

EL PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN

Emmanuel Barbe

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

El principio de doble incriminación en la orden de detención europea

Emmanuel BARBE

Durante la brevísima negociación de la orden de detención europea, entre septiembre y diciembre de 2001, el tema de la doble incriminación atrajo la atención tanto del Consejo de Ministros como del Consejo Europeo, que seguía de cerca la negociación. Gracias a ello, la cuestión de la doble incriminación ha experimentado con relativa facilidad avances esenciales para la construcción de un espacio judicial europeo, concretamente en torno a:

- la “judicialización” del proceso de extradición,
- el fin de la no extradición de nacionales¹,
- la limitación drástica de los plazos de entrega de personas.

Sin duda alguna, la propuesta inicial de la Comisión² relativa a la doble incriminación presentada por el comisario Vitorino ha contribuido a ello. La propuesta, con un punto de vista muy radical, tal vez como previsión táctica, consistía en un sistema en el cual la ausencia de doble incriminación no constituiría ya un motivo para denegar la entrega. Como contrapartida, cada país podría elaborar una lista de infracciones por las cuales no se concedería la extradición. Esta propuesta suscitó inmediatamente numerosas críticas³, pero también varios apoyos calurosos, lo cual explica que los debates políticos, breves por naturaleza, se hayan centrado en la cuestión.

El artículo 2 de la decisión marco contiene lo esencial del resultado de la negociación, aunque otras disposiciones tratan igualmente la cuestión. En los párrafos 1 y 2 se establece el principio de una exclusión limitada de la necesidad de doble incriminación. El párrafo 4 establece de manera objetiva el método de análisis que deben poner en práctica los Estados miembros, o mejor dicho las autoridades judiciales, cuando no se reúnan las condiciones de los dos primeros párrafos y la existencia de la doble incriminación pueda ser objeto de control.

La no aplicación de la doble incriminación

El artículo 2 § 2 dispone: *“Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o*

¹ Este principio, que constituía todavía un motivo de profunda división entre los Estados miembros en el momento de la negociación del Convenio relativo a la extradición de 1996, sólo fue debatido seriamente por dos Estados, puesto que los demás renunciaron de entrada a poner en tela de juicio el avance propuesto por la Comisión.

² DO C 332 E de 27.11.2001, p. 305.

³ Los que se oponían al sistema de la Comisión señalaban que la doble incriminación busca precisamente prevenir las demandas fundadas en infracciones atípicas, poco previsibles por naturaleza. Por esta razón, sostenían (y fue esta opinión la que finalmente se impuso) que para poner en marcha el sistema era necesaria la elaboración de una lista positiva de hechos para los cuales no fuera requerida la doble incriminación.

una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor”.

Sigue una lista de treinta y dos entradas en la cual conviene detenerse un instante.

La lista del artículo 2

Composición de la lista

Esta lista, que en realidad comprende más de treinta y dos “delitos”, constituye un conjunto bastante heterogéneo: algunos de sus elementos son de hecho comportamientos delictivos (por ejemplo, el racismo o la xenofobia, los delitos de alta tecnología, en particular el delito informático⁵, etc.), delitos en el sentido penal del término (por ejemplo la violación o el homicidio), o incluso delitos creados por el Derecho Internacional que ya constituían categorías de delito en la mayoría de los Derechos Penales de los Estados miembros (terrorismo, trata de seres humanos, etc.).

El carácter heterogéneo y jurídicamente poco preciso de esta lista se debe a sus orígenes. Principalmente está constituida por elementos ya conocidos retomados del propio Tratado de la Unión Europea (TUE), de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere o del anexo del Convenio Europol. Otros elementos fueron propuestos por la Comisión Europea durante el Consejo JAI del 5 y 6 de diciembre de 2001. De este modo, se buscaba simplificar la negociación concentrándose en categorías ya aceptadas por los quince Estados miembros. El origen de los elementos que componen esta lista explica con creces la dificultad que ésta puede suponer a un jurista cuando trata la supresión de la doble incriminación, puesto que los elementos que la componen originariamente estaban destinados a definir competencias legislativas (elementos procedentes del Tratado) o de un órgano de cooperación judicial (elementos procedentes del Convenio EUROPOL), y esa función soportaba mejor una cierta imprecisión de la definición. Enseguida veremos que era indispensable elaborar esta lista si realmente queríamos obtener una reducción efectiva del campo de aplicación de la doble incriminación.

Definición internacional de los “delitos”

Un número nada despreciable de elementos de esta lista ha sido objeto de aproximación por medio de los instrumentos jurídicos de la Unión Europea (convenios anteriores a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y, fundamentalmente, decisiones marco posteriores). Sin

⁴ Algunas entradas son múltiples: homicidio voluntario; agresión con lesiones graves; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; delitos de alta tecnología, en particular el delito informático (véase nota 5)

⁵ La definición de “delito informático” es particularmente difícil de establecer. En efecto, el término abarca diversas figuras jurídicas: delito cometido gracias a la informática, contra la informática, etc.

embargo, hay que señalar que la decisión marco que instituye la orden de detención europea no hace ninguna referencia a instrumentos de la Unión Europea o de cualquier otra instancia supranacional que definan los delitos en el ámbito internacional. Existen dos razones para ello:

- En primer lugar, tal referencia no era posible para todos los delitos. Así, no existe ni existirá nunca, sin duda, una decisión marco sobre la violación o sobre el homicidio. Además sabemos que la negociación de una definición común para ciertos delitos tiene pocos visos de éxito, como ha quedado demostrado con el proyecto de decisión marco sobre el racismo y la xenofobia.
- Sobre todo, si se hubiera hecho una referencia precisa a esos instrumentos, el control de la doble incriminación habría consistido en verificar que los hechos por los cuales se dictaba la orden de detención europea entraban en los supuestos, no de un texto nacional (el Código Penal del Estado de ejecución), sino europeo (la definición europea o internacional del delito). Cuando consideramos la naturaleza de la armonización realizada en el seno de la Unión Europea, esto es, una armonización a un nivel muy básico (*a minima*⁶), podríamos pensar que si el sistema del artículo 2 hubiera incluido una referencia a los instrumentos internacionales habría sido peor el remedio que la enfermedad.

Así pues, la técnica utilizada por la decisión marco que instituye la orden de detención europea constituye un auténtico progreso, sobre todo si tenemos en cuenta que el debate sobre la doble incriminación había dividido al Consejo poco tiempo antes, en 2000, durante una discusión sobre el protocolo del Convenio de 29 de mayo de 2001 relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros. Por aquella época, Francia había presentado un proyecto que proponía la prohibición de alegar la no concurrencia de la doble incriminación en el campo de la asistencia judicial en materia penal⁷. La propuesta francesa había fracasado porque, aunque se reveló la existencia de una pequeña mayoría a favor, había también una minoría, activa y determinada, hostil a esa evolución.

Concretamente, ¿en qué campos podemos estimar, desde este mismo momento, que la lista tendrá un gran impacto?

Podemos citar varios ejemplos, extraídos de la práctica tradicional de la extradición:

- Pertenencia a organización delictiva: numerosas legislaciones nacionales no tipifican esta categoría de delito. El hecho de que esté específicamente inscrita en la lista representa un avance importante. Italia, cuyo código penal castiga la pertenencia a una asociación de tipo mafioso (artículo 416 bis), evitará así muchos de los problemas que encuentra hoy en sus relaciones en materia de extradición.

⁶ Daniel FLORE. *Une justice pénale européenne après Amsterdam*. JTDE, 1999, p. 121-129.

⁷ DO C 243 de 24.8.2000, p. 11.

- Blanqueo del producto del delito: en algunos países, como Francia, el autor de un delito principal puede ser perseguido también por los hechos de blanqueo del producto de los delitos que haya cometido. En otros países (por ejemplo, Italia u Holanda), la ley no lo permite. En este caso, toda orden de detención europea emitida por Francia sobre esta base obligará al Estado miembro de ejecución a realizar la entrega, independientemente de cuál sea su legislación sobre este punto.
- Complicidad o tentativa: los sistemas jurídicos de los Estados miembros difieren a veces sobre esta cuestión. En algunos países, el delito principal prevé siempre la tentativa y la complicidad. En otros sistemas, es necesario que el Código Penal lo disponga así expresamente. El texto de la orden de detención europea no hace distinción a este respecto, de manera que se debería considerar (y la Comisión, particularmente, es de esta opinión⁸) que la autoridad judicial del Estado de ejecución no puede negarse a la ejecución de la orden de detención europea argumentando que en su derecho la tentativa del hecho o la complicidad no están castigadas, cuando sí lo están en el derecho del Estado emisor. En su informe, la Comisión constata sin embargo que ciertos países excluyen la complicidad y la tentativa en su ley de adaptación.

Podemos preguntarnos si el sistema del artículo 2 no estará haciendo *tabula rasa*, al menos en lo que respecta a la extradición, del trabajo de aproximación de las legislaciones de derecho material penal de los Estados miembros.

Como hemos señalado, estos textos⁹ tienden a constatar los puntos de convergencia entre las legislaciones. Los Estados miembros tienen la obligación de incriminar un cierto número de comportamientos que constituyen el mínimo común denominador entre sus legislaciones, pero tienen libertad para incriminar más allá de esta base común. Además, gracias al método de la orden de detención europea, un Estado miembro se ve obligado a reconocer en el momento de la ejecución de una orden de detención europea los comportamientos que precisamente se había negado a incorporar en la norma de aproximación. Así, las negociaciones sutiles para saber qué condiciones deben darse para entrar o no en la noción de pornografía infantil, o en las de racismo o xenofobia, dejan de tener sentido en el marco de una orden de detención europea dictada por un delito que entre en la calificación, según la ley del Estado miembro emisor, de pornografía infantil, racismo o xenofobia.

Los diferentes Ministros de Justicia, que mediante una declaración simultánea a la orden de detención europea han expresado su deseo de que se siga trabajando para armonizar sus respectivas legislaciones, lo han comprendido muy bien. En este sentido, la existencia de la orden de detención europea debería animar a los Estados miembros a minimizar las discordancias que pudieran surgir a partir de las nuevas reglas que ellos mismos se han impuesto al adoptar la orden de detención europea. Sin embargo, en la práctica, sólo una armonización conseguida a través de las leyes europeas (de aplicación directa) sería capaz de

⁸ Véase el anexo al informe de la Comisión sobre la puesta en marcha de la orden de detención europea en los Estados miembros SEC (2005) 267, con numeración 6815/05 ADD 1 COPEN 42 de 1 de marzo de 2005 del Consejo de Ministros de la Unión Europea.

⁹ Daniel FLORE, *op. cit.*

cumplir la función que, equivocadamente, se pretende con las aproximaciones tal y como se realizan hoy en día.

La inclusión de nuevos elementos en la lista

El § 3 del artículo 2 prevé un procedimiento especial para la inclusión de nuevos delitos en la lista del § 2. Si lo analizamos, no aporta nada significativo, salvo la posibilidad de engrosar la lista sin que por ello se modifique la decisión marco. Durante las negociaciones, se propuso que la inclusión de nuevos elementos en la lista pudiera hacerse por mayoría simple, aunque esta idea fue rápidamente rechazada.

Así, parece poco probable que el mecanismo previsto en el § 3 pueda ser alguna vez útil, teniendo en cuenta los debates que el contenido de esta lista ha suscitado en diferentes países, y el lastre que suponen para la negociación actual de otros instrumentos de cooperación judicial.

El alcance del control

El mecanismo previsto por el artículo 2, ¿excluye toda posibilidad de control por parte del juez del Estado miembro de ejecución cuando se encuentra ante una orden de detención por un delito de la lista o, más concretamente, por hechos que constituyen un delito de los incluidos en la lista del artículo 2?

Si bien el texto permite indudablemente la exclusión de determinados controles, no parece sin embargo que todos sean imposibles.

Los controles imposibles

Descartemos para empezar un primer tipo de control: en lo sucesivo, se excluye que los hechos que motivaron la emisión de la orden de detención europea sean examinados según la legislación penal del Estado de ejecución. El texto del § 1, que fue fruto de una intensa negociación, es explícito en este sentido: la valoración debe realizarse conforme al Derecho del Estado miembro emisor. Esto es lo que ha llevado a algunos a cuestionarse si el sistema que establece la ley de adaptación italiana no conduce a la reintroducción de dicho control.

De la misma manera, podemos excluir la impugnación de la calificación que la autoridad judicial del Estado emisor haya dado a los hechos, tal como se desprende no ya del texto, sino del espíritu del artículo 2¹⁰. Además, ¿qué juez sería tan pretencioso como para considerar que es capaz de interpretar el Derecho de un país extranjero mejor que un juez de dicho país?

¹⁰ Por otra parte, el carácter sucinto de la relación de los hechos debería impedir firmemente cualquier control de este tipo.

Los controles residuales

Aunque el texto sea una vez más poco explícito sobre este punto, podemos pensar legítimamente en la existencia de una posibilidad de control dentro de las dos hipótesis siguientes:

- el error manifiesto
- las divergencias legislativas

El error manifiesto

La manera más simple para explicar este caso es recurrir a un ejemplo: la autoridad judicial de un Estado miembro de ejecución recibe una orden de detención europea por robo organizado (elemento que aparece en la lista), cuando el robo en cuestión manifiestamente no es tal (es decir, cuando se desprenda de la exposición de los hechos que el autor ha actuado solo). En este caso cabría pensar en un control de la doble incriminación, ya que el robo como tal no figura en la lista del artículo 2 (y este control, a fin de cuentas, podría ser sin duda positivo).

La cuestión queda abierta, aunque siempre sin olvidar su carácter marginal.

Las divergencias legislativas

Para este caso concreto, recurriremos a otro ejemplo: imaginemos que la ley de un Estado miembro o su autoridad judicial califica como homicidio un aborto¹¹, conforme a determinada concepción del estatus jurídico del feto; sigamos imaginando que una persona sea demandada porque una acción suya (por ejemplo, una agresión con lesiones) ha provocado la pérdida del feto alojado en el seno de una mujer embarazada, y que este hecho esté calificado como homicidio o, si adoptamos la tipificación francesa, como “heridas y lesiones intencionadas agresión con lesiones con resultado de muerte no dolosa”. Para la legislación francesa al menos, estos dos ejemplos no constituyen un homicidio. En el primer caso, se trataría de un delito de aborto, ya que éste no se habría practicado dentro de las condiciones establecidas por la ley; en el segundo, se trataría de una agresión con lesiones.

En Bélgica, el ejemplo del aborto considerado como un homicidio se ha estimado lo suficientemente serio como para introducirlo en su ley de adaptación. Esto no parece estar en conflicto con la decisión marco, siempre que un control de este tipo no dé lugar a la solicitud de presentación de documentación suplementaria.

Los ámbitos residuales de la doble incriminación

¹¹ Recordemos que el delito de aborto no figura en la lista del artículo 2.

El artículo 2, apartados 4, dispone: que: “Para los delitos distintos de los mencionados en el apartado 2, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo.”

Así, el estudio de este artículo habrá de realizarse a partir de dos elementos:

Casos en los que la doble incriminación puede ser controlada (artículo 2, § apartado 4)

Si el delito en cuestión no está incluido en la lista del artículo 2, será objeto de un control de doble incriminación. En este sentido, la Comisión destaca que determinados Estados miembros no han adoptado íntegramente la lista del artículo 2 en su Derecho nacional. El juez nacional del Estado miembro de ejecución, ante un caso similar, debería lógicamente recurrir al TJCE para desligarse de su propia legislación nacional y poder abstenerse de proceder a la impugnación.

El otro caso estaría representado por un delito que, aun figurando entre los de la lista, no estuviera castigado con “una pena o una medida de seguridad de al menos tres años”. Ante este caso, ¿qué debería tener en cuenta el juez del Estado emisor: el delito en sí mismo, o el delito acompañado de las circunstancias agravantes, o incluso de las atenuantes? La cuestión es de gran importancia, tanto en un sentido como en el otro. Las circunstancias agravantes pueden dar cabida a un delito que de otra manera no entraría en la lista del § 2; e inversamente, si al considerar las circunstancias agravantes el delito no resulta castigado con una pena de tres años, debería ser objeto de un control de la doble incriminación. Los jueces y fiscales señalan a menudo las circunstancias agravantes durante las diligencias penales (por ejemplo, asociación a una organización delictiva, etc.), lo cual tiene como efecto frecuentemente un incremento notable en la pena impuesta. Es más difícil tratar de tener en cuenta las circunstancias atenuantes durante la fase de investigación, ya que generalmente están vinculadas a la persona y no al delito. En cambio, si se desprende del fallo que se han admitido circunstancias atenuantes, podría plantearse la cuestión. El proyecto de ley de adaptación de la orden de detención europea en el Derecho italiano, por ejemplo, precisa que este cálculo debe realizarse con independencia de las circunstancias agravantes; en este caso, el legislador italiano ha resuelto un problema de interpretación que podría muy bien plantearse a los jueces o fiscales de países en cuya legislación (y son la mayoría) exista un vacío a este respecto.

Eliminado:

Eliminado: a

Eliminado: infracción

Eliminado: magistrados

Aplicación objetiva del método de control de la doble incriminación

El texto de la decisión marco impone un método uniforme para la valoración de la existencia de doble incriminación; permite así limitar el concepto, más amplio, del artículo 2 § 1, del convenio de 1957, que reservaba la extradición para los “hechos que las Leyes de la Parte requiriente y de la Parte requerida castigan”. De esta manera, el convenio de 1957 aplicaba

un concepto bastante amplio de la “doble punibilidad”, que llevaba a determinados países a denegar la extradición basándose en motivos más amplios que los de la doble incriminación en sentido estricto. Además, este método daba lugar a veces a un control de la doble incriminación fundado no sólo sobre los hechos, sino también sobre una comparación entre las respectivas legislaciones, de manera que, en caso de divergencia entre ambas, se consideraba que no concurría la doble incriminación.

El artículo 2 § 3, pone fin a cualquier tipo de duda sobre este asunto: la doble incriminación concurre cuando los hechos son constitutivos de un delito en el Derecho del Estado de ejecución, cualesquiera que sean los elementos constitutivos o la calificación del mismo. Dicho de otra manera, el juez debe entender los hechos tal y como se describan en la orden de detención europea, y valorar si éstos constituyen un delito en su Derecho, independientemente de la calificación que les corresponda en el Estado emisor. Este método de análisis es el que se practica en la actualidad en la mayoría de los países; aun así, dentro de un espacio judicial europeo sometido a una interpretación uniforme del TJCE, siempre es conveniente precisarlo.

El artículo 4 § 1 precisa la noción de doble incriminación en materia fiscal. Esto era necesario para preservar los logros conseguidos con el protocolo adicional de 17 de marzo de 1978 del convenio del Consejo de Europa de 1957, conscientes de que la orden de detención europea reemplaza¹² este convenio desde su entrada en vigor.

Finalmente, resulta conveniente destacar que la decisión marco dispone, tanto en el artículo 2 § 4, como en el encabezamiento del artículo 4, que la autoridad judicial tiene la facultad de denegar la entrega en los casos en que el control de la doble incriminación sea posible, y éste resultase negativo. Un gran número de Estados miembros ha transformado los motivos facultativos para la denegación de la ejecución de la orden de detención europea, incluyendo por lo tanto el vinculado a la ausencia de doble incriminación, en motivos obligatorios. Esta manera de adaptación se presta evidentemente a la discusión (véase el informe de la Comisión sobre este asunto), incluso si es evidente que el método escogido en la decisión marco plantea sin duda un problema de igualdad ante la ley, en la medida en que la misma ausencia de doble incriminación puede dar lugar o no a la entrega, sin que podamos determinar bien el criterio seguido.

A día de hoy, el mecanismo adoptado en la decisión marco para la doble incriminación no parece haber planteado problemas mayores a este nuevo instrumento, la orden de detención europea, que centra aparentemente la atención tanto de la mayoría de los Estados miembros y de la Comisión Europea como de las asociaciones para la protección de los Derechos Humanos. Por otra parte, si se hubiera acordado una entrega de una manera inesperada, conforme a las nuevas normas aplicables para la doble incriminación, cabría imaginar que la defensa de las partes procesadas no habría dudado en ponerlo en conocimiento de la prensa.

En realidad, la ausencia de dificultades en este ámbito no es sorprendente:

¹² Artículo 31 § 1, letra a de la decisión marco.

- por una parte, los jueces y tribunales tienen tendencia a poner en marcha los procedimientos de entrega internacionales sólo para las infracciones delictivas graves, los cuales no plantean problemas de doble incriminación, salvo contadas excepciones. En efecto, el procedimiento de entrega internacional, aunque facilitado por la orden de detención europea, sigue siendo un proceso tortuoso, ya que requiere la organización de un traslado internacional del detenido.

- por otra parte, y especialmente, es importante destacar que la supresión parcial de la exigencia de la doble incriminación se aplica esencialmente para los hechos cometidos en su totalidad en el territorio nacional del Estado emisor; para los otros, el mecanismo de protección vinculado al ejercicio de una competencia extraterritorial (artículo 4, apartado 7, punto letra a) constituye un motivo de denegación autónomo que hace que la supresión de la doble incriminación sea indiferente para estos casos. A modo de ejemplo, una solicitud de entrega emitida por España ante Francia fue denegada en virtud de dicho principio de territorialidad, por lo que no llegaron a plantearse cuestiones ulteriores¹³.

El sistema instaurado por la orden de detención europea está, pues, bien medido: en cierta manera asegura el respeto de la ley penal de cada Estado miembro para las infracciones cometidas en su propio territorio; este es el núcleo de la práctica de la extradición en Europa, ya que el resto de casos son apenas significativos.

En este sentido, era extraño, en el sistema anterior, que un Estado miembro pudiera juzgar hechos ocurridos en otro país en nombre de su propio Derecho penal. Al permitir esta posibilidad, la garantía de respeto a la legislación penal de cada estado miembro se ha convertido, especialmente cuando consideramos sus disposiciones sobre la doble incriminación, en una de las mayores paradojas de la orden de detención europea.

1 es explícito (fue objeto de una larga negociación): la valoración debe realizarse conforme al Derecho del Estado miembro emisor. Esto es lo que ha llevado a algunos a cuestionarse si el sistema que establece la ley de adaptación italiana no conduce a la reintroducción de dicho control.

De la misma manera, podemos excluir la impugnación de la calificación que la autoridad judicial del Estado emisor haya dado a los hechos, tal como se desprende no ya del texto, sino del espíritu del artículo 2¹⁴. Además, ¿qué juez sería tan pretencioso como para considerar que es capaz de interpretar el Derecho de un país extranjero mejor que un juez de dicho país?

Los controles residuales

Aunque el texto sea una vez más poco explícito sobre este punto, podemos pensar legítimamente en la existencia de una posibilidad de control dentro de las dos hipótesis siguientes:

¹³ *Cour de cassation, Chambre criminelle* –Tribunal Supremo francés, Sala de lo Penal–, 8 de julio de 2004.

¹⁴ Por otra parte, el carácter sucinto de la relación de los hechos debería impedir firmemente cualquier control de este tipo.

- el error manifiesto
- las divergencias legislativas

El error manifiesto

La manera más simple para explicar este caso es recurrir a un ejemplo: la autoridad judicial de un Estado miembro de ejecución recibe una orden de detención europea por robo organizado (elemento que aparece en la lista), cuando el robo en cuestión manifiestamente no es tal (es decir, cuando se desprenda de la exposición de los hechos que el autor ha actuado solo). En este caso cabría pensar en un control de la doble incriminación, ya que el robo como tal no figura en la lista del artículo 2 (y este control, a fin de cuentas, podría ser sin duda positivo).

La cuestión queda abierta, aunque siempre sin olvidar su carácter marginal.

Las divergencias legislativas

Para este caso concreto, recurriremos a otro ejemplo: imaginemos que la ley de un Estado miembro o su autoridad judicial califica como homicidio un aborto¹⁵, conforme a determinada concepción del estatus jurídico del feto; sigamos imaginando que una persona sea demandada porque una acción suya (por ejemplo, una agresión con lesiones) ha provocado la pérdida del feto alojado en el seno de una mujer embarazada, y que este hecho esté calificado como homicidio o, si adoptamos la tipificación francesa, como “agresión con lesiones con resultado de muerte no dolosa”. Para la legislación francesa al menos, estos dos ejemplos no constituyen un homicidio. En el primer caso, se trataría de un delito de aborto, ya que éste no se habría practicado dentro de las condiciones establecidas por la ley; en el segundo, se trataría de una agresión con lesiones.

En Bélgica, el ejemplo del aborto considerado como un homicidio se ha estimado lo suficientemente serio como para introducirlo en su ley de adaptación. Esto no parece estar en conflicto con la decisión marco, siempre que un control de este tipo no dé lugar a la solicitud de presentación de documentación suplementaria.

Los ámbitos residuales de la doble incriminación

| El artículo 2 § 4 dispone: “Para los delitos distintos de los mencionados en el apartado 2, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo.”

| ¹⁵ Recordemos que el delito de aborto no figura en la lista del artículo 2.

Así, el estudio de este artículo habrá de realizarse a partir de dos elementos:

Casos en los que la doble incriminación puede ser controlada (artículo 2 § 4)

Si el delito en cuestión no está incluido en la lista del artículo 2, será objeto de un control de doble incriminación. En este sentido, la Comisión destaca que determinados Estados miembros no han adoptado íntegramente la lista del artículo 2 en su Derecho nacional. El juez nacional del Estado miembro de ejecución, ante un caso similar, debería lógicamente recurrir al TJCE para desligarse de su propia legislación nacional y poder abstenerse de proceder a la impugnación.

El otro caso estaría representado por un delito que, aun figurando entre los de la lista, no estuviera castigado con “una pena o una medida de seguridad de al menos tres años”. Ante este caso, ¿qué debería tener en cuenta el juez del Estado emisor: el delito en sí mismo, o el delito acompañado de las circunstancias agravantes, o incluso de las atenuantes? La cuestión es de gran importancia, tanto en un sentido como en el otro. Las circunstancias agravantes pueden dar cabida a un delito que de otra manera no entraría en la lista del § 2; e inversamente, si al considerar las circunstancias agravantes el delito no resulta castigado con una pena de tres años, debería ser objeto de un control de la doble incriminación. Los jueces y fiscales señalan a menudo las circunstancias agravantes durante las diligencias penales (por ejemplo, asociación a una organización delictiva, etc.), lo cual tiene como efecto frecuentemente un incremento notable en la pena impuesta. Es más difícil tratar de tener en cuenta las circunstancias atenuantes durante la fase de investigación, ya que generalmente están vinculadas a la persona y no al delito. En cambio, si se desprende del fallo que se han admitido circunstancias atenuantes, podría plantearse la cuestión. El proyecto de ley de adaptación de la orden de detención europea en el Derecho italiano, por ejemplo, precisa que este cálculo debe realizarse con independencia de las circunstancias agravantes; en este caso, el legislador italiano ha resuelto un problema de interpretación que podría muy bien plantearse a los jueces o fiscales de países en cuya legislación (y son la mayoría) exista un vacío a este respecto.

Aplicación objetiva del método de control de la doble incriminación

El texto de la decisión marco impone un método uniforme para la valoración de la existencia de doble incriminación; permite así limitar el concepto, más amplio, del artículo 2 § 1, del convenio de 1957, que reservaba la extradición para los “hechos que las Leyes de la Parte requiriente y de la Parte requerida castiguen”. De esta manera, el convenio de 1957 aplicaba un concepto bastante amplio de la “doble punibilidad”, que llevaba a determinados países a denegar la extradición basándose en motivos más amplios que los de la doble incriminación en sentido estricto. Además, este método daba lugar a veces a un control de la doble incriminación fundado no sólo sobre los hechos, sino también sobre una comparación entre las respectivas legislaciones, de manera que, en caso de divergencia entre ambas, se consideraba que no concurría la doble incriminación.

El artículo 2 § 3, pone fin a cualquier tipo de duda sobre este asunto: la doble incriminación concurre cuando los hechos son constitutivos de un delito en el Derecho del Estado de ejecución, cualesquiera que sean los elementos constitutivos o la calificación del mismo. Dicho de otra manera, el juez debe entender los hechos tal y como se describan en la orden de detención europea, y valorar si éstos constituyen un delito en su Derecho, independientemente de la calificación que les corresponda en el Estado emisor. Este método de análisis es el que se practica en la actualidad en la mayoría de los países; aun así, dentro de un espacio judicial europeo sometido a una interpretación uniforme del TJCE, siempre es conveniente precisararlo.

El artículo 4 § 1 precisa la noción de doble incriminación en materia fiscal. Esto era necesario para preservar los logros conseguidos con el protocolo adicional de 17 de marzo de 1978 del convenio del Consejo de Europa de 1957, conscientes de que la orden de detención europea reemplaza¹⁶ este convenio desde su entrada en vigor.

Finalmente, resulta conveniente destacar que la decisión marco dispone, tanto en el artículo 2 § 4, como en el encabezamiento del artículo 4, que la autoridad judicial tiene la facultad de denegar la entrega en los casos en que el control de la doble incriminación sea posible, y éste resultase negativo. Un gran número de Estados miembros ha transformado los motivos facultativos para la denegación de la ejecución de la orden de detención europea, incluyendo por lo tanto el vinculado a la ausencia de doble incriminación, en motivos obligatorios. Esta manera de adaptación se presta evidentemente a la discusión (véase el informe de la Comisión sobre este asunto), incluso si es evidente que el método escogido en la decisión marco plantea sin duda un problema de igualdad ante la ley, en la medida en que la misma ausencia de doble incriminación puede dar lugar o no a la entrega, sin que podamos determinar bien el criterio seguido.

A día de hoy, el mecanismo adoptado en la decisión marco para la doble incriminación no parece haber planteado problemas mayores a este nuevo instrumento, la orden de detención europea, que centra aparentemente la atención tanto de la mayoría de los Estados miembros y de la Comisión Europea como de las asociaciones para la protección de los Derechos Humanos. Por otra parte, si se hubiera acordado una entrega de una manera inesperada, conforme a las nuevas normas aplicables para la doble incriminación, cabría imaginar que la defensa de las partes procesadas no habría dudado en ponerlo en conocimiento de la prensa.

En realidad, la ausencia de dificultades en este ámbito no es sorprendente:

- por una parte, los jueces y tribunales tienen tendencia a poner en marcha los procedimientos de entrega internacionales sólo para los delitos graves, los cuales no plantean problemas de doble incriminación, salvo contadas excepciones. En efecto, el procedimiento de entrega internacional, aunque facilitado por la orden de detención europea, sigue siendo un proceso tortuoso, ya que requiere la organización de un traslado internacional del detenido.

¹⁶ Artículo 31 § 1, letra a de la decisión marco.

- por otra parte, y especialmente, es importante destacar que la supresión parcial de la exigencia de la doble incriminación se aplica esencialmente para los hechos cometidos en su totalidad en el territorio nacional del Estado emisor; para los otros, el mecanismo de protección vinculado al ejercicio de una competencia extraterritorial (artículo 4 § 7, letra a) constituye un motivo de denegación autónomo que hace que la supresión de la doble incriminación sea indiferente para estos casos. A modo de ejemplo, una solicitud de entrega emitida por España ante Francia fue denegada en virtud de dicho principio de territorialidad, por lo que no llegaron a plantearse cuestiones ulteriores¹⁷.

El sistema instaurado por la orden de detención europea está, pues, bien medido: en cierta manera asegura el respeto de la ley penal de cada Estado miembro para las infracciones cometidas en su propio territorio; este es el núcleo de la práctica de la extradición en Europa, ya que el resto de casos son apenas significativos.

En este sentido, era extraño, en el sistema anterior, que un Estado miembro pudiera juzgar hechos ocurridos en otro país en nombre de su propio Derecho penal. Al permitir esta posibilidad, la garantía de respeto a la legislación penal de cada estado miembro se ha convertido, especialmente cuando consideramos sus disposiciones sobre la doble incriminación, en una de las mayores paradojas de la orden de detención europea.

¹⁷ *Cour de cassation, Chambre criminelle* –Tribunal Supremo (francés), Sala de lo Penal–, 8 de julio de 2004.