

LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.
ESTADO MIEMBRO DE EJECUCIÓN Y DE EMISIÓN

Gonzalo Quintero Olivares

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>

Problemas competenciales en la ejecución del mandato europeo de arresto: Las causas de denegación de la entrega

Gonzalo QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

1. El cuadro del problema

El mandato europeo de arresto ha tenido que regularse tomando decisiones que contentaran a todas las partes (Estados) concurrentes. En segundo lugar el desarrollo del mandato desde cada legislación nacional ha sido diferente, hasta el punto de que se abren apreciables contradicciones entre las diferentes “soluciones nacionales”, a lo que se añade el que algunos Estados, que no se opusieron a la norma europea, aun no han desarrollado el Acuerdo en su derecho interno. En algunos casos, como Italia, a un rechazo inicial al Acuerdo mismo ha seguido una regulación interior muy compleja, que casi parece pensada para entorpecer su futura aplicación.

Por si no fueran pocos los problemas que concurren, hay que añadir que importantes sectores de opinión doctrinal – especialmente en Alemania, encabezados por Schünemann - con excusas “dogmáticas” boicotean la aceptación interna del Acuerdo; seguramente ahí se combinan dosis de “euroescepticismo” con los intereses de muchos sectores de la Abogacía contrarios a las consecuencias que el sistema concebido por el euroarresto habrá de tener para sus propios intereses profesionales, y llegan a sostener que era suficiente el tradicional sistema de extradición debidamente mejorado.

Pero precisamente una argumentación destacada en la explicación del sentido de la regulación del euroarresto es que el tiempo de la extradición y sus condicionamientos (plasmados en el Convenio Europeo de Extradición) en lo que afecta a la Unión Europea ha concluido, puesto que la auténtica unidad europea exige eliminar cualquier vestigio de desconfianza mutua sobre la corrección de las leyes y el rigor de las decisiones judiciales. En suma: el principio de *reconocimiento mutuo*, que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados. Es aquí, en este planteamiento, donde se inscribe o debiera inscribirse la lógica que precede a la aparición de la regulación del *mandato europeo de detención*, aunque luego cause sorpresa el cúmulo de potenciales inconvenientes que encierra su plena eficacia.

Todo eso es sin duda preocupante, y una vez más se tiene que aceptar que el proyecto de la Unión Europea cuesta llevarlo adelante porque cada paso nuevo (y el Acuerdo sin duda lo es) tiene un precio para legítimos o ilegítimos intereses sectoriales o nacionales. No es algo nuevo ni hay porqué asombrarse. En un plano superior y también preocupante se sitúan los ataques que desde los más diferentes ángulos está sufriendo el *proyecto de Constitución Europea*, y basta con remitirse a lo que acontece en España, sin entrar en el análisis de la fundamentación profunda de cada uno de los que rechazan ese Proyecto.

Ahora bien, los que creemos razonablemente en el proyecto europeo *tenemos que confiar en que el camino hacia la plena virtualidad de la Unión no ha de tener retorno*. Por ello hemos de contar con que la Constitución Europea saldrá adelante y que una consecuencia *inexorable* de esa realidad será la necesaria implantación progresiva y auténtica del llamado *espacio judicial europeo*, para cuya virtualidad se presenta como pieza *imprescindible* la armonización del derecho penal y la unificación de la justicia penal. Y en la marcha hacia ese objetivo se inscribe indudablemente el mandato europeo de arresto y entrega, con independencia de que *ni la configuración del Acuerdo ni su desarrollo nacional sea satisfactoria*; pero esa insatisfacción no puede ser la puerta falsa por la que entren los ataques de todos los que no desean ni ese acuerdo *ni ningún otro*.

El acuerdo y sus desarrollos internos, y ahora pienso ya en la Ley española, tienen defectos, y de eso paso a ocuparme, pero siempre desde una actitud previa favorable a un Acuerdo de integración europea de la justicia penal, y no desde la posición profundamente adversa a que eso sea realidad alguna vez.

2. Defectos “estructurales”

Sabemos que se eligió, como columna esencial del Acuerdo, para facilitar o posibilitar la aplicación de la euroorden de arresto, una doble vía. Una es la de la “relación de infracciones para las que no se exige el requisito de doble incriminación”, y la otra es la que podríamos calificar como “tradicional” (doble incriminación) pero con una regulación mucho más ágil. Ese es al menos el planteamiento teórico, que indudablemente esconde problemas.

En cuanto a la primera vía, la introducción de una relación de infracciones penales, *es la prioritaria y esencial aportación que tiene la regulación del euroarresto*, en tanto que con ello se quiere indirectamente convocar a todas las partes a la *inaplazable necesidad de armonizar las leyes penales nacionales*. Pero mientras que ese hecho no se produzca realmente hay que admitir que esa sería una buena solución si además fuera acompañada de una auténtica *descripción de cada infracción*, con una especie de *interpretación auténtica*. Pero eso, que se dice con facilidad, no resulta tan simple en la práctica, como tampoco lo es la relación misma, puesto que también se puede y se debe criticar cuáles son las infracciones que están en la relación y las que merecerían figurar en ella y no están, y acto seguido habrá que resolver problemas tan delicados como son los de denominación técnica, más complicados aun cuando, la denominación no va acompañada de descripción alguna y puede tener una significación diferente en cada derecho interno. La decisión-marco, por lo tanto, incluye una *relación de delitos* que por una parte *no pueden ser objeto de reexamen* a la luz del principio de doble incriminación, pero que de todos modos ha de ser interpretada por los Tribunales penales de cada Estado aunque pueda suceder que no se correspondan sus supuestos contenidos con los “*nomen iuris*” que pueda utilizar cada legislación. La ley española de regulación del euroarresto *traduce* la relación que obra en el Acuerdo, y podemos comprobar que produce una serie de denominaciones que da por supuesta una similitud entre leyes que no es tan evidente.

Aceptamos pues que el mandato europeo de arresto ha entrado en vigor con un problema, por lo tanto, de *falta de armonización o aproximación del derecho penal*, se produce la entrada en vigor de la regulación legal del euroarresto. El sistema elegido es ciertamente criticable *pero posiblemente era el único posible*, pues si se trataba de aguardar a la armonización se remitía una decisión *que ya había sido anunciada en diferentes Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de la UE*, a un futuro incierto y sujeto a las muy diferentes sensibilidades de las “clases jurídica y política” de cada Estado miembro¹. La resistencia a la armonización del derecho penal es además incompatible con las declaraciones de “fe en el proyecto europeo” pues para que ese proyecto cristalice es absolutamente imprescindible que la *ciudadanía europea*² pueda tener una idea correcta acerca de lo que está castigado *en cualquier lugar de la Unión*.

Pero los defectos existen, por supuesto. Un buen ejemplo es el de la cuestión de la *superación* de la extradición. No hay duda de que el sistema introducido por el mandato europeo supone en principio una superación del régimen de la extradición. Ello es visible en la proclamada desaparición, ante todo, de la tradicional doble naturaleza de la extradición (judicial y administrativa o ejecutiva). Igualmente es importante la eliminación (aunque solo sea por la importancia de la proclamación de ese hecho como incompatible con la Unión Europea) del requisito de doble incriminación, y de otros tradicionales límites a la extradición, como son la prohibición de extradición de nacionales o la desaparición, para el espacio europeo, del concepto de delito político, que en ocasiones se ha pretendido dar incluso al terrorismo. Mas luego comprobaremos que por vías “indirectas” (la similitud competencial) van a reaparecer barreras casi infranqueables para la entrega de detenidos.

En cuanto a la supresión de la prohibición de entrega de los nacionales es uno de los pasos adelante que no es real, puesto que el nacional condenado puede negarse a cumplir la pena en el Estado en que se dictó, y en ese caso el Tribunal español puede denegar la entrega. Curiosa y paradójicamente esa respetable resistencia del nacional no se contempla cuando se trata de la obligación de someterse a juicio en otro Estado, situación en la que la Ley no menciona la eventual negativa del nacional (afortunadamente, pues eso ya sería el abierto incumplimiento de la obligación de acatar las decisiones de otros jueces extranjeros, principio que viene incluso consagrado en la Constitución europea).

3. Problemas que genera la regulación española del mandato europeo de arresto y entrega

Es históricamente cierto que España fue casi el primer Estado de la Unión en regular en su derecho interno el mandato de arresto y entrega, cumplimiento de lo que se supone es una obligación internacional contraída, lo que lo hace obligatorio aunque haya Estados,

¹ Todo procede a su vez del incumplimiento del acuerdo del Consejo de Tampere de 15-10-1999 en lo que se refiere a la armonización del derecho penal entre los diferentes Estados miembros

² Por supuesto me refiero a los problemas más importantes: derechos y libertades fundamentales, trabajo, medio ambiente, mercado, economía, etc.

significadamente Alemania, que parece no lo consideran así. También es verdad que la Ley española parece una repetición del Acuerdo, pero resulta que un cumplimiento mimético del Acuerdo se transforma en fuente de problemas cuando es sumergido en el contexto del derecho español. La conclusión entonces se anticipa como sencilla: el problema no es el Acuerdo, sino las *peculiaridades* del derecho español.

Solo como muestra de problemas elijamos en primer lugar aquel que se deriva de la necesaria similitud del derecho penal como presupuesto para la efectividad del mandato europeo de arresto, siempre en la perspectiva de superación del “viejo” sistema de extradición. Lo que se comprueba es que la lista de delitos que se consideran dispensados de la verificación del requisito de doble incriminación – lo que los situaría más allá del sistema de extradición - se ha traducido al español con una cierta literalidad que da lugar a que algunas de las infracciones enumeradas no puedan encontrar un significado claro *en derecho español*.

La razón puede hallarse tal vez en que la decisión europea buscó unas “denominaciones de delito” que se sitúan por encima de las legislaciones nacionales, sin que en los casos de duda se añadiera una interpretación concreta, que hubiera resuelto en buena parte los problemas que se pueden plantear. Por ese motivo cuesta saber a qué cosa se refiere el acuerdo cuando incluye entre los supuestos exentos de la comprobación de la doble incriminación al “fraude”, o incluso a la “corrupción”, que si bien había sido objeto de una interpretación “comunitaria” hoy, tras las indicaciones comunitarias de que se incluya la corrupción de particulares, queda en cierta imprecisión.

No me voy a ocupar del importante número de delitos que, por no figurar en la relación que contiene la orden quedan fuera de la posible detención y entrega inmediata y permanecen sometidos a la verificación de la doble incriminación. Tampoco es cuestión menor – pensando en una dimensión europea - la potencial preferencia que podría concederse a la extradición solicitada por un tercer Estado no perteneciente a la Unión Europea, hipótesis expresamente contemplada y asumida por la Ley española.

Pero donde creo que se sitúan los problemas más graves, *porque afectan tanto a los delitos incluidos en la relación exenta de la verificación del requisito de doble incriminación como a todos los demás es en el terreno de la exigencia de “analogía competencial”*, tema al que paso seguidamente.

4. Las causas de denegación de la entrega

4.1. Denegaciones obligatorias

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley, la *autoridad judicial de ejecución* española *denegará* la ejecución de la orden europea en los casos siguientes:

a) que la persona reclamada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro distinto del Estado de emisión,

- b) no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al derecho español
- c) haya sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos en que se funda la orden europea y éste fuera perseguible por la jurisdicción española.

4.2. Denegaciones facultativas

De acuerdo con el mismo artículo 9 12-2. La autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea en los casos siguientes:

- a) Cuando se dé el supuesto previsto en el artículo 9.2 ³ ; no obstante, en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la orden europea por el motivo de que la legislación española no imponga el mismo tipo de tasas o de impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio que la legislación del Estado miembro emisor.
- b) Cuando la persona que fuere objeto de la orden europea esté sometida a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea.
- c) Cuando se haya acordado el sobreseimiento libre en España por los mismos hechos.
- d) Cuando sobre la persona que fuere objeto de la orden europea haya recaído en otro Estado miembro de la Unión Europea una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales.
- e) Cuando la persona objeto de la orden europea haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado de condena.
- f) Cuando la orden europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España.

³ El supuesto mencionado es que para los delitos no incluidos en la lista común a todos los Estados la detención y entrega será posible siempre , siempre que los delitos determinantes de la petición estén castigados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden europea sean constitutivos de un delito conforme a la legislación española, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo.

g) Cuando la orden europea contemple delitos que el ordenamiento jurídico español considere cometidos en su totalidad o en parte en el territorio español.

h) Cuando la orden europea contemple delitos que se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y el ordenamiento español no permita la persecución de esos mismos hechos cuando se hayan cometido fuera del territorio español.

i) Cuando conforme a la legislación española el delito en que se funda la orden europea o la pena impuesta hubieran prescrito, si respecto de los hechos delictivos hubieran sido competentes para su persecución los tribunales españoles.

4.3. Problemas concretos: lugar de comisión del delito y doble competencia extraterritorial

Como todos sabemos el requisito de "doble incriminación" puede ser (o debe ser) *formal y material*. En sentido formal la exigencia de doble incriminación se limita a requerir que el delito objeto de la petición de entrega esté descrito tanto en la legislación del Estado que solicita como en la de aquel que debe decidir la entrega. Se trata solo de verificar la similitud de las tipicidades, y no podría extenderse a causas de justificación o de exculpación, que en ningún caso sería procedente que las valorara el Tribunal que recibe la petición⁴.

Pero desde en el plano "material" el requisito de doble incriminación comprende también la comprobación de que aquella infracción *hubiera podido ser juzgada por los Tribunales españoles en una situación fáctica similar a aquella en que se encuentra el Tribunal de otro Estado de la UE (el Estado requirente)*.

Esta dimensión del principio de doble incriminación fue desarrollada doctrinalmente respecto de la Convención Europea de Extradición, y evidentemente non podría sostenerse que el significado del requisito haya de interpretarse de otro modo cuando se trate de un problema vinculado al cumplimiento del mandato europeo de arresto, además de que la propia Ley se encargará de declarar expresamente esa necesidad de que la "capacidad de juzgar" sea la misma.

Prosiguiendo en esta línea, y en lo que afecta a los problemas de eficacia del espacio judicial europeo, se muestran con claridad las dificultades cuando la ley española, entre las causas de *denegación de la entrega*, se incluyen estas dos:

⁴ Si hago este comentario es solo porque en el texto de la Cámara de Diputados italiana (por lo tanto, no definitivo), además de fijarse casi treinta motivos de rechazo, cantidad infinitamente superior a lo que contempla la decisión-marco, se ha extendido la comprobación de la doble incriminación a la comprobación de la ausencia de justificantes o exculpantes con arreglo al derecho italiano. La duda es si con eso se pretende dificultar las entregas a los Tribunales italianos, o bien hacer que nunca pueda haber doble incriminación suficiente para entregar a un detenido a Italia.

Art. 12:

g) Cuando la orden europea contemple delitos que el ordenamiento jurídico español considere cometidos en su totalidad o en parte en el territorio español.

h) Cuando la orden europea contemple delitos que se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y el ordenamiento español no permita la persecución de esos mismos hechos cuando se hayan cometido fuera del territorio español.

Son graves los problemas que de estos límites se derivan:

En primer lugar, esta condición alcanza a la totalidad de los delitos, *incluyendo lo relacionados en el artículo 9 como exentos de verificación de la doble incriminación*. Si se observa el primer párrafo del artículo se comprueba que tan solo se dispensa de la comprobación de la doble *tipificación*, pero nada más que eso⁵.

La limitación referente a la determinación del *locus commissi delicti* constituye el primer problema, puesto que para la Ley española es equivalente la plena ejecución de la infracción en territorio español a la ejecución *parcial*, lo cual puede llevar a la adopción de decisiones en que se opte por dar preferencia a la jurisdicción propia aunque la *mayor parte del hecho, y sus elementos más significativos hayan tenido lugar en el territorio de otro Estado*.

Pensemos en cuántos delitos se cometen, en especial en el ámbito de la criminalidad organizada, en donde por definición el hecho puede componerse de una diversidad de episodios acaecidos en diferentes Estados: no es razonable que la competencia pueda ser atribuida a los Tribunales del Estado en que tal vez se ha cometido la parte menos significativa de los hechos.

Hubiera sido mejor, según creo, introducir una fórmula que permitiera tomar en consideración esa posible diferencia cualitativa o cuantitativa, antes que proclamar *en todo caso* la preferencia del jurisdicción española a partir del momento en que se decida que una parte "objetiva" del hecho se ha desarrollado en España.

En lo que concierne a la segunda norma citada conviene recordar que el derecho judicial español no es *comparable con el de otros Estados*. La jurisdicción de los tribunales españoles para juzgar infracciones cometidas fuera del territorio español (competencia extraterritorial) está

⁵ Artículo 9. Hechos que dan lugar a la entrega.

1. Cuando la orden europea hubiera sido emitida por un delito que, tal como se define en el derecho del Estado de emisión, pertenezca a una de las categorías de delitos que a continuación se relacionan, y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos:

regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial con criterios diferentes de los que, por ejemplo, se siguen en esta materia en Francia, Inglaterra o Alemania.

Muchos son los casos en los que los Tribunales españoles no pueden juzgar por falta de competencia (extraterritorial) . La razón se encuentra lógicamente, en los propios defectos de nuestra legislación, a causa, sustancialmente, de:

a) no haber proclamado el principio de *personalidad pasiva* en la fijación de la competencia para juzgar de los Tribunales españoles, lo que permitiría declarar su competencia siempre que la víctima del delito fuera de nacionalidad española o residente en España.

b) Tampoco haber proclamado el *principio de justicia supletoria* para resolver los problemas de impunidad potencial que pueden generarse en ciertos casos por la dificultad de decidir a quién corresponde la competencia en atención al lugar de comisión, o bien porque el Estado teóricamente competente (y obviamente no pienso en ningún Estado de la UE) no tenga auténtico interés en la persecución y castigo del hecho.

Si para acordar la entrega de un prisionero reclamado por un Estado miembro de la UE, es obligatorio valorar su correspondencia con el derecho español en relación con estos criterios competenciales, la consecuencia previsible podrá ser el rechazo de la entrega , y eso es muy preocupante, particularmente porqué la doctrina penal española hace ya mucho tiempo que viene solicitando en vano la modificación de las normas competenciales españolas, precisamente para evitar problemas como estos.

En conclusión: España ha regulado en su derecho interno el régimen aplicativo del mandato europeo de arresto. Desgraciadamente, no obstante ello, existen algunos graves obstáculos, causados tanto por la propia norma originaria (la decisión-marco relativa al la orden de detención europea y al procedimiento de entrega de prisioneros) como por la misma Ley española, y no porque la transposición de la decisión sea incorrecta, sino por que aparecen defectos “internos” del derecho español , que sin duda dificultarán la eficacia de la ley.

Problemas parecidos o de otro tipo podrán darse en otros sistemas jurídicos de Estados miembros de la UE, pues la concepción de la decisión-marco así lo permite al respetar en bastante medida la prioridad decisoria de cada Estado. Por ello, tal como dije al principio, estamos ante un hecho que es a la vez un paso adelante y un paso atrás en el ideal europeísta.

Por todo eso la solución de futuro pasará por una modificación de la decisión-marco en la que se decida un *criterio uniforme de determinación de la competencia territorial para todos los Estados de la UE*. Del mismo modo, y aunque sea un tema más complejo, es preciso contar con un criterio objetivable y que dé preferencia a la eficacia en la aplicación de la ley penal, en lo que respecta a establecer cuál ha de ser el Estado que debe juzgar en los casos en que la ejecución del delito se haya desarrollado en diferentes Estados.