

“Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos *Caldararu y Aranyosi* como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo

Marta Muñoz de Morales Romero

Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU)
Instituto de Derecho penal europeo e internacional
Universidad de Castilla-La Mancha

Abstract¹

¿Qué debe hacer un juez nacional al que se le solicita la entrega de una persona por parte de otro Estado donde las condiciones de reclusión no son apropiadas desde el punto de vista de los estándares internacionales sobre la materia y, por tanto, cuando cooperar con otro Estado miembro implica el riesgo de que el individuo sufra un trato inhumano o degradante? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado al respecto en los recientes asuntos acumulados Caldararu y Aranyosi (STJUE, de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15/PPU). Afortunadamente, no ha defraudado estableciendo como límites excepcionales del principio de reconocimiento mutuo la vulneración de derechos fundamentales. Ahora bien, el establecimiento de este tipo de límites no implica una denegación automática de una orden de detención y entrega europea, pues no solo hay que advertir un riesgo genérico de vulneración, sino que además un riesgo genéricamente advertido debe concretarse.

What should a national court do when the surrender of a person may imply infringements of human rights given the inappropriate prison conditions of the issuing Member State? To put it differently, what should a judge do when cooperating with another member State results in a risk for the surrendered person of suffering inhuman or degrading treatment? The Court of Justice of the European Union (ECJ) has ruled on this in recent joined cases Caldararu and Aranyosi (ECJ Judgement of 5 April 2016, C-404/15 and C-659/15/PPU). Fortunately, it has not disappointed by setting limitations to the principle of mutual recognition when fundamental rights were to be at risk. However, such limits do not imply an automatic ground for refusal of a European arrest warrant, because it is not enough that a generic risk should be detected. It is also required to specify the risk generally warned.

Title: "Tell me about your prisons and I will tell you whether I cooperate". The Caldararu and Aranyosi cases as a new way of understanding the principle of mutual recognition.

Keywords: mutual recognition, European arrest warrant, prohibition of inhuman or degrading treatment, prison conditions.

Palabras clave: reconocimiento mutuo, orden de detención y entrega, prohibición de tratos inhumanos o degradantes, condiciones de detención.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha "El Derecho penal europeo ante el proceso de globalización jurídica" (Ref. PEII-2014-027-P), dirigido por el Prof. Adán NIETO MARTÍN.

Sumario

1. Reconocimiento mutuo y prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes
2. Antecedentes de la cláusula de orden público, opinión del Abogado General y postura del TJUE
3. Los nuevos límites del principio de reconocimiento mutuo
 - 3.1. La constatación de riesgos genéricos de vulneración de derechos fundamentales.
 - 3.2. La prueba del riesgo genérico
 - 3.3. La concreción de un riesgo genéricamente advertido de vulneración de derechos fundamentales
4. Trascendencia de los asuntos Caldararu y Aranyosi
5. Valoración final
6. Conclusiones
7. Bibliografía
8. Tabla de jurisprudencia citada

1. Reconocimiento mutuo y prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes

Los asuntos acumulados *Pá Aranyosi*² y *Caldararu*³ abordan por primera vez en el ámbito de la UE las condiciones de reclusión y sus efectos en el ámbito de la cooperación judicial⁴. Ambos tienen su origen en cuestiones prejudiciales planteadas por el mismo órgano judicial, el *Hanseatisches Oberlandesgericht* de Bremen (Alemania) y versan sobre una situación idéntica: la de un sujeto⁵ que se opone a la entrega en el marco de una orden de detención y entrega europea (en adelante, ODE) porque las cárceles del Estado miembro de emisión no cumplen los estándares europeos relativos a las condiciones de reclusión⁶.

Siendo una norma de *ius cogens* internacional⁷, la vulneración de la prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes es un clásico de los peligros de la cooperación judicial internacional. Era cuestión de tiempo que surgiese la controversia en relación a la entrega o traslado de personas entre EEMM de la UE. Y es que un número considerable de condenas por parte del TEDH a países de la UE⁸ o los informes del Comité del Consejo de Europa para la prevención de la tortura (en adelante CPT) demuestran “la existencia de problemas recurrentes en el universo penitenciario de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, entre ellos, los Estados miembros de la Unión”⁹. Esta jurisprudencia pone, por tanto, en tela de juicio la tutela a este derecho inviolable de la persona y obliga a replantearse los límites al principio de reconocimiento mutuo¹⁰.

² Petición de decisión prejudicial planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Alemania), el 24 de julio de 2015, asunto C-404/15.

³ Petición de decisión prejudicial planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Alemania), el 9 de diciembre de 2015, asunto C-659/15.

⁴ Para un reciente comentario a ambos asuntos en la doctrina, véase OLLÉ y GIMBERNANT (2016).

⁵ El Sr. Aranyosi fue arrestado el 14 de enero de 2015 en Bremen ante la emisión de una ODE para ejercer acciones penales por parte de un juez húngaro por ser sospechoso de haber cometido dos robos con fuerza en las cosas. Por su parte, el Sr. Caldararu había sido condenado en ausencia a 8 meses de prisión en Rumanía por conducir sin permiso. El juez rumano emitió una ODE a efectos de cumplimiento.

⁶ A nivel interno ya se habían dado casos de denegación de entregas por considerar que las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor no se ajustaban a lo dispuesto en el artículo 4 de la CDFUE y 3 del CEDH. Así, lo advierte la Comisión en su *Libro Verde sobre la confianza mutua en el espacio judicial europeo, op., cit.*, p. 5, respecto a la Sentencia del Tribunal Supremo Irlandés, de 23 de junio de 2010.

⁷ Es decir, de una norma imperativa claramente aceptada y reconocida por la comunidad internacional más allá de su previsión en los tratados. Véase QUISPE REMÓN (2012), p. 159.

⁸ STEDH, de 24 de julio de 2012, *caso Iavoc stanciu c. Rumanía*, demanda nº 35972/05; STEDH, de 10 de marzo de 2015, *caso Varga y otros c. Hungría*, demandas nº 14097/12 y otros (sentencia piloto); STEDH, de 8 de enero de 2013, *caso Torregiani y otros c. Italia*, demanda nº 43517/09 y otros; STEDH, de 25 de noviembre de 2014, *caso Vasilescu c. Bélgica*, demanda nº 64682/12.

⁹ Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, presentadas el 3 de marzo de 2016, a los asuntos *Aranyosi y Cădararu*, &33 ss.

¹⁰ La propia Comisión en su *Libro Verde de la Comisión: Reforzar la confianza mutua en el espacio judicial europeo – Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención*, Bruselas, 14.06.2011 COM(2011)327final, p. 4, indicaba que “las condiciones de detención pueden incidir directamente en el

En los asuntos en cuestión aquí comentados, el juez alemán elevó la cuestión prejudicial al TJUE planteando, en primer lugar, si el artículo 1.3 de la *DM euroorden*, la denominada cláusula de derechos fundamentales, permite denegar la entrega cuando existan indicios sólidos de condiciones de reclusión insuficientes en base al artículo 3 del CEDH. Asimismo, preguntó si el Estado miembro de ejecución puede o debe formular requisitos mínimos concretos aplicables a las condiciones de reclusión que se han de garantizar y, finalmente, si el juez nacional de emisión puede constituir garantías relativas al cumplimiento de las condiciones reclusión. La vista ante el TJUE tuvo lugar el 15 de febrero¹¹ y como es habitual en ella presentaron sus argumentos varios EEMM y la Comisión. Poco después, el Abogado general, Yves Bot, en sus conclusiones¹² descartaba la posibilidad de denegar la ejecución de una ODE en base al artículo 1.3.

En realidad, las cuestiones planteadas se traducen en las siguientes: ¿Puede el juez de ejecución denegar la entrega de una persona alegando como motivo el riesgo de vulneración de derechos fundamentales, el cual no viene incluido en los artículos 3¹³, 4¹⁴, 4bis¹⁵ y 5¹⁶ de la *DM euroorden*?

buen funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Tanto los detenidos en prisión preventiva como los presos condenados tienen derecho a unas condiciones de detención razonables. El hacinamiento en las prisiones y las alegaciones de malos tratos de los detenidos pueden minar la confianza que es necesaria para fomentar la cooperación judicial en la UE”.

¹¹ Sobre la vista puede consultarse BAN FUGLSANG (2016).

¹² *Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, op., cit.*

¹³ Artículo 3 *DM euroorden*: Motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea
La autoridad judicial del Estado miembro de ejecución (denominada en lo sucesivo "autoridad judicial de ejecución") denegará la ejecución de la orden de detención europea en los casos siguientes:

- 1) cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si éste tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho penal;
- 2) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena;
- 3) cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución.

¹⁴ Artículo 4 *DM euroorden*: Motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea

La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea:

- 1) cuando, en uno de los casos citados en el apartado 4 del artículo 2, los hechos que motiven la orden de detención europea no fueren constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución; no obstante, en materia de tasas e impuesto, de aduana y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la orden de detención europea por el motivo de que la legislación del Estado miembro de ejecución no imponga el mismo tipo de tasas o de impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas o impuestos, de aduana y de cambio que la legislación del Estado miembro emisor;
- 2) cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea 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;
- 3) cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden de detención europea, o bien concluirla, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales;
- 4) cuando haya prescrito el delito o la pena con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución y los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho penal;
- 5) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de

(1). En caso afirmativo, ¿qué tipo de riesgo?; ¿cómo probar la existencia de dicho riesgo? Finalmente, ¿existen alternativas a la denegación, por ejemplo, la entrega condicionada?

La primera pregunta no es baladí dada la clara postura del TJUE en casos anteriores: Una ODE solo puede denegarse alegando los motivos previstos en los artículos 3, 4 y 4bis de la *Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención y entrega europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*¹⁷ (en adelante *DM euroorden*) y solo puede condicionarse en los supuestos establecidos en el artículo 5 de dicha norma¹⁸.

La pregunta obliga a reflexionar sobre el modelo de cooperación judicial que se quiere en el ámbito de la UE: Uno tradicional de carácter *bidimensional* que solo afecta a los dos Estados implicados, descansa en las relaciones internacionales y en la lucha eficaz de la delincuencia y que se nutre de principios como el de *non inquiry*; otro de naturaleza *tridimensional* que pondere adecuadamente los dos intereses en juego mencionados junto a un tercero que es precisamente la protección de los derechos fundamentales de la persona implicada.

El principio de *non inquiry*, de origen norteamericano, limita la función del juez a controlar formalmente si se dan los requisitos que establece el Derecho interno para acordar la extradición de un sujeto. Por tanto, el juez no tiene en cuenta para adoptar su decisión las violaciones de

condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena;

6) cuando la orden de detención europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno;

7) cuando la orden de detención europea contemple infracciones que:

a) el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo;

b) se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

¹⁵ El artículo 4bis se refiere a resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin comparecencia del imputado.

¹⁶ Artículo 5 *DM euroorden*: Garantías que deberá dar el Estado miembro emisor en casos particulares

La ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a una de las condiciones siguientes:

1) cuando la infracción en que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea podrá estar sujeta a la condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida;

2) cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiere en él, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor.

¹⁷ DOUE L 190, 18.7.2002.

¹⁸ SSTJUE, de 26 de febrero de 2013, C-399/11, *asunto Melloni*, &38; de 29 de enero de 2013, C-396/11, *asunto Radu*, &&35 y 36; de 1 de diciembre de 2008, C-388/08 PPU, *asunto Leymann y Pustovarov*, &51; de 6 de octubre de 2009, C-123/08, *asunto Wolzenburg*, &57. Igualmente, respecto a otros instrumentos de reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación civil, STJUE, de 11 de julio de 2008, C-195/08, *asunto Rinau*, &50. Así también las *Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, op., cit., &81*.

derechos fundamentales acaecidas en el Estado requirente, por ejemplo, como consecuencia del mal estado de sus prisiones. Este tipo de cuestiones se supone que se han tenido en cuenta por los Estados implicados a la hora de firmar y ratificar un convenio internacional sobre la materia o en la fase política de cada acto de asistencia judicial en concreto¹⁹. Por el contrario, un modelo de cooperación de corte tridimensional coloca al juez encargado de la extradición en garante de los derechos de la persona reclamada. Por ello, debe tener en consideración a la hora de cooperar el grado de cumplimiento de los derechos fundamentales en el país con el que coopera. Ello se consigue con la incorporación de cláusulas de orden público.

Al primer enfoque, modelo bidimensional, parecen responder las posturas de España y Lituania defendidas en la vista ante el TJUE en los asuntos *Pá Aranyosi* y *Caldararu*. Ambos países se mostraron a favor de reconocer como motivos de denegación solo y exclusivamente los previstos en la *DM euroorden* (artículos 3, 4 y 4bis). España citaba como precedente de tal interpretación el asunto *Melloni*²⁰ por el cual el juez español tuvo que entregar a la persona reclamada condenada en rebeldía sin poder exigir del Estado de emisión el establecimiento de garantías adicionales²¹. Lituania, por su parte, advirtió del vacío de contenido del principio de reconocimiento mutuo si se llega a permitir a los jueces de ejecución examinar las condiciones de reclusión en los centros del Estado de emisión.

Lituania apuntó igualmente la impunidad a la que se llegaría en muchos casos y el hecho de que la constatación de un riesgo claro de violación grave de derechos fundamentales solo compete al Consejo, siendo de aplicación el artículo 7 TUE y el considerando nº 10 de la *DM sobre la eurorden*²². Esta postura viene a posicionarse del lado de la cooperación judicial como parte integrante de las relaciones internacionales y como tal, las violaciones de derechos fundamentales que tienen lugar en otro Estado como consecuencia del acto de cooperación solo compete a instancias de naturaleza política²³.

El resto de Estados (Alemania, Irlanda, Francia, Hungría, Países Bajos, Rumanía y Reino Unido) y la Comisión se apartaron de la concepción del principio de reconocimiento como “confianza ciega” para defender, por el contrario, una confianza general que, en ocasiones muy

¹⁹ Sobre el *non inquiry*, su origen, ejemplos y evolución, véase NIETO MARTÍN (2010b), pp. 472-474 y NIETO MARTÍN (2010a), pp. 463-467.

²⁰ STJUE, de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, *Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal*.

²¹ Debe advertirse, no obstante, que en *Melloni* no se trataba exactamente de la imposibilidad de alegar vulneración de derechos fundamentales como motivo de denegación distinto a los previstos expresamente en la decisión marco sobre la orden de detención, sino de determinar qué estándar de protección podía alegarse. El propio Abogado General, Yves Bot, utilizó *Melloni* en sus conclusiones para justificar el carácter automático de la entrega (&117 y 164).

²² El recurso al artículo 7 TUE ya lo apuntó también el Abogado General, Yves Bot, en sus conclusiones al asunto *Wolzenburg*, C-123/08, &150.

²³ Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, *op., cit.*, &86-88.

excepcionales, puede desvirtuarse²⁴: Precisamente, cuando exista un riesgo grave de vulneración de derechos fundamentales²⁵. Dicho de otro modo, la cooperación judicial penal en el ámbito del reconocimiento mutuo es de tipo tridimensional y exige, pues, una ponderación adecuada de todos los intereses en juego (persecución eficaz, relaciones internacionales y protección de los derechos fundamentales). Y es que una lectura conjunta de los considerandos 5, 6, 10, 12 y 13 y el artículo 1.3 de la *DM euroorden* solo puede interpretarse como un motivo de denegación adicional a los establecidos en los artículos 3, 4 y *4bis*. Refuerza igualmente el motivo de denegación el artículo 67.1 TFUE en virtud del cual “la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”.

El TJUE no discute en ningún momento ni que una ODE solo pueda denegarse en base a la concurrencia de alguno/s de los motivos de denegación tasados en la DM, ni tampoco que el procedimiento de entrega solo deba suspenderse por vía ejecutiva a través del Consejo²⁶. Sin embargo, lo anterior no puede llevar a dejar sin sentido la cláusula del artículo 1.3 *DM euroorden*, en virtud de la cual la DM “no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”. Este precepto se había venido considerando tradicionalmente como una cláusula de orden público europeo²⁷, si bien la doctrina había criticado desde hace tiempo la falta de consecuencias que de la misma se extraían.

2. Antecedentes de la cláusula de orden público, opinión del Abogado General y postura del TJUE

En el momento de presentar la *Propuesta de DM euroorden* la Comisión era mucho más explícita. En la exposición de motivos se indicaba que la euroorden era un instrumento preocupado por la protección de los derechos fundamentales lo cual implicaba una serie de precisiones, entre ellas una fundamental para el asunto ahora tratado: “al emitir y ejecutar los mandamientos de detención europeos, los jueces nacionales permanecen sujetos a las normas generales relativas a la protección de los derechos fundamentales, y muy especialmente al Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Esta preocupación por los derechos fundamentales se explicaba después a la hora de interpretar los motivos de denegación. A este

²⁴ En este sentido similar si bien refiriéndose a la prueba consistente y específica de una vulneración de los derechos fundamentales, Véase la Abogada General, Eleanor Sharpston, en sus conclusiones al asunto Radu, presentadas el 18 de octubre de 2012, &&41 y 97.

²⁵ En la doctrina, MAPELLI (2014), p. 570. También MÖSTL (2010), pp. 420-421, para quien, si los costes del reconocimiento mutuo son tan elevados de cara a los derechos fundamentales, no merece la pena. En el mismo sentido, SUOMINEN (2014), p. 223.

²⁶ STJUE, de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15/PPU, &80-81.

²⁷ Así, MAPELLI (2014), p. 515; MASSE (2012), p. 213.

respecto, la Comisión indicaba que los motivos de denegación se ceñían a los previstos en la DM, lo cual significaba que “a reserva, *por supuesto*, de la aplicación de las normas generales relativas a la protección de los derechos fundamentales, y muy especialmente del CEDH de 1950 y de la CDFUE, la autoridad judicial de un Estado miembro no podrá rechazar la ejecución de un mandamiento de detención europeo por un motivo distinto del previsto en el texto”. Reflejo de esta posición era el considerando nº 11: “Para velar por la eficacia del procedimiento *y a condición de que la ejecución del mandamiento no conduzca a una violación de derechos fundamentales*, la posibilidad de rechazar la ejecución del mandamiento de detención europeo debe circunscribirse a circunstancias claramente definidas” (énfasis añadido).

No hubiese habido tantos problemas de interpretación respecto a la posibilidad de denegar una ODE en base a la vulneración de derechos fundamentales si dicho considerando se hubiese mantenido en el texto finalmente aprobado. No ocurrió así y “a cambio” apareció la cláusula del artículo 1.3. Los debates en el seno del Consejo son esclarecedores a este respecto y es que ante la solicitud por parte de algunas delegaciones de incluir expresamente como motivo facultativo de no ejecución la contradicción con los principios fundamentales del Estado de ejecución y con el orden público, la respuesta fue: “La Presidencia insta a estas cinco delegaciones a que reconsideren su petición, habida cuenta, por una parte, del principio de reconocimiento mutuo, poco acorde con una multiplicación de controles en el Estado de ejecución y, por otra, de las referencias incluidas tanto en el dispositivo (apartado 3 del artículo 1) como en el preámbulo (considerandos 10, 12, 13 y 14) a la necesidad de velar estrictamente por el respeto de los derechos fundamentales y las libertades individuales garantizados por el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (apartado 2 del artículo 6 del TUE)”²⁸.

De esta explicación a la ausencia de un motivo de denegación explícito sobre derechos fundamentales pueden deducirse dos cosas: La primera es que no se quería introducir un motivo de denegación *sistemática* en casos de riesgo de vulneración, algo que intenta evitar a toda costa en su argumentación el Abogado General y que también hace el TJUE. La segunda es que la introducción del artículo 1.3 fue la solución de consenso a la que se llegó. Las normas del antiguo Tercer Pilar requerían unanimidad de todos los EEMM y no se quería complicar la simplicidad del sistema. A ello hay que añadir el contexto en el que se adoptó la DM: Justo después de los atentados del 11 de diciembre de 2001 en Nueva York, lo que hizo que las negociaciones se acelerasen hasta el punto de que pese a cambiar radicalmente la óptica de la cooperación judicial mayor (extradición), se tardó menos de 9 meses en aprobarse la propuesta. El descarte de un motivo de denegación de estas características se tuvo que compensar con una cláusula genérica que permitiría controles excepcionales en determinados supuestos. Así lo ha venido interpretando la Comisión europea en sus informes de implementación de la ODE. En ellos nunca ha sancionado la introducción en las legislaciones nacionales de motivos explícitos de denegación por violación de derechos fundamentales²⁹. En este sentido, ha sido muy

²⁸ Documento del Consejo nº 14867/01, Bruselas, 4 de diciembre de 2001, p. 3.

²⁹ Hasta dos tercios de los EEMM lo han hecho. Véase el *Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, p. 5 [COM/2006/0008 final].

contundente: “(...) [N]i que decir tiene que una autoridad judicial *siempre está facultada* para denegar la ejecución de una orden de detención si constata que el procedimiento está viciado por una violación del artículo 6 TUE y de los principios constitucionales comunes a los EEMM”³⁰ (énfasis añadido). Ahora bien, este tipo de controles los ha considerado como excepcionales. En su último *Informe de 2011*, la Comisión sigue el mismo enfoque: “Algunas sentencias del TEDH han subrayado las deficiencias de determinadas prisiones de la UE. El Tribunal ha declarado que unas condiciones de detención inaceptables (que alcancen un nivel mínimo de gravedad) pueden constituir una violación del artículo 3 del CEDH, incluso aunque no existan pruebas de una intención deliberada de humillar o degradar al detenido. *Es evidente* que la decisión marco del Consejo relativa a la ODE (que en su artículo 1, apartado 3, establece que los Estados miembros deben respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluido el artículo 3 del CEDH) *no ordena la entrega cuando la autoridad judicial responsable de la ejecución, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, estima que la entrega vulneraría los derechos fundamentales de la persona buscada como consecuencia de unas condiciones de detención inaceptables*”³¹ (énfasis añadido).

No lo entendió así el Abogado general, Yves Bot, quien en sus conclusiones dotó al precepto de meros efectos simbólicos. Con la idea de que el principio de reconocimiento mutuo y de confianza recíproca son “dos caras de una misma moneda”, el Abogado General entiende que solo puede procederse a reconocer porque cada uno de los EEMM confía en que su homólogo “respetará el Derecho de la Unión y, en particular, los derechos fundamentales”³². En su opinión, el artículo 1.3 tan solo viene a recordar a los EEMM que tienen la obligación de “respetar los derechos fundamentales”³³. Y si no lo hacen, es el Consejo el que en *circunstancias excepcionales* y, en virtud del considerando nº 10 de la DM, puede iniciar el procedimiento de suspensión de la ODE en base al artículo 7,2 TUE³⁴. Para el Abogado general, esta toma de postura es acorde con lo ya establecido por el TJUE en el *Dictamen 2/13 del TJUE*. En el mencionado dictamen el TJUE indicaba que el control por parte de los EEMM del respeto de los derechos fundamentales solo podía tener lugar *en circunstancias excepcionales*³⁵. Por tanto, prosigue el Abogado General, “según el Tribunal de Justicia, el principio de confianza mutua se opone a que un Estado miembro verifique si otro Estado miembro ha respetado efectivamente en un caso concreto los derechos fundamentales garantizados por la Unión, ya que ello «[pondría] en peligro el equilibrio en que

³⁰ *Informe de la Comisión, op., cit., p. 7.*

³¹ *Informe de la Comisión al PE y al Consejo sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, p. 7 [COM/2011/0175 final].*

³² *Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, op., cit., && 74-78.*

³³ *Ibidem, &&74.*

³⁴ *Ibidem, &&86-87.*

³⁵ *Dictamen 2/13 del TJUE, de 18 de diciembre de 2014, &&191-192.*

se basa la Unión”³⁶.

El párrafo concreto del *Dictamen 2/13* al que alude el Abogado General en sus conclusiones (&194), no hace sino establecer como regla general la ausencia de control en relación al respeto de los derechos fundamentales. Es por eso que el TJUE en su dictamen rechazó la adhesión al CEDH, pues esta implicaba como regla general dicho control. En otras palabras, un sistema que permite el control en todos los casos dejaría vacío de contenido el principio de confianza mutua pasándose, en consecuencia, a la desconfianza recíproca. Sin embargo, la confianza mutua se puede seguir preservando en casos muy limitados, esto es, permitiendo en circunstancias excepcionales un control sobre el respeto de los derechos fundamentales en otro Estado miembro. Así lo entendió el TJUE en el mencionado Dictamen³⁷ y lo ha reiterado en los *asuntos Caldararu y Aranyosi*³⁸. Por tanto, los principios de reconocimiento y confianza mutua, aun siendo fundamentales en la creación y mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores³⁹, admiten limitaciones. En consecuencia, la función del artículo 1.3 no puede circunscribirse a efectos meramente simbólicos. Para eso ya están los considerandos (así, por ejemplo, el considerando nº 12 de la *DM euroorden*). De hecho, es el propio Abogado General, Yves Bot, quien en asuntos anteriores parece querer buscar efectos no solamente simbólicos al artículo 1.3 vinculado a los considerandos: “(...) el Consejo de la Unión Europea cuidó de precisar en el artículo 1 de la Decisión marco que la *obligación de entrega* impuesta por la misma Decisión *no debe en modo alguno vulnerar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del TUE* (...). Por tanto, “la autoridad judicial de ejecución podría, en un *caso singular y con carácter excepcional, denegar la ejecución de una orden de detención europea*, como se indica en el duodécimo considerando de la Decisión marco, cuando existan “razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones” (énfasis añadido)⁴⁰.

3. Los nuevos límites del principio de reconocimiento mutuo

Teniendo en cuenta que los principios de reconocimiento y confianza mutua admiten limitaciones en casos excepcionales⁴¹, considerando que el artículo 1.3 obliga a respetar los

³⁶ Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, *op. cit.*, &109.

³⁷ Dictamen 2/13 del TJUE, de 18 de diciembre de 2014, &191.

³⁸ STJUE, de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15/PPU, &82.

³⁹ *Ibidem*, &78.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General, Yves Bot, presentadas el 24 de marzo de 2009, al *asunto Wolzenburg*, &&148-149.

⁴¹ STJUE, de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15/PPU, &82.

derechos fundamentales⁴² y dado que la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes es un derecho absoluto que no permite limitaciones de ningún tipo y que está reconocido en el artículo 3 CEDH y 4 CDFUE⁴³, sería posible denegar la entrega de una persona si se constata un riesgo real y efectivo de vulneración de dicho derecho⁴⁴. Cuestión distinta es que tipo de riesgo (3.1), cómo probar ese riesgo (3.2) y qué debe hacerse antes para activar dicho motivo de denegación pues no va a operar de forma automática (3.4).

3.1. La constatación de riesgos genéricos de vulneración de derechos fundamentales.

El TJUE divide el examen en dos tiempos. En un primer momento, se han de constatar riesgos genéricos que pueden tener como origen distintas fuentes: deficiencias sistémicas en los centros penitenciarios, pertenencia a un determinado grupo que es objeto de condiciones de reclusión con carácter general más duras (por ejemplo, en el caso de los homosexuales) o, incluso, riesgos asociados a las condiciones de reclusión en determinados centros penitenciarios⁴⁵. En un momento posterior, como se verá, se exige una individualización de dichos riesgos.

3.2. La prueba del riesgo genérico.

Respecto a cómo probar la existencia del riesgo, la Comisión y varios EEMM (Alemania, Francia y Reino Unido) coincidieron en los informes del CPT, del Consejo de Europa, ONGs y las sentencias del TEDH⁴⁶. Estas fuentes son las que llevaron al TJUE, en el *asunto N.S.* a constatar el riesgo en caso de enviar al recurrente a Grecia⁴⁷. La Comisión además mencionó las estadísticas de sobrepoblación penitenciaria en el Estado miembro de emisión.

El TJUE ha determinado como fuentes tanto las decisiones judiciales procedentes de tribunales internacionales, por tanto, no solo del TEDH, decisiones judiciales procedentes del Estado miembro de emisión, así como los informes, decisiones, etc. de órganos del Consejo de Europa o de NN.UU.⁴⁸.

⁴² STJUE, de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15/PPU, &83.

⁴³ STJUE, de 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15/PPU, &&85-86.

⁴⁴ Aplicando la jurisprudencia del TEDH, el riesgo deberá ser grave lo cual va a depender en el caso de la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes de la naturaleza y el contexto del trato o castigo, de su forma de ejecución, su duración y los efectos físicos y psicológicos que produzca. En este sentido, véase STEDH, *caso Soering v. Reino Unido*, demanda n° 14038/88&100.

⁴⁵ STJUE, de 5 de abril de 2016, &89.

⁴⁶ Hungría objetó que los informes del CPT se refieren a la situación de un país concreto al menos un año antes y que los hechos sobre los que versan las sentencias del TEDH y que constatan la violación pueden ser muy anteriores al supuesto de hecho que tenga que sustanciarse.

⁴⁷ STJUE, de 21 de diciembre de 2011, C-411/10 y C-493/10 *asunto N.S. y otros c. Reino Unido*, && 86 y 90-93. En el mismo sentido, STEDH, de 12 de abril de 2005, *caso Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n° 36378/02, &337 y STEDH, de 1 de abril de 2010, *caso Klein c. Rusia*, demanda n° 24268/08, &&47, 50 y 51. En este último caso las pruebas evaluadas por el Tribunal de Estrasburgo incluían informes recientes de organizaciones independientes de protección de los derechos humanos, tales como ONGs y fuentes gubernamentales de confianza, como el Departamento de Estado de EEUU.

⁴⁸ STJUE, de 5 de abril de 2016, &89.

Determinadas las fuentes, la cuestión fundamental es el rigor a la hora de apreciar el riesgo. El TJUE insta un umbral elevado aludiendo a elementos de prueba objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados⁴⁹. La prueba de uno de ellos permite pasar a la segunda fase para activar el motivo de denegación: la solicitud de información para verificar la existencia de un riesgo concreto⁵⁰. Este enfoque coincide con el del TEDH que para declarar la vulneración del artículo 3 CEDH ha exigido aportar pruebas de un riesgo “más allá de toda duda razonable”⁵¹, lo cual se ha traducido en no violaciones del CEDH minusvalorando en algunos casos los informes de organismos internacionales sobre la situación general del país si no es posible aportar otras pruebas de riesgo concreto y específico⁵².

En materia de asilo, hay una mayor flexibilidad pues basta con detectar un riesgo genérico para desvirtuar la presunción de respeto de los derechos fundamentales y, por tanto, no proceder a la devolución⁵³. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

3.3. La concreción de un riesgo genéricamente advertido de vulneración de derechos fundamentales.

Permitir al juez de ejecución a la hora de decidir sobre una entrega verificar el riesgo real y efectivo de vulneración de derechos fundamentales, no tiene por qué llevar automáticamente a la denegación de la entrega. Ello implicaría que la cláusula de orden público es un motivo de denegación obligatorio y ello activaría el clásico principio *aut dedere aut judicare*, es decir, el Estado miembro de ejecución, en este caso Alemania, tendría que juzgar a la persona reclamada, el Sr. Aranyosi, o ejecutar él mismo la sanción si se tratase de una ODE dictada a efectos de cumplimiento de condena, tal como ocurre en el caso del Sr. Caldararu. Como bien apuntó el Abogado General, no todos los Estados reconocen este principio de “entregar o juzgar” ni en

⁴⁹ STJUE, de 5 de abril de 2016, &89.

⁵⁰ En algunos EEMM no basta tampoco con probar la existencia de riesgos sistémicos o genéricos respecto a la pertenencia a un grupo concreto. Así, en la STC 199/2009, de 28 de septiembre, en la que un juez rumano solicitaba la entrega de un ciudadano de nacionalidad británica para el cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión por delito de explotación sexual infantil, el TC español alegó que para denegar la entrega por riesgo de persecución en razón de la condición sexual (homosexual) del recurrente era preciso aportar “determinados y concretos elementos (...)”, lo que implica que el temor o riesgos aducidos han de ser fundados, en el sentido de mínimamente acreditados por el propio reclamado, debiendo efectuar concretas alegaciones en relación a su persona y derechos, y sin que sea suficiente la formulación de alusiones o alegaciones genéricas sobre la situación del país”. Los riesgos denunciados por el recurrente eran de carácter genérico: situación de discriminación y persecución que sufren en Rumania los homosexuales, condiciones de hacinamiento de las cárceles rumanas, etc. Lo mismo cabe decir respecto al caso *Jaso, López y Hernández* en el que la *High Court* británica indicó que tener en cuenta con carácter sistemático los riesgos de tortura o trato degradante pondrían en tela de juicio la presunción de confianza entre los EEMM, si bien manifestó su preocupación sobre la situación en España detectada en algunos informes de órganos internacionales. Véase *Jaso, López and Hernández v. Central Criminal Court n° 2*, Madrid [2007] EWHC 2983 (Admin.).

⁵¹ STEDH, de 7 de junio de 2007, caso *Garavayev c. Rusia*, demanda n° 38411/02, &76.

⁵² STEDH, de 6 de abril de 2003, caso *Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía*, demandas n° 46827/99 y 46951/99, &72. Este rigor probatorio ya había sido criticado en casos anteriores. Véase CHUECA SANCHO (1998), pp. 45-61.

⁵³ Así, la Abogada General Verica Trstenajak en sus conclusiones presentadas, el 22 de septiembre de 2011, al asunto *N.S.*, &135.

todos los casos, ya que suele tener como ámbito de aplicación los supuestos de denegación de entregas de nacionales. Además, aun siendo de aplicación el principio, su implementación práctica no es sencilla. En muchos casos, el material probatorio y los testigos estarán en el Estado miembro de emisión y, por tanto, el proceso devendría imposible⁵⁴. Así lo advirtió en la vista ante el TJUE el juez alemán en relación al Sr. Aranyosi. Respecto al Sr. Caldararu, las posibilidades que brinda el derecho interno alemán para que cumpla la pena en Alemania son muy limitadas, pues la causa de denegación amparada en el principio de resocialización solo cubre a nacionales y residentes y no a extranjeros no residentes⁵⁵. El Sr. Caldararu no era nacional y su permanencia en Alemania no era lo suficientemente prolongada como para garantizar su reinserción una vez cumplida la pena. En otras palabras, aplicar el principio *aut dedere aut judicare* implicaría prácticamente la impunidad en ambos casos.

Existe otra posibilidad: el establecimiento de garantías -o proceder a una entrega condicionada. Como tal este enfoque fue defendido en la vista por Francia, Alemania y el propio juez de reenvío. Por el contrario, los Países Bajos e Irlanda sostuvieron que el establecimiento de garantías era irrelevante, pues lo importante para fundamentar la entrega o su denegación es verificar si existe o no un riesgo real de violación de derechos fundamentales y si lo hay, no habrá más remedio que denegar la entrega. España no se mostró a favor del establecimiento de garantías porque cada Estado miembro podría utilizar dicha facultad de forma distinta y ello repercutir de cara a la uniformidad del Derecho de la UE. Por su parte, Lituania se mostró también contraria ya que el Estado miembro de emisión podría luego no cumplir las condiciones. Hungría apostó por las vías de diálogo que ofrece el artículo 15.1 de la *DM euroorden*. Este precepto faculta al juez de ejecución a solicitar información complementaria al juez de emisión. Hungría, Rumanía, Reino Unido, Países Bajos y la Comisión sostuvieron que el riesgo de vulneración de derechos fundamentales es un problema concreto y específico y como tal puede resolverse con soluciones de la misma naturaleza, es decir, estableciendo garantías: Por ejemplo, la aplicación de medidas alternativas a la prisión (como la suspensión de la pena), cumplimiento de la pena en un centro penitenciario concreto, etc. Podría irse incluso más allá exigiendo la realización de visitas periódicas por parte de una autoridad del Estado de ejecución, diplomáticos, espectadores objetivos, etc. al centro penitenciario para verificar el cumplimiento

⁵⁴ NIETO MARTÍN (2010b), p. 479.

⁵⁵ Cuando se trata de una orden de detención europea a efectos de cumplimiento de condena, la *Decisión marco sobre euroorden* permite rechazar la entrega en casos de nacionales, residentes o personas que habiten en el Estado miembro de ejecución, si bien dicho Estado debe comprometerse a ejecutar él mismo la pena o medida de seguridad conforme a su Derecho interno (artículo 4.6 *DM euroorden*). Similar disposición aparece también como garantía en aquellos supuestos en que la orden de detención se emite con la finalidad de ejercer acciones penales, aunque en este caso la entrega se supedita a que la persona reclamada sea devuelta al Estado de emisión para cumplir allí la pena o medida de seguridad (artículo 5.3 *DM euroorden*)⁵⁵. Ambas disposiciones se introdujeron para dotar de relevancia al principio de resocialización o reinserción social de la persona reclamada una vez que haya cumplido la pena impuesta. El TJUE se pronunciado varias veces sobre ambas causas de denegación acerca de lo que se debe entender por nacional o residente (véanse las SSTJUE, de 17 de julio de 2008, C-66/08, *asunto Szymon Kozłowski*; de 6 de octubre de 2009, C-123/08, *asunto Dominie Wolzenburg*; de 21 de octubre de 2010, C-306/09, *asunto I.B.*; STUE, de 5 de septiembre de 2012, C-42/11, *asunto Joao Pedro Da Silva Jorge*). En la doctrina, véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2016).

de las condiciones establecidas⁵⁶.

El TJUE se mueve en este segundo escenario y deja bien claro que la constatación de un riesgo real y efectivo de sometimiento a tratos inhumanos o degradantes no implica *ipso facto* la denegación de la entrega⁵⁷. Lo anterior viene a decir que el artículo 1.3 DM no opera como un motivo de denegación automática. Por lo contrario, lo que se exige por parte de la autoridad de ejecución es un ejercicio de individualización del riesgo genéricamente advertido⁵⁸ con independencia de donde proceda (deficiencias sistémicas, pertenencia a grupos vulnerables, situación de determinados centros penitenciarios)⁵⁹. Con este tipo de riesgo se exige examinar el impacto que tendría la entrega en los derechos del sujeto en cada caso específico. Para ello recurre a las vías de diálogo que en la vista había apuntado la delegación húngara, de tal forma que la autoridad judicial de ejecución tendrá que solicitar información urgente al Estado miembro de emisión a través del artículo 15.2 DM sobre las condiciones de reclusión a las que estará sometida la persona objeto de entrega.

Con esa información adicional el riesgo genéricamente advertido se individualiza y se puede sortear a través de una solución concreta que dará la autoridad judicial del Estado miembro de emisión. Esta última puede indicar que se aplicará al sujeto una medida alternativa, por ejemplo, la suspensión, que cumplirá la pena en un centro penitenciario determinado cuyas condiciones de reclusión respetan los estándares internacionales sobre la materia, que en ese momento se está llevando a cabo una visita por un organismo internacional y que el informe que se publicará será favorable, etc. Es decir, sin hacer mención expresa al establecimiento de garantías por parte de la autoridad judicial de emisión, en el fondo, la solicitud de información lo que persigue es precisamente garantizar de algún modo que la persona objeto de entrega no será sometida a trato inhumano o degradante.

De hecho, una vez recibida la información, si el juez de ejecución pudiera descartar la existencia del riesgo, concederá la entrega, sin perjuicio de que la persona reclamada utilice las vías jurisdiccionales pertinentes en el Estado miembro de emisión para cuestionar las condiciones de reclusión de los centros penitenciarios en dicho Estado⁶⁰.

⁵⁶ NIETO MARTÍN (2010b), p. 480. También el PE en su *Resolución, de 15 de diciembre de 2011, op., cit.*, &15: "Opina que deberían tomarse medidas a nivel de la UE para que se garantice a los diputados nacionales el derecho de visitar prisiones y que se conceda idéntico derecho a los diputados al Parlamento Europeo dentro del territorio de la UE".

⁵⁷ STJUE, de 5 de abril de 2016, &91-93.

⁵⁸ En realidad, este es el enfoque que desde *Soering* ha estado utilizando el TEDH en el marco de la cooperación judicial. Aquí, ante un supuesto de extradición a los EE.UU., el TEDH apreció riesgo de trato inhumano por el fenómeno del "corredor de la muerte". Para ello tuvo en cuenta la situación general del país, pero, sobre todo, las circunstancias particulares de la persona reclamada como su situación de vulnerabilidad, así como sus antecedentes personales (el estado mental del reclamado jugó un papel crucial). Véase STEDH, de 7 de julio de 1989, *caso Soering v. Reino Unido*, op., cit. Más recientemente, STEDH, de 1 de abril de 2010, *caso Klein c. Rusia*, demanda n° 24268/08.

⁵⁹ STJUE, de 5 de abril de 2016, &94.

⁶⁰ STJUE, de 5 de abril de 2016, &103.

Si, por el contrario, de la información complementaria recibida se siguiese verificando la existencia de un riesgo real y efectivo de trato inhumano o degradante, la autoridad judicial de ejecución deberá aplazar la entrega por un tiempo razonable en los términos previstos en el artículo 17.4 DM (prórrogas por períodos de 30 días). En ese caso, informará a Eurojust indicando las razones de la demora. Asimismo, el Estado de emisión comunicará al Consejo la demora en la ejecución de la orden de detención si esta se hubiese repetido varias veces⁶¹.

Para evitar mientras tanto una duración excesiva de la detención provisional de la persona buscada, el TJUE se remite a su jurisprudencia vertida en el *asunto Lanigan*⁶² y para ello la autoridad judicial de ejecución actuará conforme al principio de proporcionalidad y tendrá en cuenta la presunción de inocencia del sujeto buscado⁶³. Si durante este tiempo, la autoridad

⁶¹ STJUE, de 5 de abril de 2016, &99.

⁶² El este asunto (STJUE, de 16 de julio de 2015, C-237/15 PPU, *asunto Minister for Justice and Equality y Francis Lanigan*) el TJUE aborda la duración máxima de la detención cuando se está a la espera de que el órgano judicial del Estado miembro de ejecución se pronuncie sobre una ODE. En concreto, se preguntó al TJUE si la inobservancia de los plazos establecidos en el artículo 17 de la *DM euroorden* tenía algún efecto para el Estado miembro de ejecución, en el sentido de que ya no estaría obligado a ejecutar la ODE, y si podía generar derechos a favor del detenido, por ejemplo, el derecho a ser puesto en libertad. En relación a lo primero, el TJUE estableció que los plazos previstos en dicho precepto son, *en principio*, infranqueables, de tal forma que los EEMM deben respetar dichos plazos. Ahora bien, su mero incumplimiento no elimina la obligación de pronunciarse sobre la ODE. Lo contrario podría mermar el objetivo de aceleración y simplificación de la cooperación judicial perseguido por la Decisión marco, ya que podría forzar al Estado miembro emisor a dictar una segunda orden de detención europea para permitir que se entablase un nuevo procedimiento de entrega en los plazos previstos por la Decisión marco.

La respuesta a la segunda cuestión es más sustanciosa desde el punto de vista de los derechos fundamentales porque plantea si el mantenimiento en prisión de la persona reclamada una vez transcurridos los plazos previstos en el artículo 17 supone una vulneración del derecho a la libertad. El TJUE indicó que liberación pura y simple del detenido tras la expiración de esos plazos o cuando la duración total del periodo de detención de la persona buscada supere dichos plazos podría limitar la eficacia del sistema de entrega instaurado por la Decisión marco y, por lo tanto, obstaculizar la consecución de los objetivos perseguidos por ésta. Justifica en parte esta decisión en el hecho de que el periodo total de privación de libertad cumplido por parte de la persona reclamada en el Estado miembro de ejecución mientras se resuelve su entrega es posteriormente deducido del periodo total de privación de libertad que se cumplirá en el Estado miembro de emisión, incluso aquel periodo de detención dimanante con posterioridad a la expiración de los plazos previstos en el artículo 17. Asimismo, el TJUE subraya la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 TUE y reflejados en la Carta de Derechos fundamentales de la UE (en adelante CDFUE). Dado que la ODE puede implicar –de hecho, casi siempre implica– la adopción de una medida de prisión provisional respecto a la persona reclamada, las condiciones de la detención deberán adecuarse a la CDFUE y por remisión al CEDH. A este respecto, el TJUE acude a la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 5,1 f) del CEDH en relación a los procesos de extradición de la cual se desprende que la privación de libertad de una persona por verse inmersa en un proceso de extradición –*mutatis mutandis* proceso de ejecución y entrega de una orden europea– deja de estar justificada cuando el procedimiento no se tramita con la debida diligencia. *Sensu contrario*, la privación de libertad está justificada si la ejecución de la orden de detención y entrega europea se ha llevado a cabo con la suficiente diligencia y, por tanto, si la duración de la detención no es excesiva. Para ello, el juez nacional de ejecución debe verificar si se ha producido una eventual pasividad de las autoridades judiciales involucradas y si la persona buscada también ha contribuido al retraso en el procedimiento. Igualmente, prosigue el TJUE, debe tenerse en cuenta la potencial pena que le sería impuesta a la persona reclamada en el caso de ser condenada o se le hubiese impuesto por los hechos que hayan propiciado la emisión de una euroorden, la existencia de riesgo de fuga, así como que se hayan superado ampliamente los plazos previstos en el artículo 17, pues estos por aplicación del principio de reconocimiento mutuo se presumen *a priori* como suficientes para decidir sobre la entrega.

⁶³ STJUE, de 5 de abril de 2016, &&100-101.

judicial determinase que la detención provisional es excesiva, concederá la libertad provisional, pero deberá adoptar todas las medidas necesarias para evitar la fuga de la persona reclamada y, en cualquier caso, seguir asegurando su posible entrega en el futuro⁶⁴.

Pero, y esto es lo más relevante, si pese a todo, la existencia del riesgo persiste una vez transcurrido un periodo de tiempo razonable o, dicho de otro modo, las garantías que ha dado la autoridad judicial de emisión no son aceptables, tendrá que decidir si poner fin al procedimiento de entrega⁶⁵. Es curioso que el TJUE elude decir claramente “deberá poner fin”. Lo deja en manos del juez de ejecución con la expresión “debe decidir si poner fin al procedimiento de entrega”. Quizás no es tan incisivo pensando en que, si las garantías jurisdiccionales fallasen, podría recurrirse a otras vías como las diplomáticas. Ahora bien, a la vía diplomática ya se puede recurrir antes incluso cuando el juez de ejecución tiene que fijar un plazo para recibir la información complementaria, plazo que establece en función de los plazos genéricos de los que dispone para pronunciarse sobre la entrega previstos en el artículo 17 DM (generalmente, 60 días, pues se tratará de casos en los que sujeto no habrá dado su consentimiento a la entrega) y, en lo que aquí ahora interesa, en función de la necesidad de intervención de la autoridad central (artículo 7 DM)⁶⁶. Luego, tendría que haber sido el TJUE mucho más incisivo y apostar por un “deberá poner fin al procedimiento de entrega”.

No cabe duda de que la denegación es la última opción, lo cual obedece precisamente a un control excepcional por parte del juez de ejecución sobre el respeto de los derechos fundamentales en el Estado miembro de emisión. Solución a medio camino entre dar prevalencia a toda costa a la eficacia de la cooperación judicial y sortear los problemas de posibles vulneraciones de derechos fundamentales.

4. Trascendencia de los asuntos Caldararu y Aranyosi

La respuesta del TJUE tiene trascendencia para otros instrumentos de reconocimiento mutuo, muy especialmente, en el caso de la *Decisión marco sobre traslado de personas condenadas*. Tal y como indicó la Comisión en su *Libro Verde de 2011*, “unas condiciones de detención claramente deficientes o que puedan situarse por debajo de las normas mínimas establecidas por las Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa pueden constituir un impedimento para el traslado de reclusos”⁶⁷. Esta decisión marco prevé el traslado sin necesidad de contar con el consentimiento del condenado y podría ocurrir que aquellos que no deseen ser trasladados

⁶⁴ STJUE, de 5 de abril de 2016, &102.

⁶⁵ STJUE, de 5 de abril de 2016, &104.

⁶⁶ STJUE, de 5 de abril de 2016, &95.

⁶⁷ *Libro Verde de la Comisión: Reforzar la confianza mutua en el espacio judicial europeo, op., cit., p. 6*. En el mismo sentido, *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, sobre las condiciones de privación de libertad en la UE (2011/2897(RSP), &7*.

alegasen “que el traslado podría someterles a un trato inhumano o degradante”⁶⁸. En este caso, sería el juez de emisión el que tendría que hacer el análisis en dos tiempos: riesgos genérico e posterior individualización tras examinar la información remitida.

5. Valoración final

La decisión del TJUE debe valorarse positivamente si bien sorprende la ausencia de algunas referencias. En concreto, llama la atención el no haber mencionado en ningún momento la doctrina vertida en el *asunto N.S.* en materia de asilo⁶⁹. En este caso, el TJUE se enfrentó a un supuesto de hecho muy similar: Determinar si los jueces nacionales podían negarse a trasladar a un solicitante de asilo al “Estado miembro responsable”⁷⁰, en los términos previstos en el Reglamento “Dublín II” cuando existen riesgos de vulneración de derechos fundamentales. El Tribunal de Luxemburgo estableció la presunción de que “el trato dispensado a los solicitantes de asilo en cada Estado miembro es conforme con las exigencias de la Carta, de la Convención de Ginebra y del CEDH”⁷¹. Ello lo justificó en la razón de ser de la UE y en la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia y, más concretamente, del sistema europeo común de asilo, basado en la confianza mutua y la presunción, a su vez, del respeto, por parte de los demás Estados miembros, del Derecho de la Unión, en particular de los Derechos fundamentales⁷². Ahora bien, esta presunción, indicó el TJUE, es *iuris tantum*⁷³: “No obstante, no cabe excluir que

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ STJUE, de 21 de diciembre de 2011, C-411-10, *asunto N.S. y otros c. Reino Unido*.

⁷⁰ En este caso, el “Estado miembro responsable” era Grecia. El artículo 10 del Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país [DO L 50, 25.2.2003], indica que cuando el solicitante de asilo hubiese cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular por vía terrestre, marítima o aérea, procedente de un tercero país, el “Estado miembro responsable” de examinar su solicitud de asilo será aquel en el que haya entrado de tal forma.

⁷¹ *Asunto N.S. c. Reino Unido*, &80.

⁷² *Asunto N.S. c. Reino Unido*, &83.

⁷³ Curiosamente, un año antes, el TJUE en el *asunto I.B.* parecía equiparar la presunción de respeto de los derechos fundamentales por parte de los EEMM en materia de asilo y euroorden. Parece incluso establecer una presunción irrefutable (&44): “(...) el artículo único del Protocolo n° 29 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (...) dispone en particular que, dado el grado de protección de los derechos y libertades fundamentales por parte de los Estados miembros, se considerará que éstos constituyen recíprocamente países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo” (énfasis añadido). El enfoque del TJUE en el *asunto N.S.* fue justamente el contrario estableciendo la posibilidad de desvirtuar la presunción. En asuntos posteriores se confirmó el carácter *iuris tantum* de la presunción. Véase la STJUE, de 10 de diciembre de 2013, C-394/12, *asunto Shamsou Abdullahi y Bundesaylamt*. Tal y como indica IPPOLITO (2013), p. 270, el impacto de esta jurisprudencia a nivel legislativo es evidente. El artículo 3.2 del Reglamento 604/2013 del PE y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida [DO L 180, 29.06.2013] establece que “cuando sea imposible trasladar a un solicitante al Estado miembro que se haya designado en primer lugar como responsable, debido a que hay razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Estado miembro encargado de la

este sistema se enfrente, en la práctica, a graves dificultades de funcionamiento en un Estado miembro determinado, de manera que exista un riesgo importante de que los solicitantes de asilo, en caso de ser trasladados a ese Estado miembro, reciban un trato incompatible con sus derechos fundamentales”⁷⁴. Y es que una presunción *iuris et de iure* (irrefutable) de pleno respeto con los derechos fundamentales “es incompatible con la obligación de los Estados miembros de interpretar y aplicar el *Reglamento n° 343/2003* conforme a los derechos fundamentales”⁷⁵. El propio reglamento contiene una cláusula de orden público en el considerando n° 15 pero también en el artículo 21.3.

La doctrina ya había planteado si sería admisible que el TJUE no aplicase el mismo estándar de protección en materia de asilo y cooperación judicial en asuntos penales⁷⁶. En realidad, en el pronunciamiento del TJUE está presente de una forma o de otra el *asunto N.S.*, por ejemplo, al hacer referencia a riesgos de naturaleza sistémica. La diferencia es que en *N.S.* la mera constatación de este tipo de riesgos llevaba *ipso facto* a denegar la devolución al Estado miembro donde se estaba en peligro real de sufrir un trato inhumano o degradante. En el ámbito de la cooperación judicial no se podía llegar a la misma solución sin poner en jaque mate al principio de reconocimiento mutuo y, por ende, al principio de confianza mutua.

A diferencia del Abogado General⁷⁷, el TJUE no se ha complicado y ha entendido que en materia

determinación seguirá examinando los criterios fijados en el capítulo III para decidir si otro Estado miembro puede ser de signado como responsable”. Este precepto viene a reconocer que, efectivamente, puede haber casos en los que los EEMM no sean seguros en lo que se refiere a la prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes.

⁷⁴ *Asunto N.S. c. Reino Unido*, &81.

⁷⁵ *Asunto N.S. c. Reino Unido*, &99.

⁷⁶ DERUITER y VERMEULEN (2016), pp. 12-13.

⁷⁷ Para negar la extrapolación del *asunto N.S. a Cadararu y Aranyosi* el Abogado General indicó que la finalidad del espacio europeo común de asilo -ofrecer un espacio de protección y de solidaridad a quienes huyen de alguna persecución o están en peligro de sufrir graves daños y solicitan la protección internacional- no coincide con el objetivo de la ODE, cual es “garantizar la represión de las actividades delictivas en la Unión, permitiendo el enjuiciamiento y la condena de los autores de infracciones penales” (&51). El procedimiento en el sistema europeo común de asilo es de índole administrativa y persigue “averiguar si la persona de que se trata tiene derecho o no al estatuto de refugiado y, en caso negativo, en alejarla del territorio de la Unión” (&52). En el caso de la ODE, el procedimiento es interno a nivel de la UE y judicial. La detención en el caso del sistema europeo común de asilo es excepcional; en cambio, en el caso de la ODE es la regla general (&53). Esto último vincula con las consecuencias apreciadas por el Abogado General en el caso de extrapolar la solución del *asunto N.S. y otros* a los ahora examinados. En materia de asilo, el TJUE vino a introducir “una excepción a una norma de competencia territorial establecida para repartir la carga de los procedimientos administrativos sometidos a criterios de fondo comunes para todos los Estados miembros” (&55). En la ODE, desembocaría en impunidad y reincidencia por parte de la persona no entregada “en detrimento de las libertades de los otros ciudadanos” (&60). Y es que, a diferencia de lo que ocurre en materia de asilo, el Derecho penal material y procesal de los EEMM no está suficientemente armonizado (&50), lo que daría lugar a que el Estado miembro de ejecución no pudiera juzgar a la persona reclamada por no disponer, en principio, de competencia jurisdiccional (&59 y 125). Y si se tratase de una ODE dictada a efectos de cumplimiento de una pena, los problemas serían, puntualizó el Abogado General, menores porque la persona reclamada podría cumplir la pena en el Estado miembro de ejecución. Para ello tendría que ser de aplicación el artículo 4.6 de la DM que permite dicha posibilidad si se trata de un nacional o residente a efectos de facilitar su la resocialización y, de no ser factible esta posibilidad, cabría utilizar la *DM de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen*

de cooperación judicial su doctrina establece unas reglas distintas que dan cabida a riesgos sistémicos y también a otros de distinta naturaleza como antesala a un motivo de denegación facultativo, cuya activación no es automática, sino que, por el contrario, requiere antes pasar por una serie de trámites (solicitud de información, establecimiento implícitamente de garantías por parte del juez de emisión, etc.).

En realidad, el Abogado General con su argumentación buscaba exactamente lo mismo: Evitar a toda costa que el artículo 1.3 de la *DM euroorden* se convirtiese en un motivo de denegación automático y buscó como alternativa el principio de proporcionalidad⁷⁸ precisamente para “medir” el impacto que tendría la entrega en los derechos del sujeto a efectos de cumplimiento de pena⁷⁹. En este sentido, defendió que, en circunstancias excepcionales, siendo una de ellas la detección de una deficiencia sistémica de las condiciones de reclusión en el Estado miembro de emisión –previamente constatada por el TEDH–, el juez de ejecución puede plantearse legítimamente si la persona entregada “corre el riesgo” efectivamente de estar recluida en las condiciones desproporcionadas⁸⁰. Para ello debe solicitar toda la información necesaria al juez de emisión⁸¹.

El Abogado General dio además parámetros acerca de lo que debía considerarse como proporcionado o desproporcionado. Así, una ODE emitida para el cumplimiento de una pena de prisión debería calificarse de proporcionada “cuando las condiciones de la ejecución no traigan consigo consecuencias afflictivas que no guarden proporción con las que produciría la pena

penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (&&61-62). Ahora bien, de proceder así existiría, en su opinión, una diferencia de trato en función del tipo de orden de detención y entrega dictada: A efectos de cumplimiento daría lugar a la denegación y a la ejecución de la pena en el Estado miembro de ejecución; con la finalidad de ejercer acciones penales no daría lugar a la denegación de la ejecución de la ODE. Otros problemas de aplicar la *doctrina N.S.* a los *asuntos Caldararu y Aranyosi* señalados por el Abogado General fueron el *forum shopping* penitenciario al que daría lugar, pues podría incitar a las personas buscadas “a desplazarse a otros EEMM para eludir su enjuiciamiento o para poder cumplir en ellos su pena” (&&62). Y estos países serían Estados refugio que podrían tener dificultades para ejecutar las penas porque podrían tener problemas de sobrepoblación penitenciaria y “sería poco probable que se prestasen a dejar aumentar más el índice de ocupación de sus establecimientos penitenciarios acogiendo a reos condenados por las autoridades judiciales de los otros Estados miembros” (&&62-63). En la misma línea, apuntó que fuera de los casos en los que se persigue la reinserción social de la persona reclamada y, que, por tanto, se deniega la ejecución de una ODE en base al artículo 4.6 de la DM, no es la solución “reducir la sobrepoblación carcelaria de un Estado miembro para agravarla en otro” (&&126).

⁷⁸ De modo similar, la jurisprudencia sobre restricciones a las libertades comunitarias. Véanse STJUE, de 12 de junio de 2003, C-112/00, *asunto Schmidberger*, &&76; de 14 de octubre de 2004, C-36-02, *asunto Omega Spielhallen*, &&34-35. En este sentido, en general, MARGUERY (2013), p. 298.

⁷⁹ También propuso el principio de proporcionalidad como parámetro a tener en cuenta en primer lugar por el juez de emisión a la hora de dictar una ODE, pudiendo ser, no obstante, un obstáculo del principio de legalidad procesal. Asimismo, en sus conclusiones plantea la posibilidad de considerar una ODE desproporcionada cuando se dicta por delitos leves (por ejemplo, cuando se emite una ODE por el hurto de 2 metros cuadrados de baldosas o de la rueda de una bicicleta, proponiendo en estos que el juez de emisión eleve la cuestión prejudicial ante el TJUE, único competente para definir el alcance y los límites del principio de proporcionalidad. Véanse *Conclusiones del Abogado General, Ives Bot, op., cit.,* &&137-161 y 68.

⁸⁰ *Conclusiones del Abogado General, Ives Bot, op., cit.,* &&133 y 167.

⁸¹ *Ibidem*, &&168.

impuesta si ésta se cumpliera en condiciones normales”⁸². Siguiendo este parámetro, habría desproporción en el caso de que la persona entregada pudiera ser sometida a condiciones de reclusión muy duras por su condición sexual o religiosa.

Una ODE dictada para el ejercicio de acciones penales sería proporcionada, en su opinión, “si sus condiciones de ejecución son compatibles con la necesidad de mantener a la persona buscada a disposición de la justicia”⁸³. Cita a modo de ejemplo el caso *Ladent c. Polonia*⁸⁴, en el que el TEDH consideró desproporcionado dictar una ODE por la comisión de una infracción para la cual la prisión provisional sería inapropiada. Por ejemplo, debería considerarse desproporcionado que un juez español emitiera una ODE a efectos del ejercicio de acciones penales por un delito cuya pena máxima es igual o inferior a 2 años, cuando la LECrim no permite decretar en estos casos prisión provisional. Teniendo en cuenta que una ODE implica casi siempre la detención preventiva en el Estado miembro de ejecución, resultaría desproporcionada su emisión⁸⁵.

La argumentación del Abogado General en torno al principio de proporcionalidad parece también abrir las puertas a la entrega condicionada, si bien no lo plantea claramente como tal. Y es que se limita a indicar que el principio de cooperación leal y de confianza mutua obliga a los EEMM adoptar todas las medidas necesarias garantizar el respeto de los derechos fundamentales. En este sentido, si la autoridad judicial de ejecución debe entregar a una persona en situaciones como las acaecidas en *Caldararu y Aranyosi*, es porque las autoridades judiciales emisoras en las que recae la confianza y, sobre todo, el Estado miembro emisor se comprometen a adoptar “cuantas medidas sean necesarias, entre otras, las reformas que se impongan en términos de política penal, de forma a garantizar que esa persona pueda cumplir su pena en condiciones en que se respeten sus derechos fundamentales y pueda valerse del conjunto de las vías de recurso disponibles para defender sus libertades individuales”⁸⁶. Esta opinión va más allá de las garantías concretas defendidas por algunos EEMM en la vista (aplicación de medidas alternativas, cumplimiento de la pena en un centro penitenciario concreto, etc.). El inconveniente es que es un tanto *naïf* confiar en reformas legislativas que requieren un gran desembolso de dinero para acondicionar los centros penitenciarios⁸⁷. La ventaja es que las reformas de tipo legislativo mejorarían las condiciones de reclusión de todos los presos y solventaría un problema

⁸² *Ibidem*, &169.

⁸³ *Ibidem*, &170.

⁸⁴ STEDH, de 18 de marzo de 2008, *caso Ladent c. Polonia*, nº 11036/03.

⁸⁵ Para controlar la proporcionalidad de la ODE, el Abogado general planteó la posibilidad de que el juez de ejecución eleve una cuestión prejudicial ante el TJUE. Ahora bien, él mismo advierte que ello colocaría al Tribunal de Luxemburgo en una posición de tribunal de derechos humanos; algo que, por otro lado, entiende que tarde o temprano será inevitable en el ámbito penal. Véanse *Conclusiones del Abogado General, Ives Bot, op., cit., &172 y 175*.

⁸⁶ *Conclusiones del Abogado General, Ives Bot, op., cit., &178*.

⁸⁷ A este respecto, el Abogado General felicitó a Hungría y Rumanía por haberse comprometido a realizar las reformas necesarias de política criminal para garantizar que la persona entregada pueda cumplir su pena en condiciones adecuadas. Véase *Conclusiones del Abogado General, Ives Bot, op., cit., &179*.

que la solución de las condiciones concretas impuestas comporta: Si las personas objeto de una ODE son entregadas a cambio de garantías específicas que les colocan en mejores condiciones que al resto de reclusos del país de emisión, a estos últimos se les daría un trato desigual claramente desfavorable. Para Francia este sería un “mal menor” y para Alemania también, pues esta sería la única forma de ser respetuosos con la doctrina vertida por el TEDH en el caso *Soering*⁸⁸.

Nieto Martín⁸⁹ ha planteado como posibilidad el establecimiento de centros penitenciarios federales en todos los EEMM a efectos de cooperación judicial que obviamente cumplirían los estándares europeos sobre condiciones de reclusión. Es cierto, que habría centros de primera y centros de segunda y que ir a uno u otro dependería de haber caído en manos de otro Estado miembro desde el cual se procede a la entrega. Sin embargo, podría verse también como una forma de fomentar la mejora de los restantes centros penitenciarios, es decir, como una forma de armonización indirecta de las condiciones de reclusión. Evidentemente, para que ello funcionase sería necesario el compromiso económico por parte de la Unión.

Finalmente, sorprende también la ausencia de una mención a la responsabilidad por parte del resto de instituciones comunitarias. Y es que en caso de verificar un riesgo grave estructural asociado a deficiencias sistemáticas por parte del TJUE, la Comisión europea y el Consejo deberían proceder a activar los mecanismos de protección existentes en el marco de la Unión. En principio, debería actuar antes la Comisión para activar el *Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*⁹⁰, pues este mecanismo está concebido como un instrumento previo y complementario al procedimiento por inejecución y a los mecanismos de prevención y de sanción del artículo 7 TUE. El procedimiento *Marco* permite a la Comisión cuando existan indicios claros de una amenaza sistémica para el Estado de Derecho en un Estado miembro a iniciar un intercambio estructurado con dicho Estado dividido en tres fases (evaluación, recomendación y seguimiento por parte de la Comisión). Entre otros objetivos, el proceso persigue procurar encontrar una solución a través del diálogo con el Estado miembro en cuestión y garantizar una evaluación objetiva y exhaustiva de la situación con el estudio de las medidas que se podrían adoptar. Hasta el momento, ni siquiera en los casos de asilo, la Comisión ha activado el nuevo marco, algo que le ha recriminado el PE⁹¹.

Cabe plantearse igualmente, tal y como apuntó el Abogado General, una intervención legislativa por parte de las instituciones de la UE a través del artículo 82.2 TFUE⁹² para “cerciorarse de que

⁸⁸ Véanse *supra* las notas 44 y 58.

⁸⁹ El Prof. Nieto Martín aludió a esta posibilidad en el Seminario sobre reconocimiento mutuo organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, el 9 de junio de 2016.

⁹⁰ *Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, Estrasburgo, COM(2014) 156final, 11.03.2104.

⁹¹ *Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013-2014) (2014/2254(INI), &9.*

⁹² Esta es la base legal que indicó el Abogado General. Sin embargo, regular vía directiva los criterios sobre las condiciones de reclusión en los EEMM o las medidas necesarias a adoptar en este sentido esté quizás fuera literalmente del ámbito de aplicación del artículo 82.2 TFUE. En este precepto se habilita efectivamente al Consejo

los EEMM respondan al conjunto de sus obligaciones o, al menos, tomen las medidas necesarias”⁹³.

6. Conclusiones

En *Aranyosi y Caldaru* el TJUE establece por primera vez un límite no reconocido expresamente en la decisión marco sobre la orden de detención y entrega europea: el respeto de los derechos fundamentales. Este pronunciamiento le coloca como un juez capaz de conciliar los tres intereses fundamentales que están en juego en el marco de la cooperación judicial: las relaciones internacionales (salvaguardia de la soberanía), la eficacia de la cooperación (evitar la impunidad) y la tutela de los derechos fundamentales. Como crítica puede reprochársele el no haber trasladado el compromiso de mejorar la calidad mínima de los regímenes penitenciarios a las Instituciones europeas instándolas a activar el procedimiento de suspensión del artículo 7 TUE, en el caso del Consejo, o el Marco de la UE respecto a la Comisión. Podría también haber “guiñado el ojo” a las *Reglas Penitenciarias Europeas*⁹⁴. El *Programa de Estocolmo* ya indicaba la necesidad de aplicar dichas reglas⁹⁵; los Abogados generales también han hecho uso de ellas⁹⁶ y el TEDH las ha usado como base para analizar denuncias sobre las condiciones de detención⁹⁷.

El problema de las condiciones de reclusión de los centros penitenciarios no será aislado, pues un elevado número de países han sido señalados por el TEDH y otros organismos internacionales (Bélgica, Hungría, Rumanía, Italia, etc.). Quizás sea el momento de plantearse una intervención a nivel legislativo. No obstante, una actuación de estas características plantea problemas de índole práctica⁹⁸: Solapamiento con el trabajo del Consejo de Europa, base competencial accesoria por

y al PE a establecer normas mínimas para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. Sin embargo, la disposición también indica en qué ámbitos puede hacerse uso de esta competencia accesoria: admisibilidad mutua de pruebas entre los EEMM; derechos de las personas durante el procedimiento penal; derechos de las víctimas de los delitos; u otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. O se realiza una interpretación amplia de “procedimiento penal”, o se acude a la competencia accesoria del artículo 83.2 TFUE como base legal, la cual permite la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los EEMM en materia penal cuando resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización. La “materia penal” es un concepto mucho más amplio en el que tienen cabida cuestiones penitenciarias.

⁹³ Conclusiones del Abogado General, *Ives Bot, op., cit.*, &&181-182.

⁹⁴ Recomendación del Consejo de Europa (2006)2.

⁹⁵ Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, &3.2.6. DO C 115, 4.5.2010.

⁹⁶ Conclusiones del Abogado General, *Yves Bot*, &65. En concreto, las Recomendaciones nº R (87) 3 [puntos 65, letra c), 70.1 y 88] y Rec(2006)2 (puntos 24, 103 y 107).

⁹⁷ SSTEDH, de 17 de septiembre de 2009, *Enea v. Italy*, demanda nº 74912/01; de 4 de julio de 2006, *Ramírez Sánchez c. France*, demanda nº 59450/00; de 16 de octubre de 2008, *Renolde v. France*, demanda nº 5608/05; de 20 de enero de 2009, *Stawomir Musiał v. Poland*, demanda nº 28300/06.

⁹⁸ En este sentido, COOLS, EASTON y DE RUYVER (2012), p. 31.

parte de la UE para actuar, etc. En *Caldararu y Aranyosi* el artículo 1.3 DM sobre la euroorden se ha interpretado como una causa de denegación facultativa en supuestos excepcionales. A nivel legislativo quizás se deba ir más allá transformándose de forma explícita, tal y como lo ha solicitado el PE⁹⁹, en un motivo de denegación. El legislador europeo ya se percató de ello en las nuevas directivas basadas en el principio de reconocimiento mutuo. En este sentido, el artículo 11.1 f) de la *Directiva Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*¹⁰⁰ posibilita denegar el reconocimiento o ejecución de una orden europea de investigación “cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta”. El hecho de que el motivo de denegación sea facultativo no debe juzgarse como algo negativo, pues deja “respirar” al principio de reconocimiento mutuo y tiene en cuenta la posibilidad de establecer condiciones por parte del Estado miembro de ejecución.

7. Bibliografía

Marc COOLS, Marleen. EASTON, Brice DE RUYVER (eds.) (2012): *European Criminal Justice and Policy*, Volume 7, Governance of Security Research Paper, Maklu.

Antonio Gregorio CHUECA SANCHO (1998), *La expulsión de extranjeros en la Convención europea de Derechos humanos*, Egido, Zaragoza.

Rebecca DERUITER, Gert VERMEULEN (2016) “Balancing Between Human Rights Assumptions and Actual Fundamental Human Rights Safeguards in Building an Area of Freedom, Security and Justice: A Cosmopolitan Perspective”, *Eur J Crim Policy Res.*

Henning BAN FUGLSANG MADSEN SORENSSEN, “[Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant](#)”, en *EU Law Analysis, Expert insight into EU law developments.*

Francesca IPPOLITO (2013) “The contribution of the European courts to the common European asylum system and its ongoing recast process”, en *Maastricht Journal*, Issue 2.

Clara MAPELLI MARCHENA CLARA (2014), *El modelo penal de la Unión europea*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi.

⁹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la revisión de la orden de detención europea (2013/2109(INL), &7. Este documento también hace hincapié (&16) “en la relación entre las condiciones de detención y las medidas de la orden de detención europea y recuerda a los Estados miembros que el artículo 3 del CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) imponen a los Estados miembros tanto obligaciones negativas, al prohibirles someter a los presos a tratos inhumanos y degradantes, como positivas, al exigirles que aseguren que las condiciones de encarcelación respetan la dignidad humana y que, en general, se realizan investigaciones eficaces en el caso de que no se respeten estos derechos”.

¹⁰⁰ DO L 130, 1.05.2014.

Tony MARGUERY (2013), “European Union Fundamental Rights and Member States Action in EU Criminal Law”, *Maastricht Journal*, 2013, vol. 20, nº 2.

Michel MASSE (2012), “La reconnaissance mutuelle”, en G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZÈRGES (eds.): *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, UMR de Droit Comparé de Paris, vol. 28.

Markus MÖSTL (2010), “Preconditions and limits of mutual recognition”, en *Common Market Law Review*, nº 47.

Adán NIETO MARTÍN (2010a), “El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional”, en L.M. DÍEZ-PICAZO, A. NIETO MARTÍN, *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Cizu Menor (Navarra), Thomson Reuters.

Adán NIETO MARTÍN (2010b) “La cooperación judicial en la UE como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los derechos humanos”, en ARROYO, LUIS, BIGLINO, PALOMA, SCHABAS, William (2010), *Hacia la Abolición Universal de la Pena Capital*, Tirant lo Blanch.

Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2017), “The role of the European Court of Justice in the execution of sentences”, Alessandro BERNARDI (ed.)/Adriano MARTUFI (coord.): *Prison Overcrowding and Alternatives to Detention. European Sources and National Legal Systems*, Routledge.

Manuel OLLÉ SESÉ y EVA GIMBERNAT DÍAZ (2016), “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes. STJE de 5 de abril de 2016, asuntos C-404/15 y C-659/15PPU: Aranyosi y Caldaru”, *La Ley Unión Europea*, nº 40, Año IV.

Florabel QUISPE REMÓN (2012), “Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo”, *Anuario Español de Derecho internacional*, vol. 28, pp. 143-183.

Annika SUOMINEN (2014), “Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts”, *European Criminal Law Review*, vol. 4, Issue 3.

8. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
STEDH, 24 de julio de 2012	35972/05	<i>Iavoc stanciu c. Rumanía</i>
STEDH, 10 de marzo de	14097/12 y otros (sentencia	<i>Varga y otros c. Hungría</i>

2015	piloto)	
STEDH, 8 de enero de 2013	43517/09 y otros	<i>Torregiani y otros c. Italia</i>
STEDH, 25 de noviembre de 2014	64682/12	<i>Vasilescu c. Bélgica</i>
STEDH, 12 de abril de 2005	36378/02	<i>Shamayev y otros c. Georgia y Rusia</i>
STEDH, 1 de abril de 2010	24268/08	<i>Klein c. Rusia</i>
STEDH, 7 de junio de 2007	38411/02	<i>Garavayev c. Rusia</i>
STEDH, 6 de abril de 2003	46827/99 y 46951/99	<i>Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía</i>
STEDH, 7 de julio de 1989	14038/88	<i>Soering v. Reino Unido</i>
STEDH, 18 de marzo de 2008	11036/03	<i>Ladent c. Polonia</i>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
Gran Sala, 26 de febrero de 2013	C-399/11	<i>Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal</i>
Gran Sala, 29 de enero de 2013	C-396/11	<i>Ciprian Vasile Radu</i>
Sala Tercera, 1 de diciembre de 2008	C-388/08 PPU	<i>Artur Leymann y Aleksei Pustovarov</i>
Sala Tercera, 11 de julio de 2008	C-195/08 PPU	<i>Inga Rinau</i>
Gran Sala, 6 de octubre de 2009	C-123/08	<i>Dominic Wolzenburg</i>
Gran Sala, 5 de abril de 2016	C-404/15 y C-659/15/PPU	<i>Pál Aranyosi y Robert Caldaru</i>
Gran Sala, 12 de junio de 2003	C-112/00	<i>Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge y Republik Österreich</i>
Sala Primera, 14 de octubre de 2004	C-36-02	<i>Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH y Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn</i>
Gran Sala, 21 de diciembre de 2011	C-411/10 y otros	<i>N.S y Secretary of State for the Home Department y otros</i>