

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN LA UE COMO MEDIO DE LUCHA CONTRA LA PENNA DE MUERTE Y LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

ADÁN NIETO MARTÍN

*Instituto de Derecho penal europeo e internacional
UCLM*

El art. 19.2 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales: una seña de identidad de la UE

El art. 19.2 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, con vigencia plena desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, establece que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Mediante este artículo la UE expresa que una de sus señas de identidad más importantes es el abolicionismo y que la cooperación judicial, en lo concerniente a la extradición, no tiene cabida cuando el proceso penal puede concluir con la imposición de una condena a muerte con alguna probabilidad de ser aplicada o la extradición se solicita para imponer esta pena.

El contenido del art. 19.2 de la CE es fruto de una larga evolución que debe interpretarse como una de las grandes victorias colectivas del abolicionismo europeo. Todavía en 1964 el TC alemán señalaba con una escalofriante rotundidad lo siguiente: “la norma constitucional no contiene ningún juicio de valor sobre otros ordenamiento jurídicas, por lo

¹ Trabajo realizado en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/IURI.

que no impide al sistema judicial alemán denegar la extradición, por el solo hecho de que el delito cometido está castigado con pena de muerte en el país solicitante². Al ordenamiento alemán le falta legitimidad, continuaba señalando el TC, para imponer a otros sistemas el carácter absoluto del derecho a la vida que representa la prohibición de la pena de muerte del art. 103 de la Ley fundamental³. En uno de los comentarios alemanes más afamados en materia de cooperación judicial aún se considera razonable la argumentación que entonces daba el TC y que expresa muy bien el núcleo del problema al que nos enfrentamos: como la cortesía internacional, las buenas relaciones internacionales, se consideraban más importantes que el derecho a la vida y la vigencia de los derechos fundamentales en la extradición⁴. Unos años antes, el CEDH (1950)⁵ no fue capaz tampoco de proclamar la abolición de la pena de muerte, pese a pertenecer a la misma generación que las constituciones italiana y alemana, que conmovidas por los horrores del fascismo eran abolicionistas,

Antes de llegar al Protocolo n° 6 en 1983, en el marco del Consejo de Europa únicamente el Convenio europeo de extradición de 1957 significó una victoria del abolicionismo. Mediante un facultativo “podrá” su art. 11 señala que *“cuando el hecho que motivaré la extradición estuviere castigado con pena capital por la Ley de la Parte requirente y, en tal caso, dicha pena no se hallare prevista en la legislación de la parte requerida, o generalmente no se ejecutare, podrá no conceder la extradición sino a condición de que la Parte requirente dé seguridades, consideradas suficientes por la Parte requerida, de que la pena capital no será ejecutada”*. La mayoría de las le-

² BVerfG, 18, 112.

³ BVerfG, 18, 117.

⁴ Cfr. Vogler, § 8, 3 ss, en Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2 Auf, R. V. Decker; vid. sin embargo, Schomburg/Hackner, § 8, 1 ss en Schomburg/ Lagodny/Gle/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4 Auf. C.H. Beck, 2006, quines opinian que el § 8 de la Ley de ayuda judicial en materia penal, que prescribe la prohibición de pena de muerte, salvo que se den garantías suficientes de que esta pena no se aplicará tiene valor declarativo, en cuanto que se trata de un mandato constitucional que puede extraerse directamente de la prohibición constitucional de la pena de muerte.

⁵ Salvo que se indique otra cosa, todos los textos legales citados pertenecientes al derecho penal internacional y europeo pueden encontrarse en Arroyo/Nieto, Código de Derecho penal Europeo e Internacional, Ministerio de Justicia, 2008.

yes de extradición europeas y los tratados bilaterales contienen en la actualidad preceptos semejantes, en los que el potestativo podrá se ha sustituido en ocasiones por una interdicción de extraditar salvo que se den garantías suficientes, que deben entrañar casi una certeza absoluta de que la pena de muerte no se ejecutará⁶. La abolición de la pena de muerte en los países del núcleo duro de Europa, que tiene lugar a partir de los años sesenta, ha contribuido notablemente a la proliferación y el perfeccionamiento de estas cláusulas.

Pese a la normalidad de no extraditar allí donde existe peligro de pena de muerte, el art. 19.2 de la CEDF tiene un importante significado práctico. De un lado, convierte el facultativo podrá en un categórico deberá, pero de otro, transforma este tipo de preceptos en un derecho fundamental del que no puede disponer el legislador ordinario, por lo que resultan contrarios al Tratado de la UE los Convenios de extradición que ésta pueda celebrar y que contradigan este precepto. Esta cuestión, por supuesto, no es baladí. Aun hoy no puede afirmarse que la prohibición de pena de muerte pertenezca al orden público o *ius cogens* internacional⁷, lo que significa que, de acuerdo con el derecho de tratados, son perfectamente válidos desde la óptica del derecho internacional todos los Convenios que permitan la cooperación judicial en casos de peligro de pena de muerte. Si las Constituciones nacionales abolicionistas no consideran que resulta contrario al derecho constitucional a la vida la colaboración penal internacional en casos de pena de muerte, el legislador ordinario tiene vía libre para celebrar tratados de cooperación judicial retencionistas, cuyo no cumplimiento supone una infracción del derecho internacional.

El art. 19.2 de la CEDF significa, por tanto, que la UE a través de la extradición está dispuesta a exportar abolicionismo, imponiéndolo a países como China, Estados Unidos, Japón o la India. Esta toma de posición tiene gran importancia, en una época como la actual, en que

⁶ En relación a España, por todos Cezón González, *Derecho Extradicional*, Dykinson, 2003, p. 140 ss.

⁷ Cfr. Vogel, *Vor § 1*, 99 (not. 3); lo único que puede considerarse contrario al *ius cogens* internacional es determinadas formas de ejecución de la pena de muerte, por considerarse penas inhumanas o degradantes, vid. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, 4 Ed., Oceana Publications Inc., 2002, p. 735.

la extradición y en general toda la cooperación judicial resultan necesarias para sancionar eficazmente la delincuencia transnacional grave, que precisamente en casos como el terrorismo lleva aparejada con frecuencia la pena de muerte. El art. 19.2 CEDF, dadas las consecuencias que para las relaciones internacionales puede tener por ejemplo negarse a extraditar a *Osama Bin Laden* a los Estados Unidos, limita la política exterior de la UE. Pero también el art. 19.2 CEDF puede ser un elemento imprescindible para que llegado el caso, los TC nacionales siguiendo la estela del TC italiano, consideren que la no extradición en caso de pena de muerte, salvo garantías absolutas, constituye parte del derecho constitucional a la vida o de la prohibición constitucional —hasta ahora solo interna— de pena de muerte⁸.

Soering y su progenie

Pero los verdaderos autores materiales del art. 19.2 CEDF no son otros que *Jens Soering*⁹ y su progenie, tal como se reconoce en las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos fundamentales que aunque carece de valor jurídico, es un instrumento de interpretación auténtica¹⁰. Los hechos que dan lugar a este caso como su contenido son de sobra conocidos¹¹: *Soering* cuando contaba diecinueve años de edad, y bajo el síndrome de un trastorno mental conocido como “locura a dos”, estranguló y apuñaló salvajemente a los padres de su novia, que vivían en una pequeña localidad de Virginia. Tras huir a Inglaterra, donde fue detenido un año después por falsificación de cheques, el tribunal de Virginia que tenía que juzgarlo le acusó de dos asesinatos, lo que en este Estado, uno de los más firmemente retencionistas, se castiga con la pena de muerte. Estados Unidos solicitó la extradición de *Soering* al amparo del Convenio de Extradición con Gran Bretaña de 1972, que contiene

⁸ Únicamente el TC italiano a través del caso Venezia, 27 de junio de 1996, n° 223 ha integrado en la prohibición constitucional de la pena de muerte la no extradición en caso de pena de muerte; en Alemania no existe hoy ninguna decisión del TC que contradiga abiertamente la doctrina de la decisión de 1964 (not. 1 y 2), vid. Vogel, § 73, 99 (not. 3) En España el TC tampoco se ha pronunciado al respecto.

⁹ STEDH *Soering v. UK* n° 14038/88, 7 de Julio de 1989, Series A n° 161.

¹⁰ DO C 303/17, 14.12.2007

¹¹ De entre los muchos comentarios a *Soering*, vid. Lillich, *The American Journal of International Law* Vol. 85, 1991, pp. 128-149.

una cláusula relativa a la pena de muerte similar a la del Convenio de extradición del Consejo de Europa: en los casos de posibilidad de imposición de pena de muerte: “*extradition may be refused unless the requesting Party gives assurances satisfactory to the requested Party that the death penalty will not be carried out*”. Las garantías dadas por las autoridades americanas de que la pena de muerte no se impondría no satisficieron, sin embargo, a *Soering* que tras varios recursos ante autoridades británicas, acudió ante el TEDH.

No era fácil para el TEDH amparar a *Soering*. Primero, porque el Reino Unido en ese momento no había firmado el segundo protocolo nº 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte; segundo, porque la violación del derecho a la vida tendría lugar en el territorio de un país que no forma parte del Convenio; tercero, porque solo existía un riesgo de que este derecho fuera violado; y cuarto, porque los precedentes no eran favorables, en un caso muy similar *Kirkwood*¹², también de extradición a EEUU, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos había rechazado que hubiese una violación de la prohibición de penas inhumanas y degradantes en la permanencia en el corredor de la muerte; esta doctrina la mantuvo la Comisión en su opinión sobre *Soering*¹³.

Pese a todas estas dificultades los jueces de Estrasburgo dieron la razón a *Soering*. En lugar del derecho a la vida señalaron que la extradición afectaría al derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes. Aunque *Soering* no fuese finalmente condenado a muerte o esta pena no fuese ejecutada, pasaría largos años, entre recurso y recurso, en el corredor de la muerte lo que, sobre todo en su estado psíquico, suponía ya de por sí un castigo cruel debido al *death row phenomenon*. El estado mental de *Soering* fue una de las claves argumentales para distanciarse de *Kirkwood* y de la opinión de la Comisión. El obstáculo derivado de la aplicación extraterritorial del Convenio fue también sorteado con habilidad. Es verdad, señaló el Tribunal, que los hechos van ocurrir fuera de su ámbito de jurisdicción, pero los derechos humanos y todo convenio

¹² Kirkwood v. United Kingdom, 1984, pero también Altun v. Federal Republic of Germany, 1984 y M v. France 1985, éste último era un caso de deportación.

¹³ European Commission on Human Rights, *Soering v. United Kingdom*, nº 14038/88, de 7 de Julio de 1989.

que los proteja deben tener una vocación de universalidad, por eso un juez no puede cooperar con la probable vulneración de un derecho que se cometa en otro país no perteneciente al Convenio¹⁴.

Esta última aseveración, la acabó de perfilar el TEDH en un conjunto de decisiones que conforman la progenie *Soering*. En *Drozd and Janousek*¹⁵ el TEDH se enfrentaba no con la posible vulneración de un derecho fundamental imponderable y perteneciente al *ius cogens* internacional, como es la prohibición de tortura, sino con las más complejas, ponderables y cambiantes garantías que rodean un proceso justo que es el que se ponía en este caso en peligro de aceptarse la cooperación judicial. La respuesta del Tribunal complementa el contenidos de *Soering*: “*The Contracting States are, however, obliged to refuse their co-operation if it emerges that the conviction is the result of a flagrant denial of justice*”. Mediante este sintagma, el TEDH declara que no pretende imponer a los Estados no miembros un nivel de garantías similar. La violación del Convenio solo tiene lugar cuando la violación de los derechos consagrados es de una intensidad considerable (*flagrant denial of justice*). Poco después, en *Pellegrini*¹⁶, donde se discutía la compatibilidad del proceso ante un Tribunal eclesiástico con el art. 6 del Convenio, con el fin de que un juez italiano cooperará ejecutando una nulidad matrimonial, el TEDH vuelve a completar su doctrina. La revisión del procedimiento extranjero a la luz de las exigencias del proceso justo impuestas por el art. 6 son necesarias si la decisión proviene de un país que no aplica la

¹⁴ Para resaltar la importancia de esta doctrina basta con leer estas las palabras de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que como sabemos consideró que la extradición de *Soering* no violaba el Convenio: “if a Convention State deports or extradites a person within its jurisdiction to another country where he is subjected to treatment in violation of the Convention the deporting or extraditing State is not responsible as such for the violation in which is only opposable to the receiving State where the actual treatment (for example, treatment prohibited by Article 3) take place” (Commission Report (not. 12), parg. 96. La Comisión se apoyó también en la jurisprudencia constitucional suiza y alemana que mantenían igual doctrina en la fecha.

¹⁵ STEDH *Drozd and Janousek v. France and Spain*, n° 12747/87, de 26 de Junio de 1992.

¹⁶ *Pellegrini v. Italia*, n° 30882/96, 10 de Julio de 2001.

Convención, especialmente si las consecuencias de la cooperación resultan de especial importancia para las partes¹⁷.

Las jurisprudencias constitucionales nacionales han recogido también la doctrina *Soering*, extendiéndola conforme a *Drozd y Pellegrini* a la violación de derechos fundamentales que tienen que ver con el proceso justo. Uno de los casos más emblemático es la STC 91/2000 donde se niega a Italia la extradición de un mafioso condenado en rebeldía. El TC siguiendo de cerca de *Drozd* estableció que a la hora de acceder a la extradición no puede exigir un nivel de protección de derechos fundamentales similar, pues ello obstaculizaría un interés también constitucionalmente relevante como es el de la cooperación¹⁸. El equilibrio entre ambos intereses lo encuentra el TC en lo que denomina el contenido absoluto de un derecho fundamental, que sería proyectable *ad extra*. *Soering* y su progenie ha sido también decisivo para que el TC alemán abandone su doctrina de 1964, y considere que los derechos fundamentales que establece la Constitución alemana también resultan proyectables *ad extra* si bien reducidos a su núcleo duro (*Kernbereich, unabdingbare Grundsätze, Elementargarantien...*)¹⁹. La Corte Constitucional italiana ha desarrollado una jurisprudencia que supera a *Soering*, en cuanto que no proyecta el riesgo de violación sobre la tortura o tratos inhumanos sino directamente sobre la pena de muerte en el caso *Salvatore*²⁰, de cuyo contenido nos ocuparemos posteriormente.

Soering ha saltado incluso el ámbito del CDEH. Su doctrina ha sido utilizada por la Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas²¹. En *Ng v. Canada*²², el Comité estableció que Canadá había violado el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe los tratos crueles, inhumanos y degradantes al extraditar a NG a Califor-

¹⁷ Para una explicación de las diferencias entre Pellegrini y Drozd, aparentemente contradictorias, van Hoek/Luchtman, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, en *Utrecht Law Review*, Vol I, Issue 2 (December) 2005, p. 13 ss (<http://www.utrechtlawreview.org/>).

¹⁸ Cezón González, *Derecho Extradicional* (not. 5), p. 112 ss.

¹⁹ Vid. por ejemplo BVerfG JZ 2004 141, con anotación de Vogel.

²⁰ Salvatore (not. 7).

²¹ Cfr. Quigley, *The Rule of Non-Inquiry and Human Rights Treaties*, *Catholic University Law Review*, Vol 45: 1213, 1994, págs. 1219 ss.

²² *Ng v. Canada*, U. N. Hum. Rts. Comm, Communications N°469/1991, Dec. of Nov. 5, 1993.

nia, por considerar que era previsible que fuese sentenciado a muerte y ejecutado mediante gas letal, forma de ejecución que la Comisión consideró un trato cruel. Desgraciadamente Canadá extraditó a NG sin esperar a la decisión de la Comisión. Aunque en dos sentencias coetáneas *Kindler*²³ y *Cox*²⁴, referentes a extradiciones a Pensilvania, la Comisión considera que no existe una violación del Pacto, ni por la forma de ejecución, ni por el síndrome del corredor de la muerte, vuelve a aplicar la lógica *Soering* y no otorga la razón a Canadá que había negado que a través de la cooperación con una autoridad extranjera pudiera violarse el Pacto internacional: *"If a State party takes a decision relating to a person within its jurisdiction, and the necessary and foreseeable consequence is that that person's rights under the covenant will be violated in another jurisdiction, the State party itself may be in violation of the Covenant... For example, a State party would itself be in violation of the Covenant if it handed over a person to another State in circumstances in which it was foreseeable that torture would take place"*.

La herencia de *Soering*: una cooperación judicial respetuosa con los derechos humanos

La herencia de *Soering* y las sentencias que lo siguen es de gran importancia para la protección de los derechos humanos en un mundo globalizado, pues constituye el *hardware* de un nuevo modelo de cooperación judicial respetuoso con ellos. En efecto *Soering*, *Drozd*, *Kindler* y la doctrina del núcleo absoluto como acabamos de analizar autorizan a exportar los derechos fundamentales de un sistema a otro. El término exportar no está elegido al azar. La doctrina alemana mantuvo durante mucho tiempo que en atención a la soberanía y a la posibilidad de establecer relaciones internacionales existía una prohibición de exportación de los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental a otros sistemas²⁵.

²³ *Kindler v. Canada*, U. N. Hum. Rts. Comm, Communications N° 470/1991, dec.of July 30, 1993.

²⁴ *Cox v. Canada*, U. N. Hum. Rts. Comm, Communications N° 539/1993, Dec.of Oct. 31, 1994.

²⁵ Cfr. Vogel, Vor § 1, 29 ss (not. 3).

La doctrina *Soering* proyectada sobre el ámbito de la cooperación judicial, significa que no se puede cooperar a cualquier precio. En el caso de la pena de muerte esto supone que aunque el abolicionismo no forma parte del orden público internacional, *Soering* autoriza a exportarlo a los países retencionistas, advirtiéndoles que no existirá cooperación judicial a no ser que en ese caso concreto dejen de imponer o ejecutar la pena de muerte. Pero *Soering*, a través de *Drozd*, tiene un significado que va más allá de la cooperación en casos de pena de muerte. De manera general *Soering* significa que ayudar en la ejecución de sentencias o en procedimientos penales que violen o en los que sea previsible una violación de derechos humanos constituye una violación indirecta de estos derechos, por mucho que en el sistema foráneo no estén consagrados.

Esta afirmación supone el destronamiento del modelo clásico o decimonónico de cooperación judicial. En efecto, la cooperación en su formulación más clásica fue concebida como un acto de auxilio (*Rechtshilfe*) al *ius puniendi* de otro estado, que se enmarca dentro del sistema de relaciones internacionales de un país. La cooperación atiende a preservar las buenas relaciones entre gobiernos y a evitar posibles conflictos internacionales. El respeto a los derechos fundamentales no tiene cabida en este modelo, donde la persona afectada es además un objeto carente de cualquier derecho. Esta concepción somete a la cooperación judicial a los vaivenes de la política exterior. De hecho, el desarrollo real de la cooperación no puede entenderse sin esta referencia²⁶. La cooperación era inexistente en los convulsos siglos XVI y XXVIII en los cuales las diferentes monarquías europeas vivieron en un estado de guerra perpetua entre sí. Al otro lado del Atlántico la mayoría de las antiguas colonias, comenzando por los Estados Unidos, eran refugios de perseguidos políticos y religiosos o de esclavos fugitivos. Interesadas en preservar aún los valores que inspiraron su independencia y ocupadas en sus asuntos internos tampoco desarrollaron sistemas de cooperación. Solo a medida que avanza el XIX la cooperación experimenta un notable desarrollo. Con el advenimiento de la revolución industrial y el incremento de los intercambios económicos, los estados necesitan de unas relaciones in-

²⁶ Para una historia de la extradición desde esta perspectiva resulta sumamente interesante la lectura de Pyle H. Ch., *Extradition, Politics and Human Rights*, Temple University Press, 2001.

ternacionales más pacíficas, el desarrollo de las comunicaciones crea además mayores posibilidades de que en los procesos penales aparezcan, cada vez como mayor frecuencia, elementos de transnacionalidad. A partir de esta época la cooperación judicial comienza a positivizarse sobre todo en leyes y tratados de extradición, y lo hace como parte del derecho internacional.

El principio de *non inquiry*, presente en el ordenamiento norteamericano pero también en algunos países europeos como Holanda o Gran Bretaña, encarna fielmente esta concepción que ha dominado sin apenas fisuras durante años. Tal como estableció el TS de los EEUU a comienzos del siglo XX en *Nely v. Henkel* (1901), ante las alegaciones del procesado que iba ser extraditado a Cuba por fraude y temía no tener un proceso justo: “*such citizenship does not...entitle him to demand, of right, a trial in any other mode than that allowed to its own people by the country whose laws he has violated and from whose justice he has fled*”²⁷. Algunos años antes la primera ley de extracción inglesa de 1896 positivizó este principio, ya expresado años antes por las instancias políticas encargadas de autorizar la extradición. Ante la alegación de posibles torturas en un caso de extradición a China, la respuesta fue contundente: “*Her Majesty’s Government cannot of strict right refuse to deliver a criminal ... on the ground that there is reason for suspecting that torture will be applied*”²⁸.

En este modelo de cooperación judicial la función del juez de extradición consiste únicamente en controlar formalmente si se dan los requisitos que establece el derecho interno de cada país para proceder a la extradición. Ir más allá supone una intromisión en la división de poderes, una intromisión en la política exterior o de relaciones internacionales que es materia del ejecutivo. Las violaciones de derechos fundamentales que acaecen en otro país como consecuencia de sus reglas procesales, por la brutalidad policial o el mal estado de las prisiones deben ser objeto de consideración en su caso en la fase política de la cooperación o en el momento de la firma del Tratado. La protección diplomática de los derechos fundamentales resulta para la doctrina del *non inquiry* idónea para dañar lo mínimo posible las relaciones internacionales. La opinión de un juez sobre el sistema de otro país puede

²⁷ Cfr. Pyle H. Ch., (not. 25), p. 118.

²⁸ Cfr. Pyle H. Ch., (not. 25), p. 122.

generar innecesariamente un conflicto internacional y las presiones diplomáticas pueden resultar más eficaces en la protección de un derecho fundamental, que la actuación de los jueces, que además tienen pocos instrumentos para averiguar cuál es la situación real del sistema penal de otro país²⁹.

La doctrina del *male captus bene detentus*, estrechamente unida al *non inquiry* en la jurisprudencia americana³⁰, encuentra también su explicación y acomodo dentro de una doctrina en la que el juez cierra los ojos a todos aquello que haya ocurrido bajo el territorio de otro soberano. La detención ilegal que ha sustituido al proceso de extradición bajo otra jurisdicción no tiene relevancia judicial y resulta un acontecimiento en exclusiva con relevancia política, a arreglar entre soberanos, conforme al derecho internacional. Esta doctrina ejemplifica como pocas que en este modelo de cooperación, el juez debe colocarse unas anteojeras en todo aquello que haya podido suponer una vulneración de derechos fundamentales fuera de su territorio. El juez cierra los ojos además en una doble dirección: ni le importa si coopera con un sistema penal injusto, o si el proceso del que se ocupa se ha beneficiado de algún tipo de comportamiento que vulnere derechos fundamentales.

Aunque quizás menos llamativos que la anterior doctrina, aun es posible encontrar en países de la UE, como Holanda³¹, importantes resabios de la regla del *non inquiry* que descansan en la misma lógica del *male captus*. Se trata por regla general de supuestos en los que un tribunal utiliza una información para iniciar un proceso penal, que ha sido obtenida en el territorio de otro país violando derechos fundamen-

²⁹ Cfr. Wilson, Toward the Enforcement of Universal Human Rights Through Abrogation of the Rule of Non-Inquiry in Extradition, ILSA Journal of Int'l & Comparative Law, Vol. 3: 751, 1997, p. 751 ss.

³⁰ Bassiouni, (not. 6), pp. 249 ss; Sobre su contexto histórico vid. nuevamente Pyle H. Ch. (not. 25), pp. 263 ss (It is a crime for private persons to receive stolen goods, but it is lawful for American courts to receive stolen people. It is unconstitutional for American courts to accept evidence that the government has obtained illegally, but it is not unconstitutional for judges to try alleged criminals who have been brought to them by government or private kidnappers. So is the bizarre state of American law today").

³¹ Swart, en Eser/Lagodny/Blakesley (ed.), The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters. A Comparative Study, Baden-Baden, 2002, p. 520.

tales. Así por ejemplo recientemente se han abierto procedimientos por delitos fiscales en varios países de la UE, derivados de informaciones que habían sido obtenidas por las autoridades fiscales de otro país mediante sobornos de empleados para que violaran el secreto bancario³². Igualmente es frecuente la apertura de un proceso penal, sobre la base de información procedente de servicios secretos, sin indagarse si esta información ha sido obtenida de manera conforme con los derechos fundamentales³³. El *non inquiry* responde en estos casos a razones como preservar las fuentes de información o fomentar la colaboración entre servicios secretos y jueces, que se vería obstaculizada si se sometiera a mayores controles la procedencia de la información.

Soering obliga a desterrar este tipo de prácticas e instaurar un sistema de cooperación judicial radicalmente distinto, que algunos autores han denominado acertadamente de tridimensional³⁴. En efecto, el sistema tradicional de cooperación se caracteriza por ser bidimensional, la cooperación judicial afecta simplemente a los dos Estados implicados. Frente a este modelo de cooperación, se impone un sistema en el que se ponderen adecuadamente los tres intereses principales en juego que existen en este ámbito: las relaciones internacionales, la persecución eficaz de la delincuencia transnacional, y, por supuesto, los derechos fundamentales. Un buen modelo de cooperación judicial es el que permite optimizar estos tres intereses. Una imagen ideal de la cooperación se asemejaría a un triángulo, en cuyos vértices se situarían los tres intereses aludidos, que por su igual peso y equilibrio harían del triángulo un triángulo equilátero.

En este modelo la cooperación judicial tiene elementos de derecho internacional, pero también del derecho constitucional y del derecho penal. La posición del sujeto afectado por la cooperación y la del juez cambian radicalmente. Uno es sujeto de derechos y el otro su garante. El juez encargado de la extradición debe cerciorarse acerca del grado de respeto real a los derechos fundamentales existentes en el país con

³² Vid. van Hoek/Luchtman, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights* (not. 16), *passim*.

³³ Vid. Vervaele, *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: Emergency criminal law?*, *Utrecht Law Review*, Vol. 1. Issue 1, Sept. 2005, p. 1 ss.

³⁴ *Fundamental Vogel*, Vor § 1, (not. 3) 15.

el que coopera. En la fase gubernativa de la cooperación, aunque la autorización sigue siendo un acto de naturaleza política, el órgano encargado de debe tener en cuenta también los tres intereses en juego. Lógicamente este modelo tridimensional de cooperación es contrario a doctrinas como la del *non inquiry*, pero también la del *male captus bene detentus* en cualquiera de sus manifestaciones.

El aspecto más complicado y debatido de este modelo radica en determinar qué nivel de derechos fundamentales van a exigirse al sistema con el que se coopera. La prohibición de exportación de derechos fundamentales que mantenía la doctrina alemana tenía un núcleo de verdad. Si exigimos al sistema con el que cooperamos que los derechos fundamentales estén definidos exactamente igual que en el ordenamiento del país de ejecución³⁵, obstaculizaremos notablemente la cooperación, desconociendo el resto de los intereses en juego. Esta pretensión desconoce además que existe una amplia jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos que ha ido formateando el contenido de buena parte de los derechos fundamentales, y que parte además de la necesidad de conceder a cada sistema un margen de apreciación nacional. La doctrina del TEDH en *Drozdz*, que habla de una *flagrant denial of justice*, del TC español a través del núcleo absoluto o exportable de derechos fundamentales o del TC alemán a través de su *Kernbereich* constituyen el camino a seguir. Imponer el mismo nivel, la misma visión de derechos fundamentales que opera en el derecho interno supone un chauvinismo incompatible con las buenas relaciones internacionales.

No se trata, por tanto, de exigir a otro ordenamiento un estándar igual en la protección de derechos fundamentales, sino que respete unos contenidos que se consideran imprescindibles. En los últimos años en las leyes de cooperación judicial de algunos países de la UE³⁶ (Suiza, Alemania, Austria) han empezado a positivizar esta idea a través de la inclusión de cláusulas de orden público o *emergency brakes* en las que se señala que no debe prestarse la cooperación judicial cuando con ello

³⁵ Cfr. Lagodny, § 73, 1 ss, en (not. 3).

³⁶ En Suiza el Art. 1a, 2 Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen; en Austria el § 2 Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz; y en Alemania, § 73, Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen.

contradice “los principios esenciales del ordenamiento”. La propia UE en la segunda generación de Decisiones Marco que desarrollan el principio de reconocimiento mutuo ha incluido un precepto similar en virtud del cual la prestación de ayuda a la autoridad judicial de otro país miembro “no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del TUE”³⁷.

Aunque apegada todavía a un modelo de cooperación que toma como interés preponderante las relaciones internacionales, y que se considera parte del derecho internacional y la policía exterior, los tribunales norteamericanos a partir de *Gallina*³⁸ han empezado también a admitir la posibilidad de denegar la extradición cuando el sujeto podría quedar sometido a un procedimiento o a una sanción contraria el *sense of decency* del ordenamiento norteamericano³⁹. Aunque con una extensión más limitada en lo tocante a los derechos que pueden ser invocados, y con una aplicación mucho más excepcional, la *decency* cumple una función similar al *Kernbereich* o a la noción de orden público del

³⁷ Vid. por ejemplo art. 1.4 DECISIÓN MARCO 2008/947/JAI DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, DO L 337/102, 16.12.2008; art. 1.3 DECISIÓN MARCO 2008/978/JAI DEL CONSEJO de 18 de diciembre de 2008 relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, DO L 350/72, 30.12.2008; art. 1.1 DECISIÓN MARCO 2008/977/JAI DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, DO L 350/72, 30.12.2008; art. 3.4 DECISIÓN MARCO 2008/909/JAI DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, DO L 370/30, 5.12.2008; art. 1.2 DECISIÓN MARCO 2008/675/JAI DEL CONSEJO de 24 de julio de 2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, DO L 220/32, 15.8.2008.

³⁸ *Gallina v. Fraser*, 278 F. 2d 77, 79 (2d Cir. 1960), vid. Sullivan, *Abandoning the Rule of Non-Inquiry in International Extradition*, *Hastings Int'l & Compl. L. Rev.*, Vol 15, 1991, p. 111 ss.

³⁹ Cfr. *Gallina v. Fraser*, 278 F. 2d 77, 79 (2d Cir. 1960).

derecho europeo⁴⁰. En el Reino Unido, otro de los bastiones del *non inquiry*, la *Extradition Act* de 1989 permite también denegar la extradición si ésta puede ser “*unjust or oppressive*”, lo que autoriza a los tribunales a investigar el estado de la justicia en otro sistema.

Lógicamente determinar en qué consiste este estándar común de derechos fundamentales inderogables en la cooperación penal es, como señalaba, una tarea compleja, y que no puede ser abordada con detalle en este lugar. Probablemente para llevarla a cabo con éxito, lo más importante es que los jueces encargados de averiguar cual es núcleo inderogable o absoluto de los derechos fundamentales adopten una metodología de *Rechtsfindung* basada en el derecho comparado, en dar prioridad a la jurisprudencia de los tribunales regionales y buscar soluciones que tengan en cuenta los puntos de vista expresados por otros jueces constitucionales nacionales. Se trata en definitiva de un método que requiere del diálogo entre los jueces de diversos sistemas. Es muy probable que solo las decisiones construidas sobre esta metodología encuentren la legitimidad suficiente para imponerse en la escena internacional⁴¹. A efectos prácticos sería muy importante que en los Convenios de cooperación que la UE firme con terceros países incluya una cláusula genérica de orden público o *emergency brake* indicando que la cooperación judicial se denegará cuando exista una violación grave de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 6 del TUE.

Más allá de Soering: los problemas abiertos

La implantación de un modelo tridimensional y cimentado en los derechos fundamentales plantea dos tipos diferentes de problemas. El primero de ellos es que la potenciación de los derechos fundamentales no debe descuidar el resto de intereses que conforman la cooperación judicial. Las relaciones internacionales y la persecución y sanción efi-

⁴⁰ Mas detalles en Quigley, *The rule of non inquiry and human rights treatis*, *Catholic University Law Review*, 1996, Vol. 45: 1213; Sullivan, *Abandoning the Rule of Non Inquiry in International Extradition*, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* Vol. 15, 1991, 111 ss.

⁴¹ Ampliamente Nieto Martín, *Cooperación judicial y Derechos fundamentales*, en Díez Picazo L.M./Nieto Martín, *Derechos fundamentales y Derecho penal europeo*, 2010 (en prensa).

caz de formas graves de criminalidad son imprescindibles para que la cooperación judicial funcione y tenga sentido. *Soering*, al igual que muchos de los de su progenie, fueron autores de delitos muy graves. El segundo problema es cómo profundizar en el modelo y es que, en efecto, la polémica acerca de la aplicación de los derechos fundamentales ha tenido lugar casi exclusivamente en relación a la extradición. El papel de las garantías en la denominada cooperación menor apenas si se ha discutido, al igual que en otros tipos de cooperación como el intercambio de informaciones con autoridades administrativas o con servicios de inteligencia, y la que tiene lugar en el marco de operaciones militares.

Extradición condicional y aut dedere aut judicare

La comunidad internacional se enfrenta a formas de crimen organizado transnacional que requieren de una cooperación garantista, pero también eficaz. Denegar la extradición de quien ha cometido delitos muy graves, alegando una posible violación de derechos fundamentales, e impedir cualquier proceso o ejecución de sanción no constituye una solución deseable. Con el fin de solventar este problema pueden utilizarse dos técnicas distintas: la de “entregar o juzgar” o la denominada extradición condicional⁴².

Mediante la fórmula de o entregar o juzgar el país que deniegue la extradición debe comprometerse a abrir el mismo un procedimiento penal o, en caso de que no entregue a la persona en atención a la “situación” del sistema penitenciario, a ejecutar el mismo la sanción. En una versión atenuada esta regla se aplica desde hace años a través del principio de personalidad activa. Los ordenamientos que no admiten la entrega de nacionales en los procesos de extradición a través de este principio pueden juzgar en su país a los propios nacionales. En el derecho internacional algunas convenciones como la relativa al secuestro

⁴² En lo que sigue es fundamental el trabajo de Dugard/Van den Wyngaert, *Reconciling Extradition with Human Rights*, *The American Journal of International Law*, Vol. 92: 187, 1998.

de aeronaves⁴³, atentados contra personas protegidas⁴⁴ o la Convención contra la tortura (art. 7) acogen este principio.

El “entregar o juzgar” tiene sin embargo importantes problemas prácticos, por lo que su puesta en práctica no siempre es fácil. En efecto, en muchos casos la mayor parte del material probatorio y de los testigos estarán situados en el país al cuál se le ha denegado la extradición o la cooperación judicial. Ciertamente este material probatorio puede solicitarse a través de una nueva petición de solicitud judicial, pero resultará frecuente —por lógico— que el estado al cual se ha denegado la extradición indicando que su sistema penal no se conformaba a los derechos humanos se niegue a cooperar. Empezar un proceso sin el material probatorio suficiente tiene además el peligro de producir sentencias absolutorias o sobreesimimientos poco fundados, que posteriormente a través del *ne bis in idem* internacional pueden bloquear un nuevo proceso cuando se reúna material probatorio suficiente⁴⁵.

La otra posibilidad es la denominada extradición condicional. Esta forma de extradición se ha desarrollado principalmente en el ámbito de la pena de muerte y de los juicios en rebeldía. Como señalábamos al comienzo de este trabajo la primera victoria del abolicionismo en la cooperación judicial fue conceder la extradición a cambio de que se dieran garantías suficientes de que la pena de muerte no iba a ser impuesta o ejecutada. Igualmente en el caso de los juicios en rebeldía la extradición suele concederse a condición de que exista un nuevo proceso. Un ejemplo más. Allí donde se ha superado el principio de no extradición de nacionales, como en el caso de cooperación judicial *ad intra* en la UE, la entrega del nacional o del residente suele condicionarse a que después se entregue de nuevo para el cumplimiento de la condena.

Este tipo de fórmulas podría generalizarse. Y así por ejemplo cuando se considere que existe un riesgo de violación de los derechos conforman el debido proceso, podría exigirse la realización de un juicio bajo determinadas garantías o si se duda de la calidad del sistema pe-

⁴³ Convenio para la repression del apoderamiento ilícito de aeronaves (BOE n. 13 de 15/1/1973).

⁴⁴ Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (BOE n. 33 de 7/2/1986).

⁴⁵ Cfr. Dugard/Van den Wyngaert (not. 41), p. 209 s.

nitencionario, podría entregarse a la persona con la condición de permitir visitas periódicas. El que el contenido de este tipo de condiciones, y la forma de hacerlas cumplir, se fije en los Tratados de cooperación facilitaría sin duda las cosas. El desarrollo de la extradición condicional sería más sencillo si, por ejemplo, en virtud de estos acuerdos, se permitiera que diplomáticos, jueces del país que concede la cooperación, miembros de ONG o cualquier otro tipo de observador imparcial pudiera estar presente durante el desarrollo de los procesos penales⁴⁶. Igualmente sería necesario buscar sanciones efectivas para el Estado que incumpliera alguno de los requisitos a que se somete la extradición. Declarar únicamente que ello supone la violación del Convenio, no parece que sea lo suficientemente efectivo. La extradición condicional, a diferencia de la regla del entregar o juzgar, tiene además la ventaja de que bien entendida puede ejercer una función de magisterio sobre otros ordenamientos. En los países con sistemas judiciales más atrasados el “observador imparcial” podría convertirse en una especie de *amicus curiae* que ayudaría al juez nacional en el desarrollo del proceso. Es decir, a diferencia de la regla entregar o juzgar, que puede lesionar las relaciones internacionales y disminuye las posibilidades de sanción, la cooperación/extradición condicional puede entenderse como una herramienta de cooperación en sentido amplio, de ayuda a la administración de justicia de determinados países.

El problema de la extradición condicional radica no obstante en que éste sistema de control aun no se ha desarrollado. En otros casos, incluso, al ordenamiento del país que solicita la ayuda no siempre le es posible legalmente cumplir con la condición. Si se indica por ejemplo que su proceso penal adolece de una determinada garantía (por ejemplo, la competencia de los hechos recae sobre un tribunal militar, de cuya imparcialidad se duda) no siempre resultará posible una alteración del proceso ad hoc. En los casos de pena de muerte, el ámbito más tradicional de la extradición condicional, no está claro como conciliar con el principio de separación de poderes el que el ejecutivo pueda influir sobre el juez o el jurado para que no impongan una pena prevista en la ley. El asunto se complica aún más cuando la pena de muerte figura como pena única. En estos supuestos, el compromiso de proceder a

⁴⁶ Cfr. Dugard/Van den Wyngaert (not. 41), p. 206 ss.

un indulto, allí donde sea posible, puede resultar la única garantía. No obstante, y aun en este caso resulta complejo en algunos sistemas constitucionales que el gobierno pueda obligar al Jefe del Estado a aceptar un compromiso firme de indulto.

Estas dificultades son las que explican la sentencia *Venezia*⁴⁷, en la que el TC italiano declaró la inconstitucionalidad de la ley de ratificación del Tratado de cooperación entre Italia y los Estados Unidos y el art. 698.2 del Código de Procedimiento Penal. La Corte argumentó la inconstitucionalidad señalando que la extradición condicional en casos de pena de muerte era contraria directamente al derecho a la vida contemplado en el art. 27 de la Constitución, que expresamente prohíbe la pena capital. Y ello por dos razones: primera, porque dudaba de la capacidad del gobierno norteamericano para asegurar eficazmente que el ciudadano que iba a ser extraditado no fuera ejecutado, y segunda: por la discrecionalidad que el Convenio de extradición y la ley italiana otorgaban al Ministerio de Justicia a la hora de considerar si las garantías resultaban insuficientes. Este margen de discrecionalidad se consideró incompatible con el derecho a la vida⁴⁸.

Venezia, pese a que es absolutamente impecable, está lejos de hacerse realidad en los Convenios internacionales que ha firmado hasta ahora la UE. El Convenio de Extradición entre la UE y los Estados Unidos en su art. 13 sigue recurriendo a la extradición condicional. Resulta criticable además que la fórmula empleado no haya avanzado substancialmente en relación al Convenio Europeo de Extradición de 1957. El art. 13 permite, de hecho, una extradición a Estados Unidos aunque el estado Europeo requerido considere que no existen suficientes garantías o los Estados Unidos no aceptan las garantías impuestas por el Estado requerido. En ambos caso el art. 13 utiliza un potestativo y lamentable "podrá denegar la solicitud de extradición"⁴⁹. La extradición condicional en los casos de pena de muerte debiera asumir en los contenidos de

⁴⁷ (not. 7).

⁴⁸ Cfr. Pisani, Pena di morte ed estradizione nel Trattato Italia-USA: il caso Venezia, Ind. Pen., 1996, p. 671 ss.

⁴⁹ Cfr. Spatafora, Pena di morte e diritti dell'uomo nell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'estradizione, en Zanghi/Panella, Cooperazione Giudiziaria in Materia Penale e Diritti dell'Uomo, Giapichelli Editore, 2002, p. 51 ss.

la sentencia *Venezia*, de los que puede considerarse también heredero el art. 19.2 de de la Carta Europea de Derechos fundamentales. De hecho, es muy probable que este cláusula condicional no tenga cabida con el tajante art. 19.2 que contiene un mandato tajante de no extradición en caso de “riesgo de pena de muerte”⁵⁰. La extradición condicional en casos de pena de muerte solo es admisible cuando se dan garantías totales o absoluta de que la pena de muerte no se ejecutará. Cualquier incertidumbre por mínima que sea debe conducir a negar la extradición⁵¹. La doctrina *Venezia* supone una continuación de *Soering*, y tiene además la virtud de superar una de sus mayores inconsistencias: el largo tiempo de espera en el corredor de la muerte se debe normalmente a que los condenados a muerte utilizan el sistema de recursos de que dispone el derecho norteamericano, cuando no existe un sistema de recursos tan depurado y el tiempo de espera no es tan largo, a sensu contrario, no existe ningún trato inhumano.

El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la cooperación judicial

La discusión entorno a derechos fundamentales y cooperación judicial ha tenido lugar casi de manera exclusiva en relación a la extradición. Esto ha provocado importantes carencias en la regulación de otros tipos de cooperación, no solo judicial, sino también administrativa o militar. Los problemas son, sin embargo, similares. De acuerdo con la lógica *Soering* cooperar, por ejemplo con la entrega de material probatorio, en un proceso donde puede imponerse la pena de muerte, o dónde van a violarse los principios básicos del proceso justo resulta también una violación indirecta de derechos fundamentales. El tenor literal del art. 19.2 de la CEDF permite sin embargo teóricamente el que pueda

⁵⁰ El art. 17.2 del Convenio prevé ya en cierto modo una posible excepción basada en la aplicación de los derechos fundamentales: “Si los principios constitucionales, o una sentencia firme, del Estado requerido pudieran constituir impedimento para el cumplimiento de la obligación de proceder a la extradición y en el presente Acuerdo o en el tratado bilateral aplicable no se contempla una solución de la cuestión, se celebrarán consultas entre el Estado requirente y el Estado requerido”.

⁵¹ Sobre las garantías admisibles vid. Cezón González, Derecho extradicional (not. 5), p. 141 s; Lagodny, § 8, 15 ss (not. 3).

entregarse material probatorio, por ejemplo información bancaria, acceder a escuchas telefónicas o incluso realizar videoconferencias en suelo europeo con el fin de prestar asistencia judicial en un proceso donde vaya a imponerse la pena de muerte.

A este respecto, es sintomático que mientras el Convenio de extradición entre los Estados Unidos y la UE contiene una cláusula relativa a la pena de muerte, el Convenio de asistencia judicial carece de referencia expresa y directa a los derechos fundamentales. Únicamente su art. 13 señala que los Estados miembros pueden invocar motivos de “orden público” o “principios jurídicos” para negarse a la cooperación judicial, lo que pudiera dar cabida a invocar el respeto a los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros. La aplicación de los derechos fundamentales en la cooperación judicial menor está fuera de toda duda en los países de la UE que como Alemania o Austria poseen cláusulas de orden público genéricas. El TC alemán afirma hoy con rotundidad que cooperar con un proceso donde puede imponerse la pena de muerte es inconstitucional. Es más, la propia UE en la segunda generación de DM relativas al principio de reconocimiento mutuo ha incluido el respeto a los derechos fundamentales previstos en el art. 6 del TUE como un requisito estructural de cualquier tipo de cooperación judicial. Por ello y conforme a lo ya señalado anteriormente, los Convenios de asistencia judicial de la UE y no sólo los de extradición debieran tener una cláusula genérica de derechos fundamentales. Ello permitiría además que fuera el TJCE el que determinara el núcleo duro de cada derecho fundamental que puede ser aplicado en la cooperación judicial, y no los jueces o TC nacionales, tal como ocurre si se emplean preceptos similares al art. 13 del Convenio de cooperación con los USA, que remite al orden público nacional.

Mas allá de la cooperación judicial es preciso determinar la operatividad de los derechos fundamentales en la cooperación administrativa. Ante la amenaza del terrorismo cada vez resulta más frecuente que los Estados compartan por ejemplo información procedente de los servicios de inteligencia. En cuanto que esta información se utilice con fines puramente preventivos o estratégicos, los problemas con los derechos fundamentales son menores, el problema es cuándo se judicializa y se introduce en el proceso penal. Un buen ejemplo podría ser la apertura de un proceso penal en materia de terrorismo sobre la base de informa-

ciones que provienen de los interrogatorios coactivos de Guantánamo o de las cárceles secretas de los Estados Unidos en diversas partes del mundo, en donde están detenidas ilegalmente personas sospechosas de terrorismo. Aunque el TEDH no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión semejante, hasta ahora ha considerado válido la iniciación de un proceso penal a partir de informaciones que procedían de una violación de derechos fundamentales, siempre y cuando esta información no fuera utilizada después como medio de prueba⁵².

El tercer ámbito de la cooperación sobre el que deben proyectarse con mayor contundencia los derechos fundamentales es el de las misiones militares de fuerzas Europeas en el extranjero. La actuación de las fuerzas británicas en Irak en la operación de búsqueda de Saddam Hussein, y el recurso que éste presentó ante el TEDH, puso de manifiesto que en caso de haber sido capturado por fuerzas británicas hubiese supuesto una violación del CEDH su entrega a autoridades, iraquíes o norteamericanos, sin asegurarse de que el proceso no hubiera acabado en pena de muerte⁵³. El CEDH no sólo se aplica en el territorio

⁵² El TEDH ha llegado incluso a consagrar esta manifestación oculta del *non inquiry* señalando que no es preciso indagar acerca si en la obtención de esta información se respetaron los derechos fundamentales, siempre y cuando no se utilice como medio de prueba, y solo sea tenida en cuenta en la investigación TEDH, Echeverri González v. The Netherlands, First Section, decisión as to the admisibility of application n° 43286/92, de 27 de junio del 2000. Los hechos del casos eran en resumen los siguientes: Un ciudadano colombiano había sido condenado en Holanda por tráfico de drogas, iniciándose las investigaciones a partir de una información suministrada por las autoridades norteamericanas, procedente de la intervención de llamadas telefónicas. El procesado pidió en el proceso que se comprobase si la intervención telefónica se había efectuado legalmente, a lo que el tribunal holandés se negó. La respuesta del TEDH fue que: the Court considers that the Convention does not preclude reliance, at the investigating stage, on information obtained by the investigating authorities from sources such as foreign criminal investigations. Nevertheless, the subsequent use of such information can raise issues under the Convention where there are reasons to assume that in this foreign investigation defence rights guaranteed in the Convention have been disrespected.

⁵³ vid. Press release issued by the Registrar. European Court of Human Rights rejects request for interim measures by Saddam Hussein (337 de 30.6.2004). Los abogados de Saddam Hussein solicitaban a la corte "que se prohibiera de forma permanente al Reino Unido facilitar, permitir, dar su consentimiento o llevar a cabo cualquier otra actuación que supusiera una participación efectiva en la puesta a disposición del reclamante bajo la custodia del gobierno iraquí en tanto éste no estableciera medidas adecuadas para garantizar que el demandante no será sometido a pena

de los países firmantes, sino allí donde estos tienen "jurisdicción". El problema de la cooperación en el marco de operaciones militares surge principalmente cuando las tropas de países de la UE actúan en el marco de misiones de paz conjuntas bajo mando de la OTAN, Naciones Unidas o incluso la UE. Dado que las organizaciones internacionales no forman parte de las Convenciones de Derechos Humanos, los soldados no están sujetos a estos estándares de derechos fundamentales, ni tampoco necesariamente a su estándar nacional. Gráficamente: no llevan ni el CEDH ni la Constitución nacional en sus mochilas⁵⁴. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa las misiones militares de la UE de mantenimiento de la paz, prevención de conflictos o fortalecimiento de la paz deben respetar además de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el CEDH. Ello implica, por ejemplo, que aunque el SOFA correspondiente señale que determinados delitos cometidos por soldados europeos en territorios extranjeros puedan ser juzgados por los sistemas nacionales no será posible la entrega si con ello se infringe la doctrina *Soering* de violación indirecta de un derecho fundamental.

En un sentido similar, los jueces holandeses se negaron a entregar un soldado estadounidense que se encontraba dentro del contingente de tropas americanas en suelo holandés y que había asesinado a su mujer. Aunque el SOFA señalaba que el enjuiciamiento de este delito correspondía a la justicia americana, su entrega fue denegada ante la posibilidad de que se le impusiera la pena de muerte⁵⁵. El art. 18 a del Acuerdo entre la RFA y las tropas de la OTAN estacionadas en suelo alemán, contiene igualmente una previsión tendente a que las autoridades norteamericanas aplicando el SOFA puedan ejecutar una pena

de muerte". Ello violaba a juicio de los abogados los art. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de torturas), así como los protocolos 1 y 13 del Convenio. El Tribunal aunque ha rechazado la aplicación de medidas provisionales señala que "It remains open to Mr. Hussein to pursue his application before the Court".

⁵⁴ Vid. con ulteriores referencias Nieto Martín, Human Rights under military criminal law and under war time, en Manacorda/Nieto, Criminal Law Between Law and War, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2008 (= en RGDP, Iustel, n° 8, 2008; RIDPP, Fasc. 3- 2008).

⁵⁵ Cfr. King, The Death Penalty, Extradition, and the War Against Terrorism: U.S Responses to European Opinion About Capital Punishment, Buffalo Human Rights Law Review, Vol. 9, 2003, p. 196 ss.

de muerte en territorio Alemán, ni realizar en su suelo un proceso que pueda conducir a la pena de muerte⁵⁶.

Conclusiones

La implantación de los derechos fundamentales en la cooperación judicial se ha desarrollado merced a la presión que el abolicionismo ha efectuado sobre la extradición, tal como se plasma en el art. 19.2 de la CEDF que ha constitucionalizado la doctrina *Soering*. Sin embargo, resultaría equivocado reducir a la pena de muerte la importancia de los derechos fundamentales. El abolicionismo no se entiende plenamente sino se enmarca dentro de una estrategia general de respeto a todos los derechos del hombre. Con este fin en este trabajo se ha formulado un modelo tridimensional, en el que se integran los tres intereses esenciales de la cooperación judicial: la protección de derechos fundamentales, la sanción eficaz de los delitos de carácter transnacional y las relaciones internacionales. Este modelo de cooperación debe expandirse a todas las formas de cooperación. Sus herramientas principales son de un lado las cláusulas de *emergency brakes* u orden público y, de otro, la utilización de la extradición condicional y del principio de entregar o juzgar.

Una de las principales virtudes de este modelo es que sirve para exportar derechos fundamentales y abolicionismo. Los estados retentionistas y que no cuentan con un sistema penal respetuoso con los derechos del hombre deben saber que esta circunstancia puede afectar a la eficacia de su sistema penal, en cuanto que muchas de sus solicitudes de cooperación no serán atendidas. La prohibición de la pena de muerte o determinados aspectos de los derechos fundamentales pueden no pertenecer al *ius cogens* u orden público internacional, pero los Estados que adopten el modelo tridimensional están en su derecho a utilizar la cooperación como medio de lucha contra la pena de muerte y como vehículo para la expansión de los derechos humanos.

La UE en el Programa de Estocolmo ha incluido por primera vez la dimensión exterior del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, consciente de que esta dimensión “es fundamental para hacer frente a los

⁵⁶ Vid. Lagodny, (not. 3), VD1, 24 y VD1a.

desafíos más importantes que tenemos ante nosotros". Una de los objetivos de esta acción exterior son los "esfuerzos de la UE para conseguir la abolición de la pena de muerte, la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes"⁵⁷. Conforme a estos objetivos, que deben enmarcarse dentro de un plan más general de extensión de los derechos humanos según establece el art. 21 del TUE, la UE en los acuerdos de cooperación judicial existentes y en los que establezca en el futuro debería:

- Incluir cláusulas de orden público o *emergency brakes* de modo tal que la solicitud de cooperación judicial fuera rechazada cuando viola o existe un riesgo de infracción grave de los derechos fundamentales del art. 6 del TUE.
- Adecuar los Convenios de extradición y cooperación judicial existentes a las exigencias del art. 19.2 de la CEDF. La extradición y cualquier tipo de extradición judicial deben negarse cuando existe un grave riesgo de pena de muerte, de tortura o tratos inhumanos o degradantes. Solo el aseguramiento absoluto de que estas violaciones no van a producirse autorizan la extradición o cooperación. Aunque estas últimas cláusulas puedan considerarse redundantes una vez que se cuenta con cláusulas de orden público su indiscutible valor simbólico aconsejan mantenerlas.
- La UE en los Convenios de extradición y cooperación judicial debe intentar hacer el mayor uso posible de la regla de entregar o juzgar y de la extradición/cooperación condicional. Este último instrumento debe entenderse y conformarse, en la medida de lo posible, como una herramienta de apoyo a los sistemas judiciales menos desarrollados en la implantación de los derechos fundamentales de la persona.

⁵⁷ Consejo de la Unión Europea, El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, Bruselas, 2 de diciembre de 2009, 17024/09, p. 12.