

## UNA APROXIMACIÓN A LA ORDEN DE DETENCION EUROPEA

Selena M<sup>a</sup> Chumbiray Baldera <sup>(\*)</sup>

---

### SUMARIO

Introducción; **I.**- El corto camino de adopción de la orden de detención europea; **II.**- La Decisión Marco como instrumento normativo para la adopción de la orden de detención europea; **III.**-El escollo del *principio de la doble incriminación*; **IV.**- El *principio ne bis in idem* en la orden de detención europea; Conclusiones; Bibliografía.

### INTRODUCCIÓN

La orden de detención europea comúnmente llamada “euro-orden” representa uno de los instrumentos más relevantes de la cooperación judicial penal en la Unión Europea, pues a través de ella se ha recogido el principio de reconocimiento mutuo, como motor en el ámbito del espacio, seguridad y justicia.

Con el breve trabajo que presentamos, intentamos brindar un marco general de la orden de detención europea, tratando algunos de los principales problemas y características más debatibles de este instrumento.

---

<sup>(\*)</sup> Máster en Estudios de la Unión Europea de la Universidad de Salamanca (España), Máster en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (España), Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Abogada de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones de la Fiscalía de la Nación. E-mail: [schumbiray@usal.es](mailto:schumbiray@usal.es)

Es así que para ello, iniciamos un breve repaso sobre el proceso de adopción de la orden de detención europea y su pronta aprobación de esta norma debido a un factor externo, como el atentado del 11-S y a la voluntad política de los Estados miembros.

Seguidamente, haremos referencia a dos principios del derecho penal general que están presentes en la orden de detención europea: *principio de la doble incriminación*, el cual ha constituido un avance en cuanto a su concepción tradicional por parte de los Estados miembros y el *principio ne bis in idem*, aún con ciertos problemas que haremos referencia. Estos dos principios, a nuestra consideración son fundamentales por que sobre ellos subyace este instrumento y están reflejados en dos artículos de vital importancia: artículos 2, 3 y 4 de la Decisión Marco de la orden de detención europea.

Con las conclusiones finales, hacemos una crítica respecto a lo implica esta orden de detención europea y al esfuerzo por parte de los Estados de construir un espacio judicial con garantías y los obstáculos que a veces implica para su desarrollo.

## **I.- EL CORTO CAMINO DE ADOPCIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA**

No cabe duda que existe un antes y un después en el desarrollo de la cooperación judicial penal en la Unión Europea, el cual está delimitado a partir del Consejo Europeo de Tampere de 1999<sup>1</sup>, en esta reunión se advierte en el numeral 33, la importancia del *principio de reconocimiento mutuo* como piedra angular de la cooperación judicial y además establece que los Estados miembros deben de considerar un procedimiento más simplificado para reemplazar al proceso extradicional.

Pues en ese entonces, la extradición constituía un elemento jurídico de mucho retardo en la entrega de personas requeridas por otros Estados miembros, a pesar del Convenio Europeo de Extradición del 13 de diciembre de 1957, cada Estado aún tramitaba dicho pedido con sus normas internas y primaba en algunos países, la decisión gubernamental para

---

<sup>1</sup> Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, las conclusiones de dicho Consejo está disponible en la página web: [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm#b](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#b)

conceder o no una extradición, lo cual obstaculizaba la fluidez de la cooperación judicial penal.

Asimismo, teniendo en cuenta el mandato en las conclusiones del Consejo de Tampere de 1999, la Comisión, bajo la presidencia de Antonio Vittorino, presentó el 19 de setiembre de 2001, una propuesta sobre la orden de detención europea y su procedimiento<sup>2</sup>. Consideramos que uno de los factores que influyó para la pronta negociación ha sido los hechos ocurridos en el 11-S, y la Unión Europea agendó a la euro orden como el elemento primordial de la lucha contra el terrorismo internacional, lo cual se reflejó en la reunión extraordinaria del Consejo celebrado en Bruselas de fecha 21 de septiembre de 2001<sup>3</sup>.

En dicho documento, en el apartado de la política europea contra el terrorismo, manifiesta el apoyo a una creación de la orden de detención europea y encarga al Consejo de Justicia y Asuntos de Interior que se precise este acuerdo y se establezca urgentemente a más tardar el 6 y 7 de diciembre de 2001.

El 28 de septiembre de 2001, el Consejo realizó la consulta al Parlamento Europeo sobre la propuesta de la Comisión de la orden de detención europea, propuesta que fue derivada a la Comisión de libertades y derechos de los ciudadanos, justicia y asuntos interiores y a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior para su dictamen.

El 14 de noviembre de 2001, dicha comisión del Parlamento Europeo emitió su primer reporte y se debatió ante el pleno el 29 de noviembre del mismo año, proponiendo 44 enmiendas al proyecto de la Comisión<sup>4</sup>.

El 6 de diciembre este Consejo revisó el proyecto de propuesta de la Comisión de la orden de detención europea y, en esa reunión de Ministros de Justicia e Interior se confirma el acuerdo político entre los 15 Estados

---

<sup>2</sup> COM(2001) 522 final de 25.09.2001, disponible en la página web: <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:332E:0305:0319:EN:PDF>

<sup>3</sup> Conclusiones y plan de acción del Consejo Europeo Extraordinario del 21 de septiembre de 2001, disponible en la página web: [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/concl-bxl.es1.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/concl-bxl.es1.pdf)

<sup>4</sup> Report on the Commission Proposal for a Council Framework decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between the Member States (COM(2001) 522 – C5-0453/2001 – 2001/0215(CNS)), disponible en la página web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A5-2001-0397&language=EN>

miembros sobre los términos de la propuesta de la orden de detención europea<sup>5</sup>.

Posteriormente, el Consejo mediante carta del 12 de diciembre de 2001, decidió consultar nuevamente al Parlamento Europeo para su examen de fondo y el 13 de diciembre la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores aprobó la propuesta de la orden de detención europea sin enmiendas, aplicándose el procedimiento sin informe. En las reuniones de esta Comisión celebradas el 18 de diciembre de 2001 y 8 de enero de 2002 se adoptó el proyecto de resolución legislativa<sup>6</sup>; el proyecto de resolución legislativa fue aprobado en la sesión plenaria del Parlamento Europeo el 6 de febrero de 2002 y finalmente el Consejo adoptó la Decisión Marco (2002/584/JAI) relativa a la orden de detención europea el 13 de junio de 2002<sup>7</sup>.

Conviene precisar que el Parlamento Europeo y la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, han sido también piezas claves en los términos y contenido de la orden de detención europea, habiendo intervenido en su elaboración de dos maneras: a través de preguntas dirigidas a la Comisión Europea, en especial a las bases legales y al procedimiento de consulta y reconsulta<sup>8</sup>.

La pronta aprobación y negociación sobre la orden europea de detención ha tenido como fundamento el problema del terrorismo a nivel internacional que rebaza fronteras, y siendo vulnerable el espacio europeo por la inexistencia del control de fronteras.

Esta premura también es reflejada en el artículo 34 numeral 1 de la Decisión Marco, pues en ella se prevé que los Estados miembros adoptarán

---

<sup>5</sup> FONSECA MURILLO FRANCISCO, “La orden de detención y entrega europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (2003), número 14, enero-abril, pp. 69-95

<sup>6</sup> Report on the Commission Proposal for a Council Framework decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between the Member States (14867/1/01 – C5-0675/2001 – 2001/0215(CNS)) (Renewed consultations), 9 January 2002, disponible en la página web: [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0003+0+DOC+XML+V0/EN#\\_part5\\_def3](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0003+0+DOC+XML+V0/EN#_part5_def3)

<sup>7</sup> Publicada en el DOCE N° L 190/1 de fecha 18 de julio de 2002 y modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, publicada en el DOUE N° L 81/24 de fecha 27 de marzo de 2009.

<sup>8</sup> PLACHTA MICHAEL y VAN BALLEGOOIJ WOUTER, “The framework decision on the european arrest warrant and surrender procedure between member states of the European Union”, en ROB BLEKXTOON J. y VAN BALLEGOOIJ W. (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, (2005), The Hague, Editorial Asser Press, pp.13-38

las medidas necesarias para cumplir con dicha norma, con un plazo previsto antes del 31 de diciembre de 2003, empero en la práctica sólo 8 Estados miembros cumplieron con implementarlo en su ordenamiento jurídico: Bélgica, Dinamarca, España<sup>9</sup>, Irlanda, Finlandia, Suecia, Portugal y Reino Unido<sup>10</sup>.

Veamos en el siguiente cuadro, las fechas de implementación de la orden de detención europea en sus legislaciones nacionales de los Estados miembros:

<b>ESTADO MIEMBRO</b>	<b>FECHA DE APLICACIÓN</b>
<b>ESPAÑA</b>	1 de enero 2004
<b>PORTUGAL</b>	1 de enero 2004
<b>DINAMARCA</b>	1 de enero 2004
<b>REINO UNIDO</b>	1 de enero 2004
<b>FINLANDIA</b>	1 de enero 2004
<b>SUECIA</b>	1 de enero 2004
<b>BÉLGICA</b>	1 de enero 2004
<b>IRLANDA</b>	1 de enero 2004
<b>FRANCIA</b>	13 de marzo 2004
<b>LUXEMBURGO</b>	26 de marzo 2004
<b>AUSTRIA</b>	1 de mayo 2004
<b>CHIPRE</b>	1 de mayo 2004
<b>HUNGRÍA</b>	1 de mayo 2004
<b>ESLOVENIA</b>	1 de mayo 2004
<b>POLONIA</b>	1 de mayo 2004
<b>LITUANIA</b>	1 de mayo 2004
<b>PAISE BAJOS</b>	12 de mayo 2004
<b>MALTA</b>	7 de junio 2004
<b>LETONIA</b>	30 de junio 2004
<b>ESTONIA</b>	01 de julio 2004
<b>ESLOVAQUIA</b>	01 de agosto 2004
<b>GRECIA</b>	09 de julio 2004
<b>ALEMANIA</b>	23 de agosto 2004
<b>REPUBLICA CHECA</b>	1 de noviembre 2004

<sup>9</sup> Transpuesta por España por la Ley 3/2003 de fecha 14 de marzo de 2003, BOE N° 65 de fecha 17 de marzo de 2003.

<sup>10</sup> Un informe detallado basado en el artículo 34 numeral 1 de la decisión marco fue elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas: COM (2005) 63 final de fecha 23 de febrero de 2005, disponible en la página web: <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:ES:PDF>

Como podemos advertir en el recuadro que antecede, en algunos Estados miembros, tomó mucho más tiempo transponer dicha Decisión Marco a su legislación, ya que tuvieron que modificar sus Constituciones, como fue el caso de Francia e Italia.

Es destacable que dentro del contexto de la premura en la negociación y adopción, la orden de detención europea contiene ciertas innovaciones en relación al procedimiento tradicional de extradición y recogiendo como principio fundamental el reconocimiento mutuo y una nueva concepción del principio de doble incriminación, principio que fue un escollo dentro de la negociación.

La orden de detención, definida como una resolución judicial emanada por un Estado miembro con vistas a la detención y entrega a otro Estado miembro de una persona requerida para el ejercicio de las acciones penales o la ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de la libertad, es uno de los elementos del vasto abanico de posibilidades que ofrece el principio de reconocimiento mutuo.

Este principio es la piedra angular de cooperación judicial penal, una orden de detención europea librada por un juez de un Estado miembro, los demás Estados miembros actuarán como si esa orden de detención fuera suya, la confianza entre los Estados miembros ha sido fundamental para la elaboración de la orden de detención, dejando de lado la importancia si en el otro Estado miembro constituye o no delito y sin que sea necesario verificar si la orden librada por la autoridad judicial requirente ha sido expedida con arreglo a su ordenamiento jurídico interno.

## **II.-LA DECISIÓN MARCO COMO INSTRUMENTO NORMATIVO DE ADOPCIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA**

El denominado Tercer Pilar<sup>11</sup> “espacio, libertad, seguridad y justicia” de la Unión Europea, ha tenido el privilegio de contar con varios instrumentos jurídicos para la adopción de normas, pero que al mismo tiempo ha contemplado una cierta complejidad jurídica, que de alguna manera obstaculizaba la construcción del ámbito del Tercer Pilar; entre los instrumentos que se han manejado son: las Posiciones Comunes, los Convenios y la Decisión Marco.

La Decisión Marco, fue introducida en el Tratado de Ámsterdam en el artículo 34.2(b), pues en dicho Tratado se plasmó una especial relevancia al ámbito del área de libertad, seguridad y justicia, reemplazando en este ámbito a la Acción Común.

La característica de este instrumento legal, es la vinculación para los Estados miembros en cuanto al resultado, empero deja a las autoridades nacionales de escoger la forma y los métodos para obtener el resultado, haciendo hincapié que ésta no tendrá efecto directo, para así diferenciarlas de las Directivas Comunitarias<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta que la orden de detención europea implicaba normas de derecho penal, área muy reticente por constituir el núcleo duro de la soberanía nacional, lo óptimo ha sido recurrir a la Decisión Marco.

En el caso de los Convenios, era necesario recurrir a la ratificación por parte de los Estados miembros antes que entre en vigor, conforme a sus normas constitucionales y la Posición Común queda descartada por cuanto ésta sólo refleja un determinado enfoque de la Unión Europea sobre un aspecto en concreto, y que por lo general, para llevar a cabo cualquier medida<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Antes de la vigencia del Tratado de Lisboa, la Unión Europea era considerada como un estructura de 3 pilares: 1) Pilar comunitario, Comunidades Europeas; 2) Pilar de Política Exterior y Seguridad Común y 3) Pilar de Cooperación policial y justicia penal.

<sup>12</sup> MANGAS MARTIN ARACELI y LIÑAN NOGUERAS DIEGO, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, (2008), Editorial Tecnos, p. 386.

<sup>13</sup> CARRERA HERNANDEZ JESUS, “Réquiem por las Decisiones Marco: A propósito de la orden de detención europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (2007) nº14, disponible en la página web: [http://www.reei.org/reei%2014/CarreraHernandez\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/CarreraHernandez(reei14).pdf)

En este sentido, a diferencia con los otros instrumentos como el Convenios o las Posiciones Comunes, la Decisión Marco y en especial en materia de un nuevo sistema de extradiciones, permite la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, tanto en las normas de derecho nacional sobre cooperación judicial penal así como del derecho procesal penal y no afecta al derecho material<sup>14</sup>.

Ha sido también importante, respecto a la decisión marco de la orden de detención europea, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del 3 de mayo de 2007, en el asunto *Advocatem*<sup>15</sup>. En esta sentencia, uno de los puntos controvertidos, fue precisamente el cuestionamiento de la validez de la Decisión Marco por la que se adoptó la orden de detención europea, pues el *Advocaten von Werel* sostuvo que en relación a la orden de detención europea, debería haberse regulado por un Convenio.

Si bien en este asunto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señala que la orden de detención europea podría haberse regulado por un Convenio, sin embargo la decisión la tiene el Consejo en adoptarla o no, dando prioridad a la Decisión Marco cuando se cumpla los requisitos para su adopción. Además, en ese entonces, el Tratado no contemplaba cuál instrumento jurídico adoptar para determinados casos, por lo que el Consejo gozaba de cierta discrecionalidad para decantarse por una de ellas, teniendo en cuenta la naturaleza de cada una de ellas<sup>16</sup>.

### III.- EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN

Conviene precisar, que si bien ha sido corto el camino de la adopción de la orden de detención europea, no quiere decir que no hubo algunos percances. El principal escollo que se encontró fue en relación al *principio de doble incriminación*.

---

<sup>14</sup> KHUN MIGUEL WERNER, “Problemas Jurídicos de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo* (2007), nº 12, enero, en Iustel.com

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, *Advocatem Voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, Asunto C-303/05.

<sup>16</sup> Un comentario crítico de esta sentencia, lo ha realizado CORTES MARTIN JOSÉ, “La decisión marco relativa a la orden de detención europea y su cuestionada validez ante el TJCE: comentario a la STJCE de 3 de mayo de 2007, *Advocatem Voor de Wereld* (C-303/05)”, *Revista General de Derecho Europeo*, (2008), nº 15, enero, en Iustel.com

Este principio está muy arraigado en el derecho penal en materia de extradiciones, pues dentro del trámite tradicional de la extradición, una de las exigencias y requisitos para que un pedido de extradición sea procedente es que exista entre el país requerido y país requirente la tipicidad del delito, es decir que la conducta típica sea punible en ambos países, exigiéndose la doble tipificación.

Es por ello, que la propuesta de la Comisión sobre la orden de detención europea fue toda una innovación, pues preveía la ausencia del *principio de doble incriminación* y que ello no era requisito alguno para denegar la entrega<sup>17</sup>.

Sin embargo, la propuesta de la Comisión estaba basada en un sistema de lista negativa, el cual cada Estado miembro podría elaborar su lista de tipos penales, los cuales se les negaría la ejecución de una orden de detención, por ser contrario a su ordenamiento jurídico y que a su vez, para cualquier modificación del listado implicaba un trámite ante la Secretaría del Consejo debiendo publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea<sup>18</sup>.

Lo que finalmente se optó, fue elaborar una lista de aquellos delitos en los cuales no era necesario realizar el control del *principio de doble incriminación*, llamada también “lista positiva” detallándose 32 delitos que figuran en el artículo 2 numeral 2 de la Decisión Marco. No obstante ello, se hace referencia también que, a efectos de no aplicar este principio, el delito deberá ser punible con una pena de al menos 3 años, así, la autoridad judicial requerida no podrá realizar la valoración del tipo penal de acuerdo a su legislación nacional; de lo contrario se requerirá de esa evaluación de la doble incriminación si la pena es menor de 3 años y si el delito no está comprendido en el listado.

Ahora bien, que la orden señala mínimos de penalidad omitiendo establecer máximos, como la pena de muerte, tal como lo precisa en el considerando

---

<sup>17</sup> BARBE EMMANUELE, “El principio de doble incriminación”, en ARROYO ZAPATERO L., y NIETO MARTIN A. (dir.), *La orden de detención y entrega europea*, Cuenca (2006), Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, pp. 195-205.

<sup>18</sup> SANCHEZ LEGIDO ANGEL, “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (2007) n°14, disponible en la página web: [http://www.reei.org/reei%2014/SanchezLegido\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/SanchezLegido(reei14).pdf)

número 13 de la orden, además que, los Estados miembros se han adherido a otros instrumentos internacionales que la prohíben, tal es así, cómo el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sin embargo el artículo 5.2 prevé la pena o medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad.

De la referida lista, podemos inferir que estos delitos son aquellos de fácil transgresión transfronteriza y que afecta también los intereses y objetivos de la Unión Europea, así por ejemplo lo podemos agrupar de la siguiente manera:

- Delitos que pueden afectar al mercado interior: fraude, falsificación de monedas, falsificación de medios de pago, tráfico de vehículos robados, sabotaje, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías.
- Delitos de dimensión internacional: pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos (delito que también transgrede el aspecto de la inmigración), robos organizados o a mano armada, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico de armas, corrupción, blanqueo del producto de delito, racismo y xenofobia, delitos contra el medio ambiente, tráfico ilícito de bienes culturales, tráfico ilícito de materiales radioactivos, incendios voluntarios, secuestro de aeronaves y buques.
- Delitos que transgrede el aspecto de inmigración: ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, también el delito de trata de personas.
- Delitos de interés particular: homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, violación.
- Delito de sabotaje, comprende varias formas de tipicidad, y en la Decisión no se especifica.
- Delitos incluidos en la Corte Penal Internacional, que comprende varios delitos.

Definitivamente, al realizar esta clasificación de estos delitos, no se ha podido determinar el criterio por el cual amerita su inclusión en ese listado, empero comprende delitos transfronterizos, aquellos que afectan el mercado interior y delitos previstos en el Tratado de Roma de la Corte Penal de Justicia Internacional, como genocidio o lesa humanidad.

La lista prevista en el artículo 2 numeral 2, ha recibido observaciones en el sentido que no existe una categoría definida de los delitos mencionados, así sucede con el delito de sabotaje que tiene varias dimensiones para su configuración; además varias de las terminologías de los delitos carece del mismo sentido de un Estado a otro Estado miembro, lo cual originaría discrepancias<sup>19</sup>.

En este sentido, la lista carece de criterio uniforme, pues de ella no se desprende el sentido claro de los tipos penales descritos, lo cual motiva y deja en manos de la autoridad judicial el uso de la facultad discrecional. Esta crítica también trae a colación sobre la necesidad de la armonización de delitos en la Unión Europea, pues como podemos apreciar del listado y como lo hemos afirmado, existen ciertos delitos que no tienen el mismo sentido en algunos de los Estados miembros y también a la heterogeneidad de los sistemas judiciales o penales que cada Estado miembro posee.

De otro lado, cabe precisar que según el artículo 2 numeral 3 de esta Decisión Marco, esta lista puede ser modificada por unanimidad por parte del Consejo y por consulta al Parlamento Europeo, debiendo considerar también el informe de la Comisión si procede o no modificar dicho listado.

#### **IV.- EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM EN LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA**

Teniendo en cuenta de la gran novedad que constituía la orden de detención europea, también era necesario garantizar algunos derechos fundamentales del procesado o condenado. A fin de garantizar estos derechos, se recurre a los principios generales del derecho penal, entre ellos al *principio de ne bis in idem*.

---

<sup>19</sup> KEIJZER NICO, “The double criminality requirement”, en ROB BLEKXTOON J. y VAN BALLEGOOIJ W. (eds.), *Handbook...*, cit. en nota 8, pp. 137-163.

La orden de detención, establece dos categorías para denegar obligatoriamente y facultativamente este mandato, basada en el *principio de ne bis in idem*:

- El artículo 3 numeral 2 de la Decisión Marco, prevé una causal para denegar una orden de detención europea, esta causal es de obligatorio cumplimiento para la autoridad ejecutante; se requiere que el procesado haya sido juzgado definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro.
- Artículo 4 numeral 2, que se incluye a la litispendencia, es decir cuando la persona esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden de detención europea, en este sentido, la denegatoria será opcional.
- El artículo 4 numeral 3, cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden de detención europea, o concluirla, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales; en este caso la denegatoria es opción por parte del Estado ejecutante.
- El artículo 4 numeral 5 de la Decisión Marco, que reviste una causal optativa para denegar la orden de detención europea, cuando la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado.

Como se puede apreciar, existe una fragmentación del *principio ne bis in idem* en función en que la sentencia firme haya sido dictada por un Estado miembro o un tercer Estado no miembro de la Unión Europea<sup>20</sup>.

De otro lado, un problema destacable ha sido que el *principio de ne bis in idem* tiene diferentes connotaciones en los Estados miembros y dependiendo de los actos que pueden constituir la preclusión de un proceso y es que ello se debe también a los diferentes sistemas legales que posee

---

<sup>20</sup> JIMENO BULNES MAR, Orden europea de detención y entrega: Garantías esenciales, en DE HOYOS SANCHO M. (coord.) El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales, Valladolid (2008), Editorial Lex Nova, pp. 105-135.

cada Estado miembro: ya sea el sistema del common law y la posibilidad de apelación una vez se haya absuelto al procesado. Asimismo, se deberá considerar que algunas legislaciones contempla el recurso de revisión, que permite al agraviado reabrir el proceso, a pesar que existe una sentencia absolutoria, pues podría demostrar irrefutablemente que existen nuevos elementos para atribuirle a la persona absuelta la responsabilidad del delito cometido, en este caso, como el proceso anterior por el cual se le absolvió ya culminó, y, a pesar de estar en curso el proceso de revisión, se denegaría la orden de detención europea<sup>21</sup>.

Conviene advertir que, en cuanto a otras formas de conclusión de una investigación, la cual no necesariamente se culmina con una sentencia propiamente dicha, ya sea condenatoria o absolutoria, causal que recoge el artículo 4 numeral 3 de la Decisión Marco, se podría afirmar que tuvo su inspiración en los casos Hüseyin Gözutuk y Klaus Brügge<sup>22</sup>, resueltos por el Tribunal de Justicia Europeo. En el caso Gözutuk se refería esencialmente a una transacción entre éste y la Fiscalía de los Países Bajos y por otro lado las autoridades alemanas también decidieron procesarle por los mismos hechos, realizando la consulta respectiva las autoridades alemanas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, éste resolvió que la decisión de la Fiscalía de los Países Bajos forma parte de la administración de justicia penal, aduciendo que el *principio ne bis in idem* tiene un verdadero efecto independientemente de procedimiento o de forma, como la aprobación de un Tribunal. En esta sentencia, por vez primera se reconoce el principio *ne bis in idem*, aplicándolo a determinadas resoluciones diferentes a las condenas o absoluciones declaradas en sentencia firme, extendiéndolo a decisiones adoptadas por un órgano no propiamente judicial, en fase previa al juicio oral, como consecuencia de una negociación o acuerdos transaccionales que conllevan el cumplimiento de determinadas obligaciones.

En este sentido, una de las críticas que se realiza del artículo 4 numeral 3, es que la denegatoria de la orden de detención europea hubiera sido obligatoria y no facultativa, pues ya existe una sentencia del Tribunal de Justicia Europea en cuanto al contenido e interpretación de este principio.

---

<sup>21</sup> VAN DER WILT HARMEN, “The european arrest warrant and the principle Ne Bis In Idem”, en ROB BLEKXTOON J. y VAN BALLEGOOIJ W. (eds.), *Handbook...*, cit. en nota 8, pp. 99-117.

<sup>22</sup> Ambos casos fueron acumulados: C-187/01 y C-385/01, sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 11 de febrero de 2003.

No obstante ello, este pronunciamiento no resuelve toda la dimensión que implica el *principio ne bis in idem* debido a la heterogeneidad de los sistemas legales y a la definición variada, con ciertos matices diferenciadores entre los Estados miembros.

## CONCLUSIONES

La orden de detención europea constituye el reflejo de la voluntad política de los Estados miembros de hacer de la cooperación judicial penal un instrumento eficaz para la lucha contra el crimen y la impunidad.

Esta voluntad política ha implicado que los Estados de gran tradición penal, pues sabemos que el *ius puniendi* constituye el núcleo duro de la soberanía, han cedido de algún modo ciertas concesiones, como es el caso del principio de la doble incriminación, viéndose reflejada en el listado de los delitos por los que no se exige la aplicación de este principio.

Asimismo, hacemos presente la importancia que reviste la Decisión Marco, ya que ha sido el elemento vital para la adopción de la orden de detención europea y que ha demostrado eficacia en el ámbito de la cooperación judicial penal de la Unión Europea.

Sin embargo, como todo instrumento jurídico, no está desprovista de algunas falencias que hemos hecho referencia a lo largo del breve trabajo, como el listado de los delitos por los cuales no es necesario la aplicación del principio de doble incriminación, ya que ello reluce que no estamos ante 32 delitos estrictamente hablando, sino que se evidencia tipos penales con muchas entradas de otros delitos y ciertos problemas como la propia definición de la tipificación de la conducta que difieren de un Estado miembro a otro.

Este instrumento jurídico, a través de su cuestionamiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha permitido tener en claro algunos aspectos propios del derecho penal y su relación con esta orden de detención europea, para así no trastocar algunas garantías procesales del acusado y sus derechos fundamentales.

La orden de detención europea, de algún modo ha permitido hacer notar las innumerables problemas en cuanto a una futura armonización penal y la construcción de un espacio judicial europeo, si bien con esta orden es un

paso inicial y de gran avance, pero aún queda demasiado por realizar, pues no olvidemos que el ámbito de la cooperación judicial penal implicaría armonización de normas propias del derecho penal y del derecho procesal penal, cuestiones que aún están en tintero por parte de los Estados miembros.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1) Libros y artículos científicos:

**BARBE EMMANUELE**, “El principio de doble incriminación”, en **ARROYO ZAPATERO L.**, y **NIETO MARTIN A.** (dir.), *La orden de detención y entrega europea*, Cuenca (2006), Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha.pp.

**CARRERA HERNANDEZ JESUS**, Réquiem por las Decisiones Marco: A propósito de la orden de detención europea, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (2007) nº14.

**CORTES MARTIN JOSÉ**, La decisión marco relativa a la orden de detención europea y su cuestionada validez ante el TJCE: comentario a la STJCE de 3 de mayo de 2007, *Advocatem Voor De Wereld (C-303/05)*, *Revista General de Derecho Europeo* (2008), nº 15, enero, en Iustel.com

**FONSECA MURILLO FRANCISCO**, “La orden de detención y entrega europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (2003), número 14, enero-abril.

**JIMENO BULNES MAR**, Orden europea de detención y entrega: Garantías esenciales, en **DE HOYOS SANCHO M.** (coord.) *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales*, Valladolid (2008), Editorial Lex Nova.

**KEIJZER NICO**, The double criminality requirement, en **ROB BLEKXTOON J.** y **VAN BALLEGOOIJ W.** (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, (2005), The Hague, Editorial Asser Press.

**KHUN MIGUEL WERNER**, Problemas Jurídicos de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Revista General de Derecho Europeo* (2007), nº 12, enero, en Iustel.com

**MANGAS MARTIN ARACELI y LIÑAN NOGUERAS DIEGO**, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Madrid, (2008), Editorial Tecnos.

**SANCHEZ LEGIDO ANGEL**, “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (2007) nº14.

**PLACHTA MICHAEL y VAN BALLEGOOIJ WOUTER**, “The framework decision on the european arrest warrant and surrender procedure between member states of the European Union”, en ROB BLEKXTOON J. y VAN BALLEGOOIJ W. (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, (2005), The Hague, Editorial Asser Press

**VAN DER WILT HARMEN**, The european arrest warrant and the principle Ne Bis In Idem, en ROB BLEKXTOON J. y VAN BALLEGOOIJ W. (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, (2005), The Hague, Editorial Asser Press.

## **2) Documentos oficiales:**

Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, las conclusiones de dicho Consejo está disponible en la página web: [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm#b](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#b)

Comunicación de la Comisión sobre propuesta de la orden de detención europea, COM(2001) 522 final de 25.09.2001, disponible en la página web: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:332E:0305:0319:EN:PDF>

Conclusiones y plan de acción del Consejo Europeo Extraordinario del 21 de septiembre de 2001, disponible en la página web:

[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/conncl-bxl.es1.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/conncl-bxl.es1.pdf)

Decisión Marco, publicada en el DOCE N° L 190/1 del 18 de Julio de 2002.

Report on the Commission Proposal for a Council Framework decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between the Member States (COM(2001) 522 – C5-0453/2001 – 2001/0215(CNS)), disponible en la página web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A5-2001-0397&language=EN>

Report on the Commission Proposal for a Council Framework decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between the Member States (14867/1/01 – C5-0675/2001 – 2001/0215(CNS)) (Renewed consultations), 9 January 2002, disponible en la página web: [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0003+0+DOC+XML+V0//EN#\\_part5\\_def3](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0003+0+DOC+XML+V0//EN#_part5_def3)

Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 11 de febrero de 2003, acumulados C-187/01 y C-385/01, Hüseyin Gözutuk y Klaus Brügge.

Sentencia del Tribunal de Justicia, Advocatem voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad, Asunto C-303/05