

Cooperación jurídica internacional y combate de la corrupción: experiencia europea

Luis Banciella Rodríguez-Miñón

Abogado del Estado.

Sumario: I Derecho interno – II Cooperación en el ámbito de la Unión Europea

Con objeto de abordar el tema propuesto, parece necesario, a juicio de quien suscribe, que se aborde, primeramente, los aspectos puramente del Derecho interno para, explicitados los mismos, analizar la cooperación jurídica entre los países del ámbito de la Unión Europea.

A tal efecto, procederemos a continuación a exponer los tipos penales del Derecho español directamente relacionados con la corrupción (cuya regulación jurídica se contiene en los artículos 404-445 del Código Penal español, aprobado por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre); a continuación aludiremos someramente a los aspectos procesales — contenidos en nuestra LECr. — que facilitan la persecución de estos delitos y finalizaremos la exposición del Derecho español aludiendo a los aspectos más relevantes de la defensa de funcionarios, según se regula en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y Reglamento Jurídico del Estado, aprobado por R.D. 997/2003, de 25 de julio, y de desarrollo de la anterior.

I Derecho interno

A) Código Penal español

En el ámbito del Derecho español, los tipos previstos dentro de los delitos de corrupción se regulan en el Título XIX (Delitos contra la Administración Pública) del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal de 1995, debiendo referirnos brevemente a los siguientes:

A) Prevaricación y otros comportamientos injustos

- Artículo 404: [Prevaricación administrativa] “*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una*

resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

- Artículo 405: [Nombramientos ilegales] *“A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.*
- Artículo 406: [Aceptación de nombramiento ilegal] *“La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles”.*

B) Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos

- El artículo 407 define el tipo como sigue: *“1. A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años”* (delitos contra la Constitución, contra el orden público, traición y contra la paz o independencia del Estado y relativos a la defensa nacional y delitos contra la comunidad internacional).
- El artículo 408, por su parte, establece otro tipo para *“La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables...”*
- Y el artículo 409 sanciona *“A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público”.*

C) Desobediencia y denegación de auxilio

- Artículo 410: Desobediencia: *“1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a*

resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales...”

- Artículo 412: Denegación de auxilio: “1. *El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público...”*

D) *De la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos*

- Artículo 413: [Sustraer, destruir, inutilizar u ocultar documentos] “*La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo...”*
- Artículo 417: “*La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados...”*

E) *Cohecho*

Es éste, sin lugar a dudas el tipo más importante de los que regula el Código Penal atinente a la materia de la que nos ocupamos, la corrupción, debiendo mencionarse los siguientes artículos de nuestro texto legal:

- 419 (*tipo general*): “*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito...”*
- 420: “*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute...”*
- 421: “*Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo...”*
- 425: “1. *La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado...”*

- 426: “La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente...”
- 427: “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”.

Debemos tener presente pues, que para que se cometa cohecho, han de concurrir las siguientes circunstancias:

- *Acción típica:* El C.P. para referirse a las acciones que pueden dar lugar a la apreciación de este delito emplea los términos solicitar, recibir dádivas o presentes o aceptar ofrecimiento o promesa. Las acciones típicas de este tipo demandan la intervención de un tercero, distinto del funcionario. Sin embargo, respecto a cada una de ellas, la intensidad de la participación del otro sujeto es distinta, de lo cual dependerá la punición.
- *Medios para obtener la resolución del funcionario:* dádivas o presentes. En este sentido, mientras que en el ámbito propio del delito de cohecho tendrían cabida la solicitud o recepción de ventajas de naturaleza material, cuya obtención suponga una objetiva y mesurable mejora de la situación económica del funcionario (como por ejemplo, la entrega de una cantidad de dinero, la prestación de un servicio valorable económicamente, el otorgamiento de un préstamo facilitando las condiciones de la devolución, la cesión de un coche, proporcionar un empleo en el que se gane más o incluso facilitar un empleo a un tercero, casos, todos ellos, analizados por el Tribunal Supremo), por el contrario, quedarían relegadas al ámbito del delito del tráfico de influencias el resto de ventajas de carácter inmaterial y subjetivas. Así por ejemplo, la conducta de un funcionario que emite una resolución que favorece al particular o a otro funcionario que ha ejercido sobre él influencias con la finalidad de asegurar un posible ascenso — si el que influyó sobre él era un superior jerárquico.
- *El objeto de la acción requiere que el acto constitutivo de delito se realice en el ejercicio del cargo. La contraprestación ofrecida por el funcionario en contrapartida a las dádivas o presentes debe ser, por tanto, un acto*

para el que es genéricamente competente, debe estar comprendido entre sus competencias, cuanto menos, de hecho. De resultar completamente ajeno a las facultades legalmente asignadas al funcionario, el Tribunal Supremo ha considerado excluido el delito de cohecho a favor del delito de estafa (STS 29 de febrero de 1993).

- *Elemento subjetivo: el funcionario o autoridad que solicita, recibe o acepta la promesa u ofrecimiento de dádivas o presentes a cambio de la realización, en el ejercicio de sus funciones, de una acción u omisión delictiva debe, para responder del delito de cohecho, actuar dolosamente. Es decir, el funcionario ha de conocer que solicita o acepta una dádiva que no le es debida y, además, que condiciona su recepción a la práctica de una acción u omisión constitutiva de delito.*
- *Consumación: se produce cuando la declaración de voluntad del autor llega a conocimiento de la otra parte, o bien cuando se alcanza el acuerdo entre el funcionario y el particular; aunque, por ejemplo, no se haya concretado definitivamente el “quantum” de la dádiva o la precisa forma en que va a revestir la acción u omisión del delito de cohecho (STS 16 de marzo de 1998).*

F) Tráfico de influencias

- *El artículo 428 del C.P. lo define como aquél en que: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero”.*

G) Malversación de caudales públicos

Sobre este tipo, se han de destacar los siguientes preceptos:

- *432.1: “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.”*
- *433.1 (destinarlo a usos ajenos a la función pública): “La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones...”*

- 434 (*dar una aplicación privada a los bienes de la Administración*): “La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones...”

H) Fraudes y exacciones ilegales

- 436: “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público...”
- 437: “La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada...”

I) Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función

- 439: “La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones...”
- 441 (*realización de actividad profesional o de asesoramiento*): “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa...”
- 442 (*uso de secreto o de información privilegiada*): “La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero...”

J) *De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*

- 445: 1: “Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos”.

B) Aspectos procesales relevantes en la lucha contra la corrupción

Es necesario dejar claro que la comisión de estos delitos — más arriba descritos —, se lleva a cabo de forma oculta o privada, es decir, que es consustancial a los mismos su falta de proyección pública, al menos aparentemente. En consecuencia, son fundamentales las diligencias que adopta la policía con autorización judicial, en orden a la obtención de pruebas con que posteriormente incriminar a los presuntos culpables.

En consecuencia con lo expuesto, la LECr. otorga un papel preponderante a la Policía Judicial, que, según el art. 282 de la misma, es la encargada de “averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial”; ahora bien, los funcionarios de la Policía Judicial no sólo actúan a instancias y bajo la autorización de la Autoridad Judicial, sino también del Ministerio Fiscal, tal y como resulta del art. 287 de la LECr., debiendo poner en conocimiento en un plazo máximo de 24 horas las diligencias que hubieren practicado, bien de la Autoridad Judicial, bien del Ministerio Fiscal, bajo apercibimiento de sanción, según dispone el art. 295 LECr. Es preciso hacer constar que cuando el Juez de Instrucción procediere a formar sumario cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquiera Autoridad o agente de policía; debiendo éstos entregarlas en el acto a dicho Juez, así como los efectos relativos al delito que se hubiesen recogido, y poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiese (art. 286 LECr.).

¿Cuáles son los principales medios — procesalmente hablando — con que contamos para el combate de la corrupción? Además de los medios personales citados (Autoridad Judicial, Ministerio Fiscal y Policía Judicial), debemos mencionar dos instrumentos esenciales:

1º. *El secreto de sumario*. En efecto, el art. 301 LECr. señala que “*Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley*”. Este es un medio muy eficaz que permite realizar una adecuada instrucción del caso por parte de las autoridades competentes, evitando los riesgos que se producirían de no ser las diligencias secretas (vgr. Sustracción de los presuntos criminales a la acción de la Justicia).

2º. La posibilidad de solicitar la *intervención de las comunicaciones*, con especial importancia de las telefónicas. Así es, el art. 579 LECr. se refiere a este eficaz medio en los siguientes términos:

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

Repárese en la importancia del secreto del sumario para la debida eficacia de la diligencia que se acaba de citar, máxime en unos delitos como los que contemplamos, en los que la serie de tratos que configuran, como elemento esencial, el tipo (vgr. cohecho o tráfico de influencias), hace necesario que la labor previa de investigación por la Policía Judicial se haga con la mayor discreción posible en aras a asegurar la efectividad de la instrucción.

Pues bien, de esta labor previa de investigación, la Policía Judicial levanta — si se dan indicios racionales de criminalidad —, los correspondientes atestados, que tienen el valor de denuncias a todos los efectos legales (art. 297 LECr.).

C) Defensa de funcionarios

La Abogacía del Estado, asume la representación y defensa de las autoridades y empleados públicos cualquiera que sea su posición procesal, cuando los procedimientos se sigan por actos u omisiones relacionados con el cargo, según establece nuestra norma reguladora, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas. Añade el artículo 46 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, que tal representación y defensa se extiende también al caso de que hubieran cumplido orden de autoridad competente.

Ahora bien, para que esto suceda, es necesario que se den una serie de *requisitos* (art. 46 R.D. 997/2003):

1º. Que la autoridad o funcionario público no prefiera comparecer en el procedimiento bajo su propia representación y defensa y se entenderá que se renuncia a la asistencia jurídica por parte del Abogado del Estado desde el momento en que la autoridad, funcionario o empleado público comparezca o se dirija al órgano jurisdiccional mediante cualquier otra representación.

2º. Para asumir la representación y defensa de autoridades, funcionarios y empleados públicos, los Abogados del Estado deberán estar previamente habilitados por resolución expresa del Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado.

3º. La habilitación será acordada previa propuesta razonada del órgano del que dependa la autoridad, funcionario o empleado público de que se trate, en la que deberán contenerse los antecedentes imprescindibles para que la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado pueda verificar la concurrencia de los requisitos expuestos en los apartados anteriores.

Además, es preciso tener presente una serie de *supuestos especiales* (arts. 46 y 48 del R.D. 997/2003):

a) En casos de detención, prisión o cualquier otra medida cautelar por actos u omisiones relacionados con el ejercicio del cargo o habiendo cumplido orden de la autoridad competente, las autoridades, funcionarios o empleados públicos podrán solicitar directamente de la Abogacía del Estado correspondiente ser asistidos por el Abogado del Estado.

b) Cuando se siga procedimiento contra una autoridad, funcionario o empleado público español ante un tribunal extranjero, podrá ser defendido por un Abogado del Estado en los términos que acabamos de describir. Todo ello sin perjuicio, obviamente, de que el funcionario pueda comparecer en el proceso mediante su propia representación y defensa.

c) En el caso de que el Abogado del Estado advirtiese la existencia de intereses contrapuestos entre el Estado, organismos o entidades públicas cuya representación legal o convencionalmente ostenta y sus autoridades, funcionarios o empleados, se abstendrá de actuar en representación de éstos, pondrá tal circunstancia en conocimiento de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y se atenderá, en cuanto a las sucesivas actuaciones, a lo que el centro directivo disponga.

Por último, no podemos dejar de hacer constar que la Abogacía del Estado no asume exclusivamente una posición pasiva en la defensa de funcionarios, sino, antes bien, igualmente *activa* por expresa habilitación del art. 49 del R.D. 997/2003, que prevé el ejercicio de acciones por el Abogado del Estado en nombre de autoridades, funcionarios o empleados públicos, lo que requiere la autorización expresa del Ministro de Justicia, a propuesta razonada del titular del departamento, presidente o director general del organismo o entidad pública de quien dependa la persona en cuyo nombre se pretendan ejercitar dichas acciones y previo informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

Concluir este apartado señalando que el compromiso asumido por la Abogacía del Estado en la defensa de funcionarios es firme, es decir, que incluso en aquellos supuestos en que se tiene constancia de la culpabilidad del mismo se continúa con su defensa. En tal sentido, hacer igualmente constar que obtenida una sentencia condenatoria firme del funcionario público, como quiera que la pena lleva aparejada la inhabilitación del mismo para el desempeño de cargo público por el tiempo establecido en el correspondiente tipo penal, dicha circunstancia conlleva que en el ámbito de la Administración General del Estado no se incoe en vía administrativa un procedimiento disciplinario que, como excepción al principio del *non bis in idem* se permite sustanciar con los funcionarios públicos, dada la especial reprochabilidad de su conducta.

II Cooperación en el ámbito de la Unión Europea

¿Cómo es posible que colaboremos en la persecución de los delitos de corrupción en el ámbito de la Unión Europea? La respuesta, aun siendo obvia, exige hacer una brevísima referencia a la habilitación normativa de tal cooperación. Así es, España se adhirió a la actual Unión Europea — antes Comunidad Económica Europea — merced al Acta de Adhesión suscrita en Madrid el 12 de junio de 1985 (con efectos a partir de 1º de enero de 1986), y en virtud de las previsiones contenidas en la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (arts. 93 y 96) que prevén la adhesión de España a esta organización supranacional que ha supuesto, evidentemente, cesión de soberanía.

Por tanto, con pleno respeto al principio de territorialidad de las leyes penales, consagrado en el art. 8.1 CC (*“las leyes penales... obligan a todos los que se hallen en territorio español”*), y teniendo siempre presente determinadas excepciones a la aplicación absoluta de este principio (extradición, sobre la que más adelante volveremos), los Estados de la Unión Europea se han provisto de una serie de instrumentos normativos con el fin de hacer efectivo el principio de justicia universal en la persecución de determinados delitos.

No existe en el ámbito de la Unión Europea una jurisdicción penal comunitaria, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, y en relación a determinados delitos, en el seno de la Organización de Naciones Unidas (O.N.U.) con la Corte Penal Internacional de La Haya, que ha supuesto un impulso al principio de justicia universal, ejerciendo una jurisdicción subsidiaria respecto de los Tribunales nacionales sobre los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidios. En el ámbito de la Unión Europea, a falta de una jurisdicción penal comunitaria, el Tratado de Niza, de 26 febrero 2001, refuerza la cooperación policial y judicial en materia penal a través de los siguientes instrumentos:

1º. Eurojust (aprobado por Decisión 2003/659/JAI). La Unión Europea (UE) desea intensificar la cooperación en la lucha contra la delincuencia. Para ello, el Consejo creó Eurojust, órgano de la Unión competente en investigaciones y actuaciones relativas a la delincuencia grave que afecta al menos a dos Estados miembros.

Composición, competencias y tareas de Eurojust

Por la presente Decisión, Eurojust se constituye como órgano de la Unión dotado con personalidad jurídica propia. Cada Estado miembro debe nombrar a un miembro nacional de Eurojust que tendrá la calidad de fiscal, juez o policía (este último debe tener competencias equivalentes a las de juez o fiscal).

Eurojust es competente por lo que se refiere a las investigaciones y las actuaciones (en relación con al menos dos Estados miembros) relativas a las formas graves de delincuencia para:

- promover la coordinación entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros;
- facilitar la aplicación de la cooperación judicial internacional y la ejecución de las solicitudes de extradición.

Entre otras cosas, la competencia de Eurojust cubre los tipos de delincuencia y las infracciones de los que es competente Europol (por ej.: terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, trata de seres humanos, falsificación de monedas, blanqueo de dinero), y además la ciberdelincuencia, el fraude y la corrupción, el blanqueo de los productos del crimen, la participación en una organización criminal.

Cada Estado miembro podrá nombrar a uno o más corresponsales nacionales (a la luz de las prioridades en materia de lucha contra el terrorismo), que podrían constituir un punto de contacto de la red judicial europea.

Datos de carácter personal

Para la realización de sus objetivos, Eurojust debe poder intercambiar la información pertinente con las autoridades competentes. A este respecto, debe garantizarse la aplicación de los principios del Convenio del Consejo de Europa de 1981 sobre la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Eurojust puede solamente tratar los datos relativos a las personas que son objeto de una investigación, las víctimas y los testigos. Los datos sólo se conservan durante el período estrictamente necesario para la conclusión de la actividad de Eurojust.

Relación con otras instancias

Con el fin de realizar sus tareas, Eurojust mantiene relaciones privilegiadas con la Red judicial europea, la Oficina Europea de Lucha

contra el Fraude (OLAF) y el juez de enlace de los Estados miembros. Además, Eurojust podrá celebrar acuerdos de cooperación con Estados terceros y con las organizaciones u organismos internacionales por medio del Consejo, acuerdos en los que estará previsto el intercambio de información o el traslado de funcionarios.

Disposiciones finales

El Consejo y el Parlamento Europeo serán informados periódicamente de las actividades realizadas por Eurojust y del estado de la delincuencia en la Unión. En el informe anual dirigido al Consejo, Eurojust puede formular, por medio de su Presidente, propuestas destinadas a mejorar la cooperación judicial en materia penal.

2º. Eurorden u orden de detención europea (Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros). En cumplimiento de los compromisos contraídos en el seno de la Unión Europea, se dictó la Ley 3/2003, de 14 marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la LO 2/2003, de 14 marzo, complementaria de la anterior. La reforma de la LOPJ por LO 2/2003 tiene por objeto atribuir a la Audiencia Nacional la tramitación pasiva de la orden europea de detención y entrega, art.65 LOPJ.

El Consejo Europeo de Tampere invitó a los Estados miembros a convertir el principio del reconocimiento mutuo en la “piedra angular” de un verdadero espacio judicial europeo. La orden de detención europea propuesta por la Comisión tiene por objeto sustituir al sistema actual de extradición imponiendo a cada autoridad judicial nacional (autoridad judicial de ejecución) reconocer, ipso facto, y con controles mínimos, la solicitud de entrega de una persona formulada por la autoridad judicial de otro Estado miembro (autoridad judicial de emisión). Sin embargo los Estados miembros siguen siendo libres para aplicar y concluir acuerdos bilaterales o multilaterales en la medida en que faciliten o simplifiquen los procedimientos. La aplicación de estos acuerdos no debe en ningún caso perjudicar las relaciones con los otros Estados miembros que no forman parte del acuerdo.

Principios generales

La decisión define la “orden de detención europea” como cualquier decisión judicial adoptada por un Estado miembro para la detención o la entrega por otro Estado miembro de una persona a efectos de:

- el ejercicio de actuaciones penales;
- la ejecución de una pena;
- la ejecución de una medida policial de privación de libertad.

La orden será aplicable en los casos de:

- una condena definitiva a una pena de cárcel o medida policial que tenga, al menos, una duración de 4 meses;
- una infracción para la cual una pena de encarcelamiento o una policial superior a un año esté prevista.

A condición de que estén penadas en el Estado miembro de emisión por una pena de un máximo de al menos tres años, las infracciones que puedan dar lugar a entrega sin control de la doble incriminación de hecho son, entre otras: terrorismo, trata de seres humanos, *corrupción*, participación en una organización criminal, falsificación de moneda, homicidio, racismo y xenofobia, violación, tráfico de vehículos robados y fraude, incluido el fraude en detrimento de los intereses financieros comunitarios.

Para actos delictivos distintos de los citados, la entrega podrá subordinarse a la condición de que el hecho por el cual se pide la entrega constituya una infracción en aplicación del derecho del Estado miembro de ejecución (regla de la doble incriminación).

Los Estados miembros designarán a las autoridades judiciales competentes de emisión y ejecución en la materia e informarán a la Secretaría General del Consejo.

Procedimientos

Generalmente la autoridad de emisión comunicará la orden de detención europea directamente a la autoridad judicial de ejecución. La colaboración con el sistema de información de Schengen (SIS) y con Interpol está prevista.

Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas coercitivas necesarias y proporcionadas contra una persona buscada. Cuando la persona buscada sea detenida, tendrá derecho a ser informada del contenido

de la orden así como de contar con la asistencia de un abogado y un intérprete. En cualquier caso, la autoridad de ejecución tendrá derecho a decidir mantener a la persona en detención o a ponerla en libertad pero bajo determinadas condiciones.

A la espera de una decisión, la autoridad de ejecución (con arreglo a las disposiciones nacionales) procederá a oír a la persona afectada. A más tardar en los 60 días siguientes a la detención, la autoridad judicial de ejecución debe tomar una decisión definitiva sobre la ejecución de la orden de detención europea. Posteriormente lo notificará inmediatamente a la autoridad de emisión.

Todo período de detención relativo a la orden de detención europea deberá deducirse de la duración total de la privación de libertad eventualmente infligida.

La persona interesada deberá expresar su consentimiento a la entrega, de forma irrevocable y habiendo sido plenamente informada. En este caso concreto la autoridad judicial de ejecución debe adoptar una decisión definitiva sobre la ejecución del mandato en un plazo de 10 días tras el consentimiento. Cada Estado miembro sigue siendo libre para establecer que, bajo determinadas condiciones, el consentimiento sea revocable. Al respecto, debe añadir una declaración al acto de adopción de la presente decisión indicando las modalidades prácticas que permitan la revocación del consentimiento.

Motivos de denegación de la ejecución y la entrega

Un Estado miembro podrá no dar ejecución a la orden europea de detención si:

- ya se pronunció una sentencia definitiva para la misma infracción y la misma persona (principio “ne bis in idem”);
- la infracción está cubierta por una amnistía en el Estado miembro de ejecución;
- la persona interesada no puede ser considerada responsable por el Estado miembro de ejecución debido a su edad.
- En caso de que existan otras condiciones (prescripción de la acción penal o de la pena en aplicación de las disposiciones del Estado miembro de ejecución, sentencia definitiva por un mismo

hecho emitida por un país tercero, etc.) el Estado miembro de ejecución puede rechazar dar ejecución a la orden.

No obstante la vigencia e importancia adquirida por los dos instrumentos normativos a que nos hemos referido, sigue vigente, en el Derecho español, con carácter general para todos los casos (y especialmente para su aplicación fuera del ámbito de la Unión Europea) la extradición activa, regulada por la Lecrim (arts. 824 y ss) y la pasiva — así como la extradición en tránsito a la que se asimila — por la Ley de 21 marzo 1985 y el art. 13.3 Const.

3º. Reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia penal: fortalecer la confianza mutua Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Comunicación sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros [COM (2005) 195 final — no publicada en el Diario Oficial].

El reconocimiento mutuo de las decisiones penales entre Estados miembros constituye la base del espacio judicial europeo. En la práctica, la Comisión constata que los Estados se muestran todavía reticentes a reconocer las resoluciones judiciales en materia penal procedentes de otro Estado miembro de la Unión. La presente Comunicación hace un llamamiento en favor del fortalecimiento de la confianza mutua, una necesidad incontrovertible para realizar el espacio judicial europeo.

Reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales definitivas

El reconocimiento de la resolución definitiva de un Estado miembro implica un entramado de consecuencias en los demás Estados miembros de la Unión. En la presente Comunicación, la Comisión examina varios aspectos básicos importantes para que el reconocimiento mutuo sea efectivo, es decir:

- *Información mutua de las condenas.* La condición previa al reconocimiento mutuo es informar de las condenas. En el marco del programa de La Haya, en enero de 2005 la Comisión presentó un Libro Blanco en el que se analizan las principales dificultades del intercambio de información relativa a las condenas penales.

- *El principio de “non bis in idem”* significa que nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley. Este principio figura en el Artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- *La ejecución de una decisión condenatoria pronunciada por uno de los Estados miembros debe poder ser efectiva en todo el territorio de la Unión.* En abril de 2004, la Comisión procedió a una consulta sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea sobre la base de un *Libro Verde* [COM (2004) 334]. Más concretamente, una iniciativa de Austria, Suecia y Finlandia se propone permitir la ejecución de una condena no en el Estado que haya pronunciado la sentencia, sino en el Estado de nacionalidad o de residencia. Este texto debiera facilitar la aplicación de determinadas disposiciones de la orden de detención europea.
- *Reconocimiento mutuo de la inhabilitación.* Con frecuencia, las condenas penales implican la inhabilitación o privación de derechos, como la privación del derecho de trabajar con menores, participar en concursos públicos, conducir, etc. Las inhabilitaciones son de naturaleza considerablemente diversa, pero las dificultades para intercambiar información sobre este tema son más considerables todavía. La Comisión considera que es posible progresar mediante un sistema informático de intercambio de información sobre las condenas penales. En este ámbito la Comisión preconiza adoptar un enfoque sectorial por tipos de delito penal.

4º. Otras disposiciones

- *Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005,* relativa al *intercambio de información de los registros de antecedentes penales.* La presente decisión tiene como objetivo facilitar el intercambio de información acerca de los registros de antecedentes penales nacionales. El texto prevé, en particular, la creación de autoridades centrales encargadas de remitir y recibir las solicitudes presentadas a un Estado miembro. Prevé también un plazo para las respuestas.

- *Acción común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea* [Diario Oficial L 105 de 27.04.1996]. Los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados Miembros son diferentes. El Consejo adopta el presente acto en vistas de incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial, y de contribuir a una mayor comprensión recíproca entre dichos sistemas. La cooperación judicial es el eslabón central en la lucha contra la delincuencia transnacional y el fraude, en particular el cometido en detrimento de los intereses financieros de la Comunidad.

- *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”* [COM (2005) 184 final]. En cuanto a la justicia penal, la aproximación de la legislación y la creación de normas mínimas de procedimiento penal resultan a veces indispensables para reforzar la confianza mutua entre Estados miembros. Eurojust es la clave del desarrollo de la cooperación judicial en materia penal.

Madrid, 31 de octubre de 2008.