

La orden europea de detención y entrega a la luz del Tratado de la Unión Europea

Comentario a la Sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2007 en el asunto *Advocaten voor de Wereld VZW*, as. C-303/05

Clara Mapelli Marchena

Administradora Civil del Estado

Fernando Irurzun Montoro

Abogado del Estado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. ANTECEDENTES
 - III. ORDEN EUROPEA Y SISTEMA DE FUENTES DEL TERCER PILAR—1. *Decisiones marco y convenios en materia de cooperación judicial penal*—2. *Decisiones marco, armonización y principio de reconocimiento mutuo*
 - IV. ORDEN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES—1. *Doble incriminación y principio de legalidad penal*—2. *Lista de delitos y principio de igualdad*—2.1. Discriminación por la derogación parcial de la exigencia de doble tipicidad—2.2. Discriminación por la falta de garantía de una aplicación uniforme de las categorías delictivas por las autoridades judiciales de los Estados miembros
 - V. A MODO DE CONCLUSIÓN
-

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de haber sido emplazado por el propio Abogado General a participar en un debate «de gran envergadura sobre las posibles colisiones entre las constituciones y el Derecho de la Unión»¹, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha optado en la sentencia sobre el asunto *Advocaten* por apuntalar la validez de la Decisión Marco sobre la orden europea de detención y entrega² a base de expresivos silencios.

El Tribunal tenía ante sí la oportunidad de aquietar los temores surgidos por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal a través de un mejor encaje en el sistema de los derechos fundamentales que deben constituir los cimientos del espacio de libertad, seguridad y justicia. El «viaje a lo desconocido»³ que representa el principio de reconocimiento mutuo, que obliga a atribuir eficacia a decisiones judiciales surgidas en sistemas jurídicos foráneos, suscita legítimas inquietudes en las jurisdicciones nacionales, llamadas a resolver caso por caso la cuestión de si existe una protección suficiente de las garantías esenciales en el Estado de origen. La confianza recíproca que requiere este ejercicio debe y puede fundarse en parámetros europeos, y el Tribunal de Justicia asume en esta tarea una responsabilidad de primer orden.

Lejos de emprender este camino, la sentencia opta por resolver la colisión entre la eliminación de la doble incriminación en la Decisión Marco y los principios de igualdad y legalidad penal mediante argumentos que en último término descansan en la discrecionalidad de los Estados miembros y del Consejo⁴. No se afrontan abiertamente las contradicciones, inquietudes y retos que suscita la sugerente y necesaria creación del espacio judicial europeo. Aunque a corto plazo esta solución parece fortalecer las concretas opciones legislativas adoptadas en el tercer pilar, la continuidad de esta línea jurisprudencial podría acabar por debilitar la legitimidad del sistema de reconocimiento mutuo en el ámbito penal, que debe asentarse en el más

¹ Apartado octavo de las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 12 de septiembre de 2006 en el asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, VZW.

² Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y procedimientos de entrega entre Estados miembros 2002/584/JAI (DOCE L 190, de 18.07.2002)

³ En expresión de MITSILEGAS, V., «The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU», *Common Market Law Review*, n. 43, 2006, pg. 1282.

⁴ Ver el análisis que de esta cuestión realiza SARMIENTO, D., «Courts up in arms! The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence in the European Union», *ICON* (próxima publicación).

exigente respeto de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos que conviven en ese espacio.

El presente comentario se centra en el análisis del modo en que el Tribunal salva la compatibilidad de la eliminación de la exigencia de doble incriminación en la Decisión Marco con los principios de igualdad y de legalidad penal, así como en las implicaciones de tal pronunciamiento en un contexto incierto. Se estudia igualmente, y a ello se dedica la primera parte del comentario la cuestión relativa a la base jurídica de la Decisión Marco, al hilo de la cual el Tribunal realiza una apuesta clara por el reconocimiento mutuo frente a la armonización penal sustantiva.

II. ANTECEDENTES

La sentencia dictada por la Gran Sala el 3 de mayo de 2007 resuelve una cuestión prejudicial sobre la validez de la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden de detención y entrega, planteada por el Tribunal Constitucional de Bélgica con ocasión del recurso de anulación interpuesto por la organización *Advocaten voor de Wereld* frente a la Ley belga de 19 de diciembre de 2003 por la que se incorpora la Decisión Marco.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, en Bélgica se reconoce legitimación activa en el recurso directo de constitucionalidad frente a actos legislativos a cualquier persona natural o jurídica que acredite un interés legítimo⁵. *Advocaten voor de Wereld* es una asociación sin ánimo de lucro con sede en Gante que tiene por objeto la promoción del Estado de Derecho, los derechos humanos y la equidad de los procedimientos. El Tribunal Constitucional admite a trámite el recurso presentado el 22 de junio de 2004 frente a la Ley por entender que una norma que regula las modalidades de ejecución de la orden de detención europea «puede afectar de manera desfavorable al objeto de la asociación»⁶.

Los motivos de impugnación se fundamentan en la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación reconocido por los artículos 10 y 11 de la Constitución belga, en conexión con otros preceptos de la norma constitucional. De los cinco motivos alegados por los recurrentes, el Tribunal toma en consideración los motivos primero, cuarto y quinto.

Sostiene la asociación recurrente, en primer lugar, que la materia objeto de la Ley de 19 de diciembre de 2003 debería haberse regulado en un tratado internacional sometido a ratificación de las Cámaras. La regulación por ley, que a su vez trae causa del instrumento elegido por el Consejo de la Unión –la decisión marco–, privaría a las Cámaras de su competencia para decidir sobre la ratificación de tratados internacionales y hurtaría la posibilidad de control parlamentario democrático, lo que supondría eliminar una garantía

⁵ Artículo 142 de la Constitución de Bélgica.

⁶ Punto B.1.4 de la decisión del *Arbitragehof/Cour d'Arbitrage*, de 13 de julio de 2005, as. 124/2005.

concebida por el constituyente para todos los justiciables. El Tribunal Constitucional considera que, puesto que la Ley impugnada constituye la consecuencia directa de la opción del Consejo de la Unión de regular la materia mediante una decisión marco, compete al Tribunal de Justicia pronunciarse previamente acerca de la validez de tal opción y plantea la primera de las cuestiones en los términos siguientes:

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002 relativa a la orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros ¿es compatible con el artículo 34, apartado 2, letra b), del Tratado (UE), según el cual las decisiones marco sólo pueden adoptarse para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros?

La segunda de las cuestiones suscitada por el Tribunal Constitucional belga se refiere, desde diferentes perspectivas, a la eliminación del requisito de la doble incriminación en relación con las treinta y dos categorías delictivas contempladas por 2.2 de la Decisión Marco, incorporada al Derecho interno por el artículo 5.2 de la Ley de 19 de diciembre de 2003. Los recurrentes alegan que existe un trato desigual y discriminatorio en la medida en que la exigencia de doble incriminación se mantiene para determinadas categorías de infracciones y desaparece para el supuesto de que los delitos puedan encuadrarse en alguna de las categorías recogidas en la lista. Se reprocha además a la disposición impugnada la vulneración del principio de legalidad en materia penal contemplado en los artículos 14 de la Constitución de Bélgica y 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), puesto que la descripción de las categorías de delitos carece de un contenido normativo lo suficientemente claro y preciso. La vaguedad en la definición de los comportamientos produce a su vez una disparidad en la aplicación de la norma por parte de las distintas autoridades judiciales de ejecución de las órdenes europeas que resultaría contraria a los principios de igualdad y no discriminación.

De nuevo el Tribunal Constitucional entiende que tales reproches pueden ser dirigidos directamente a la Decisión Marco, que, conforme a lo dispuesto por el artículo 6.2 del TUE, también debe acomodarse a las exigencias derivadas de los principios de igualdad y legalidad penal, y plantea la segunda cuestión al Tribunal de Justicia:

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?

Veamos, en primer lugar, la respuesta del Tribunal en relación con el tipo de norma elegida por el Consejo para sustituir entre los Estados miembros el sistema extradicional por otro basado en el principio de reconocimiento mutuo.

III. ORDEN EUROPEA Y SISTEMA DE FUENTES DEL TERCER PILAR

La contención deliberada que –como habrá ocasión de comentar posteriormente– se aprecia en el análisis de las pretendidas vulneraciones de los derechos fundamentales por la Decisión Marco sobre la orden europea es abandonada por el Tribunal de Justicia al discurrir sobre el sistema de fuentes del tercer pilar.

Enfrentado a la cuestión de si la elección de la decisión marco para regular la materia de las órdenes europeas respetaba los límites impuestos a este tipo de acto jurídico por el artículo 34.2 b) del TUE, el Tribunal no sólo respalda la decisión del Consejo de la Unión como legítima manifestación del ejercicio de sus potestades discrecionales, sino que además ofrece una interpretación muy completa del concepto de armonización empleado por el Título VI del Tratado y de su encaje con el principio de reconocimiento mutuo.

Menor atención se dedica en la sentencia, por el contrario, a las relaciones entre las decisiones marco y los convenios internacionales. La recurrente en el litigio principal empleaba como argumento adicional, en defensa de la inadecuación de la decisión marco como instrumento regulador de las órdenes europeas, el incorrecto manejo de la técnica derogatoria. El artículo 31.1 de la Decisión Marco declara que «(...) las disposiciones contenidas en la presente Decisión Marco sustituirán a partir del 1 de enero de 2004 a las disposiciones correspondientes de los convenios siguientes aplicables en materia de extradición a las relaciones entre Estados miembros (...)», prescripción que para *Advocaten* presenta dudosa eficacia jurídica si se tiene en cuenta que sólo un convenio podría producir este efecto entre las partes.

1. Decisiones marco y convenios en materia de cooperación judicial penal

Como ya hemos referido, uno de los motivos de nulidad de la Decisión marco invocados por *Advocaten voor Wereld* es que, rigiéndose las relaciones extradicionales entre los Estados miembros por diversos convenios internacionales, sólo un acto de la misma naturaleza, no así una decisión marco, puede excluir válidamente la aplicación del Derecho convencional en vigor.

La cuestión suscitada tiene una respuesta desde la estricta perspectiva del Derecho de la Unión Europea a la que se ciñe el Tribunal de Justicia, pero no deja de tener incidencia desde el punto de vista más general del Derecho Internacional Público y del sistema de fuentes de cada uno de los Estados. Aspecto suscitado por *Advocaten* sobre el que el Tribunal habría podido razonar como paso previo al examen de la alegación de invalidez desde la perspectiva del artículo 34 TUE, pero sobre el que, sin embargo, la sentencia guarda silencio.

Aunque a primera vista pudiera pensarse que este planteamiento tiene un carácter más teórico que real, ha de llamarse la atención sobre lo ocurrido

con ocasión de una de las primeras órdenes europeas de detención ejecutadas en Bélgica a instancias de una autoridad judicial española. Dos personas detenidas en la localidad de Mons por ser sospechosas de conducir un vehículo con matrícula falsificada resultaron estar acusadas por la Justicia española de pertenencia a ETA, cursándose las oportunas órdenes europeas de detención. Las defensas de los reclamados alegaron, para evitar su entrega a España, el riesgo de ser sometidos a torturas, pero en lo que aquí interesa lo más destacable fue la impugnación de la validez de una Ley nacional dictada en aplicación de una decisión marco frente a las normas convencionales. Preferencia de los convenios internacionales sobre la Ley belga que desarrolla la Decisión marco que será rechazada en apelación por el Tribunal de Mons ateniéndose a las previsiones del Convenio Europeo de Extradición⁷ que seguidamente referiremos.

No se trata, por tanto, de una mera disquisición teórica, sino que en otras latitudes los abogados defensores cuestionaron la validez de todo el engarce jurídico de la orden europea de detención desde los primeros momentos de aplicación de este instrumento. Hay también una preocupación implícita en este reproche, cual es la debilitación del papel que juegan los Parlamentos nacionales en la incorporación de uno u otro tipo de norma a los ordenamientos nacionales, pues si bien ratificación y transposición dan a aquéllos la oportunidad de intervenir, no es menos cierto que el carácter vinculante de las decisiones marco reduce considerablemente el margen de decisión que corresponde al órgano parlamentario nacional.

¿Puede, por tanto, una decisión marco desplazar entre los Estados miembros las obligaciones por estos asumidas en virtud de un convenio internacional? El Derecho internacional convencional ofrece una respuesta genérica a esta cuestión, mientras que otra más concreta puede hallarse en el marco del Derecho extradicional europeo.

Así, el artículo 41 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone que, bajo determinadas condiciones⁸ «[d]os o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas (...)». Por su parte, el Convenio Europeo de Extradición⁹ prevé en su artículo 28.3 un régimen específico de desplazamiento o derogación entre las partes de las disposiciones del Convenio:

⁷ Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (ETS n. 54).

⁸ «a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado;

o b) si tal modificación no está prohibida por el tratado a condición de que:

i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y

ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto».

⁹ Este Convenio, junto a los convenios complementarios suscritos en el marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea, conforma el Derecho aplicable a las relaciones extradicionales que es sustituido por la Decisión marco (artículo 31.1 de la Decisión Marco).

«Cuando entre dos o varias Partes contratantes se practicare la extradición sobre la base de una legislación uniforme, las Partes tendrán la facultad de regular sus relaciones mutuas en materia de extradición fundándose exclusivamente en dicho sistema, no obstante las disposiciones del presente Convenio. El mismo principio será aplicable entre dos o varias Partes contratantes, cada una de las cuales tuviere en vigor una Ley que previere la ejecución en su territorio de los mandamientos de detención librados en el territorio de la otra o de las otras. Las Partes contratantes que excluyan o excluyeren de sus relaciones mutuas la aplicación del presente Convenio, de conformidad con lo dispuesto en el presente párrafo, deberán remitir una notificación a este efecto al Secretario General del Consejo de Europa».

El Consejo de Ministros de la Unión Europea, en su sesión de 2 y 3 de octubre de 2003, concluyó que el sistema de la orden europea de detención, regido por la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, constituía un supuesto de legislación uniforme a estos efectos. Procedía, por tanto, que los Estados miembros realizaran la notificación prevista por el artículo 28.3 al Secretario General del Consejo de Europa, en virtud de la cual excluían la aplicación del Convenio Europeo de Extradición en sus relaciones mutuas. Trámite que han efectuado la práctica totalidad de los Estados miembros con diferentes formulaciones¹⁰.

En definitiva, no parece que hubiera, como alegaba la asociación recurrente, ningún obstáculo para la sustitución de las normas previstas en convenios internacionales por las disposiciones de una decisión marco. Sin embargo, nada dirá al respecto la sentencia. El razonamiento del Tribunal descansa sobre la interpretación del artículo 34 del Tratado de la Unión, como seguidamente se verá, y se limita a apuntar que cualquier interpretación de dicho precepto distinta de la sostenida *«conllevaría el riesgo de que la facultad reconocida al Consejo de adoptar decisiones marco en los ámbitos que antes estaban regulados por convenios internacionales se vea privada sustancialmente de su efecto útil»*¹¹.

Otra dimensión distinta de la cuestión suscitada por el Tribunal constitucional belga es la que atañe al encaje del desplazamiento de la norma convencional por la norma nacional de transposición de una decisión marco. Pero este es un aspecto estrictamente nacional que corresponde resolver a cada jurisdicción y que excede del alcance de la cuestión sometida al Tribunal de Justicia y, por tanto, de este comentario¹².

¹⁰ Curiosamente España, firme impulsora de establecer esta desconexión de forma clara y vinculante, optó por una declaración que no se realizó en el marco del artículo 28 del Convenio Europeo de Extradición sino con ocasión de la firma de un Protocolo al Convenio de Represión del Terrorismo. Aunque empleó para ello una fórmula menos explícita que la pretendida por el Consejo en sus conclusiones, finalmente la Secretaría General del Consejo de Europa ha optado por darle el mismo alcance.

¹¹ A. 42 de la sentencia.

¹² Baste con apuntar que la especial posición que en nuestro ordenamiento se atribuye a lo previsto por los tratados internacionales (artículo 96 de la Constitución) frente a la legislación ordinaria cabría resolverla, sin necesidad de acudir a un desplazamiento de la

Como se observa, la sentencia ha preferido evitar este paso previo en su razonamiento y responde directamente a la cuestión desde el prisma del Tratado de la Unión. Con ello eludirá pronunciarse sobre el déficit de intervención parlamentaria de las decisiones marco frente a la ratificación de los tratados internacionales.

2. Decisiones marco, armonización y principio de reconocimiento mutuo

La tesis de la asociación *Advocaten voor de Wereld*, conforme a la cual la adopción de decisiones marco sólo es admisible si se produce para la finalidad prevista en el artículo 31.1 e) del TUE¹³, es rotundamente descartada por el Tribunal de Justicia, quien emplea un concepto de armonización mucho más amplio que el que maneja la recurrente.

Para el Tribunal, «... *nada permite llegar a la conclusión de que la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros mediante la adopción, con arreglo al artículo 34 UE, apartado 2, letra b), de decisiones marco sólo haga referencia a las normas de Derecho penal de los Estados que se mencionan en el artículo 31 UE, apartado 1, letra e), en concreto, las normas relativas a los elementos constitutivos de delitos y a las penas aplicables en los ámbitos enumerados en dicha disposición*»¹⁴. Antes bien, la técnica armonizadora puede emplearse para cubrir cualquiera de las materias que están recogidas en el artículo 31.1 TUE, puesto que el Tratado no establece distinción alguna «*en cuanto al tipo de actos que pueden adoptarse en función de la materia a la que se refiere la acción en común en el ámbito de la cooperación penal*»¹⁵. El instrumento llamado por el Tratado a desempeñar una función armonizadora, la decisión marco, puede emplearse para sustituir un sistema multilateral de extradición por un mecanismo de entrega entre autoridades judiciales basado en el reconocimiento mutuo, puesto que ello exige llevar a cabo una tarea de «... *aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la cooperación judicial en materia penal y, más en particular, de las normas sobre los requisitos, procedimientos y efectos de la entrega entre autoridades nacionales*»¹⁶.

Esta amplitud del concepto de armonización constituye una aportación propia del Tribunal, que se aparta en este punto de la solución ofrecida por el Abogado General. Las conclusiones del Abogado General están igualmente construidas sobre la idea de que la Decisión marco sobre la orden europea

norma vía artículo 93 de la Constitución, mediante el sencillo trámite de publicar en el BOE la declaración por la que dichos Convenios dejan de aplicarse entre los Estados miembros de la Unión Europea, disipando así cualquier duda sobre la suficiencia a estos efectos de lo previsto en la Ley de transposición.

¹³ Establecimiento de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas.

¹⁴ A. 32 de la sentencia.

¹⁵ A. 36 de la sentencia.

¹⁶ A. 29 de la sentencia.

lleva a cabo una función armonizadora, si bien la aproximación no se produce en relación con los «*requisitos, procedimientos y efectos de la entrega*», como sostiene el Tribunal, sino sobre «*las figuras de arresto y entrega para el auxilio entre autoridades judiciales, vigentes en cada Estado miembro*¹⁷». La apreciación del Abogado General, que se refiere específicamente a la prestación de auxilio judicial interno o entre autoridades judiciales de un mismo Estado¹⁸, y que parece tender a una asimilación de las relaciones de cooperación en el espacio judicial europeo con las que se desarrollarían entre las distintas autoridades judiciales de un mismo Estado miembro, resulta algo más difícil de compartir en atención al contexto de cooperación interestatal en que se desarrolla el sistema de órdenes europeas y al grado de integración alcanzado hasta el momento entre los Estados de la Unión.

Al enlazar este concepto de armonización empleado por el Tribunal con otras afirmaciones vertidas a propósito de la relación entre reconocimiento mutuo y armonización sustantiva en otro pasaje de la sentencia, se obtiene una idea bastante completa del modelo de reconocimiento recíproco que propone el Tribunal.

Frente a las posiciones que hacen depender la extensión del reconocimiento mutuo de la armonización penal sustantiva y que han tenido especial predicamento en un sector de la doctrina penal¹⁹, el Tribunal incide en el carácter autónomo del reconocimiento mutuo al señalar que «... *ninguna disposición del Título VI del TUE (...) supedita la aplicación de la orden de detención europea a la armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros (...)*»²⁰.

Pero es que además el Tribunal emplea un segundo concepto de armonización desligado de la armonización sustantiva y que comprende un campo de actuación mucho más amplio, referido al conjunto de materias sobre las que puede desarrollarse la acción en común en cooperación judicial penal. Ello permite concebir el reconocimiento mutuo como una técnica mucho más incisiva que la cooperación judicial penal tradicional, en la medida en que puede servirse de instrumentos netamente armonizadores para alcanzar el objetivo final de reconocimiento y ejecución automáticos de resoluciones judiciales penales. A saber: la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros (artículo 31.1 c del TUE) y la prevención de los conflictos de jurisdicción entre Estados miembros (artículo 31.1 d del TUE). Son precisamente estas dos condiciones, referidas a la necesidad de aproximar la regulación de determinados derechos fundamen-

¹⁷ A. 50 de las conclusiones.

¹⁸ Con cita expresa, en nota número 43, de los artículos 273 a 278 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de los artículos 183 a 196 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.

¹⁹ De las que da cuenta GÓMEZ JARA DÍEZ, C. «Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», *Diario La Ley* n. 6069, 26 de julio de 2004.

²⁰ A. 59 de la sentencia.

tales afectados por el desarrollo del proceso penal y armonizar las normas sobre atribución y resolución de conflictos de jurisdicción, las que harían posible en un futuro la implantación de un modelo de reconocimiento mutuo puro o amplio acompañado de las necesarias garantías.

A su vez, la mayor efectividad del reconocimiento mutuo también requiere del empleo de los instrumentos jurídicos apropiados. En este sentido, aunque el Tribunal sostiene que la preferencia de la decisión marco frente al convenio pertenece al ámbito de elección discrecional del Consejo no fiscalizable jurisdiccionalmente, podría cuestionarse si, con arreglo a la doctrina desarrollada a propósito de la cooperación leal y del efecto útil en la sentencia sobre el asunto *Pupino*²¹, la elección de un acto jurídico expresivo de una mayor voluntad de integración, como la decisión marco, no resultaba en realidad inevitable, como defiende el Abogado General²².

Finalmente, nada dirá el TJCE sobre la objeción de fondo que alimenta la tesis de la asociación recurrente: que el empleo de decisiones marco impide la participación de los Parlamentos nacionales, puesto que no puede tener lugar un procedimiento de ratificación. Este género de objeciones contempla las exigencias del principio de legalidad penal en su vertiente formal y acusa la insuficiente participación de los Parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo en el proceso de adopción de los instrumentos jurídicos citados²³.

El supuesto déficit democrático de determinados actos jurídicos adoptados en el marco del tercer pilar, como las decisiones y las decisiones marco, es cuestión cuyo estudio detallado excede los límites del presente comentario, si bien puede apuntarse que el Tribunal Constitucional Federal alemán desatendió este tipo de argumentos en su sentencia de 18 de julio de 2005, y sostuvo en cambio que la participación del Parlamento Europeo conforme al artículo 39 del TUE y la potestad de los Parlamentos nacionales para decidir acerca de la incorporación de las obligaciones contempladas en la Decisión Marco conformaban un procedimiento respetuoso con el principio democrático²⁴. El Abogado General recuerda en sus conclusiones estos extremos, a los que suma el argumento de que el modo de elaboración de las decisiones marco se encuentra regulado «... en un tratado libremente asumido

²¹ Sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005, en el asunto *Maria Pupino*, as. C-105/03.

²² Apartado 67 de las conclusiones: «Los Estados miembros y las Instituciones han de realizar los objetivos del artículo 2 UE y, por ende, mantener y desarrollar el repetido espacio de libertad, seguridad y justicia, estando compelidos en este empeño a emplear las herramientas más adecuadas. Unos y otras se encuentran comprometidos con la efectividad del derecho comunitario en general y con la del de la Unión en particular, por lo que el Consejo no sólo podía, sino que debía instaurar el mecanismo de la orden europea de detención y entrega mediante una decisión marco, por lo que no cabe reprocharle el camino elegido».

²³ Ver una exposición del estado de la cuestión en la doctrina alemana en ETXEBERRIA GURIDI, F., «Vicisitudes de la orden europea de detención y entrega: el caso alemán en particular (II)», *Diario La Ley* n. 6614, 21 de diciembre de 2006.

²⁴ Párrafo 81 de la sentencia.

por los Estados miembros, con el protagonismo decisivo de sus respectivas representaciones populares (...)»²⁵.

Siendo esto cierto, nada resuelve en términos de suficiencia de legitimación parlamentaria de la norma. El debate en torno a la necesaria *comunitarización* del tercer pilar toma precisamente como punto de partida la débil *parlamentarización* de las decisiones marco y las decisiones: los Ejecutivos de los Estados miembros pueden evitar o reducir al mínimo el control de su Parlamento apelando a la naturaleza internacional de sus actividades y pueden escapar al control del Parlamento Europeo apelando a su carácter intergubernamental de sus actividades²⁶.

IV. ORDEN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El contexto en el que se dicta la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Advocaten* constituye una representación destacada de ese «marco múltiple y dialéctico»²⁷ que conforman los Tribunales nacionales, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la defensa de los derechos fundamentales en Europa. Las normas nacionales dictadas en cumplimiento de las obligaciones de la Decisión Marco han sido objeto de control constitucional en Polonia, Chipre, República Checa y Alemania; y, de forma indirecta, también el Tribunal Constitucional español ha examinado su aplicación²⁸. Aunque los resultados del control han sido desiguales, las sentencias dictadas hasta la fecha han puesto de manifiesto una actitud vigilante de las jurisdicciones nacionales en la protección de los derechos fundamentales afectados por el reconocimiento mutuo, así como una clara resistencia a deferir al Tribunal de Justicia el examen de compatibilidad de la Decisión Marco con tales derechos. Tan sólo el Tribunal Constitucional de Bélgica parece haber sido consciente de la necesidad de reconducir el debate sobre la defensa de las garantías esenciales en el espacio de libertad, seguridad y justicia al ámbito al que realmente éste pertenece: frente a las perspectivas nacionales, búsqueda de un denominador común europeo bajo el control del Tribunal de Justicia.

En sentencias anteriores pronunciadas en relación con actos jurídicos del tercer pilar, como las recaídas en los asuntos *Gözütöck*, *Pupino* y *SEGI*, el Tribunal de Justicia había mostrado una especial sensibilidad hacia la necesidad de ofrecer un control jurisdiccional exigente en materia de derechos

²⁵ Nota número 48 de las conclusiones.

²⁶ WATSON, G., «Le point de vue d'un homme politique», en DE KERCHOVE, G. y WEYEMBERGH, A. *Vers un espace judiciaire européen*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, pg. 336.

²⁷ ALONSO GARCÍA, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. ALONSO GARCÍA, R. (dirs.) *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pg. 178.

²⁸ Ver IRURZUN MONTORO, F. y MAPELLI MARCHENA C., «Orden europea de detención y Constitución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/06, de 5 de junio», *Noticias de la Unión Europea* (próxima publicación).

fundamentales, incluso aunque ello quebrara la literalidad de los textos legales en que tal tarea podía apoyarse. Es el caso de la sentencia *Gözütöck*²⁹, que ofrece una interpretación finalista del artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen³⁰ destinada a extender la eficacia transnacional del principio de *ne bis in idem* a los supuestos de acuerdos extrajudiciales realizados entre el Ministerio Fiscal y el acusado, a pesar de que tales transacciones tienen un difícil encaje en los términos «juzgada en sentencia firme» del artículo 54 del Convenio. En *Pupino*³¹ el Tribunal aplica a las decisiones marco la obligación de interpretación conforme propia del ámbito comunitario, aunque la exclusión del efecto directo de las decisiones marco prevista por el artículo 34. 2 c) del Tratado de la Unión Europea parecía apuntar precisamente en el sentido contrario. Finalmente, en el asunto *SEGI*³² el Tribunal admite una nueva interpretación teleológica del artículo 35 TUE, con arreglo a la cual se hace posible el planteamiento de cuestiones prejudiciales en relación con posiciones comunes que produzcan efectos jurídicos frente a terceros, y ello pese a que el artículo 35 únicamente menciona las decisiones y decisiones marco.

Sin embargo, en la sentencia *Advocaten* el Tribunal se desentiende de manera llamativa de la tarea de crear un parámetro europeo de protección de derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia con el que contrarrestar la incipiente tendencia hacia la fragmentación de tal protección bajo criterios estrictamente nacionales. A pesar de recordar su reiterada doctrina de que «... con arreglo al artículo 6 TUE, la Unión se basa en el principio del Estado de Derecho y que respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo...y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario³³», el Tribunal asienta la defensa del principio de reconocimiento mutuo en la confianza concebida como obligación impuesta a los Estados, y no en la confianza surgida como resultado de la construcción de un modelo europeo de garantías y derechos³⁴. Parece así abandonarse lo que algunos autores han denominado «enfoque defensivo» en la protección de estos derechos³⁵, surgido en el contexto de la sentencia *Solange I* con el fin de salvaguardar la primacía del ordenamiento de la Unión, y con ello la

²⁹ Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, en los asuntos *procesos penales c. K. Brugge y H. Gözütöck*, as. C-385/01, C-187/01.

³⁰ Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990.

³¹ Sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005, en el asunto *Maria Pupino*, as. C-105/03.

³² Sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2007, en el asunto *SEGI y otros c. Consejo de la Unión Europea*, as. C-355/04.

³³ A. 45.

³⁴ Sobre estos dos entendimientos posibles de la noción de confianza mutua, ver DE SCHUTTER, O., «La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle», en DE KERCHOVE, G. y WEYEMBERGH, A., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, pgs. 98-103

³⁵ COPPEL J. y O'NEILL, A., «The European Court of Justice: taking rights seriously?», *Common Market Law Review*, 29, 1992, pgs. 670-673.

obligación de asegurar una eficacia de las garantías esenciales equivalente a la ofrecida por las jurisdicciones nacionales.

1. Doble incriminación y principio de legalidad penal

El examen de la eliminación del requisito de la doble incriminación desde la óptica del principio de legalidad penal colocaba al Tribunal ante un reto, en efecto, de envergadura. Del mismo modo en que la atribución de eficacia transnacional al *ne bis in idem* se ha convertido en un principio general del Derecho de la Unión a partir de la sentencia dictada en el asunto *Gözütöck*, el Tribunal podría haber creado un principio de legalidad de nuevo cuño apropiado para acompañar al reconocimiento mutuo.

Este desafío al que se enfrentaba el Tribunal de Justicia parecía exigir, primero, un pronunciamiento claro sobre la eventual separación del sistema de orden europea de los principios tradicionales de la cooperación judicial, particularmente en lo que atañe a la doble incriminación. Y, en segundo lugar, demandaba una fundamentación de dicha separación que, si tal era el caso, y más allá de argumentos políticos, encontrara pleno apoyo en el Tratado de la Unión a la luz de una definición de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos en su artículo 6. No parece que se haya respondido a estas expectativas.

En relación con esta cuestión, la Asociación recurrente en el litigio principal alegaba que el principio de legalidad requiere que la norma penal responda a las exigencias de certeza y claridad de modo tal que los ciudadanos puedan conocer con antelación si sus conductas resultan o no punibles. Según su razonamiento, la lista contemplada por el artículo 5.2 de la Ley belga, a su vez trasunto de la lista del artículo 2.2 de la Decisión Marco, tan sólo contiene una enumeración de comportamientos descritos de forma tan vaga que no permite considerar satisfechas las exigencias mencionadas.

Para el Tribunal, la eliminación del control de la doble incriminación, y su sustitución por la lista de categorías delictivas del artículo 2.2 de la Decisión Marco, no puede reputarse contraria al principio de legalidad penal tal y como está definido por las tradiciones constitucionales comunes y el artículo 7 del CEDH porque *«la definición de estas infracciones y de las penas aplicables sigue siendo competencia del Estado miembro emisor que, por lo que se dispone por lo demás en el artículo 1, apartado tres, de esta misma Decisión Marco, debe respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 UE y, por ende, el principio de legalidad de los delitos y las penas»*³⁶. Se da a entender que basta con que la conducta sea punible en el Estado de emisión y que corresponde a la autoridad judicial de dicho Estado decidir sobre la inclusión del delito definido por su Derecho penal en una de las categorías previstas en la Decisión marco. La sentencia omite de esta forma pronunciarse acerca de la eficacia del principio de legalidad penal

³⁶ A. 53.

en supuestos con vinculaciones transfronterizas, que son precisamente los que conforman el ámbito de aplicación del sistema de orden europea³⁷.

En refuerzo de esta posición, el Tribunal recuerda, en primer término, que «... la Decisión Marco no tiene por objeto armonizar las infracciones penales de que se trata en cuanto a sus elementos constitutivos o las penas correspondientes»³⁸. Lo que a su vez admite una doble lectura: no sólo considera que la supresión del control de la doble incriminación puede realizarse sin que se haya producido con carácter previo la armonización sustantiva de las categorías delictivas recogidas en la lista, como se examinó en el apartado anterior, sino que además parece aceptar implícitamente la opinión del Abogado General de que la orden europea debe contemplarse exclusivamente desde una óptica procesal, de modo que no pueden serle exigidas garantías pertenecientes al ordenamiento penal sustantivo.

Y, en segundo lugar, al afrontar la cuestión relativa al respeto del principio de igualdad y no discriminación, el Tribunal señala que «... las categorías de infracciones en cuestión son infracciones que causan un perjuicio tan grave al orden público y a la seguridad pública que resulta justificado no exigir el control de la doble incriminación»³⁹. Este segundo argumento apela a la existencia de un incipiente orden público europeo, desligado de la armonización sustantiva, que será objeto de comentario más adelante.

Los razonamientos descritos pertenecen a distintos planos de análisis aplicables al principio de legalidad, que puede operar en varios contextos. Dejando de lado la vertiente formal del principio en cuanto exigencia de pre-determinación de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones en norma con rango de Ley, su dimensión sustantiva puede contemplarse, bien desde una óptica exclusivamente interna, bien desde el punto de vista de las relaciones de cooperación judicial penal.

En el ámbito interno, el principio de legalidad penal se traduce en la exigencia de Ley previa, cierta y escrita en la definición de comportamientos delictivos y sus correspondientes sanciones. La seguridad jurídica en la pre-determinación de conductas punibles y de las penas responde a un mandato de certeza también conocido como principio de taxatividad.

Junto a esta dimensión interna, el principio ha tenido tradicionalmente otra dimensión aplicable a las relaciones de cooperación judicial penal entre Estados y, singularmente, a la extradición. En este contexto, desde la perspectiva de las formas tradicionales de cooperación judicial internacional, el principio de legalidad penal se ha materializado en forma de control de doble incriminación, control que persigue una doble finalidad.

³⁷ El Consejo de Estado francés, en su Dictamen de 26 de septiembre de 2002, empleó el mismo argumento para entender que la eliminación parcial del control de la doble incriminación en la Decisión Marco no resultaba contraria al principio de legalidad penal.

³⁸ A. 52.

³⁹ A. 57.

Cabe recordar que, de una parte, y por imperativo de la protección de intereses soberanos propia de la relación extradicional, los Estados sólo pueden prestar fuerza coactiva en su propio territorio a resoluciones judiciales extranjeras que expresen opciones político-criminales compatibles con sus propias concepciones. Esta exigencia, que suele considerarse propia de la esfera del orden público, permite distintas modulaciones en función del grado de compatibilidad entre ordenamientos que se requiera, que puede ir desde el respeto de los valores fundamentales del Estado a la necesidad de una exacta equivalencia de las conductas incriminadas⁴⁰.

Además de este aspecto del principio de legalidad como exigencia de doble incriminación, aparece una segunda faceta del mismo principio. En atención a la progresiva transformación de los controles extradicionales en garantías de los derechos fundamentales de las personas reclamadas, la exigencia de certeza que cabe considerar incluida en el contenido del principio de legalidad penal se ha interpretado como la posibilidad de prever las consecuencias penales de la realización de una determinada conducta en el territorio del Estado con el que presenta vinculaciones territoriales relevantes. En el sistema clásico de cooperación judicial penal, el Estado requerido debe comprobar que el delito por el que se reclama a la persona resulta igualmente punible en su ordenamiento, o bien que los hechos no pueden considerarse cometidos en su territorio. Estos dos controles aseguran que la persona reclamada no va a ser perseguida por conductas que no resultaban delictivas de acuerdo con la legislación del Estado con el que presentan conexión territorial⁴¹. Si se entendiera que los derechos reconocidos por el CEDH deben interpretarse de conformidad con el contenido de otros convenios suscritos en el ámbito del Consejo de Europa, podría en principio argumentarse que el principio de doble incriminación forma parte del artículo 7 del CEDH⁴². Con todo, debe advertirse que esta segunda acepción no ha encontrado hasta la fecha apoyo explícito en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La sentencia *Advocaten* analiza el principio de legalidad penal en el plano de las relaciones de cooperación judicial cuando justifica la supresión del control de doble incriminación en el hecho de que la lista de categorías

⁴⁰ A título de ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha matizado las exigencias derivadas del principio de reciprocidad en materia de extradición atendiendo, precisamente, a la común pertenencia a la Unión Europea o al Convenio Europeo de Derechos Humanos, atendiendo «al estatus mínimo común en materia de derechos fundamentales, y, en todo caso, a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, en último término, el garante de los derechos fundamentales de los españoles» (STC 87/2000).

⁴¹ La exigencia de doble incriminación se recoge en el primer apartado del artículo 2 del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (ETS n. 54) bajo forma imperativa, mientras que el principio de territorialidad se configura como motivo potestativo de denegación de la entrega en el primer apartado del artículo 7 de ese Convenio.

⁴² Partidarios de esta interpretación se muestran OVEY, C. y WHITE, R.C.A, *European Convention on Human Rights*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, pgs. 194 y 195.

delictivas del artículo 2.2 de la Decisión Marco comprende infracciones que representan un grave atentado contra la seguridad pública de los Estados. Pero se trata de un análisis limitado a lo que se ha denominado *esfera de orden público*. A este mismo orden de consideraciones pertenecen las reflexiones del Abogado General en relación con la distinción entre orden europea y extradición: si estas dos instituciones pertenecen a «*esquemas axiológicos distintos*»⁴³, como defiende con acierto, el control de la doble incriminación en el contexto de relaciones entre Estados que comparten una misma escala de valores deja de tener sentido.

Y ¿qué sucede con la exigencia de certeza? En este punto, el razonamiento del Tribunal de Justicia abandona el plano de las relaciones de cooperación judicial penal entre Estados y se sitúa exclusivamente en el ámbito interno. Desde esta perspectiva, la vaguedad con que están definidas las categorías delictivas en la lista del artículo 2.2 de la Decisión Marco no resultaría relevante, ya que basta con que las conductas y sus correspondientes sanciones estén descritas con precisión en el ordenamiento penal sustantivo del Estado que emite la orden europea.

Se produce de esta forma un llamativo olvido de las implicaciones transfronterizas del principio de legalidad penal, más desconcertante si cabe cuando sobre ellas se había pronunciado la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 18 de julio de 2005⁴⁴. En efecto, el Tribunal de Justicia nada dice acerca de la posible afección del principio de legalidad penal por la supresión del requisito de la doble incriminación cuando el hecho por el que se dicta la orden europea presenta una conexión territorial relevante con el Estado de ejecución.

Por el contrario, el Tribunal alemán declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de 21 de junio de 2004, por la que se incorporaran las obligaciones de la Decisión Marco, porque la Ley alemana no contempló el principio de territorialidad previsto por el artículo 4.7 de la Decisión Marco entre los posibles motivos de denegación de la ejecución de la orden europea. La sentencia colocó al legislador nacional ante la obligación de prohibir la entrega de ciudadanos alemanes cuando el delito presente puntos de conexión relevantes con el territorio alemán, por considerarla contraria a las limitaciones que el artículo 16.2 de la Constitución alemana impone para permitir la extradición de ciudadanos alemanes⁴⁵.

Esta conclusión se apoyaba en el razonamiento de que el citado artículo 16.2 garantiza, en esos supuestos con conexión territorial, la protección de la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos alemanes en que no van a ser alejados del ordenamiento jurídico penal reflejo de la comunidad

⁴³ Apartado 46 de las Conclusiones.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Segunda del BVerfG, 2 BvR 2236/04, de 18.07.05.

⁴⁵ Artículo 16.2 GG. «Mediante Ley podrá incorporarse una regulación distinta para la extradición a un Estado miembro de la Unión Europea o a un Tribunal Internacional, en la medida en que se respeten los principios del Estado de Derecho».

de la que forman parte. Para el Tribunal Constitucional alemán el Tribunal alemán, «(l)a confianza del perseguido en el propio ordenamiento jurídico, relacionada con el principio del Estado de derecho por el Art. 16, apartado 2 de la Ley Fundamental, está pues protegida de manera especial cuando las actuaciones que motivan la petición de extradición en todo o en parte fueron llevadas a cabo en territorio nacional alemán, a bordo de barcos o aviones alemanes o en lugares bajo soberanía alemana⁴⁶». Esta protección no debe otorgarse, sin embargo, cuando los delitos presentan una vinculación con el territorio de otro Estado, pues «... quien actúa en otro ordenamiento jurídico tiene que contar con que también allí se le exijan responsabilidades», ni tampoco en supuestos delictivos que cuenten con una «típica dimensión transfronteriza», como el tráfico de drogas o el terrorismo internacional.

El razonamiento empleado por el Tribunal Federal no debería haberse limitado a los ciudadanos alemanes⁴⁷, sino que debería extenderse, desde la óptica de la garantía de la seguridad jurídica propia del principio de legalidad penal, al conjunto de los sujetos reclamados por una orden europea, quienes tendrían el derecho a no ser alejados del ordenamiento jurídico penal que, en atención a la vinculación territorial de la conducta realizada, confiaban les iba a resultar aplicable. Es esta dimensión del principio de legalidad penal la que entendemos queda desatendida en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Aunque la sentencia *Advocaten* no hace explícito este razonamiento, podría en principio entenderse que, de la misma manera en que la vertiente de orden público del requisito de la doble incriminación deja de tener sentido en el sistema de orden europea, la exigencia de certeza que lleva aparejada el principio de legalidad tampoco resultaría aplicable a las relaciones de cooperación judicial a las que se aplica el reconocimiento mutuo. La postura que aquí se defiende, por el contrario, es que la tutela de la seguridad jurídica propia del principio de legalidad penal también resulta aplicable en el contexto del reconocimiento mutuo, porque se trata de un elemento que no procede de una concepción soberanista de las relaciones de cooperación judicial entre Estados, sino que entronca con una garantía esencial de la posición jurídica del ciudadano que debe ser salvaguardada con mayor razón en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Cosa distinta, sin embargo, es que dicha exigencia deba interpretarse en el sentido de exigir en todo caso el mantenimiento del requisito de doble incriminación. No entendemos que deba ser necesariamente así. Lo que la exigencia de certeza requiere, a nuestro juicio, es que se garantice al ciudadano la posibilidad de anticipar las consecuencias jurídico-penales de su conducta en el Estado en el que ésta se desarrolla. Y ello exige, en el actual sistema de reconocimiento mutuo, vincular el examen de la doble incriminación al principio de territorialidad.

⁴⁶ Párrafos 84 a 86 de la sentencia.

⁴⁷ Así lo entiende LAGODNY, O., «Eckpunkte für die zukünftige Ausgestaltung des deutschen Auslieferungsverfahrens», *Strafverteidiger* 9/2005, pg. 518.

De hallarnos ante un modelo de reconocimiento mutuo puro o amplio, que impone la aceptación incondicional y automática de la resolución judicial proveniente de otro Estado, la exigencia de certeza se satisfaría mediante la adopción de un sistema de atribución de jurisdicción penal en exclusiva y de resolución de conflictos de jurisdicción. La aceptación de criterios únicos en la determinación de la jurisdicción competente, fundamentalmente basados en el principio de territorialidad, permitiría alcanzar un elevado grado de seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, en la medida en que los ciudadanos podrían conocer con antelación cuáles serían las consecuencias jurídico-penales de las conductas desarrolladas en el marco de ese espacio.

El sistema de orden europea no pertenece sin embargo a este modelo de reconocimiento mutuo puro, en el que la eliminación de los controles en la ejecución va precedida de la implantación de determinadas condiciones referidas, básicamente, a la armonización de los derechos fundamentales ligados al desarrollo de los procesos penales⁴⁸ y a la creación de un sistema de atribución *ex ante* de jurisdicción penal que permita una delegación interestatal del *ius puniendi*. Como estas condiciones no se han cumplido aún, los instrumentos de reconocimiento mutuo adoptados hasta la fecha permiten que el Estado requerido, al igual que en el sistema de cooperación judicial penal clásico, siga ejerciendo algún control sobre la ejecución de la resolución judicial penal proveniente del otro Estado. La diferencia fundamental con el sistema clásico se encuentra en el hecho de que los controles que aún se mantienen no parecen obedecer ya a la necesidad de proteger intereses soberanos, o a un modelo *bidimensional* de las relaciones de asistencia judicial internacional, sino que atienden en primer término a la necesidad de proteger los derechos fundamentales y garantías que asisten al sujeto reclamado. Es precisamente desde esta óptica *tridimensional*⁴⁹ de la relación de cooperación desde la que vuelve a cobrar sentido la exigencia de certeza vinculada al control de la doble incriminación y del principio de territorialidad.

Una vez iniciado el debate por el Tribunal Constitucional Federal alemán acerca de la necesidad de proteger la confianza en la aplicación del ordenamiento jurídico penal con el que el hecho presenta una conexión territorial relevante, entendemos que hubiera sido deseable que el tribunal de Justicia hubiera abordado la cuestión relativa a la supresión de la doble incriminación desde este punto de vista.

⁴⁸ Al que autores como WEYEMBERGH se refieren como «armonización auxiliar», por el contraposición a la armonización de tipos penales y sanciones que se ha venido desarrollando al amparo del artículo 31.1 e) del TUE, ver WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace européen et révélateur de ses tensions*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, pgs. 144-152.

⁴⁹ Ver VOGEL, J., «Abschaffung der Auslieferung?», *Juristen Zeitung*, 19/2001, pg. 941; WEIGEND, TH., «Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts», *Juristische Schulung*, 2000, págs. 110-111; ROHLFF, D. *Der Europäische Haftbefehl*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, págs. 51-52.

Para ello disponía, además, de alguna indicación interesante proveniente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lindberg c. Suecia*, de 15 de enero de 2004, se declaró la inadmisibilidad de una demanda por violación de los artículos 10 y 13 del Convenio en un supuesto en el que el demandante había sido condenado por difamación conforme al ordenamiento noruego. La sentencia había sido finalmente ejecutada por las autoridades suecas tras haber sido examinada por varias instancias judiciales a pesar de que, con arreglo a la legislación sueca, la responsabilidad penal por la conducta difamatoria no podría haberse exigido *in concreto*. Aunque no se analiza la compatibilidad de la ejecución de la sentencia a la luz del artículo 7 del Convenio, el caso presenta interés desde la perspectiva de la doble incriminación vinculada al elemento territorial, porque el argumento esencial de la defensa era que la conducta calificada como delito de difamación en la jurisdicción noruega no sería considerada delito en Suecia a la luz del alcance dado en este país a la libertad de expresión para excluir el ilícito penal. El Tribunal de Apelación sueco entendió que la ejecución resultaba posible en la medida en que la comisión de los hechos se había desarrollado en Noruega, Estado que solicitaba la ejecución. El Tribunal Supremo sueco se hizo eco de este razonamiento al señalar que la excepción de orden público no podía amparar el acto difamatorio que había tenido lugar en el Estado que solicitaba la ejecución. Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogió implícitamente estos argumentos al señalar que, desde la perspectiva del artículo 13 del Convenio, el examen de la cuestión por las sucesivas instancias judiciales suecas había ofrecido un remedio judicial efectivo, puesto que «... no existían motivos de carácter obligatorio para denegar la ejecución».

Analizar la compatibilidad de la Decisión Marco con el principio de legalidad desde esta dimensión territorial de la doble incriminación no colocaba por otra parte al Tribunal de Justicia ante una declaración de nulidad del artículo 2.2 de la Decisión Marco. Como se ha señalado, la supresión de la doble incriminación para la lista de las treinta y dos categorías delictivas sigue estando acompañada de una segunda garantía que opera como «*excepción de la excepción*»⁵⁰: el principio de territorialidad. Este principio se recoge en el apartado cuarto del artículo 7 de la Decisión Marco, y permite la denegación de la ejecución cuando la orden europea contemple infracciones que el Derecho del Estado de ejecución considere cometidas total o parcialmente en su territorio.

El hecho de que la posibilidad de denegar la ejecución de la orden europea por el motivo recogido en el artículo 4.7 aparezca configurada con carácter potestativo para los Estados miembros no representa, entendemos, un obstáculo mayor para entender cumplida por la Decisión Marco la exigencia de certeza propia del principio de legalidad en el sentido aquí analizado.

⁵⁰ KEIJZER, N., «The double criminality requirement», en BLEXTON, R. y VAN BALLEGOOIJ, W., *Handbook on the European Arrest Warrant*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2005, pg. 161.

El Tribunal de Justicia podría haber encontrado soluciones interpretativas acordes con la necesidad de modular la supresión de la doble incriminación en supuestos en que la conducta presentara conexiones territoriales relevantes de la conducta con el Estado de ejecución. Ya se ha señalado anteriormente cómo la literalidad de los textos no ha impedido al Tribunal realizar en otras ocasiones exégesis dirigidas a fortalecer la eficacia de las garantías esenciales en el marco del tercer pilar.

En esta ocasión, sin embargo, el Tribunal de Justicia ha optado por no abordar el examen de una cuestión tan íntimamente ligada a la protección de los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo, en un momento en el que las expectativas de las jurisdicciones nacionales acerca de su papel en la defensa de estos derechos no podían ser más exigentes.

2. Lista de delitos y principio de igualdad

Junto a los reproches realizados al sistema de derogación de la exigencia de doble incriminación mediante una lista de delitos con fundamento en el principio de legalidad, *Advocaten* sostiene que la vía seguida por la Decisión marco es contraria al principio de igualdad por un doble motivo. Se pregunta, en primer lugar, por la eventual discriminación que supone que sólo para ciertos delitos deje de aplicarse tal exigencia como condición de la entrega de una persona. Por otro lado, incluso dentro de las categorías delictivas para las que deja de ser aplicable el requisito de doble incriminación, la inexistencia de una definición común de las categorías enumeradas en el artículo 2 de la Decisión marco podría vulnerar —a juicio de *Advocaten*— el derecho a la igualdad, al ser potencialmente diferente el trato que recibe la persona reclamada según que los hechos imputados se produzcan en el Estado miembro de ejecución o fuera de dicho Estado.

Se trata de dos enfoques distintos del principio de igualdad en relación con la derogación de la doble incriminación a los que da también respuesta diferenciada el Tribunal.

2.1. *Discriminación por la derogación parcial de la exigencia de doble tipicidad*

La asociación recurrente ante el Tribunal constitucional belga, órgano que plantea la cuestión prejudicial, sostenía que existe una discriminación en la medida en que para las infracciones distintas de las mencionadas en el artículo 2, apartado 2, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden europea de detención sean constitutivos de delito en el Estado de ejecución. Distinción que carecería a juicio de *Advocaten* de una justificación objetiva.

Esta primera objeción es rechazada por el Tribunal de Justicia, tras recordar el alcance del principio de igualdad y no discriminación con invocación de su propia jurisprudencia. Se dirá en la sentencia que las categorías de infracciones enumeradas en el artículo 2, apartado 2, son «*infracciones que causan un perjuicio tan grave al orden público y a la seguridad pública que resulta*

justificado no exigir el control de la doble tipificación»⁵¹. Se asimila de este modo el contenido de la lista de categorías delictivas con un concepto o parámetro común de los Estados miembros respecto de lo que haya de entenderse por infracciones merecedoras de una respuesta homogénea. De ahí que la sentencia recurra en el mismo párrafo a los conceptos de reconocimiento mutuo y al «*elevado grado de confianza y solidaridad entre los Estados miembros*»⁵² como sustento de la elección de las distintas categorías delictivas.

Una idea que aparece más desarrollada en las conclusiones del Abogado General, al señalar que se trata de infracciones que «*afectan gravemente a bienes jurídicos necesitados de especial protección en Europa, requiriéndose que en el Estado de emisión del mandamiento de arresto se castiguen con penas de cierta intensidad*», pues tienen su origen en las categorías delictivas recogidas en el artículo 29 TUE, el Convenio Europol⁵³ o derivan de una obligación de persecución contemplada en el Derecho Internacional Público, hablando, con cita de doctrina, de «*comportamientos en los que la comprobación de la doble incriminación se antoja superflua, pues se repudian en la generalidad de los Estados miembros*»⁵⁴.

De esta premisa concluye la sentencia que la mejor condición en la que pudieran encontrarse las personas reclamadas por delitos no comprendidos en la lista del artículo 2, apartado 2, al poder sujetar la legislación nacional su entrega a la exigencia de doble incriminación, no es discriminatoria porque «*la distinción está, en cualquier caso, justificada objetivamente*»⁵⁵.

Considera, en suma, el Tribunal de Justicia que no supone una diferencia de trato injustificada el mantenimiento del requisito de doble incriminación para los delitos menos graves y que, por el contrario, se elimine en los casos graves. Según la sentencia, esa distinta gravedad es fundamento bastante para justificar objetivamente la desigualdad. A su vez, al delimitar esa distinta graduación de la importancia de los delitos incluidos en la lista de la Decisión marco, se asume por el Tribunal la idea de la existencia de una serie de delitos necesitados de ser combatidos según criterios comunes (en palabras del fracasado Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa y del Tratado de Lisboa). Es verdad –de ahí la insatisfacción que produce la lectura de la sentencia en este punto– que lo hace con un parco razonamiento abstracto, que no se refiere a ninguna de las categorías en particular, ni busca fundamento a la inclusión de cada una de ellas, apuntando, como hemos dicho anteriormente, pero sin atreverse a referirlo de forma expresa, a un incipiente orden público europeo desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo.

⁵¹ A. 57.

⁵² A. 57.

⁵³ Artículo 2 y anexo en él mencionado del Convenio de 26 de julio de 1995 por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol).

⁵⁴ A. 93.

⁵⁵ A. 58.

2.2. *Discriminación por la falta de garantía de una aplicación uniforme de las categorías delictivas por las autoridades judiciales de los Estados miembros*

La segunda connotación discriminatoria sobre la que el Tribunal Constitucional belga plantea la cuestión prejudicial se refiere a que la falta de definición pormenorizada de los hechos sobre los cuales se solicita la entrega en la Decisión Marco daría pie a una diferencia de trato injustificada entre los justiciables. El razonamiento de *Advocaten* aparece así vinculado al principio de legalidad penal como garantía del derecho de igualdad, coincidiendo con el planteamiento sostenido en los últimos meses por algunas delegaciones en el seno del Consejo de Ministros de la Unión, que reclaman la previa definición de las categorías delictivas sobre las que opera la eliminación del requisito de doble tipicidad.

Al margen de la ya comentada respuesta de la sentencia en términos de respeto al principio de legalidad penal, desde la perspectiva del principio de igualdad la sentencia resulta de nuevo insatisfactoria por lo escueto de su razonamiento, que no afronta la raíz del problema planteado. En este concreto punto, la sentencia se limitará a decir que la Decisión marco «*no tiene por objetivo la armonización del Derecho penal sustantivo de los Estados miembros y que ninguna disposición del Título VI del Tratado UE, cuyos artículos 34 y 31 han sido invocados como fundamento jurídico de esta Decisión marco, supedita la aplicación de la orden europea de detención a la armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros en el ámbito de las infracciones de que se trate (véanse por analogía, en particular, las sentencias de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brügge, C-187/01 y C-385/01, Rec. pg. I-1345, apartado 32, así como de 28 de septiembre de 2006, Gasparini y otros, C-467/04, Rec. pg. I-9199, apartado 29)*»⁵⁶.

Lo afirmado por el Tribunal constituye un claro respaldo al reconocimiento mutuo sin sujeción a la previa armonización del derecho penal sustantivo en línea con anteriores sentencias que puede ser bienvenido, pero no guarda directa relación con el debate que aquí se suscita: ¿es discriminatorio que un mismo comportamiento pueda dar lugar a la emisión de una orden europea de detención cuya ejecución queda o no sujeta al requisito de doble tipificación según el alcance objetivo que en cada Estado miembro pueda darse a las categorías delictivas del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco?

En palabras del Abogado General, lo que se plantea es la igualdad en la aplicación de la ley. En respuesta a dicho interrogante cabría haber respondido, como sugieren sus conclusiones, que «*esa contingencia carece de virtualidad para poner en entredicho la corrección de la norma, que no responde de futuras e hipotéticas discriminaciones con ocasión de su aplicación*» y que «*la igualdad no reclama que órganos independientes mantengan una hermenéutica coincidente*»⁵⁷. Lo que no parece tan satisfactorio, en términos de respuesta del Tribunal de Justicia, es que se opte por desviar la cuestión.

⁵⁶ A. 59.

⁵⁷ A. 97.

Como también sostiene el Abogado General, en realidad lo que está en el fundamento de la cuestión planteada es «*la exigencia de certidumbre en las relaciones jurídicas, singularmente en las que se entablan de forma coercitiva entre el poder público y los ciudadanos*», que concierne al principio de legalidad. Se vaticinaba en sus conclusiones que «*si alguna duda persiste sobre el sentido de los conceptos que emplea el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco, la cuestión prejudicial del artículo 35 UE abre el cauce idóneo para un entendimiento uniforme en el territorio de la Unión*⁵⁸». Aunque, de ser el caso, volveríamos al punto de partida: ¿con base en qué elementos definitorios comunes podría responder el Tribunal a la cuestión?

No obstante, la formulación de la cuestión planteada parecía exigir una respuesta a este otro interrogante: ¿garantiza la formulación empleada por el legislador europeo de forma suficiente el principio de igualdad en la aplicación de la ley?

Al analizar la lista de categorías delictivas incorporada al artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco como método de derogación de la exigencia de doble incriminación, conviene recordar el origen y antecedentes de la fórmula. La propuesta de la Comisión Europea, consciente de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo unánime para eliminar este requisito, proponía de que cada Estado formulara una «lista negra» de delitos para los que se mantendría (se hablaba de la eutanasia o del aborto, como ejemplo de conductas a incluir en esa lista), vinculada a las peculiaridades de política criminal de cada Estado, sin que en la misma fuera posible incorporar los delitos mencionados en el artículo 29 del Tratado de la Unión. El sistema finalmente aprobado fue propuesto por Francia en un estadio muy temprano de la negociación, sin dar tiempo a considerar otras opciones⁵⁹, mediante un instrumento que encubre la derogación del requisito bajo esa especie de «lista blanca», que tiene una finalidad más política que técnica: tranquilizar a los reticentes al visualizar que se trata de delitos recogidos en todos los ordenamientos nacionales. Una solución propia del método de negociación diplomático que, sin embargo, se compadece mal con las particularidades de la legislación penal y no ha dejado de generar problemas, máxime al haberse extendido su aplicación a otros instrumentos de reconocimiento mutuo.

La aplicación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 2 de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega puede ser analizada a los efectos aquí comentados desde la doble perspectiva en que opera. De una parte, cuando se atiende a la ejecución de la orden europea de detención y entrega, la declaración por la autoridad que la dicta de estar en

⁵⁸ A. 98 y 99.

⁵⁹ En ocasiones se ha rumoreado que se trató de una decisión de política interna francesa, al querer el Gabinete Jospin alcanzar pronto un acuerdo sobre la orden europea de detención en el Consejo de Ministros de Justicia e Interior, frente al intento de elevar la cuestión a un Consejo Europeo, en el que sería el Presidente de la República Chirac quien habría *rentabilizado* políticamente el acuerdo.

uno de los supuestos de la lista de categorías delictivas impide al Estado de ejecución examinar la concurrencia del requisito de doble incriminación. La coherencia con el mandato normativo es incompatible con una traducción de la lista por el legislador nacional a efectos de la ejecución de la orden europea (aunque así lo ha hecho Italia), so pena de reintroducir por esta vía el control de la doble incriminación.

Sin embargo, la aplicación de la lista de categorías delictivas ha de ser abordada, también, desde el punto de vista del juez o autoridad judicial que emite la orden europea. Dicha autoridad está obligada a decidir, al dictar la orden europea, si los tipos delictivos de su Derecho nacional que son el objeto de la acusación frente a la persona buscada se subsumen o no en las categorías descritas de la Decisión marco. Lo que impedirá la aplicación del requisito de doble incriminación en el caso concreto por parte del Estado de ejecución. De nuevo hablamos de un supuesto real: baste recordar aquí como el Tribunal Supremo ha señalado en alguna ocasión que no todos los delitos que aparecen en el Código Penal bajo la rúbrica de «delitos de terrorismo», en concreto el de apología de terrorismo, cabe calificarlos como delito de terrorismo (por ejemplo, a efectos de definir la competencia de la jurisdicción española, Auto de 23 de mayo de 2002).

Aunque los legisladores nacionales han optado por conceder toda la discreción en dicha calificación a la autoridad judicial de emisión, cabría preguntarse si no hubiera sido posible una traslación o desarrollo de esas categorías por el legislador nacional con el fin de sujetar la calificación de la autoridad de emisión a su previa predeterminación normativa. No se trataría sólo de un parámetro o guía interpretativa, como en alguna ocasión se ha apuntado⁶⁰, sino abiertamente de su transposición o incorporación al Derecho nacional. Así, la norma nacional definiría qué delitos de su ordenamiento penal pertenecen a cada categoría de la lista, sujetando la decisión del juez de emisión al tenor de la Ley de transposición.

Esta otra forma de haber aplicado la lista de delitos de la Decisión marco no hubiera mermado, en modo alguno, la pretendida eliminación del requisito de doble incriminación y, por el contrario, hubiera servido para satisfacer un mayor grado de certeza para el ciudadano. Con ello se reduciría la discrecionalidad en la actuación de la autoridad de emisión de la orden europea y, al mismo tiempo, aumentarían las garantías normativas de la igualdad en la aplicación de la ley. Permitiría, incluso, un control general y objetivo por parte del Tribunal de Justicia, vía cuestión prejudicial, respecto de la aplicación nacional de la Decisión Marco. Una opción que no parece haber barajado el Tribunal de Justicia pero que, en cierto modo, podría

⁶⁰ “Con el fin de garantizar la transparencia y la seguridad jurídica en la aplicación de este texto en el conjunto del territorio de la Unión, podría considerarse la redacción de un documento en el cual cada Estado miembro enumeraría los delitos que, en su legislación, entran en las calificaciones del apartado 2 del artículo 2”. FONSECA MORILLO, F., «La orden de detención y entrega europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n. 14, enero-abril de 2003, pg. 89.

entenderse como parte de la competencia que el párrafo 53 de la sentencia reconoce al «Derecho del Estado miembro emisor» para la definición de las infracciones mencionadas en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia es particularmente interesante en la delimitación precisa de las dos vías de la acción de la Unión en materia de cooperación judicial penal y, especialmente, en la reiteración de su doctrina de no vinculación o sujeción del reconocimiento mutuo a la previa armonización del Derecho penal de los Estados miembros.

Donde se echa en falta una mayor profundización es en la fundamentación jurídica, más allá de la genérica invocación de la confianza mutua, de las consecuencias o viabilidad de un sistema, el de reconocimiento mutuo, que parece por el momento renunciar a ser acompañado con medidas de armonización auxiliar. Singularmente necesarias en lo que concierne a las reglas de atribución de jurisdicción y a la resolución de los conflictos que plantea la simultánea vinculación de un delito con varios Estados miembros.

Los silencios de la sentencia en relación con la débil base de legitimación parlamentaria de las decisiones marco o la escueta argumentación respecto de las carencias de técnicas legislativas que, como el recurso a la lista de delitos, obedecen al ámbito propio de la negociación diplomática, pero casan mal con las cualidades exigibles a la legislación penal, no servirán a buen seguro para atemperar o calmar las dudas y reparos esgrimidos frente a la idea del espacio judicial europeo.

Por otro lado, la tajante desvinculación de las dos vías apuntadas –reconocimiento mutuo y armonización del derecho material– aunque razonable, suscita el riesgo condenar definitivamente al ostracismo la segunda de las acciones prevista en el Tratado. Lo que, sin duda, será bienvenido por quienes son poco partidarios de cualquier tipo de armonización legislativa y de aquellos Estados –que también los hubo y hay– que apostaron por el reconocimiento mutuo más como antídoto a la armonización, que por confianza en la suficiencia de esta otra vía de construcción del espacio judicial europeo. El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y los posteriores Planes de Acción de la Unión, no hacen sino demostrar que la armonización del Derecho penal sustantivo, hasta ahora limitada en su alcance, ha entrado en una vía muerta. ¿Qué decir de las viejas aspiraciones de algunos para la formulación de un Código Penal Europeo de contenido limitado a ciertos delitos necesitados de persecución en común? Otra forma de delimitar ese «orden público penal europeo de carácter material» al que parece apuntar tímidamente la sentencia comentada cuando razona sobre la lista de delitos para los que se excluye la exigencia de doble incriminación. Algo que hoy sólo parece posible como mero objeto de reflexión académica.