

LA EURO-ORDEN, EL PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Angel Sánchez Legido *

Sumario: I. LA EURO-ORDEN, EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA. II. LA ELECCIÓN DE LA DECISIÓN MARCO COMO INSTRUMENTO PARA LA REGULACIÓN A NIVEL DE LA UE DE LA EURO-ORDEN. III. LA COMPATIBILIDAD DE LA SUPRESIÓN DEL CONTROL DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTES PARA LA UNIÓN. IV. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO DE EMISIÓN. V. REFLEXIONES FINALES

El 3 de mayo de 2007, la principal instancia judicial de la Unión Europea dictaba sentencia en el asunto *Advocaten voor de Wereld*, rechazando las dudas que sobre la validez de la Decisión Marco relativa a la *euro-orden* le habían sido planteadas por el Tribunal de Arbitraje (*Arbitragehof/Cour d'Arbitrage*) belga¹. Sin perjuicio de sus pronunciamientos en el marco de la denominada *batalla de los pilares*² y sobre la

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho de Albacete (UCLM). El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Inmigración, cooperación judicial internacional y derechos humanos: hacia un modelo social europeo de referencia mundial” (SEJ2006-04769) cofinanciado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el FEDER.

© Angel Sánchez Legido. Todos los derechos reservados.

¹ TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld v. Leden van de Ministerraad* (as. C-303/05), aún no publicada en la Rec.

² TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo* (as. C-176/03), aún no publicada en la edición española de la Rec. En ella, el Tribunal de Luxemburgo reconoció la competencia de la Comunidad Europea para imponer a los Estados miembros la obligación de adoptar sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias cuando ello se juzgue necesario para garantizar el cumplimiento de la normativa adoptada en un ámbito de su competencia material. La más precisa delimitación del alcance de esa competencia está pendiente de un nuevo pronunciamiento en el asunto C440/05, actualmente en curso de examen por el Tribunal. La expresión “batalla de los pilares” es de M. WASMEIER y N. THWAITES, “The battle of the pillars: does the European Community have the power to approximate national criminal laws”, *ELR*, vol. 29 (2004), pp. 613 y ss. Para un más amplio análisis de esta problemática puede verse, en nuestra doctrina, I. BLANCO CORDERO, “El Derecho Penal y el primer pilar de la Unión Europea”, *RECPC* 06-05 (2004); J.F. CASTILLO GARCIA, “La comunitarización del tercer pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo”,

eficacia de los instrumentos normativos específicos del tercer pilar³, se trata del que cabe considerar como más esperado y relevante pronunciamiento en el ámbito de la cooperación penal europea del aún llamado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Al margen de la singularidad que representa la utilización del mecanismo de la cuestión prejudicial por un órgano nacional con funciones de tribunal constitucional⁴, la expectación despertada por el asunto está justificada por tratarse de la primera impugnación ante el Tribunal comunitario –que no ante los tribunales nacionales- de la filosofía de base sobre la que se ha decidido desarrollar la cooperación judicial penal en la UE (Apartado I). Abordadas por el Tribunal las cuestiones relacionadas con la idoneidad del instrumento jurídico elegido –decisión marco- (Apartado II), y con la superación de la vieja exigencia de la doble incriminación a efectos de extradición (Apartado III), la sentencia no resuelve sin embargo todas las incertidumbres que, desde el punto de vista de la garantía de los derechos fundamentales suscita tan singular mecanismo de cooperación judicial penal (Apartado IV).

I. LA EURO-ORDEN, EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

1. El principio del reconocimiento mutuo, piedra angular de la cooperación judicial penal en la Unión Europea.

Si bien es cierto que la cooperación en cuestiones penales forma parte del proceso de construcción europea, como mínimo, desde la constitución del llamado *Grupo de Trevi* a mediados de los setenta, es desde 1997 cuando la vieja idea del

RGDE, nº 11 (2006), pp. 25 y ss.; M. CAMPINS ERITJA, “La Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques y la coexistencia entre el Primer y el Tercer Pilar del TUE”, *RGDE*, nº 9 (2006); A. CEBADA ROMERO, “La competencia penal de la CE en materia de protección del medio ambiente”, *RGDE*, nº 9 (2006); o L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La sentencia Comisión/Consejo de 13 de septiembre de 2005: la Comunidad es competente para exigir que los Estados miembros impongan sanciones penales”, *GJ de la UE*, nº 239 (2005), pp. 47 y ss.

³ TJCE, sentencia de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino* (as. C-105/03), *Rec.2005*, p. I-5285. En un paso más en la proyección hacia el tercer pilar de reglas y principios característicos del ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia proclamó en este asunto la aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las Decisiones Marco, basándose para ello en la consideración según la cual el fundamental principio de cooperación leal contemplado en el art. 10 CE resulta aplicable *mutatis mutandis* a la CPJP (F.J. 42). Sobre la citada sentencia puede verse, también en nuestra doctrina, D. SARMIENTO, “Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea: La sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las Decisiones Marco”, *REEL*, nº 10 (2005); o J. SANTOS VARA, “La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las Decisiones Marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar”, *RGDE*, nº 9 (2005).

⁴ Sobre la tradicional reticencia de los tribunales constitucionales a plantear cuestiones prejudiciales *vid.* G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GALVEZ, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *RDCE*, vol. 2 (1997), pp. 329 y ss.

espacio judicial europeo en el ámbito penal comienza a adquirir la condición de prioridad política de primer orden en el seno de la Unión Europea. Aprovechando el acervo representado por el a la postre fructífero sistema de Schengen (1985-1990) y extrayendo solo en parte las necesarias consecuencias de las insuficiencias de la Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior diseñada en Maastricht (1992), el impulso de la cooperación policial y judicial en materia penal se configura desde finales de los noventa, conjuntamente con las políticas de inmigración y asilo, en ingrediente esencial del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Proclamado por el Tratado de Amsterdam a un nivel equivalente al de aquellas otras ideas-faro que habían servido de referente para la integración en el ámbito preferentemente económico -Mercado Interior o Unión Económica y Monetaria-, el nuevo objetivo de la Unión (art. 2, quinto guión, TUE) representa la aspiración por que ese espacio sin fronteras interiores que exige la libre circulación de personas, resulte adecuadamente acompañado por medidas compensatorias del déficit de seguridad que de ello deriva, sin que las mismas acaben afectando a los estándares de derechos y garantías proclamados como valores esenciales de la filosofía política sobre la que se asienta la UE.

En pos de ese objetivo, de tan aplastante lógica como compleja realización práctica, en Tampere (1999) los más altos dirigentes europeos parecieron dar con la mágica fórmula con la que compatibilizar el manifestado deseo de avanzar en el campo de la cooperación judicial penal, con las tradicionales y subsistentes reticencias nacionales a aceptar cesiones en un ámbito tan sensible y apegado al núcleo de la noción de soberanía como es el relativo al alcance, contenido y límites del *ius puniendi estatal*. El principio del reconocimiento mutuo debía ser la piedra angular de la cooperación judicial penal en la Unión Europea⁵, idea que será reproducida y desarrollada cada ocasión en que hayan de plasmarse estrategias dirigidas a establecer primero, o reforzar después, la dimensión judicial penal del Espacio de Libertad, de Seguridad y Justicia⁶.

Plasmación de una propuesta lanzada por el Reino Unido en julio de 1998 tras el Consejo Europeo de Cardiff, basada en trasponer al ámbito de la cooperación judicial penal la fórmula que tan importantes avances había producido en el ámbito del Mercado

⁵ “Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el *principio del reconocimiento mutuo que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial* en materia civil y penal en la Unión”. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia, par. 33 (cursiva añadida).

⁶ Desde, como es lógico, el Programa de Medidas para llevar a la práctica el principio del reconocimiento mutuo, adoptado por Consejo y Comisión en julio de 2000 a petición expresa de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en Tampere y en el que se detallan hasta 24 medidas en este ámbito (DO 2001 C 12, de 15-I-2005, p. 10), hasta el Programa de La Haya sobre consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, adoptado en el Consejo Europeo de Bruselas de noviembre de 2004 con el fin de establecer la agenda en la materia hasta 2009 (Conclusiones de la Presidencia, Anexo I, pp. 37-38), pasando por el por ahora malogrado Tratado por el que se establece una Constitución Europea (art. I-42.1.B).

Interior⁷, el principio del reconocimiento mutuo se asienta sobre un fundamento: la confianza mutua entre los Estados miembros en cuanto a que, sin perjuicio de la mayor o menor conveniencia de aproximación de los sistemas punitivos nacionales, en su doble dimensión sustantiva y procesal, las diversas normativas internas deben ser consideradas equivalentes de cara a satisfacer los preeminentes valores e intereses jurídicos en presencia. En otros términos, de la misma manera que, en determinadas condiciones, las legislaciones internas en materia de medio ambiente, protección de la salud o protección de los consumidores no pueden obstaculizar la libre circulación de mercancías, las disparidades en la consideración criminal de las conductas punibles, la diversidad en los procedimientos de enjuiciamiento penal y las diferencias en los sistemas de garantía de los derechos fundamentales no pueden ser en sí mismas un obstáculo a la eficacia y ejecución de las resoluciones judiciales penales en toda la Unión Europea.

2. Un instrumento negociado bajo la presión de los acontecimientos.

En este contexto, la Decisión Marco sobre la orden europea de detención y entrega acostumbra a ser calificada como “la primera y más simbólica medida de aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial penal”⁸. Es en efecto, como se reconoce en el párrafo sexto de su preámbulo, la primera medida adoptada en el ámbito penal bajo la filosofía del reconocimiento mutuo. Lo cual sería solo una anécdota si no fuera porque, pese a subrayarse en Tampere la importancia de mejorar e incluso superar los mecanismos de extradición entre los Estados miembros (apdo. 35) y aunque el desarrollo de tal previsión venía gestándose desde 1999⁹, inicialmente se había pensado experimentar el principio del reconocimiento mutuo en ámbitos –por utilizar una expresión recurrente en el ámbito quirúrgico- algo menos agresivos en la esfera de la libertad¹⁰.

Una veintena de fanáticos suicidas, cuatro aviones comerciales repletos de inocentes, ciertos símbolos del poder económico y militar estadounidense como objetivos, alrededor de tres mil víctimas mortales y más de treinta mil heridos son datos bien conocidos de un acontecimiento que, junto a otras graves y no siempre justificadas

⁷ Véase, al respecto, S. PEERS, “Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?”, *Common Market Law Rev.*, vol. 41 (2004), pp. 8-9; G. DE KERCHOVE, “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo”, en L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (dirs.), *La orden de detención y entrega europea*, Cuenca, 2006, p. 22; o V. MITSILEGAS, « The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU », *Common Market Law Rev.*, Vol. 43 (2006), p. 1278.

⁸ La expresión se encuentra, por ejemplo, en 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. Bruselas, 23.02.2005. COM(2005) 63 final, pfo. 1, p. 2.

⁹ C. MORGAN, « La orden de detención europea y los derechos del detenido », en L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7. p. 309.

¹⁰ Concretamente, en el ámbito del embargo preventivo de bienes. G. DE KERCHOVE, “La orden...”, cit. en nota 7, p. 22.

consecuencias, trastocó los planes iniciales, convirtiendo a la euro-orden en la “hija prematura”¹¹ del reconocimiento mutuo. La Comisión presentaba su propuesta apenas ocho días después del 11-S¹², el Consejo Europeo extraordinario celebrado en Bruselas el 21 de septiembre situó la euro-orden en la “Hoja de Ruta sobre terrorismo”¹³ y, bajo la presión de la consternación producida y del llamamiento a alcanzar una solución antes de concluir el año, el acuerdo se alcanzó en diciembre de 2001¹⁴.

Menos de tres meses de negociación, pues, para consensuar la que es calificada como más singular, relevante o impactante medida de aplicación del principio del reconocimiento mutuo, piedra angular a su vez de la cooperación judicial penal europea¹⁵. Tal consideración tiene que ver tanto con las innovaciones que el nuevo

¹¹ La expresión, de S. MANACORDA, es reproducida por A.J. SANZ MORÁN, “La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material”, en C. Arangüena Fanego (coord.), *Cooperación Judicial Penal en la UE: la orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005, p. 94.

¹² Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, COM(2001) 522 final.

¹³ S. ALEGRE, S., y M. LEAF, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A step too far too soon? Case study – the European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, vol. 8 (2004), p. 202; y A. FERNÁNDEZ TOMÁS, “Terrorismo, Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* (2004), pp. 221 y ss. y 228 y ss.

¹⁴ Una vez pulidos ciertos aspectos de índole técnica en los meses posteriores, la Decisión Marco del Consejo sería finalmente adoptada el 13 de junio de 2002 (DO L190/1, de 18 de julio). Sobre la negociación de la Decisión Marco puede verse, más ampliamente, M. PLACHTA y W. VAN BALLEGOOIJ, “The Framework Decisión on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures between Member States of the European Union”, en R. Blekston y W. Van Ballegooij (eds), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2004, pp. 32-36; J. O’MAHONY, ‘Bringing process back in’: investigating the formulation, negotiation and implementation of the European Arrest Warrant from a policy analysis perspective”, EUSA 10th Biennial Conference, Montréal, 17-19th May 2007, disponible en <http://www.unc.edu/euce/eusa2007/papers/omahony-j-08i.pdf> (visitada el 6-VI-2007); o, entre nosotros, M. URREA CORRES, “La orden europea de detención, captura y entrega”, *REDI*, vol. 53 (2001), pp. 707 y ss.

¹⁵ Quizá no esté de más recordar el singular papel jugado por España en la adopción de la Decisión Marco sobre la euro-orden. La remoción de los problemas que ciertos Estados miembros seguían planteando a la extradición de presuntos etarras a nuestro país motivó que, con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de 1996, se propusiera por nuestras autoridades, además de restringir estrictamente la posibilidad del asilo a nacionales de Estados miembros de la UE (de donde, a la postre, surgiría el protocolo sobre la materia de 1997 anejo al TCE), la eliminación de la extradición, propuesta esta última que no fue aceptada. Paradojas del destino, la doctrina del Tribunal Constitucional cuestionando la posibilidad de extradición para el cumplimiento de condenas dictadas en rebeldía, colocaba a nuestro país en relación con Italia en una posición obstructiva muy similar a aquella frente a la cual se dirigían los tradicionales esfuerzos de nuestras autoridades gubernamentales. Precisamente por ello, la respuesta no se hizo esperar, materializándose en forma de un “Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la persecución de delitos graves mediante la superación de la extradición en un espacio de justicia común”, de 28 de noviembre de 2000, el cual, sin embargo, y precisamente como consecuencia de la adopción de la DM sobre la euro-orden, no llegó nunca a entrar en vigor. Inspirado expresamente en el principio del reconocimiento mutuo, el mencionado tratado introduce algunas novedades que, como la judicialización del procedimiento, la calificación de los hechos según la legislación del Estado requirente, la superación del principio de no extradición de nacionales o la considerable agilización de los trámites,

instrumento introduce en relación con la extradición, instrumento tradicional para la entrega de personas entre Estados soberanos a efectos de enjuiciamiento o de ejecución de condenas, como por la concepción que parece asumir, a modo de pauta general de futuro, del principio del reconocimiento mutuo.

3. Euro-orden y extradición

De conformidad con la propia Decisión Marco, la euro-orden se presenta como el resultado de un esfuerzo orientado a “la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales”¹⁶. Una idea que, si bien aparecía formulada ya en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere referida a la entrega de individuos definitivamente condenados por sentencia firme, aparece consagrada en la Decisión Marco con un alcance aún más amplio, al contemplarse también su operatividad “con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales”, además de “para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”.

Resultado de un enfoque más *revolucionario que evolutivo*¹⁷, reflejado ya en una clara voluntad de marcar distancias desde el mismo terreno terminológico¹⁸, la configuración de la euro-orden en la Decisión Marco presenta en su configuración tres características en las que parece clara la voluntad de marcar distancias respecto del tradicional mecanismo de la extradición.

En primer lugar, y sobre todo, profundizando en una línea anticipada por el Convenio de la Unión Europea sobre Asistencia Judicial en materia penal¹⁹, el aspecto

serían retomadas en la Decisión Marco sobre la orden de detención europea. Sobre el citado acuerdo y su incidencia en la euro-orden, puede verse, muy especialmente, A. CUERDA RIEZU, A. CUERDA RIEZU, *De la extradición a la "euro orden" de detención y entrega: con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003, pp. 71 y ss.; y W.M. KUHN, “Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *RGDE*, vol. 12 (2007), pp. 15 y 16.

¹⁶ Apartado 5 del preámbulo de la Decisión Marco. En un sentido similar, la Ley 3/2003, de 14 de marzo, por la que dicha Decisión Marco es objeto de transposición en nuestro país (BOE nº 65, de 17 de marzo) se autocalifica como “una ley que introduce modificaciones tan sustanciales en el clásico procedimiento de extradición que puede afirmarse sin reservas que éste ha desaparecido de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea”.

¹⁷ M. PLACHTA, “European Arrest Warrant: Revolution in Extradition?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 11 (2003), p. 170.

¹⁸ Como se ha señalado, con el empleo de los términos entrega, autoridad judicial de emisión, autoridad judicial de ejecución o persona buscada, en lugar de extradición, Estado requirente, Estado requerido o persona reclamada, “es evidente la voluntad de diferenciación”. A. CUERDA RIEZU, *De la extradición...*, cit. en nota 15, p. 90.

¹⁹ El artículo 6 del citado convenio “hace de la remisión directa la regla general y del uso interpuesto de las autoridades centrales, la excepción”, de forma que “legalmente se trata de eludir la discrecionalidad judicial que en este apartado permitía el Convenio de Aplicación de Schengen”. J. PARRA GARCÍA, “El

más notable de la orden de detención europea²⁰ radica en que la misma aparece configurada como un mecanismo inequívoco y esencialmente judicial, merced a la configuración de la autoridad judicial como único órgano competente para decidir la transmisión de una orden de entrega (art. 9), para adoptar la decisión sobre la entrega (apdo. 8 del preámbulo y art. 15) y para resolver si concurre alguno de los supuestos tasados que permiten suspender o condicionar la entrega (art. 24). Resulta así eliminada la denominada fase intermedia de los tradicionales procedimientos de extradición pasiva, así como las facultades de no tramitación de la solicitud en el ámbito de la extradición activa. Y con ello, queda prácticamente²¹ suprimida toda intervención política sustantiva²² en la decisión de si se emite una euro-orden o si, en respuesta a la emitida por la autoridad judicial de otro Estado miembro, se procede o no a la entrega. Decisión en uno y otro caso que, por otra parte y como lógica consecuencia, queda sometida a criterios objetivos de carácter tasado, con exclusión de consideraciones de oportunidad o sustentadas en el principio de reciprocidad²³. De esta forma, al tiempo

nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, en A. Galgo Peco (ed.), *Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional*, Madrid, 2003, pp. 142 y ss.

²⁰ Subrayado, entre otros, por O. LADOGNY, “Extradition without a granting procedure: the concept of surrender”, en R. Blekxtoon y W. Van Ballegooij (eds.), *Handbook...*, cit. en nota 16, pp. 41-42.

²¹ El único supuesto en el que la Decisión Marco parece reservar la posibilidad de que la decisión sobre una solicitud de entrega sea adoptada por la autoridad política “una vez consideradas todas las circunstancias”, se refiere al supuesto en que la misma concorra con una solicitud de extradición presentada por un tercer Estado (art. 16.3). Véase, en este sentido, G. DE KERCHOVE, “Dificultades de determinación de la legislación aplicable en relación a la extradición y la orden de detención y entrega. El Consejo de la Unión Europea. Islandia y Noruega”, en L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, p. 84.

²² El artículo 7 de la Decisión Marco contempla la posibilidad de que los Estados miembros designen una autoridad central –se entiende, no judicial–, con funciones eso sí, limitadas a labores de auxilio a las autoridades judiciales competentes y, en su caso, a tareas de “transmisión y recepción administrativas de las órdenes de detención europeas, así como de toda correspondencia oficial relacionada con ellas”. Como se señala expresamente en el preámbulo, “la función de las autoridades centrales en la ejecución de una orden de detención europea debe limitarse a un apoyo práctico y administrativo”. Esa índole marcadamente administrativa, de auxilio y transmisión de órdenes, con la que parece quedar estrictamente configurada la participación de la autoridad política, constituye el motivo de los reproches formulados por la Comisión respecto de, especialmente, la legislación danesa de transposición, en la medida en que designa al Ministro de Justicia como autoridad competente de emisión y de ejecución al que se encomienda en última instancia la decisión de si se emite o no una orden de entrega propuesta por un juez danés, o si se procede o no a entregar a una persona reclamada por un juez de otro Estado miembro. Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Decisión Marco, cit. en nota 8, p. 3, y Commission Staff Working Document, *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework decision of 13 June 2002*, Bruselas, 23.02.2005. SEC (2005) 267, p. 13.

²³ No parece haberlo entendido así nuestra Audiencia Nacional. En el que probablemente constituya uno de los más conocidos pronunciamientos nacionales sobre la euro-orden, el 18 de julio de 2005 el *Bundesverfassungsgericht* anulaba la ley alemana de transposición de la euro-orden por estimar que, al no haber hecho uso de las posibilidades de entrega condicionada de nacionales previstas en la Decisión Marco, la citada ley vulneraba el principio de no extradición de nacionales proclamado en el art. 16.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Como consecuencia, la solicitud de entrega formulada por las autoridades españolas del Sr. Darkanzali, ciudadano germano-sirio acusado en nuestro país de ser una figura clave de la sección europea de *Al Qaida*, resultaba denegada. Sobre el citado asunto, puede verse, S. MÖLDERS, “European Arrest Warrant si Void – The Decision of the German Federal Constitutional Court of 18 July

que se aleja del acto de extradición, calificado como “acto de gobierno soberano”²⁴, el sistema europeo de entrega se aproxima a esquemas de legalidad, objetividad y racionalidad más conformes con las exigencias del Estado de Derecho²⁵ que las que resultan de los vestigios político-diplomáticos aún presentes en el ámbito de la extradición²⁶.

Como segundo aspecto especialmente reseñable, la euro-orden se presenta como un procedimiento notablemente simplificado y considerablemente más ágil y rápido que el tradicional procedimiento de extradición. Consecuencia en buena medida de la ya comentada supresión de la habitual intervención política, el deseo de aceleración encuentra su principal manifestación en la fijación de plazos de notable brevedad para la resolución de las solicitudes de entrega (diez días en caso de consentimiento a la entrega por la persona buscada y sesenta días en otro caso, susceptibles de prórroga por otros treinta días en determinados casos²⁷), así como para hacer efectiva la entrega una vez que se adopte la decisión definitiva sobre la solicitud (diez días, salvo concurrencia de

2005”, *German Law Journal*, vol. 7 (2006), pp. 45 y ss.; o A. HINAREJOS PARGA, “Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court), Decision of 18 July 2005 (BvR 2236/04) on the German European Arrest Warrant Law”, *Common Market Law Rev*, vol. 43 (2006), pp. 583 y ss. Precisamente, en respuesta a esa doctrina, la Audiencia Nacional consideró, mediante acuerdo de 20 de septiembre de 2005 que, en aplicación del principio de reciprocidad contemplado en el propio art. 13.3 de la Constitución, las solicitudes de entrega formuladas por autoridades judiciales alemanas debían ser tratadas como solicitudes convencionales de extradición. Al respecto, puede verse, W.M. KÜHN, “Problemas jurídicos...”, cit. en nota 15, p. 54, en nota 143; o las Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 12 de septiembre de 2006, en el asunto *Advocaten voor de Wereld* (as. C-103/2005), nota 11. Aun sin constituir una respuesta directa por el Tribunal Constitucional al problema planteado, la posición de la Audiencia Nacional resulta difícilmente sostenible después de que el máximo intérprete de nuestra Constitución haya negado que las eventuales cláusulas de limitación temporal formuladas por otros Estados miembros en virtud del art. 32 de la Decisión Marco, puedan ser invocadas ante las autoridades judiciales a título de reciprocidad en virtud del art. 13.3 de la Constitución, por considerar que la citada Decisión Marco “ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia”. STC 177/2006, de 5 de junio (F.J. 5º).

²⁴ M. POUTIERS, “L’extradition des auteurs d’infractions internationales”, en H. Ascensio, E. Decaux y A Pellet, *Droit International Pénal*, Paris, 2000, p. 935.

²⁵ En ese mismo sentido, F. IZURZUN MONTORO, “El proceso de adaptación de la Decisión Marco en los 15 Estados miembros”, en - L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, p. 63.

²⁶ Vestigios que, en los últimos años, han tenido como ejemplo más sonado la decisión de Jack Straw, entonces titular del Home Office, para satisfacción del departamento español de exteriores de no proceder por razones humanitarias a una extradición de A. Pinochet posible tras un largo periplo judicial en virtud de la –segunda- decisión de la House of Lords. Pueden consultarse los detalles de la citada decisión, y alguna secuela posterior en F. JIMÉNEZ GARCÍA, “Decisión de 12 de junio de 2002 del Comité contra la Tortura en virtud del artículo 22 de la Convención contra la tortura y otros tratados o penas crueles, inhumanos o degradantes, respecto a la comunicación núm. 176/2000 presentada por Marcos Roitman Rosenmann c. España por no recurrir la decisión británica de no extraditar a España al Sr. Pinochet Ugarte: la desvertebración de un principio generalmente reconocido por el Derecho Internacional: el principio de justicia universal”. *REDI*, vol. 55 (2003), pp. 550 y ss.

²⁷ Art. 17 de la Decisión Marco.

circunstancias ajenas al control de los Estados miembros afectados, o motivos humanitarios graves²⁸).

Con ser relevantes los dos aspectos anteriores, quizá sea la concepción que parece anticipar del principio del reconocimiento mutuo el aspecto más trascendente y, al propio tiempo, más cuestionable, del instrumento de cooperación penal que nos ocupa.

4. Euro-orden y reconocimiento mutuo.

La estrategia lanzada desde Tampere para el desarrollo de la cooperación judicial penal en la Unión Europea asume que, en todo caso, el reconocimiento mutuo en el ámbito penal implicará una cierta armonización de las legislaciones sustantivas y procesales penales. De hecho, la idea de aproximar las normativas internas en la materia figura junto al principio del reconocimiento mutuo en todos los documentos de estrategia sobre el desarrollo de la cooperación judicial penal en la Unión Europea, recayendo sobre esa idea mayor énfasis a medida que se avanza en la realización del principio²⁹. La cuestión de fondo, sin embargo, es si el reconocimiento mutuo debe ponerse en marcha y aplicarse con todas sus consecuencias independientemente del estado de equivalencia real entre las legislaciones nacionales, confiando en que será la experiencia de su aplicación lo que incentivará y promoverá la armonización necesaria o si, por el contrario, avanzar en el proceso de la armonización debe ser un paso previo, de manera que la aplicación del reconocimiento mutuo quede estrictamente limitada a un proceso previo de armonización y/o de homologación de las legislaciones y sistemas nacionales.

La Decisión marco sobre la orden de entrega da forma al molde sobre el que se configura desde entonces el principio del reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial penal³⁰, confirmándose la idea según la cual con la misma se

²⁸ Art. 23 de la Decisión Marco.

²⁹ Pueden verse, entre otros documentos, el Libro verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea, Bruselas, 30.04.2004, COM(2004)334 final; el art. 270.2 del Tratado por el que se establece una Constitución Europea; o el Programa de La Haya, Consejo Europeo de Bruselas, cit. en nota 6, pfo. 3.3.2.

³⁰ En este sentido, se ha calificado a la Decisión marco sobre la euroorden como el “paradigma de los instrumentos basados en el reconocimiento mutuo”. B. VIDAL FERNÁNDEZ, “De la “asistencia” judicial penal en Europa a un “espacio común de justicia europeo””, en C. Arangüena (Coord), *Cooperación...*, cit. en nota 11, pp. 52-56. Tras la adopción de la Decisión Marco sobre la orden de detención europea, el principio del reconocimiento mutuo constituye la base de otras tres decisiones marco adoptadas en el seno de la Unión con el fin de facilitar e impulsar la ejecución en la Unión Europea de otros tipos de resoluciones judiciales nacionales en el ámbito penal: la Decisión Marco 2003/577, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas (DO L 196, pp. 45 y ss.), la Decisión Marco 2005/214, de 14 de febrero, sobre la aplicación del principio del reconocimiento mutuo a las sanciones pecuniarias (DO L 76, de 22 de marzo, pp. 16 y ss.) y la Decisión Marco, de 24 de febrero, sobre decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L 68, de 15 de marzo, pp. 49 y ss.). La filosofía que subyace a la Decisión Marco sobre la euro-orden se encuentra también en la base de dos propuestas de la Comisión: Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas

marcaba una suerte de “punto de no retorno”³¹. Y lo hace optando claramente por una concepción del reconocimiento mutuo no condicionado en su operatividad, al menos severamente, a la previa armonización sustantiva o procesal³². Teniendo en cuenta esos datos, no es extraño que, junto con la relativa superación del principio de no entrega de nacionales³³, los dos aspectos de su configuración que más controversia suscitan sean los relacionados con la amplia superación del principio de doble incriminación, de un lado, y las incertidumbres sobre la posibilidad de denegar la entrega por razones vinculadas con el respeto de los derechos fundamentales en general, y de las garantías esenciales del proceso debido en particular, en el Estado de emisión, de otro. No en vano, uno y otro aspecto representan la decidida apuesta de la euro-orden por avanzar con todas sus consecuencias en el reconocimiento mutuo sin condicionar su operatividad a una armonización previa sustantiva (doble incriminación) o procedimental y de garantías (derechos fundamentales).

Antes de abordar unas cuestiones que reflejan un modo de proceder que, según un sector doctrinal, supone una “huída hacia delante” ante las dificultades que plantea la

para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal –COM(2003) 0688 *final*-; y la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal de 17 de marzo de 2005 –COM(2005) 91 *final*-. E inspira también dos documentos de reflexión: el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la UE de 30 de abril (DCOM 2004/334 *final*), y el Libro Verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad (DCOM 2004/562, *final*).

³¹ F.J. FONSECA MORILLO, “La orden de detención y entrega europea”, *RDCE*, nº 14 (2003), p. 70. Como ha señalado gráficamente S. PEERS, “it is tempting to dub this Framework Decision the *Cassis* of mutual recognition in criminal matters”. “Mutual Recognition...”, cit. en nota 7, p. 12.

³² Y ello es así por mucho que en una declaración simultánea a la DM los Ministros de Justicia expresaran su deseo de que se siga trabajando en la línea de la armonización. E. BARBE, “El principio de doble incriminación”, en L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, p. 199.

³³ Problemática sobre la que gira una serie de pronunciamientos de los tribunales constitucionales o supremos nacionales motivados por el reconocimiento que hacen o hacían algunas constituciones del principio de no extradición de nacionales. Además de la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 2005 ya citada –nota 23-, se incluyen entre tales pronunciamientos la sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 27 de abril de 2005 (hay versión inglesa disponible en la web del *European Arrest Warrant Project*: http://www.eurowarrant.net/documents/cms_eaw_74_1_EAWrelease_270405.pdf), y la del Tribunal Supremo chipriota de 7 de noviembre de 2005. Todas ellas han considerado incompatibles con el principio constitucional de no entrega de nacionales las disposiciones de la ley de transposición de la decisión marco que imponen esa entrega. Hay quien apunta que un caso similar se planteará también ante el Tribunal constitucional eslovaco (A. ONDREJOVA, “El proceso de adaptación de la Decisión Marco en los nuevos Estados miembros”, en L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, p. 78). En un sentido opuesto, negando la vulneración de la correspondiente constitución por razones vinculadas con la obligación de entrega de nacionales se sitúa la sentencia del Tribunal Constitucional checo de 3 de mayo de 2006 (disponible en inglés en la web del *European Arrest Warrant Project* en la dirección http://www.eurowarrant.net/documents/cms_eaw_id862_1_Decision%20Czech%20Constitutionnal%20Court-001_EZR-66-04-ENG.doc), o el *Avis du Conseil d'État n° 368-282 du 26 septembre 2002*, apdo. III.A.1. El dictamen puede consultarse en el sitio web del Senado francés, en la siguiente dirección de Internet: <http://www.senat.fr/rap/102-126/102-12610.html>.

armonización, antepone la carreta a los bueyes, empieza la casa por el tejado³⁴, asienta la cooperación en una cuestión de fe ciega³⁵, e impone a los Estados miembros una suerte de “viaje a lo desconocido”³⁶ en un ámbito en el que no deberían buscarse atajos³⁷, procede analizar la cuestión de la idoneidad del instrumento jurídico empleado para introducir al orden europea de detención y entrega.

II. LA ELECCIÓN DE LA DECISIÓN MARCO COMO INSTRUMENTO PARA LA REGULACIÓN A NIVEL DE LA UE DE LA EURO-ORDEN.

La primera de las cuestiones prejudiciales planteada por el *Arbitragehof* belga cuestionaba, en efecto, la validez del recurso a la Decisión Marco para la regulación de la orden europea de detención y entrega. Según resulta de los antecedentes de la sentencia del Tribunal, el recurrente en el litigio principal alegó que la euro-orden debía haber sido regulada por convenio entre los Estados miembros, con exclusión de la Decisión marco. Dos tipos de argumentos aparecen manejados en la sentencia y en las conclusiones del Abogado General en contra de la idoneidad del citado instrumento, unos basados en el Derecho de la Unión, y otros en el Derecho internacional de los Tratados.

1. La euro-orden y la aproximación de legislaciones en el marco de la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal

De acuerdo con la posición defendida por *Advocaten voor de Wereld* en el litigio principal, no cabría el empleo de un instrumento diseñado específicamente « para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros » (art. 34 b TUE), cuando el TUE únicamente otorga expresamente competencia a la Unión para la aproximación de legislaciones sustantivas en los ámbitos específicos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas (art. 29, párrafo segundo, último guión, en relación con el art. 31.1.e TUE)³⁸. Además, según resulta de las conclusiones del Abogado General, la improcedencia esgrimida del empleo de este tipo de instrumento tendría también que ver con el carácter novedoso de la euro-orden, un mecanismo que, precisamente por estar destinado a sustituir a la extradición, no se encontraría regulado en las legislaciones de los Estados miembros, de manera que, no habiendo legislaciones internas que armonizar, el empleo de la Decisión marco debería

³⁴ Reproduce esas expresiones, tomadas de doctrina germana e italiana, M. DE HOYOS SANCHO, “Euro-orden y causas de denegación de la entrega”, en C. Arangüena Fanego (coord.), *Cooperación Judicial...*, cit. en nota 11, pp. 215-216.

³⁵S. ALEGRE, S., y M. LEAF, “Mutual Recognition...”, cit. en nota 13, p. 217; A.J. SANZ MORÁN, “La orden europea...”, cit. en nota 11, pp. 82-83.

³⁶ V. MITSILEGAS, « The Constitutional... », cit. en nota 7, pp. 1280-1283.

³⁷ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *La Ley*, 26 de julio de 2004, p. 2.

³⁸ TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, cit. en nota 1, F.J. 25.

quedar descartado. Por lo demás, en el fondo de la pretensión parece latir igualmente la idea según la cual, en el sistema del tratado operaría una suerte de preferencia en favor de los convenios entre los Estados miembros sobre otros mecanismos dotados, por así decirlo, de un mayor carácter de integración.

El TJCE dedica el grueso de su argumentación sobre este punto a rechazar que la aproximación de legislaciones en el tercer pilar únicamente proceda en el ámbito sustantivo («normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas») y en relación con las figuras criminales expresamente previstas en el artículo 31.1.e TUE. Comienza señalando, en efecto, que la sustitución de la extradición por un dispositivo de entrega de personas condenadas o sospechosas con fines de ejecución de sentencias penales o de ejercicio de acciones penales basado en el principio de reconocimiento mutuo, objetivo declarado de la Decisión Marco (F.J. 28) exige la aproximación de las disposiciones nacionales de los Estados miembros relativas a los requisitos, procedimientos y efectos de la entrega. Da a entender, a continuación, que la finalidad perseguida encaja dentro de los objetivos genéricos de la Cooperación Judicial y Policial en materia penal³⁹ y se enmarca también dentro de los objetivos específicos asignados a la cooperación judicial en el ámbito criminal⁴⁰. Constata, a renglón seguido, que el Tratado no contiene indicación alguna sobre los instrumentos jurídicos a emplear para la persecución de esos objetivos, ni en los preceptos que definen esos objetivos (art. 31.1.a y b TUE)⁴¹, ni en el precepto específicamente dedicado a regular con carácter general esos instrumentos (art. 34.2 TUE), en el cual no se establece distinción alguna en cuanto al tipo de instrumento a utilizar⁴². A partir de ahí, el Tribunal concluye que:

«el artículo 34 UE, apartado 2 (...) no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros mediante la adopción de una decisión marco (...) tenga lugar en ámbitos distintos de los mencionados en el artículo 31 UE, apartado 1, letra e, y, en particular, en la materia relativa a la orden de detención europea»⁴³

³⁹ Concretamente, el objetivo relativo a la búsqueda de «una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros», previsto en el segundo guión del segundo párrafo del art. 29.2º TUE, asignado por el TUE a la cooperación policial y judicial penal de la Unión Europea. *Idem*, F.J. 33.

⁴⁰ En particular, el relativo a la facilitación y aceleración de la cooperación judicial por lo que afecta al procedimiento y la ejecución de resoluciones y, más precisamente aún, la facilitación de la extradición entre Estados miembros (art. 31.1.a y b TUE). *Idem*, F.J. 31.

⁴¹ *Idem*, F.J. 34.

⁴² *Idem*, F.J. 36.

⁴³ *Idem*, F.J. 38. Adicionalmente, el TJCE recuerda que entre los objetivos de la acción de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial penal formulados en el art. 31.1 TUE se incluye también «la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación» (apdo. c), dando a entender que se trata de un tipo de acción que requiere de manera imprescindible la armonización de legislaciones nacionales y que no podría desarrollarse de admitirse que tal armonización sólo es posible en el ámbito sustantivo definido en el apartado e) de ese mismo artículo. *Idem*, F.J. 31.

De este modo, la institución luxemburguesa rechaza que la restricción expresa que el artículo 34.2.c TUE impone a las Decisiones resulte aplicable con carácter general a todos los ámbitos de la CPJP previstos en el art. 29, con excepción de la aproximación de mínimos contemplada en su último guión respecto de determinados ámbitos criminales. En otros términos, el artículo 34.2 vendría a desempeñar, en el marco del tercer pilar, un papel equivalente al que, en el ámbito del Mercado Interior, asume el artículo 95 TCE, sirviendo de habilitación general para la armonización de legislaciones cuando tal aproximación resulte necesaria para la consecución de los objetivos definidos en el Tratado. El hecho, por tanto, de que la CPJP se sitúe a mitad de camino entre la intergubernamentalidad y la integración no supone que se predique de toda ella un rasgo que las bases jurídicas correspondientes del Tratado de Roma asocian a las competencias comunitarias caracterizadas por un menor grado de supranacionalidad⁴⁴. De lo que, por lo demás, cabe deducir que la antes comentada concepción que del principio del reconocimiento mutuo refleja la Decisión Marco sobre la orden de detención es el resultado de una opción política libremente asumida por las instituciones de la Unión –muy especialmente la Comisión y, sobre todo, el Consejo- y no el fruto de un impedimento jurídico absoluto⁴⁵ reflejado en el TUE.

2. Decisión marco: ¿armonización de legislaciones preexistentes o, también, regulación armonizada ex novo?

Sentado lo anterior, ni una sola línea dedica el Tribunal en su sentencia a una cuestión que, con algo más de detalle, se aborda en sus conclusiones por el Abogado General Ruiz-Jarabo⁴⁶. Al parecer, en el marco del procedimiento prejudicial el acento se había puesto no tanto en cuestionar la posibilidad para las instituciones de la Unión de adoptar medidas de armonización de legislaciones de cara a mejorar la cooperación judicial en el ámbito penal, cuanto a cuestionar la procedencia de las decisiones marco en el caso concreto de la euro-orden. La orden de detención y entrega sería, de acuerdo con esa posición, una figura absolutamente original y novedosa destinada a reemplazar a la extradición entre los Estados miembros. Precisamente por tratarse de un instrumento de nuevo cuño, el mandato de detención y entrega no estaría contemplado en ninguna legislación nacional, de modo que no habría legislaciones nacionales que

⁴⁴ Se trata de algunas de las llamadas competencias complementarias de la Comunidad. Véanse, por ejemplo, los artículos 149.4, primer guión (educación), 150.4 (formación profesional), 151.5, primer guión (cultura), o 152.4.c (salud pública) del Tratado de la Comunidad Europea, los cuales excluyen toda posibilidad de armonización de legislaciones en los ámbitos a que se refieren.

⁴⁵ Lo anterior no implica desconocer el, si no impedimento, sí obstáculo de primer orden que, en la Europa de los Veintisiete y de cara a la armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros, tanto en el plano sustantivo como procesal, suscita el hecho de que el propio artículo 34.2 establezca la unanimidad como única regla admisible de adopción de acuerdos en el seno del Consejo para la adopción de decisiones marco. Aunque no sin la subsistencia de alguna cautela en forma de “freno de emergencia”, el Tratado Constitucional solventaría en buena medida el citado problema. Véase, al respecto, J.F. CASTILLO GARCIA, “La comunitarización...”, cit. en nota 2, pp. 15-16 y 43-44.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdos. 30 y ss.

armonizar ni habría lugar, por tanto, al empleo de un instrumento destinado a la armonización de legislaciones.

Se trata, también aquí, de un argumento extraído de la literalidad de las disposiciones del TUE relativas a la CPJP y, más concretamente, de la precisión según la cual la posibilidad prevista en el art. 34.2.a que tienen las instituciones de adoptar decisiones marco lo es « para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros ». De hecho, la argumentación del Abogado General Ruiz-Jarabo parece asumir la idea de fondo, al dedicar buena parte de su argumentación a poner de manifiesto que, pese a las, en su opinión, profundas diferencias entre el mecanismo que representa la euro-orden y la extradición⁴⁷, ello no significa que la Decisión marco que la regula opere sobre un vacío jurídico, pues son en realidad las tradicionales figuras internas del arresto y entrega las que resultan armonizadas⁴⁸.

Sin embargo, no parece que el problema de fondo sea, en realidad, la idoneidad jurídica de la decisión marco para introducir figuras o conceptos más o menos novedosos no previstos como tales en las legislaciones de todos o algunos Estados miembros⁴⁹. Es cierto que estamos en presencia de una puntualización que no aparece en la definición de las directivas comunitarias contenida en el artículo 249 (antiguo 189) TCE. Sin embargo, a diferencia de la precisión relativa a que las decisiones marco « no tendrán efecto directo », no parece que el propósito de su inclusión fuera marcar distancias con las directivas en una función que, en éstas como en aquéllas, es eminentemente de aproximación de reglamentaciones nacionales. Más bien, cabe presumir que, de la misma manera que en Amsterdam se introducía un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que, refiriéndose a las directivas, otorgaba preferencia a las directivas marco sobre las directivas detalladas, recordando la obligación de dejar a los Estados miembros cierto margen de apreciación a la hora de seleccionar la forma y los medios de alcanzar el resultado perseguido⁵⁰, la referencia a la finalidad armonizadora de las decisiones marco vendría a ser una llamada de atención frente a posibles excesos uniformadores en el marco del tercer pilar. Sea como fuere, el TJCE, sin tomar posición sobre los más o menos estrechos vínculos entre euro-orden y extradición, deja claramente sentado que la introducción entre los Estados

⁴⁷ La posición de Ruiz Jarabo sobre el particular puede resumirse en dos párrafos de notable rotundidad : « el paso de la extradición a la euro-orden implica un giro copernicano » y « extradición y orden europea de detención y entrega responden a esquemas axiológicos que no coinciden más que en su objetivo ». *Idem*, apdos. 41 y 46.

⁴⁸ *Idem*, apdo. 50.

⁴⁹ Así parece admitirlo el propio Abogado General al sostener que, aun cuando estuviéramos en presencia de un “hallazgo, sin parangón en los derechos nacionales (...) nada impediría acudir a este tipo de norma, supuesta la necesidad de aproximación legislativa, pues el Tratado UE no veda su uso en tales coyunturas”. *Idem*, apdo. 51. Con ello, parece quedar sentado que sus esfuerzos precedentes se orientan a definir su posición, más respecto de la propia euro-orden que en relación con las decisiones marco.

⁵⁰ Véase el Protocolo anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (1997) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Apdo. 6.

miembros del mecanismo en que consiste exige una normativa armonizada en sus respectivas legislaciones, y que los artículos 31.1 y 34.2 conforman la base jurídica apropiada para conferir a las instituciones de la Unión la facultad para imponerla⁵¹.

3. La elección del instrumento jurídico desde la perspectiva del Derecho de la Unión.

Admitido el recurso a la armonización de legislaciones para impulsar la cooperación judicial penal, en general, y para avanzar en la facilitación de la ejecución de resoluciones así como de la extradición entre los Estados miembros, en particular, y reconocida la idoneidad de la decisión marco a tal efecto, el último tipo de cuestiones suscitadas se refiere a si la citada armonización no debería haber sido perseguida a través de alguno de los otros instrumentos normativos previstos en el art. 34.2 TUE. Rechazado que posiciones comunes –por estar orientadas a fijar criterios a seguir *ad extra-* y decisiones –por tener excluida en su definición normativa toda aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros- constituyan instrumentos aptos, en cuanto a su naturaleza, para la armonización de legislaciones⁵², la cuestión queda centrada en torno a la alternativa decisión marco-convenio entre los Estados miembros.

Pese a que no es, precisamente, en el plano del Derecho de la Unión donde la asociación recurrente en el proceso principal trataba de fundar prioritariamente la preferencia de convenios sobre decisiones marco, el Abogado General Ruiz-Jarabo acierta tanto a la hora de negar relevancia a lo que podríamos denominar una eventual reserva formal de convenio en este contexto, como cuando rechaza, en el caso concreto, que esa prioridad venga establecida en virtud de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

En cuanto a lo primero, porque certeramente pone de manifiesto que la máxima *contrarius actus*, -o, lo que es lo mismo, la idea de la congelación del rango o de la reserva formal de ley- en virtud de la cual, regulada una determinada materia en virtud de un determinado instrumento normativo, cualquier modificación posterior exigiría el empleo del mismo instrumento, tan solo opera en el contexto de las relaciones entre legislativo y ejecutivo en el seno de los Estados soberanos⁵³. Ley y reglamento son, al menos en los regímenes parlamentarios, instrumentos que se sitúan en una relación vertical derivada de la preeminencia del legislativo, como depositario de la soberanía popular, sobre el ejecutivo. Como es de sobra conocido, ni la división de poderes en la Unión Europea responde a los mismos patrones que en los Estados miembros, ni la tipología de actos de Derecho derivado tiene en consideración qué órgano de la Unión

⁵¹ TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, cit. en nota 1, FF..JJ. 38 y 39.

⁵² *Idem*, F.J. 40, y Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdos. 54 y 55.

⁵³ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdos. 57 y 58.

lo adoptó o contribuyó en mayor medida a su adopción⁵⁴. De ahí que, no existiendo reserva material en los tratados de la Unión en favor de uno u otro instrumento, y siendo el resultado del ejercicio de poderes normativos a los que el art. 34.2 reconoce la misma fuerza vinculante, la cuestión de cuál de ellos emplear corresponde, como afirma el TJCE, a la facultad de apreciación de las instituciones⁵⁵.

Y en cuanto a lo segundo, porque el margen de discrecionalidad del que, en su caso, disponen las instituciones a la hora de seleccionar el instrumento jurídico, debe estar sometido al principio de subsidiariedad, de conformidad con el artículo 2 TUE, y al de proporcionalidad, complementario del anterior⁵⁶. Exigencia tanto más necesaria cuanto mayor sea el sesgo supranacional o comunitario con que se interpreten los instrumentos y mecanismos de cooperación del tercer pilar⁵⁷. No obstante lo anterior, su operatividad en el ámbito de la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal presenta alguna dimensión que no tiene en el pilar comunitario. En su faceta de principio de intensidad normativa mínima, el convenio apenas si entra en línea de cuenta en el ámbito comunitario, al contemplarse su operatividad con un carácter marcadamente complementario y residual, exclusivamente en ámbitos en los que la Comunidad no ostenta competencias normativas⁵⁸. Por el contrario, en el marco del tercer pilar, el convenio aparece configurado en régimen de concurrencia con las decisiones marco, de manera que, en teoría, su toma en consideración resulta siempre obligada.

⁵⁴ La cuestión sería solo parcialmente distinta en la cada vez más improbable hipótesis de una entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Aunque con frecuencia se habla de la introducción del principio de jerarquía como *leit motiv* de la reforma del sistema de fuentes que el mismo se propone, la cuestión resulta discutible. Por un lado, porque aunque el término ley o ley marco se reserva con carácter general a las normas adoptadas a través del procedimiento legislativo ordinario –es decir, con intensa intervención parlamentaria– no es ése siempre el caso, siendo así que, bien que en supuestos excepcionales (por ejemplo, arts. III-171 –armonización fiscal– ó III-210.3 –determinados aspectos de la política social–), el término ley se emplea para referirse a actos adoptados con una participación meramente consultiva del Parlamento Europeo. Y, por otro, porque no parece que en el nuevo sistema quede asegurada la preeminencia de la ley más que respecto de los reglamentos delegados (art. I-36) y los actos de ejecución (art. I-37), como por lo demás, es ya el caso, sin que en modo alguno opere respecto de los actos no legislativos previstos en el art. I-35. Sobre la reforma del sistema de fuentes previsto en la Constitución, cuyo principal mérito sería, precisamente, acabar con la disparidad de instrumentos en el ámbito comunitario y en los pilares intergubernamentales, puede verse, J. SANTOS VARA, “la simplificación normativa en el proyecto de Constitución europea: ¿unificación del sistema de actos o mantenimiento de la diversidad?”, *RGDE*, nº 2 (2003); o F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 16 (2003), pp. 1041 y ss.

⁵⁵ TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, cit. en nota 1, F.J. 41.

⁵⁶ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdos. 61 y ss.

⁵⁷ Recuérdese lo ya dicho sobre la sentencia *Pupino*, *supra*, nota 3.

⁵⁸ Art. 293 (antiguo 220) TCE.

Y decimos en teoría porque, como reconocía el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus conclusiones⁵⁹ la experiencia de los convenios en el tercer pilar, en general, en el marco de la cooperación judicial penal en particular⁶⁰ y, más específicamente aún, en el ámbito de la extradición entre Estados miembros⁶¹, revela la extraordinaria dificultad que plantea la exigencia de consentimiento individualizado y ritualizado de cada Estado miembro para alcanzar mediante la vía convencional cualquier objetivo de armonización de legislaciones en toda la Unión⁶². Dificultad que, como es obvio, no hace sino acrecentarse en la Unión ampliada. En este sentido, el hecho de que el Tratado Constitucional suprima directamente el convenio de entre la nómina de instrumentos normativos de la Unión, y que lo haga con carácter general, es decir, con efectos para todo los ámbitos a los que se extiende su competencia, incluido todo el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, puede interpretarse como un reconocimiento de su actual inadecuación para la consecución de cualquier objetivo de la Unión que requiera de una reglamentación mínimamente armonizada en todo el territorio de la Unión. En definitiva, como reconoce el propio Tribunal, decisión marco y convenios son, *de iure*, instrumentos aptos para la armonización de legislaciones. Sin embargo, ha de añadirse, las dificultades que plantea su entrada en vigor –que se añaden, no se olvide, a las que suscita su adopción– determinan, *de facto*, que difícilmente puedan garantizar la armonización pretendida y, con ello, conseguir el objetivo perseguido. Difícilmente, por ello, podrá argumentarse en términos de proporcionalidad su preferencia respecto de la decisión marco.

⁵⁹ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdos. 65 y ss. La ineficacia de la vía convencional para agilizar de manera efectiva la entrega de personas condenadas o buscadas a efectos de enjuiciamiento penal ha sido también constatada, en el plano doctrinal y, entre otros, por S. DE GROOT, “Mutual Trust in (European) Extradition Law”, en R. Blekxtoon y W. van Ballegooij (eds.), *Handbook...*, cit. en nota 14, p. 89; J.F. CASTILLO GARCIA, “La comunitarización...”, cit. en nota 2, pp. 10-11; A. CUERDA RIEZU, *De la extradición...*, cit. en nota 15, p. 64; M. PLACHTA, “European Arrest...”, cit. en nota 17, p. 179; A.J. SANZ MORÁN, “La orden europea...”, cit. en nota 11, pp. 92 y ss; o S. PEERS, “Mutual recognition ...”, cit. en nota 7, pp. 6-8.

⁶⁰ Véanse los datos que ofrece W. M. KUHN, “Problemas jurídicos...”, cit. en nota 15, pp. 9-10.

⁶¹ El Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 78 de 30.3.1995, pp. 2 y ss.), fue ratificado u objeto de adhesión por veinte Estados miembros, entre los que no se encuentra Italia, razón que motivó que no llegara a entrar en vigor por no superar la exigencia de ratificación unánime contemplada en su art. 16.2, aplicándose provisionalmente en virtud de la declaración prevista en el art. 16.3 entre trece Estados miembros. Por su parte, el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 1996 (DO C 313 de 23.10.1996), tampoco pudo entrar en vigor por no alcanzar la exigencia de ratificación unánime establecida en su art. 18.2, aplicándose también provisionalmente entre trece Estados miembros en virtud de la declaración prevista en el art. 18.3.

⁶² Objetivo que, lógicamente y como consecuencia de la regla *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* vigente en el marco del Derecho de los Tratados, en modo alguno se ve facilitado por mucho que el Tratado de Amsterdam sustituyera en el art. 34.2.d TUE la ratificación unánime por la de la mitad de Estados miembros como regla general de entrada en vigor de los convenios del tercer pilar.

4. La Decisión Marco y la «sustitución» de los tratados anteriores en materia de extradición entre los Estados miembros

Como ya se ha señalado, la pretendida prioridad del convenio sobre la decisión marco a la hora de regular a nivel de la Unión el mecanismo de cooperación judicial que representa la orden europea de detención y entrega derivaría no solo de argumentos extraídos del principio interno de la reserva formal de ley o de razonamientos fundados en principios del Derecho de la Unión. El artículo 31.1 de la Decisión Marco dispone que sus disposiciones “sustituirán” a partir del 1 de enero de 2004 a toda una serie de tratados multilaterales –o más exactamente, de disposiciones- en materia de extradición: unos⁶³ celebrados en el seno del Consejo de Europa, de manera que entre sus partes figuran tanto Estados miembros de la Unión como Estados que no lo son; y otros celebrados en el seno de la Unión⁶⁴, de los que son partes únicamente algunos de sus Estados miembros⁶⁵. Sustitución que, de acuerdo con las posiciones de la parte recurrente en el litigio principal, únicamente podría tener lugar en virtud de otro tratado internacional y no mediante una decisión marco.

Al respecto, el Tribunal se limita a reiterar que la prioridad de la vía convencional no encuentra apoyo, como ya se ha visto, en el TUE, y que cualquier otra interpretación privaría sustancialmente de su efecto útil a la facultad normativa que el propio Tratado reconoce a las instituciones de la Unión⁶⁶. A través de una argumentación que recuerda a la que, años atrás, sirvió al TJCE para afirmar la competencia de la Comunidad para concertar tratados internacionales en defensa de su competencia normativa interna (¿para qué atribuir una competencia normativa interna si los Estados miembros pudieran desvirtuarla obligándose *ad extra* sobre las materias previamente reguladas por la Comunidad?)⁶⁷, sirve ahora para reafirmar la competencia normativa interna en un ámbito previamente regulado por tratados internacionales (¿de qué valdría haber atribuido una competencia normativa interna si ésta no pudiera incidir en ámbitos previamente regulados entre los Estados miembros mediante tratados?). A la hora de valorar el pronunciamiento del Tribunal y, con él, la admisibilidad de que mediante instrumentos normativos unilaterales de la Unión (decisiones marco, reglamentos, directivas, decisiones...) resulte afectada la eficacia de tratados internacionales preexistentes, quizá convenga tratar de clarificar cuál es la calificación

⁶³ Se trata, básicamente, del Convenio Europeo de extradición, de 1957, sus dos protocolos adicionales, de 1975 y 1978, y de las disposiciones relativas a la extradición del Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977.

⁶⁴ El Acuerdo de 1989 sobre simplificación de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, y los convenios ya citados –*supra*, nota 61-, el Convenio de 1995 relativo al procedimiento simplificado de extradición, y el Convenio de 1996 relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea.

⁶⁵ A mitad de camino entre una y otra categoría se sitúan las disposiciones de aplicación del Acuerdo de Schengen, toda vez que al mismo se encontraban asociados tres Estados –Islandia y Noruega desde 1996 y Suiza desde 2002- que no son miembros de la Unión Europea.

⁶⁶ TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, cit. en nota 1, F.J 4 2.

⁶⁷ TJCE, sentencia de 31 de marzo de 1971, Comisión c. Consejo –*AETR*- (as. 22/70), Rec. p. 263.

que merece, desde el punto de vista de su pretendida eficacia, un precepto como el contemplado en el art. 31 de la Decisión Marco.

El término “sustitución” no se emplea en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados de 1969. Si se contempla en él, en cambio, que “por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes” cabe tanto la terminación (art. 54.b) como la suspensión de un tratado (art. 57.b). Y que, por acuerdo entre algunas de las partes únicamente, cabe sólo la suspensión de la aplicación de un tratado (art. 58). Proyectándose las consecuencias de terminación y suspensión únicamente hacia el futuro, al contrario de lo que sucede con la nulidad, difieren una y otra en el carácter definitivo y temporal, respectivamente, de la inaplicación que comportan (arts. 70 y 72).

Tratándose de una decisión marco que, de conformidad con el art. 34.2 TUE, necesariamente ha debido adoptarse por unanimidad, y no exigiendo el Convenio de Viena forma alguna para la manifestación del consentimiento a los efectos de terminación o suspensión⁶⁸, no parece en modo alguno cuestionable que el art. 31 de la decisión marco puede ser perfectamente el cauce adecuado para la expresión de ese consentimiento. Y ello, precisamente por la libertad de forma que rige en la materia, sin necesidad de forzar la interpretación de las cosas hasta el punto de considerar que las decisiones marco deban ser consideradas como un tratado de Derecho Internacional⁶⁹, cosa que, ciertamente, no serían, toda vez que el consenso de voluntades que reflejan los acuerdos unánimes en el Consejo se rigen por el Derecho de la Unión, y no por el Derecho Internacional.

Siempre que, en el caso de tratados de los que sean partes terceros Estados, queden salvaguardados los derechos de éstos últimos⁷⁰ y sean respetadas sus eventuales disposiciones sobre terminación o suspensión⁷¹, la interpretación aquí expuesta,

⁶⁸ Como señala A. REMIRO BROTONS, “las partes en un tratado pueden prever o decidir en cualquier forma, fecha o condición su terminación”, y “las partes pueden prever o convenir en cualquier forma, fecha y condición la suspensión de un tratado”. *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987, pp. 467 y 510, respectivamente.

⁶⁹ N. KEIJZER, N., “The double criminality requirement”, en R. Blekxtoon y W. van Ballegooij (eds.), *Handbook...*, cit. en nota 14, p. 139; o W. M. KUHN, “Problemas jurídicos...”, cit. en nota 15, pp. 11-13.

⁷⁰ Algo que parece garantizado en el propio tenor del art. 31.1 de la Decisión Marco, al disponer que la “sustitución” prescrita lo es “sin perjuicio de su aplicación en las relaciones entre Estados miembros y terceros Estados”.

⁷¹ El Convenio Europeo de extradición contempla expresamente en su artículo 28 la posibilidad de que dos o más Estados parte concluyan tratados entre sí para completar o facilitar la aplicación de sus principios, e incluso que excluyan en sus relaciones mutuas la aplicación de sus disposiciones con el fin de aplicar entre ellas una legislación uniforme o de garantizar en el territorio de cada una de ellas los mandatos de detención librados por la otra. No obstante, el citado precepto dispone expresamente que “las partes contratantes que excluyan o excluyeren de sus relaciones mutuas la aplicación del presente Convenio (...) deberán remitir una notificación a este efecto al Secretario General del Consejo de Europa”. A fin de garantizar el adecuado cumplimiento de ese deber de notificación, la Comisión propuso una posición común en virtud de la cual los Estados miembros autorizaban a la presidencia a realizar, en nombre de todos ellos, una notificación común. Véase Propuesta de posición común del Consejo relativa

consistente en asignar el efecto extintivo o suspensivo del Derecho convencional preexistente al acuerdo entre los Estados miembros en el seno del Consejo, parece encajar sin demasiados problemas en el Derecho Internacional. El problema radica en que se trata de un razonamiento que no resulta extrapolable a los supuestos en los que la citada institución ejerce competencias normativas, no por unanimidad, sino por mayoría⁷². Quizá por ello, tal vez resulte más adecuado considerar que los tratados constitutivos –de la Comunidad y de la Unión–, comportan implícitamente un doble consentimiento entre todos los Estados miembros: de una parte, el de dar por terminados o suspender –según que haya o no terceros Estados parte– en sus relaciones mutuas los tratados internacionales preexistentes incompatibles con las disposiciones de los Tratados constitutivos de la Unión; y de otra, el de dar por terminados o suspender en sus relaciones mutuas –según que haya o no terceros Estados partes– aquellos tratados internacionales respecto de los cuales así se prevea expresamente o resulte implícitamente, en los actos adoptados en el ejercicio de las competencias normativas cedidas –o puestas en común– en los citados tratados constitutivos. De esta manera, en plena coherencia con el Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, se garantizaría, como exige el TJCE, que la facultad reconocida a las instituciones de adoptar actos normativos en ámbitos que antes se encontraban regulados mediante convenios internacionales, no se vea privada sustancialmente de su efecto útil⁷³.

Así las cosas, los principales problemas que subsisten se plantearían en relación con los tratados concertados por todos o algunos Estados miembros con terceros

a la notificación al Consejo de Europa, en aplicación del apartado 3 del artículo 28 del Convenio de Extradición de 13 de diciembre de 1957, de la aplicación por parte de los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, de la orden de detención europea. COM/2003/0253 final. La posición común no fue finalmente adoptada. Y según revela la propia Comisión en su Informe sobre la aplicación de la Decisión Marco -cit. en nota 8-, son varios los Estados que, al parecer, aún no han formulado la citada notificación. Sin perjuicio de reconocer que tales Estados incurren en una violación del art. 28.3 del Convenio Europeo, no parece que haya de atribuirse a la mencionada notificación carácter constitutivo, hasta el punto de considerar que las relaciones entre los Estados miembros de la UE en las que estén implicados quienes no la han formulado siguen regidas por el Convenio y no por la Decisión Marco. Véase, en un sentido similar, A. ONDREJOVA, “El proceso...”, cit. en nota 33, p. 75.

⁷² Lo que sería el caso, con carácter general, de entrar en vigor el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (véase *supra*, nota 45) o, muy probablemente, de articularse alguna otra solución (pasarela, tratado reducido de revisión...) al problema, muy generalmente reconocido, que plantea la unanimidad, entre otros ámbitos, en el sector de la cooperación policial y judicial penal. Al respecto, J.F. CASTILLO GARCIA, “La comunitarización...”, cit. en nota 2, pp. 43-44.

⁷³ De esta forma, y sin necesidad de resolver la cuestión de la operatividad de los principios comunitarios de autonomía y primacía en el ámbito del tercer pilar –operatividad quizá cada vez más inminente, independientemente de la entrada en vigor de la Constitución Europea y su art. I-6, merced al proceso de aproximación entre primer y tercer pilar apreciable en la sentencia *Puppino*–, quedaría superado el problema planteado por A. ONDREJOVA, quien, razonando en términos de Derecho interno, recuerda que la Decisión Marco fue objeto de transposición en Chequia a través de una norma con rango de ley, a la que el Derecho checo atribuye una fuerza jurídica inferior a la de los convenios, de modo que, en caso de incompatibilidad, éstos últimos tendrían prioridad. A. ONDREJOVA, “El proceso...”, cit. en nota 33, p. 74. Al margen, insisto, de la eventual operatividad del principio de primacía en el tercer pilar, el problema quedaría en buena medida resuelto considerando que el Tratado de la Unión incorpora el consentimiento en dar por terminado o suspender en las relaciones entre los Estados miembros, los convenios anteriores incompatibles.

Estados antes de la adopción de la decisión marco, y que, además, resulten incompatibles con sus disposiciones⁷⁴. En tal caso, ante el silencio que sobre el particular guardan las disposiciones del TUE relativas al tercer pilar, quizá lo más razonable sea sugerir la aplicación analógica del art. 307 TCE, en cuya virtud, el Estado o los Estados miembros implicados están obligados a hacer cuanto esté en su mano por eliminar las incompatibilidades, incluyendo –de acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales del citado precepto⁷⁵- la interpretación en la medida de lo posible del tratado de conformidad con el Derecho de la Unión o, incluso, la denuncia obligatoria del tratado previo⁷⁶.

III. LA COMPATIBILIDAD DE LA SUPRESIÓN DEL CONTROL DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTES PARA LA UNIÓN.

Frente a la dimensión eminentemente formal de la primera, la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal belga de Arbitraje revestía un alcance eminentemente material, resultando formulada en los siguientes términos:

“El artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco (...), en la medida en que suprime el control del requisito de la doble tipificación para las infracciones mencionadas en él, ¿es compatible con el artículo 6, apartado 2, del Tratado (UE), y en particular, con el principio de legalidad en materia penal y con el principio de igualdad y no discriminación garantizados por esta disposición?”.

Así formulada, la cuestión planteada por el órgano de remisión arrojaba dudas sobre la legalidad de la que ha sido calificada como “la prioritaria y esencial

⁷⁴ Sin pronunciarse expresamente sobre su compatibilidad con la Decisión Marco, el Grupo de Trabajo de la Comisión para la evaluación de la aplicación de la euro-orden pone de manifiesto que dos Estados miembros, Holanda y Reino Unido, han introducido un motivo adicional de no ejecución de la orden de detención derivado en ambos casos de tratados preexistentes: negativa, en el caso holandés, a aplicar la decisión marco para entregar a los miembros de tripulaciones que sean desertores, o la entrega de personal militar extranjero, cuando tal entrega tenga lugar en virtud de un acuerdo con uno o más estados aliados; y negativa, en el caso holandés a determinadas entregas en virtud de situaciones específicas previstas en la Convención de 1979 sobre Toma de Rehenes. Informe cit. en nota 22, p. 9.

⁷⁵ Para un análisis de conjunto de los citados desarrollos puede verse el reciente trabajo de N. STOFFEL VALOTTON, “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario en el marco del artículo 307 CE: Convenios de Estados miembros con terceros Estados anteriores a la adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía”. *RDCE*, nº 22 (2005), pp. 870 y ss.

⁷⁶ A favor de la aplicación del art. 307 TCE al tercer pilar se han pronunciado, J.V. LOUIS, en *Commentaire Megret, Le droit de la CE et de l'Union Européenne*, vol. 12. *Relations Extérieures*, Bruselas, 2005, p. 210; N. STOFFEL VALOTTON, “Las relaciones...”, cit. en nota 75, pp. 883-884; o el Grupo de Trabajo de la Comisión para la evaluación de la aplicación de la euro-orden, Informe cit. en nota 22, p. 9. A los efectos de la eventual aplicabilidad del art. 307 al tercer pilar, quizá no sea ocioso recordar que el mencionado artículo constituye una concreción del principio de cooperación leal proclamado con carácter general en el art. 10 TCE, y que el TJCE ha afirmado en el asunto *Puppino* (cit. en nota 3) la aplicación del citado principio al ámbito de la Cooperación Policial y Judicial en materia penal.

aportación”⁷⁷ de la euro-orden: la amplia relativización de la tradicional exigencia de doble incriminación. Una innovación cuyo alcance queda patente si se repara en que se trata de un requisito generalmente reconocido en los tratados internacionales⁷⁸ y las legislaciones nacionales⁷⁹ en materia de extradición.

1. La superación de la tradicional exigencia de doble incriminación en la Decisión marco

El artículo 2 de la Decisión marco relativa a la orden europea de detención define con carácter general su ámbito material de aplicación en el apartado primero, disponiendo su operatividad para reclamaciones motivadas por hechos castigados *según la ley del Estado emisor* con penas máximas de al menos 12 meses, o para el cumplimiento de condenas privativas de libertad no inferiores a cuatro meses de privación de libertad. El parámetro de referencia es pues, de entrada, la ley del Estado emisor de manera que, como regla general, la calificación de los hechos según la legislación del Estado de ejecución resulta irrelevante. Ello es así, en segundo lugar, ya no solo como regla general, sino con carácter también necesario, cuando estamos en presencia de alguna de las treinta y dos figuras que se relacionan expresamente y respecto de las cuales, siempre que estén castigados *en el Estado miembro emisor* con una pena máxima de al menos tres años, “*darán lugar a la entrega (...) sin control de la doble tipificación de los hechos*” (apartado 2º). Respecto de los delitos distintos de los mencionados en el apartado 2⁸⁰, por último, la regla general contemplada en el apartado 1º -calificación según la ley del Estado emisor- puede exceptuarse y supeditarse a que los hechos sean constitutivos de delito según la legislación del Estado de ejecución (apartado 4º), contemplándose como primer motivo facultativo de no ejecución de una orden de detención el que los hechos que hubieran motivado su emisión no tengan la consideración de delito según esta última legislación (art. 4.1).

Al igual que ocurría en el modelo propuesto por la Comisión, la Decisión marco suprime como regla general la exigencia de doble tipificación o, más exactamente, la

⁷⁷ G. QUINTERO OLIVARES, “Lugar de comisión del delito. El principio de territorialidad. Estado miembro de ejecución y de emisión”, en . Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, p. 221.

⁷⁸ *Vid.*, en este sentido, el art. 2.1 del Convenio Europeo de extradición de 1957, el artículo 3.1 de la Convención Interamericana de Caracas de 1981, o el art. 2.1 del Tratado tipo de extradición de 1990 adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990 (A/RES/45/116) enmendado el 4 de febrero de 1998 (A/RES/52/88).

⁷⁹ Incluyendo la Ley 4/1985 de extradición pasiva, aplicable según su artículo 2 a “aquellos hechos para los que las Leyes Españolas y las de la parte requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en la legislación Española”.

⁸⁰ Pese a que, literalmente, nada dice de ellos el artículo 2, parece necesario entender que el apartado 4º se aplica también a las figuras contempladas en el listado del apartado 2, cuando estén castigadas en la legislación del Estado emisor con una pena máxima inferior a tres años y queden fuera, por ello, de la supresión del control de la doble tipificación prevista en ese apartado.

posibilidad de que se deniegue la ejecución de una euro-orden referida a hechos castigados con una pena máxima superior a un año según la legislación del Estado emisor. Como señala el Abogado General Ruiz-Jarabo, la exclusión lo es, pues, con carácter general, y no para determinadas categorías de delitos⁸¹. La opción finalmente adoptada difiere sin embargo en lo que se refiere a las posibles excepciones a esa regla general o, lo que es lo mismo, en lo que concierne a los supuestos en los que es posible, con carácter facultativo, reintroducir la exigencia de incriminación en el Estado de ejecución. La Comisión basaba su propuesta en un sistema de lista negativa, en virtud del cual cada Estado miembro podía establecer una lista exhaustiva de conductas en relación con las cuales se negaría a ejecutar una orden de detención por considerar su incriminación contraria a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Lista que, si bien parece que podría ser modificada en cualquier momento, habría de notificarse a la Secretaría General del Consejo y ser objeto de publicación en el Diario Oficial, no surtiendo efecto hasta tres meses después de su publicación⁸². Aunque con un resultado equivalente, más que reintroducir la doble incriminación, lo que habría permitido la solución propuesta por la Comisión es exceptuar de su ámbito de aplicación aquellas conductas que, como opción fundamental de su ordenamiento, no fueran objeto de sanción penal en los ordenamientos de los Estados miembros. Frente a ello, la posibilidad de reintroducir la exigencia de doble incriminación no está limitada, en el modelo finalmente adoptado, a consideraciones basadas en los principios fundamentales del ordenamiento de cada cual, pero encuentra un límite bastante amplio merced a la extensa enumeración de figuras criminales para las que el apartado segundo del artículo 2 excluye el control de la doble incriminación⁸³.

⁸¹ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdo. 84.

⁸² Art. 27 de la Propuesta de la Comisión sobre la euro-orden, cit. en nota 12.

⁸³ Confirmando una premonición formulada entre la doctrina, (FONSECA MORILLO, *supra*, nota 31) el modelo de la Decisión marco sobre la euro-orden es asumido, *mutatis mutandis*, en las restantes decisiones marco que persiguen la extensión del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal. Las únicas diferencias se refieren, de una parte, a que las decisiones marco sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas (art. 3) y sobre decomiso (art. 6) contemplan como motivo facultativo de denegación, respecto de las categorías no contempladas en el listado, el que la resolución a reconocer no esté contemplada en el ordenamiento del Estado de ejecución entre el tipo de resoluciones susceptibles de dar lugar a pronunciamientos de embargo preventivo o decomiso, respectivamente. La otra diferencia, afecta al listado de conductas respecto de las cuales se excluye el control de la doble incriminación, pues si las dos decisiones marco recién citadas reproducen exactamente el listado de la Decisión Marco sobre la euro-orden, la Decisión Marco sobre sanciones pecuniarias (art. 5) mantiene las mismas treinta y dos categorías contempladas en ésta, pero añade otras siete más: infracciones de tráfico, contrabando de mercancías, infracciones a los derechos de propiedad intelectual e industrial, amenazas y actos de violencia contra las personas, vandalismo, robo y, por último, una categoría abierta que supone extender la supresión de la doble incriminación a todas aquellas conductas respecto de las cuales el Derecho de la Unión, comunitario o intergubernamental, imponga obligaciones de represión. Frente a la sustancial identidad entre los instrumentos de la UE sobre reconocimiento mutuo en el ámbito penal en lo que se refiere a la doble incriminación, el acuerdo entre la UE y Noruega e Islandia sobre el procedimiento de entrega supedita la supresión del control de la doble tipificación respecto del mismo listado de treinta y dos infracciones contemplado en el art. 2.2 de la DM sobre la euro-orden, a la previa formulación de una declaración por parte de Noruega e Islandia, de una parte, y de la UE en nombre de cada uno de sus Estados miembros, de otra, quedando sujeta la supresión a un régimen de reciprocidad. Véase el art. 3.4 del citado acuerdo. DO L 292, de 21 de octubre de 2006.

La descripción del modelo por el que ha optado la euro-orden en materia de doble incriminación no estaría completa si no se hiciera referencia, por último, a la denominada cláusula de territorialidad del art. 4.7⁸⁴. En él se contempla como motivo facultativo de no ejecución la entrega por hechos cometidos total o parcialmente, según la ley del Estado de ejecución, en el propio territorio (subapartado a) o por hechos cometidos fuera del Estado de emisión cuando la ley del Estado de ejecución no permita su represión extraterritorial (subapartado b)⁸⁵. Aplicada ya en al menos una ocasión para denegar una orden de detención emitida por autoridades judiciales españolas⁸⁶, se trata, como más adelante se verá, de un bien meditado⁸⁷ complemento del artículo 2, configurado como cláusula preventiva frente a veleidades extraterritoriales abusivas, exorbitantes o, sencillamente, no unánimemente aceptadas.

Sin perjuicio de aspectos concretos relacionados con la más o menos completa transposición del listado del art. 2.2, la inmensa mayoría de los Estados miembros han aceptado con carácter general la filosofía a la que responde el modelo sobre doble incriminación asumido en la Decisión Marco. Poniendo de manifiesto un problema que seguramente sea más generalizado, la excepción viene constituida por la posición holandesa, y quizá también de la República Checa, en cuya virtud, condicionada la entrega de sus nacionales al cumplimiento de la condena en su territorio, de conformidad con los arts. 4.6 y 5.3 de la Decisión Marco, ello requeriría la previa

⁸⁴ No se olvide, tampoco, como se ha apuntado entre la doctrina, que algunos otros motivos de no ejecución obligatoria (amnistía, art. 3.1, minoría de edad, art. 3.2) o facultativa (art. 4.4) introducen una toma en consideración de la legislación del Estado de ejecución, independientemente de los hechos a que se refiera la solicitud e incluyendo, por tanto, las conductas respecto de las cuales, obligatoriamente, está suprimido el control de la doble incriminación. A. BERNARDI y C. GRANDI,, “Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción”, en L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, pp. 270-271.

⁸⁵ La cláusula territorial figuraba también en la propuesta de la Comisión (art. 28), aunque configurada con un carácter algo más estricto, al exigir para posibilitar la denegación de la entrega que los hechos, además de haberse cometido fuera del territorio del Estado de emisión, no tuvieran la calificación de delictivos en el Estado de ejecución. No obstante, si se tiene en cuenta que algunos Estados miembros – entre los que se encuentra el Reino Unido, como reveló el asunto Pinochet- consideran la extensión espacial de la jurisdicción no como una cuestión procesal –tal y como sucede en España, según la posición mantenida por la Audiencia Nacional en ese mismo asunto- sino sustantiva, en tanto que elemento integrante del tipo, la configuración del motivo de denegación sería el mismo que en el art. 4.7.b. Por lo demás, las mismas cláusulas que las del art. 4.7 de la DM sobre la euro-orden, figuran en las DM sobre sanciones pecuniarias (art. 7.d) y sobre decomiso (art. 8.f), pero no en la de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas.

⁸⁶ Concretamente, por sentencia de 8 de julio de 2004, la *Cour de Cassation* francesa rechazó la entrega dos unos presuntos miembros de ETA a España por considerar que los hechos habían sido cometidos en territorio galo. Al respecto, A. FERNÁNDEZ TOMÁS, “Terrorismo...”, cit. en nota 13, pp. 258 y ss.; o G. DE KERCHOVE, “La orden...”, cit. en nota 7, pp. 21-22.

⁸⁷ E. BARBE, “El principio...”, cit. en nota 33, p. 204.

transformación de la sentencia al Derecho holandés, lo cual es imposible tratándose de conductas no tipificadas en su propio ordenamiento⁸⁸.

2. El listado de conductas respecto de las que se suprime el control de la doble incriminación (art. 2.2)

Dejando a un lado el problema, relativamente menor, de a quién habría de corresponder, según la Decisión Marco, el ejercicio de la facultad de denegación contemplada en los artículos 2.4 y 4.1 –si al legislador o a la autoridad judicial⁸⁹–, es en relación con el listado del artículo 2.2, esto es, en lo que se refiere a las categorías respecto de las cuales se excluye el control de la doble incriminación, donde se sitúan los aspectos más controvertidos del modelo elegido. Partiendo de un listado de tan solo seis crímenes, justificado por la existencia de una cierta armonización en el ámbito europeo, que figuraba en la propuesta de la Comisión en materia de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas -narcotráfico, fraude contra intereses financieros, blanqueo, falsificación del euro, corrupción y tráfico de personas-, la relación fue engrosándose progresivamente, de manera muy especial a partir del momento en que la euro-orden quedó configurada como prioridad en la agenda *post II-S*. Junto a otras figuras respecto de las cuales se había alcanzado ya un acuerdo entre los representantes de los gobiernos en el ámbito del embargo preventivo, en octubre de 2001 se añadieron a la lista los delitos de alta tecnología, objeto de mención específica junto con otros ya incluidos en las conclusiones de Tampere como objeto preferente de las futuras labores de armonización, así como otras doce figuras procedentes del anexo de la Convención Europol. La competencia del órgano de intercambio de información y cooperación policial sirvió poco después, para incrementar un listado al que, finalmente, se añadieron otros cuatro crímenes sin que se ofreciera explicación alguna al respecto⁹⁰.

⁸⁸ En opinión del Grupo de Trabajo de la Comisión para la evaluación de la aplicación de la euro-orden, ello contradice la supresión del principio de la doble incriminación del art. 2.2. Informe del Grupo de Trabajo, cit. en nota 22, p. 12.

⁸⁹ La mayor parte de las leyes de transposición (quince según el Grupo de Trabajo de la Comisión) han procedido, directamente, a configurar con carácter obligatorio la denegación de entrega cuando, fuera de los supuestos previstos en el art. 2.2, los hechos en que se fundamenta la solicitud no tienen naturaleza criminal en el Estado de ejecución. Es el caso de Francia, Luxemburgo o Eslovaquia, por ejemplo. Frente a ello, otros Estados miembros, como Portugal, el Reino Unido, Dinamarca o nuestro país (art. 9.2 de la Ley 3/2003) mantienen el carácter facultativo de los supuestos de no entrega del artículo 4. Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión para la evaluación de la aplicación de la euro-orden, cit. en nota 22. p. 9. Las dudas entre la doctrina se cifran en calibrar si es más acertado seguir la solución resultante del tenor del artículo 4, que desde su inicio tiende a subrayar que quien “podrá denegar” la ejecución es la autoridad judicial, frente a la dudosa conveniencia de dejar en manos del juez un margen tan amplio de discrecionalidad como para garantizar seguras disparidades en la aplicación de la ley. Por mi parte, coincido con quienes, como A. CUERDA RIEZU, *De la extradición...*, cit. en nota 15, p. 119, A.G. SANZ MORÁN, “La orden europea...”, cit. en nota 11, p. 101, o E. BARBE, “El principio...”, cit. en nota 33, pp. 203-204, consideran que la solución por la que ha optado nuestro legislador supone dejar un arbitrio excesivo a la autoridad judicial y no garantiza una aplicación uniforme de la Decisión Marco.

⁹⁰ Sobre el proceso de negociación del listado véase, por todos, S. PEERS, “Mutual recognition...”, cit. en nota 7, pp. 26-28.

Heterogeneidad e imprecisión son probablemente los calificativos más recurrentes entre la doctrina a la hora de describir un listado que, pese a contar con treinta y dos entradas, comprende en realidad un número algo mayor de categorías delictivas⁹¹. Diversidad y disparidad, en primer lugar, porque al margen de la pluralidad de bienes jurídicos tutelados y las profundas diferencias en cuanto a la ubicación sistemática de los, en su caso, correspondientes tipos en las legislaciones internas, el listado contempla desde figuras que han sido objeto ya de cierta armonización total o parcialmente en la Unión Europea⁹², o respecto de las cuales se ha experimentado algún tipo de aproximación al respecto en ese ámbito⁹³, hasta otras cuya represión está contemplada en mayor o menor medidas en instrumentos internacionales diversos⁹⁴, pasando por algunas otras que, en cambio, ni han sido objeto de tareas de armonización

⁹¹ Repárese, como se ha señalado entre la doctrina, que algunas entradas son múltiples, como las contempladas en los guiones decimocuarto (homicidio voluntario y agresión con lesiones graves) o trigésimo primero (delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal internacional). E. BARBE, “El principio...”, cit. en nota 33, pp. 196-197.

⁹² Podrían citarse, entre ellas, las siguientes: Terrorismo (Decisión Marco de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo), Trata de seres humanos (Decisión Marco de 19 de julio de 2001 relativa a la lucha contra seres humanos), Explotación sexual de los niños y pornografía infantil (Decisión marco de 22 de diciembre de 2003), Corrupción (Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado) Fraude (Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades de 26 de julio de 1995), Blanqueo del producto del delito (Decisión Marco de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito), Falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro (Decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2001 relativa a la protección del euro contra la falsificación), Delitos de alta tecnología y delito informático (Decisión marco de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra lo sistemas de información), Ayuda a la entrada y residencia ilegal (Decisión marco de 28 de noviembre de 2002 y Directiva 2002/90/CE de la misma fecha), Falsificación de medios de pago (Decisión marco de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo), o Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento (directiva por la que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias agonistas en la cría de ganado).

⁹³ Delitos contra el medio ambiente (Decisión marco de 27 de enero de 2003, anulada por el TJCE) Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos (iniciativa de Decisión marco presentada por la República Helénica en 2003), Racismo y xenofobia (acción común de 15 de julio de 1996), o Violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías (Libro verde sobre la lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior).

⁹⁴ Pertenencia a organización delictiva (Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000), Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias peligrosas (Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988), Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos (Protocolo sobre tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, adicional a la Convención sobre Delincuencia organizada transnacional), Toma de rehenes (Convenio de Nueva York de 1979), o Secuestro de aeronaves y buques (Convenios sobre prevención y sanción del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, y el apoderamiento ilícito de buques de 1988).

o aproximación en los ámbitos europeo o internacional⁹⁵, ni está previsto tampoco que lo sean por ahora⁹⁶.

Y, en segundo lugar, y sobre todo, profunda imprecisión como consecuencia de la ausencia en la DM sobre la euro-orden⁹⁷ de toda pretensión de definir o describir, siquiera sea mínimamente, las categorías delictivas respecto de las cuales queda suprimido el control de la doble incriminación⁹⁸. Imprecisión que, en un contexto caracterizado por una armonización parcial y, en muchos casos, de mínimos⁹⁹ o a través de instrumentos no ratificados por todos los Estados miembros o con posibilidad de formular reservas o excepciones¹⁰⁰, en modo alguno impediría su aplicación a hechos no considerados como delictivos en todos los Estados miembros o, incluso, respecto de los cuales la despenalización es el resultado de una opción muy debatida y específicamente elegida en un Estado miembro. Respecto a los primeros, la doctrina penalista o procesalista no ha dejado de señalar cómo figuras tales como la corrupción, cuando es cometida por particulares¹⁰¹, los delitos informáticos o de alta tecnología o el racismo y la xenofobia, por solo citar algunos ejemplos, difícilmente encuentran encaje en nuestros tipos penales¹⁰². Y en relación con los segundos, la venta de material pornográfico en el que aparecen adultos con apariencia de niños, la asistencia a la inmigración irregular basada en motivos humanitarios, la negación del holocausto sin

⁹⁵ Homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; Secuestro, detención ilegal; Robos organizados o a mano armada; Estafa; Tráfico de vehículos robados; Violación; Incendio voluntario; o Sabotaje.

⁹⁶ Para un más completo y riguroso análisis de la posible existencia de esfuerzos de armonización de las figuras previstas en el art. 2.2, puede verse S. MANACORDA, “Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali”, *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, (2004), pp. 789 y ss.; R. CASTILLEJO MANZANARES, *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, Madrid, 2002, pp. 67 y ss.; W.M. KÜHN, “Problemas jurídicos...”, cit. en nota 15, pp. 39 y ss.; o S. PEERS, “Mutual Recognition...”, cit. en nota 7, pp. 32 y ss.

⁹⁷ Característica predicable también respecto de los listados incluidos en las restantes Decisiones Marco sobre reconocimiento mutuo en el ámbito penal.

⁹⁸ Lo cual deriva de la circunstancia de que la relación de conductas del art. 2.2 es parcialmente la consecuencia de la transposición de un listado orientado a definir la competencia de un órgano de cooperación policial o de instrumentos encaminados a definir competencias normativas. En este sentido, E. BARBE, “El principio...”, cit. en nota 33, pp. 196-197.

⁹⁹ D. FLORE, “Une justice pénale européenne après Amsterdam”, *JTDE*, 1999, pp. 121 y ss.,

¹⁰⁰ A. WEYEMBERGH, “¿Es necesario proceder a una previa armonización de los delitos como condición para la aplicación de la orden de detención y entrega europea?”, en L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, pp. 94-95; o V. MITSILEGAS, « The Constitutional... », cit. en nota 7, pp. 1286-1287.

¹⁰¹ G. QUINTERO OLIVARES, “Lugar de comisión...”, cit. en nota 77, p. 223; o C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “Reflexiones sobre el concepto de corrupción a propósito de la orden de detención europea”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 560 (9-1-2003), pp. 1 y ss.

¹⁰² Véase, al respecto, J.J. LÓPEZ ORTEGA, “El futuro de la extradición en Europa (Una reflexión desde los principios del Derecho europeo de extradición)”, apéndice a C. Cezón González, *Derecho extradicional*, Madrid, 2003, pp. 31-32; y A.J. SANZ MORAN, “La orden europea...”, cit. en nota 11, pp. 104 y ss.

incitación al racismo o la xenofobia¹⁰³, y, de manera muy especial, las prácticas relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo, la colaboración en prácticas eutanásicas o el consumo de estupefacientes¹⁰⁴, acostumbran a ser mencionadas como conductas que, deliberadamente despenalizadas en algunos Estados miembros, podrían ser encajadas en la textura excesivamente abierta de algunas de las figuras contempladas en el art. 2.2.

El recurso a los instrumentos de armonización en su caso existentes, o la concreción positiva¹⁰⁵ o negativa¹⁰⁶ de las conductas incluidas o excluidas del listado, son propuestas en ocasiones sugeridas que, sin embargo, no parecen contar con el beneplácito de quienes, desde la Comisión, consideran que la calificación, según la decisión marco, incumbe única y exclusivamente al Estado de emisión.

3. El rechazo, por el TJCE, de la pretendida vulneración de los principios de legalidad penal y de no discriminación

La diferenciación entre dos tipos de conductas en orden a la superación del principio de doble incriminación, de una parte y, muy especialmente, la ambigüedad e imprecisión de aquellos comportamientos respecto de los cuales se suprime el citado principio, de otra, constituyen precisamente las presuntas deficiencias que, según la asociación recurrente en el litigio principal, determinarían la invalidez de la Decisión marco. Comenzando por esto último, tal y como lo relata el propio Tribunal, para *Advocaten voor de Wereld* el listado del art. 2.2, al no comprender delitos acompañados

¹⁰³ S. PEERS, “Mutual Recognition...”, cit. en nota 7, p. 33.

¹⁰⁴ Pueden verse, en ese sentido, y entre otros, N. KEIJZER, “The double criminality...”, cit. en nota 69, p. 14; F.J. FONSECA MORILLO, “La orden de detención...”, cit. en nota 31, p. 79; A. MIRANDA RODRIGUES, “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II)”, en L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, p. 36; o A. WEYEMBERGH, “¿Es necesario...”, cit. en nota 100, pp. 92-93. Tal y como revela el comentario a su artículo 27, el sistema de lista negativa contenido en la propuesta de la Comisión estaba dirigido a que los Estados miembros pudieran excluir de la operatividad de la euro-orden este tipo de conductas, mencionándose “como ejemplo típico de las conductas que podrían figurar en esta lista (...) las infracciones que con el tiempo han sido despenalizadas (interrupción del embarazo, consumo de estupefacientes, eutanasia, ...). Propuesta de la Comisión sobre la euro-orden, cit. en nota 12, p. 20.

¹⁰⁵ En una solución que recuerda mucho a la propuesta por F.J. FONSECA MORILLO (“La orden de detención...”, cit. en nota 31, p. 89) la tardía ley de transposición italiana define las conductas contempladas en el art. 2.2, lo que, para el Grupo de trabajo de la Comisión, supone que “la legislación italiana reintroduce el principio del control de la doble incriminación”. Commission Staff Working Group. *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (revised version)*, {COM(2006)8 final}, p. 6.

¹⁰⁶ La precisión contenida en la ley de transposición belga, en la que se señala que el aborto y la eutanasia no están cubiertas por las figuras de homicidio voluntario o agresión con lesiones graves, ha merecido el reproche del grupo de trabajo de la Comisión encargado de analizar la ejecución de la decisión marco, por entender que “ello es contrario a la Decisión marco, pues es la ley del Estado de emisión y no la del Estado de ejecución la que determina si un delito está dentro de la lista” Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión para la evaluación de la aplicación de la euro-orden, cit. en nota 22, p. 6

de definición legal alguna, sino categorías muy vagamente definidas de comportamientos indeseables, privaría a toda persona detenida en ejecución de una orden europea de arresto de la garantía que deriva de las exigencias de precisión, claridad y previsibilidad del Derecho penal, orientadas a que todos puedan saber, en el momento de cometer un acto, si éste constituye o no un delito. En definitiva, la vaguedad e imprecisión del art. 2.2 vulneraría, o podría vulnerar el principio de legalidad penal¹⁰⁷.

La Gran Sala comienza recordando que el *principio de legalidad penal* forma parte de los principios generales del Derecho a los que se refiere el artículo 6 TUE en los que se condensan los derechos fundamentales vinculantes para la Unión y, lo que es más significativo, que tales principios se encuentran “*reafirmados*” en los preceptos correspondientes de la Carta de Derechos Fundamentales¹⁰⁸. Siguiendo el llamamiento del Abogado General Ruiz-Jarabo, la máxima instancia judicial de la Unión Europea insiste en la idea ya avanzada en el asunto relativo al derecho a la reagrupación familiar¹⁰⁹ y parece sumarse así, por fin, a la senda marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁰, el Tribunal de Primera Instancia¹¹¹ y un número creciente de tribunales nacionales¹¹², órganos que hace ya tiempo que dieron el paso de superar la -¿por mucho tiempo subsistente?- falta de valor jurídico obligatorio formal de la Carta, para proclamar su, por lo demás deliberada¹¹³, vocación declarativa o codificadora del

¹⁰⁷ TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, cit. en nota 1, apdo. 48.

¹⁰⁸ *Idem*, apdo.46. La idea según la cual el principio de legalidad penal forma parte de los citados principios generales, con base esta vez en el art. 7.1 del CEDH y en jurisprudencia previa del propio Tribunal [TJCE, s. de 12-XII-1996, X (as C-74/95 y C-129/95), Rec. P. I-6609, apdo. 25; y TJCE, s. de 28 de junio de 2005, *Dansk Rorindustri y otros c. Comisión* (as. ac. C-189/02 P, C-202/02/P, C-205/02/P a C-208/02 P y C-213/02 P), Rec. p. I-5425, apdos. 215 a 219] es reiterada en el apdo. 49.

¹⁰⁹ TJCE, sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo* (as. C-540/03), aún no publicada en la edición española de la Rec.

¹¹⁰ TEDH, sentencia de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, Rep. 1996-II; TEDH, sentencia de 11 de julio de 2002, *I. c. Reino Unido*; TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton c. Reino Unido*; TEDH, sentencia de 8 de julio de 2004, *Vo c. Francia*; TEDH, sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus vs. Irlanda*; TEDH, sentencia de 11 de enero de 2006, *Rasmussen y Sorensen c. Dinamarca*; TEDH, sentencia de 26 de febrero de 2006, *Fretté c. Francia*; o TEDH, sentencia de 12 de abril de 2006, *Martinie c. Francia*.

¹¹¹ TPI, sentencia de 20 de febrero de 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG*, (as. T-112/98); TPI, sentencia de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quérel et Cie SA* (as. T-177/01); TPI, sentencia de 9 de julio de 2003, *Archer Daniela Midland Company* (as. T-224/00); TPI, sentencia de 15 de enero de 2003, *Philip Morris International* (as. T-377,379,380/00 y 260, 272/01); TPI, sentencia de 5 de agosto de 2003, *European Ferris (Vizcaya)* (as. T-116 y 118/01); TPI, sentencia de 29 de abril de 2004, *Tokai Carbon* (as. T-236, 239, 244, 246, 251 y 252/01); o TPI, sentencia de 5 de abril de 2006, *Degusa* (as. T-279/02).

¹¹² Entre los que se encuentra nuestro Tribunal Constitucional, quien desde hace tiempo considera la Carta como un instrumento más entre los contemplados en el art. 10.2 CE a los efectos de interpretar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución. Así, STC 292/2000, de 30 de noviembre; STC 53/2002, de 27 de febrero; STC 273/2005, de 27 de octubre; STC 138/2005, de 26 de mayo; STC 17/2006, de 30 de enero; o STC 41/2006, de 13 de febrero.

¹¹³ El quinto párrafo del preámbulo de la Carta proclama que “(l)a presente Carta *reafirma*, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los

Derecho preexistente y, con ello, su vocación informadora del art. 6 TUE¹¹⁴. Más allá de proclamaciones retóricas, sin embargo, la relevancia del recurso a la Carta dependerá seguramente del sentido y alcance que el Tribunal de Luxemburgo asocie a sus disposiciones y, en este sentido, el balance del asunto que comentamos tal vez no sea tan positivo¹¹⁵.

Recuerda a continuación el Tribunal, apoyándose para ello en el art. 7 CEDH y en jurisprudencia del órgano de Estrasburgo¹¹⁶, que el principio de legalidad de los delitos y las penas, en su vertiente de *lex certa*, implica que la Ley debe definir claramente las infracciones y las penas que las castigan, y exige que los justiciables puedan saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, en su caso, con la ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué comportamientos desencadenan su responsabilidad penal¹¹⁷. Sin embargo, no llega a entrar el Tribunal en si la falta de precisión del listado del art. 2.2 de la Decisión marco es o no compatible con el citado principio. Tratándose de un principio que impone límites y condiciones a la definición de delitos y penas, la instancia judicial comunitaria incide en que la Decisión Marco ni define ni armoniza las infracciones penales a las que se refiere el citado precepto¹¹⁸, definición que en su opinión sigue siendo competencia de unos Estados miembros que, por lo demás, siguen estando sujetos a los principios del art. 6 TUE y, dentro de ellos, al principio de legalidad de los delitos y las penas¹¹⁹. De donde concluye que la supresión del control de la doble incriminación respecto de las categorías delictivas contempladas en el artículo 2.2 “no es inválido por violar el principio de legalidad de los delitos y las penas”¹²⁰.

derechos reconocidos especialmente por las tradicionales constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cursiva añadida.*

¹¹⁴ Véase, sobre todo ello, con mayor amplitud, A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia, 2001, pp. 79 y ss.; M. PI LLORENS, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona, 2001, pp. 76 y ss.; o R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Madrid, 2006, pp. 37 y ss.

¹¹⁵ Especialmente, en lo que se refiere a la negativa a considerar la operatividad del principio de legalidad penal respecto de las normas que, como la Decisión marco sobre la euro-orden, configuran cuándo un Estado ha de entregar a un individuo sometido a su jurisdicción a otro Estado a efectos de enjuiciamiento o cumplimiento de condena. Véase *infra*, apartado III.4.B.

¹¹⁶ TEDH, sentencia de 22-VI-2000, *Coême y otros contra Bélgica*, *Recueil* 2000-VII, apdo. 145.

¹¹⁷ TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, cit. en nota 1, apdo. 50.

¹¹⁸ *Idem*, apdo. 52.

¹¹⁹ *Idem*, apdo. 53.

¹²⁰ *Idem*, apdo. 54.

En cuanto al *principio de no discriminación*, incluido también según el Tribunal entre los principios fundamentales del art. 6 TUE y reafirmado, junto con el principio de igualdad ante la ley, por la Carta de Derechos Fundamentales (arts. 20 y 21)¹²¹, la institución luxemburguesa rechaza también las dos supuestas vulneraciones imputadas al art. 2.2 de la Decisión marco. Respecto de la primera de ellas, la asociación recurrente en el litigio principal, argüía que la citada disposición trataba desigualmente situaciones comparables, como consecuencia de la falta de justificación objetiva de la distinción operada en ese precepto entre dos categorías de conductas delictivas a los efectos de aplicar o no el principio de doble incriminación¹²². Frente a ello, el Tribunal entiende que el *legislador* comunitario consideró legítimamente que, “bien por su propia naturaleza, bien por la pena aplicable de un máximo de al menos tres años”, las infracciones previstas en el mencionado apartado “causan un perjuicio tan grave al orden público y a la seguridad pública que resulta justificado no exigir el control de la doble tipificación”¹²³. Así constatada la justificación objetiva de la distinción operada, el Tribunal concluye, de conformidad con su jurisprudencia previa relativa al principio de no discriminación¹²⁴ que, desde esta perspectiva, no hay vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

Y respecto a la diferencia de trato injustificada entre justiciables según que el listado respecto del que se suprime la doble tipificación se aplique en uno u otro Estado como consecuencia de una diferente interpretación derivada de su imprecisión, el TJCE, en lugar de seguir la línea propuesta por el Abogado General, consistente en descartar que las disparidades en la interpretación y aplicación de la ley constituyan *per se* vulneraciones del principio de no discriminación¹²⁵, insiste en la misma idea con la que rechaza la vulneración del principio de legalidad: la Decisión marco no define ni armoniza tipos delictivos, dando a entender que las discrepancias en la aplicación, de existir, son atribuibles a los Estados miembros y no al instrumento europeo¹²⁶.

¹²¹ *Idem*, apdo. 46.

¹²² *Idem*, apdo. 55.

¹²³ *Idem*, apdo. 57.

¹²⁴ Principio que exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado. TJCE, s. de 26-X-2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun* (as. C-248/04), aún no publicada en la edición española de la Rec., apdo. 72 y jurisprudencia en él citada.

¹²⁵ Para D. Ruiz-Jarabo, “(n)o hay, pues, desigualdad en la aplicación de la ley, cuando los pronunciamientos discrepantes proceden de varios tribunales, que actúan en el legítimo ejercicio de su potestad de juzgar. La igualdad no reclama que órganos independientes mantengan una hermenéutica coincidente”, de manera que “(s)ería un sarcasmo tachar de discriminatoria una ley porque pueda recibir exégesis diferentes, susceptibles de unificarse a través de las pertinentes vías de recurso”. *Conclusiones...*, *cit.*, apdo. 97.

¹²⁶ TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, *cit.* en nota 1, apdo. 59.

4. Valoración de la posición del TJCE a la luz del debate planteado por la supresión del control de la doble incriminación

Tres son, a grandes rasgos, las principales objeciones que se han venido planteando en el plano doctrinal¹²⁷ contra la supresión del principio de doble incriminación que impone la euro-orden¹²⁸.

A) Promoción de un principio de máxima represión en toda la Unión Europea

De conformidad con la primera de las objeciones, el reconocimiento mutuo en general, y la supresión de la doble tipificación, en particular, propiciarían un principio de máxima punibilidad desde un doble punto de vista. De una parte, porque proyectarían a todo el territorio de la Unión Europea la eficacia de los ordenamientos penales nacionales que se mostrarán más represivos, tanto en lo que se refiere a las conductas criminalizadas -toda vez que convierte a todos los Estados miembros en garantes de eventuales tipos nacionales que sancionen conductas no consideradas criminales en sus propios ordenamientos- como respecto de las penas, dado que, superado el umbral, es indiferente que la entidad de la pena en el Estado de ejecución sea notablemente inferior a la señalada en el Estado de emisión. De otra parte, en relación precisamente con el citado umbral -que es, según el art. 2.2 de la DM, de tres años como mínimo de pena máxima para que opere la supresión del control de la doble incriminación- genera el riesgo de incentivar entre los Estados miembros un incremento de las penas aplicables con el fin de garantizar una ejecución de la solicitud de entrega sin control de la condición delictiva del comportamiento al que se refiere en el Estado de ejecución¹²⁹.

En relación con la primera dimensión, conviene recordar antes de nada el ya referido elemento de moderación que representa la cláusula de territorialidad del art. 4.7. La obligación de entrega cede -o puede ceder, si se considera que es imprescindible la previsión legislativa- cuando los hechos por los que se reclama la entrega, o bien han

¹²⁷ Aunque, como es lógico, el debate se ha extendido por toda Europa, quizá sea en Alemania donde, bajo la estela de B. SCHUNNEMAN, ha alcanzado una mayor resonancia, llegando incluso a motivar un duro texto suscrito por ciento veintitrés penalistas en Bayreuth en el que se imputaba al principio del reconocimiento mutuo la vulneración de determinados derechos fundamentales, y se instaba al legislador alemán a que se abstuviera de transponer aquellas decisiones marco en las que se concretase tal violación. Al respecto, A.G. SANZ MORAN, “La orden...”, cit., p. 89; y C. GÓMEZ JARA DÍEZ, “Orden de detención...”, cit., p. 4.

¹²⁸ Para un resumen de las posiciones críticas vertidas muy especialmente en la doctrina germana contra la euro-orden, en general, y el principio de doble incriminación en particular, puede verse, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Orden de detención...”, cit. en nota 37, pp. 2 y ss.; A.G. SANZ MORAN, “La orden europea...”, cit. en nota 11, pp. 85-90 y 100-104; o M. DE HOYOS SANCHO, “Euro-orden y causas...”, cit. en nota 34, pp. 228-231; y de la misma autora, “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, *RDCE*, nº 22 (2005), pp. 815-820.

¹²⁹ Sobre esto último, F.J. FONSECA MORILLO, “La orden de detención...”, cit. en nota 31, p. 88; o C. GÓMEZ JARA, “Orden de detención europea...”, cit. en nota 37, p. 100

sido cometidos en el territorio del Estado de ejecución, o bien lo han sido fuera del territorio del Estado de emisión y el de ejecución no contempla respecto de los citados hechos el mismo título de jurisdicción. La euro-orden tiende sí a reforzar la eficacia de los sistemas penales nacionales, pero lo hace mediante cautelas que reconocen el carácter eminentemente territorial de la jurisdicción penal de los Estados y sin imponer necesariamente la cooperación frente a usos exorbitantes de títulos extraterritoriales de jurisdicción, o frente a la jurisdicción prioritaria del Estado del territorio¹³⁰

Situada la objeción en sus adecuados términos, cabe cuestionarse si, más allá de elementos de oportunidad, existen razones jurídicas que se opongan a un modelo de cooperación que, a la fuerza, refuerza la eficacia de todos los ordenamientos penales implicados, incluyendo por tanto los más represivos. Es evidente que la orden europea de detención y entrega, como cualquier mecanismo internacional de cooperación judicial penal basado en la asunción de obligaciones entre Estados, supone una limitación al derecho soberano que en otro caso les asiste de apoyar o denegar la cooperación reclamada¹³¹. Como también lo es que, en un contexto caracterizado por la existencia de mayores o menores disparidades entre los Derechos penales nacionales, ello supone necesariamente en ocasiones la obligación de contribuir a la eficacia de ordenamientos más represivos que el del Estado respecto del que se reclama la cooperación. En el fondo, la cuestión está en si los beneficios que se obtienen por la participación en tales mecanismos desde el punto de vista del incremento en la eficacia del propio *ius puniendi*, compensan o no esa limitación, y si el nivel de confianza mutua en los sistemas jurídicos de los restantes Estados está lo suficientemente justificado y/o se ve compensado con mecanismos de garantía tales como el control de la doble incriminación o la facultad de rechazo por motivos de orden público. Pero no parece que quepa hablar de un derecho fundamental a ser castigado de conformidad con el derecho penal menos severo¹³².

Por tanto, la obligación de cooperación con ordenamientos más represivos podrá razonarse en términos de oportunidad normativa, pero no de prescripción jurídica. Eso sí, a menos que la limitación de soberanía asumida se haga en términos tales que se vulneren otras garantías esenciales. Quizá fuera el caso, por ejemplo, anticipando una cuestión que se analizará con más detalle en el próximo apartado, si en el diseño del mecanismo los Estados implicados se vieran irremisiblemente obligados a colaborar en la ejecución de una pena que a todas luces rebasa los límites marcados por el principio

¹³⁰ Repárese en que, frente a lo que ocurre en un buen número de instrumentos que contemplan la represión de crímenes de trascendencia internacional, el motivo facultativo de no ejecución contemplado en art. 7.1.a no supedita la no entrega a una correlativa obligación de reprimir bajo la máxima “aut iudicare aut dedere”. Pese a ello, tratándose de ese tipo de crímenes, parece evidente que la obligación convencional subsiste. Sobre este último principio, M.CH. BASSIOUNI y E.M. WISE, *Aut dedere, aut iudicare. The Duty to extradite or prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1995.

¹³¹ W. M. KUHN, “Problemas jurídicos...”, cit. en nota 15, p. 19.

¹³² A. WEYEMBERGH, “¿Es necesario...”, cit. en nota 100, p. 96.

de proporcionalidad de los delitos y las penas¹³³. O tal vez lo sea también si, frente a lo sostenido por el TJCE y tal y como analizaremos a continuación, la supresión del principio de doble incriminación vulnerase el principio de legalidad.

Respecto de la otra dimensión del pretendido principio de la máxima punibilidad, es también evidente que, condicionada la operatividad del art. 2.2 a que los hechos estén castigados en el Estado de emisión con una pena de cierta entidad –tres años al menos de pena máxima- las autoridades de un país especialmente interesado en reprimir cierto tipo de conductas incluidas en el listado del citado precepto, pueden verse tentadas de incrementar las penas aplicables a fin conseguir, digámoslo así, el acceso al beneficio de la supresión del control de tipificación en el Estado de ejecución. Sin perjuicio de reconocer la plausibilidad del argumento, no consta que la euro-orden haya motivado un incremento generalizado en las penas aplicables en los diferentes Estados miembros que, por lo demás, podría resultar igualmente del “mínimo punitivo” que acostumbra a exigirse en numerosos instrumentos de cooperación judicial penal, en general, y en los de extradición, en particular¹³⁴.

B) Vulneración de la dimensión material del principio de legalidad penal.

Mucha más enjundia jurídica plantean, en cambio, las otras dos objeciones, vinculadas respectivamente con las dimensiones material y formal que, según nuestro Tribunal Constitucional, conforman el principio de legalidad en materia penal. Respecto de la primera de esas dimensiones, baste recordar que según expresión de Schunneeman, la situación de incertidumbre que genera la ambigüedad del listado respecto del que la euro-orden suprime el control de la doble incriminación se presenta como “una caricatura de lo que ha de ser la regulación propia de un Estado de Derecho”. Y que un significativo sector de la doctrina no ha dejado de insistir en que la citada supresión plantea serios problemas de compatibilidad con los principios de legalidad penal y/o de legalidad extradicional¹³⁵. Ya se ha señalado con anterioridad que, en una línea bastante distante, el TJCE viene a considerar que no puede haber vulneración de un principio

¹³³ Principio, por cierto, reconocido en el artículo 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales y que, por contraste, no se encuentra proclamado ni en el CEDH ni en ninguno de sus protocolos adicionales.

¹³⁴ Además de en el artículo 2 de nuestra ley de extradición pasiva, la exigencia de una cierta entidad reflejada en la duración de las penas privativas de libertad, es una constante en los instrumentos internacionales de cooperación judicial penal a la hora de definir su ámbito de aplicación *ratione delicti*. Véanse, entre ellos, el art. 2 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, el art. 61 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 o el art. 2 del Convenio de Extradición de la Unión Europea de 1996. Sobre el requisito del mínimo punitivo puede verse R. BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición en derecho español (normativa interna y convencional. Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.

¹³⁵ M. DE HOYOS SANCHO, “Euro-orden...”, cit. en nota 34, pp. 286-287; y “El principio...”, cit. en nota 128, p. 822, en nota 62; J.J. LÓPEZ ORTEGA, “El futuro...”, cit. en nota 102, pp. 327 y 332; o M. DEL TUFO, “La dopia punibilità”, en *Il Mandato d’arresto europeo*, Nápoles, 2005, p. 114. Frente a esa posición, D. FLORE, “Le mandat d’arrêt européen: première mise en oeuvre d’un nouveau paradigme de la Justice pénale européenne”, *Journal des Tribunaux*, 2002, p. 276; o W. M. KUHN, “Problemas jurídicos...”, cit. en nota 15, pp. 34-35.

orientado a establecer condiciones relativas al cuándo (*lex previa*) y al cómo (*lex certa*) de la definición de delitos y penas mediante un instrumento destinado a fomentar la cooperación en la aplicación de unos delitos y en la ejecución de unas penas creados, definidos y aplicados por los Estados miembros¹³⁶. En otros términos, si la Decisión marco ni define delitos y penas, ni aproxima las legislaciones penales de los Estados miembros, son éstos y no las instituciones de la Unión quienes están sujetos a la observancia del principio de legalidad penal.

Es innegable que la posición así fijada, consistente en restringir el alcance del principio de legalidad penal desde el punto de vista de las normas afectadas a aquéllas que definen delitos y penas o, en el mejor de los casos, a las que armonizan éstas, no solo se ajusta al tenor de algunas de las principales fuentes de inspiración aplicables, sino que además, parece encontrar sustento en cierta doctrina jurisprudencial procedente tanto del sistema del CEDH, como de alguna jurisdicción suprema nacional. La postura del Tribunal encaja, en efecto, en unos preceptos que, como los contenidos en el art. 7.1 CEDH y 49.1 CDFUE, únicamente establecen límites más o menos expesos a las acciones de condenar e imponer penas en el plano de la ejecución, y a las de determinar hechos como constitutivos de infracción o de fijar penas aplicables en el plano de la regulación. Y que, literalmente, por tanto, no alcanzan a las conductas consistentes, en este último plano, en imponer obligaciones de cooperación para que otros, en su caso, puedan condenar y fijar penas, con tal, es de presumir, que éstos últimos sí, sean respetuosos con el principio de legalidad¹³⁷.

Una posición similar fue la mantenida, igualmente, por el *Conseil d'État* francés en su dictamen de 26 de septiembre de 2002¹³⁸. Confrontado a la cuestión de si la

¹³⁶ El TJCE mantiene en este punto una posición del todo coincidente con la del Abogado General D. Ruiz-Jarabo: “Por tanto, el principio de legalidad interviene en el derecho penal sustantivo como un mandato dirigido al legislador, en el momento de describir los delitos y las penas, y al juez, cuando los analiza y aplica en un proceso criminal. En otras palabras, se proyecta al ejercitar el *ius puniendi* del Estado o al ejecutar decisiones con verdadero sentido sancionador, por lo que *difícilmente la Decisión marco puede quebrantarlo, ya que no instaura ningún castigo, ni siquiera pretende armonizar los sistemas penales de los Estados miembros*, limitándose a estructurar un mecanismo de auxilio entre jueces de distintos países en un proceso, para determinar a quién se imputa la perpetración de un delito o para cumplir una condena (...) Así, pues, la certeza que requiere este principio ha de reclamarse al derecho penal sustantivo de ese Estado emisor y, por ende, a su legislador y a su juez....”. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdos. 103 y 104 (cursiva añadida).

¹³⁷ Aun cuando la doctrina *Soering* (véase *infra*, nota 174), se ha traducido hasta la fecha en la afirmación de la prohibición de extradición o entrega a terceros países donde el individuo afectado corra un serio riesgo de sufrir una violación de los derechos reconocidos en el artículo 3 (prohibición de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes) o, sólo a título de *obiter dictum*, en el art. 6 (derecho a un proceso equitativo), parece razonable pensar que la garantía que deriva de tal doctrina se extiende igualmente, como mínimo, a los restantes derechos inderogables contemplados en el art. 15.2 CEDH (art. 4 –prohibición de la esclavitud y trabajo forzado- y art. 7 –no hay pena sin ley-).

¹³⁸ Para el Consejo de Estado francés, sí constituye un principio constitucional a preservar el que la ejecución de la orden de detención no revista un carácter arbitrario, el cual se encuentra asegurado según el citado órgano, toda vez que la Decisión Marco permite al Estado de ejecución del mandato comprobar que la infracción contemplada por el Estado de emisión, no sólo figura en una de las categorías de infracciones mencionadas, sino que se encuentra igualmente tipificada en virtud de la legislación de este

transposición de la euro-orden en Francia se enfrentaba a obstáculos derivados de reglas o principios de valor constitucional, el órgano supremo de la jurisdicción administrativa gala sostuvo, en relación con la regla de la doble incriminación, que la misma no puede ser considerada en sí misma como la expresión de un principio fundamental de índole constitucional, entre los que sí se encuentra obviamente el principio de legalidad penal. Un criterio semejante ha sido mantenido también por el Tribunal Constitucional checo, para quien, pese a admitir que de haberse tratado de una disposición material habría vulnerado el principio de legalidad contenido en el art. 39 de la Constitución checa, el precepto del Código de Enjuiciamiento Criminal que transpone el art. 2.2 no supone violación del citado precepto porque la entrega en virtud de una euro-orden no supone la imposición de una condena, el procedimiento penal de fondo no enjuicia la culpabilidad del individuo afectado desde las categorías que en él se contemplan, sino desde el punto de vista de los delitos definidos por y en el Derecho sustantivo del Estado de emisión, y porque el citado listado únicamente desempeña una función procesal orientada a la asistencia al citado procedimiento¹³⁹.

Respecto del sistema de Estrasburgo, aun cuando no existe todavía ningún pronunciamiento sobre si la garantía de la doble incriminación está o no implícita en el principio de legalidad penal –aunque sin duda lo habrá, antes o después, como consecuencia de la euro-orden–, sí que existe alguna decisión de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en el sentido de que no cabe reclamar de los procedimientos de extradición el respeto de las garantías que derivan del artículo 7.1 del Convenio, pues en tales procedimientos no se ventila la culpabilidad o inocencia del afectado, ni se formulan pronunciamientos de condena¹⁴⁰.

La mejor prueba de que la sostenida por el TJCE no es, sin embargo, la única forma de entender las relaciones entre el principio de doble incriminación y la dimensión material del principio de legalidad penal se encuentra, precisamente, en la doctrina que el Tribunal Constitucional español ha venido manteniendo sobre las relaciones entre ambos principios¹⁴¹. Para el máximo intérprete de nuestra Constitución,

Estado a una pena privativa de libertad que respete los umbrales de gravedad exigidos. *Avis du Conseil d'État n° 368-282 du 26 septembre 2002*, cit. en nota 33, apdo. 2.

¹³⁹ Sentencia de 3 de mayo de 2006, cit. en nota 33.

¹⁴⁰ “Dans la mesure où le requérant entend formuler des griefs contre son extradition au regard des articles 6 et 7 (art. 6, 7) de la Convention, la Commission rappelle, à supposer que de tels griefs puissent être dirigés contre la Belgique, qu'une procédure relative à l'extradition n'implique aucune décision sur les droits et obligations de caractère civil du requérant contre lui (cf. N° 9990/82, *Bozano c/France*, D.R. 39, p. 119, 133). Elle est d'avis que les termes (...) "nul ne peut être condamné" employés dans l'article 7 (art. 7) de la Convention visent un processus complet d'examen de la culpabilité ou de l'innocence d'un individu accusé d'une infraction, et non la question de savoir si un individu peut ou non être extradé d'un pays vers un autre”. *ComEDH*, decisión de 6 de marzo de 1991, *POLLEY c. Bélgica*, demanda n° 12.192/86, F.J. 1. En un sentido similar, pueden verse también, *Com.EDH*, decisión de 6 de julio de 1976, *X c. Holanda*, demanda n° 7.512/76, D.R. 1976, p. 184; y *Com.EDH*, decisión de 18 de enero de 1996, demanda n° 27292/95, *Farhad BAKHTIAR c. Suiza*.

¹⁴¹ Como había advertido ya un sector de la doctrina, la posición del Abogado General Ruiz-Jarabo, o la del Consejo de Estado francés, consistente en negar que el principio de legalidad penal resulte afectado por la supresión del principio de doble incriminación, parece difícilmente compatible con la idea barajada

el hecho de que en los procesos de extradición no se enjuicie la culpabilidad del individuo afectado, tal y como ha señalado también la Comisión Europea de Derechos Humanos, y no resulten por ello plenamente aplicables las garantías propias de los procesos penales¹⁴², no es óbice para proclamar, de una parte, la aplicabilidad a los citados procesos extraditorios de las garantías propias del principio de legalidad proclamado en el artículo 25 CE y, de otra, para entender incluidas dentro del mismo las exigencias que derivan del principio de doble incriminación. En cuanto a lo primero, el TCE señalaba, refiriéndose al hecho de que la extradición se contemple en un precepto constitucional (art. 13.2 CE) no tutelable por sí mismo en amparo que:

“(d)e lo anterior no se infiere que absolutamente todas las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de expedientes o procesos de extradición deban quedar marginadas de la posibilidad del recurso de amparo constitucional, ya que, como sucede en el actual, cabe el planteamiento de pretendidos quebrantos de derechos y libertades constitucionalmente protegidos merced al repetido recurso; en concreto, en la hora presente, los que afectan a la tutela efectiva de jueces y tribunales, indefensión de las personas, presunción de inocencia y *principio de legalidad*, consagrados en los arts. 24 y 25 de la Constitución”¹⁴³

Y en relación con lo segundo –inserción de la doble incriminación en el principio de legalidad penal del art. 25–, el máximo intérprete de nuestra Constitución tenía también declarado en reiterada jurisprudencia que:

“la exigencia de doble incriminación *sí está incluida en el derecho constitucional a la legalidad penal* (...). Aunque la extradición pasiva constituye «un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de ejecución en otro Estado» (...), nuestro Ordenamiento establece algunas exigencias de carácter material en el procedimiento extraditorio, como ésta de la doble incriminación, que, a los efectos que ahora interesan, implica que el hecho sea delictivo y sancionado con determinada penalidad en las legislaciones penales del Estado requirente y del Estado

hasta ahora por nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que el principio de legalidad penal, a través de la doble incriminación, sí rige en los procedimientos de extradición. En este sentido, L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN, “Presentación”, en L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín, *La orden...*, cit. en nota 7, pp. 17-18; F. IZURZUN MONTORO, “La orden europea de detención y entrega”, Noticias UE, nº 225 (2003), pp. 59-60; F. BUENO ARÚS y J. DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, pp. 146 y ss.; o J.L. MANZANARES SAMANIEGO, “El anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Penal*, 2003, pp. 3-4.

¹⁴² Para el TC, el procedimiento extraditorio constituye un proceso sobre otro proceso penal que no se dirige a ventilar la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, sino a hacer posible el procedimiento penal propiamente dicho en otro Estado, razón por la cual no le resultan plenamente aplicables las garantías del procedimiento penal. En este sentido, ATC 263/1989, de 22 de mayo, F.J. único; STC 102/1997, de 20 de mayo, F.J. 6; STC 222/1997, de 4 de diciembre, F.J. 8; STC 5/1998, de 12 de enero, F.J. 4; STC 141/1998, de 29 de junio, F.J. 4; STC 162/2000, de 12 de junio, F.J. 6; o, declarando expresamente la operatividad de esta doctrina respecto del procedimiento de la euro-orden, STC 83/2006, de 13 de marzo, F.J. 6. Entre las garantías del proceso penal que, según el TC, no resultan aplicables al procedimiento de extradición se incluyen la presunción de inocencia (ATC 103/1987, de 28 de enero, F.J. 1), el *non bis in idem* (ATC 263/1989, de 29 de febrero, F.J. único) o el derecho a la doble instancia en materia penal (STC 167, 2002, de 5 de junio, F.J. 9)

¹⁴³ STC 11/1983, de 21 de febrero, F.J. 1 (cursiva añadida).

requerido. El órgano competente del Estado reclamante debe considerar que un hecho ya objeto de condena es delictivo según su legislación penal (lo que resulta obvio, porque en caso contrario no habría impuesto la condena), pero, además, como garantía adicional en el procedimiento de extradición se exige que el mismo hecho por el que se solicita la entrega sea constitutivo de delito según la legislación penal del Estado requerido, lo que representa una concesión o reconocimiento de la soberanía de éste (...)¹⁴⁴

Quién sabe si por influjo de la supresión del principio de doble incriminación que la euro-orden comporta, lo cierto es que, lo que resultaba una doctrina bastante asentada comienza a quebrarse a partir de 2005, en lo que quizá constituya una estrategia calculada en tres fases a la que solo resta realizar la tercera y última etapa. La primera de ellas consistiría en desvincular el principio de legalidad extradicional (*nulla traditio sine lege*) previsto en el art. 13.2 CE, del principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) previsto en el art. 25 CE. Es lo que comienza haciendo la STC 292/2005:

“Como señala el demandante en amparo, la STC 141/1998 situó como canon de enjuiciamiento del reproche relativo a la infracción del principio de legalidad extradicional el derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 CE, considerando en su fundamento jurídico 4 que la primera y más fundamental garantía del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 CE, tratado o ley, ateniendo al principio de reciprocidad...”¹⁴⁵

y termina cristalizando, en un supuesto relativo ya a la Ley 3/2003 sobre la euro-orden, la STC 83/2006, que avanza un nuevo paso al desvincular, esta vez, el principio de legalidad penal de los procesos de extradición y entrega, negando la operatividad del

¹⁴⁴ STC 162/2000, de 12 de junio, F.J. 6 (cursiva añadida). En un sentido similar, pueden verse también, STC 11/1983, de 21 de febrero, F.J. 7; ATC 499/1988, de 25 de abril, F.J. 3; ATC 23/1997, de 27 de enero, F.J. 2, donde se afirma expresamente que “la lesión de la regla de la doble incriminación implica ante todo una lesión del principio de legalidad penal”; STC 102/1997, de 20 de mayo, F.J. 6; o ATC 95/1999, de 14 de abril, F.J. 3.

¹⁴⁵ STC 292/2005, de 10 de noviembre, F.J. 3. Repárese en que, en el asunto *Borgobello* (STC 141/1998), citado expresamente en el apartado reproducido y con el que el resuelto en la citada sentencia guarda notable similitud (efectos de la retirada de una reserva no publicada oficialmente en España), la vulneración del principio de legalidad extradicional no se vinculaba solo con el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también con el derecho a la libertad y seguridad personal (art. 17) y con el principio de legalidad penal: “Desde luego no cabe duda de que uno de los más fundamentales de tales límites consiste en la necesidad de contar con una previa y expresa cobertura de Ley, como traslucen los arts. 17.1 y 25.1 C.E. (ATC 114/1991). En el mismo sentido hemos afirmado la vigencia del principio *nulla traditio sine lege* (AATC 274/1987 y 499/1988), que en definitiva implica que la primera y más fundamental de las garantías del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 C.E.: Tratado o Ley, ateniendo al principio de reciprocidad...”. STC 141/1998, F.J. 4. (cursiva añadida). Cierto es, sin embargo, que la autorización de una extradición sin base legal, por ampararse en un precepto afecto a una reserva cuya retirada no había sido objeto de publicación oficial, fue calificado en el fallo del citado asunto como una vulneración del “derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías”. Pero, insisto, ello en modo alguno supone que, para el TC, el art. 24 resulte el único precepto afectado en caso de vulneración del principio de legalidad extradicional.

principio de irretroactividad de la ley penal respecto de los instrumentos que regulan los mecanismos de extradición y/o de entrega:

“Entrando en el contenido de la segunda queja, que el recurrente plantea alegando el derecho a la legalidad penal, es preciso comenzar por recordar, de un lado, que, si el procedimiento extradicional y el relativo a la euro-orden no tienen como objeto una pretensión punitiva del Estado, no rige respecto de ellos la alegada en la demanda irretroactividad de la norma penal sancionadora. Como afirmamos en la STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3, las cuestiones relativas al principio de legalidad extradicional recogido en el art. 13.3 CE -plenamente trasladable al procedimiento de euroorden- no hallan acomodo en el art. 25.1 CE, puesto que el mismo se refiere exclusivamente a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, careciendo de tal naturaleza el procedimiento de entrega, tal como ya hemos tenido ocasión de exponer (...) Por último, hemos de reiterar que las leyes que regulan la extradición y la euro-orden ni son leyes penales ni leyes sancionadoras, por lo que no resulta de aplicación la prohibición constitucional de retroactividad de las leyes penales no favorables al reo (art. 25.1 CE)”¹⁴⁶

El camino aparece allanado, pues, para que, en la línea mantenida por el Consejo de Estado francés, el Tribunal Constitucional checo, el Abogado General Ruiz-Jarabo y el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, también en nuestro país la supresión de la doble incriminación, pese a predicarse en la Decisión Marco sobre la euro-orden y en la ley española de transposición de un amplio listado de conductas que adolecen de una ostensible falta de precisión, no acabe siendo interpretada como una violación del principio de legalidad penal del art. 25 CE. Con ello, quedaría salvada, también aquí y por este lado, la constitucionalidad de la euro-orden. Lo anterior no excluye, sin embargo para que, en virtud de la proclamada vinculación del principio de legalidad extradicional al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), no acabe reconociéndose a los tribunales españoles y, en última instancia, al máximo intérprete de la Constitución, una facultad residual de control de la calificación de los hechos por el Estado de emisión, en aquellos casos en los que la misma incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o sea fruto de un error patente, es decir, en los mismos supuestos en los que la jurisdicción constitucional se reconoce el derecho a revisar la aplicación de la legalidad infraconstitucional por parte de la jurisdicción ordinaria por vulneración del citado derecho¹⁴⁷. La cuestión, entonces, que dejamos para las reflexiones finales, es si ello resulta admisible desde el punto de vista de la Decisión Marco sobre la euro-orden, del principio del reconocimiento mutuo y del Derecho de la Unión Europea. Nos limitamos por ahora a avanzar que, puesto que todo apunta a que, también en nuestro país, la supresión de la doble incriminación tampoco será considerada contraria al principio de legalidad penal, tal vez resulte necesario preservar algún tipo de mecanismo para asegurar que los imperativos de seguridad jurídica implícitos en dicho principio no queden por ello del todo soslayados¹⁴⁸.

¹⁴⁶ STC 83/2006, de 13 de marzo, FF.JJ. 5 y 6. La citada doctrina ha sido reiterada por la STC 293/2006, de 10 de octubre, F.J. 5. Sobre la referencia a la STC 141/1998, véase lo dicho en la nota anterior.

¹⁴⁷ Un ajustado resumen de la citada doctrina puede encontrarse en la ya citada STC 292/2005, F.J. 3.

¹⁴⁸ La propia Decisión Marco, al mantener como motivo facultativo de rechazo la prescripción (art. 4.4) refleja que, en este ámbito, las disposiciones del Estado de ejecución destinadas a preservar la seguridad

C) La dimensión formal del principio de legalidad penal y las exigencias democráticas.

La última gran objeción suscitada respecto de la euro-orden, en particular, y más ampliamente, frente al principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal y el “propio modo en que se está abordando el proceso de europeización del derecho penal”¹⁴⁹ tiene mucho que ver con un viejo conocido del proceso de construcción europea: el tan traído y llevado “déficit democrático” de la Unión. Un buen punto de partida en lo que se refiere a su incidencia sobre la supresión de la doble incriminación es el asumido por el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus observaciones sobre el principio de legalidad, a saber, la distinción operada por nuestro Tribunal Constitucional entre las dimensiones material y formal del principio de legalidad penal. De acuerdo con la misma, el mencionado principio comporta la garantía de que es a los representantes del pueblo, titular de la soberanía nacional, a quienes corresponde determinar qué comportamientos son constitutivos de delito, y cuál ha de ser la consecuencia punitiva de su comisión¹⁵⁰. Aunque el Abogado General se refiere a esa distinción y al alcance de la garantía formal que comporta el principio de legalidad penal al inicio de sus observaciones sobre el citado principio, lo cierto es que tanto en sus conclusiones como en la sentencia del Tribunal el análisis de la supresión de la doble incriminación desde la perspectiva del principio de legalidad formal brilla por su total ausencia¹⁵¹.

La dimensión formal del principio de legalidad penal, y el propio principio de legalidad extradicional, son la manifestación de la idea según la cual las decisiones que inciden en la esfera de libertad de los individuos deben ser adoptadas democráticamente por los representantes de la soberanía popular. Y, más exactamente, pretende garantizar la participación democrática en la determinación de los supuestos en que, en detrimento de la libertad, cabe poner en funcionamiento el poder represivo del Estado. Desde esta

jurídica pueden ser un obstáculo a la entrega, aunque esas mismas consideraciones no encuentren un reflejo paralelo en la ley del Estado de emisión. Manifestación, en definitiva, de que la certeza y seguridad jurídica es un valor digno de consideración y respeto. Y algo parecido puede decirse de la posible subsistencia de la doble incriminación en virtud del art. 2.4 pues, si no es ya la idea de reciprocidad ¿a qué fin sirve, si no es la seguridad jurídica, la posible subsistencia de la doble incriminación?

¹⁴⁹ A.J. SANZ MORÁN, “La orden europea...”, cit. en nota 11, p. 85.

¹⁵⁰ Lo cual se traduce en una exigencia relativa “al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el término legislación vigente contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (SSTC 42/1987, F.J. 2; 101/1988, F.J. 3; 29/1989, F.J. 2; 69/1989, F.J. 1; 219/1989, F.J. 2; 61/1990, F.J. 7; 83/1990, F.J. 2; 207/1990, F.J. 3; 6/1994, F.J. 2; 145/1995, F.J. 3 y 153/1996, F.J. 3)”. STC 276/2000, de 16 de noviembre, F.J. 6.

¹⁵¹ Y ello pese a que la cuestión prejudicial del *Arbitragehoff*, al preguntar genéricamente sobre la compatibilidad del art. 2.2 de la Decisión Marco con el principio de legalidad, habría permitido al Tribunal entrar en este tipo de cuestiones. El Abogado General justifica esa actitud en que la tesis de la asociación demandante en el litigio principal se refería a si la vaguedad e imprecisión del listado del citado artículo era compatible con la garantía de orden material. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdo. 101.

perspectiva, no resulta en modo alguno improcedente ver en el principio de legalidad extradicional una manifestación del principio de legalidad penal en el ámbito formal¹⁵². Al fin y al cabo, la extradición y la entrega no dejan de suponer una manifestación de la jurisdicción penal de los Estados¹⁵³, en tanto que constituye el presupuesto necesario para el enjuiciamiento y, en su caso, la condena de un individuo, sin perjuicio de que tal enjuiciamiento y condena sea verificado por los tribunales de otro Estado y no por los del propio. En definitiva, principio de legalidad penal, en su dimensión formal, y principio de legalidad extradicional pueden ser contemplados como la manifestación de una misma idea: el derecho democrático de los ciudadanos a determinar cuándo cabe activar el poder represivo del Estado¹⁵⁴.

La cuestión, entonces, es el alcance que cabe atribuir a esa exigencia de determinación. Cuando son los propios tribunales quienes están llamados a enjuiciar y, en su caso, a condenar, es indiscutible que la exigencia alcanza a la necesidad de precisar y concretar qué conductas son punibles (exigencia de *lex certa*). ¿Debe exigirse entonces algo parecido cuando la coerción estatal se pone en marcha para el enjuiciamiento y condena por otro Estado?. Una respuesta negativa se impondría si nos limitáramos a apreciar cómo acostumbra a definir las legislaciones o los tratados de extradición –al menos la española y los convenios europeos– su ámbito de aplicación: generalmente, según un sistema denominado “de eliminación”, que, en lugar de definir positivamente todos y cada uno de los delitos a los que se aplica, se limita a disponer su aplicación a todos los delitos que excedan de una determinada pena¹⁵⁵. Esa habitual falta de precisión, sin embargo, también puede interpretarse como la lógica consecuencia del principio de doble incriminación: si no se definen los delitos y las penas es porque, indirectamente, y en un espíritu eso sí que tiende a privilegiar el fondo sobre la

¹⁵² De hecho, el Tribunal Constitucional español viene asignando al principio de legalidad extradicional del art. 13.2, junto a la finalidad de evitar extradiciones arbitrarias y de ofrecer a los destinatarios una mayor seguridad jurídica, el objetivo de “subordinar a normas adoptadas por los legítimos representantes del pueblo la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la decisión favorable o desfavorable respecto a la entrega”. STC 141/1998, de 29 de junio, F.J. 4; y STC 292/2005, de 10 de noviembre, F.J. 3.

¹⁵³ Más exactamente, es el resultado del principio de la exclusividad de la soberanía territorial de los Estados y de la consiguiente proscripción de la denominada jurisdicción ejecutiva extraterritorial, es decir, de la facultad de un Estado de ejercer la coerción material en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último a fin de garantizar la ejecución de sus normas penales. Sobre todo ello, puede verse mi trabajo *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Valencia, 2003, pp. 293 y ss.

¹⁵⁴ Un derecho que se encuentra íntimamente vinculado con el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos proclamado en el art. 23 de nuestra Constitución, que está profundamente entroncado con la idea de democracia proclamada como uno de los principios de base de la Unión Europea (art. 6.1) y que, sin embargo, sólo aparece indirectamente proclamado en el sistema del CEDH en el primer protocolo adicional –art. 3: derecho a elecciones libres–, y no figura en la CDFUE, donde solo se contemplan los derechos de sufragio activo y pasivo en elecciones europeas y municipales en el apartado relativo a la ciudadanía –arts. 39 y 40–.

¹⁵⁵ R. BELLIDO PENADÉS, *La extradición...*, cit. en nota 134, p. 56.

forma¹⁵⁶, se opera una remisión al código penal. En definitiva, mediante el principio de doble incriminación queda asegurada la decisión democrática sobre cuándo poner en marcha el poder represivo del Estado, ya no solo en su dimensión legislativa –definición de delitos y penas- y judicial –extensión y límites de la competencia de los jueces y tribunales penales-, sino también en el aspecto ejecutivo –ejercicio de la coerción para la puesta a disposición judicial y enjuiciamiento de los presuntos delincuentes-¹⁵⁷.

Suprimido el principio de doble incriminación para una serie de conductas, e impuesta la entrega con carácter obligatorio independientemente de la consideración penal de los hechos que la motivan en el Estado de ejecución, parece evidente que se produce, como ocurre en otros ámbitos objeto de cesión del ejercicio de competencias nacionales, una desaparición de los controles democráticos nacionales. Desaparición que, en el caso particular que nos ocupa, muy escasamente se ven compensados ante las muy evidentes insuficiencias que presenta, desde el punto de vista democrático, un tercer pilar regido por un procedimiento de adopción de decisiones basado en la simple consulta del Parlamento Europeo¹⁵⁸. De este modo, si todo Derecho penal es trasunto de un determinado sistema de valores, la cuestión pendiente, que también reservamos para el final, radica en si el listado del art. 2.2 garantiza que el Estado de ejecución no se vea constreñido a colocar su aparato represivo al servicio de un sistema de valores no discutido o, incluso, directamente rechazado por el titular de su soberanía.

IV. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO DE EMISIÓN.

1. Los derechos y garantías fundamentales en la Decisión Marco sobre la Orden europea de detención y entrega

Como ya se señaló, más allá de las ya comentadas dudas suscitadas por la supresión del principio de doble incriminación, la sentencia del Tribunal de Justicia no hace referencia alguna a una de las cuestiones que más recelos suscitaron y más

¹⁵⁶ En lo que resulta ser una tendencia bastante generalizada en el ámbito del Derecho comparado, el TC tiene declarado que la exigencia de doble incriminación no debe entenderse como un requisito de identidad de los correspondientes tipos penales en todos sus elementos, sino como la necesidad, no tan rígida, de que los hechos por los que se reclama la extradición sean punibles en el Estado requerido. STC 102/1997, de 20 de mayo, F.J. 6.

¹⁵⁷ Sobre la distinción entre las tres señaladas dimensiones de la jurisdicción penal de los Estados, M. AKEHURST, “Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1972-1973), pp. 145 y ss.; u O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht-Boston-Londres, 1991, pp. 253 y ss.

¹⁵⁸ En este sentido, V. MITSILEGAS, « The Constitutional... », cit. en nota 7, pp. 1287-1288; J.M. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho Penal Europeo. Una aproximación crítica”, *Revista Penal*, vol. 13 (2004), pp. 138 y ss.; F. PALAZZO, “La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam”, *Revista Penal*, nº 3 (1999), pp. 36 y ss.; e, incluyendo una reflexión sobre las innegables, aunque no plenamente satisfactorias, soluciones que aportaría el Tratado Constitucional, J.F. CASTILLO GARCÍA, “La comunitarización...”, cit. en nota 2, pp. 12 y ss.

comentarios doctrinales han generado en torno a la euro-orden: la posible limitación de las facultades de respuesta del juez de ejecución frente a posibles vulneraciones de los derechos fundamentales en el Estado de emisión¹⁵⁹. Es más que obvio que las cuestiones vinculadas con la garantía de los derechos fundamentales no pasaron inadvertidas durante el proceso de elaboración de la Decisión Marco¹⁶⁰, preocupación de la que se deja constancia en las no precisamente escasas referencias, directas o indirectas, que a los mismos se contienen en el texto finalmente adoptado¹⁶¹. Básicamente, tales referencias pueden ser agrupadas de cuatro apartados.

En primer lugar se encuentran lo que podríamos denominar como cláusulas generales de sumisión a los principios fundamentales de la Unión, contenidas en el primer inciso del apartado duodécimo del preámbulo, en unos términos que podrían hacer pensar en el establecimiento de una presunción general de adecuación de la Decisión Marco a los derechos fundamentales¹⁶² y, con una proyección más orientada

¹⁵⁹ Por lo que se refiere a la llamada sociedad civil organizada, pueden verse, a título de ejemplo, las opiniones expresadas desde el ámbito de Amnistía Internacional (AMNESTY INTERNATIONAL EU OFFICE, “Human Rights Dissolving at the Borders? Counter-Terrorism and EU Criminal Law”, 31-V-2005, AI Index: IOR 61/013/2005, pp. 16 y ss.; S. ALEGRE, “European Arrest Warrant: a lapse in justice”, *International Herald Tribune*, 2-II-2004, disponible en http://www.ihf.com/articles/2004/02/02/edalegre_ed3_php y, con mayor profundidad, S. ALEGRE y M. LEAF, “Mutual Recognition...”, cit. en nota 13, pp. 200 y ss.), y de Human Rights Watch (“Human Rights Implications of European Union Internal Security Proposals and Measures in the Aftermath of the 11 September Attacks in the United States”, Memorandum, November 6, 2001, disponible en <http://www.hrw.org/press/2001/11/eusecurity-memo.htm>; y “Open Letter to European Union President Guy Verhofstadt”, 12 October 2001, disponible en <http://www.hrw.org/press/2001/10/coe-1012-ltr.htm>).

¹⁶⁰ De hecho, en las conclusiones de Tampere, la supresión del procedimiento formal de extradición respecto de las personas condenadas por sentencia firme, y el desarrollo de procedimientos acelerados de extradición, eran medidas que se proponían “de conformidad con el artículo 6 del TUE”, y “respetando el principio del juicio justo”. Conclusiones de la presidencia, cit. en nota 5, apdo. 35. E, igualmente, este tipo de cuestiones centraron la mayor parte de las discusiones en el seno del Parlamento Europeo y motivaron la mayor parte de las docenas de enmiendas propuestas. Al respecto, M. PLACHTA, “European Arrest...”, cit. en nota 17, pp. 182-183.

¹⁶¹ Para un análisis más amplio y detallado de las mismas, N. ALONSO MORALEDA, “La garantía de los derechos fundamentales en el sistema de detención y entrega europeo”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VI (2006), pp. 358 y ss., y 375 y ss.; o A. FERNÁNDEZ TOMÁS, “Terrorismo...”, cit. en nota 13, pp. 257 y ss.

¹⁶² “La presente decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”. La sensación derivada de la connotación afirmativa del verbo empleado (respeta) no se ve desmentida en las versiones francesa (*respecte*) o inglesa (*observes*). Cabe preguntarse si no habría sido posible expresar de una manera mejor una idea que, ésta sí, se formula expresamente por el TJCE en las reflexiones generales sobre los derechos fundamentales que preceden a sus apreciaciones sobre la conformidad de la supresión de la doble incriminación con el principio de legalidad. Refiriéndose al contenido del artículo 6.2 TUE, afirma en efecto el Tribunal que “(d)e ello se deduce que las instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales del Derecho”. TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, cit. en nota 1, apdo. 45.

hacia su ejecución, en su artículo 1.3¹⁶³. Respecto de éste último, seguramente sea cierto que, en términos jurídicos, pueda tratarse de un precepto superfluo habida cuenta de su carácter reiterativo respecto de lo ya proclamado en disposiciones jerárquicamente superiores cuales son los apartados 1 y 2 del art. 6 TUE¹⁶⁴. No obstante, quizá no esté de más el recordatorio cuando estamos hablando de un instrumento que incide de lleno en el ámbito de las libertades individuales, y en cuya regulación, además, no parece que estén totalmente atados todos los cabos sueltos que de cara a la preservación de las garantías básicas puede plantear su ejecución.

En segundo lugar, el apartado décimo del preámbulo incluye una referencia al procedimiento institucional de respuesta frente a violaciones graves de los principios democráticos en un Estado miembro, afirmando que se trata del único mecanismo admisible de suspensión de la aplicación de la orden europea. Aun cuando, literalmente, la referencia se hace al apartado primero del artículo 7 TUE, debe tenerse en cuenta que tras la entrada en vigor del Tratado de Niza, el 1 de febrero de 2003, el procedimiento al que se refiere la mencionada cláusula del preámbulo de la DM se regula en el apartado segundo de dicho artículo. De lo que cabe extraer una consecuencia probablemente no menor: el mecanismo de alerta en caso de riesgo grave de violación de los principios del art. 6.1 TUE en un Estado miembro, introducido por el Tratado de Niza para paliar las deficiencias en el diseño del mecanismo de respuesta advertidas con ocasión del caso *Haider*, no es suficiente para determinar la suspensión general de la euro-orden. El único procedimiento admisible es, pues, el reservado para los casos de violación grave, lo que teniendo en cuenta el procedimiento establecido para su constatación (unanimidad de los restantes Estados miembros en el seno del Consejo y dictamen conforme previo del Parlamento), parece aludir a una hipótesis, en la Europa de los veintisiete, posible *de iure*, pero irrealizable *de facto*¹⁶⁵. Apuntemos por ahora que, ni la constatación de un riesgo de violación grave prevista hoy en el apartado 7.1 TUE, ni los supuestos que permiten en el protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea cuestionar la condición de estos últimos como Estados de origen seguros -muy significativamente la activación de la cláusula de suspensión del art. 15 CEDH- son suficientes para justificar una suspensión general del mecanismo de la euro-orden¹⁶⁶.

¹⁶³ “La presente Decisión marco 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”.

¹⁶⁴ En ese sentido se han pronunciado, por ejemplo, el Abogado General Ruiz-Jarabo (Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, cit. en nota 23, apdo. 70) o W.M. KUHN, “Problemas jurídicos...”, cit. en nota 15, p. 21.

¹⁶⁵ No parece, además, que exista la intención de modificar el procedimiento aplicable para la constatación de una violación grave y persistente de los principios democráticos en un Estado miembro, como pone de manifiesto su sustancial subsistencia en el art. I-59.2 del Tratado Constitucional. Sobre las deficiencias del citado mecanismo, puede verse el reciente trabajo de A. WILLIAMS, “The indifferent gesture: Article 7 TEU, the Fundamental Rights Agency and the UK’s invasión of Iraq”, *ELR*, vol. (2006-1), pp. 3 y ss.

¹⁶⁶ La solución final contrasta claramente con la prevista en el art. 49 de la Propuesta de la Comisión, el cual contemplaba un mecanismo unilateral en virtud del cual cada Estado miembro, de manera

Un tercer grupo de referencias a los derechos fundamentales en la Decisión marco están prioritariamente orientadas a asegurar su respeto por parte del Estado de ejecución a lo largo del procedimiento de tramitación de la solicitud de entrega. Sin perjuicio de las implicaciones que en este contexto pudiera tener la genérica afirmación preambular según la cual la Decisión Marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales sobre, entre otros, el derecho a un proceso equitativo (apartado 12, último inciso), la mayor parte de las alusiones al respecto se encuentran formuladas a lo largo y ancho de su articulado. Además de la configuración como motivos facultativos u obligatorios de no ejecución de circunstancias relacionadas con el *non bis in idem* (arts. 3.3 y 4.2, 3 y 5) o la minoría de edad penal (art. 3.3), cabe mencionar dentro de este apartado la regulación de los derechos de información y a la asistencia de abogado e intérprete de la persona detenida (art. 11), de la libertad provisional (art. 12), de las garantías sobre la libre formulación del consentimiento a la entrega (art. 13), de los derechos de audiencia del individuo afectado (art. 14) o, vinculado ya con el Estado de emisión, la deducción del periodo de detención transcurrido en el Estado miembro de ejecución (art. 26). En relación con este tipo de disposiciones nos limitaremos a señalar la significativa reducción de estándares de protección detectada a partir de la comparación entre la propuesta de la Comisión y la versión finalmente adoptada de Decisión marco¹⁶⁷, así como la falta de homogeneidad

individualizada y provisional, podía mediante declaración dirigida al Consejo y la Comisión, decidir la suspensión del mecanismo de la euro-orden respecto de otro Estado miembro en caso de violación grave y persistente en el mismo de los derechos fundamentales, suspensión que cesaría en el supuesto de que, en un plazo de seis meses, el procedimiento del artículo 7 no se pusiera en marcha.

¹⁶⁷ Véase, al respecto, F.J. FONSECA MORILLO, “La orden...”, cit. en nota 31, pp. 79-87; y C. MORGAN, «La orden de detención...», cit. en nota 9, p. 316. Así, el momento en que surge el derecho a la asistencia letrada, reconocido en la propuesta de la Comisión desde el mismo momento de la detención, no aparece concretado en el art. 11.2, que en este punto se remite a la legislación del Estado de ejecución. En el caso español, los artículos 13 y 14.2 de la Ley /2003 se remiten a la LECrim, debiendo prestarse como mínimo desde la toma de declaración del detenido y, según se desprende de las SSTC 339/2005 y 81/2006, de tal manera que quede preservado el derecho del detenido a la elección de abogado. Sobre las citadas sentencias, P.M. GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, “Motivos de paralización de la orden europea de detención y entrega: denuncia y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada. Comentario a las SSTC 339/2005, de 20 de diciembre y 81/2006, de 13 de marzo de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10 (2006). Igualmente, la libertad del detenido, que en la propuesta podía tener lugar a iniciativa de la autoridad judicial de ejecución o de emisión, sólo se contempla finalmente por decisión de la autoridad de ejecución y en aplicación de su Derecho interno. También en este aspecto, es de lamentar que la Ley española, siguiendo una tendencia bastante generalizada, parezca configurar una preferencia a favor de la detención preventiva y en detrimento de otras medidas cautelares menos gravosas desde el punto de vista de los derechos y libertades del individuo. Véase, sobre el particular, M. JIMENO BULNES, “Medidas cautelares de carácter personal”, en L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, pp. 380-381; o C. ARANGÜENA FANEGO, “Las medidas cautelares en la regulación de la orden europea de detención y entrega: especial consideración de la prisión provisional y sus alternativas y de la intervención de objetos y efectos del delito”, L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, pp. 417 y ss. E, igualmente, la regla general de la libertad del detenido previsto en la propuesta en caso de incumplimiento del breve plazo fijado para la adopción de la resolución sobre la entrega acabó desapareciendo finalmente del art. 17. Por lo demás, ni la propuesta ni la decisión final contemplan o excluyen la posibilidad de recurso contra la decisión de la autoridad de ejecución que resuelva la solicitud. En nuestro país, la exclusión de todo recurso contra la resolución del Juez Central de Instrucción, en caso de consentimiento a la entrega por el detenido, o de la Sala de lo Penal de la

de la tutela asegurada en los diferentes Estados miembros como consecuencia de las continuas remisiones a las legislaciones nacionales para la regulación de buena parte de los aspectos relacionados con las citadas garantías¹⁶⁸.

Mayor interés a los efectos que ahora nos interesan presenta el último grupo de referencias a los derechos fundamentales en la Decisión Marco, las cuales están orientadas a introducir cautelas o garantías encaminadas a impedir o prevenir violaciones de los derechos fundamentales –o de determinados entendimientos de los mismos- en el Estado de emisión con posterioridad a la entrega. Dos de ellas aparecen recogidas en el propio articulado y contemplan la posibilidad de condicionar la entrega al ofrecimiento de garantías en caso de condena en rebeldía o de penas a perpetuidad (arts. 5.1 y 2)¹⁶⁹. Las otras, por el contrario, tan solo se formulan en el preámbulo. Se trata, por un lado, de la denominada cláusula humanitaria, francesa o de no discriminación reproducida en el apartado decimosegundo, segundo inciso, en cuya virtud nada en la Decisión marco puede interpretarse en el sentido de que impide

Audiencia Nacional, en otro caso, parece estar traduciéndose en una multiplicación de recursos de amparo que, añadida a la proclividad del TC a decretar la suspensión provisional de la citada resolución, no propicia precisamente el adecuado cumplimiento, ya no de los plazos, sino de la filosofía de urgencia en la tramitación exigida en el art. 17 DM. Sobre todo ello, F. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “El derecho fundamental a ser asistido por abogado e intérprete”, en L. Arroyo y A. Nieto (dirs.), *La orden...*, cit. en nota 7, pp. 342-344; y P.M. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, “Motivos de paralización...”, cit. en esta misma nota, pp. 11-14. No deja de ser paradójico, además, que las distintas leyes españolas sobre cooperación penal internacional (Ley de Extradición Pasiva, Leyes de cooperación con los tribunales penales internacionales *ad hoc*, Ley de cooperación con la Corte Penal Internacional y, finalmente, Ley sobre orden europea de detención y entrega) adopten posturas divergentes sobre este último tema. Véase, en este sentido, I. LIROLA DELGADO y M.M. MARTÍN MARTÍNEZ, “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XX (2004), pp. 214 y ss.

¹⁶⁸ Precisamente, con el fin de armonizar algunas de las garantías básicas de las personas detenidas, la Comisión presentó un Libro Verde sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea primero (COM -2003- 75 final), y una propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea después (COM -2004- 328 final) en los que se proponía armonizar los contenidos mínimos de las citadas garantías en cinco ámbitos: derecho a la asistencia y representación por abogado; derecho a un intérprete y/o traductor competente y cualificado; protección adecuada para grupos especialmente vulnerables; y asistencia consular. La oposición por parte de un grupo de Estados miembros a la adopción de cualquier tipo de medidas en este ámbito, unido a la intergubernamentalidad imperante para la adopción de medidas normativas en el tercer pilar, parecen haber llevado la propuesta al dique seco. Véase al respecto, la Comunicación de la Comisión "First implementation report of the Hague Programme and Action plan" (the "Scoreboard Plus"), MEMO/06/252, 28/06/2006. Sobre la iniciativa de la Comisión en este ámbito, puede verse, Y. GALLEGO-CASILDA GRAU, “El Libro Verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea”, en A. Galgo Peco (ed.), *Derecho Penal...*, cit. en nota 19, pp. 235 y ss.

¹⁶⁹ No deja de ser paradójico que, tratándose del problema que generó los desencuentros hispano-italianos que motivaron el Tratado de 2000 entre los dos países, la exigencia de garantías de un nuevo proceso en caso de condena en rebeldía por delitos graves haya debido venir impuesta, una vez más, por el Tribunal Constitucional (STC 177/2006, de 5 de junio, F.J. 7º) ante la inexplicable omisión de toda referencia a la posibilidad prevista en el art. 5.1 DM en la Ley 3/2003. Véase, en un sentido crítico, A. CUERDA RIEZU, *De la extradición...*, cit. en nota 15, pp. 140-141; o L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN, “Presentación”, cit. en nota 141, p. 15.

(denegar)¹⁷⁰ la entrega de una persona cuando existan razones objetivas para pensar que la citada solicitud fue emitida 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 razones¹⁷¹.

Por otro lado, el penúltimo apartado del preámbulo reproduce el contenido del art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, afirmando 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. Se trata, obviamente, de una cláusula inspirada en el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura de 1984¹⁷² y en la doctrina -entonces osada y hoy ampliamente aceptada¹⁷³ y aplaudida- sentada por el TEDH en el asunto *Soering*¹⁷⁴. Finalmente, el citado apartado decimotercero concluye con una declaración

¹⁷⁰ Curiosamente, una errata aún no corregida en la versión española de la Decisión marco publicada en el Diario Oficial hizo decir a su preámbulo exactamente lo contrario de lo que se pretendía expresar al omitir el verbo que figura entre paréntesis.

¹⁷¹ La denominada cláusula francesa constituye, como recuerda N. ALONSO MORALEDA, una regla clásica en el derecho extraditacional europeo, ya contemplada tanto en los instrumentos adoptados en el seno del Consejo de Europa -Convenio Europeo de Extradición de 1957 (art. 3.2), Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (art. 5)- como en el propio Convenio de extradición de la UE de 1996 (art. 5.3). No puede dejar de señalarse, igualmente, que la citada cláusula, bien que ampliando los motivos de persecución que exigen rechazar la extradición al sexo y la orientación sexual -en la línea insistentemente defendida por ACNUR- es una manifestación de la considerada por muchos primera y más importante obligación que pesa sobre los Estados en virtud del Derecho Internacional de los Refugiados: el principio del *non refoulement*, proclamado en el art. 33 de la Convención de Ginebra, a cuyo tenor “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

¹⁷² De conformidad con dicho precepto “(n)ingún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

¹⁷³ Entre otros, por el TC español, para quien “las lesiones de derechos fundamentales que procedan de las autoridades extranjeras en el proceso penal de origen -lesiones ya acaecidas o el temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro (...)- podrían ser imputables a los Tribunales españoles que las conocieran y a pesar de ello autorizasen la entrega, porque en tal caso contribuirían bien a que el derecho fundamental ya quebrantado no fuera restablecido, bien a favorecer una futura lesión de los derechos fundamentales del extraditado, convirtiéndose así en autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado” STC 141/1998, F.J. 1. Sobre la citada doctrina, C. CEZÓN GONZÁLEZ, *Derecho extraditacional*; Madrid, pp. 112 y ss.; A. ROVIRA, *Extradición y derechos fundamentales. Comentarios al art. 13.3 de la Constitución*, Madrid, pp. 93 y ss.; o A. CUERDA RIEZU, “Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III (1999-2002), pp. 179 y ss.

¹⁷⁴ TEDH, Sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*. Osada, entre otras cosas, porque deducía de la prohibición de la tortura del art. 3 CEDH, obligaciones para los Estados parte a favor de individuos sometidos a su jurisdicción sí, pero frente a posibles violaciones cometidas por Estados no parte, de un derecho además no asumido en el marco del Convenio por el Estado parte demandado. No se olvide que el trato inhumano y degradante al que se arriesgaba a quedar sometido el Sr. Soering era el derivado del “corredor de la muerte”, y que el Reino Unido no había ratificado por aquellas fechas el

en virtud de la cual la Decisión Marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios, lo que parece ser una contrapartida, al menos en parte, por la supresión del tradicional principio de no extradición por delitos políticos¹⁷⁵.

2. ¿Es admisible una denegación de entrega ante un riesgo de violación de los derechos humanos en el Estado de emisión?

Al margen de los ya comentados problemas relacionados con la supresión del principio de doble incriminación para el listado del art. 2.2, la mayor parte de las suspicacias suscitadas por la Decisión Marco desde el punto de vista de los derechos fundamentales han tenido que ver, básica y esencialmente, con las últimas cláusulas que se acaban de describir. O, más exactamente, con el hecho de que, salvo las posibilidades de entrega condicionada en los supuestos puntuales de rebeldía o de condenas a perpetuidad o el motivo obligatorio de no ejecución basado en la minoría de edad, los eventuales límites contemplados en la Decisión Marco a las obligaciones de entrega basadas en posibles violaciones de los derechos humanos en el Estado de emisión tan solo aparecen previstas en el preámbulo. Unas suspicacias sustentadas en el valor meramente interpretativo que se acostumbra a asignar a los preámbulos y exposiciones de motivos de los textos normativos, y alentadas e incentivadas por la revelación de que la omisión de este tipo de cláusulas entre los motivos facultativos u obligatorios de no ejecución fue el resultado de una opción deliberada y conscientemente aceptada, tras intensas y acaloradas negociaciones, motivada por considerarse esa incorporación al

Protocolo adicional nº 6 relativo a la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz. Para completar el cuadro, quizá deba recordarse también, de una parte, que quien encabezaba por aquel entonces el *Gobierno de su Graciosa Majestad* jamás se caracterizó por su europeísmo militante ni por desmesura alguna en la aceptación de límites a la soberanía británica –ni siquiera en el ámbito de los derechos humanos– y, de otra, que la solicitud de extradición procedía de un tribunal virginiano, de manera que no era precisamente a un Estado periférico a quien desde Estrasburgo se le decía que violaba derechos fundamentales, esenciales e inderogables. Sobre la citada sentencia puede verse, A. SALADO OSUNA, *La pena de muerte en derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Madrid, 1999, pp. 162 y ss., y la bibliografía allí citada. La doctrina del TEDH en el asunto *Soering*, sometida a algún que otro freno en lo que se refiere a considerar abolida la pena de muerte para los Estados parte que no han ratificado el protocolo nº 6 (TEDH, sentencia de 12 de mayo de 2005, *Ocalan c. Turquía*, apdos. 163-165), aparece totalmente consolidada en lo que respecta a la prohibición de expulsar (TEDH, sentencia de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas c. Suecia*, apdo. 70; TEDH, sentencia de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, apdo. 103; TEDH, sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, apdos. 85-86;) o extraditar (TEDH, sentencia de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, apdo. 67; TEDH, sentencia de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, apdos. 333-39) a un individuo a un país en el que corra serio riesgo de ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes.

¹⁷⁵ Un principio que había venido sufriendo importantes recortes, especialmente en el ámbito europeo, en el sentido de excluir de la consideración de delito político los crímenes cometidos contra Jefes de Estado y miembros de sus familias –la denominada cláusula belga– (art. 3.3 Convenio Europeo de Extradición de 1957) el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (art. 1 del Protocolo Adicional al citado Convenio de 1975) y, finalmente, los delitos de terrorismo (Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977, arts. 1 y 2, y de manera más ambiciosa, Convenio de Extradición de la Unión Europea de 1.996, art. 5).

articulado como incompatible con el espíritu de confianza mutua sobre el que reposa el principio del reconocimiento mutuo¹⁷⁶.

La confianza mutua se sustenta en la proclamación de unos valores comunes, sí, pero también en el sometimiento de todos los miembros de la Unión a mecanismos específicos y comunes de garantía de esos valores. Es bastante evidente que los Estados miembros de la UE están sometidos a unos mecanismos de control, supervisión y garantía de los derechos humanos más intensos y reforzados que aquéllos a los que están sometidos los Estados en otras partes del planeta. Comenzando por el CEDH, es indiscutible, en efecto, que su carácter plenamente jurisdiccional, la jurisdicción obligatoria del TEDH y la plena accesibilidad del individuo hacen que su sistema de protección, en el que todos los Estados miembros de la Unión participan, resulte único entre los mecanismos internacionales de garantía. Sin embargo, y dejando a un lado la seria impugnación que de la configuración del acceso del individuo al sistema plantea el protocolo nº 14¹⁷⁷, no debe olvidarse que estamos en presencia de un sistema de garantías de carácter mínimo¹⁷⁸ y que su funcionamiento sigue adoleciendo de una más que preocupante pesadez.

Y, salvando la distancia entre Estrasburgo y Luxemburgo, cosas parecidas pueden decirse del sistema de protección de la Unión Europea. Por mucho que los principios fundamentales del art. 6.2 resulten vinculantes para los Estados miembros, y por más que el Tribunal de Justicia haya proclamado su competencia para velar por su

¹⁷⁶ Véase, en ese sentido, D. FLORE, “Le mandat d’arrêt...”, cit. en nota 135, p. 278; o F. IZURZUN MONTORO, “La orden europea...”, cit. en nota 141, pp. 48 y ss.;

¹⁷⁷ La plena accesibilidad del individuo al TEDH, posible desde la entrada en vigor del Protocolo de enmienda nº 11 en 1998, queda considerablemente cercenada en el Protocolo de enmienda nº 14, adoptado el 13 de mayo de 2004 y pendiente tan solo de la ratificación de la Federación Rusa para su entrada en vigor. Sin entrar en detalles, en él se configura como motivo de inadmisibilidad de las demandas individuales el hecho de que el particular no haya sufrido un perjuicio grave, siempre y cuando el asunto haya sido adecuadamente considerado por los tribunales internos (art. 12). Sobre el citado protocolo, J.A. PASTOR RIDRUEJO, “El Protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?”, *REDI*, vol. LVI, 2004, nº 1, pp. 141-149.

¹⁷⁸ El CEDH fue adoptado con la finalidad, únicamente y según reza su preámbulo, de “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”. Lo que explica, entre otras cosas, que no esté proscrita la pena de muerte y que haya de acudirse a los protocolos 6 y 13, evidentemente no ratificados por todos los Estados parte, para ir más allá en la preservación del derecho a la vida; o que el ámbito de aplicación del derecho a un proceso equitativo del artículo 6.1 sea considerablemente inferior al que predicen algunos Estados miembros de la UE de sus correspondientes disposiciones constitucionales sobre el *fair trial*. Por poner un ejemplo en un ámbito deliberadamente elegido, mientras que el TEDH niega que el art. 6.1 resulte aplicable a los procedimientos de extradición (TEDH, sentencia de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, apdos. 81-83), nuestro Tribunal Constitucional viene señalando desde hace tiempo que a los citados procedimientos se le aplican, aunque no todas las garantías del proceso penal, sí las que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (véase, sin ir más lejos, el pasaje reproducido *supra* de la STC 11/1983, de 21 de febrero, F.J. 1).

respeto cuando aplican el Derecho de la Unión¹⁷⁹, en lo que se refiere al tercer pilar se trata de una competencia, si no meramente virtual, sí muy limitada. Reemplazado en el art. 35 TUE el recurso de incumplimiento por un mecanismo interpretativo en el que se margina casi completamente a la Comisión, excluida su competencia para enjuiciar la validez o proporcionalidad de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, y convertida en facultativa la jurisdicción prejudicial del Tribunal¹⁸⁰, pocas son las dudas que subsisten hoy en cuanto a la manifiesta inadecuación del sistema de control jurisdiccional en el tercer pilar¹⁸¹. No es extraño, por ello, que encontrándose en vía muerta el Tratado constitucional¹⁸², la mejora de la protección jurisdiccional en los asuntos relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia siga siendo objeto de

¹⁷⁹ Tal y como “reafirma”, el art. 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, basándose evidentemente en la doctrina sentada, entre otros muchos, en los asuntos *Wachauf* (TJCE, S. de 13 de julio de 1989, as. 5/88) y *ERT* (TJCE, S. de 18 de junio de 1991, as. 260/89).

¹⁸⁰ España formuló una declaración aceptando la competencia del Tribunal de conformidad con el art. 35, aunque en la modalidad prevista en el apartado 3.a, lo que en el caso que nos ocupa de eventuales dudas relativas a la ejecución de una euro-orden por razones vinculadas a la situación de los derechos humanos en otro país de la Unión Europea, se plantea el interrogante de si los juzgados centrales de instrucción o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional pueden considerarse en la actualidad “órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno en el sentido del art. 35.3.a”.

¹⁸¹ Como es de sobra conocido, si en Maastricht la jurisdicción del TJCE sobre la Cooperación en Justicia e Interior se limitaba a la competencia interpretativa que, en su caso, le confirieran los convenios entre los Estados miembros –caso del protocolo sobre el particular al Convenio Europeo– el Tratado de Ámsterdam amplió algo más las competencias del TJCE en este ámbito, aunque sin llegar a extender los poderes que asume en el pilar comunitario y de acuerdo con un régimen harto peculiar regulado en el art. 35 TUE. Sobre la reforma del sistema judicial prevista en Ámsterdam puede verse, L.N. GONZÁLEZ ALONSO, “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, vol. 4 (1998), pp. 501 y ss..

¹⁸² La reforma prevista por el Tratado Constitucional, al disponer la supresión de la distinción entre pilares y la casi plena aplicación de las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión a la Cooperación Policial y Judicial Penal, habría resuelto casi de manera plena el problema. Y no sería casi, de no ser por la subsistencia de esa exclusión de competencias respecto de las actuaciones orientadas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (art. III-377), algo que no deja de ser tanto más inquietante cuanto uno más conoce lo que, supuestamente, puede llegar a intentar justificarse en nombre de la seguridad. Ciñéndonos al ámbito europeo, cabe obtener una orientación de lo que se quiere decir aquí, por ejemplo, en J. RUILOBA ALBARIÑO, “La responsabilidad de los Estados Europeos en los vuelos secretos de la CIA – Especial referencia a España”, *RDCE*, vol. 24 (2006), pp. 541 y ss., complementado con el reciente informe del senador D. Marty, *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees involving Council of Europe Member States: Second Report*, 7 junio 2007, disponible en http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/EMarty_20070608_NoEmbargo.pdf; o en la sentencia del Comité de Apelación de la House of Lords de 16 de diciembre de 2004 declarando contrarios a la Human Rights Act de 1998 los más controvertidos aspectos de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*. Está disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>. No se olvide, por lo demás, que la “guerra sucia” ha sido una tentación a la que, no hace mucho, no se han resistido algunos Estados miembros en la lucha contra el terrorismo y que, también en este ámbito, organizaciones no gubernamentales sobre derechos humanos y algún órgano convencional de supervisión vienen manifestando insistentemente sus objeciones respecto de la legislación de un Estado miembro no precisamente lejano a nosotros.

reflexión. En este contexto, de un tiempo a esta parte viene apuntándose la necesidad de acelerar y agilizar el procedimiento prejudicial en el ámbito del tercer pilar, a cuyo efecto circulan ya sendas propuestas encaminadas a la instauración, sin necesidad de revisión de los Tratados¹⁸³ de un procedimiento prejudicial de urgencia¹⁸⁴. Pese a lo necesario de la propuesta, no puede olvidarse que se trata de una reforma sugerida por el Consejo como complementaria a la prevista en la Constitución y que en modo alguno subsana los problemas estructurales que sigue planteando el art. 35 TUE, los cuales se traducen en importantes vacíos de control jurisdiccional en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales por los Estados miembros en estos ámbitos¹⁸⁵.

¹⁸³ Pero sí, al menos en una de las opciones barajadas, del art. 23 del Estatuto del Tribunal. Recuérdese que, desde la reforma operada en Niza del art. 245 TCE, y con la única salvedad de su título I, la reforma del Estatuto quedó sometida a procedimientos institucionales, sin conferencia intergubernamental ni fase nacional de ratificación. Repárese, no obstante, en que el derecho de todos los Estados miembros de presentar observaciones escritas en el procedimiento prejudicial, contemplado en el art. 23 del Estatuto y cuya supresión sería el objetivo principal de una de las dos opciones barajadas por el TJCE, se encuentra también reconocido, en lo que a la Cooperación Policial y Judicial Penal respecta, por el art. 35.4 TUE. Independientemente de ello, y aún aplicándose el procedimiento simplificado de reforma del art. 245 TCE, la exigencia de unanimidad en el Consejo sigue complicando notablemente las cosas.

¹⁸⁴ En el Programa de La Haya, los Jefes de Estado y de Gobierno invitaron a la Comisión a que presentara una propuesta al respecto. *Consejo Europeo de Bruselas*, 4 y 5 de noviembre de 2004, p. 36. En el marco de los trabajos de reflexión iniciados con ese fin, el TJCE ha hecho públicos hasta la fecha sendos documentos de reflexión. Uno, remitido a la presidencia finlandesa del Consejo el 25 de septiembre de 2006 titulado “Documento de reflexión sobre la tramitación de las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia”, y un segundo remitido el 14 de diciembre pasado con el título “Apéndice al documento de reflexión sobre la tramitación de las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia”. Están ambos disponibles en el sitio web del TJCE. <http://curia.eu.int>. El TJCE baraja dos opciones. La primera –opción I-, se centra en la limitación del derecho a formular observaciones a las partes del litigio principal, a la Comisión y al Estado desde el cual se planteó la cuestión, con exclusión pues, de los restantes Estados miembros, el Consejo y el Parlamento Europeo, los cuales podrían, eso sí, solicitar un reexamen con eficacia *pro futuro* y sin incidencia en la resolución del litigio principal. Más conservadora, la opción II, consiste únicamente en una significativa reducción de los documentos procesales a traducir a todas las lenguas oficiales, traducción que solo alcanzaría a la cuestión prejudicial, una importante reducción del plazo para presentar observaciones escritas y, en su caso, de la extensión de estas últimas, y la supresión del trámite de presentación de conclusiones formales por parte del Abogado General, el cual no obstante seguiría siendo escuchado.

¹⁸⁵ Resulta dudoso, de entrada, si la actuación de los Estados miembros en el procedimiento penal en el curso del cual se solicita la entrega, en particular, o sus actuaciones penales, en general, pueden considerarse como ámbitos en los que aplican Derecho de la Unión en el sentido del art. 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales. Es inadmisibles, como ya se ha señalado, la exclusión de las actuaciones realizadas en el ejercicio de sus responsabilidades en materia de orden público o seguridad interior. Y las restricciones en la competencia prejudicial y la inexistencia de un recurso de incumplimiento pueden provocar que no exista cauce procesal a través del cual suscitar la adecuación de los Estados miembros a los principios fundamentales del art. 6.2. Sea como fuere, no pueden ignorarse las reticencias tradicionalmente manifestadas por ciertos Estados miembros a la hora de someterse al control del respeto de los derechos fundamentales por parte del TJCE, reticencias que se manifiestan incluso en la puntualización, contenida en el art. 51.2 de la CDFUE según la cual, con este instrumento no se crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados.

A nadie puede extrañar, vistos los límites de los mecanismos comunes de garantía¹⁸⁶, que la posibilidad de ampararse en las cláusulas sobre derechos fundamentales de la Decisión Marco (apdos. 12 y 13 del preámbulo y art. 1.3) para justificar la no ejecución de una euro-orden cuando exista un riesgo grave de violación de los derechos fundamentales en el Estado de emisión, sea una opción ampliamente respaldada entre la doctrina¹⁸⁷, expresa o implícitamente reconocida por un significativo número de leyes nacionales de transposición¹⁸⁸ o por ciertas jurisdicciones nacionales¹⁸⁹ y, finalmente, aceptada dentro de estrictos límites por la propia Comisión¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Límites que también afectan a los ya referidos mecanismos contemplados en el artículo 7 TUE de respuesta frente al riesgo claro de violación grave, de una parte, y frente al supuesto de violación grave y persistente de los principios democráticos proclamados en el art. 6.1, aunque esta vez las deficiencias derivan de su naturaleza eminentemente política, de las dificultades procedimentales que su puesta en marcha comporta, y de las nulas posibilidades de acceso que ofrece a los particulares afectados. La cláusula de salvaguardia prevista en los arts. 39 del acta de adhesión de 2003 y 39 del Protocolo de adhesión de Rumanía y Bulgaria, en virtud de la cual la Comisión puede decidir una suspensión provisional de los instrumentos basados en el principio del reconocimiento mutuo en caso de problemas, entre otros, en la aplicación de las Decisiones Marco, tiene la virtud de superar las dificultades procedimentales que plantea el art. 7 TUE, pero a la naturaleza política y al imposible acceso del individuo afectado añade el problema que plantea su operatividad limitada a un grupo de Estados miembros.

¹⁸⁷ Pueden verse, entre otros, S. ALEGRE y M. LEAF, “Mutual Recognition...”, cit. en nota 13, p. 210; N. ALONSO MORALEDA, “La garantía de los derechos fundamentales...”, cit. en nota 161, p. 411; S. DE GROOT, “Mutual trust in (European) extradition law”, en R. Blekxtoon y W. van Ballegooij (eds.), *Handbook...*, cit. en nota 14, p. 89; M. DE HOYOS SANCHO, “El principio...”, cit. en nota 128, p. 838; I. JEGOUZO, “Le mandat d’arrêt européen: premiers pas d’un espace judiciaire européen en matière pénale”, *Révue des affaires européennes* (2003-2004), p. 358; W.M. KUHN, “Problemas jurídicos...”, cit. en nota 15, p. 27; J.J. LÓPEZ ORTEGA, “El futuro...”, cit. en nota 102, pp. 296-297; V. MITSILEGAS, “The constitucional...”, cit. en nota 7, pp. 1309 y ss.; P.-Y. MONJAL, « La décision – cadre instaurant le mandat d’arrêt européen et l’ordre juridique français : la constitutionnalité du droit dérivé de l’Union européenne sous contrôle du Conseil d’État », *Révue du Droit de l’Union Européenne* (2003), pp. 128 y ss. pp. 132 y ss.; D. VANDERMEERSCH, “Le mandat d’arrêt européen et la protection des droits de l’homme”, *Revue de droit penal et de Criminologie* (2005), p. 223; o N. VENNEMANN, “The European Arrest Warrant and its Human Rights Implications”, *ZAÖRV* (2003), p. 115.

¹⁸⁸ Tal y como señala la Comisión en su informe adoptado sobre la base del art. 34 de la Decisión Marco, alrededor de dos tercios de los Estados miembros han introducido como motivos expresos de denegación obligatoria consideraciones vinculadas con la violación de los derechos fundamentales, a través de cláusulas claramente inspiradas o que reproducen el art. 1.3, o relacionadas con el móvil discriminatorio, inspiradas esta vez en los apartados 12 y 13 del preámbulo (Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Decisión Marco, cit. en nota 8, apdo. 2.2.1 *in fine*, p. 5). Y, quienes no lo han hecho, han manifestado que tales motivos existen independientemente de que se prevean o no y que están obligados a respetarlos en cualquier caso. Pese a que algunas de las legislaciones nacionales se han separado del tenor literal de las mencionadas cláusulas de la Decisión Marco, para incluir por ejemplo referencias a los casos de violación del CEDH o de la normativa interna de incorporación del Convenio de Roma (como es el caso del artículo 21 de la *Extradition Bill* del Reino Unido, o el art. 29 de la *European Arrest Warrant Bill* irlandesa), el grupo de trabajo de la Comisión sólo ha manifestado su inquietud respecto de aquellas legislaciones que amplían las causas de denegación para incorporar los supuestos de violación de la constitución nacional -caso del mencionado precepto de la ley irlandesa-, los casos en los que la solicitud viene motivada por una actividad realizada por la causa de la libertad -como, al parecer, ocurre en las legislaciones griega y chipriota-, o el supuesto en el que la autoridad judicial de ejecución considere que no hay duda razonable en cuanto a que la persona solicitada es culpable -caso de la legislación holandesa- (Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión para la evaluación de la aplicación de la euro-orden, cit. en

V. REFLEXIONES FINALES.

La orden europea de detención y entrega representa el instrumento pionero y más simbólico de la filosofía con la que, desde la Unión Europea, trata de darse respuesta desde mediados de la década de los noventa a las crecientes demandas de seguridad. Unas demandas derivadas de la supresión de los controles en las fronteras interiores, en un contexto caracterizado por la intensificación de los fenómenos de criminalidad transnacional organizada a nivel global. Someter los procedimientos de entrega a procedimientos reglados, eliminando la discrecionalidad tradicionalmente vinculada a una extradición basada en la reciprocidad y la desconfianza, encomendar el poder decisorio necesario para su gestión a los órganos judiciales, y reducir al mínimo indispensable los trámites para su formalización, constituyen las principales contribuciones de la euro-orden a esas crecientes y fundadas demandas de seguridad. Un reto este último en el que no hay que olvidar que, junto a otros bienes jurídicos dignos de protección, está en juego también la preservación de algunos de los más esenciales derechos y libertades, crecientemente amenazados por lo que R.J. DUPUY

nota 22., pp. 5-6 y 8). Para un resumen de los diferentes preceptos nacionales que incorporan cláusulas de denegación basados en los derechos fundamentales, véase N. ALONSO MOREDA, “La garantía...”, cit. en nota 161, pp. 65-66.

¹⁸⁹ Entre tales jurisdicciones se encuentra el Tribunal Constitucional Federal alemán quien, en el asunto *Darkazanli*, vino a sostener que la Constitución germana exige que en cada caso concreto tenga lugar un examen individual de si los derechos del individuo reclamado son respetados, añadiendo que el principio del reconocimiento mutuo y la confianza mutua que se conecta al mismo no pueden limitar la garantía constitucional de los derechos fundamentales (*Bundesverfassungsgericht*, sentencia de 18 de julio de 2005, apdo. 118). Véase, al respecto, V. MITSILEGAS, “The Constitucional...”, cit., p. 1295-197. Y el propio Tribunal Constitucional español parece sumarse a este tipo de posiciones al exigir, pese al silencio de la ley de transposición, que los órganos judiciales españoles condicionen las entregas de personas condenadas en rebeldía a la posibilidad de impugnación de la sentencia en el Estado de emisión, por entender aplicable también aquí su jurisprudencia de acuerdo con la cual constituye “una vulneración 'indirecta' de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa». STC 177/2006, de 5 de junio, F.J. 7. De donde cabe deducir que, como mínimo, las exigencias absolutas de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la tutela judicial, pueden erigirse en límites a las obligaciones de entrega previstas en la Decisión Marco.

¹⁹⁰ En respuesta a una pregunta parlamentaria sobre el particular, el entonces Comisario de Justicia e Interior, Sr. Vitorino sostuvo que “si hay indicios de que la ejecución de una orden de detención europea corre el riesgo de suponer, para la persona entregada, un serio riesgo de que se la someta a tortura o a tratamientos inhumanos o degradantes, la autoridad judicial de ejecución deberá rechazar la ejecución de la orden”. Véase F.J. FONSECA MORILLO, “La orden de detención...”, cit. en nota 31, p. 91. En un sentido similar, en su Informe sobre la aplicación nacional de la Decisión Marco, la Comisión ha sostenido que “ni 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 Estados miembros”. Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Decisión Marco, cit. en nota 8, apdo. 2.2.1 *in fine*, p. 5 y apdo. 2.2.3, p. 6. Y una opinión parecida ha sido manifestada por G. DE KERCHOVE, Director de Justicia de la Dirección de Justicia y Asuntos de Interior de la Secretaria General del Consejo (“La orden de detención...”, cit. en nota 7, p. 26), y por el propio Abogado General Ruiz-Jarabo en el asunto *Advocaten vor de Wereld*. Conclusiones..., cit. en nota 23, apdo. 18.

calificó hace ya una década como el “desdoblamiento del mundo”¹⁹¹, es decir, por la existencia de un mundo –y una Europa- de los Estados cada vez más permeable y menos compartimentalizada, también en lo criminal, como consecuencia de la intensificación de los procesos transnacionales.

Sin embargo, pese a que desde principios del milenio se vengan oyendo voces que reclaman una reestructuración de los tradicionales equilibrios entre seguridad y libertad, la opción europea, si quiere anclarse firmemente en los valores democráticos proclamados en el artículo 6 del Tratado de la Unión, no puede basarse sino en la afirmación de una seguridad al servicio de la libertad y respetuosa con sus exigencias. Precisamente por ello, las cláusulas sobre respeto de los derechos humanos contenidas en la Decisión Marco no pueden ser vistas como meras fórmulas retóricas con una finalidad ornamental y subsidiaria al servicio de los principios-guía de la cooperación judicial penal. Todo lo contrario, el respeto de los derechos fundamentales no pueden ser contemplado como una posible amenaza frente a la necesaria cooperación judicial penal, sino como el presupuesto existencial de la confianza mutua sobre la que esta última se sustenta.

Situada en esas coordenadas, la sentencia del TJCE en el asunto *Avocaten voor de Wereld* no deja de provocar un cierto sentimiento de insatisfacción, y ello no tanto por lo que dice como por lo que omite. Está bien proclamar en abstracto el carácter vinculante y fundamental de los principios del artículo 6.1 y 2 del Tratado de la Unión para las instituciones y los Estados miembros, como también lo está reconocer el valor que a la hora de su aplicación ha de atribuirse a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pero, seguramente, el Tribunal de Luxemburgo podría haber ido más allá, al menos, en una triple dirección.

En primer lugar, el tenor de los instrumentos normativos de referencia (CEDH y CDFUE), y la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos y de ciertas jurisdicciones nacionales avalan indiscutiblemente la posición del Tribunal en virtud de la cual, el principio de legalidad penal, en su dimensión material, no afecta ni condiciona la euro-orden, pues la decisión marco no define delitos ni impone penas, de manera que la supresión de la doble incriminación para un muy impreciso listado de delitos no puede implicar vulneración de ese principio. Pero no debe olvidarse que alguna jurisdicción nacional había venido manteniendo una posición bastante distinta y, sobre todo, que detrás de ello se encuentra la idea según la cual, en la tradicional exigencia de la doble incriminación se hallan implicadas consideraciones de seguridad jurídica que, quizá, merezcan un tratamiento equivalente a las que subyacen al principio de legalidad penal. Al fin y al cabo, seguramente sean ese tipo de consideraciones las que pueden explicar que la supresión de la doble incriminación en la Decisión marco no sea total, o que la prescripción en el Estado de ejecución pueda seguir siendo motivo de denegación de la entrega. No se niega que puedan existir motivos preeminentes por los cuales quepa considerar que la seguridad jurídica de quien reside en un Estado miembro

¹⁹¹ R.J. DUPUY, “Le dédoublement du monde”, *Révue Général de Droit International Public*, vol. 100 (1996), pp. 313 y ss.

distinto de aquél en el que delinquiró, mediante una conducta que no lo es en el primero, deba ceder a favor de las legítimas expectativas de represión del segundo. Pero, teniendo en cuenta que la solución finalmente adoptada implica una presión a la baja de las garantías tradicionalmente reconocidas a los individuos sometidos a la jurisdicción de algún Estado miembro, tal vez no habría estado de más que se hubieran expresado más y mejor esos motivos.

En segundo lugar, la segunda cuestión prejudicial planteada por el *Arbitragehof* estaba formulada en términos lo suficientemente genéricos como para haber permitido al Tribunal adentrarse en el complejo problema que plantea la supresión de la doble incriminación desde la perspectiva de la dimensión formal del principio de legalidad o, lo que es lo mismo, desde el punto de vista de las exigencias democráticas. No se trata, por supuesto, de defender una posición ultra-ortodoxa en virtud de la cual la doble incriminación deba exigirse como imperativo democrático hasta en los más concretos elementos del tipo de que se trate, posición que, por lo demás, ni siquiera se sostiene ya en el ámbito de la extradición. Se trata, más bien, de cuestionar la obligación de los Estados miembros de poner su aparato represivo al servicio de pretensiones penales de otros Estados miembros que sean manifiestamente contrarias al sistema de valores debatido, negociado y consensuado por su parlamento. Al menos, hasta que en el ámbito penal dispongamos a nivel europeo de un modelo de debate, negociación y decisión capaz, no solo de definir o armonizar un sistema europeo de valores a efectos criminales, sino también de superar los estándares democráticos, lo que, en vía muerta la Constitución Europea, es evidente que no ocurre en la actualidad. A diferencia del modelo propuesto por la Comisión, la Decisión marco no resuelve expresamente el problema. El silencio del Tribunal de Luxemburgo supone dejar la pelota en el tejado de los tribunales nacionales, lo que no sería más que una anécdota en el diálogo entre jurisdicciones por el que discurre buena parte de la constitucionalidad europea, de no ser porque en el camino la libertad y la seguridad jurídica de algún que otro individuo puede estar en juego.

Y, en tercer lugar, seguramente a nadie habría extrañado que, confrontado con la primera impugnación del sistema de la euro-orden, en particular, y del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal, en general, el Tribunal hubiera aprovechado la ocasión para desmentir los temores de quienes pudieran sospechar que, relegadas al preámbulo y a la proclamación general del art. 1.3 las cautelas frente a posibles violaciones de los derechos humanos, el modelo instaurado hace prevalecer en todo caso las obligaciones de cooperación sobre los derechos fundamentales. Está bien subrayar que, en el ámbito europeo, existen mecanismos comunes de garantía que justifican ciertos niveles de confianza en cuanto al respeto de los estándares democráticos, pero eso es una cosa y otra muy distinta elevar ese respeto a la categoría de presunción dogmática. La jurisprudencia de los órganos internacionales de garantía y los informes de órganos gubernamentales y no gubernamentales con responsabilidades en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos, dan testimonio de que el territorio de la Unión Europea no está exento de vulneraciones, más o menos puntuales, de los derechos humanos. Negar valor dogmático a la confianza mutua

equivale a lanzar el mensaje de que esa confianza no está adquirida de una vez y para siempre, sino que debe ganarse día a día.

En este contexto, quizá no esté de más reivindicar que, al igual que ocurre en los principales instrumentos orientados al reconocimiento mutuo en el ámbito judicial civil¹⁹², también aquí resulta operativa una excepción de orden público¹⁹³. De aplicación excepcional y alcance restrictivo¹⁹⁴, la cláusula implícita de orden público actuaría, sobre la base del art. 1.3 de la Decisión Marco y del artículo 6 TUE, como válvula de seguridad frente al “salto en la oscuridad” que supondría la entrega de un individuo en caso de riesgo fundado y motivado de violación de los derechos fundamentales en el Estado de emisión¹⁹⁵, o en caso de que, eventuales excesos en la calificación por parte del órgano judicial de emisión, supusieran reclamaciones por hechos deliberadamente no punibles en el Estado de ejecución. Por lo demás, la posibilidad de empleo de la excepción, necesariamente motivada¹⁹⁶ y enmarcada en los flexibles mecanismos de transmisión de información y promoción de la cooperación entre jurisdicciones constituidos a nivel de la Unión, será tanto más reducida cuanto más armonización, material y procesal, se consiga en el ámbito penal, y cuanto más se asegure la posición del Tribunal de Justicia como garante del respeto de los principios fundamentales del artículo 6 en el ámbito del tercer pilar. Al fin y al cabo, llegados a este punto en el proceso de integración, más Europa, más democracia y más garantías parecen exigencias ineludibles para avanzar en la confianza mutua sobre la que se sustenta el espacio judicial europeo.

¹⁹² Véanse los artículos 34.1 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO, serie L, n° 12, de 16 de enero de 2001), y 22.a y 23.a del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO, serie L, n° 338, de 23 de diciembre de 2003).

¹⁹³ En un sentido similar, M. DE HOYOS SANCHO, “Euro-orden...”, cit. en nota 34, pp. 240 y ss.; y, de la misma autora, “El principio...”, cit. en nota 128, pp. 831 y ss.

¹⁹⁴ Entre otras cosas porque, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, la cooperación con los países vinculados en virtud del sistema del CEDH “no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio”. STC 87/2000, de 27 de marzo, F.J. 6; STC 102/2000, de 10 de abril, F.J. 8; o en el contexto ya de la euro-orden, STC 177/2006, de 5 de junio, F.J. 5.

¹⁹⁵ Aún cuando el TEDH sólo ha señalado expresamente la operatividad de la doctrina *Soering* en caso de riesgo de violación en el Estado requirente de la prohibición de la tortura y en caso de flagrante denegación de justicia (TEDH, sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering c Reino Unido*, apdo. 113; TEDH, st. de 26 de junio de 1992, *Drozdz and Janousek c. Francia y España*, apdo. 110; y TEDH, st. de 24-X-1995, *Iribarne Pérez c. Francia*, demanda n° 16462/90, para. 32), no parece que deba limitarse exclusivamente a ellos su operatividad. El riesgo claro y fundado de vulneración grave de cualquier derecho fundamental reconocido a nivel europeo (CEDH, CDFUE), siempre y cuando afecte a su contenido esencial debería motivar, desde mi punto de vista, la denegación de la cooperación.

¹⁹⁶ Véase el art. 17.2 de la Decisión Marco.