



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA: REFLEXIONES EN TORNO A LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN

Autor:

Jorge Alonso Rodrigo

Director:

Sergio Salinas Alcega

Facultad de Derecho

2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	3
I. INTRODUCCIÓN	4
1. Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado	4
2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés	5
3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.....	6
II. DE LA EXTRADICIÓN A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA	7
III. LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA: ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS .	11
1. El principio de reconocimiento mutuo	13
2. Eliminación del requisito de la doble tipificación.....	14
3. Motivos para la denegación de la Orden de Detención Europea	15
3.1 Motivos de denegación obligatoria.....	15
3.2 Motivos de denegación facultativa	16
4. Juicios en rebeldía	17
5. Garantías que debe respetar el Estado miembro de emisión	18
6. Derechos procesales de la persona buscada	19
IV. GIRO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA RESPECTO A LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	21
1. El derecho del sospechoso a ser oído. El asunto <i>Radu</i>	22
2. La falta de homogeneización de los derechos fundamentales en el ámbito europeo. El asunto <i>Melloni</i>	24
3. La opción por un modelo tridimensional de cooperación judicial europea. Los asuntos acumulados <i>Aranyosi</i> y <i>Căldăraru</i>	28
V. ACERCA DE LA INCLUSIÓN DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA.....	33
1. Elementos a favor de la inclusión	34
2. Elementos en contra de la inclusión	36
VI. CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA.....	41

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOE..... Boletín Oficial del Estado

CEDH..... Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

DO..... Diario Oficial de la Unión Europea

ELSJ..... Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

EUROJUST..... Unidad Europea de Cooperación Judicial

EUROPOL..... Oficina Europea de Policía

ODE..... Orden de Detención Europea

OIE..... Orden de Investigación Europea

PESC..... Política Exterior y de Seguridad Común

TC..... Tribunal Constitucional español

TEDH..... Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE..... Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE..... Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TUE..... Tratado de la Unión Europea

UE..... Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado

Desde finales del siglo XX, la cooperación judicial en materia penal ha experimentado un enorme dinamismo en el ámbito comunitario. Las razones de este proceso deben buscarse en un fenómeno supranacional que ha salpicado el mundo en los últimos años y a cuyos efectos hemos asistido no solo en el plano jurídico sino también en el económico, cultural y medioambiental: la globalización.

La globalización, unida a la eliminación de las fronteras en el espacio comunitario ha supuesto una transnacionalización de la delincuencia que ha obligado a los Estados miembros a actualizar los mecanismos tradicionales de detención y entrega de personas¹. Como acertadamente indica Spencer: «[...] un efecto no deseado de la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales ha sido la libre circulación de la delincuencia y los criminales»².

En este contexto surge la Orden de Detención Europea (en adelante ‘ODE’), que se inscribe en una filosofía de integración en un espacio judicial común, siendo el primer instrumento jurídico que requiere una cooperación entre los Estados miembros en materia penal basada en el principio del reconocimiento mutuo.

Indudablemente, la ODE ha permitido aumentar la eficacia de los procedimientos de detención y entrega en la Unión Europea (en adelante ‘UE’). Sin embargo, hay autores que defienden que de forma paralela a este proceso de mejora de eficiencia se ha producido un debilitamiento del nivel de protección de los derechos fundamentales de los detenidos en el marco comunitario³.

Ante esta situación, el objetivo principal de este trabajo es analizar en qué medida están protegidos los derechos fundamentales de una persona objeto de un procedimiento de detención y entrega en la UE.

¹ LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la orden europea», *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 20, 2004, p. 173.

² SPENCER, J. R., «The European arrest warrant», *Cambridge Yearbook of European legal studies*, vol. 6, 2004, p. 203.

³ *Vid.* WILLEMS, A., «Mutual trust as a term of art in EU criminal law: revealing its hybrid character», *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, 2016, pp. 211-249.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

Decidí realizar este trabajo sobre la ODE porque a pesar de ser conocedor de su utilidad en la lucha contra la delincuencia transnacional en el territorio europeo y de que ha supuesto un gran impulso para otros mecanismos de cooperación judicial en materia penal como la Orden de Investigación Europea (en adelante ‘OIE’), desconocía hasta qué punto están blindados los derechos fundamentales de la persona sobre la que recae este procedimiento. Y la razón principal de esto es que no incluye entre sus causas de denegación ninguna referencia al riesgo de violación de los derechos fundamentales en el Estado requirente, algo que *a priori* puede resultar llamativo.

Por ello, cuando me planteé la realización de este trabajo mi objetivo, además de analizar el procedimiento de detención y entrega en el ámbito comunitario, era recapitular algunas de las soluciones ofrecidas hasta ahora por los Estados miembros y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante ‘TJUE’) cuando, en el desarrollo de un proceso, se planteaba esta cuestión.

Precisamente el año pasado se cumplieron 60 años de la firma del Tratado de Roma⁴. Este instrumento normativo dio el pistoletazo de salida a un proceso de integración europeo que no se ha limitado a crear un mercado único europeo o una política monetaria común entre los Estados miembros. Esta unión de Estados, más allá de las iniciales motivaciones económicas, ha permitido afianzar un espacio de garantía del respeto de los derechos humanos.

La creación de la ODE representó la adaptación del Derecho a los nuevos desafíos que surgen a medida que la sociedad evoluciona, y los resultados hasta ahora han sido altamente satisfactorios; sin embargo sería un grave error permitir que en aras de buscar la máxima seguridad de los ciudadanos europeos, los derechos fundamentales pasen a un segundo plano.

En definitiva, el proceso de actualización del Derecho europeo requiere encontrar un equilibrio entre seguridad y libertad.

⁴ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 por Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Entrada en vigor con carácter general el 1 de enero de 1958.

3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

A lo largo de este trabajo repasaré de manera sucinta los principales momentos históricos que han contribuido a la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante ‘ELSJ’) así como los elementos que permitieron la transición de la extradición a la ODE (II). Una vez establecido el contexto histórico analizaré la Decisión Marco que introdujo la ODE, centrándome en seis cuestiones del instrumento normativo que serán determinantes a la hora de analizar la relación entre el principio de reconocimiento mutuo y la protección de los derechos fundamentales (III). A continuación, comentaré la jurisprudencia del TJUE al respecto de dicha relación, prestando especial atención al reciente giro jurisprudencial que ha tenido lugar a raíz de los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru* (IV). Este análisis nos dotará de las herramientas necesarias para afrontar la cuestión de la posible inclusión de la violación de derechos fundamentales entre los motivos de denegación de la ODE (V). El TFG terminará con unas conclusiones que subrayarán la importancia que el principio de reconocimiento mutuo y la confianza mutua entre los Estados miembros han tenido en el proceso de integración europeo en general y en la construcción del ELSJ en particular, y la necesidad de encontrar un equilibrio entre la seguridad y la plena protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.

II. DE LA EXTRADICIÓN A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

Para llevar a cabo un análisis adecuado del actual sistema europeo de detención y entrega es aconsejable realizar un breve repaso del camino que ha permitido pasar de la extradición a la ODE. Es decir, la transición de un modelo obsoleto y totalmente dependiente del oportunismo político a un sistema más eficiente basado en el principio de reconocimiento mutuo y la confianza recíproca entre los Estados miembros.

La extradición se define como aquella institución de cooperación jurídica internacional mediante la que un Estado (requerido), a petición de otro Estado (requiriendo), pone a disposición del último a una persona que se encuentra en su territorio para su enjuiciamiento por un delito cuya persecución compete al Estado requirente o a fin de cumplir una pena o medida de seguridad impuesta por los tribunales de este mismo Estado⁵.

Es decir, se concebía como un acto soberano de política exterior de cada Estado, y en consecuencia, la decisión sobre una eventual entrega era tomada por los respectivos gobiernos. De hecho podían alegarse como motivos de denegación la no entrega de nacionales o la consideración de delitos como políticos⁶, lo que permite imaginarnos hasta qué punto se trataba de un instrumento al servicio del Gobierno de cada Estado miembro.

Aunque no fue hasta el Consejo Europeo de Tampere de 1999⁷ cuando se puso sobre la mesa la necesidad de articular un instrumento de tramitación más ágil y rápida que sustituyera a la extradición en las relaciones entre los Estados miembros⁸, la transición de un sistema a otro había comenzado ya a fraguarse algunos años antes. Podemos remontarnos a 1990, cuando con la aprobación del Tratado de la Unión Europea (en adelante ‘TUE’) se evidencia el aumento del interés por superar los fines estrictamente económicos que motivaron la creación de las Comunidades Europeas, y concretamente en el Consejo Europeo celebrado en

⁵ CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradiccional*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 23.

⁶ Artículo 3 del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957, entrada en vigor con carácter general el 18 de abril de 1960 y para España el 5 de agosto de 1982 (*BOE* núm. 136, 8 de junio de 1982).

⁷ Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999. Las conclusiones de dicho Consejo están disponibles en la página web: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#b.

⁸ MARCOS FRANCISCO, D., «De la extradición a la orden europea de detención y entrega, primer instrumento de cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 27, 2006, p. 166.

Maastricht, donde se decidió introducir la Política Exterior y de Seguridad Común (en adelante ‘PESC’) reemplazando a la llamada «Cooperación Política Europea»⁹.

Ya en 1993, con la entrada en vigor de Tratado de Maastricht, se creó el concepto de ciudadanía europea, lo que en opinión de David Ordóñez permitió interpretar: «[...] armoniosamente las libertades económicas fundamentales y los derechos de los ciudadanos en el marco de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión»¹⁰.

Posteriormente, con el Tratado de Ámsterdam, se fijó el objetivo de alcanzar un ELSJ¹¹ y es aquí donde el Consejo de Tampere adquiere un papel protagonista, ya que en él, concretamente en su conclusión número 33, se proclamó el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como la piedra angular para la construcción de dicho Espacio¹².

Pues bien, la ODE es, tal y como se indica en el considerando 6 de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante ‘Decisión Marco’): «[...] la primera concreción en el ámbito del Derecho Penal de ese principio»¹³, y viene a reemplazar en las relaciones entre los Estados miembros al Convenio Europeo de extradición de 1957 y sus dos Protocolos adicionales de 1975 y 1978¹⁴, al Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977¹⁵, al Acuerdo entre los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición de 1989¹⁶, al

⁹ HERRERO DE LA FUENTE, A., «La contribución de la Unión Europea al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 16, 2009, pp. 20-26.

¹⁰ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La configuración del Espacio Judicial Europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 50, 2014, p. 107.

¹¹ MARCOS FRANCISCO, D., «De la extradición...», *op. cit.*, p. 164.

¹² MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006, p. 180.

¹³ 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 (*DO L* 190/1, 18 de julio de 2002).

¹⁴ Primer Protocolo adicional del Convenio Europeo de Extradición, concluido en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975, entrada en vigor el 9 de junio de 1985 (*BOE* núm. 139, 11 de junio de 1985), y segundo Protocolo adicional del Convenio Europeo de Extradición, concluido en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978 entrada en vigor el 9 de junio de 1985 (*BOE* núm. 139, 11 de junio de 1985).

¹⁵ Convenio Europeo para la represión del terrorismo, concluido en Estrasburgo el 27 de enero de 1977, entrada en vigor con carácter general el 4 de agosto de 1978 y para España el 21 de agosto de 1980, firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa (*BOE* núm. 242, 8 de octubre de 1980).

¹⁶ Acuerdo entre los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, concluido en San Sebastián el 26 de mayo de 1989, entrada en vigor para España el 7 de abril de 1995 (*BOE* núm. 117, 17 de mayo de 1995).

Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición de 1995¹⁷ y al capítulo IV del título III del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen¹⁸.

De manera casi simultánea a la negociación de la Decisión Marco vino el Tratado de Niza en 2001, cuya principal contribución hacia una mejora en la cooperación judicial penal fue permitir la creación en 2002 de EUROJUST¹⁹. Este órgano de la UE con sede en la Haya ha sido una pieza clave para el correcto funcionamiento de la ODE, y tiene como principales objetivos: 1) fomentar y mejorar la coordinación entre las autoridades competentes en lo referente a las investigaciones y las actuaciones judiciales en los Estados miembros, 2) mejorar la cooperación entre las autoridades competentes, facilitando la prestación de ayuda judicial mutua y la ejecución de peticiones de extradición y 3) apoyar a las autoridades competentes para reforzar la eficacia de las investigaciones y actuaciones judiciales²⁰.

Evidentemente, los avances en esta materia no terminan con la Decisión Marco, posteriormente vino el Programa de la Haya (2005-2010), que fue aprobado el 5 de noviembre de 2004 por el Consejo Europeo de Bruselas y donde se avanzó hacia la armonización de las legislaciones nacionales relativas al reconocimiento mutuo de sentencias penales²¹.

Fue finalmente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 cuando se logró superar el estadio de mera cooperación intergubernamental y se consolidó un marco constitucional supranacional²². Este avance vino acompañado de la plena aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante ‘la Carta’), la cual adquirió el mismo valor que los Tratados y cuyo objetivo es proteger los derechos de los ciudadanos.

¹⁷ Convenio, establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995, entrada en vigor el 22 de abril de 1999 (*BOE* núm. 89, 14 de abril de 1999).

¹⁸ Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en la fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, entrada en vigor para España el 1 de marzo de 1994 (*BOE* núm. 81, 5 de abril de 1994).

¹⁹ Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (*DO L* 63, de 6 de marzo de 2002, p. 1).

²⁰ MORÁN BLANCO, S., «La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia», *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 26, 2010, p. 271.

²¹ Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (*DO L* 327, de 5 de diciembre de 2008, p. 27).

²² ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La configuración...», *op. cit.*, p. 108.

Este texto va a actuar como límite a las normas de la Unión y a las normas nacionales en la realización del espacio judicial europeo²³.

En definitiva, tal y como se ha evidenciado en esta introducción, los esfuerzos negociadores por parte de los Estados miembros y la voluntad de avanzar hacia una mayor cooperación judicial en el marco comunitario permitieron la creación de este instrumento, caracterizado por un elevado grado de celeridad y automaticidad²⁴.

Sin embargo, de poco sirven estos avances si no se acompañan de un marco normativo que garantice en todo momento la protección de los derechos fundamentales de las personas parte en el proceso. Es por ello por lo que en los epígrafes que siguen procederé a explicar el funcionamiento de la ODE, tratando de dilucidar si efectivamente tales derechos están protegidos o si por el contrario, a pesar de estar avanzando en la dirección correcta, deberíamos parar y reflexionar acerca de cómo lograr los tan anhelados objetivos de libertad, seguridad y justicia sin que ello se produzca a costa de los derechos fundamentales de los detenidos.

²³ *Ibid.*, p. 126.

²⁴ MARCOS FRANCISCO, D., «De la extradición...», *op. cit.*, p. 167.

III. LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA: ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS

En el presente epígrafe se analiza el funcionamiento de la ODE, un instrumento que como se ha indicado en el apartado anterior se introdujo a través de la Decisión marco 2002/584/JAI, y mediante el cual se buscó simplificar y acelerar el sistema de detención y entrega de personas en el ámbito europeo.

Además del funcionamiento general de esta figura, trataré de analizar de manera algo más exhaustiva seis cuestiones que, bien por introducir alguna novedad con respecto al sistema de extradición o bien por ser particularmente polémicas o controvertidas, revisten especial importancia, y nos permitirán sentar las bases para el análisis que se va a proponer en los siguientes epígrafes en torno a la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en este instrumento.

La ODE es una resolución judicial con fuerza ejecutiva en la Unión, emitida por un Estado miembro y ejecutada en otro sobre la base del principio de reconocimiento mutuo²⁵.

Así, conforme al artículo 2.1 de la Decisión Marco va a poder emitirse una ODE para la consecución de dos objetivos no acumulativos:

- El enjuiciamiento penal de aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima en el Estado de emisión sea al menos de 12 meses.
- El cumplimiento de una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.

Sin embargo, en lo que respecta al segundo objetivo la práctica no ha sido uniforme en el territorio europeo, ya que el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros permite la emisión de órdenes de detención incluso si la pena no es definitiva y sigue estando sujeta a revisión judicial mientras que otros Estados miembros no reconocen esta posibilidad²⁶.

²⁵ Comunicación de la Comisión referida al Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas, COM (2017) 6389 final, de 28 de septiembre de 2017, p. 12.

²⁶ *Ibid.*, p. 16.

Los motivos que permiten denegar la ejecución de la ODE son tasados, algo que reiteró el TJUE en su sentencia en el caso *Melloni*²⁷, y se enumeran de forma exhaustiva en los artículos 3, 4 y 4 bis de la Decisión Marco.

Además, el artículo 2.2 prevé una lista de 32 categorías de delitos para las cuales no se efectuará el control de la doble tipificación. Se trata de un tema bastante polémico, especialmente en lo que respecta a la posible violación del principio de legalidad de los delitos y penas, por lo que se analizará con mayor profundidad en las páginas posteriores.

La Decisión Marco también hace referencia, en su artículo 27, al principio de especialidad, estableciendo que ningún ciudadano que sea entregado en virtud de la ODE podrá ser procesado, condenado o privado de libertad por una infracción que haya cometido antes de su entrega y que sea distinta a aquella que ha motivado la emisión del instrumento. No obstante, el propio artículo prevé algunas excepciones:

- La notificación a la Secretaría General del Consejo por parte de un Estado miembro de la renuncia, en relación con otros Estados miembros que hayan efectuado la misma notificación, a tal restricción.
- Cuando la persona en cuestión, habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado miembro al que ha sido entregada, no lo haya hecho en un plazo de 45 días desde su puesta en libertad definitiva, o haya vuelto a dicho territorio después de haber salido del mismo.
- Cuando la infracción no sea punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad.
- Si el proceso penal no concluye con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad individual de la persona.
- Cuando la persona esté sujeta a una pena o medida no privativas de libertad, incluidas las sanciones pecuniarias, o a una medida equivalente, aun cuando dicha pena o medida pudieren restringir su libertad individual.
- Cuando la persona hubiere dado su consentimiento, en su caso junto con la renuncia al principio de especialidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 o cuando la persona hubiere renunciado expresamente, después de la entrega, a acogerse al

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, as. C-199/11. Acceso a través de la web <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>.

principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su entrega.

Ahora sí, una vez introducido el marco general de esta figura puede procederse a analizar las cuestiones clave a las que he hecho referencia en la introducción de este epígrafe.

1. El principio de reconocimiento mutuo

Tal y como se ha indicado en líneas anteriores, la ODE ha sido en más de una ocasión considerada como el primer instrumento comunitario basado en el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales en el ámbito penal. Este principio, piedra angular de la cooperación europea en materia judicial, aparece reconocido en el artículo 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante ‘TFUE’):

«La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83 [...].».

Es decir, bajo el principio de reconocimiento mutuo, una decisión en materia penal tomada por una autoridad judicial en un Estado miembro debe ser reconocida y ejecutada por las autoridades judiciales en otros Estados miembros, sin entrar a valorar el fundamento de tal decisión²⁸. Resulta evidente a la vista del anterior precepto que el sistema de reconocimiento mutuo está basado en un elevado nivel de confianza de los Estados miembros en sus respectivos sistemas judiciales, confianza que se deriva de la existencia de una serie de principios comunes como la libertad, el Estado de Derecho, la democracia o el respeto de los derechos humanos²⁹.

Dicho de otra forma, el principio de reconocimiento mutuo en la UE implica que un Estado miembro puede confiar que el resto de los Estados miembros respetan y garantizan, por lo menos con un nivel de protección equivalente, los principios y valores mencionados.

Sin embargo no han faltado críticas a este principio, argumentando que las distintas legislaciones de los Estados miembros en materia penal se encuentran todavía demasiado

²⁸ JANSSENS, C., *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford University Press, 2013, p. 172.

²⁹ ALEGRE, S., y LEAF, M., «Mutual recognition in European judicial cooperation: A step too far too soon? Case study – The European Arrest Warrant», *European Law Journal*, 2004, p. 201.

alejadas las unas de las otras, y que se requiere de una aproximación previa de éstas como condición para la legitimidad de la confianza mutua entre los Estados miembros³⁰.

2. Eliminación del requisito de la doble tipificación

Como se ha indicado previamente, existe una lista de 32 categorías de delitos para las cuales se elimina el control de la doble tipificación.

Si bien es cierto que, sobre el papel se trata de una novedad importante con respecto a la legislación anterior (recordemos que la extradición es considerada como un acto de soberanía), es preciso destacar que se trata de delitos «básicos» de los Derechos internos, muchos de los cuales habían sido ya armonizados a través del TUE o el Convenio de la EUROPOL³¹.

En cualquier caso, tal y como prevé el artículo 2 de la Decisión Marco, la autoridad judicial de ejecución únicamente puede controlar dicha doble tipificación en aquellas infracciones que no correspondan a las enumeradas en la lista, o en caso de aparecer en ella, no estén castigadas en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos tres años de duración en su grado máximo. Cuando nos encontramos ante alguna de dichas infracciones, la autoridad judicial relevante será la del Estado miembro de emisión, y será su legislación la que establezca la definición de la infracción y su pena máxima.

Considero oportuno aquí precisar que esta no era la idea original de la Comisión Europea. De hecho, en la propuesta que presentó se proponía un sistema de lista negativa en el cual cada Estado miembro estableciera los delitos para los cuales no permitiría la ejecución de la ODE por ir contra su propio ordenamiento jurídico³², opción que fue desechada finalmente.

El haber optado por esta solución se debe principalmente a la búsqueda de un equilibrio que permitiera afrontar dos realidades innegables: en primer lugar la incompatibilidad entre la exigencia de la doble incriminación y el principio de confianza mutua que exige el sistema de

³⁰ Vid. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Universidad de Bruselas, Bruselas, 2004.

³¹ Convenio, basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (*DO C 316/01*, de 27 de noviembre de 1995). Para más información véase MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La implementación...», *op. cit.*, p. 182.

³² Así se recogía en el art. 4.4.7º de dicha propuesta. Propuesta de Decisión Marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimiento de entrega entre Estados miembros, COM (2001) 522 final, de 27 de noviembre de 2001, pp. 305-319.

la ODE, y en segundo lugar las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a pesar de compartir los ya citados principios y valores de la UE³³.

3. Motivos para la denegación de la Orden de Detención Europea

La Decisión Marco prevé una serie de motivos que justifican la denegación de una ODE. Pueden dividirse en motivos de no ejecución obligatoria y motivos facultativos, y se enumeran de forma exhaustiva en los artículos 3, 4 y 4 bis.

Aquí debe precisarse que éstos son los únicos motivos que la autoridad judicial de ejecución puede alegar para justificar la denegación de la ODE. Además, para que la denegación amparada en un motivo facultativo sea válida dicho motivo debe haber sido transpuesto a su legislación nacional³⁴.

3.1 Motivos de denegación obligatoria

Estos motivos se enumeran en el artículo 3 de la Decisión Marco, y en el momento en el que la autoridad judicial de ejecución considere que uno de ellos es aplicable deberá denegar la ejecución de la ODE:

- ❖ Amnistía en el Estado miembro de ejecución. Para que se dé este motivo también se exige que el Estado miembro de ejecución tenga competencia para perseguir el delito en cuestión según su ordenamiento interno.
- ❖ Cosa juzgada, es decir, que la persona buscada haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro y en caso de condena la sanción haya sido ejecutada o esté en curso de ejecución.
- ❖ Minoría de edad de responsabilidad penal de la persona objeto de la ODE. Es decir, que debido a su edad, la persona de la que se pretenda la detención y entrega no pueda ser responsable penalmente de los hechos en los que se basa la resolución. La Decisión Marco precisa al final de su artículo 3.3 que esta circunstancia se valorará con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, precisión que tiene su razón de ser en el hecho de que las legislaciones de los Estados miembros definan distintas edades mínimas de responsabilidad penal³⁵.

³³ LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La cooperación penal...», *op. cit.*, p. 195.

³⁴ *Comunicación de la Comisión referida al Manual europeo..., cit.*, p. 43.

³⁵ *Ibid.*, p. 45.

Los dos primeros aparecían ya como motivos de no ejecución obligatoria en los Convenios de extradición aplicables entre los Estados miembros hasta la entrada en vigor de la Decisión Marco, sin embargo, la mención de la minoría de edad sí que supone una novedad, ya que antes era una cuestión a determinar por cada Derecho interno³⁶.

3.2 Motivos de denegación facultativa

Estos motivos aparecen previstos en el artículo 4 de la Decisión Marco, y dan cierto margen a la autoridad de ejecución para valorar si negarse o no a la ejecución de la ODE.

- ❖ Falta de doble tipificación, es decir, que los hechos que motivan la ODE no sean constitutivos de delito en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de ejecución. Este punto hace referencia evidentemente a aquellos delitos que no figuren en la lista del artículo 2.2 de la Decisión Marco, o que aunque figuren en la misma estén castigados con una pena o medida de seguridad de duración inferior a la establecida en dicha disposición.
- ❖ Procedimiento penal en curso en el Estado miembro de ejecución. El procedimiento penal debe ser por el mismo hecho que motivó la ODE.
- ❖ Procedimiento penal por la misma infracción archivado en el Estado miembro de ejecución. Este punto está íntimamente ligado con el principio *ne bis in ídem* al que se ha hecho referencia como motivo de denegación obligatoria de la orden, pero aquí, se requiere que las autoridades del Estado miembro de ejecución hayan decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción, o bien concluirla; o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales.
- ❖ Prescripción del delito o la pena con arreglo al Estado miembro de ejecución. Es preciso que los hechos sean competencia de dicho Estado según su propio Derecho Penal.
- ❖ Resolución definitiva en un tercer Estado. Se requiere también que el juicio se haya producido por los mismos hechos y que la sanción haya sido ejecutada o esté en curso de ejecución.
- ❖ Que el Estado miembro de ejecución sea el que ejecuta la pena. La persona buscada debe ser nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habitar

³⁶ LIROLA DELGADO I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La cooperación penal...», *op. cit.*, p. 223.

en él, y éste debe comprometerse a ejecutar él mismo la pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno. El tribunal corrigió la ambigüedad de los términos “residente” y “habite” en el asunto *Kozlowski*³⁷, aclarando que se refieren a las situaciones en las que la persona buscada haya establecido su residencia real en el Estado miembro de ejecución o haya creado, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en ese mismo Estado, vínculos con ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una residencia.

❖ Extraterritorialidad. Se contemplan aquí dos supuestos:

- que la ODE tenga por objeto infracciones que el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo.
- que la ODE contemple infracciones que se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

4. Juicios en rebeldía

Desde su aprobación en 2002, la Decisión Marco ha sido modificada únicamente en una ocasión. Fue en 2009, cuando la Decisión Marco 2009/299/JAI³⁸ suprimió el artículo 5, apartado 1 e introdujo un artículo 4 *bis* relativo a las resoluciones dictadas en rebeldía, es decir, derivadas de ciertos procedimientos en el Estado miembro de emisión en el que la persona no estaba presente.

Mediante esta modificación de 2009 se introdujo un nuevo motivo de denegación facultativa, por el cual aquellas órdenes de detención emitidas a fin de ejecutar una pena o medida de seguridad privativas de libertad podrán ser denegadas si la persona no compareció en el juicio en que se dictó la resolución. Se prevén, no obstante, en el mismo artículo cuatro situaciones que no van a permitir denegar la orden con base en este motivo de denegación:

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 julio 2008, *Kozlowski*, as. C-66/08.

³⁸ Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI Y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (*DO L* 81/24, de 27 de marzo de 2009).

- que el imputado haya sido citado en persona e informado de la fecha y lugar previstos para el juicio o se sepa con certeza que tenía conocimiento de tales circunstancias, y que se le hubiera informado de la posibilidad de dictar una resolución en caso de incomparecencia.
- que el imputado tuviera conocimiento de la celebración del juicio, diera mandato a un letrado para que le defendiera en él y tal defensa se produjera.
- que tras serle notificada la resolución y la posibilidad de recurso, el imputado declarara expresamente que no impugnaba la resolución o que no solicitaba un nuevo juicio (no interponiendo por lo tanto un recurso dentro del plazo establecido).
- que no se le notificara personalmente la resolución al imputado pero se le notificara sin demora tras la entrega y fuera informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a la interposición de un recurso que implicaría nueva comparecencia y nueva resolución, y que además fuera informado del plazo en el que debería solicitar ese nuevo juicio o interponer el recurso.

Se pretendió así, a través de esta reforma, tal y como señala el Considerando 4º de la Decisión Marco 2009/299/JAI, definir claramente los motivos comunes de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, de forma que se habilitase a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución pese a la incomparecencia del imputado en el juicio, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado.

En el siguiente epígrafe se volverá sobre esta cuestión al analizar los asuntos *Radu* y *Melloni*.

5. Garantías que debe respetar el Estado miembro de emisión

La Decisión Marco prevé la posibilidad de que la autoridad judicial de ejecución supedite la entrega de la persona objeto de la ODE al cumplimiento de una serie de garantías de acuerdo con su Derecho nacional. La primera de las garantías está relacionada con la revisión de la cadena perpetua y la segunda con el retorno de nacionales al Estado miembro de ejecución para cumplir sus penas privativas de libertad.

Respecto a la primera garantía, no se debe considerar en exclusiva el supuesto de la cadena perpetua (o pena privativa de libertad a perpetuidad), sino igualmente las medidas de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, y en tales casos, el Estado miembro de

ejecución podrá exigir que, de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado miembro de emisión, la pena o medida pueda ser revisada a instancia de parte o tras el transcurso de veinte años.

El segundo supuesto, por su parte, se refiere a la posibilidad de devolver a la persona buscada para que cumpla la pena privativa de libertad en su país de origen. Así, según el artículo 5, apartado 3 de la Decisión Marco, cuando la persona contra la que se hubiera dictado una ODE a efectos de entablar una acción penal fuese nacional del Estado miembro de ejecución o residiese en él, dicho Estado podrá establecer la condición de que la persona sea devuelta a su territorio por parte del Estado miembro de emisión para cumplir la pena o la medida de seguridad. De nuevo aquí podemos encontrar un distanciamiento con respecto al sistema anterior, donde la nacionalidad podía esgrimirse como causa de denegación de la extradición³⁹.

6. Derecho procesales de la persona buscada

El artículo 11 de la Decisión Marco otorga a la persona objeto de la ODE los siguientes derechos procesales: derecho a que se le informe de la existencia de la ODE y de su contenido, derecho a que se le informe de la posibilidad de consentir en su entrega y derecho a contar con la asistencia de un abogado y de un intérprete.

De esta forma, analizando las disposiciones de la Decisión Marco, en especial sus artículos 12 a 14 y 19, y otra normativa europea⁴⁰ podemos concluir que las personas sobre las que recae una ODE tienen:

³⁹ *Vid.* artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 y artículo 7 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE de 1996.

⁴⁰ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (*DO L* 280/1, de 26 de octubre de 2010); Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales (*DO L* 142/1, de 1 de junio de 2012); Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (*DO L* 294/1, de 6 de noviembre de 2013); Directiva 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (*DO L* 297/1, de 4 de noviembre de 2016).

- 1 Derecho a traducción e interpretación en todo el proceso de ejecución de la orden de detención “con una calidad suficiente para salvaguardar la equidad del proceso” (artículo 3.9 Directiva 2010/64/UE).
- 2 Derecho a la información escrita sobre los derechos en el momento de la detención (artículo 5 Directiva 2012/13/UE).
- 3 Derecho a la asistencia de un letrado en el Estado miembro de ejecución tan pronto como se produzca su detención en virtud de una ODE (artículo 10 Directiva 2013/48/UE).
- 4 Derecho a que se informe de la privación de libertad a un tercero, derecho que surge a partir del momento de su detención en el Estado miembro de ejecución. Asimismo, tiene derecho a comunicarse sin demora injustificada con, al menos, un tercero de su elección y con las autoridades consulares del Estado del que sea nacional, así como a que le visiten dichas autoridades.
- 5 Derecho a recibir asistencia jurídica gratuita en el Estado miembro de ejecución desde el momento de su detención y hasta su entrega, o hasta que la decisión de no proceder a la entrega sea firme (artículo 5 Directiva 2016/1919).

Además de todos los derechos mencionados, hay una serie de garantías previstas en el caso de que la persona sujeta a la ODE sea un menor, en cuyo caso éste tendrá derecho, además de todo lo anterior, a recibir información, a que el titular de la patria potestad sea informado, a asistencia letrada, a un reconocimiento médico, a tratamiento específico en caso de privación de libertad, a protección de la vida privada y a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso⁴¹.

Por último, y a modo de cierre de este epígrafe, me gustaría precisar que debido a la naturaleza del trabajo únicamente me he centrado en los aspectos de la Decisión Marco que, a mi juicio, eran más relevantes para el análisis que se efectúa en los epígrafes que siguen, sin entrar a comentar cuestiones también importantes como los procedimientos de emisión y transmisión de las ODEs. Por ello, para una información más detallada puede consultarse el *Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas*⁴².

⁴¹ Directiva 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (*DO L 132/1*, de 21 de mayo de 2016).

⁴² *Comunicación de la Comisión referida al Manual europeo..., cit.*

IV. GIRO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA RESPECTO A LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los 14 años que han transcurrido desde la entrada en vigor de la Decisión Marco no han sido pocas las ocasiones en las que se han invocado inquietudes respecto al negativo impacto que la ODE podría tener en los derechos fundamentales de los detenidos, especialmente teniendo en cuenta su simplicidad procesal y el acortamiento en sus plazos con respecto al sistema de extradición.

El origen principal de estas preocupaciones es la ausencia de una cláusula relativa a la violación de derechos fundamentales entre los motivos para su denegación. Es cierto que en los considerandos 10, 12 y 13 de la Decisión Marco se hacen algunas referencias a los derechos fundamentales de la persona objeto de la ODE, sin embargo, el preámbulo no es legalmente vinculante.

Esto se ha traducido en muy diversas prácticas por parte de los Estados miembros, ante lo cual el TJUE se ha visto obligado a hacer frente, mediante su jurisprudencia, a la delicada relación entre el principio de reconocimiento mutuo y los derechos fundamentales de los ciudadanos sobre los que recae una ODE.

Es el objeto de este epígrafe analizar de manera sucinta tal jurisprudencia, comenzando por los asuntos *Radu y Melloni*, y haciendo especial hincapié en el cambio de tendencia en la jurisprudencia del TJUE que tuvo lugar con la sentencia de los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru*.

La elección de estas tres sentencias se debe principalmente a que en ellas el TJUE aborda un tipo específico de problemas de respeto de derechos fundamentales dentro del ELSJ, cuya solución pasa necesariamente por la configuración de los principios de reconocimiento mutuo y de confianza mutua entre los Estados miembros.

El primero se encuentra explícitamente recogido en los Tratados como una técnica de cooperación judicial penal que, junto con medidas de prevención y lucha contra la delincuencia, pretende la consecución de un nivel adecuado de seguridad dentro de un espacio

sin fronteras interiores que respeta los derechos fundamentales y los sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros (artículo 67 TFUE).

Frente a esto, la confianza mutua no está explicitada en los Tratados, lo cual no debe llevarnos a pensar que su carácter de principio fundamental del orden jurídico europeo no sea claro, sino únicamente que su contenido es referencial⁴³. Así, según la jurisprudencia del TJUE, el principio de confianza mutua es el resultado de que los Estados miembros y la UE se basan en valores comunes, incluidos el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales, lo cual nos va a permitir presumir que los Estados cumplen con el Derecho y respetan los derechos fundamentales⁴⁴.

En consecuencia hay reconocimiento mutuo porque existe confianza entre todos los Estados que forman parte de la Unión de que todos ellos respetan los derechos fundamentales. Y esto nos conduce a poder afirmar que la confianza mutua desaparecerá cuando un Estado miembro deje de cumplir con el Derecho o deje de respetar los derechos fundamentales.

Las tres sentencias seleccionadas nos van a permitir analizar la repercusión que esta cuestión tiene en la ODE, es decir, hasta qué punto el principio de reconocimiento mutuo y la efectividad de la cooperación judicial internacional deben prevalecer sobre el nivel de protección de los derechos fundamentales. O formulado en otros términos, si el reconocimiento mutuo se basa en una confianza mutua que se presume; o si, por el contrario, se requiere establecer un marco garantista de derechos fundamentales que permita generar esa confianza mutua.

1. El derecho del sospechoso a ser oído. El asunto *Radu*⁴⁵

El asunto *Radu*, tiene por objeto una petición prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Constanza (Rumanía) y formulada en el marco de un litigio relativo a la ejecución en Rumanía de cuatro ODEs emitidas por las autoridades alemanas contra el Sr. Radu, para el ejercicio de acciones penales por robos con violencia, y en el cual el ciudadano rumano no manifestó su consentimiento a la entrega.

⁴³ MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Căldăraru», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 20, núm. 55, 2016, pág. 891.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2013, *Jeremy F.*, as. C-168/13, párrafo 48. *Vid.* MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «La emergencia de...», *op. cit.*

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2013, *Radu*, as. C-196/11.

En este litigio, el Sr. Radu alegó que las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución (Rumanía) debían comprobar si se respetaba en el Estado miembro emisor (Alemania) los derechos fundamentales reconocidos por la Carta y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante ‘CEDH’), y en caso contrario, estas autoridades estarían facultadas para denegar la ejecución de la correspondiente ODE, aunque este motivo de no ejecución no estuviera expresamente contemplado en la Decisión Marco⁴⁶.

Añadió asimismo que las ODEs fueron dictadas sin que le fuera concedida audiencia antes de ser emitidas por las autoridades judiciales alemanas, infringiendo, de este modo, los artículos 47 y 49 de la Carta y el artículo 6 del CEDH⁴⁷.

Se plantea de este modo al TJUE la cuestión relativa a la posibilidad de negarse a la ejecución de una ODE por el mero hecho de que las autoridades judiciales de emisión no hayan dado audiencia a la persona buscada antes de la emisión de esa orden. Cuestión que el TJUE resuelve afirmando que esa no es una posibilidad planteada por la Decisión Marco, y que de hecho, de ser así: «[...] pondría inevitablemente en peligro el propio sistema de entrega establecido por la Decisión marco 2002/584 y, por lo tanto, la consecución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia»⁴⁸, puesto que para que la ODE funcione correctamente se requiere un cierto factor sorpresa, de lo contrario la persona en cuestión podría fácilmente darse a la fuga.

En definitiva, este argumento le permite concluir al TJUE que los Estados miembros solo pueden negarse a ejecutar ODEs en los supuestos contemplados en la Decisión Marco.

Este fallo del TJUE, aunque es coherente con la finalidad que propugna la Decisión Marco de establecer un ELSJ, ha sido percibido por algunos autores como una oportunidad perdida de aclarar la cuestión que sobrevolaba la Decisión Marco desde su entrada en vigor respecto a qué hacer en caso de riesgo de violación de derechos fundamentales. Además, contrasta con la opinión de la Abogada General Sharpston, quien en el párrafo 41 de sus Conclusiones ya advertía del peligro de una presunción automática de confianza al afirmar lo siguiente⁴⁹:

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 19.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 29.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 40.

⁴⁹ Para más información al respecto véase: BROUWER, E., «Mutual trust and human rights in the ASFJ: In search of guidelines for national courts», *European Papers*, vol. 1, núm. 3, 2016, p. 914.

«Aun si el balance del cumplimiento por los Estados miembros de sus obligaciones en relación con los derechos humanos puede elogiarse, no es intachable. No cabe la presunción de que, sólo porque la entrega de la persona buscada sea solicitada por otro Estado miembro, sus derechos humanos estarán automáticamente garantizados a su llegada [...].».

Aunque posteriormente precisaba el deber de aquellos que refutan la confianza mutua de aportar evidencias claras y contundentes, añadiendo que:

«[...] No obstante, sí cabe la presunción de su respeto, que sólo podrá desvirtuarse con la prueba más consistente posible. Tal prueba debe ser específica; las valoraciones de alcance general, por muy fundadas que sean, no bastarán».

Como ha podido comprobarse, en este caso, el TJUE decide limitar su fallo a la constatación de algo que ya era evidente, que los Estados miembros deben dar al sospechoso la oportunidad de ser oído, ignorando la polémica cuestión de qué hacer ante el riesgo fundado de violaciones de los derechos fundamentales.

2. La falta de homogeneización de los derechos fundamentales en el ámbito europeo. El asunto *Melloni*⁵⁰

El asunto *Melloni*, tiene también por objeto una cuestión prejudicial, y de nuevo se pide al TJUE que dictamine si un Estado miembro puede denegar la ejecución de una ODE basándose en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada garantizados por su Constitución nacional.

En este caso son las autoridades judiciales italianas las que emiten este instrumento contra el Sr. Melloni, que se encuentra en España, para la ejecución de la condena a una pena de prisión impuesta en rebeldía.

El Sr. Melloni se opuso a su entrega a las autoridades italianas aduciendo, en primer lugar, que en la fase de apelación había designado otro abogado, distinto de los dos que le habían representado, y había revocado el nombramiento de éstos, y que a pesar de ello dichas autoridades continuaron dirigiendo las notificaciones a esos dos abogados. Asimismo, alegó que el ordenamiento jurídico italiano no permite recurrir las condenas dictadas en rebeldía,

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, as. C-399/11.

por lo que la emisión de la ODE debería, en su caso, condicionarse a que la República Italiana garantizase la posibilidad de interponer un recurso contra la sentencia que le condenó⁵¹.

No es casualidad que el Sr. Melloni alegara que se había lesionado su derecho a un proceso con todas las garantías, pues era conocedor de la doctrina que aplicaba el Tribunal Constitucional español (en adelante ‘TC’) en estos casos, donde la entrega de condenados *in absentia*, debía venir acompañada de la exigencia de una serie de garantías por parte del Estado miembro de emisión. Este razonamiento partía de la presunción de que a todo condenado *in absentia* se le había vulnerado su derecho de defensa, y la interpretación del TC se fundamentaba tanto en el propio CEDH como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante ‘TEDH’)⁵².

Sin embargo, el TJUE considera que el artículo 4 bis, apartado 1 de la Decisión Marco se opone a que la autoridad judicial de ejecución subordine la entrega de la persona condenada en rebeldía a la posibilidad de que se revise la sentencia condenatoria, con la presencia de esa persona⁵³.

De hecho, tal y como expuso el Abogado General Bot en el punto 65 de sus Conclusiones, permitir tal subordinación implicaría ir contra: «[...] la voluntad claramente expresada por el legislador de la Unión de prever de forma exhaustiva, por razones de seguridad jurídica, los supuestos en los que debe considerarse que los derechos procesales de una persona que no ha comparecido personalmente en su juicio no han sido vulnerados», y por ello, cuando se den estas situaciones debe ejecutarse la ODE.

Afirma también el TJUE que el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco enuncia en sus letras a) y b) las condiciones en las que se considera que el interesado ha renunciado voluntariamente y de forma inequívoca a comparecer en su juicio, y en las letras c) y d), los supuestos en los que la autoridad judicial de ejecución está obligada a ejecutar la ODE aunque el interesado tuviera derecho a un nuevo juicio, concluyendo que el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 16.

⁵² GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Tribunal de Justicia de la Unión Europea-TJUE-Sentencia de 26.02.2013, Melloni, C-399/11- “Cooperación policial y judicial en materia penal-Orden de detención europea-Procedimientos de entrega entre Estados miembros-Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido-Ejecución de una pena impuesta en rebeldía-Posibilidad de revisión de la sentencia”. Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la eurorden europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 17, núm. 46, 2013, pp. 1139-1140.

⁵³ *Cit.*, párrafo 40.

equitativo ni los derechos de la defensa, garantizados respectivamente por los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta.

Por último, una cuestión muy relevante que determina el TJUE en esta sentencia es la relativa a la posibilidad de interpretar el artículo 53 de la Carta en el sentido de que un Estado miembro pueda aplicar un estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta. El TJUE concluye de forma tajante que no puede acogerse esa interpretación, puesto que se menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, añadiendo que: «[...] la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado»⁵⁴.

Junto a lo anterior, el TJUE afirma que lo contrario conduciría a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que pretende reforzar la Decisión Marco⁵⁵.

Sin embargo, el Abogado General establece una precisión importante diferenciando dos situaciones distintas: aquellas en las que existe una definición en el ámbito de la Unión del grado de protección de un derecho fundamental (éste sería el caso del artículo 4 *bis* de la Decisión Marco) para las que no caben estándares de protección nacionales divergentes; y aquellas en las que ese nivel de protección no ha sido objeto de una definición común, en cuyo caso los Estados miembros sí dispondrían de cierto margen de actuación para aplicar el nivel de protección nacional que estimasen pertinente⁵⁶.

Este punto de vista, aunque en un primer momento pueda parecer más garantista, ha sido criticado por plantear la existencia de dos niveles de protección de los derechos fundamentales, lo cual iría en contra del principio de igualdad ante la ley y acabaría conduciendo a una menor protección para aquellos ciudadanos insertos en procedimientos de entrega europeos frente a los que se produjese fuera del entorno comunitario⁵⁷.

La sentencia relativa al asunto *Melloni* puso de manifiesto varias cuestiones que hasta el momento parecían estar evitándose:

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 59.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 63.

⁵⁶ Conclusiones del Abogado General Bot, presentadas el 2 de octubre de 2012, en el asunto *Melloni*, as. C-199/11, párrafo 124.

⁵⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Tribunal de Justicia...», *op. cit.*, p. 1148.

- El problema de la falta de homogeneización de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Problema que trata de resolver el TJUE afirmando que los Estados no pueden ofrecer un nivel de protección distinto del que ofrece el Derecho de la Unión cuando ello afecta a los principios de primacía y eficacia de la UE, y en consecuencia, el Derecho de la Unión no constituye un estándar de mínimos, sino que ofrece una serie de normas homogéneas relativas a los derechos fundamentales⁵⁸. Esta posición reafirmaría la tesis defendida por algunos autores, según la cual, el TJUE estaría más cerca de una interpretación «constitucional» de la Carta, frente a la interpretación «intergubernamental», aunque sin llegar a inclinarse por ninguna de las dos⁵⁹.
- Supuso un toque de atención para aquellos ordenamientos que, como el español, interpretaban el artículo 53 de la Carta en un sentido análogo al artículo 53 CEDH, es decir, en el sentido de que el artículo establecía un estándar mínimo de derechos fundamentales que debía respetarse y no un límite a éstos en la hipótesis de que resultara afectada la primacía, eficacia y unidad del Derecho europeo⁶⁰.
- Y finalmente, la sentencia puede interpretarse como una clara declaración de intenciones, donde se pone en evidencia que va a ser la legislación europea la que prevalezca en su ámbito de aplicación frente a los derechos constitucionales de los Estados miembros cuando así se requiera para no comprometer la unidad y eficacia del Derecho europeo (recordemos que el principio de primacía incluye la no invocación de las disposiciones de Derecho nacional, aun de rango constitucional, que puedan afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en ese Estado).

Esta última cuestión tiene sentido desde una lógica de protección de los intereses de la Unión, pero no por ello la normativa comunitaria debería dejar de aspirar a establecer un marco de garantías lo más elevado posible, buscando que la armonización de los ordenamientos

⁵⁸ GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Tribunal de Justicia...», *op. cit.*, p. 1152.

⁵⁹ Vid. BAILLEUX, A., «Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin – A propos des arrêts Stefano Melloni et Åkerberg Fransson de la Cour de Justice», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 26, 2014, pp. 215-235.

⁶⁰ TORRES PÉREZ, A., «Euroorden y conflictos constitucionales: A propósito de la STC 199/2009, de 28-9-2009», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 35, 2010, p. 452.

En el mismo sentido: BACHMAIER WINTER, L., «Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 153-180.

jurídicos se produjese siguiendo criterios de mayor tutela de los derechos fundamentales y no según un acuerdo de mínimos⁶¹.

3. La opción por un modelo tridimensional de cooperación judicial europea. Los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru*.⁶²

Hay que esperar finalmente tres años, con la llegada de los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru*, para apreciar un cambio de tendencia en la jurisprudencia del TJUE respecto a la protección de los derechos fundamentales en la ODE.

De nuevo se trata de peticiones de decisión prejudicial, planteadas en este caso con ocasión de la ejecución, en Alemania, de dos ODEs emitidas por la autoridad judicial húngara contra el Sr. Aranyosi y de otra emitida por la autoridad judicial rumana contra el Sr. Căldăraru.

Fueron localizados los dos sujetos en Bremen, y en ambas situaciones el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Bremen decidió suspender el procedimiento ante la existencia de indicios fundados de que, de ser entregados a la autoridad judicial húngara (el Sr. Aranyosi) y a la autoridad judicial rumana (el Sr. Căldăraru), podrían verse sometidos a condiciones de reclusión contrarias al artículo 3 del CEDH, a los derechos fundamentales y a los principios generales del Derecho consagrados en el artículo 6 TUE⁶³. Siendo la preocupación principal la sobre población carcelaria en ambos países, que se había puesto de manifiesto a través de diversos documentos⁶⁴.

Así, el tribunal alemán decide plantearle al TJUE cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 1, apartado 3; 5 y 6, apartado 1 de la Decisión Marco.

En su sentencia, el Tribunal parte de la premisa clara de que la prohibición de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, establecida en el artículo 4 de la Carta, tiene carácter

⁶¹ *Ibid.*, p. 161.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, *Aranyosi* y *Căldăraru* as. ac. C-404/15 y C-659/15.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 42 y párrafo 59.

⁶⁴ Con carácter general el documento: *European Committee on Crime Problems, White Paper on Prison Overcrowding*, 30 de junio de 2016, Strasbourg, (2015) 6 rev. 7. <https://rm.coe.int/16806f9a8a>

En el caso de Hungría: *Report to the Hungarian Government on the visit to Hungary carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 12 April 2013*. <https://rm.coe.int/1680696b7f>

En el caso de Rumanía: *Rapport au Gouvernement de la Roumanie relatif à la visite effectuée en Roumanie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 5 au 17 juin 2014*. <https://rm.coe.int/1680697a4a>

absoluto, ya que es indisociable del respeto de la dignidad humana⁶⁵, por lo que si la autoridad judicial de ejecución tiene elementos que acrediten un riesgo real de que se inflja un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor, dicha autoridad deberá apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega en cuestión⁶⁶.

Es muy importante establecer cuáles son los elementos que le van a permitir a la autoridad judicial de ejecución acreditar ese riesgo real, y el TJUE aclara que deberá basarse primero en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas, y que podrán proceder en particular de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas⁶⁷.

Es lógico, llegados a este punto, plantearnos la cuestión de si una vez constatada la existencia de un riesgo de trato inhumano o degradante la autoridad judicial de ejecución está facultada para denegar la ODE, ya que de ser así se estaría introduciendo un motivo facultativo de denegación que no aparece previsto en los artículos 4 y 4 *bis* de la Decisión Marco. Ante esta cuestión, el TJUE aclara que ello no es suficiente, y que además: «[...] la autoridad judicial de ejecución deberá comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor»⁶⁸.

Es decir, la individualización o concreción de ese riesgo es el elemento clave, y para determinar si se da esta circunstancia la autoridad judicial de ejecución deberá solicitar a la autoridad judicial de emisión toda la información necesaria respecto a las condiciones de reclusión que se aplicarían a la persona objeto de la ODE.

Una vez se haya individualizado el riesgo pueden proponerse por parte de la autoridad judicial del Estado miembro de emisión soluciones concretas como medidas alternativas. Es decir, sin hacer mención expresa al establecimiento de garantías por parte de la autoridad judicial de

⁶⁵ *Cit.*, párrafo 85.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 88.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 89.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 92.

emisión, en el fondo, lo que se persigue a través de la solicitud de información es garantizar que la persona objeto de entrega no sea sometida a trato inhumano o degradante⁶⁹.

Y ya, si a pesar de todo ello se determina que, efectivamente, esa persona se encuentra bajo un riesgo real de trato inhumano o degradante, deberá aplazarse la ejecución de esa ODE por un tiempo razonable en los términos previstos en el artículo 17.4 de la Decisión Marco, pero no abandonarse⁷⁰. Para evitar una duración excesiva de la detención provisional de la persona buscada, el TJUE se remite a su sentencia en el asunto *Lanigan*⁷¹ que impone a la autoridad judicial de ejecución actuar conforme al principio de proporcionalidad y tener en cuenta la presunción de inocencia del sujeto buscado.

Finalmente, concluye el TJUE que si la existencia de ese riesgo no puede excluirse en un plazo razonable, la mencionada autoridad deberá decidir si procede poner fin al procedimiento de entrega.

La cuestión que se plantea en esta sentencia obliga a reflexionar sobre el modelo de cooperación judicial deseado para el ámbito comunitario: uno tradicional de carácter bidimensional que solo afecte a los dos Estados miembros implicados; o por el contrario, uno de naturaleza tridimensional que, además de descansar en las relaciones internacionales y en la lucha eficaz contra la delincuencia, introduzca como variable la protección de los derechos fundamentales de la persona implicada. Es decir, un sistema en el que el juez no se limite a controlar formalmente si se dan los requisitos que establece el Derecho interno para acordar la entrega de la persona, sino que en su decisión cobren también relevancia otros factores como la protección de los derechos fundamentales de ésta⁷². Tras leer los considerandos 10, 12 y 13, y el artículo 1, apartado 3 de la Decisión Marco parece que ésta segunda opción fue la elegida por el legislador, sin embargo esto no está nada claro cuando se analiza la jurisprudencia del TJUE hasta este punto. Además, contra esta segunda opción a menudo se alega que implicaría un vaciamiento de contenido del principio de reconocimiento mutuo⁷³.

Como ha podido comprobarse en líneas anteriores, en la sentencia del asunto *Melloni*, el TJUE descarta la existencia de motivos de denegación de la ODE más allá de los previstos en

⁶⁹ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «“Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos Căldăraru y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2017, p. 12.

⁷⁰ *Cit.*, párrafo 98.

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, *Lanigan*, as. C-237/15.

⁷² MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «“Dime cómo son...»», *op. cit.*, p. 3.

⁷³ *Ibid.*, p. 4.

los artículos 3, 4 y 4 bis de la Decisión Marco. Aunque salta a la vista que el asunto *Melloni* y los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru* discurren por territorios distintos, puede apreciarse entre los dos un cambio de tendencia en el TJUE, que pasa de afirmar con rotundidad que la Carta fijaba un umbral máximo de protección, esto es, una protección uniforme que no puede ser cuestionada sin contravenir la efectividad de la Decisión Marco y los principios de confianza y reconocimiento mutuo a admitir que en determinados supuestos excepcionales la confianza mutua decae, emergiendo la obligación de verificar el respeto de derechos fundamentales en otro Estado miembro⁷⁴. Es decir, el TJUE, con la solución que propone en este caso parece estar en línea con las conclusiones de la Abogada General Sharpston en el asunto *Radu* que se han expuesto, en el sentido de que el principio de reconocimiento mutuo debe traducirse en una confianza general que, en ocasiones muy excepcionales, puede desvirtuarse⁷⁵.

Este asunto, supone un primer paso para dilucidar cuáles son esos supuestos excepcionales en los cuales se va a verificar el respeto de los derechos fundamentales. Para ello podemos atender tanto a las conclusiones del Abogado General Bot como a la sentencia del TJUE.

Respecto a las conclusiones del Abogado General, éste considera que no hay cabida para una «excepción de derechos humanos» en el actual sistema de la ODE, y para ello esgrime tres argumentos:

1. No cabe una interpretación del artículo 1.3 de la Decisión Marco en el sentido de amparar un motivo autónomo de denegación de la ejecución de una ODE, sino como una expresión del principio de confianza mutua entre los Estados miembros⁷⁶.
2. Únicamente cabe la suspensión de la ODE de la forma que prevé el considerando 10 de la Decisión Marco, es decir, siguiendo el procedimiento del artículo 7 TUE⁷⁷.
3. Establecer tal excepción iría contra los principios de reconocimiento mutuo y confianza mutua, principios rectores de la Decisión Marco⁷⁸.

En definitiva, el abogado General sostiene en general la línea argumentativa desarrollada en *Melloni*, según la cual los motivos de denegación de la ODE que aparecen en los artículos 3, 4 y 4 bis de la Decisión Marco serían exhaustivos.

⁷⁴ MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «La emergencia de...», *op. cit.*, p. 877.

⁷⁵ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «“Dime cómo son...», *op. cit.*, p. 5.

⁷⁶ Conclusiones del Abogado General Bot, presentadas el 3 de marzo de 2016, en los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru*, as. ac. C-404/15 y C-659/15, párrafos 72-78.

⁷⁷ *Ibid.*, párrafos 79-93.

⁷⁸ *Ibid.*, párrafos 94-134.

Sin embargo, el TJUE a pesar de reiterar que una autoridad judicial solo podrá negarse a la ejecución por los motivos establecidos en los artículos 3 a 4 bis de la Decisión Marco⁷⁹, se distancia en cierta medida del razonamiento propuesto por el Abogado General, e introduce una novedad respecto a lo expuesto en el asunto *Melloni*, reconociendo la posibilidad de limitar los principios de reconocimiento mutuo y confianza mutua «en casos excepcionales»⁸⁰.

Es decir, tras una lectura en profundidad de la sentencia se puede constatar que el TJUE reconoce la existencia de esa excepción, y lo que procede ahora es analizar en qué casos va a aplicarse⁸¹. El TJUE establece por primera vez un límite no reconocido expresamente en la Decisión Marco: el respeto de los derechos fundamentales, inclinándose por la opción tridimensional a la que se ha hecho referencia en líneas anteriores, y según la cual el artículo 1, apartado 3 de la Decisión Marco va a poder interpretarse como una causa de denegación facultativa en supuestos excepcionales. Solución que parte de la doctrina ha interpretado como positiva, por dejar «respirar» al principio de reconocimiento mutuo a la vez que permite el establecimiento de ciertas condiciones por parte del Estado miembro de ejecución⁸².

De los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru* se ha llegado a afirmar que suponían una «reconciliación»⁸³ de la protección de derechos fundamentales con los principios de reconocimiento mutuo y confianza mutua, dado que con el fallo se busca proteger ambos intereses: los derechos fundamentales quedan protegidos al establecer la necesidad por parte del Estado miembro de ejecución de posponer la entrega en esas situaciones excepcionales, y los principios de reconocimiento mutuo y confianza mutua se protegen al no establecer un motivo facultativo de denegación de la ODE en el texto de la Decisión Marco.

⁷⁹ *Cit.*, párrafos 77-80.

⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 82.

⁸¹ MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «La emergencia de...», *op. cit.*, pp. 884-885.

⁸² MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «“Dime cómo son...»», *op. cit.*, p. 21.

⁸³ *Vid.* GÁSPÁR-SZILÁGY, S., «Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 24, núm. 2-3, 2016, pp. 197-219.

V. ACERCA DE LA INCLUSIÓN DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

Si un aspecto puede concluirse del epígrafe anterior es que el principio de reconocimiento mutuo requiere para su plena efectividad de una confianza mutua entre los Estados miembros. Confianza cuyo fundamento o justificación reside en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con los demás una serie de valores, entre los cuales se encuentra el respeto de los derechos fundamentales⁸⁴, y que este respeto es equivalente en todos los Estados miembros. Sin embargo esto plantea un problema, ¿qué ocurre cuando se prueba una falta de equivalencia?, ¿debe considerarse roto el deber de confianza recíproca entre los Estados?

Esta cuestión no se resuelve de forma clara en la Decisión Marco. De hecho, en su artículo 1.3 se afirma que la Decisión Marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del TUE, y sin embargo, tal y como se ha comentado en líneas anteriores, no es posible encontrar entre los motivos de denegación y de sujeción de la entrega a condición, una cláusula general de respeto a los derechos fundamentales de la persona objeto de la ODE.

Esta ambigüedad en el texto normativo nos obliga a acudir a la jurisprudencia del TJUE al respecto y, a pesar de que la sentencia de los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru* representa un cambio de tendencia francamente positivo, no queda claro el alcance de dicho fallo.

A lo largo de la misma el TJUE no aclara en ningún momento si los derechos protegidos son los derechos fundamentales en general, o si el ámbito de protección de esta excepción debe quedar circunscrito a los derechos del artículo 4 de la Carta, íntimamente ligados con el concepto de dignidad⁸⁵. Evidentemente una restricción a la aplicación del Derecho derivado de

⁸⁴ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, publicado en la Recopilación electrónica (EU:C:2014:2454), párrafo 168.

⁸⁵ GÁSPÁR-SZILÁGY, S., «Joined Cases Aranyosi...», *op. cit.*, pp. 197-219.

la Unión es más fácilmente justificable si se hace para salvaguardar un derecho como el previsto en el artículo 4 de la Carta⁸⁶, pero ¿qué ocurre entonces con el resto de los derechos?

Además, no debe olvidarse que no todos los Estados miembros han adaptado su trasposición de la Decisión Marco a esta reciente jurisprudencia, y por lo tanto no todos cuentan con una cláusula que les permita posponer y en último término denegar la ODE en las situaciones excepcionales a las que nos hemos referido en el epígrafe IV. Esto genera una laguna legal y puede acabar desembocando en un trato desigual a los detenidos en función de la autoridad judicial de ejecución⁸⁷.

Es por todo ello, por lo que planteo en este epígrafe si sería conveniente introducir en el texto de la Decisión Marco un motivo explícito de denegación de la ODE en relación a los derechos fundamentales. Para ello trato de dilucidar si la introducción de dicha cláusula permitiría aclarar las cuestiones interpretativas a las que se ha hecho referencia y dotar a las personas objeto de una ODE de un marco de protección más igualitario y garantista, o si por el contrario, esta solución únicamente conduciría a una pérdida de efectividad en el instrumento y por consiguiente sería un obstáculo más en la construcción del ELSJ.

1. Elementos a favor de la inclusión

No son pocos los autores que en los últimos años han defendido la necesidad de dar un paso más e incluir la ya mencionada cláusula en la Decisión Marco⁸⁸, encontrando la justificación de ello en muy diversos motivos.

En primer lugar, recuerdan los recientes casos en los que el TJUE se ha visto obligado a afirmar que efectivamente, la confianza mutua que se deben los Estados miembros y, por consiguiente el principio de reconocimiento mutuo, no son absolutos, y que en determinadas situaciones, el respeto de los derechos fundamentales puede ser una de las razones para limitarlos⁸⁹. Sin embargo, a pesar de que en los considerandos 10, 12 y 13 o que en los artículos 1, apartado 3 y 23, apartado 4 se hagan referencias claras a los derechos

⁸⁶ MONTALDO, S., «On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice», *European Papers*, vol. 1, núm. 3, 2016, p. 989.

⁸⁷ MARGUERY, T., «Rebuttal of Mutual Trust and Mutual Recognition in Criminal Matters: Is “Exceptional” Enough?», *European Papers*, vol. 1, núm. 3, 2016, p. 943.

⁸⁸ Entre otros MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «“Dime cómo son...»», *op. cit.*, p. 23; o LUDFORD, S., entrevista en EUROJUST News, núm. 12, 2014, p. 12.

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/Pages/newsletter.aspx>

⁸⁹ MONTALDO, STEFANO, «On a Collision...», *op. cit.*, p. 965.

fundamentales y a motivos humanitarios graves, el hecho de que entre los motivos de denegación de la ODE no se mencione de forma específica la violación de los derechos fundamentales pone en evidencia que éstos no están adecuadamente protegidos en este instrumento comunitario⁹⁰.

Asimismo, tal y como explica Anne Weyembergh⁹¹, para que el objetivo de un ELSJ sea una realidad es necesario encontrar un equilibrio entre las tres dimensiones que lo componen, y ello pasa entre otras cosas, por definir claramente los elementos que intervienen en este espacio.

A diferencia del principio de reconocimiento mutuo, los límites del principio de confianza mutua no están claramente definidos en materia de cooperación judicial⁹². Como se ha indicado más arriba, si bien es cierto que esa confianza mutua se presume, ello no implica que ésta no pueda desaparecer en determinadas circunstancias. Sin embargo, nada dice la legislación europea respecto a cómo debe aplicarse ese control de derechos fundamentales cuando no se produzca con base en un motivo de no ejecución.

Para estos autores, la introducción de la cláusula sería la oportunidad perfecta para resolver estas cuestiones.

Finalmente, en palabras de Sarah Ludford, una cláusula que hiciera referencia explícita a los derechos humanos serviría para recordar a las autoridades judiciales su obligación de asegurar el respeto a los derechos fundamentales, y para aclarar muchas de las dudas existentes al establecer una definición clara y consistente⁹³.

No obstante, incluso entre los defensores de la introducción de la cláusula hay determinados aspectos que no han sido concretados todavía, como el nivel de protección que ésta garantizaría, es decir, ¿qué derechos cubriría? ¿podría activarse también ante la existencia de riesgos o únicamente cuando la violación se ha producido? o incluso ¿sobre qué parte recaería la carga de la prueba?

⁹⁰ SCHALLMOSER, N. M., «The European arrest warrant and fundamental rights», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, núm. 2, 2014, p. 135.

⁹¹ WEYEMBERGH, A., «¿Es necesario proceder a una nueva armonización de los delitos como condición para aplicación de la orden de detención y entrega europea?» en *La orden de detención y entrega europea*, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A., (coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 89-98.

⁹² MARGUERY, T., «Rebuttal of Mutual...», *op. cit.*, p. 944.

⁹³ LUDFORD, S., entrevista en EUROJUST News... *cit.*, p. 12.

2. Elementos en contra de la inclusión

Frente a esta primera postura existe otro grupo de autores que se posiciona en contra de incluir en el texto de la Decisión Marco un motivo de denegación relativo al riesgo de violación de derechos fundamentales por considerarlo innecesario. Es decir, entienden que en el marco actual los derechos fundamentales ya están suficientemente protegidos.

Desde esta posición se alega que en el seno de la Unión ya existen suficientes mecanismos para evitar que se llegue a una situación donde los derechos del detenido corran algún tipo de riesgo de ser vulnerados⁹⁴.

En primer lugar, todos los Estados miembros son parte del CEDH, y todos ellos tienen constituciones que garantizan estos derechos, lo que en un principio impediría dudar de la calidad procesal de éstos⁹⁵.

Además en los últimos años el TEDH ha tratado de establecer un nivel comparable de protección de los derechos fundamentales, y por si fuera poco, existe un mecanismo en el artículo 7 del TUE que permite al Consejo constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave de los valores de la Unión por parte de un Estado miembro, y que en último término, le habilita para sancionarle⁹⁶.

En lo que respecta al respeto de los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros cuando éstos apliquen el Derecho de la Unión, según el artículo 6, apartado 3 TUE: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales», de lo que se deduce que tanto los Estados miembros como las instituciones europeas, cuando apliquen el Derecho de la Unión, deben respetar esos derechos fundamentales.

Además, el artículo 53 de la Carta establece que ninguna de sus disposiciones: «[...] podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho

⁹⁴ PRECHAL, S., «Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union», *European Papers*, vol. 2, núm. 1, 2017, pp. 85-86.

⁹⁵ DE KERCHOVE, G., «La Orden de Detención Europea y Principio de Reconocimiento Mutuo» en *La orden de detención y entrega europea*, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A., (coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 21-30.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 26.

internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». Y respecto al alcance de dicha protección, el artículo 52, apartado 3 indica que: «[...] en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio [...]», aclarando a continuación que ello no impedirá que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. En otras palabras, el CEDH representa un estándar mínimo de protección que la Carta podrá aumentar⁹⁷.

En definitiva, dado que la aplicación de la ODE y el Derecho de la Unión en general no pueden conducir a una violación manifiesta de los derechos fundamentales, la Carta permitiría justificar, en último término, el abandono del procedimiento⁹⁸, estableciendo *de facto* un límite a la regla de oro sobre la que descansa el principio de reconocimiento mutuo en materia judicial: reconocer y ejecutar, haciendo innecesaria la cláusula de protección de los derechos fundamentales.

⁹⁷ GAJA, G., «The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments for the Protection of Human Rights», *European Papers*, vol. 1, núm. 3, 2016, p. 800.

⁹⁸ MONTALDO, S., «On a Collision...», *op. cit.*, p. 984.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha podido comprobar la enorme importancia de la ODE en el sistema de cooperación judicial en materia penal en la UE. Gracias a ella se han podido superar las debilidades que caracterizaban a la extradición como la dilatación de los plazos, el oportunismo político o las dificultades que podían producirse en la comunicación entre los Estados miembros.

Se han destacado varios momentos clave que posibilitaron la transición de la extradición a la ODE, y en todos ellos el elemento común era la determinación por avanzar hacia una mayor integración europea. Sin embargo, es importante no dejar de lado una cuestión esencial que ha caracterizado desde su nacimiento al proyecto europeo: la protección de los derechos fundamentales. En ningún caso debe permitirse un retroceso en esa materia por muy ambicioso que sea el objetivo perseguido.

En los últimos años la confianza mutua entre los Estados miembros ha ido cobrando cada vez más importancia, debido no solo a que garantiza unas óptimas relaciones entre éstos, sino también a su papel fundamental como presupuesto del principio de reconocimiento mutuo. No obstante, tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo, esta confianza no debe presumirse, y en cualquier momento puede perderse si se acreditan violaciones de derechos fundamentales por parte de algún Estado miembro. De hecho sería ingenuo considerar que por el mero hecho de compartir una serie de principios y valores, los controles de respeto de los derechos fundamentales automáticamente deben desaparecer entre los Estados miembros.

Por todo ello, considero que el giro jurisprudencial adoptado por el TJUE en lo referente al concepto de confianza mutua no solo es positivo para la protección de los derechos fundamentales en el marco comunitario, sino que además muestra una perspectiva mucho más realista y pragmática de las relaciones entre los Estados miembros.

Al mismo tiempo, es necesario precisar que habilitar con carácter general a los Estados miembros para valorar desde la óptica de su Derecho interno si el resto de Estados respeta ese estándar común de derechos fundamentales iría en detrimento del sistema de cooperación judicial comunitario y en consecuencia perjudicaría la consecución del ELSJ.

Los asuntos acumulados *Aranyosi* y *Căldăraru* nos han permitido comprobar que, a efectos prácticos, cuando una persona sufra un riesgo real de violación de un derecho fundamental el

artículo 1, apartado 3 de la Decisión Marco opera como una cláusula que va a permitir no solo posponer la ejecución de la ODE, sino en último término suspenderla. Es decir, no solo existen mecanismos en el Derecho originario de la Unión que van a evitar que se produzcan violaciones de los derechos fundamentales, sino que si eventualmente pudiéramos encontrarnos ante un riesgo de tal violación, el TJUE a través de su jurisprudencia ha reforzado aún más el sistema, permitiendo a la autoridad judicial del Estado miembro requerido denegar la ODE.

Las principales inquietudes invocadas por los autores que defienden una modificación en el texto de la Decisión Marco nacen de la simplicidad procesal de la ODE y el acortamiento en sus plazos con respecto al sistema de extradición. Sin embargo, como he explicado, y en la línea de lo defendido por el TJUE, la inclusión de la cláusula no sería la solución acertada para hacer frente a dichas inquietudes.

El motivo es que una vez demostrado que no hay un riesgo real de violación o que de haberlo existen mecanismos que permiten la paralización del proceso de detención y entrega, los siguientes pasos en materia de cooperación judicial penal deberían ir encaminados no a buscar una mayor rigidez en el procedimiento sino a la mejora de todas aquellas etapas de éste en las que los derechos de los detenidos se pueden ver más expuestos. Por ello sería aconsejable trabajar en la mejora de los sistemas penitenciarios, impulsar una progresiva armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia penal y favorecer una mayor comunicación entre los Estados miembros que refuerce la confianza entre ellos. En definitiva, todos aquellos elementos que van a permitir un desarrollo del proceso eficaz y garantista, sin debilitar la confianza mutua de los Estados miembros y permitiendo avanzar hacia la consecución del tan anhelado ELSJ.

Además, ya se ha expuesto que incluso entre los autores que defienden de manera ferviente la introducción de dicha cláusula existen discrepancias en lo relativo a aspectos como el nivel de protección que garantizaría o los requisitos que deberían exigirse para su aplicación. Por este motivo no parece sensato entrar a modificar el texto normativo con tantas cuestiones todavía sin decidir, especialmente una vez comprobado que la introducción de dicha cláusula no se traduciría en una mayor protección de los derechos de los detenidos sino que únicamente añadiría una rigidez innecesaria al procedimiento.

Debe tenerse presente por último que el ELSJ únicamente puede ser una realidad si no se requiere verificar en cada caso concreto el nivel de protección y respeto a los derechos

fundamentales que se da en otros Estados miembros⁹⁹, y por consiguiente, el principio de reconocimiento mutuo debe continuar siendo la pieza clave en el sistema, al permitir avanzar hacia una mayor integración en materia penal respetando la soberanía nacional de los Estados miembros.

En definitiva, el reto que se plantea para los próximos años es compatibilizar el principio de reconocimiento mutuo y con una protección real y efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La UE no debe conformarse con lo conseguido hasta ahora, sino aspirar a más y eso únicamente será posible si logramos reconciliar estas dos cuestiones. Porque tal y como ha indicado el Presidente del TJUE Koen Lenaerts: «[...] la Unión únicamente puede subsistir si los valores que unen a los pueblos europeos son más fuertes que las diferencias que les separan»¹⁰⁰.

La UE surgió en un contexto de búsqueda de una paz duradera en el territorio europeo y por este motivo debe caracterizarse por una defensa firme de los derechos humanos.

Por todo ello puede concluirse que la ODE es un instituto jurídico necesario en el ordenamiento jurídico de la UE, que nos ha permitido luchar contra la delincuencia transfronteriza de forma eficiente durante 14 años, pero en cuya aplicación se debe prestar una atención extrema debido a los riesgos que pueden derivarse de una injusta aplicación de la misma.

⁹⁹ PRECHAL, S., «Mutual Trust Before...», *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁰ LENAERTS, K., «Les valeurs de l'Union Européenne et le pluralisme constitutionnel», *Annales de Droit de Louvain*, vol. 76, núm. 2, 2016, p. 184.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, S., y LEAF, M., «Mutual recognition in European judicial cooperation: A step too far too soon? Case study – The European Arrest Warrant», *European Law Journal*, 2004.
- BACHMAIER WINTER, L., «Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015.
- BAILLEUX, A., «Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin – A propos des arrêts Stefano Melloni et Åkerberg Fransson de la Cour de Justice», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 26, 2014.
- BROUWER, E., «Mutual trust and human rights in the ASFJ: In search of guidelines for national courts», *European Papers*, vol. 1, núm. 3, 2016.
- CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, Dykinson, Madrid, 2003.
- DE KERCHOVE, G., «La Orden de Detención Europea y Principio de Reconocimiento Mutuo» en *La orden de detención y entrega europea*, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A., (coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.
- GAJA, G., «The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments for the Protection of Human Rights», *European Papers*, vol. 1, núm. 3, 2016.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Tribunal de Justicia de la Unión Europea-TJUE-Sentencia de 26.02. 2013, Melloni, C-399/11- “Cooperación policial y judicial en materia penal- Orden de detención europea-Procedimientos de entrega entre Estados miembros- Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido- Ejecución de una pena impuesta en rebeldía-Posibilidad de revisión de la sentencia”. ¿Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la euroorden europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 17, núm. 46, 2013.
- GÁSPÁR-SZILÁGY, S., «Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest

Warrant», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 24, núm. 2-3, 2016.

- HERRERO DE LA FUENTE, A., «La contribución de la Unión Europea al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 16, 2009.
- JANSSENS, C., *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford University Press, 2013.
- LENAERTS, K., «Les valeurs de l’Union Européenne et le pluralisme constitutionnel», *Annales de Droit de Louvain*, vol. 76, núm. 2, 2016.
- LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la orden europea», *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 20, 2004.
- MARCOS FRANCISCO, D., «De la extradición a la orden europea de detención y entrega, primer instrumento de cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 27, 2006.
- MARGUERY, T., «Rebuttal of Mutual Trust and Mutual Recognition in Criminal Matters: Is “Exceptional” Enough?», *European Papers*, vol. 1, núm. 3, 2016.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Căldăraru», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 20, núm. 55, 2016.
- MONTALDO, S., «On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice», *European Papers*, vol. 1, núm. 3, 2016.
- MORÁN BLANCO, S., «La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia», *Anuario español de Derecho Internacional*, núm. 26, 2010.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «“Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos Căldăraru y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2017.

- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La configuración del Espacio Judicial Europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 50, 2014.
- PRECHAL, S., «Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union», *European Papers*, vol. 2, núm. 1, 2017.
- SCHALLMOSER, N. M., «The European arrest warrant and fundamental rights», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, núm. 2, 2014.
- SPENCER, J. R., «The European arrest warrant», *Cambridge Yearbook of European legal studies*, vol. 6, 2004.
- TORRES PÉREZ, A., «Euroorden y conflictos constitucionales: A propósito de la STC 199/2009, de 28-9-2009», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 35, 2010.
- WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Universidad de Bruselas, Bruselas, 2004.
- WEYEMBERGH, A., «¿Es necesario proceder a una nueva armonización de los delitos como condición para aplicación de la orden de detención y entrega europea?» en *La orden de detención y entrega europea*, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A., (coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.
- WILLEMS, A., «Mutual trust as a term of art in EU criminal law: revealing its hybrid character», *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, 2016.