



Autor invitado

*Anotaciones al margen de los objetivos del “mandamiento europeo de detención y entrega”**

Eduardo Rozo Acuña**

SUMARIO

La internacionalización de la delincuencia organizada. - La lucha internacional contra la delincuencia organizada. - La política de la Unión Europea de frente al crimen organizado y el mandamiento de detención y entrega. - El mandamiento de detención y entrega europeo y la garantía procesal del “debido proceso”. - La posición jurídico-política del gobierno de Italia. - Conclusión: las perspectivas políticas y legislativas.

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Las organizaciones internacionales de delincuentes representan la primera forma de globalización, anteriores a las de carácter económico o financiero. Fenómenos como la piratería, la trata de seres humanos, la mafia, los ‘carteles’ de la droga, el tráfico ilícito de armas, la falsificación y el contrabando, la explotación sexual de menores, sólo para mencionar algunos, son desde sus orígenes fenómenos internacionales, globales, en la organización y en la actividad.

Su carácter internacional corresponde a la naturaleza y a la esencia misma de los fenómenos ilegales, que necesitan grandes espa-

* Presentadas en el Congreso Internacional en Sevilla, España, 23 y 24 de mayo 2002, sobre el mandamiento de detención y de entrega europeo, organizado por la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

** Catedrático de Derecho Público Comparado en la Universidad de Urbino.

cios, amplios mercados e ingentes cantidades de 'usuarios', sobre los cuales contar para asegurar los inmensos beneficios o ganancias, que a su vez garantizan la existencia, la afirmación y el crecimiento de la organización delictiva. Pero también se presentan, en los límites o en las fronteras de la delincuencia organizada, otras actividades que se han globalizado paralelamente como, por muchos aspectos, las bancario-financieras, las de inversiones extranjeras, especialmente en los llamados países emergentes, muy a menudo fruto del lavado de activos.¹

El concepto de delincuencia o de criminalidad organizada presenta muchas dificultades.² Basta pensar en los actuales momentos de lucha internacional contra el 'terrorismo', cuando los organismos internacionales y los Estados más comprometidos en ella tratan de elaborar un concepto de criminalidad que incluya todos los fenómenos que de algún modo son así calificados. Los intentos encuentran resistencia en el ámbito político, ya que muchos temen que se pueda aplicar contra derechos o intereses políticos de algunos países, colectividades o grupos minoritarios de oposición. Se mencionan comúnmente los casos de los grupos armados en busca de autonomía política, igualmente aquellos que se organizan para oponerse a los problemas de la globalización, de resistencia a la política económica y social de los propios gobiernos y los que luchan en defensa de su identidad étnica, cultural, religiosa, nacional. Son todos ejemplos de la dificultad para lograr una definición de criminalidad internacional organizada que sea pacíficamente aceptada por todos los gobiernos interesados en combatirla.

No obstante, en el Comité de las Naciones Unidas, encargado de elaborar un acuerdo contra la criminalidad transnacional, se logró un mínimo de consenso sobre los elementos que caracterizan una organización de este tipo:³ la naturaleza del delito, su carácter internacional, la planificación y el uso de estructuras y medios delictivos ingentes transnacionales, la sucesiva relación del delito con el



¹ Rozo Acuña, E., *Globalizzazione del crimine, paradisi fiscali e riciclaggio*, ponencia al Seminario Internazionale della Facoltà di Giurisprudenza di Salerno su Le infiltrazioni della criminalità organizzata nel circuito economico-finanziario, Amalfi, 29-30 aprile 1999.

² Para un estudio completo y actual, véase Mitsilegas, V., "Defining Organised Crime in the European Union. The Limits of European Criminal Law in an Area of 'Freedom, Security and Justice'", en *E. L. Rev.*, vol. 26, No. 565, 2001.

³ Consenso que se concretó en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada transnacional, véase nota 5.

reciclaje o lavado de dinero. El mismo Comité ha llegado a considerar como organización criminal todo grupo de no menos de tres personas, jerárquicamente ordenado, que permanece unido por un cierto periodo con la finalidad de cometer graves delitos —como los mencionados por los jefes de Estado y de gobierno de los países miembro de la Unión Europea, reunidos en Consejo en Leaken, en diciembre de 2001, para establecer las condiciones de aplicación del mandamiento de detención y entrega europeo—, con la finalidad directa o indirecta de obtener un lucro financiero o material.⁴

Es un hecho comprobado que delitos como el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes; el reciclaje de dinero o capitales; la explotación de la prostitución; el tráfico de obras de arte, de materias nucleares, de armas, de automotores de origen ilícito; la falsificación de dinero; la corrupción de funcionarios públicos y de responsables de instituciones privadas; el secuestro; los delitos cibernéticos y ambientales; el racismo, y la xenofobia son los que cada día más traspasan las fronteras nacionales, por que sus autores, su organización, su planificación, su realización y sus beneficios son transnacionales, es decir, son internacionales por comprometer contemporáneamente a varios Estados e, incluso, continentes.⁵

LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Si buena parte del crimen organizado es hoy transnacional, su lucha también debe serlo. En este sentido, hay que entender el hasta hoy más grande intento de lograr instrumentos globales de lucha contra la delincuencia internacional, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Crimen Transnacional Organizado, firmado en Palermo, en diciembre de 2000.⁶ En este contexto, los países suscriptores deben tomar todas las medidas posibles para facilitar al máximo la efectiva prevención, investigación y represión de la delincuencia organizada en el mundo. Igualmente, los países latinoamericanos se han preocupado y han firmado importantes convenciones interamericanas, entre las cuales vale mencionar aqué-



⁴ Concepto que coincide bastante con la definición de delincuencia organizada del artículo 1 de la Acción Europea Conjunta, de diciembre de 2000.

⁵ Por este motivo hacen parte de la lista de 32 hechos punibles penalmente del mandamiento de detención y entrega europeo.

⁶ Documento A/55/383 en <http://www.odccp.org/palermo>

llas contra la corrupción, de mutua asistencia en materia penal, de cumplimiento de medidas cautelares y de extradición;⁷ así como hay que recordar la firma de compromisos multilaterales y bilaterales de cooperación judicial y de policía, en el seno especialmente de la Comunidad Andina y del Mercosur y con países europeos.

En los últimos diez años, en la Unión Europea, la delincuencia organizada ha sido objeto de preocupación política e legislativa, como consecuencia del proceso de desarrollo del tercer pilar del Tratado de Maastricht⁸ y de Ámsterdam,⁹ que tiene como objetivo fundamental reforzar la libertad, la seguridad y la justicia en todo el territorio de la Unión.¹⁰ En esta dirección hacia la construcción de un "espacio judicial europeo" y de lucha contra la delincuencia internacional se comienza con la Convención sobre la Europol de 1995,¹¹ para continuar con las resoluciones del Consejo de los años siguientes, dedicadas a la protección de testigos y colaboradores de la justicia, como forma especial de lucha contra este flagelo.

La Convención europea sobre la simplificación del procedimiento de extradición de 1995 es otro instrumento de lucha contra la delincuencia transnacional,¹² que lleva a la aprobación, en 1997, del Plan de Acción de la Unión Europea para Combatir el Crimen Organizado, que ha aumentado considerablemente sobre todo como consecuencia de la libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas; después de la creación del llamado territorio Schengen.¹³



⁷ Para los textos de estos documentos, consultar el sitio <http://www.oas.org/juridico>

⁸ Título VI del Tratado, sobre la cooperación en el campo de la justicia y de los asuntos internos.

⁹ Artículos 29-42 del nuevo título VI del Tratado, que disciplina todo lo que se relaciona con la cooperación en materia de policía y justicia penal.

¹⁰ El artículo 29, inciso 1, del Tratado de la Unión afirma explícitamente el objetivo de "ofrecer al ciudadano un nivel elevado de seguridad en un espacio de libertad, seguridad y justicia, desarrollando entre los Estados miembro una acción común en el sector de la cooperación de policía y judicial en materia penal y previniendo el racismo y la xenofobia".

¹¹ Oficina europea de Policía, en vigor desde fines de 1998, como órgano de cooperación entre las fuerzas de policía europeas para la prevención y la lucha al terrorismo, tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de delincuencia internacional que lesionen por lo menos a dos Estados miembro de la Unión.

¹² Adoptada sobre la base del nuevo artículo 31 del Tratado de la Unión (Ámsterdam), reforma la convención europea de extradición de 1957, prevé que para la entrega de las personas buscadas no sea necesaria la presentación de la solicitud de extradición y los demás documentos anteriormente necesarios. El Estado solicitante debe sólo informar los datos del extraditable, la autoridad responsable del mandamiento de arresto y los concernientes al delito.

¹³ Se trata del Acuerdo firmado en Schengen, que entró en vigencia en 1995, que permite a los ciudadanos y residentes de la Unión la libre circulación en todo su territorio sin ningún control, si no existen motivos de orden público o seguridad nacional.

El Plan de Acción contiene una lista de recomendaciones políticas y legislativas a los Estados de la Unión para avanzar en la creación de la mencionada "área de libertad, seguridad y justicia", mediante la acción preventiva y represiva de la delincuencia organizada y la punibilidad de la participación en organizaciones delictivas. Además, introduce la jurisdicción "extraterritorial", con la posibilidad de perseguir en cualquier Estado miembro los ilícitos relacionados con la participación en una organización de este tipo, que tengan lugar en el territorio de la Unión sin tener en cuenta la base o el lugar desde donde actúe la organización.¹⁴

En las conclusiones del Consejo europeo de los gobiernos de los quince Estados miembro de Tampere, de 1999, se hizo hincapié en el reforzamiento de la lucha contra la delincuencia organizada y se proyectó la institución de la Oficina de Eurojust, compuesta por representantes del Ministerio Público (fiscales), jueces o funcionarios de policía; con la tarea de desarrollar una función de coordinación entre las autoridades nacionales responsables de la acción penal, de asistencia a las investigaciones sobre la delincuencia organizada, basándose en los análisis adelantados por Europol, y de facilitación de la ejecución de las cartas rogatorias y la implementación de las solicitudes de extradición.¹⁵

Para asegurar el principio de legitimidad constitucional y de respeto de la legalidad, el artículo 35 del Tratado de la Unión Europea, Ámsterdam, prevé la competencia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas para pronunciarse en vía prejudicial sobre la validez o la interpretación de las decisiones marco y de las decisiones sobre la interpretación de las convenciones establecidas según el tercer pilar de la Unión y sobre la interpretación de las medidas de su aplicación. Infortunadamente, han quedado por fuera de la competencia de la Corte las acciones conjuntas contra la delincuencia organizada, como, precisamente, las del Plan de acción.¹⁶



¹⁴ Para profundizar el tema, véase Weyenbergh, A., "L'Avenir des Mechanismes de Cooperation Judiciaire Pénal entre les Etats Membres de l'Union Européenne", en AA.VV., *Vers un Espace Judiciaire Pénal Européen*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2000, pp. 152 ss.

¹⁵ El Tratado de Niza sobre la Unión Europea en su artículo 31(2) menciona explícitamente las funciones de Eurojust.

¹⁶ Un análisis completo en Fennelly, N., "The Area of 'Freedom, Security and Justice' and the European Court of Justice. A personal view", en *CLQ*, vol. 12, No. 49, 2000.

LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA DE FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO Y EL MANDAMIENTO DE DETENCIÓN Y DE ENTREGA

La más reciente propuesta de la Unión Europea de lucha contra la delincuencia internacional organizada es la del mandamiento de detención y de entrega europeo, que encuentra su justificación en la necesidad de construir el tercer pilar de la Unión, es decir, el espacio de libertad, seguridad y justicia, según el Título VI del Tratado de la Unión Europea —Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997)—.

En este contexto, en los consejos europeos de los gobiernos de los quince Estados miembro de la Unión Europea de Tampere y de Gand,¹⁷ se solicitó a los ministros competentes la aprobación de los procedimientos concretos en materia de orden o de mandamiento europeo de detención y de entrega. En síntesis, se trata de crear un espacio común de justicia, aunque todavía no exista un derecho penal europeo común. Con este nuevo instrumento jurídico, se hace posible que cuando la autoridad judicial de un Estado de la Unión Europea solicita la captura de una persona, la decisión sea ejecutiva y cumplida en todo su territorio¹⁸ y la persona, objeto de la detención, entregada al Estado solicitante.¹⁹

Mediante esta fórmula no se alude a una orden emitida por un juez europeo —que no existe—, sino a una providencia sometida a un procedimiento especial de cooperación judicial simplificada entre los Estados miembro. Más específicamente, se trata de un procedimiento, que una vez aceptado, obliga a los Estados a hacerlo efectivo o ejecutivo en el propio territorio, con algunas limitaciones o excepciones que pueden llevar al rechazo o negación de la detención o de la entrega.²⁰ Todo independientemente de la circunstancia que dicha orden haya sido emitida por razones cautelares relacionadas a un proceso en curso o para hacer efectiva la ejecución de una pena que implica la pérdida de la libertad.²¹



¹⁷ Tampere, octubre, 1999; Gand, octubre, 2001.

¹⁸ Artículo 1, sobre el objeto del mandamiento.

¹⁹ Artículo 3, que precisa que el mandamiento de detención vale como solicitud de búsqueda, captura, detención y entrega a la autoridad judicial del país que ha emitido la orden.

²⁰ El Capítulo III de la decisión marco está dedicado a las excepciones o limitaciones para la detención y el IV a los motivos para el rechazo de la entrega.

²¹ Artículo 2, sobre el campo de aplicación.

El mandato es parte esencial de la estrategia de la Unión Europea de prevención y de lucha contra la delincuencia organizada, prevista en el Plan de Acción,²² en la perspectiva de crear un único espacio jurídico europeo para la extradición, en el pleno respeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención europea de derechos del hombre.²³ Su parte central o fundamental se puede decir que consiste en la simplificación de la normatividad existente, haciendo que el mandamiento de detención tenga un campo de aplicación idéntico al de la extradición, al que substituye, y que, por lo tanto, comprenda tanto la fase anterior a la sentencia del proceso penal, como la consecutiva a la sentencia.

Buscando la mayor eficacia, el gobierno de la Unión Europea decidió recurrir a una decisión marco para crear el mandamiento de detención y no a una convención, tal vez en vista de los resultados poco alentadores —basta observar el estado de las ratificaciones— de las numerosas convenciones en materia de cooperación política elaboradas por el Consejo de Europa. Además, el Título VI del Tratado de Ámsterdam —que crea el nuevo tercer pilar de la Unión Europea— y el estado avanzado de la cooperación judicial entre los Estados miembro justifican la creación del mandamiento de detención y de entrega europeo, por medio de una decisión marco. Este instrumento —previsto para la armonización o acercamiento de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembro— es vinculante para ellos, en cuanto al resultado que se desea obtener, pero deja salva la competencia de las autoridades nacionales en mérito a la forma y a los medios.²⁴

Sobre la base anterior se puede decir que el sistema propuesto tiene un doble objetivo: el primero, desde el punto de la eficacia de la represión de las actividades delictivas, implica la consecuencia de la apertura de las fronteras dentro del territorio judicial europeo, lo cual facilita la acción de la justicia de cada uno de los Estados miembro de una parte y de la otra de las fronteras. En este sentido, el mecanismo propuesto constituye un instrumento perfeccionado que puede contribuir en gran forma a la lucha contra la delincuencia organizada transnacional o internacional. El segun-

²² Especialmente la recomendación 28.

²³ En conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea

²⁴ Es ésta la letra del artículo 34 del Tratado de la Unión Europea.

do objetivo es una respuesta precisa a las inquietudes de los ciudadanos europeos por la seguridad y la garantía de los derechos fundamentales.

Estas características del mandamiento de detención y de entrega europeo han llevado a que la mayor parte de los Estados miembro de la Unión Europea haya manifestado su decisión de apoyar la decisión marco que lo crea y su consenso a la inmediata entrada en vigencia. Sólo pocos Estados presentaron observaciones,²⁵ entre ellos Italia. Para evitar de marginar a estos países, especialmente al mencionado, se decidió postergar su entrada en vigencia.²⁶

EL MANDAMIENTO DE DETENCIÓN Y DE ENTREGA EUROPEO Y LA GARANTÍA PROCESAL DEL “DEBIDO PROCESO”

La decisión marco del mandamiento de detención y de entrega europeo dedica una parte importante a los derechos de la persona buscada y a los principios fundamentales de garantía del due process of law, que merece ser recordada y precisada, así sea sintéticamente. Ante todo, la persona objeto del mandamiento, desde el momento de su detención, debe ser puesta en grado de conocer sus motivos y de manifestar su consenso o desacuerdo con la entrega a la autoridad judicial solicitante; debe tener asistencia legal de abogado y, si es necesario, de intérprete, independientemente del procedimiento aplicable en el Estado miembro, en caso de detención basada en una orden de captura nacional.²⁷

Las autoridades judiciales del Estado de la ejecución deben ser inmediatamente informadas de la detención según el procedimiento nacional aplicable.²⁸ Asimismo, las autoridades judiciales del Estado solicitante de la detención deben ser notificadas directamente por las autoridades competentes del Estado de la ejecución o por la(s) autoridad(es) central(es) por éste indicada, según lo previsto por la misma decisión marco del mandamiento.²⁹ Como medida de seguridad, la validez del mandamiento debe ser verificada en su totalidad e inmediatamente por las autoridades judiciales emiso-



²⁵ Austria y Grecia, por ejemplo, tienen problemas constitucionales para extraditar a sus propios ciudadanos.

²⁶ La fecha se pospone a enero del 2004.

²⁷ Artículo 11.

²⁸ Artículo 12.

²⁹ Artículo 5.

ras o por la autoridad central del Estado emisor. Esta convalidación es esencial si se considera que el mandamiento del Estado emisor es contemporáneamente de detención y de entrega, pero excluye, por lo tanto, una nueva solicitud de extradición. Si el mandato no es confirmado, la persona queda inmediatamente en libertad, si no está sometida a otro proceso. El mandato puede ser suspendido provisionalmente por la autoridad judicial emisora si la persona objeto del mandato se compromete a presentarse voluntariamente, en condiciones de tiempo y lugar concordadas. A la persona se le deben notificar las consecuencias de la violación del compromiso. Las autoridades judiciales del país emisor deben informar de la suspensión al Sistema de Información Schengen (SIS).³⁰

Durante el tiempo de la detención a la entrega a la autoridad emisora, la persona queda bajo la responsabilidad del Estado miembro de la ejecución, cuyas autoridades judiciales competentes se deben pronunciar, según el procedimiento y límites de tiempo previstos por la legislación nacional, aplicables a la permanencia de la persona en estado de detención.³¹

Este procedimiento se refiere solamente a la libertad sin que se confunda con la otra garantía del examen de la confirmación de la validez y de la ejecución del mandato de detención.³² Si la persona no consiente a la entrega o si se encuentra en condición de libertad provisional o de suspensión del mandamiento, la decisión de la ejecución debe ser de competencia de un juez y no del ministerio público. Se trata de una garantía más que la persona tiene para ser escuchada por un juez independiente y para que pueda servirse del examen de la situación en contradictorio o mediante debate. En los otros casos, el procedimiento puede ser a cargo del ministerio público, siempre que las normas del Estado miembro lo permitan. La persona detenida debe ser escuchada por el juez entre los diez días siguientes al arresto y la audiencia, que se hace según las normas procesales del país de la ejecución, no debe ser sobre cuestiones de mérito, sino sobre el conjunto de las excepciones previstas, las formalidades del mandato y la identidad de la persona. Está considerado que el Estado emisor esté representado o que pueda presentar sus

³⁰ *Ibid.*

³¹ Artículo 14.

³² Prevista en el artículo 18.

conclusiones ante el juez que tomará la decisión, lo que significa que se presentará un verdadero debate en contradictorio con todo lo que conlleva en el sentido de informaciones probatorias complementarias.³³

Corresponde a cada Estado organizar el procedimiento según las propias normas, especialmente pudiendo prever, si del caso, la posibilidad de apelar o impugnar la decisión tomada por el juez. Sin embargo, para evitar que los casos se prolonguen en el tiempo, el mandato prevé el término de noventa días para concluir todo el procedimiento, sin posibilidad de prolongarse en ningún caso, al igual que en el tratado Italia-España en la materia. El rechazo de la entrega de la persona buscada o la violación del término de noventa días comporta la libertad de la persona, si no hay otros motivos para mantenerla detenida. En cuanto al término para la entrega de la persona objeto del mandato, está previsto que se haga dentro de los veinte días sucesivos a la comunicación del consenso o de la decisión, independientemente de la autoridad que la haya tomado.³⁴

Para concluir esta breve reseña sobre las garantías procesales previstas en el mandato de detención y entrega europeo, es oportuno recordar que los Estados miembro se pueden negar a su ejecución por motivos que son taxativamente previstos en la decisión marco. Ante todo, cada uno de ellos tiene el derecho de redactar una lista de conductas frente las cuales puede negar su consenso a la ejecución de los mandatos de detención. Se trata del sistema de "lista negativa", que debe considerar únicamente conductas que no constituyen delito en el Estado miembro que la ha redactado, pero que son punibles penalmente en otros. La eutanasia, el aborto, el consumo de drogas son ejemplos de delitos que pueden aparecer en la lista por haber sido despenalizados. La lista negativa debe ser comunicada al secretario general del Consejo y a la Comisión, y también debe ser publicada, considerando que el Estado redactor puede hacer valer sus excepciones a la aplicación del mandamiento europeo sólo después de tres meses de su publicación.³⁵

Por otra parte, si un Estado miembro ejerce una competencia extraterritorial sobre un delito que no es punible en la legislación del

³³ Artículo 19.

³⁴ Artículos 20-21 y 23.

³⁵ Artículo 27.

Estado al que se requiere la ejecución, este último puede rechazar la ejecución del mandamiento. Se considera que un Estado ejerce una competencia extraterritorial cuando ninguno de los elementos constitutivos del delito se presenta en su territorio.³⁶

Además, el principio del ne bis in idem, fundamental del derecho procesal penal, tenido en cuenta también por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,³⁷ debe ser respetado por todas las jurisdicciones nacionales en todo los casos de aplicación del mandato europeo.³⁸

Con relación a la amnistía, las disposiciones de la decisión marco confirman las normas vigentes de la convención europea de extradición.³⁹ La aceptación de esta excepción se justifica al igual que la "lista negativa". Para algunos delitos la amnistía es el resultado de una decisión democrática⁴⁰ que lleva a que un Estado decida no sancionar penalmente algunos cometidos en un determinado periodo, y es lógico aceptar que ese Estado no esté dispuesto a colaborar con los otros que siguen penalizando esas conductas.⁴¹ Cercana en la materia, pero diferente por ser la consecuencia de la falta de persecución o del vencimiento de los términos procesales, la prescripción no puede ser oponible a la autoridad judicial emisora del mandato, por significar que los actos prescribieron, pero continúan siendo punibles como delitos.

Otra excepción es la inmunidad, que la decisión marco parece haber tomado del ya mencionado tratado italoespañol, que permite el rechazo del mandato de detención y entrega si la persona objeto goza de inmunidad en el Estado de la ejecución. Generalmente, la autoridad política no puede intervenir en el proceso de entrega, como sucede en el sistema tradicional de extradición, por depender casi exclusivamente del poder judicial;⁴² por eso, esta situación debe ser considerada, desde el comienzo, motivo explícito de exclusión.⁴³

³⁶ Artículo 28.

³⁷ Artículo 50.

³⁸ Artículo 29.

³⁹ Segundo anexo a la convención europea de extradición (artículo 4), tomado del artículo 62, párrafo 2 de la Convención de Schengen y del artículo 9 de la convención en la materia de Dublín, 1996.

⁴⁰ Generalmente se decide con ley especial que requiere mayorías parlamentarias calificadas, en Italia los dos tercios del Senado y de la Cámara, artículo 79 Cost.

⁴¹ Artículo 30.

⁴² La decisión marco prevé en su artículo 5, sin embargo, que los Estados miembro pueden nombrar una o más autoridades centrales, según el propio ordenamiento, para el logro de los fines del mandato y pudiendo en este sentido ser encargada también de decidir en las cuestiones relativas a la inmunidad, a las condenas a vida y a la suspensión de la pena por motivos humanitarios.

⁴³ Artículo 31.

Asimismo, el mandamiento prevé otra excepción para obligar la ejecución: la falta de informaciones necesarias,⁴⁴ que puede impedir la completa identidad de la persona arrestada o de la autoridad emisora, así como el conocimiento preciso de los motivos o causa del mandato, en fin, de toda información referente al contenido del mandamiento, según lo previsto por la misma decisión marco.⁴⁵

También existe el principio de la reintegración social, en los casos de ejecución de sentencia, que puede llevar al Estado de la ejecución del mandato a decidir que sea preferible que el sujeto pasivo cumpla la pena en su territorio. Para esta excepción se requiere obviamente el consenso de la persona extraditable.⁴⁶

En algunos casos no es necesaria la entrega física de la persona buscada, por eso ésta puede válidamente participar en el proceso y permanecer en el Estado de la ejecución del mandamiento, gracias al sistema de las videoconferencias.⁴⁷ El uso de este mecanismo depende del acuerdo entre el Estado emisor y el de ejecución. Si por motivos legales internos en uno de los Estados no es permitido el sistema, queda en firme la obligación de la entrega, de no haber otras excepciones. La organización material de las videoconferencias y la suerte de la persona durante este periodo, corresponde al Estado de la ejecución, que debe aplicar sus propias normas procesales.⁴⁸

Además, el Estado de la ejecución puede condicionar el cumplimiento del mandato de detención y de entrega al requisito expreso de que la persona regrese a su territorio en el caso de que sea emitida una sentencia de condena.⁴⁹ Esta condición ha sido prevista para facilitar el cumplimiento del mandato por parte de los Estados que tienen dificultades para extraditar a sus propios ciudadanos;⁵⁰ sin embargo, éstos también (1) pueden subordinar la ejecución del mandato de detención y de entrega a la garantía que debe dar el



⁴⁴ Artículo 32.

⁴⁵ En su artículo 6.

⁴⁶ Artículo 33.

⁴⁷ El mecanismo ya ha sido previsto por la convención europea sobre asistencia judicial en materia penal del 2000, artículo 6, parágrafo 10.

⁴⁸ Artículo 34.

⁴⁹ Artículo 36.

⁵⁰ Esta condición responde a las inquietudes y a las declaraciones de algunos países, hechas al momento de ratificar la Convención de 1996 para reforzar la cooperación judicial en materia penal, entre otros modos, simplificado el procedimiento de extradición.

Estado emisor de no condenar a ninguna persona a cadena perpetua o en tal caso a no hacerla cumplir,⁵¹ y (2) pueden negarse a cumplir inmediatamente el mandato y a posponerlo por motivos humanitarios, por ejemplo, de salud; pero una vez superados, el mandato se vuelve obligatorio.⁵²

El mandamiento europeo ha previsto el caso en el cual la persona buscada sea objeto de procedimientos penales por hechos distintos en el Estado emisor y en el de ejecución, de manera que intenta hacer compatibles las pretensiones de los Estados, según el derecho de prelación, y que el culpable, o presunto, sea justamente castigado y no haya, por lo tanto, lugar a impunidad.⁵³ También se ha previsto la situación, más compleja de la anterior, que la persona buscada sea objeto de varios mandatos de detención y de entrega emitidos contemporáneamente por diversas autoridades judiciales de Estados miembro. Las soluciones previstas responden a la lógica procesal y al principio de la estrecha concertación entre autoridades judiciales, de suerte que cada Estado obtenga satisfacción en sus pretensiones de cumplida justicia, también con la ayuda y colaboración de Eurojust.⁵⁴

Por último, la decisión marco considera las consecuencias que comporta esto en las relaciones con los Estados miembro. Por ejemplo, la aplicación de todos los instrumentos sobre la extradición queda sustituida entre sus relaciones por el uso del mandato de arresto europeo, lo que conlleva la obligación de dirigir una notificación a la Secretaría General del Consejo de Europa, en cumplimiento de la convención europea de 1957.⁵⁵

LA POSICIÓN JURÍDICO-POLÍTICA EN EL GOBIERNO DE ITALIA

Estas anotaciones se han detenido en los aspectos procesales y en las garantías del debido proceso, que caracterizan el mandamiento de detención y de entrega europeo, para poder analizar con mayores elementos de juicio la posición político-jurídica del go-



⁵¹ Artículo 37 de la decisión marco, que tiene en consideración la declaración especialmente de Portugal sobre la mencionada convención de 1996.

⁵² Artículo 38.

⁵³ Artículo 39.

⁵⁴ Artículo 40.

⁵⁵ Artículo 43.

bierno italiano que, como se sabe, es tendencialmente negativa. Aunque Italia firmó el acuerdo, junto con los demás países, hizo posponer su entrada en vigencia hasta comienzos del 2004, con una declaración donde dice que para dar ejecución a la decisión marco del mandamiento europeo el gobierno italiano debe proceder a las reformas legales y constitucionales que la hagan compatible con los principios jurídicos supremos en tema de derechos fundamentales, y para armonizar su sistema judicial y jurídico con los modelos europeos, en el respeto de propios principios constitucionales.⁵⁶

Con el logro de este acuerdo, el gobierno italiano pudo evitar quedar aislado de los demás Estados de la Unión Europea, que ya habían manifestado su consenso de proceder sin la participación italiana y recurrir al principio de la cooperación reforzada.⁵⁷ Sin embargo, analizando integralmente el mandamiento de detención y arresto europeo a la luz del orden jurídico italiano y, especialmente, de los principios constitucionales en tema de derechos humanos y del debido proceso penal, no se encuentra ningún contraste fundamental, como tampoco en lo que respecta a las diferencias entre los sistemas judiciales.

Si existen discordancias o desarmonías, por ejemplo, en tema de obligatoriedad de la acción penal, el nombramiento político del ministerio público o sobre la lista de delitos perseguibles, la misma decisión marco ofrece las debidas soluciones, como se ha podido constatar en el análisis que precede. Aun más, esta decisión prevé que cada Estado miembro debe adoptar las disposiciones necesarias para ajustarse a ella,⁵⁸ a fin de cumplir con las normas del Tratado de la Unión Europea, que disponen que las decisiones marco obligan a los Estados miembro, en cuanto al resultado por obtener, pero queda salva la competencia de las autoridades nacionales en mérito a la forma y a los medios.⁵⁹



⁵⁶ El acuerdo con la declaración italiana fue firmado en el vértice de jefes de Estado y de gobierno de la Unión Europea de Laeken a finales del 2001.

⁵⁷ Artículos 43-45 del Tratado de la Unión Europea, que autoriza a los Estados miembro que están de acuerdo en adelantar determinadas políticas comunes, a proceder aun en ausencia de una voluntad común, como en los casos de la libre circulación de personas de la convención de Schengen o de la unión económica y monetaria y la entrada en vigencia del Euro.

⁵⁸ Artículo 52 sobre el cumplimiento de la decisión marco.

⁵⁹ Artículo 34, inciso 2, letra b.

Además, la decisión marco del mandamiento europeo insiste en un punto fundamental: que la creación de un espacio común de libertad, de seguridad y de justicia se funda en la recíproca confianza en los sistemas judiciales de los Estados miembro. Estos sistemas se basan en los principios de libertad, democracia y del Estado de derecho. Por lo tanto, respetan los derechos fundamentales garantizados también por la convención europea de derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950 y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000.⁶⁰

En este contexto, no se puede comprender la declaración presentada por el gobierno italiano en el momento de dar su voto favorable al mandamiento; ya que no existe la necesidad de reforma constitucional para que se pueda aplicar en ese país. Como han demostrado varios analistas de la materia,⁶¹ parece ser que la declaración italiana trata de cubrir la realidad política del actual gobierno, muy particular en el sentido de presentar a varios de sus miembros y del parlamento en algún modo envueltos en problemas judiciales, en el país y fuera de él, y la participación en el gobierno de al menos un partido político que muestra tendencias antieuropeas, xenóforas y racistas.⁶² Esta situación podría explicar la posición inicial del gobierno italiano de querer aceptar el mandamiento, pero sólo por seis delitos y no por todos los 32 de la lista europea.⁶³

Por otra parte, como es sabido, el objeto del mandamiento europeo es explícitamente superar el tradicional y poco funcional mecanismo de extradición —condicionado por el procedimiento de la doble incriminación por el hecho punible—, en el sentido de favorecer un procedimiento más rápido de entrega directa de la persona buscada por una a otra de las autoridades judiciales. Se deja en claro que, en todo caso, la decisión de la entrega de la persona objeto del



⁶⁰ Así en los considerandos de la decisión marco del Consejo Europeo.

⁶¹ Véase, como ejemplo, Grevi, V., "Il 'mandato d'arresto europeo' tra ambiguità politiche e attuazione legislativa", en *Rev. Il Mulino*, No. 1, 2002, pp. 119 ss.

⁶² Se trata del partido de la Liga del Norte, cuyo jefe es el ministro para las reformas políticas Bossi, conocido crítico de la Unión Europea. Este partido tiene también a su cargo la cartera de justicia.

⁶³ El gobierno italiano quería condicionar la firma del mandato y aceptar sólo los primeros seis delitos: participación en asociación para delinquir, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de menores y pornografía infantil, tráfico de estupefacientes, tráfico ilícito de armas y explosivos. Dejando excluidos, entre otros, en forma elocuente: reciclaje de dinero sucio, corrupción y fraude, racismo y xenofobia, secuestro de persona y extorsión, falsificación y tráfico de documentos administrativos, falsificación de dinero y medios de pago, entre otros.

mandamiento corresponde siempre a la autoridad judicial del Estado de la ejecución, a la cual se le dan todos los poderes de control, necesarios para la recta aplicación del mandamiento; por esa razón estos poderes deben ser ejercidos según los principios del debido proceso —ya fijados por la misma decisión marco y que los países miembro deben a su turno especificar—, en el respeto de todas garantías legales y constitucionales previstas en el derecho interno y en las convenciones europeas en materia de derechos humanos y garantías fundamentales.

Vale recordar que en la materia se ha seguido muy de cerca el Tratado Italia-España,⁶⁴ con la finalidad de permitir que se supere el modelo anterior de la extradición en un espacio de justicia común. El principal reparo de Italia era el relacionado con la lista de delitos tenidos en cuenta en el mandamiento europeo, considerada excesivamente amplia. Al respecto hay que recordar que los 32 delitos de la lista europea son ilícitos punibles en el derecho interno italiano con penas máximas de cárcel iguales o superiores a tres años y que tal vez por ello el gobierno italiano no pudo insistir en su objeción.

En consecuencia, el gobierno italiano, sin otros argumentos frente a los demás Estados miembro de la Unión Europea —los cuales estaban listos para dejar de lado a Italia y a dar inmediata vigencia al mandamiento de detención y entrega europeo—, decide firmar la decisión marco, pero solicitó posponer su entrada en vigor para comienzos del 2004, declarando la necesidad de superar las incompatibilidades del mandamiento europeo con principios fundamentales del orden jurídico interno y viceversa, aduciendo incluso una eventual reforma constitucional.

CONCLUSIÓN: LAS PERSPECTIVAS POLÍTICAS Y LEGISLATIVAS

En estas condiciones las perspectivas políticas y legislativas que se presentan al gobierno italiano son muy claras. Es necesario avanzar en la construcción del tercer pilar de la integración europea con la creación del espacio judicial europeo, en coherencia con el objetivo superior y más general de la Unión de llegar a conformar un único espacio de libertad, de seguridad y de justicia, fundado en



⁶⁴ Firmado en Roma el 28 noviembre del 2000.

el principio del mutuo reconocimiento de las decisiones penales entre los Estados miembro, ya adoptado el consejo europeo.

Todos los países, especialmente los miembros de la Unión Europea, deben aceptar que la lucha contra la delincuencia transnacional no puede ser sólo de algunos, sino de toda la comunidad internacional. L'UE ha creado el espacio único de Schengen, de libre circulación de personas de los Estados miembro sin ningún control, como si se tratara del espacio de un solo Estado, y ha sentado la base jurídica para la ciudadanía europea. Es necesario ser coherentes también con este paso y asegurar un espacio judicial único para los ciudadanos europeos y residentes en los países miembro. De ahí la necesidad de remplazar los viejos procedimientos de extradición por los nuevos del mandamiento de detención y entrega europeo.⁶⁵

Con la aprobación que han dado los Estados miembro no se debe pensar, como hacen algunos partícipes del gobierno italiano, que en virtud del mandamiento europeo cualquier autoridad judicial de la Unión podría adelantar investigaciones penales de cualquier tipo y expedir mandamientos de captura y de arresto en el territorio de cualquier Estado, sin el debido respeto del derecho interno de cada país. Los mandamientos de detención presuponen, de parte toda autoridad judicial emisora, el respeto de las respectivas esferas de competencia territorial.

Por otra parte, como ya se ha constatado, el mismo mandamiento europeo establece límites precisos con relación a las obligaciones de los Estados miembro de ejecutar al mandamiento. En su preámbulo, la decisión marco textualmente los autoriza a rechazar la entrega de la persona buscada al Estado solicitante si no hay garantías de que no será sometida a la pena capital, ni a cadena perpetua, ni a torturas o tratamientos inhumanos o degradantes, y que se respetará siempre la cláusula de no discriminación. Además, existe la posibilidad de la lista de excepciones que cada Estado miembro puede redactar, el principio del ne bis in idem, la amnistía, la prescripción y las inmunidades. Al mismo tiempo, hay que recordar que el mandato europeo tiene cuenta, como se ha indicado, todas las garantías procesales de las liberta-



⁶⁵ Es oportuno recordar que la Constitución italiana admite la extradición de sus propios ciudadanos y de los extranjeros si existe un tratado que considere la reciprocidad, que los delitos no sean políticos, que el país solicitante no aplique al extraditado la pena de muerte, que se asegure un trato respetuoso de los derechos humanos. Artículos 26, 10.3, y 4. Hay que tener en cuenta que el ciudadano italiano, como el español, es también ciudadano europeo.

des fundamentales según el mismo Tratado de la Unión, la Carta Europea de Derechos y las convenciones europeas en la materia.

El cumplimiento del compromiso para el gobierno italiano tiene una fecha límite: el 31 de diciembre de 2003. Para entonces, Italia debe adoptar, como cualquier otro miembro adherente, las disposiciones necesarias para hacer compatible su propio orden jurídico con los contenidos del mandamiento europeo. Para esto no hacen falta reformas constitucionales,⁶⁶ al máximo se tratará de introducir en el sistema italiano, con ley ordinaria, un procedimiento que sea instrumentalmente coherente con el mandamiento de detención y entrega de la persona buscada. Las garantías procesales penales del ordenamiento italiano, especialmente las constitucionales,⁶⁷ son claramente respetadas por la decisión marco, como lo demuestran su preámbulo y los artículos mencionados y explicados.

Con las dificultades judiciales que padecen algunos miembros de la mayoría del gobierno italiano, todo parece indicar que no existe por parte de éste mayor preocupación por el cumplimiento del compromiso. De ninguna otra manera se puede interpretar la condición de las reformas constitucionales a la entrada en vigencia del mandamiento europeo y las declaraciones dadas por el jefe de gobierno, después de que Italia aceptara la decisión marco,⁶⁸ en el sentido de que todo dependerá del Parlamento. En consecuencia, puede suceder que la decisión marco entre en vigencia en todos los Estados de la UE, menos en Italia —así como en el caso de la moneda única europea, que Gran Bretaña sigue usando la esterlina aun siendo miembro de la Unión Europea— y que este país quede por fuera del espacio de libertad, de seguridad y de justicia que el pacto común del mandamiento de detención y de entrega trata de construir.⁶⁹



⁶⁶ El objetivo político fundamental del mandamiento europeo está considerado en el artículo 29 del Tratado de la Unión, que pasa necesariamente a través del principio de la reciprocidad del reconocimiento de las decisiones penales, incluida la entrega de la o de las personas buscadas, que remplazará a la vieja extradición, basándose en la mutua confianza entre los Estados miembro. La aceptación de este compromiso no implica para Italia una reforma constitucional, pues el artículo 11 de su Constitución hace compatible no sólo el artículo 29 del Tratado de la Unión Europea, sino todo el título VI, ya que declara la constitucionalidad de todas las limitaciones de soberanía que, en condiciones de paridad, tengan como finalidad la paz y la justicia de todas las Naciones.

⁶⁷ Precisamente las consideradas en el título IV, especialmente los artículos 24-28, 104, 107 y 111, este último dedicado al "justo proceso" según la Ley constitucional 2 de 1999.

⁶⁸ Con la condición de que su entrada en vigencia fuera postergada al 2004.

⁶⁹ El ejemplo, muy ilustrativo, es del ministro de Justicia, del partido de la Liga del Norte que, como se sabe, se caracteriza también por posiciones antieuropeas.

BIBLIOGRAFÍA

- Convención de 1996 para reforzar la cooperación judicial en materia penal, entre otros modos, simplificado el procedimiento de extradición. Art. 37 de la decisión-marco, que tiene en consideración la declaración especialmente de Portugal sobre la mencionada convención de 1996. Art. 38. Art. 39. Art. 40. Art. 43.
- Convención de Schengen, Segundo anexo a la convención europea de extradición, artículo 4.
- Convención europea sobre asistencia judicial en materia penal del 2000, artículo 6, parágrafo 10, artículos 34 y 36.
- Fennelly, N., "The area of 'Freedom, Security and Justice' and the European Court of Justice. A personal view", *CLQ*, vol. 12, No. 49 2000.
- Grevi, V., "Il mandato d'arresto europeo tra ambiguità politiche e attuazione legislativa", en *Rev. Il Mulino*, No. 1, 2002, pp. 119 ss.
<http://www.oas.org/juridico>
<http://www.odccp.org/palermo>, documento A/55/383.
- Mitsilegas, V., "Defining Organised Crime in the European Union. The Limits of European Criminal Law in an Area of 'Freedom, Security and Justice'", *E. L. Rev.*, vol. 26, No. 565, 2001.
- Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas sobre el Crimen Organizado Transnacional, artículo 2, palermo, diciembre, 2002.
- Plan de Acción de la Unión Europea para Combatir el Crimen Organizado, Schengen, 1995.
- Rozo Acuña, E., *Globalizzazione del crimine, paradisi fiscali e riciclaggio*, ponencia al Seminario Internazionale della Facoltà di Giurisprudenza di Salerno su Le infiltrazioni della criminalità organizzata nel circuito economico-finanziario, Amalfi, 29-30 aprile 1999.
- Tratado Italia-España, Roma, 28 de noviembre de 2000.
- Tratado de Maastricht, título VI.
- Tratado de Niza sobre la Unión Europea, artículo 31(2).
- Unión Europea, Tratado de la Unión Europea (Ámsterdam).
- _____ Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, artículo 35.
- Weyenbergh, A., "L'Avenir des mecanismes de cooperation judiciaire pénal entre les Etats membres de l'Union Européenne", en AA.VV., *Vers un Espace Judiciaire Pénal Européen*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2000, pp. 152 ss.

