

**COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL
COMUNITARIA. LA ORDEN DE DETENCIÓN
EUROPEA, PRIMER INSTRUMENTO DEL
PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO
DE DECISIONES**

**Manuela Fernández Rodríguez
Universidad Rey Juan Carlos**

1.- Introducción

La influencia de las instituciones europeas y del Derecho Comunitario en el ordenamiento jurídico español tiende a considerarse fundamentalmente desde una perspectiva económica, cuestión que se ha visto acentuada últimamente debido a los problemas derivados de la crisis internacional. En este sentido, es necesario decir que el ámbito comercial o económico ha sido el eje central de la idea de construcción europea durante muchos años, aunque ya desde un primer momento el propio Jean Monnet, uno de los padres fundadores de la Unión, estimó que la integración económica derivaría paulatinamente en una integración más amplia que afectaría a otros ámbitos: en concreto hablaba de integración política en lo que se conoce como la *teoría funcionalista de la integración europea* o de *los pequeños pasos*. Esa perspectiva inicial de la Europa de los mercaderes se ha visto superada con el correr de los años, en un

proceso en permanente evolución que se prorroga ya durante más de sesenta años.

Uno de esos ámbitos, marginales desde el punto de vista económico, es la cooperación en materia judicial, y más concretamente sobre uno de los aspectos de la cooperación judicial penal¹, pues los Estados miembros llevan tiempo afanándose, muy especialmente como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos, en la persecución de los delitos a escala europea. Dentro de todo ese proceso nos fijaremos en la orden de detención europea que ha llegado a la legislación española a través de una decisión marco. Decisión que como casi todo lo que ocurre en el proceso de integración europea, es el resultado de una larga evolución y airadas negociaciones, que se precipitaron en el momento inmediatamente posterior a dichos atentados terroristas.

2.- Primeros años de cooperación judicial penal

El proceso de evolución de esta materia se inicia a mediados de los años setenta del pasado siglo XX como consecuencia de la percepción por parte de los Estados miembros de su incapacidad de afrontar de modo individual problemas globales como el terrorismo, el narcotráfico, el crimen organizado y la inmigración clandestina. De este modo, a partir de 1975 se fue desarrollando paulatinamente la colaboración intergubernamental en ámbitos como la inmigración, el derecho de asilo y especialmente, en lo que a este artículo se refiere, la cooperación policial y judicial, ámbitos muy sensibles para la

¹ Sobre aspectos concretos del espacio penal europeo puede verse KERCHOVE, G. (DE) y WEYEMBERGH, A., *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*. Bruselas, 2002. De una forma más genérica RANCÉ, P. y BAYNAST (DE), O., *L'Europe judiciaire. Enjeux et perspectives*. París, 2001.

soberanía de los Estados. Este desarrollo, en sus orígenes, se inició al margen de los tratados comunitarios y se centró fundamentalmente en el ámbito penal. Ejemplo de lo expuesto es la formación del grupo TREVI² que se constituye a partir de diciembre de 1975 con el objetivo de organizar la lucha contra el terrorismo como consecuencia de los atentados que estaban azotando en esta década a algunos Estados europeos como Italia, la República Federal de Alemania o Reino Unido. Esta cooperación, esencialmente policial, se configuró tomando la forma de reuniones periódicas de ministros de Interior³.

Para aproximarnos a esta evolución del espacio judicial europeo en el ámbito penal, es necesario hablar también de la cooperación que se produce al margen del proceso de integración europea. Una cooperación paralela, muy vinculada a este proceso que viene de la mano de otra organización internacional precursora de las propias Comunidades Europeas, el Consejo de Europa. En este ámbito, mucho más amplio en cuanto a número de Estados miembros, pero también con menor grado de obligatoriedad jurídica, podemos enumerar multitud de convenios: como el Convenio Europeo de Extradición del año 1957 con sus protocolos posteriores, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 y su protocolo de 1978, el Convenio Europeo para la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional de 1964, el Convenio Europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales de 1970, el Convenio para la represión del terrorismo de 1977, entre muchos otros⁴. Sin embargo, a pesar de la multitud de textos y el amplio esfuerzo de cooperación, la mayoría de estos convenios han tenido un éxito limitado ya que han sido

² Terrorismo, Radicalismo, Extremismo y Violencia Internacional.

³ AVEL, J-P., "Le développement de la Coopération judiciaire européenne", en *Revue du Marche commun et de l'Union Européenne*, n° 445, 2000, p. 112.

⁴ El largo listado de convenios puede consultarse en la propia página web del Consejo de Europa.

ratificados por pocos Estados miembros⁵. Pueden destacarse tres por su ratificación masiva y por su influencia en el ámbito de la Unión Europea: El Convenio Europeo sobre extradición de 13 de diciembre de 1957 y sus dos protocolos adicionales de 1975 y 1978; el Convenio Europeo de auxilio judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y sus dos protocolos adicionales de 1978 y de 2001; y por último, el Convenio Europeo para el traslado de personas condenadas de marzo de 1983 y su protocolo adicional de 1997⁶.

Hecha esta precisión y volviendo al ámbito estrictamente comunitario, puede señalarse el año 1977 como la fecha en que por primera vez se habló de un espacio judicial europeo de forma oficial mediante una declaración del Presidente de la República Francesa, Valéry Giscard d'Estaing, en el Consejo Europeo de 6 y 7 de diciembre de ese año, quien presentó un proyecto para la creación de un espacio judicial penal europeo centrado en cinco materias: la elaboración de un convenio de extradición simplificado, la mejora del auxilio judicial, la puesta en marcha de un proceso de transmisión de procedimientos penales, el reconocimiento de decisiones judiciales y la generalización del traslado de detenidos entre los Estados miembros. Cada una de estas materias era ya objeto de un convenio concluido o en proceso de elaboración por parte del Consejo de Europa, así que el objetivo que se perseguía era reproducir esa cooperación ya iniciada en esta organización en un espacio más restringido: el de las Comunidades Europeas con nueve Estados miembros. Sin embargo, este proyecto no fructificó en toda su extensión, aunque sí surgieron dos textos: el acuerdo de Dublín relativo a la aplicación entre los Estados miembros de la Convención

⁵ GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, 2009. Consultado como recurso electrónico en http://idpbarcelona.ub.edu/docs/actividades/seminarioue/derecho_penal.pdf , pp. 27 y 28.

⁶ OMARZABAL SÁNCHEZ, G., *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento. Perspectivas alemana y española*. Madrid, 2006, p. 20.

Europea para la represión del terrorismo de diciembre de 1979, que aunque se firmó en esa fecha nunca llegó a entrar en vigor, y la Convención sobre cooperación en materia penal referente a la extradición que, en este caso, no pasó de ser un mero proyecto. El motivo del fracaso de estas iniciativas lo encuentran algunos autores en la falta de interés o madurez por parte de los Estados miembros y en la propia oposición del Consejo de Europa, que consideraba que la existencia de dos sistemas paralelos frenaría su propia evolución⁷.

A pesar del intento fallido, el gobierno francés volvió a presentar a principios de los años ochenta dos nuevas propuestas: un nuevo proyecto de extradición y un anteproyecto de creación de una Corte Penal Europea. Pero ambos, después fracasarían, en esta ocasión, al encontrar la oposición principalmente de Bélgica, Holanda y Reino Unido, que preferían seguir con la cooperación llevada a cabo en el ámbito del Consejo de Europa⁸. Este fracaso tuvo como consecuencia una vuelta o el predominio de los principales convenios del Consejo de Europa y en particular a la Convención de 1957 sobre extradición⁹.

Un nuevo impulso a la cooperación en estas materias se da en las Comunidades Europeas a mediados de los años ochenta, esta vez, de la mano de un texto de derecho originario, con el Acta Única Europea cuyo objetivo de creación de un mercado interior implicaba la supresión de los controles fronterizos intracomunitarios. En este tratado, para contrarrestar los posibles efectos adversos que esta supresión de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros pudiera tener, se adoptaron lo que se denominaron

⁷ AVEL, J-P., “Le développement de la Coopération judiciaire européenne”..., p. 113.

⁸ GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, ..., p. 4.

⁹ AVEL, J-P., “Le développement de la Coopération judiciaire européenne”..., p. 113.

“medidas compensatorias” que tenían por finalidad evitar que se favoreciera la criminalidad y la inmigración clandestina, a través del refuerzo de los controles en las fronteras exteriores de la Comunidad. Por tanto en este tratado la cooperación no era un objetivo propio, sino una consecuencia derivada de otros objetivos fundamentalmente comerciales, la creación del mercado interior¹⁰. Estas medidas compensatorias de las que hablamos también se realizaron en el ámbito de la cooperación interestatal, fuera del marco comunitario, eran convenciones, recomendaciones y resoluciones adoptadas por unanimidad por los Estados miembros sin la participación de las instituciones comunitarias.

Para ello se crearon multitud de grupos de trabajo especializados: el grupo CPE (Cooperación Penal Europea) de cooperación judicial y asuntos penales que se encargaba de elaborar acuerdos más simples, eficaces y adaptados a las necesidades de los Estados miembros en las mismas materias donde existían convenios del Consejo de Europa, el grupo CELAD (Comité Europeo de Lucha contra la Droga), creado en 1989 y especializado en el tráfico de drogas, el GAM (Grupo de Ayuda Mutua) relativo a cuestiones aduaneras, el grupo *ad hoc* sobre inmigración en 1986 y el grupo de coordinadores de la libre circulación de personas entre otros¹¹. El propio grupo CPE elaboró cinco convenios: el Convenio de 25 de mayo de 1987 sobre la aplicación del principio *ne bis in idem*, el Acuerdo de 25 de mayo de 1987 relativo a la aplicación, entre los Estados miembros, de la Convención del Consejo de Europa sobre el traslado de personas condenadas, el Acuerdo de 26 de mayo de 1989

¹⁰ En este tratado también se refleja una incipiente definición de una política de asilo e inmigración. NAKOURA GONZÁLEZ, V., “Europa: avances hacia un espacio de seguridad” en *Aspectos legales de la seguridad*. 2006, p. 29.

¹¹ Aunque las instituciones europeas no participaban de forma directa en estos grupos sí participaban observadores de la Comisión. NAKOURA GONZÁLEZ, V., “Europa: avances hacia un espacio de seguridad”..., p. 29.

sobre la simplificación y modernización de la transmisión de las demandas de extradición, el Acuerdo de 6 de noviembre de 1990 relativo a la transmisión de procedimientos en materia penal y el Acuerdo de 13 de noviembre de 1991 sobre la ejecución de condenas penales. Pero ninguno de ellos llegó a entrar en vigor a nivel comunitario, aunque alguno fue de aplicación entre determinados Estados miembros¹².

Vio la luz en esta misma época de mediados de los ochenta el denominado Espacio Schengen¹³, y tanto el Acuerdo, en vigor desde marzo de 1986, como el Convenio, en vigor desde marzo de 1995, relativo a las fronteras interiores, contienen disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial penal como fue la puesta en marcha del Sistema de Información Schengen¹⁴, fichero automatizado de descripción de personas. No obstante, una cláusula de salvaguarda temporal permite a los Estados reservarse la posibilidad de restablecer los controles fronterizos si lo consideran necesario por motivos de seguridad. También datan de esos años una veintena de acciones comunes relativas a la lucha contra el racismo y la xenofobia, a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual infantil¹⁵.

¹² GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*,..., pp. 4 y 5.

¹³ Cinco Estados, los tres del Benelux y Alemania y Francia, el 14 de junio de 1985 se asociaban suscribiendo el Acuerdo de Schengen. LALINDE PANIAGUA, E., "Integración europea: realidades y perspectivas" en *XII Seminario del Duque de Ahumada, Espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea*, Madrid, 2001, p. 27.

¹⁴ BARRAU, A., "Le juge en Europe: les droits des personnes" *Revue du Marche commun et de l'Union Européenne*, n° 438, 2000, p. 338.

¹⁵ AVEL, J-P., "Le développement de la Coopération judiciaire européenne"..., p. 113.

En estos primeros años de cooperación, las instituciones comunitarias participaban de un modo muy escaso en el proceso de negociación intergubernamental, y de hecho hasta el Tratado de Maastricht de 1992, que instaura el principio de unidad de marco institucional, esa cooperación se fue desarrollado informalmente y de forma casi espontánea, al margen de las instituciones, salvando muy pequeñas excepciones¹⁶. Precisamente, es este uno de los méritos que la literatura especializada reconoce al tercer pilar de Maastricht – Título V -. Dicho principio, tiende a la supresión, como dice Morata, de la intrincada red de grupos y procedimientos establecidos desde mediados de los años setenta. El Tratado de la Unión aproxima este ámbito de Justicia y Asuntos de Interior a las instituciones europeas, preservando eso sí, la potestad de los Estados miembros para seguir en la vía de la cooperación intergubernamental o dar el salto a los procedimientos de integración¹⁷. Con Maastricht, las instituciones comunitarias tienen algunas competencias en el marco de esta cooperación, aunque sigue rigiendo la regla de la unanimidad¹⁸.

Por tanto, Maastricht, a pesar de seguir manteniendo el mecanismo de la cooperación interestatal y la unanimidad, agrupa esta cooperación en lo que se denomina el tercer pilar y dentro de ese marco se llevaron a cabo multitud de acciones comunes: la Acción Común de 22 de abril de 1996 relativa a la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace para mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros, la de 29 de junio de 1998 sobre

¹⁶ MORATA, F., *La Unión Europea. Procesos, actores y políticas*. Barcelona, 1999. p. 390. En determinados grupos de trabajo participaban observadores de la Comisión Europea, por ejemplo.

¹⁷ Hasta el Tratado de Ámsterdam en esa cooperación participaba el Consejo de Ministros de Justicia e Interior, la Comisión y el Parlamento Europeo, quedando al margen el Tribunal de Justicia. MORATA, F., *La Unión Europea...*, p. 398.

¹⁸ AVEL, J-P., “Le développement de la Coopération judiciaire européenne”.... p. 113.

buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal u otra de la misma fecha por la que se crea la Red Judicial Europea¹⁹. Sin embargo, a pesar del cambio operado, es opinión compartida por los autores que los primeros años de aplicación de la cooperación en materia de Justicia y Asuntos de Interior fueron decepcionantes, debido, principalmente, a la inadecuación y complejidad de su estructura y al requisito de la unanimidad para tomar decisiones, de ahí que pronto se planteara la necesidad de llevar a cabo una reforma en la línea de comunitarizar, al menos parcialmente, el tercer pilar, sin renunciar a la unanimidad en algunos casos y de simplificar la estructura organizativa e incorporar Schengen al acervo comunitario²⁰.

¹⁹ Por la acción común de 29 de junio de 1998 del Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE se crea una Red Judicial Europea que consiste en la creación por parte de los Estados miembros que decidan sumarse a la iniciativa de un conjunto de puntos de contacto judiciales designados por cada país. Cada Estado definirá el contacto nacional para llevar a cabo labores de información y coordinación junto al resto de contactos de los demás Estados miembros. Señala QUEL que esta red no es más que la extensión de una práctica anterior llevada a cabo de forma bilateral también en virtud de las competencias otorgadas por el artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea. Por Decisión del Consejo (2001/470/CE), de 28 de mayo de 2001, se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil que constituye la aplicación y desarrollo de la Acción Común de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se crea una red judicial europea. QUEL LÓPEZ, F. J., “Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, p. 125. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La cooperación judicial en la Unión Europea: marco general” en *XII Seminario del Duque de Ahumada, Espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea*, Madrid, 2001.

²⁰ MORATA, F., *La Unión Europea...*, pp. 402 y 403. Que es lo que ocurre con el Tratado de Ámsterdam: la cooperación derivada de Schengen se incorporó al derecho originario de la Unión Europea, siendo también reseñable, aunque no objeto de estudio aquí, la integración en el ámbito comunitario de la cooperación judicial en materia civil. Respecto a la cooperación judicial civil puede verse CONSEJO GENERAL DEL PODER

De ahí que, posteriormente, con la firma del Tratado de Ámsterdam, se llevaran a cabo avances nada desdeñables en este ámbito.

3.- Espacio de libertad, seguridad y justicia

Así que sin duda, en este recorrido, uno de los jalones más importantes y el precedente más inmediato a la situación actual, fue la incorporación en el Tratado de Ámsterdam de lo que se ha dado en llamar espacio de libertad seguridad y justicia. Fue a partir de ese momento, el tratado se firmó en octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999, cuando los asuntos de Justicia e Interior, que ya se habían incorporado al derecho originario de la Unión a través de mecanismos de cooperación en el Tratado de Maastricht, adquirieron un mayor protagonismo en la agenda de los intereses de los Estados miembros. Con Ámsterdam, una gran parte de la cooperación llevada a cabo hasta entonces, se somete a las reglas de toma de decisiones comunitarias, con la consiguiente participación de las instituciones en ese proceso, la adopción de instrumentos jurídicos vinculantes y el control de legalidad por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues se asume que los temas relacionados con la seguridad interior, son uno de los aspectos más importantes y delicados en el desarrollo de la Unión, siendo en ese momento el desafío importante, pues estaba presente la perspectiva de ampliación comunitaria a países de Europa Central y Oriental²¹. De forma que el antecedente más inmediato al desarrollo de las políticas de cooperación judicial debemos buscarlo en este tratado, el de Ámsterdam²².

JUDICIAL, *Cuestiones prácticas en torno a los instrumentos de cooperación civil y su evolución legislativa: intercambio de experiencias*. Madrid, 2009.

²¹ LUQUE GONZÁLEZ, J. M., “Schengen un espacio de libertad, seguridad y justicia” en *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 21, 2004, p. 140.

²² ARNÁIZ SERRANO, A., *Evolución de la Cooperación Judicial Penal*, Curso Virtual Cooperación Judicial Penal en Europa, 2009.

El artículo 2 del Tratado de Unión Europea, modificado en Ámsterdam recoge como uno de los objetivos de la Unión:

mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia.

Pero no será únicamente en la enumeración de los objetivos donde se hace referencia a este espacio, sino también en el nuevo Título III bis relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, así como en las modificaciones posteriores de Niza y Lisboa²³.

²³ Los tres conceptos de libertad, seguridad y justicia tienen un denominador común: las personas. La libre circulación de bienes y de personas en el marco comunitario va parejo al progreso de la cooperación judicial civil y penal, porque la inseguridad jurídica constituye un freno a la construcción europea. No se puede aspirar que los cimientos de nuestra vida económica y social sean homogéneos y por otra parte continuar conservando fronteras, reglas de derecho penal y derecho civil, así como procedimientos diferentes. BARRAU, A., “Le juge en Europe: les droits des personnes”..., p. 337. A su vez los autores critican que este espacio se centra más en el control fronterizo y en la lucha contra la criminalidad que en la salvaguardia de la libertad de los ciudadanos o el desarrollo de la justicia. GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización...*, p. 46. En todo caso, el espacio de libertad, seguridad y justicia del que habla el Tratado de Ámsterdam tiene una dimensión mucho más amplia que el de la creación de un espacio judicial europeo, como subraya el plan de acción del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998, el llamado plan de Acción de Viena, aunque otras cuestiones no serán tratadas aquí.

¿Cuáles son los fines de este espacio de libertad, seguridad y justicia y en concreto a qué hace referencia un espacio judicial europeo en materia penal? Con la creación de este espacio se pretende que las formas más graves de criminalidad transfronteriza sean objeto de una respuesta común en la Unión Europea y que las diferentes legislaciones y procedimientos de los Estados miembros, no sean un beneficio para la delincuencia ni una limitación a la libre circulación de los ciudadanos europeos²⁴. Es un hecho que determinados tipos de delincuencia se han convertido en prácticas que trascienden las fronteras de los Estados y estas prácticas delictivas sacan provecho en la Unión de la disparidad de legislaciones y de sistemas judiciales. Habla en concreto el profesor Quel de *fraccionamiento del espacio penal europeo*, puesto que las autoridades solo tienen competencia para actuar en su propio territorio, así como de la pesadez e inadecuación de los métodos clásicos de cooperación judicial entre Estados miembros²⁵. Puede decirse que la supresión de las fronteras físicas interiores comunitarias es un hecho, sin embargo, siguen manteniéndose importantes fronteras jurídicas que se convierten en un obstáculo a la buena marcha de la justicia²⁶.

El Tratado de Ámsterdam, además de fijar como objetivo la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia como objetivo propio lleva a cabo la comunitarización de las políticas de inmigración con la inclusión del Título IV “Visados, asilo, inmigración y otras políticas ligadas a la libre circulación de personas”. Así este Tratado divide las materias de Justicia e Interior en dos grupos: la política

²⁴ El espacio de libertad, seguridad y justicia se relaciona íntimamente con uno de los derechos anejos a la ciudadanía europea: la libre circulación de personas, establecida ya en los Tratados de Roma.

²⁵ QUEL LÓPEZ, F. J., “Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza”..., p. 121.

²⁶ ZANOTO, J-P., “Les systèmes judiciaires confrontés à la criminalité organisée”, *Revue du Marche commun et de l’Union Européenne*, nº 438, 2000, p. 335.

migratoria y el control de fronteras que se comunitariza y las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal que forman el Título VI (artículos 29 a 42) que no sufren este proceso. Por otra parte reforzó el papel de la Comisión y del Tribunal de Justicia en el ámbito del tercer pilar e integró el acervo de Schengen en el TCE²⁷ y estableció que los convenios en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal podrán, una vez que hayan sido adoptados por la mitad de los Estados miembros, entrar en vigor en esos Estados²⁸.

Este espacio de libertad, seguridad y justicia desde entonces ha sido impulsado por varios instrumentos: el Plan de Acción de Viena de diciembre de 1998, las orientaciones definidas en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999²⁹, el Plan de La Haya de noviembre de 2004 y su Plan de Acción de

²⁷ QUEL LÓPEZ, F. J., “Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza”..., p. 119. Es necesario señalar que Reino Unido, Irlanda y Dinamarca mantienen una posición especial respecto al Título IV y al acervo Schengen, tienen cláusulas de opt-out respecto a este título, por lo tanto, en principio no les son de aplicación las medidas adoptadas relativas a asilo, visados, inmigración y cooperación civil y, en consecuencia, no participan en la adopción de medidas en estas materias, aunque Reino Unido e Irlanda tienen reconocida la facultad de sumarse a las medidas concretas que estimen conveniente (opt-in) y sistemáticamente, participan en las medidas relativas a la cooperación civil. Dinamarca no goza de esta facultad y, para sumarse, debe suscribir acuerdos internacionales *ad hoc*.

²⁸ BARRAU, A., “Le juge en Europe: les droits des personnes”..., pp. 340 y 341.

²⁹ El Consejo Europeo de Tampere, fue la primera cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros consagrada a la Justicia y a los asuntos de Interior. Sobre Tampere ELSÉN, Ch., “L’esprit et les ambitions de Tampere. Une ère nouvelle pour la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures?”, *Revue du Marché commun et de la Unión européenne*, nº 433, 1999, pp. 659-663.

junio de 2005, así como el Programa de Estocolmo para el período 2010-2014 que siguen una línea muy definida: sustituir la cooperación judicial penal tradicional por el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales penales de los Estados miembros, la creación de “actores” europeos en materia penal y la armonización de las legislaciones penales de los miembros. Eso sí, la evolución está siendo lenta, y en esa lentitud influye que todas las posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios (los instrumentos jurídicos de elaboración de normas dentro de este tercer pilar) se adoptan por unanimidad en el Consejo, con la consiguiente resistencia por parte de los Estados miembros a ceder soberanía y convirtiéndose en inagotables defensores de sus propios intereses en detrimento del interés común, de modo que en muchas ocasiones sólo se consiguen acuerdos de mínimos³⁰.

En cuanto al papel de las instituciones en el Tratado de Ámsterdam y de Niza –en el momento pre Lisboa-, en el ámbito del tercer Pilar, al ser de cooperación intergubernamental, el Parlamento sólo tiene derecho a ser informado, a formular preguntas o recomendaciones y dar su opinión no vinculante antes de adoptar una medida en la materia (artículo 39)³¹. El Consejo por su parte tiene una

³⁰ GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional...*, pp. 12.

³¹ Artículo 39 (antiguo artículo K.11)

1. El Consejo consultará al Parlamento Europeo antes de adoptar cualquier medida mencionada en las letras b), c) y d) del apartado 2 del artículo 34. El Parlamento Europeo emitirá su dictamen dentro de un plazo que podrá fijar el Consejo y que no será inferior a tres meses. En ausencia de dictamen dentro de ese plazo, el Consejo podrá actuar.

2. La Presidencia y la Comisión informarán regularmente al Parlamento Europeo sobre los trabajos en curso en las materias a que se refiere el presente título.

3. El Parlamento Europeo podrá formular preguntas o recomendaciones al Consejo. El Parlamento Europeo procederá cada año a un debate sobre los progresos realizados en las materias a que se refiere el presente título.

facultad de iniciativa compartida con la Comisión³² y con los Estados miembros y además tiene la facultad de adoptar por unanimidad posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios, artículo 34³³. Para lo que no tiene competencias la Comisión es para realizar un control efectivo del cumplimiento por parte de los Estados miembros de las decisiones, de modo que no puede presentar un recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia³⁴, de forma que no puede realizarse control alguno sobre la trasposición o no realizada por cada Estado miembro.

Por su parte, el artículo 35.2 TUE no establece la existencia automática de una competencia del Tribunal de Justicia para la resolución de cuestiones prejudiciales³⁵ en el ámbito del Tercer Pilar. Por el contrario, establece la necesidad de aceptación expresa por cada Estado miembro de dicha competencia. Dicho de otro modo, los Estados miembros pueden ejercer una especie de opting-in/opting-out según sus intereses³⁶.

³² La Comisión Europea anteriormente estaba excluida de este ámbito. Además esta institución en la práctica realiza grandes esfuerzos para impulsar el espacio de libertad, seguridad y justicia, elabora informes y estudios relacionados con los avances realizados, las carencias detectadas, etc.

³³ Artículo 34 (antiguo artículo K.6)

1. En los ámbitos a que se refiere el presente título, los Estados miembros se informarán y consultarán mutuamente en el seno del Consejo, con objeto de coordinar su acción. A tal fin establecerán una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones.

[...]

³⁴ BARRAU, A., “Le juge en Europe: les droits des personnes”..., pp. 340 y 341.

³⁵ Una consulta sobre la aplicación del Derecho Comunitario sobre la interpretación o la validez del Derecho europeo en un asunto en curso.

³⁶ GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional...*, p. 16.

Aunque las negociaciones de la orden de detención europea se desarrollaron durante la vigencia del Tratado de Ámsterdam, siguiendo con la evolución haremos un apunte de actualidad sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. Éste se ha beneficiado de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007³⁷, pues finalmente en este tratado se comunitariza el tercer pilar³⁸, aunque se mantiene la vigencia de los convenios, instrumentos, órganos y organismos adoptados conforme al Título VI mientras no sean derogados, anulados o modificados³⁹. Esa comunitarización iniciada en Ámsterdam, tiene como consecuencia la desaparición de los instrumentos de ese tercer pilar y la unificación de los actos jurídicos así como la aplicación a estas materias del procedimiento legislativo ordinario –codecisión- superando la necesidad de unanimidad en el Consejo, y por último la extensión de competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a estas materias sin necesidad de declaración expresa de los Estados miembros. Aunque a través de un

³⁷ Sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Constitución Europea, que no apuntaremos para no extendernos demasiado y debido a que no llegó a entrar en vigor, puede verse FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *La Ley*, nº 6097, 30 de septiembre de 2004, pp. 1-9. Sobre el Tratado de Lisboa MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. 2008. Más específicamente sobre el tema tratado en este artículo ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*. Granada, 2011.

³⁸ Esta comunitarización es mucho más evidente en el ámbito del derecho privado en general y también se desarrolla más ampliamente la cooperación judicial civil. ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revistas electrónica de estudios internacionales* nº 15 (2008), pp. 21 y 23.

³⁹ Artículo 9 del protocolo 36, relativo a las disposiciones transitorias. Volvemos a hacer referencia a ello en la nota 61 del presente texto.

complicado sistema de opt-out, opt-in y cooperaciones reforzadas⁴⁰ se crea una verdadera Europa a la Carta⁴¹.

Con el Tratado de Lisboa, en opinión del profesor Álvarez Rubio, se profundiza en la cooperación policial y judicial, a través de la mejora del funcionamiento de Eurojust⁴² y de Europol y el diseño de una coordinada estrategia antiterrorista⁴³. De hecho ofrecer un espacio de libertad, seguridad y justicia se encuentra entre sus objetivos y así en el artículo 3 del Tratado de Unión Europea y en el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hay un título denominado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”.

⁴⁰ AVEL, J-P., “Le développement de la Coopération judiciaire européenne”..., p. 114.

⁴¹ En definitiva gracias a ese carácter intergubernamental y flexible se pretendía sacar a la Unión de la profunda crisis en la que se encontraba aunque para ello fueran necesarias concesiones a los euroescépticos. GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional...*, pp. 21 y 22.

⁴² Eurojust complementa la actuación de la Red Judicial Europea pero no la sustituye. Eurojust no es un órgano judicial independiente, sino un órgano supranacional de coordinación cuyos miembros nacionales tienen, en muchas ocasiones, un claro perfil político. GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional...*, p. 57. Los artículos 29 y 31 del Tratado de Niza recogen Eurojust como un instrumento de la cooperación judicial penal. Este órgano fue finalmente creado por la Decisión 02002/187/JHA del Consejo, modificada por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, de 16 de diciembre de 2008. El resultado final del proceso iniciado con Eurojust podría ser la creación de una fiscalía europea. QUEL LÓPEZ, F. J., “Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza”..., p. 127.

⁴³ ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”..., p. 16. Este catedrático cataloga el Tratado de Lisboa como *imperfecto pero indispensable*.

4.- La orden de detención europea⁴⁴

La orden europea de detención ha sido catalogada como el primer instrumento comunitario basado en el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal⁴⁵, principio este, el de reconocimiento mutuo de decisiones, que según el mandato dado en el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999⁴⁶, debía convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial de la Unión en materia tanto civil como penal, motivo por el cual la Comisión Europea, hizo una proposición de creación de una orden de detención europea que sustituyera el procedimiento de extradición de personas buscadas o condenadas judicialmente que, aunque fue anterior a septiembre de

⁴⁴ Multitud de publicaciones especializadas tratan sobre la aplicación de la misma CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La orden europea de detención y entrega*, Madrid, 2008. PÉREZ CEBADERA, M. A., *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*, Valencia, 2008. ARROYO ZAPATERO, L., ADÁN NIETO, M. y MUÑOZ DE MORALES, M., *La orden de detención y entrega europea*. Cuenca, 2006. DÍEZ RIAZA, S., GISBERT POMATA, M. y CARRETERO GONZÁLEZ, C., *La orden europea de detención y entrega. Estudio de la Ley 3/2003 de 14 de marzo*. Navarra, 2005. CARTIER, M-E., *Le mandat d'arrêt européen*. Bruselas, 2005. CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la "euroorden" de detención y entrega*. Madrid, 2003.

⁴⁵ LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M^a., "La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: El Estatuto de Roma y la orden europea"... , p. 180.

⁴⁶ Las conclusiones de este Consejo pueden consultarse en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00200-r1.es9.htm

2001, se sitúa en primera línea de negociaciones a partir de los atentados de Estados Unidos del día 11⁴⁷.

La conocida como euroorden se adopta por la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

Respecto a las decisiones marco, son uno de los instrumentos legislativos utilizados en el ámbito del tercer pilar (Justicia y Asuntos de Interior) y tienen por finalidad aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, siendo obligatorias en cuanto al resultado a conseguir pero dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para conseguirlo. Cumplen en el tercer pilar las mismas funciones que las directivas en el primero, pero la decisión marco, a diferencia de la anterior no tiene efecto directo, su efectividad depende de que los Estados miembros realicen la trasposición correspondiente. En el ámbito del tercer pilar no está contemplado el recurso por incumplimiento, así que no puede realizarse control alguno sobre la trasposición o no realizada por cada Estado miembro⁴⁸.

Si los Estados miembros se oponen a la interpretación o a la aplicación de una decisión marco y el Consejo no consigue regular la cuestión en los seis meses siguientes se puede solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la controversia. El Tribunal se pronunciará sobre la interpretación o aplicación, pero no se trataría en ningún caso de un procedimiento obligatorio. El procedimiento por incumplimiento por el cual la Comisión o un Estado miembro puede recurrir al Tribunal para pedir condenar a un Estado miembro que falte

⁴⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento español de emisión y ejecución ...*, pp. 16 y 17.

⁴⁸ GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional...*, p. 38

a sus obligaciones no se aplica a una decisión marco tomada sobre la base del tercer pilar y no se aplicaría tampoco para la orden de detención europea. Ningún Estado miembro podría entonces estar obligado a aplicar la decisión marco, si no es por presión política. El Tribunal para lo que sí es competente es para verificar la legalidad de una decisión marco (violación de un Tratado, violación de normas sustanciales...) a condición de que le sea sometido en los dos meses siguientes a la publicación de la decisión en el DOCE. Finalmente, solo para los Estados que han dado su aceptación, el Tribunal de Justicia se puede pronunciar a título prejudicial (si una instancia judicial de un Estado miembro así lo solicita a lo largo de un proceso) sobre la validez y la interpretación de una decisión marco⁴⁹.

Esta situación ha sido superada con el Tratado de Lisboa de 2007 al establecer que cuando se modifica un instrumento anterior a Lisboa como una decisión marco del Consejo, la facultad de la Comisión de recurrir al procedimiento de incumplimiento y la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son aplicables a la medida modificada. Dicha facultad se aplicará a partir del 1 de diciembre de 2014, al final del periodo transitorio fijado en el Tratado. Además, cualquier modificación de la decisión marco implicará la aplicación de las nuevas normas introducidas por el Tratado de Lisboa para la adopción de medidas legislativas en esta materia. Entre estas normas figura la codecisión entre el Parlamento Europeo y el Consejo y la posibilidad de que algunos Estados miembros no participen. Según los Protocolos 21 y 22 del Tratado de Lisboa, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no participan de las medidas en materia de Justicia y Asuntos de Interior aunque Reino Unido e Irlanda tienen la posibilidad de optar por adherirse a la medida⁵⁰.

⁴⁹ BULLETIN QUOTIDIEN EUROPE N° 8112, Vendredi 14 décembre 2001, p. 10

⁵⁰ INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión Marco del Consejo

Para trasponer esa decisión al ordenamiento jurídico español y aplicar la orden, los legisladores españoles optaron por elaborar la Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, que entró en vigor, al día siguiente de su publicación, el 18 de marzo de 2003⁵¹.

Su objeto como dice su primer artículo es *“la detención y 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.”*

Así, una orden europea de detención y entrega es toda resolución judicial dictada por un Estado miembro que aspire a la detención y entrega por otro Estados miembro de la persona reclamada. Su ámbito de aplicación: el ejercicio de acciones penales para aquellos hechos para los que la ley del Estado emisor castigue con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos doce meses, o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad no inferior a cuatro meses como mínimo⁵². Además la Ley establece un listado de 32 delitos para los cuales si en el Estado de emisión de la orden están castigados con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación. Decisión que, en el desarrollo de las negociaciones, fue muy debatida. En el resto de casos, los delitos no incluidos en esta categoría, o los delitos castigados con una pena o una medida de seguridad privativa de

de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros {SEC(2011) 430 final, p. 3.

⁵¹ Publicado en BOE núm. 65 de 17 de Marzo de 2003.

⁵² Artículo 1 Ley 3/2003.

libertad cuya duración sea inferior a tres años la entrega puede supeditarse al requisito de la doble incriminación⁵³.

Tras la entrada en vigor de esta decisión marco, se sustituye el procedimiento tradicional de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁴ y se permite reconocer y ejecutar decisiones judiciales de forma inmediata de otro Estado miembro tras unos mínimos controles⁵⁵ de forma que este nuevo sistema simplifica el anterior respecto a los países de la Unión⁵⁶ pues esta se aplica a todos sus miembros⁵⁷.

⁵³ Artículo 9 de la Ley 3/2003 de 14 de marzo. En virtud de este principio se permite a un país denegar la extradición si en ese Estado no se castiga el delito en cuestión de un modo similar.

⁵⁴ Una comparación exhaustiva entre la extradición y la orden europea de detención puede verse en LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M^a., “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: El Estatuto de Roma y la orden europea” en *Anuario de derecho internacional*, XX (2004), pp. 173 y 240.

⁵⁵ Frente a la armonización de legislaciones que pretende que el derecho positivo de los Estados tenga un determinado grado de uniformidad para alcanzar los resultados definidos por una norma comunitaria.

⁵⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*. Navarra. 2005, pp. 16 y 17.

⁵⁷ Su aplicación general para todos estaba inicialmente prevista para el 1 de enero de 2004, aunque con posterioridad se acordó ampliar el plazo hasta mayo. LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M^a., “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: El Estatuto de Roma y la orden europea”..., pp. 178 y 179. Algunos países, como es el caso de España acordaron una aplicación anticipada de la misma.