

De la asistencia judicial al espacio europeo de seguridad y justicia

«Todo derecho no es más que un cierto paliativo a la violencia inherente a toda sociedad humana» (Raymond Aron).

Sumario: I. CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN HECHO EN PARÍS EL 13 DE DICIEMBRE DE 1957.—II. CONVENIO EUROPEO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL HECHO EN Estrasburgo EL 20 DE ABRIL DE 1959.—III. EL ACERVO DE SCHENGEN.—IV. CONVENIO ESTABLECIDO SOBRE LA BASE DEL ARTÍCULO 31 DEL TUE RELATIVO A LA EXTRADICIÓN ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA HECHO EN DUBLÍN EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 1996.—V. CONVENIO CELEBRADO POR EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, RELATIVO A LA ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA FIRMADO EN BRUSELAS EL 29 DE MAYO DE 2000.—VI. DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y LOS PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA ENTRE ESTADOS MIEMBROS.

La eliminación de las fronteras interiores ha generado una serie de fenómenos concatenados que han supuesto un cambio esencial en el modo de entender la lucha contra la delincuencia. De la asistencia o cooperación en su forma habitual se ha pasado a un espacio de seguridad y justicia, lo que fundamentalmente quiere decir que en gran medida se han superado las reticencias y desconfianzas tradicionales, agilizándose los trámites y los mecanismos de colaboración.

Es cierto que esta tendencia hacia una mayor cooperación y agilización del procedimiento es general y no exclusiva del ámbito europeo, pero qué duda cabe que en este último nivel se está acudiendo a unos mecanismos y logrando unos resultados sin precedentes. Al fin y al cabo, no puede olvidarse que la consecución de un alto grado de seguridad dentro de un espacio

* Letrada de las Cortes Generales.

de libertad, seguridad y justicia se configura como uno de los objetivos de la Unión. El artículo 29 del Tratado de la Unión Europea lo dice con claridad:

«Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de:

- *Una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.*
- *Una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32.*
- *La aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31.»*

Los niveles de cooperación son distintos y así, siguiendo a Gilbert¹ podemos distinguir tres escalones:

- a) En primer lugar, en lo que Gilbert llama el **micronivel** se situaría la cooperación entre los Cuerpos de Policía de los Estados colindantes en la lucha contra el crimen transfronterizo.
- b) El **mezzonivel** implicaría ya un mayor nivel de formalización de la cooperación policial, por ejemplo, a través de la creación de organismos internacionales como Interpol.
- c) Finalmente, en el **macronivel** se situarían los contactos intergubernamentales, también a través de la vía diplomática y, sobre todo, las convenciones internacionales de asistencia mutua.

En el ámbito europeo los avances se han producido en los tres niveles. Dentro del primero podríamos destacar la creación de equipos conjuntos de investigación y en lo que al segundo se refiere, Europol, está cobrando un papel cada vez de mayor relevancia. Sin embargo, nosotros nos centraremos fundamentalmente en el análisis de la evolución de la cooperación judicial, tal y como resulta de los convenios internacionales más importantes, prestando especial atención a la extradición como una de las piezas clave del sistema.

Para abordar el tratamiento del tema analizaremos los distintos instrumentos jurídicos por orden cronológico, ya que es la forma más sencilla

¹ Geoff Gilbert, *Aspects of extradition law*, Martinus Nijhoff Publishers.

de ubicarse en el abigarrado panorama normativo. Sin embargo, no vamos a proceder a un análisis exhaustivo, sino a dar unas pinceladas que nos permitan apreciar los importantes avances realizados. La base principal de los mismos ha sido, en los últimos años, el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, cuya literalidad, especialmente la del apartado 1.º, es muy ilustrativa de los mecanismos que han de servir para impulsar el espacio de seguridad y justicia:

«1. La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal *incluirá, entre otras:*

- a) *La facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros, también, cuando así convenga, mediante Eurojust, en relación con las causas y la ejecución de resoluciones.*
- b) *La facilitación de la extradición entre Estados miembros.*
- c) *La consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación.*
- d) *La prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros.*
- e) *La adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas [...].»*

I. CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN HECHO EN PARÍS EL 13 DE DICIEMBRE DE 1957

La extradición es una de las formas más antiguas y más clásicas de cooperación judicial, de ahí que el Consejo de Europa abordase tempranamente esta institución.

El Convenio de Extradición de 1957 recoge los principios tradicionales en la materia. De hecho, en su momento se criticó lo poco moderno que resultaba para su tiempo al acoger demasiadas consideraciones de soberanía de los Estados miembros, como señala Dieter Weber. Respecto a esto no hay que olvidar que en el seno del Consejo de Europa hubo que hacer frente a muchos compromisos. Algunos Estados colocaron como meta del Convenio la agilización de la extradición, mientras que otros, como los escandinavos, insistieron en mantener la posibilidad de denegación cuando las circunstancias de carácter humanitario lo aconsejasen. Asimismo, hubo que hacer frente a las dificultades provenientes del Derecho anglosajón favorable al examen de las pruebas en el Estado requerido. Tiene, por tanto, sus limitaciones, como todo texto internacional sobre el que ha habido que alcanzar un compromiso, pero durante años —y todavía hoy— ha sido el texto de referencia en materia de extradición para muchos países europeos. Tiene además una virtud adicional, que es la que motiva que lo tratemos en esta sede, la de haber sido la base sobre la cual los Estados miembros de la Unión Europea han concertado una colaboración más estrecha.

El Convenio de Extradición de 1957 (en adelante, CEX) configura la extradición como una *obligación* de las partes contratantes siempre que se den las condiciones establecidas en el mismo. Si echamos un vistazo a estas condiciones, nos encontramos con una larga lista de casos —muchos de los cuales forman parte de los principios comunes en materia de extradición—, en los que la misma no procede o puede denegarse, según los casos. Se diferencia, por tanto, entre no extradición obligatoria y no extradición facultativa, como se desprende de los términos que utiliza el propio convenio. Los supuestos son los siguientes:

- a) Delitos que tengan atribuida una pena inferior al año:

El CEX dice en su artículo 2.1:

«Darán lugar a la extradición aquellos hechos que las leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa. Cuando en el territorio de la Parte requirente se hubiere pronunciado condena o se hubiere infligido una medida de seguridad, la sanción impuesta deberá tener una duración de cuatro meses cuando menos.»

- b) Delitos excluidos por las partes contratantes en virtud de su Ley interna (art. 2.3 y 4).
c) Delitos políticos (art. 3).
Aquí el tenor del CEX es contundente:

«No se concederá la extradición si el delito por el cual se solicita es considerado por la Parte requerida como delito político o como hecho conexo con un delito de tal naturaleza.»

- d) Solicitud presentada con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas.

No se concederá la extradición cuando la parte requerida tuviera razones fundadas para creer que la solicitud de extradición se ha presentado con dicho motivo.

- e) Delitos fiscales (art. 5).
Solamente se concederá la extradición de acuerdo con lo prevenido entre las partes contratantes.
f) Delitos cometidos en el territorio de la parte requerida (art. 7).
La denegación en este caso es facultativa.
g) Delitos que hayan motivado sentencia definitiva o persecución por la parte requerida (arts. 8 y 9).
La denegación es facultativa en el caso de actuaciones en curso por los mismos hechos; sin embargo, cuando la persona reclamada ha sido definitivamente sentenciada, el CEX es contundente y dice que *«no se concederá la extradición»*.

- h) Delitos prescritos (art. 10).
No se concederá la extradición y, para mayor garantía, basta que la acción penal o la pena hayan prescrito con arreglo a la legislación del Estado requirente o a la del Estado requerido.
- i) Delitos castigados con la pena capital (art. 11).
La extradición es facultativa.
- j) Delitos para los que esté previsto la posibilidad de seguir un proceso en rebeldía sin respetarse los derechos de defensa (art. 3 del Segundo Protocolo Adicional).
La no concesión de la extradición también aquí es facultativa.
- k) Delitos para los que se hubiese concedido la amnistía (art. 4 del Segundo Protocolo Adicional).
No procederá la extradición.

En cuanto al procedimiento simplemente destacaremos que el CEX prevé, como regla general, la vía diplomática.

Los Protocolos Adicionales (Protocolo Adicional hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975, y Segundo Protocolo Adicional hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978) son una buena muestra de cómo ha ido avanzando la cooperación en esta materia, ya que suavizan considerablemente algunas condiciones de concesión de la extradición e inciden incluso en algunos puntos importantes del procedimiento. Los cambios se aprecian especialmente en el tratamiento de aspectos como los delitos políticos o los delitos fiscales. En todo caso, téngase en cuenta a la hora de valorar los avances que entre el Convenio de Extradición y sus Protocolos Adicionales media una distancia de veinte años.

Un primer comentario merece la evolución del tratamiento de los delitos políticos.

Como señala Manzanares Samaniego² los primeros acuerdos sobre entrega de delincuentes refugiados en el extranjero se referían a delitos políticos, por ser éstos los que de verdad importaban al poder público. Es más, Gilbert considera que en la doctrina hay consenso en que el primer acuerdo relacionado con la extradición se concluyó en el año 1280 a. C., entre Ramsés II de Egipto y el príncipe hitita Hattushilish III, precisamente para aplicarse a los «grandes hombres». El trato privilegiado para el delito político comienza con la Revolución de julio de 1830 cuando el activista político es considerado por muchos como un luchador por la libertad. Pero el uso, cada vez más frecuente, de la violencia por algunos movimientos llevaron a la llamada cláusula de atentado, recogida por primera vez en la Ley belga de 1856 y posteriormente generalizada. Hoy la encontramos en el artículo 3.3 del Convenio Europeo de Extradición de 1957:

«Para la aplicación del presente Convenio, no se considerará como delito político el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.»

² Manzanares Samaniego, *El Convenio Europeo de Extradición*.

Como dicha cláusula estaba pensada exclusivamente para los atentados contra los Jefes de Estado y sus familias, pronto resultó insuficiente, iniciándose la tendencia a restringir el concepto de delito político, sobre todo en lo que atañe al terrorismo. A esta tendencia responde el Primer Protocolo Adicional que especifica que no se considerará que son delitos políticos los crímenes de lesa humanidad, las infracciones previstas para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, cualesquiera violaciones análogas de las leyes y costumbres de guerra.

También los delitos fiscales han quedado tradicionalmente exentos de la extradición.

Señala Jescheck³ que la justificación reside en que las pugnas aduaneras y económicas entre los Estados han contribuido a situar esta delincuencia muy cerca de la política.

Hay aquí un cambio importante, ya que la obligación de extradición pasa de ser la excepción con el Convenio de Extradición del 57 a ser la regla general con el Segundo Protocolo Adicional.

Dice el artículo 5 del Convenio de Extradición:

«En materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio, la extradición se concederá, en las condiciones prevenidas en el presente Convenio, tan sólo cuando así se hubiere decidido entre las Partes contratantes para cada delito o categoría de delitos.»

Sin embargo, según el artículo 2 del Segundo Protocolo Adicional:

«1. En materia de tasa e impuestos, de aduana y de cambio, la extradición se concederá entre las Partes Contratantes, con arreglo a las disposiciones del Convenio, por los hechos que se correspondan, según la ley de la Parte requerida, con un delito de la misma naturaleza.

2. La extradición no podrá denegarse por el motivo de que la legislación de la parte requerida no imponga el mismo tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de impuestos y tasas, de aduana y de cambio, que la legislación de la Parte requirente.»

También en cuanto al procedimiento hay agilizaciones, ya que si la vía diplomática era la regla general en el Convenio de 1957, el Segundo Protocolo Adicional establece que la solicitud se dirigirá por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida.

II. CONVENIO EUROPEO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL HECHO EN ESTRASBURGO EL 20 DE ABRIL DE 1959

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal (en adelante, CEAJ) es un Convenio realizado en el ámbito del Consejo de Europa y muy relacionado con el Convenio de Extradición de 1957.

³ Jescheck, «Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in Europa», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 66, 1954.

El Convenio opera en los procedimientos relativos a infracciones cuya represión en el momento de pedir la asistencia sea de la competencia de las autoridades judiciales de la Parte requirente. Pero téngase en cuenta los casos en que de acuerdo con el artículo 2 dicha asistencia judicial podrá denegarse:

- a) Si la solicitud se refiere a infracciones que la Parte requerida considere como infracciones de carácter político o infracciones relacionadas con infracciones de carácter político, o como infracciones fiscales.
- b) Si la Parte requerida estima que la ejecución de la solicitud podría causar perjuicio a la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales de su país.

Aparece aquí de nuevo el delito político y el delito fiscal junto con la posible apreciación de causas de orden público y semejantes.

Vistos el ámbito de aplicación y los supuestos de posibles negativas de la asistencia judicial, el contenido de la asistencia, que se solicitará a través de comisiones rogatorias, consistirá en que la Parte requirente realice actuaciones de instrucción o transmita piezas probatorias, expedientes o documentos.

Para algunas actuaciones el Convenio prevé garantías adicionales a la prevista en el artículo 1. Así, por ejemplo, el artículo 5 autoriza a las Partes contratantes a reservarse la facultad de someter la ejecución de las comisiones rogatorias que tengan como fin un registro o un embargo de bienes a una o varias de las condiciones siguientes:

- a) que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la ley de la Parte requirente y de la Parte requerida;
- b) que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a la extradición en el país requerido;
- c) que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con la ley de la Parte requerida.

Pero el Convenio no simplemente prevé este tipo de garantías genéricas, sino también otras más concretas para los que van a participar en la actividad de instrucción.

Así, por ejemplo, en relación con los testigos y peritos que no hubiesen obedecido una citación de comparecencia, el artículo 8 dice que no podrán ser objeto de ninguna sanción o medida coercitiva, salvo que en fecha posterior entre voluntariamente en el territorio de la Parte requirente y sea citado de nuevo en debida forma. También el artículo 12 consagra la inmunidad del testigo, perito o persona encausada que comparezca ante las autoridades requirentes en la medida que prohíbe que aquélla sea perseguida, detenida o sometida a ninguna otra restricción de su libertad individual en el territorio de la Parte requirente por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida, siempre y cuando dicha persona haya tenido la posibilidad de abandonar el territorio en quince días.

III. EL ACERVO DE SCHENGEN

De los Convenios del Consejo de Europa de 1957 y 1959 al denominado «acervo Schengen» hay un salto cualitativo de primer orden.

El «acervo Schengen» es un buen ejemplo de lo relacionado que están la libre circulación de personas y la cooperación en materia penal.

Sin restar importancia y méritos a los Convenios de 1957 y 1959, no se puede pasar por alto que con la libre circulación de personas los Estados se vuelven más conscientes de su propia vulnerabilidad y de la necesidad de suplir la seguridad en las fronteras interiores por una cooperación mucho más intensa. Los delincuentes que hoy actúan en el país vecino, mañana pueden hacerlo en el propio, y viceversa, lo que implica que la colaboración se impone, puede decirse que por solidaridad o por interés propio, según quiera creerlo cada cual.

Ante la división reinante entre los Estados miembros, Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos crearon entre ellos el «espacio Schengen», un territorio sin fronteras. Lo que empezó como mera cooperación intergubernamental se vio coronado de éxito a raíz del Tratado de Amsterdam, ya que el mismo pasó a incorporar como acervo de la Unión Europea las decisiones y estructuras existentes, a la vez que la cooperación se ampliaba a trece Estados. Es cierto que lo que se conoce como acervo de Schengen sigue siendo un ámbito complejo, ya que Irlanda y el Reino Unido no forman parte del mismo —si bien pueden participar en sus decisiones con voto unánime de los trece Estados miembros— y Dinamarca puede elegir aplicar o no toda nueva Decisión tomada sobre la base del acervo de Schengen. Por otra parte, según acuerdo del Consejo, el acervo de Schengen se aplica a la Unión Nórdica de Pasaportes de la que forman parte, además de Suecia, Finlandia y Dinamarca —que también son miembros de la Unión—, Islandia y Noruega.

El Acuerdo Schengen, firmado en Schengen el 14 de julio de 1985 y que hay que diferenciar del Convenio de aplicación, es, como señala su título oficial, un acuerdo relativo a la supresión gradual de las fronteras comunes. A corto plazo, el acuerdo implica la adopción de medidas técnicas tendentes a facilitar el tránsito entre fronteras, tales como la simple inspección ocular de los vehículos de turismo que franqueen la frontera común a velocidad reducida, sin provocar la parada de dichos vehículos (art. 2) o la realización de controles de muestreo (art. 12). Lo que a nosotros de verdad nos interesa aquí son las medidas a largo plazo y, en particular, las previstas en el artículo 18:

- a) Elaboración de acuerdos relativos a la cooperación policial en materia de delincuencia y sobre la investigación;
- b) Examen de las posibles dificultades en la aplicación de los acuerdos de asistencia judicial internacional y de extradición, para llegar a las soluciones más idóneas con el fin de mejorar la cooperación entre las Partes en estos ámbitos;

- c) Búsqueda de medios que permitan combatir en común la criminalidad, entre otros, mediante el estudio de la eventual ordenación de un derecho de persecución policial que tenga en cuenta los medios de comunicación existentes y la asistencia judicial internacional.

Estos objetivos se han plasmado en el Convenio de aplicación, firmado en Schengen, el 19 de junio de 1990, en una serie de medidas importantísimas, como la abolición de los controles en las fronteras comunes, la definición común de las condiciones de paso a través de las fronteras exteriores, la creación del Sistema de Información Schengen (SIS) y el refuerzo de la cooperación judicial a través de un sistema de extradición más rápido y de una mejor transmisión de la ejecución de sentencias penales.

Como complemento del Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 1959 se amplía el abanico de supuestos en los que las partes se prestarán asistencia judicial, incluyendo, por ejemplo, las infracciones de los reglamentos perseguidas por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante un órgano jurisdiccional competente. En materia de delitos fiscales, las partes se comprometen a prestarse asistencia judicial para las infracciones de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de impuestos sobre consumos especiales, de impuestos sobre el valor añadido y de aduanas. También se suavizan las condiciones para la realización de algunas diligencias como las comisiones rogatorias a efectos de registro y de embargo.

En cuanto al procedimiento, la regla general es que las solicitudes de asistencia judicial se hagan directamente entre las autoridades judiciales. Hemos pasado, por tanto, de la vía diplomática en el Convenio de Extradición de 1957 a la comunicación directa entre los Ministerios de Justicia en el Convenio de 1959 y de ahí a los contactos directos entre autoridades judiciales.

Por lo que respecta a la extradición se introducen algunos aspectos destacables.

Por ejemplo, las partes se comprometen a concederse la extradición para las infracciones legales y reglamentarias en materia de impuestos sobre consumos específicos, de impuestos sobre el valor añadido y de aduanas.

Cabe destacar asimismo la extradición sin proceso formal de extradición que contempla el artículo 66:

«Si la extradición de una persona reclamada no estuviera manifestamente prohibida en virtud del derecho de la Parte contratante requerida, esta Parte contratante podrá autorizar la extradición sin procedimiento formal de extradición, siempre que la persona reclamada consienta en ello en acta redactada ante un miembro del Poder Judicial, y una vez que éste le haya informado de su derecho a un procedimiento formal de extradición. La persona reclamada podrá ser asistida por un abogado durante la audiencia.»

El marco legal de este procedimiento simplificado se completa en el seno de la Unión con el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extra-

dición entre los Estados miembros de la Unión Europea hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995.

IV. CONVENIO ESTABLECIDO SOBRE LA BASE DEL ARTÍCULO 31 DEL TUE RELATIVO A LA EXTRADICIÓN ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA, HECHO EN DUBLÍN, EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 1996

Los Acuerdos o Convenios celebrados entre los Estados de la Unión para complementar el Convenio de Extradición de 1957 han sido el verdadero cauce a través del cual se han diluido algunos principios de Derecho internacional clásico en materia de extradición. Buena prueba de ellos es el Convenio establecido sobre la base del actual artículo 31 del TUE relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996 (en adelante, Convenio de 1996). En dicho Convenio los principios de no extradición de nacionales y de no entrega por delitos prescritos no aparecen ya como reglas tajantes, sino como normas excepcionables por las partes.

La prohibición continental de la entrega de los nacionales se consideró como un dogma durante el siglo XIX, basándose en argumentos como el del derecho al juez natural y la obligación del Estado de proteger a sus ciudadanos, aunque como recuerda Catelani no se pueden pasar por alto las razones de carácter emocional. Sin duda, la desconfianza en las jurisdicciones extranjeras fue la principal razón para que perdurase este principio, que poco a poco se ha ido quebrando, sobre todo desde el ámbito de los países anglosajones.

El artículo 7 del Convenio de 1996 señala que

«no se podrá denegar la extradición por el motivo de que la persona objeto de la solicitud de extradición sea nacional del Estado miembro requerido en la aceptación del artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición».

Sin embargo, los Estados miembros pueden declarar que no se concederá la extradición de sus nacionales o que sólo la autorizará en determinadas condiciones que deberá especificar. Es cierto que en el Convenio de 1957 la no extradición de nacionales se consideraba como facultativa, pero, aun así, puede considerarse que el Convenio del 96 supone un gran avance.

En relación con la prescripción el artículo 8 dispone que no se podrá denegar la extradición por el motivo de que la acción o la pena hayan prescrito con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido. Esta norma podrá no aplicarse por el Estado requerido cuando éste sea competente, según su propio Derecho penal, para conocer de los hechos que motivan la solicitud de extradición. Recordemos que el artículo 10 del CEX impedía la concesión de la extradición en caso de prescripción de la acción penal

o de la pena con arreglo a la legislación de la Parte requirente o de la Parte requerida. Sin embargo, el Convenio del 96 toma como parámetro la legislación del Estado requirente, tendencia visible ya en el Convenio de aplicación de Schengen, cuyo artículo 62.1 dispone que *«por lo que se refiere a la interrupción de la prescripción, se aplicarán únicamente las disposiciones de la Parte contratante requirente»*.

V. CONVENIO CELEBRADO POR EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, RELATIVO A LA ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA FIRMADO EN BRUSELAS EL 29 DE MAYO DE 2000

También el Convenio celebrado por el Consejo de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea firmado en Bruselas el 29 de mayo de 2000, tiene como finalidad completar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, así como del Acuerdo y Convenio de aplicación de Schengen. En la medida en que el Convenio completa estos instrumentos, se entiende que no puede ser utilizado por sí mismo como la única base en la que sustentar una solicitud de asistencia judicial, pero sus disposiciones prevalecerán en caso de conflicto.

Muchas de las novedades respecto del Convenio de asistencia judicial de 1959 aparecen ya en el Convenio de aplicación de Schengen, concretamente en el capítulo relativo a la «asistencia judicial en materia penal», de ahí que convenga analizar la relación entre ambos instrumentos.

El artículo 2 del Convenio se dedica a las disposiciones relacionadas con el acervo de Schengen:

«1. Las disposiciones de los artículos 3, 5, 6, 7, 12 y 23 y, en la medida pertinente a los efectos del artículo 12, las de los artículos 15 y 16, y, en la medida pertinente a los efectos de los citados artículos, las del artículo 1, constituyen medidas que modifican o desarrollan las disposiciones a que se refiere el Anexo A del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen.

2. Quedan derogadas las disposiciones de la letra a) del artículo 49 y de los artículos 52, 53 y 73 del Convenio de aplicación de Schengen.»

Lo que regula este artículo son determinados aspectos derivados de la integración del acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea conforme a lo previsto en el Tratado de Amsterdam. A este respecto recordaremos que, en el momento de la adopción del Convenio, las disposiciones de Schengen eran aplicables a la mayoría de Estados miembros, así como

a Islandia y Noruega, de ahí que se clarifique qué preceptos constituyen un desarrollo del acervo de Schengen y son, por tanto, aplicables tanto a Islandia como a Noruega.

Conviene repasar brevemente algunos de los aspectos y avances más significativos:

— *Se amplían los supuestos en los que se prestará asistencia judicial:*

De acuerdo con el artículo 3, se prestará igualmente asistencia judicial en procedimientos incoados por autoridades administrativas por hechos que con arreglo al Derecho interno del Estado miembro requirente o del Estado requerido sean punibles como infracciones de disposiciones legales, cuando la decisión de dichas autoridades pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal.

Este precepto tiene por objeto permitir que pueda solicitarse la asistencia judicial en determinados tipos de casos que no están incluidos, o que sólo lo están en una medida limitada, en el Convenio de 1959, que únicamente se aplica a los procesos judiciales, en contraposición con los procesos administrativos. Por ejemplo, una «Ordnungswidrigkeit», según el Derecho alemán, constituye una infracción que no tiene naturaleza penal y que puede ser objeto de multas impuestas por autoridades administrativas. En virtud de lo dispuesto en el Convenio, puede solicitarse la asistencia judicial respecto de procedimientos administrativos y judiciales derivados de tales infracciones a pesar de que, con arreglo al Convenio de 1959, ello sólo es posible en la fase judicial de una «Ordnungswidrigkeit» o conceptos equivalentes existentes en otros países.

También se amplía la asistencia judicial a los procedimientos mencionados o procedimientos penales relativos a hechos o infracciones por los que en el Estado miembro requirente pueda ser considerada responsable una persona jurídica. De esta manera, el hecho de que el Derecho del Estado miembro requerido no contemple la responsabilidad administrativa o penal de las personas jurídicas por tales infracciones ya no puede dar lugar por sí mismo a la denegación de asistencia, lo que quiere decir que el Convenio refuerza la cooperación judicial en materia de responsabilidad de las personas jurídicas.

— *Envío y notificación de documentos procesales:*

La regla general es que se efectúe directamente por correo a las personas a los que van dirigidos (art. 5). En la formulación de este precepto se ha tenido en cuenta, en gran medida, por lo dispuesto en el artículo 52 del Convenio de aplicación de Schengen, derogado mediante el apartado 2 del artículo 2 del presente Convenio.

— *Transmisión de solicitudes de asistencia judicial:*

Como norma se prevé que se transmitan directamente entre las autoridades judiciales o entre autoridad policial y judicial; en caso de urgencia, también a través de Interpol u órgano competente del TUE (art. 6).

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal prevé en la mayoría de los casos que la transmisión de las solicitudes de asistencia judicial se produzca entre Ministerios de Justicia. El artículo 53 del Convenio de aplicación de Schengen, derogado mediante el presente Convenio, había facultado a las autoridades judiciales para comunicarse entre sí. El artículo 6 sustituye tales disposiciones estableciendo en principio contactos directos entre las autoridades judiciales, aunque con algunas excepciones.

Un aspecto importante e innovador de este precepto es la posibilidad de transmitir solicitudes no sólo por escrito, sino también por cualesquiera medios que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer su autenticidad. Así, las solicitudes pueden efectuarse, entre otros medios, por fax y por correo electrónico, superando lo contemplado en el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 1996, que permitía la transmisión de solicitudes de extradición únicamente por fax.

— *Formas específicas de asistencia judicial:*

- 1) Restitución.
- 2) Traslado temporal de detenidos con fines de investigación.
- 3) Audición por conferencia telefónica.
- 4) Audición por videoconferencia.
- 5) Entregas vigiladas.
- 6) Investigaciones encubiertas.
- 7) Equipos conjuntos de investigación.
- 8) Intervención de telecomunicaciones.

De todas estas formas específicas de asistencia judicial tenemos que hacer una referencia a los equipos conjuntos de investigación y a la intervención de las telecomunicaciones.

Los equipos conjuntos de investigación, que permiten a los Estados llevar a cabo actuaciones coordinadas y concertadas a través de investigaciones conjuntas que se desarrollen en el territorio de dos o más Estados, aparecen mencionados en el Tratado de la Unión Europea, en cuyo artículo 30.2.a) se señala que:

«2. El Consejo fomentará la cooperación mediante Europol y, en particular, en un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam:

- a) capacitará a Europol para que facilite y apoye la preparación y estimule la coordinación y ejecución de acciones específicas de investigación por las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidas las actividades operativas de equipos conjuntos que incluyan representantes de Europol en calidad de apoyo [...]

A la espera de que el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000 sea ratificado por todos los Estados miembros, se elaboró en el seno del Consejo de Ministros de Asuntos de Justicia e Interior, un Proyecto de Decisión Marco, impulsada por España, Francia,

Reino Unido y Bélgica, relativa íntegramente a los equipos conjuntos de investigación.

Además, el Gobierno ha depositado en el Congreso de los Diputados dos proyectos de ley que ahora mismo se hallan en fase de tramitación parlamentaria: el Proyecto de Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea y el Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España.

En cuanto a la intervención de las telecomunicaciones llama la atención el hecho de figurar en un título distinto al de «Formas específicas de asistencia judicial», y es que es la primera vez que se contempla en un tratado internacional, de ahí lo prolijo de la regulación. La elaboración de los artículos relativos a este punto ha generado unos trabajos cuya duración se explica especialmente por un doble factor: por una parte, la cuestión de las intervenciones de las telecomunicaciones ha exigido llegar a un equilibrio entre la eficacia de las investigaciones y el respeto de las libertades individuales, y, por otra parte, las tecnologías modernas crean situaciones nuevas a las que el Derecho tiene que dar respuesta. Por ejemplo, puede suceder que un Estado ya no esté técnicamente en condiciones de proceder directamente a la intervención de telecomunicaciones emitidas o recibidas en su propio territorio, al igual que puede suceder que técnicamente un Estado miembro pueda proceder por su cuenta a intervenir telecomunicaciones emitidas o recibidas en el territorio de otro Estado, sin tener que solicitar la ayuda de este último. Estos y otros aspectos se tratan minuciosamente en el Convenio, pero su tratamiento resulta imposible en esta sede.

Una primera conclusión que se extrae de la comparación del Convenio de asistencia de 1959 con el del año 2000 es que frente a la generalidad del primero el segundo destaca por su nivel de detalle y buena sistemática, lo que es un importante indicio de los avances que se han producido en esta materia. El Convenio de 2000 se atreve a analizar una a una las distintas formas específicas de asistencia judicial, lo que introduce una considerable dosis de claridad en el sistema.

VI. DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y LOS PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA ENTRE ESTADOS MIEMBROS

La Decisión marco del Consejo sobre la orden europea de detención es un paso de gigante en la creación del espacio de seguridad y justicia. La característica esencial de la misma es el automatismo con que opera la orden de detención, pero simultáneamente nos encontramos, como veremos de inmediato, con muchos elementos y sobre todo con muchos principios que tradicionalmente han venido predicándose de la extradición, aunque pueda resultar paradójico.

La orden europea de detención consiste en la supresión de la extradición entre los Estados miembros y en la implantación de un sistema de entrega entre autoridades judiciales.

Las relaciones clásicas de cooperación se sustituyen por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales, o lo que es lo mismo, por la verdadera y efectiva aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

En definitiva, la orden de detención deberá sustituir en las relaciones entre Estados miembros a todos los instrumentos anteriores relativos a la extradición, incluidas las disposiciones del Título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen relativas a esta cuestión.

Precisamente por suponer un enorme avance, el progreso de la orden de detención ha tenido que superar numerosos obstáculos.

Una primera controversia surgió en torno a la base legal aplicable. Noruega e Islandia tenían un fuerte interés en que la orden de detención prosperase al amparo del acervo Schengen, mientras que el Reino Unido e Irlanda, al no formar parte de Schengen, excluían la posibilidad de aplicar dicha base jurídica. Los servicios jurídicos del Consejo acabaron por apoyar esta última tesis.

Recuérdese, asimismo, el escollo del bloqueo italiano por los delitos económicos o la importante discusión acerca de la vigencia o no del control de doble incriminación, que se ha resuelto con el listado de compromiso del artículo 2.2.

Pero a pesar de tantos obstáculos algunos Estados han decidido incluso acelerar la puesta en marcha de la orden de detención. En el Consejo informal de Santiago de Compostela, Francia, Luxemburgo, Reino Unido, Portugal, Bélgica y España decidieron adelantar la entrada en vigor de la orden al próximo 1 de enero. Un año más tarde entrará en vigor para los restantes socios.

Al igual que en los Convenios internacionales la extradición se configura como una obligación, la Decisión Marco prevé como obligación de los Estados miembros la ejecución de la orden europea de detención.

¿Qué es en realidad la orden europea de detención? El artículo 1.1 la define como *«una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de diligencias penales o para la ejecución de una pena o una medida privativa de libertad»*.

La ejecución de esta orden de detención consiste simplemente en el reconocimiento de la misma por parte de la autoridad judicial del Estado requerido. Interesa destacar que el procedimiento discurre exclusivamente entre autoridades judiciales —que incluso pueden servirse del Sistema de Información Schengen, ya que una descripción en el mismo equivale a una orden europea de detención—, mientras que la función de las autoridades centrales en la ejecución de la orden de detención se limita a un apoyo práctico y administrativo (art. 7 de la Decisión Marco).

Se trata de una novedad sin precedentes en el ámbito internacional, ya que hasta ahora la tendencia había sido la de facilitar y simplificar la extra-

dición, pero nunca la de suprimirla. Por eso la eliminación entre los Estados miembros de este instrumento clásico de Derecho internacional es lo que da la medida del verdadero alcance del proceso de integración europea. Ahora bien, dicho esto, también es cierto que la regulación de la orden de detención está rodeada de garantías que se arrastran de la tradicional regulación de la extradición. Responde esto a la necesidad de superar las reticencias de muchos países, pues qué duda cabe que es preferible que este tipo de instrumentos nazcan con el máximo número de partidarios posible. Y lo cierto es que las garantías nunca están de más, aunque luego haya que enfrentarse a acusaciones confundidas de ser poco contundente en la lucha contra la delincuencia. Resulta inevitable citar aquí al gran **Alexis de Tocqueville**:

«Nada es más fértil en prodigios que el arte de ser libre, pero nada hay más arduo que el aprendizaje de la libertad... La libertad, generalmente, se establece con dificultades, en medio de tormentas, viene precedida por discordias civiles, y sus beneficios no pueden conocerse hasta que se hacen viejos.»

Analizando, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la orden europea de detención, encontramos un primer paralelismo con la extradición, concretamente con el principio de extradición por delitos graves, ya que el artículo 2.1 de la Decisión Marco prevé la posibilidad de dictar una orden europea de detención para delitos castigados en el Estado emisor con penas privativas de libertad superiores a un año o medidas de seguridad superiores a cuatro meses. Sin embargo, en el mismo artículo, apartado 2.º, se dice que habrá lugar a la entrega en el caso de delitos castigados en el Estado emisor con penas privativas de libertad superiores a tres años y sin control de la doble tipificación de los hechos, siempre y cuando se trate de los delitos contenidos en el listado de dicho artículo 2.2.

También en relación con los motivos para la no ejecución obligatoria (art. 3 de la Decisión Marco) encontramos significativos paralelismos con la institución de la extradición. Los motivos para la denegación son los siguientes:

- a) Amnistía: cuando para la infracción haya amnistía en el Estado miembro de ejecución siempre que éste fuese competente para perseguir dicha infracción (ver art. 4 del Segundo Protocolo al Convenio de Extradición de 1957).
- b) *Ne bis in idem*: cuando la persona buscada haya sido juzgada definitivamente por los hechos, por un Estado miembro, siempre que la condena esté ejecutada o se esté ejecutando.

Los motivos para la no ejecución facultativa son los previstos en el artículo 4:

- a) Excepción de no persecución en el Estado de origen: cuando los hechos no fueran constitutivos de infracción en el Estado de ejecución, salvo que se trate de delitos fiscales.

- b) Excepción por persecución interna.
- c) Excepción por prescripción o competencia propia.
- d) *Ne bis in idem* en tercer Estado: cuando la persona buscada haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, ésta se haya o se esté ejecutando.
- e) No entrega de nacionales: cuando la persona buscada sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con el Derecho de dicho Estado miembro.
- f) Extraterritorialidad.

Consideramos que la exposición de estas líneas generales pueden ser suficientes para poner de relieve las diferencias y similitudes entre la orden de detención y la extradición: diferencias en cuanto a la naturaleza y procedimiento y similitudes en cuanto a las garantías, lo que da al instrumento jurídico que estamos tratando una enorme virtualidad para acercarnos un poco más al espacio de seguridad y justicia.

Evidentemente, los instrumentos expuestos no agotan el catálogo de medidas adoptadas para crear un verdadero espacio de seguridad y justicia. También se ha llegado a un importante acuerdo político con la Decisión Marco sobre la definición de terrorismo que debería entrar en vigor en enero de 2004 y que implica la tipificación del delito de terrorismo en los códigos penales de todos los Estados miembros, alguno de los cuales no contaba hasta ahora con esta figura, armonizando simultáneamente las penas al fijar unos umbrales mínimos. Asimismo, cabría citar la lista común de organizaciones terroristas, Europol, Eurojust, ...

¿Significa todo esto que se está diluyendo la soberanía de los Estados? Como señala Michel Virally⁴, la soberanía permanece todavía hoy como la piedra angular de todo el orden jurídico internacional. La soberanía se presenta como la garantía jurídica esencial de la independencia. Hoy en día la soberanía se encuentra atrapada entre la independencia y la interdependencia, no debiendo sacrificarse un término por el otro, sino al contrario, siempre buscando su refuerzo y conciliación en beneficio de la paz y la seguridad internacionales.

⁴ Michel Virally, *Les Relations Internationales dans un Monde en mutation*, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Ginebra, 1977.