obvias, la situación de la persona que desea defenderse por sí misma, ni el caso del defensor de propia elección. Lo que le preocupa a la Comisión es la situación contraria, la del inculpado que desea contar con asistencia letrada y no puede ejercitar tal derecho.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional 339/2005, de 20 de diciembre resuelve, en relación con el derecho a la defensa y la orden europea de detención y entrega, un supuesto de gran trascendencia. El recurso de amparo se dirigía contra un auto de la Audiencia Nacional de 24 de mayo 2004 por el que se accedía a la entrega a Francia solicitada en virtud de una euroorden del demandante en amparo, así como contra el posterior auto de la Audiencia Nacional de 14 de junio desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra el primero. El recurso de amparo de fundaba en dos quejas. De una parte, en la vulneración del derecho a la libertad y a ser informado de los derechos y de los motivos de la detención (artículo 17.1 y 3 CE), y de otra, en la vulneración del derecho a la asistencia letrada (17.3) en relación con el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (24.2) en que había incurrido la Audiencia Nacional al designarle un abogado de oficio para la comparecencia prevista en el artículo 14 de la Ley 3/2003, pese a la solicitud expresa de ser asistido por un abogado de su confianza. De las actuaciones se deriva que el demandante de amparo designó abogado en la lectura de derechos, y sin embargo en la comparecencia efectuada a los efectos del artículo 14

⁵⁸ En *John Murray/UK*, sentencia de 8 de febrero de 1996, se declaró una violación del Convenio Europeo al habersele negado al acusado, detenido por delitos terroristas, el acceso a un abogado durante 48 horas.

de la Ley 3/2003 y de la prisión provisional del artículo 540 LECrim, se efectuó sin la presencia de la letrada designada, sino con una letrada de oficio. El Alto Tribunal estimó parcialmente el recurso reconociendo la vulneración del derecho a la asistencia letrada en relación con un proceso con todas las garantías, anulando los autos de la Audiencia Nacional y ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior a la audiencia prevista en el ya mencionada artículo 14, y lo hizo con base a la siguiente argumentación:

«El derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 de la Constitución Española de acuerdo con el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, de 14 de noviembre), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, de 24 de julio; 7/1986, de 21 de enero y 12/1993, de 18 de enero). Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas del Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa (STC 196/1987, de 11 de diciembre; 18/1995, de 24 de enero; 105/1999, de 14 de junio; 162/1999, de 27 de septiembre y 130/2001, de 4 de junio).

Desde dicha perspectiva, no puede ser asumida la argumentación acogida por la Audiencia Nacional en su Auto de 14 de junio que desestima el incidente de nulidad de actuaciones, al rechazar la alegación en virtud de que el recurrente estuvo asistido de Letrado que le atendió en todo momento y no se produjo indefensión. El fundamento que sostiene la idea de que no existe vulneración del derecho a la asistencia de Abogado si la asistencia técnica ha sido efectiva fue establecida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico c. Italia), y tenía por finalidad dotar de contenido material la garantía dispuesta en el art. 6.3 c) del Convenio europeo de derechos humanos, estableciendo que no basta con la designación de Abogado de oficio para considerar salvaguardado el derecho, sino que es preciso que el Abogado de oficio asista efectivamente al procesado y que ejerza de modo efectivo la defensa. En este sentido, la efectividad de la defensa y de la asistencia ejercida, en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el art. 6 CEDH y el art. 24.2 CE, constituye una garantía complementaria a la obligación de nombramiento del Abogado de oficio, pero no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por el demandante de amparo de designar un Letrado de su elección y justificar la asignación de un Letrado de oficio, produciendo una restricción injustificada, sin apoyo legal para ello, del derecho a la libre designación de Abogado».

En relación con la asistencia jurídica gratuita, algunos Estados miembros, como el Estado español, consagran una prueba de insuficiencia de medios, como, por ejemplo, «ganar menos del doble del salario mínimo» como umbral para poder acceder a dicho beneficio. Por el contrario, otros Estados no establecen ningún umbral,

considerando más caro evaluar los posibles medios del inculpado, que conceder asistencia jurídica gratuita sin la prueba de insuficiencia. A juicio de la Comisión en este campo conviene que los Estados miembros implanten el sistema que les parezca más rentable, si bien reconoce que los sistemas en virtud de los cuales se proporciona asistencia jurídica a expensas del Estado son muy costosos. En todo caso, el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es un derecho incondicional. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Estatuto de Roma establecen que este derecho surge «siempre que el interés de la justicia lo exija». En el asunto *Quaranta contra Suiza*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló tres factores que debieran tenerse en cuenta a nivel de la Unión para integrar la dificultad de determinar el concepto «interés de la justicia»: la gravedad de la infracción y la severidad de la pena potencial; la complejidad del caso y la situación personal del inculpado⁵⁹.

En el marco del derecho a la asistencia jurídica gratuita no es suficiente con que el Estado designe a un abogado, y antes al contrario la asistencia prestada debe ser efectiva, teniendo el Estado la obligación de garantizar que el abogado tenga la formación y la información necesaria para llevar a cabo la defensa. En algunos Estados miembros, la asistencia gratuita, por ejemplo mientras una persona está detenida, se presta por estudiantes o becarios en prácticas. Es evidente que los abogados que presten asistencia en estas circunstancias deben ser competentes para que el proceso respete los postulados del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, los Estados miembros han de establecer un mecanismo por el que se garantice la competencia, y como sabemos en esta línea se trabaja en el marco de la Unión con, entre otras, la ley de pasantía de España.

c) *Derecho a un intérprete y/o traductor*

El derecho a un intérprete y a una traducción de los documentos también reviste gran importancia. Resulta evidente que un sospechoso o inculpado debe comprender cual es la acusación que se dirige contra su persona.

Este derecho está claramente consagrado en los artículos 5.2 y 6 del Convenio Europeo, en el artículo 14 del Pacto Internacional y en los artículos 55 y 67 del Estatuto de Roma. Se trata de un derecho que reviste especial trascendencia en nuestros días, dado que los desplazamientos de un país a otro, en búsqueda de vacaciones, trabajo, e incluso para hacer de otro país un hogar, se producen con asiduidad. Una vez más la dificultad no está en la afirmación de la existencia de este derecho, sino en su puesta en práctica. La dificultad radica, por una parte en el nivel y los medios de la intervención del intérprete, y por otra en los costes de su puesta en práctica.

⁵⁹ *Quaranta/Suiza*, sentencia de 24 de mayo de 1991.

Por lo tanto, y en primer lugar, hemos de preguntarnos cuándo debe prestarse asistencia lingüística, y si debería ser gratuita la asistencia de un intérprete. En verdad, no existe ningún mecanismo para determinar si un imputado puede comprender la lengua utilizada por el tribunal. Por ello, el deber último de garantizar la imparcialidad del proceso, tanto en esta materia, como en otras, reside en el juez competente, que tiene que abordar la situación caso por caso y con un exquisito cuidado⁶⁰, siendo obviamente preferible que cualquier dificultad lingüística salga a la luz mucho antes de que el juicio comience⁶¹.

Por su parte, en el asunto *Luedicke, Belkacem y Koç contra Alemania*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la letra b) del apartado 3 del artículo 6 implica «para cualquier persona que no puede hablar o comprender la lengua utilizada ante el tribunal, el derecho a recibir asistencia gratuita de un intérprete, sin que a continuación se le reclame el pago de los costes en que se hubiera incurrido»⁶². En ese caso, el Estado alemán intentó, sin éxito, recuperar los costes de interpretación después de la condena. Posteriormente, en *Kamasinsk contra Austria*⁶³, el Tribunal Europeo declaró que el principio se extendía igualmente a la traducción del expediente procesal. Puede, por lo tanto, declararse categóricamente que la asistencia de traductores e intérpretes jurados en los procesos penales debe ser gratuita para el inculcado.

En segundo lugar, y en cuanto a los medios de intervención, la Comisión considera que, para cumplir con los requisitos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales, todos los Estados miembros deben garantizar que se presta formación, acreditación y registro a los traductores e intérpretes jurados. Ahora bien, lo que es evidente es que algunas lenguas pueden plantear problemas. En estos casos corresponde a los Estados miembros adoptar medidas para darles cobertura, bien asegurándose de contar en su registro con, por lo menos, una cobertura mínima de todas las lenguas, bien utilizando métodos como la interpretación indirecta a través de una lengua más común.

También se suele mencionar el coste como la razón por la que Estados miembros no cumplen con las obligaciones del Convenio Europeo al respecto. A juicio de la Comisión los Estados deben liberar fondos para este fin y ofrecer a los intérpretes y traductores de los tribunales unos honorarios competitivos para que esta opción de carrera resulte atractiva, no sólo a los filólogos, sino también los licenciados en De-

⁶⁰ En *Cuscani/Reino Unido*, sentencia de 24 de septiembre de 2002, el TEDH señaló: «Sin embargo, el garante último de la imparcialidad del proceso era el juez competente que estaba perfectamente informado de las dificultades reales que la ausencia de interpretación podía crear al demandado».

⁶¹ En *Brozicek/Italia*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, el TEDH sostuvo que correspondía a los órganos jurisdiccionales probar que el inculcado hablaba adecuadamente la lengua del tribunal, y no al inculcado probar que no lo hacía.

⁶² *Luedicke, Belkacem y Koç/Alemania*, sentencia de 28 de noviembre de 1978.

⁶³ *Kamasinsk/Austria*, sentencia de 19 de septiembre de 1989.

recho que no sientan inclinación alguna por la práctica y cuenten con excelentes conocimientos lingüísticos.

d) Protección adecuada para los grupos especialmente vulnerables

La Comisión ha pedido a los Estados miembros que presten un adecuado grado de protección en materia de garantías procesales a los grupos vulnerables. Esta sugerencia, bien recibida por los Estados, presenta dos dificultades sustanciales: 1) La definición de los grupos vulnerables y 2) El establecimiento de los mecanismos para ofrecer este nivel de protección.

Una lista no exhaustiva de grupos potencialmente vulnerables podría incluir, a juicio de la Comisión: Extranjeros, especialmente los que no hablan la lengua; Menores. La posición especialmente vulnerable de los menores ha sido reconocida en la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas; Personas con estado mental o emocional disminuido; Personas con estado físico disminuido; Personas con niños u otras personas a su cargo; Analfabetos; Beneficiarios del estatuto del refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; Personas dependientes del alcohol o de las drogas.

A este respecto, la Comisión propone establecer como obligación general que los Estados miembros garanticen el más alto grado de protección en los procedimientos penales a sospechosos e inculpados especialmente vulnerables. Hagamos un análisis desde la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Quaranta contra Suiza* de 24 de mayo de 1991. Se trataba de un hombre joven, de origen extranjero procedente de medios desfavorecidos, sin ninguna formación profesional y amplios antecedentes penales, consumidor de drogas desde 1975, casi diariamente desde 1983, que en el momento de los hechos, vivía con su familia de los subsidios de la Seguridad Social. Algunos aspectos de esta descripción están incluidos en las categorías enumeradas anteriormente, otros no lo están. Como señaló acertadamente el Tribunal Europeo, los organismos que conceden la asistencia jurídica gratuita son capaces de efectuar una evaluación de la «situación personal» de sospechosos e inculpados. Pero como dice también la Comisión en el Libro Verde, la policía podría entrar también a formar parte en este tipo de evaluación mientras que el sospechoso está bajo detención, y si descubre que el sospechoso es particularmente vulnerable, podría tomar las medidas apropiadas (por ejemplo, asistencia médica) para prestarle el más alto grado de protección. Una vez que a los sospechosos se les imputa formalmente un delito, y se convierten en procesados, cualquier vulnerabilidad potencial, como la necesidad de ayuda lingüística o de asistencia médica, debería constar en los autos y en los ficheros penitenciarios cuando al procesado se le mantenga en prisión provisional.

B) Estado de la cuestión

El propósito que mueve la iniciativa sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea no es, en modo alguno, reemplazar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni siquiera complementarlo. Lo que se espera es que, a consecuencia de esta iniciativa, los Estados miembros logren mejores índices de cumplimiento del Convenio Europeo en los ámbitos a los que se refiere el Libro Verde.

No se puede confiar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que, al modo de una red de seguridad, ponga remedio a todas las vulneraciones del Convenio. Ello es poco realista, habida cuenta de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un tribunal de última instancia, que, por otra parte, se ha interrogado con preocupación acerca de su capacidad para hacer frente a una carga de trabajo cada vez mayor.

A modo de conclusión puede señalarse que el principio de reconocimiento mutuo solo puede aplicarse eficazmente cuando hay confianza mutua, y cuando se respeten normas mínimas comunes. La confianza mutua debe ir más allá de la percepción de los Gobiernos de los Estados miembros, debe también insertarse en la mente de los profesionales del Derecho, los funcionarios responsables de la aplicación de la ley y de todos aquellos que se enfrentan diariamente a decisiones basadas en el reconocimiento mutuo. Este objetivo no puede lograrse de la noche a la mañana, y no puede alcanzarse a menos que exista algún medio fiable de evaluación del cumplimiento de las normas mínimas comunes en toda la Unión Europea.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, C.: «La orden europea de detención y entrega», *Revista de Derecho Penal*, nº. 10, septiembre de 2003.
- CALAZA LÓPEZ, S.: *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid, 2005.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos entre Estados miembros*, Madrid, 2002.
- DEL POZO PÉREZ, M.: «La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», *La Ley*, nº. 6164, de 10 de enero de 2005.
- DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII- 2003.

- DEMETRIO CASTRO, E.: «El caso Darkazanli», *La Ley*, nº. 6441, de 15 de marzo de 2006.
- FONSECA MORILLO, F.: «La orden de detención y entrega europea», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, 2003.
- GALLEGO-CASILDA GRAU, Y.: «El Libro Verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea» en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII- 2003.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ C.: «Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», *La Ley*, nº. 6069, de 26 de julio de 2004.
- LÓPEZ ORTEGA, J.L.: «El futuro de la extradición en Europa» en *Derecho extradi-cional*, Madrid, 2003.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «La cooperación policial y judicial en la Unión Europea: primeras reflexiones en torno a la lucha contra el terrorismo y la euroorden», en *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002.
- MORÁN MARTÍNEZ, R.A.: «El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso», en *Derecho penal supranacio-nal y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII-2003.
- PÉREZ GIL, J.: «El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Esta-dos miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en el coordenadas superadas?», *La Ley*, nº 6208, de 11 de marzo de 2005
- ROLDÁN BARBERO, J. «La cooperación policial y judicial en materia penal en el marco de la integración europea» en *Fuentes de prueba y nuevas formas de cri-minalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2001.
- SCHÜNEMANN, B.: *Die Parlamentaristische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes*, Strafverteidiger, 2003.
- SERRANO MASIP, M.: *Fractura en la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea*, Aranzadi, nº. 4/2006.