

AMNISTÍA. LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO Y DE LA SANCIÓN

Alessandro Bernardi

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>

Los efectos de la prescripción y las medidas de gracia sobre la extradición y sobre la detención y entrega europea.

Alessandro BERNARDI (*) – Ciro GRANDI (**)

Sumario. 1. Introducción. – 2. Los institutos de la prescripción y las medidas de gracia en una perspectiva europea. – 3. Los posibles efectos de la prescripción y las medidas de gracia sobre la extradición. En particular: El concepto de «doble punibilidad» en sentido estricto y en sentido amplio. – 4. Las diferentes plasmaciones de la prescripción y la gracia en las fuentes europeas en materia de extradición. – 5. Las disposiciones de la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea en materia de prescripción y medidas de gracia como causa de su denegación. Observaciones críticas. – 6. Cuestiones interpretativas sobre la noción de amnistía y sobre la operatividad de las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción. – 7. Conclusiones.

1. Introducción.

El alcance revolucionario de la institución de la Orden de Detención Europea (ODE en lo que sigue)¹ es indiscutible. Sin embargo, el texto de la Decisión Marco que deriva² de la misma es objeto de debates encarnados puesto que está aquejada, en realidad, de un contenido tan innovador, que suscita amplios problemas interpretativos, a menudo puestos de manifiesto en las diversas soluciones aportadas por los textos nacionales de transposición³. Ciertamente sería ilusorio considerar que los problemas suscitados por la

(*) Autor de los párrafos 1, 2 y 7.

(**) Autor de los párrafos 3, 4, 5 y 6.

¹ Con respecto a esta nueva institución existe, desde tiempos recientes, una bibliografía inmensa: cfr., por todos, *Handbook on the european arrest warrant*, Blextoon (dir.), The Hague, 2005; BARBE, « Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne: mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust », en *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2002, n° 454, p. 5; BARGIS, « Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione », en *Pol. dir.*, 2004, p. 65; BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003, p. 51 y siguientes.; BENOIT, « Le mandat d'arrêt européen », en *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 465/2003, p. 106; BRUTI LIBERATI, PATRONE, « Il mandato di arresto europeo », en *Questione giustizia*, n° 1/2002, p. 70; FLORE, « Le mandat d'arrêt européen: première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne », en *Journal des Tribunaux*, 2002, p. 273; LUGATO, « La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo », en *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 26; MANACORDA, « Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali », en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 789; MONJAL, *La décision-cadre instaurant le mandat d'arrêt européen et l'ordre juridique français: la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne sous contrôle du Conseil d'État*, en *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, p. 109; SALAZAR, « Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali », en *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1031; SELVAGGI, « Il mandato di arresto europeo alla prova dei fatti », en *Cass. pen.*, 2002, p. 2978; SELVAGGI, VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, en *Cass. pen.*, 2002, p. 445. Véanse también los actos del coloquio « Cooperazione giudiziaria europea; dall'extradizione al mandato d'arresto europeo », Roma 10-12 de noviembre de 2003, publicados en el sitio web del *Consiglio Superiore della Magistratura*, www.csm.it, hipervínculo Ricerche, año 2003.

² Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 junio del 2002, «relativa a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros», en *BOCE L 190*, 18 julio del 2002.

³ Los textos de las leyes nacionales de adaptación pueden consultarse en el sitio web del Consejo de la Unión, en la página http://ue.eu.int/cms3_Applications/applications/PolJu/details.asp?lang=EN&cmsid=720&id=71. La reciente ley italiana de adaptación (l. 12 abril 2005, n° 69, in *Gazzetta Ufficiale* 29 abril 2005, n° 98) todavía no ha sido publicada en este sitio; para un primer comentario, cf. DE AMICIS, IUZZOLINO, «La legge italiana sul mandato d'arresto europeo: commento» en *Diritto e giustizia*, n° 19, 2005.

euro orden pueden resolverse, de una vez por todas, como si se tratara de simples consideraciones teórico-dogmáticas; De hecho, debería resultar claro que sólo a través de un estudio comparado sobre la práctica aplicativa en vigor en cada Estado podrán ser aportadas soluciones adecuadas y suficientemente uniformes a escala europea a estas cuestiones, si bien en plazos que es imposible prever. El presente estudio, que pretende profundizar en los efectos de la prescripción y de la amnistía sobre la posibilidad de ejecutar la ODE, parece confirmar estas ideas.

2. Los institutos de la prescripción y las medidas de gracia en una perspectiva europea.

Tal y como es fácilmente constatable consultando la manualística del Derecho penal comparado⁴ y del Derecho penal publicado en cada país de la Unión, los conceptos de prescripción y de amnistía remiten a dos conjuntos diferentes de instituciones en cuanto a su contenido.

A) La prescripción, ligada al transcurso del tiempo⁵, abarca, en esencia, dos instituciones limítrofes: la prescripción de la infracción (o de la acción pública), si los efectos de extinción de la responsabilidad criminal operan antes de la condena definitiva; la prescripción de la pena, si tales efectos extintivos actúan con posterioridad a aquella. Esta causa general de extinción encuentra su justificación, como ya se sabe, en múltiples argumentos de carácter y fundamentos variados⁶: argumentos de retribución en sentido amplio (piénsese en la idea, ciertamente algo artificial, de que también el fugitivo o el autor no identificado de un delito⁷, experimenta también una punición constituida por el miedo persistente a la pena); o bien, argumentos de carácter preventivo general (por ejemplo, la atenuación de la necesidad de pena cuando el recuerdo del delito se ha atenuado en la conciencia social⁸); argumentos de prevención especial (que tienden a hacer hincapié en el interés del culpable a no exponerse, reincidiendo, a un cúmulo de

⁴ Cfr., por ejemplo, PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 2002, p. 665 siguientes, p. 736 siguientes; Van KALMTHOUT, TAK, *Sanctions-systems in the member-states of the Council of Europe. Deprivation of liberty, community service and other substitutes*, Arnhem, 1998 (tomo I) y 1992 (tomo II), *passim*

⁵ Para una reconstrucción en profundidad de las relaciones entre paso del tiempo y el instituto de la prescripción penal, cfr., entre los últimos y por todos, GIUNTA, MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 8 ss.

⁶ En materia de relaciones entre las teorías sobre las funciones de la pena y el instituto de la prescripción, cfr., analíticamente, GIUNTA, MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 21 ss. En particular, los autores subrayan las “insuficiencias explicativas de las doctrinas retributivas y preventivo especiales” respecto al fundamento del instituto de la prescripción, que encontraría una justificación más sólida sobre la base de las elaboraciones teóricas de matriz preventivo general (p. 35 ss.).

⁷ Cfr. PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, 1993, p. 173 ; para una puntual crítica de tal tesis cfr. GIUNTA MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p.29.

⁸ Cfr., en este sentido, MOLARI, “Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)”, en *Noviss. Dig. it.*, XIII, p. 694. Cf. también, entre otras, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 764; ROMANO, “art. 157” en ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano 1994, p. 61

penas⁹ o a discutir la punición de un sujeto, «que es ya una persona distinta desde un punto de vista criminológico», en relación al momento en el que se produjo la conducta delictiva¹⁰); argumentos de carácter procedimental (piénsese, ante todo, en la dificultad creciente de obtener pruebas con el transcurso del tiempo)¹¹; por último, argumentos de política criminal *lato sensu* (tales como, por ejemplo, el trastorno social ligado al desencadenamiento de la acción pública mucho tiempo después de la comisión del hecho, o la pérdida del derecho a juzgar por parte de una sociedad incapaz de dictar una decisión de condena o de someter al culpable a la justicia en plazos razonables de tiempo)¹².

Aún queriendo reconocer como plausibles todos, o sólo algunos, de tales argumentos, en términos justificantes de la institución en cuestión¹³, ésta última no presenta, por ello, menos aspectos negativos. Se ha observado, en efecto, que la prescripción es contraria a diferentes principios del Derecho penal, tales como, el carácter obligatorio e indefectible de la sanción (dado que esta institución hace desaparecer las formas legales de reacción con respecto a los ilícitos descubiertos de forma tardía y con respecto a los autores que se han mostrado capaces de sustraerse a la ejecución de la pena)¹⁴.

Por otra parte, la prescripción se contrapondría a los caracteres y a las funciones mismas de la pena que, – como acabamos de ver –, constituirían los fundamentos de la institución de la que estamos tratando. A decir verdad, esta contradicción se produciría tanto con respecto a la función de retribución (puesto que, en definitiva, la extinción debida al transcurso de un cierto periodo de tiempo impide que la violación de la prohibición se castigue, de manera que da validez a la ventaja que se obtiene por la comisión del delito); como también con respecto a la función de prevención general (especialmente cuando se asiste a un mal funcionamiento del sistema judicial, dado que, en un caso así, la prescripción conlleva la extinción de un gran número de delitos y de penas, con consecuencias del tipo de una atenuación notable de la capacidad de intimidación de la norma penal); con respecto a la función de prevención especial (en la medida en que el culpable podrá tener la convicción de que la pena a la que se enfrenta puede ser eludida gracias al simple transcurso del tiempo); y, en última instancia, con respecto a la función misma de «pacificación social» propia del derecho penal, dado que

⁹ Cfr. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 173.

¹⁰ Para una puesta de manifiesto de las incongruencias de la teoría en cuestión GIUNTA, MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p.31 ss.

¹¹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 853.

¹² Cfr., con gran diversidad de matices, PRADEL, *Procédure pénale*, cit. p. 173.

¹³ Para un enfoque marcadamente « multidimensional » de la institución de la prescripción cfr., por ejemplo, COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1990; en referencia a la doctrina alemana, FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 545 y 549; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1988, p. 812 siguientes, otras referencias bibliográficas; MORALES PRATS, en *Comentario al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares (dir.), Pamplona 1996, art. 131, p. 640; STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, pre § 78, n° 3.

¹⁴ Cfr., por todos, PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 174 y la bibliografía que se cita al respecto.

las víctimas de los delitos, frente a la ineficacia de la protección pública, pueden ser conducidas a tomarse la justicia por su mano¹⁵.

Como ya se presupone, la mayor o menor importancia atribuida por cada ordenamiento jurídico a las diferentes razones a favor, o en contra, de las instituciones de la prescripción explica el grado de éxito mayor o menor de las mismas en cada Estado, así como el lugar que le han atribuido. Así, algunos países del *common law*, o sistema de tradición anglosajona, tienden a ignorar la prescripción o, cuando menos, a limitar su área de actuación¹⁶. Por contra, el código italiano de 1930 prevé para ello una normativa más bien amplia, aunque excluye la aplicación de la prescripción de la pena no sólo para los delitos más graves¹⁷, sino también en caso de reincidencia cualificada o agravada o con respecto a delincuentes habituales o profesionales¹⁸.

Sea como fuere, es un hecho que los ordenamientos penales europeos presentan diferencias en ocasiones profundas en cuanto a los tipos de delitos que no prescriben, las categorías de autores a los que la prescripción no es aplicable, los plazos de prescripción, y las hipótesis de su suspensión o de su revocación¹⁹.

B) Si, así pues, la regulación de la prescripción a nivel europeo varía de forma significativa de un Estado a otro en materia de amnistía o con respecto a todas aquellas formas de manifestación de la clemencia soberana, que entran en el concepto de gracia en un sentido amplio y que abarcan, en particular, el indulto y la amnistía. Esto se explica por el hecho de que, al igual que les ocurre a las instituciones de prescripción, las de gracia han sido y son, todavía a estas alturas, objeto de valoraciones contrapuestas.

Las valoraciones a favor inciden, de tanto en tanto, en que tales instituciones permiten extinguir la responsabilidad penal o eliminar los efectos de la condena por ilícitos que tras su comisión se muestran por cualquier razón carentes de su desvalor originario; o bien favorecer el fin de la conflictividad sociopolítica, o permiten subrayar un momento particularmente significativo en la vida de un país²⁰; del mismo modo que, con respecto al indulto, permiten reparar eventuales errores judiciales que no pueden ser subsanados mas que con instrumentos ordinarios o situaciones absolutamente

¹⁵ Acerca de la exigencia de justicia frustrada ligada a las víctimas del delito, cfr. PRADEL, *Procédure pénale*, cit. p. 174.

¹⁶ En concreto, en Estados Unidos, los delitos no prescriben, excepto si la ley lo dispone de otro modo. Y además, «en Escocia, en el ámbito de los delitos del sistema de la *common law* o de tradición anglosajona, la institución de la prescripción – denominada *prescription* – no es aplicable. Así, todos los delitos de derecho no escrito son imprescriptibles» (CADOPPI, MC CALL SMITH, *Diritto penale scozzese*, Padova, 1995, p. 130).

¹⁷ Es decir, los delitos penados con cadena perpetua.

¹⁸ Cfr. art. 172, último párrafo, código penal.

¹⁹ Cfr. PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., p. 734 siguientes. Con particular referencia a las variadas soluciones adoptadas en los diversos ordenamientos en tema de efectos suspensivos y de interrupción de la prescripción, conexos a las actividades procesales, cfr. GIUNTA, MICHELETTI, *Tempori cedere.*, cit., p. 13 ss.

²⁰ Como en los casos de amnistías previstas para celebrar elecciones presidenciales, el aniversario del nacimiento de un Estado, etc.

extraordinarias en relación a las que, el carácter ineludible de la pena, constituiría un factor de falta de equidad; o todavía – en lo que respecta a las medidas individuales, motivadas por la buena conducta del beneficiario, o condicionadas por el respeto de determinadas obligaciones –, responden también a las exigencias de individualización del tratamiento del castigo-rehabilitación, y sirven de estímulo para el arrepentimiento; en definitiva, permiten resolver, de forma simple y ágil, los problemas crónicos del exceso de litigios judiciales y de la masificación de las cárceles²¹.

Las valoraciones desfavorables son igualmente numerosas, sino incluso mayores, y observan que las medidas de clemencia se oponen, al menos en línea de principio, a la finalidad de retribución de la pena (introduciendo cierta desproporción entre el daño infligido por el autor y el mal que le es impuesto por medio de la sanción); a la función de prevención general (en particular si la frecuencia de las medidas las hace previsibles)²²; a la función de prevención especial (en la medida en que las formas de gracia generalizada y automática prescinden de valoraciones que tienen que ver con la reeducación y la reinserción y socialización del autor²³ del delito). Además, no ha sido pasado por alto subrayar que las medidas de gracia de carácter general se oponen al principio de igualdad, «por la desproporción de los efectos extintivos vinculados a la fecha del beneficio»²⁴; mientras que, las de carácter especial niegan el principio de la separación de poderes en los hechos, permitiendo a autoridades no judiciales anular los efectos de una sentencia penal²⁵.

Estos atributos ambiguos, propios de las instituciones de gracia²⁶, así como su aptitud para satisfacer exigencias varias, con frecuencia contingentes o excepcionales, explican porqué, según las épocas, las instituciones aquí mencionadas han tenido diferentes destinos en el marco de los propios sistemas penales nacionales²⁷; del mismo modo que explican porqué, en la actualidad, se caracterizan por grados de utilización muy diferentes de un país a otro o, como mínimo, revisten importancia y comportan efectos muy diferentes según el orden nacional que sea tomado en consideración. Para una mayor precisión, se puede decir que las diferencias que encontramos actualmente en el panorama europeo a propósito de las instituciones de gracia se reflejan en múltiples esferas,

²¹ Respecto a este tema véase, por todos, PADOVANI, *Diritto penale*, V edición, Milano, 1999, p. 472; PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2002, p. 670; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia: profili costituzionali*, Milano, 1974, p. 87. Para terminar, cfr. MAZZACUVA, “Il diritto penale come strumento di pacificazione e di risoluzione del conflitto sociale: l’impiego Della clemenza collettiva”, en *Ind. Pen.*, 2004, p. 7 y ss. Para una referencia concreta, véase MORALES PRATS, “Art. 130”, en *Comentario al Nuevo Código Penal*, cit., sub., p. 637.

²² Cfr. PRADEL, *Droit pénal général*, cit. p. 319.

²³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 319.

²⁴ *Ibidem*. Desde una perspectiva más articulada, véanse, todavía, las observaciones de MAZZACUVA, *Il diritto penale come strumento di pacificazione e di risoluzione del conflitto sociale*, cit., p. 7 y ss. y, particularmente, p.17 y ss.

²⁵ Cfr. J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 669; QUINTERO ORLIVARES, *Manual de derecho penal. Parte general*, Pamplona, 1999, p. 755.

²⁶ Sobre este tema, véase MAZZACUVA, *Il diritto penale come strumento di pacificazione e di risoluzione del conflitto sociale*, cit. p. 7 y ss, y en concreto p. 17 y ss.

²⁷ Cfr. PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., p. 734 y ss.

existiendo asimismo una estrecha relación entre los mismos: en concreto, en el plano de la tipología de medidas de clemencia que pueden adoptarse, y/o de categorías de delitos que pueden beneficiarse de las mismas; pero también en el plano de la aplicación de los procedimientos; o en el plano de las finalidades que se persiguen cuando son concedidas; o, en última instancia, simple y llanamente, en el plano de la «frecuencia» con la que se recurre a este tipo de medidas.

Ante todo, en lo que respecta a los tipos de medidas de gracia previstas, numerosos Estados, incluso dentro de Europa por ejemplo, España²⁸, o ciertos países anglosajones y escandinavos²⁹ no admiten las medidas de carácter general adoptadas habitualmente por el jefe de Estado, y se limitan pues, al indulto u a otras instituciones similares³⁰.

Al contrario, en lo que respecta a las diferentes categorías de delitos que son objeto de clemencia, la gran diferencia fundamental es, sin lugar a dudas, la que diferencia a los sistemas nacionales que tan sólo prevén formas de clemencia para los delitos políticos, respecto de aquellos otros (que conforman la mayoría), que las generalizan también para los delitos comunes. Sin embargo existen otras diferencias en cuanto al grado más o menos grave de los ilícitos penales a los que pueden aplicarse tales instituciones de clemencia.

Es más, si nos referimos a los procedimientos que se adoptan para la concesión de medidas de clemencia, es fundamental distinguir las concedidas sin la intervención del Parlamento de aquellas otras en las que interviene, en virtud del *iter* legislativo que dictan las leyes ordinarias, o, asimismo, a través de procedimientos reforzados, como el que está actualmente en vigor en Italia en virtud de la reforma introducida en materia de amnistía de la ley constitucional nº 1 del 6 de marzo de 1992.

Si hablamos de las finalidades que se persiguen con estas medidas, hay que subrayar que ciertos Estados tienden a limitar la aplicación de medidas generales a los casos en los que éstas se revelan útiles en un proceso de pacificación de la colectividad, consecuencia de unos acontecimientos políticos particularmente conflictivos; o bien, cuando se revelan como un instrumento útil para eliminar de forma radical cualquier responsabilidad penal vinculada a los hechos, privados a partir de entonces de dañosidad social. En cambio, otros Estados no dudan, todavía hoy, en promulgar amnistías «de celebración» o «simplemente de deflación», las que, aunque tienen en parte su razón de ser, presentan, – como acabamos de ver – inconvenientes en numerosos aspectos.

²⁸ Ni la Constitución de 1978, ni la ley ordinaria prevén en España el recurso en cuanto a leyes generales de amnistía; sin embargo, según una eminente doctrina, no se prohibiría de forma absoluta acogerse a una amnistía general a través de una ley orgánica (cf. QUINTERO OLIVARES, *Manual de derecho penal. Parte general*, Pamplona, 1999, p. 755-756)

²⁹ Van KALMTHOUT, Tak, *Sanctions-systems in the member-states of the Council of Europe. Deprivation of liberty, community service and other substitutes*, cit., vol. I, p. 19 ss., p. 267 ss.; vol. II, p.811 ss.

³⁰ Tales como la remisión de la pena, total o parcial, prevista por el sistema penal español en la ley de 1870 modificada por la ley nº 1 de 1988.

Y, en último lugar, en relación a la «frecuencia» con la que estas instituciones de clemencia se aplican. Basta recordar en este punto que frente a países que hacen uso de ellas de forma muy esporádica, y por lo tanto, los autores actuales o potenciales de los delitos que se beneficiarían de una medida así, no pueden preverlos en principio; en otros países (como en Francia) son conocedores hoy de esta frecuencia y del carácter cíclico³¹ como también había caracterizado, hasta 1992, la experiencia italiana en materia de medidas de gracia³².

Hasta este punto hemos observado que el panorama europeo en materia de prescripción y de amnistía es, cuando menos, variado. En la actualidad, puesto que las susodichas instituciones tienden a incidir sobre la extradición³³, se hace evidente que el mayor o menor espacio reservado por cada Estado para estas instituciones conllevará al respecto una posibilidad más o menos elevada de rechazar la extradición³⁴. Y una forma análoga de incidencia se manifestará en relación a la ODE, dado que ésta última, aunque altera de forma significativa las reglas en materia de extradición, parece destinada a heredar, al menos en parte, su papel y su lógica³⁵. Sin embargo, hay que precisar que tal y como veremos ahora la incidencia, la repercusión, de la amnistía sobre la extradición y sobre la ODE, está ampliamente condicionada por el concepto de «doble punibilidad» que se adopta a veces.

3. Los posibles efectos de la prescripción y las medidas de gracia sobre la extradición. En particular: El concepto de «doble punibilidad» en sentido estricto y en sentido amplio.

Para apreciar los posibles efectos de la preclusión ejercidas por las instituciones de prescripción y de gracia sobre la extradición (y luego sobre la Orden de Detención Europea), es evidente que hay que estudiar la situación en la cual la acción penal³⁶ o la pena relativa al delito, por el que se solicita la entrega de la persona perseguida, se extingue por la intervención de una prescripción o es saneada por una medida de gracia. Por supuesto, aunque puedan intervenir, de forma teórica, tales beneficios, tanto en el país requirente como en el país requerido, es evidente que una solicitud de extradición por un hecho que ya no sea punible en el Estado requirente sería un verdadero contrasentido. En consecuencia, para apreciar la función ejercida por estas causas extintivas en la entrega de la persona perseguida, nos referiremos implícitamente a la única hipótesis en la cual estas últimas sean contempladas en el ordenamiento jurídico del país requerido.

³¹ PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 319.

³² Cfr., por todos, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 858.

³³ La que, como bien sabemos, se muestra eficaz siempre más allá del ámbito de aplicación de la ODE.

³⁴ Sobre tal aspecto cfr., *infra, sub*, par.4.

³⁵ Sobre tal aspecto cfr., *infra, sub*, par.5.

³⁶ O, en el sistema Italiano, la infracción.

Tomando constancia de esto, desde un punto de vista estrictamente teórico, conviene alejarse de tal polarización entre dos posturas extremas y antitéticas, que surgen de dos concepciones opuestas del principio de doble punibilidad del hecho³⁷.

En resumen, según la acepción más restrictiva de este principio, para que la solicitud de entrega sea ejecutada, es indispensable que todas las condiciones necesarias para infligir una pena estén también presentes en el Estado requerido. Con vistas a la entrega de la persona perseguida, no es suficiente *la condicio sine qua non*, constituida por la presencia, en las dos legislaciones nacionales de normas tendentes a sancionar penalmente el hecho atribuido³⁸; deben también existir las condiciones de la admisibilidad de la acción judicial³⁹ y las condiciones objetivas de la punibilidad del hecho, así como no deben existir hechos justificativos, ni causas extintivas de la infracción o de la pena (como lo son en particular, la prescripción y la amnistía).

Al contrario, según la acepción más amplia del principio de doble punibilidad, se considera suficiente que el hecho por el cual se solicita la extradición integre los elementos constitutivos positivos de una incriminación abstracta al juicio de las dos legislaciones.

Sobre la base de tal acepción, poco importa pues si, en el Estado requerido, la punibilidad está excluida, *in concreto*, por la presencia de uno o varios factores arriba citados⁴⁰.

Sin embargo, según se admita una u otra de estas soluciones extremas, las causas de extinción de la infracción o de la pena que nos ocupan producirán efectos muy diferentes en asunto de extradición.

³⁷ Según este principio, que constituye un canon fundamental de la normativa tradicional en asunto de extradición. Para que esta solicitud pueda ser concedida, es necesario que el hecho sobre el cual se fundamenta sea considerado un delito conforme a la ley del Estado requeriente y del Estado requerido (acerca de este tema, cf, fundamentalmente, MÖRSBERGER, *Das Prinzip identischen Strafrechtsnorm im Auslieferungsrecht*, Berlín, 1969, *passim*; PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, Milán, 1973, *passim*, y la bibliografía adjunta). Como se sabe, en la decisión – marco sobre la ODE, la condición de la doble punibilidad ya no constituye un elemento indispensable para la entrega en el caso de treinta y dos tipos de actos ilícitos contenidos en la lista taxativa del artículo 2.2.

³⁸ En verdad, no es nada sencillo cumplir con esta condición; sobre este punto, cfr. G.A. DE FRANCESCO, "Il condetto di "fatto" nella previsioni bilaterale e nel principio del "ne bis in idem" in materia di estradizione", en *Ind. Pen.*, 1981, p. 623 y siguiente.; PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, cit., p.41 y siguiente.

³⁹ Por ejemplo, por querrela.

⁴⁰ Es decir, como acabamos de ver, las condiciones de admisibilidad de la actuación judicial, las *condizioni obiettive di punibilità*, los hechos justificativos, las causas de extinción de la infracción o de la pena; factores cuya ausencia (en los dos primeros casos) o la presencia (en los dos últimos casos) tiene, en definitiva, el efecto de impedir la aplicación de la pena, incluso si todos los elementos positivos que constituye la infracción están presentes. Hay que señalar que destacada doctrina ha llegado a excluir el elemento moral en la determinación de la doble incriminación; sobre este punto cfr., entre otros y con diferentes matices, G.A DE FRANCESCO, *Il concetto di "fatto" nella previsione bilaterale e nel principio del "ne bis in idem" in materia di estradizione*, cit., p 644-645; MANZINI, *Trattado di diritto penale italiano*, I, p.489. Torino, 1961; PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, cit., p.73 y siguiente.

Más exáctamente, si se interpreta la condición de la doble punibilidad en un sentido estricto, la amnistía y la prescripción acabarán por impedir la posibilidad de ejecutar la solicitud de la entrega⁴¹

Si, al contrario, se entiende la doble punibilidad en un sentido amplio, no tendrán ninguna importancia los factores que no conciernen a la ilicitud de los hechos imputados a la persona objeto de la búsqueda, pero solo se tomará en cuenta la posibilidad de aplicar una sanción penal en el Estado requerido. En ese caso, en consecuencia, la extinción, en ese Estado, de la infracción o de la pena⁴² – en virtud tanto de un simple paso del plazo del tiempo, como de una medida de gracia⁴³ – no impedirá la entrega.

Más allá de estas dos tesis extremas y de sus efectos respectivos, un estudio llevado a escala internacional permite identificar una gama extremadamente variadas de tesis doctrinales intermediarias, presentadas en diferentes grados en las muy numerosas convenciones bilaterales y multilaterales adoptadas a lo largo de los siglos en materia de extradición⁴⁴. En este tema, incluso limitando el campo de observación a la doctrina italiana, el abanico de posiciones admitidas parece muy amplio, en verdad. En la imposibilidad de ofrecer, aquí, un cuadro analítico de todas estas posturas, bastará con recordar que si algunas de ellas tienden a tomar en consideración todos los factores que inciden en la aplicabilidad concreta de la pena⁴⁵ y acaban, pues, por alinearse en la solución más restrictiva en cuanto al problema de la doble punibilidad⁴⁶, otras posturas tienden a reconocer efectos sólo a algunos de estos factores, acercándose así a la acepción más amplia de la doble punibilidad, que además no es admitida jamás en su totalidad⁴⁷.

⁴¹ En efecto, estas instituciones prohíben el ejercicio del *ius puniendi*, a veces extinguiendo el delito en la raíz, otras veces limitándose a impedir la aplicación de la pena.

⁴² Hay que precisar que con la locución “extinción de la pena en el Estado requerido”, hacemos referencia a la (eventual) imposibilidad de aplicar en este último Estado (por prescripción o por amnistía que hubiera intervenido) una pena equivalente a la infligida en el Estado requeriente. Pensamos, por ejemplo, en la solicitud de extradición de Italia a Francia – diez años después de la sentencia definitiva – de una persona condenada por los tribunales italianos a diez años de prisión, pena que prescribe en Francia al cabo de cinco años (cf. Art. 133.2 del Código penal Francés) mientras que sólo lo es al cabo de veinte años en Italia (cf. Art. 1722 del Código penal Italiano).

⁴³ Habitualmente conectado a valoraciones socio-políticas peculiaes del contexto nacional de referencia.

⁴⁴ Para un panorama de la doctrina tradicional en el tema y una amplia revista de los convenios de extradición bilaterales y multilaterales más importantes, cfr. PETRONCELLI –HÜBLER, “Rilevanza dei provvedimenti di grazia ed amnistia nell’estradizione ed efficacia dei provvedimenti stranieri di condono”, en *Annali di diritto internazionale*, 1967/68, p.343 y siguiente, y aquí, notas 36 y 40; PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell’estradizione*, cit., p. 102 y siguientes y aquí, notas 53 – 57.

⁴⁵ Incluido, naturalmente, la prescripción y la amnistía.

⁴⁶ En este sentido, cfr., entre otros, QUADRI, “Estradizione (Diritto internazionale)”, en *Enc. Dir.*, vol XVI, 1967, p. 30-31, en especial la nota 105 para referencias bibliográficas en relación con la doctrina extranjera más tradicional en asunto de extradición; PETRONCELLI-HÜBLER, *Rilevanza dei provvedimenti di grazia ed amnistia nell’estradizione ed efficacia dei provvedimenti stranieri di condono*, cit. p. 340 y siguientes. Para una crítica puntal de esta postura, calificada de “tesis de la punibilidad *in concreto*”, cf. PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell’estradizione*, cit., p. 83 y siguientes.

⁴⁷ En la postura opuesta a la acepción más restrictiva de la doble punibilidad, se tiende a incluir las *condizioni obiettive di punibilità* en la toma en consideración relativa al requisito estudiado, y al contrario, excluir de la misma las condiciones de admisión de la acción pública; las opiniones en relación con la toma en cuenta de los hechos justificativos están aún más diversificados. En relación con este tema, cfr. ALOISI,

En el cuadro de esta segunda categoría de posturas, parece que existe un acuerdo sustancial acerca de la ausencia de influencia de las causas de extinción de la infracción y de la pena (y en consecuencia de la amnistía y de la prescripción) sobre la doble punibilidad del hecho⁴⁸.

Pues, como vamos a ver, el estudio de los textos “europeos” más recientes en materia de extradición revela que ninguno alcanza a atribuir un efecto de preclusión incondicional a la prescripción o a la amnistía, hasta el punto de traspasar en su totalidad la postura doctrinal de carácter más restrictivo, se encuentra, en contrapartida diferencias significativas en relación con la importancia atribuida a cada una de las dos causas de extinción estudiadas.

4. Las diferentes plasmaciones de la prescripción y la gracia en las fuentes europeas en materia de extradición.

Limitando pues este estudio a las fuentes, en materia de extradición, que constituyen los precedentes naturales de la Decisión Marco sobre la ODE (es decir a los convenios multilaterales que han sido su punto de partida en la UE), antes todo, hay que considerar el Convenio europeo de extradición firmado en París en 1957⁴⁹ que prevé una norma *ad hoc* de la toma en cuenta de la prescripción en vista a una extradición: “la extradición no será aceptada si según la legislación de la parte reclamante o de la parte requerida la acción penal o la pena estén prescritas” (Art. 10)⁵⁰. Como se ve, la fuente estudiada atribuye un gran efecto de impedimento a la extinción de la infracción o de la pena por el paso de un plazo de tiempo. En cambio, el texto del Convenio no prevé nada con respecto a las eventuales efectos de la preclusión en materia de extradición desplegados por una medida de gracia, emparejándose, a este concreto respecto, con la más amplia acepción del requisito de la doble punibilidad.

La presencia de una regla específica inherente a la prescripción, y el silencio del Convenio con relación a otras causas de extinción de la punibilidad (entre las cuales encontramos las medidas de gracia) ha inducido, efectivamente, a pensar que estas

FINI, *Estradizione*, in *Noviss. Dig.it.*, VI, p. 1014; G.A. DE FRANCESCO, *Il concetto di “fatto” nella previsione bilaterale del fatto nell’estradiçione*, cit., p. 70 y siguientes y 90 y siguientes, y la bibliografía adjunta.

⁴⁸ Razones de carácter tanto dogmático como histórico-sistemático (cfr. PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell’estradiçione*, cit., p. 99-100 o aún de oportunidad (cf. ALOISI, FINI, *Estradiçione*, cit., p. 1014) abogarían a favor de tal postura.

⁴⁹ Para los textos oficiales de la Convención, redactados en lengua inglesa y francés, así como la traducción italiana anotada nos remitimos a *La Convenzione europea di estradiçione*, (ed.) Marchetti, Milano, 1990; igualmente, CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, 1995, Milano, p. 221 ss.

⁵⁰ Según la formulación literal de esta disposición, se deduce que los redactores del Convenio de París ha estudiado también la hipótesis aberrante de una solicitud de extradición emitida por un Estado en el cual la prescripción de la pena o de la infracción se ha producido. Sobre este punto, no obstante, el informe explicativo del Convenio especifica que el establecimiento de la prescripción emitida en el orden jurídico del Estado requeriente debería depender sólo de la única competencia de las autoridades de este último, para evitar a las autoridades del Estado requerido de tener que enfrentarse a normativas extranjeras caracterizadas por un alto contenido técnico, como son las reglas en materia de *tempus commissi delicti*, cálculo de plazos y de causas interruptoras y suspensivas de la prescripción.

últimas no tienen influencia en la condición de la doble incriminación, con la consecuencia de negarles cualquier efecto de impedimento en materia de extradición⁵¹.

Tal hipótesis vendría a ser confirmada, además, con las consideraciones que se hallan en el informe explicativo del Convenio⁵², donde se subraya “que una amnistía tiene en cuenta consideraciones locales o nacionales y no debería alcanzar personas que no han sido inicialmente aludidas”, es decir, personas que han cometido en el extranjero un acto que pertenece a los que son objeto de amnistía en el país requerido.

Además, los efectos de la gracia (y así de la amnistía) concedida por el Estado requerido están, al contrario, previstos por el artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio de extradición de 1975, aunque en términos acotados y bien definidos. Se trata de la hipótesis en la cual la solicitud de extradición debe ser rechazada si concierne a persona condenada (evidentemente por el mismo acto) por una sentencia firme en el Estado requerido y cuya pena ha sido, total o parcialmente, indultada o amnistiada. Sobre la base de esta norma, que concluye evidentemente una aplicación particular del principio *ne bis in idem*⁵³, el efecto de la preclusión de la extradición atribuido a las medidas de clemencia se asimila al que emana de la ejecución efectiva de la pena infligida por los mismos hechos que los que son objeto de la solicitud de entrega.

Después, el segundo Protocolo adicional al Convenio de extradición de 1978⁵⁴, ha modificado, de forma parcial, la postura de este último en asunto de amnistía, al reconocerle un efecto general de preclusión de la extradición, efecto además, condicionado por el hecho de que el Estado requerido⁵⁵ tiene “competencia para perseguir esta infracción según su propia ley penal” (art. 4). Esta elección normativa, en realidad ya adoptada en ciertos tratados bilaterales, requiere a nuestro parecer, una atención particular, en la medida en la cual está del todo conforme al adoptado en la Decisión Marco sobre la ODE⁵⁶. En consecuencia, no es suficiente que el hecho para el cual, se solicita la extradición caiga bajo el peso de una incriminación que es objeto de una medida

⁵¹ En este sentido cfr., entre otros, PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'extradizione*, cit., p. 105 y siguientes, *contra*, QUADRI, *Estradizione*, cit., p. 33.

⁵² Precisamente en la parte de la conclusión de este informe, cuyo título es “breve exposición de las cuestiones que no han sido tratadas en el proyecto del Convenio europeo multilateral, pero que han sido objeto de una discusión”.

⁵³ Principio ya establecido en asunto de extradición en el Convenio de París, artículo 9.

⁵⁴ A este propósito, cfr. PISA, “Secondo protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione. Commento all'art.4”, en *La Legislazione penale*, 1985, p.388 y siguientes.

⁵⁵ El segundo Protocolo adicional del Convenio no prevé la hipótesis de amnistía concedida en el Estado requeriente en el correspondiente informe explicativo, en efecto, se subraya que la solicitud de extradición estaría en este caso privado de fundamento.

⁵⁶ La misma normativa de los efectos de preclusión de la amnistía, antes de ser acogida en la Decisión Marco sobre la ODE, ya había sido confirmada en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (cuyo artículo 62.2. dispone “que una amnistía pronunciada por la Parte contratante requerida no obstaculiza la extradición salvo si la infracción depende de la jurisdicción de esta Parte contratante”), y en el Convenio sobre la extradición entre los Estados miembros de la Unión firmado en 1996 (cuyo artículo 9 dispone: “la extradición no será concedida para una infracción cubierta por la amnistía en el Estado miembro requerido si este tenía competencia para perseguir esta infracción según su propia ley penal”).

de gracia en el Estado requerido, también, es necesario que éste último – con independencia del hecho de haber ejercido la acción pública⁵⁷ - sea competente para juzgar el hecho en cuestión⁵⁸ .

Del análisis realizado, parece evidente que los dos protocolos adicionales han modificado radicalmente la normativa anterior en asunto de amnistía; así resulta superado un sistema en el cual esta última no estaba considerada de cara a una extradición; así también resulta superado un sistema en el cual se le confiere un amplio efecto de impedimento. Sin embargo, tal efecto permanecía inferior al reconocido a la prescripción, dado que conforme al artículo 10 (que no se ha reformado) del Convenio de 1957, la extradición de la infracción prescrita podía ser denegada aunque el Estado requerido no tuviera competencia sobre el hecho.

La tendencia a hacer prevalecer los efectos de preclusión ejercidos por la prescripción en relación con los propios a la amnistía han sido por fin superados por el “Convenio sobre la extradición entre los Estados miembros de la Unión”, firmado en Dublín en 1996 (aunque jamás haya entrado en vigor, por falta de un número suficiente de ratificaciones). En efecto, este Convenio confirmaba, por una parte, la normativa en materia de gracia prevista por el Protocolo adicional de 1978, pero, por otra parte, negaba a la prescripción la función de motivo legítimo de denegación de la extradición, reconociendo, sin embargo, al Estado requerido, en el caso en que se diera la prescripción de la infracción, que fundamenta la solicitud, tiene la facultad⁵⁹ de denegar la entrega si su propia legislación atribuía a los jueces nacionales la competencia sobre el hecho imputado a la persona objeto de la búsqueda. ⁶⁰

Esta breve exposición de las fuentes europeas en materia de extradición, anteriores a la introducción de la ODE, permite evidenciar algunos rasgos fundamentales de la normativa reguladora de los efectos de la prescripción y de la amnistía sobre el procedimiento de entrega.

En primer lugar, en el momento de la sucesiva redacción de los textos de los convenios se eligió subordinar la denegación de la extradición – en el caso en el cual el delito hubiera prescrito o hubiera sido objeto de una medida de gracia – a la existencia de la competencia del país requerido acerca del propio delito.

⁵⁷ Como resultaba, en cambio, necesario en los términos de las innovaciones introducidas por el Primer Protocolo Adicional.

⁵⁸ Esta competencia se fundamentará, evidentemente, sobre las normativas relativas a la aplicación de la ley penal en el espacio (por ejemplo, sobre el *locus commissi delicti* y sobre la punibilidad de los hechos cometidos en el extranjero).

⁵⁹ Y no la obligación como prevé el artículo 9 en asunto de amnistía; cfr. Nota 50.

⁶⁰ Como veremos más adelante con más detalles, el mismo mecanismo ha sido asumido, sin cambios, en la Decisión Marco sobre la ODE.

En segundo lugar, una vez establecida tal competencia, la denegación de la extradición por el delito, amnistiado o prescrito en el Estado requerido, no dependía del ejercicio efectivo de la acción pública por parte de la autoridad del propio país.

En tercer lugar, como acabamos de ver, el desarrollo de la regulación convencional, revelaba la voluntad de atribuir a la amnistía un efecto de impedimento mayor que aquel otro anteriormente preponderante reconocido a la prescripción, y esto a pesar de que los efectos extintivos ligados a la medida de gracia, susciten mayores perplejidades respecto a aquellas otras ligadas a la prescripción, tanto desde el punto de vista de la compatibilidad con numerosos principios penales fundamentales, como desde el punto de vista de la “racionalidad” y del carácter “compartible” de los criterios que caracterizan a menudo su uso.⁶¹

Como veremos a continuación, estas tendencias han sido confirmadas en la Decisión Marco de 2002, que, por cuanto concierne a lo aquí examinado no expresa, en verdad, este mismo carácter reformista que manifestara, en cambio ante otros aspectos de la ODE.

5. Las disposiciones de la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea en materia de prescripción y medidas de gracia como causa de su denegación. Observaciones críticas.

Como es sabido, la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea contiene, en sus artículos 3 y 4, dos listas taxativas de motivos a partir de las cuales la petición de entrega del sujeto investigado, *debe* o *puede*, respectivamente, ser rechazada. La amnistía se enmarca en la primera de estas dos listas. De hecho, conforme al artículo 3.1 de la Decisión Marco «la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución denegará la ejecución de la Orden de Detención Europea» cuando el delito perseguido esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución; a condición de que este último tenga «competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho penal». En cuanto a la prescripción, ésta se encuentra en la segunda lista que contiene los motivos de no ejecución *facultativa* de la Orden de Detención Europea. Por tanto, conforme el artículo 4.4 «la autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la Orden de Detención Europea» si la acción pública o la pena prescriben con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución; a condición de que, también en este caso, los hechos «sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho penal».

Ahora bien, a la luz del análisis precedente relativo a las diversas acepciones del concepto de doble punibilidad⁶², se impone una primera consideración fundamental a propósito de las disposiciones de la Decisión Marco que acabamos de citar: dado que la condición de doble punibilidad ya no es necesaria para los treinta y dos tipos de ilícitos

⁶¹ Cfr. , *supra*, par.2

⁶² Cfr., *supra*, párr. 3

indicados en el artículo 2.2 del acta en cuestión, el efecto de prohibición de la prescripción y de la amnistía respecto a tales ilícitos habría podido ser excluido sin ninguna duda. En otros términos, en la medida en que ya no es necesario que este requisito se cumpla, se habría podido evitar la toma en consideración de tales elementos con tal fin⁶³. Por el contrario, el legislador europeo ha tenido la intención de renovar, tanto en la prescripción como en la amnistía, la capacidad de prohibición de entrega del sujeto investigado, haciendo referencia incluso a los delitos para los que la condición de doble punibilidad ya no es obligatoria.

Así, en cuanto a los motivos de denegación, la regulación del conjunto de la Decisión Marco se aparta de lo que estaba inicialmente previsto en la propuesta de Decisión Marco originariamente presentada por la Comisión⁶⁴, ya que se calcaron los contenidos de las normas convencionales precedentes. En esta propuesta, de hecho, no se le reconocía ningún efecto de prohibición a la prescripción, puesto que ésta tampoco estaba prevista entre los motivos facultativos de denegación de la entrega, entre los que sí se encontraba, sin embargo, la amnistía⁶⁵. Las razones de la drástica eliminación de cualquier efecto de preclusión de la prescripción se habían explicitado claramente en la exposición de los motivos de la propuesta: «mientras que la amnistía es el resultado del acto positivo del legislador del Estado de ejecución, la prescripción sólo es consecuencia de la falta de incoación del correspondiente procedimiento en dicho Estado. La prescripción puede ser involuntaria y ser el mero fruto de la ignorancia por parte de las autoridades de dicho Estado de la existencia de una infracción, de una falta de diligencia, o del fracaso de las investigaciones destinadas a identificar al autor de la infracción. Por consiguiente, estas dificultades no deben poder alegarse ante la autoridad judicial emisora». Se han dirigido consideraciones muy diferentes a la amnistía: « la amnistía de ciertas infracciones es objeto de debate democrático en el seno del Estado. Es por tanto lógico permitir que este Estado no acepte más prestar su ayuda a otros Estados que continuarían penalizando las actividades en cuestión. »

En caso de que tales opciones, en particular aquellas relativas a la prescripción, se hubieran mantenido en el momento de la aprobación del texto final, la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea habría renovado radicalmente su plasmación normativa precedente, evitando así, al mismo tiempo, algunos inconvenientes aplicativos surgidos debido a las actuales disposiciones en vigor.

De hecho, el haber subordinado la posibilidad de establecer los motivos estudiados de denegación al único criterio del Estado requerido parece haberles dado un campo de

⁶³ Y esto, teniendo en cuenta la noción más restrictiva de la doble punibilidad, en el sentido de que esta condición sólo se cumple tanto cuando se dan las condiciones de admisibilidad de la acción judicial como las condiciones objetivas de punibilidad, y cuando están ausentes los hechos justificativos y las causas de extinción de la infracción o de la pena (cfr., *supra*, *sub*, párr. 3.).

⁶⁴ COM (2001) 522 final, en *DOCE* C332, 27 de noviembre de 2001.

⁶⁵ Más exactamente, conforme al artículo 30 de esta propuesta de Decisión Marco, «la autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de un mandamiento de detención europeo referente a un delito amparado por una amnistía en el Estado miembro de ejecución, en el caso de que dicho Estado miembro fuese competente para perseguir el delito conforme a su propio Derecho penal».

aplicación muy amplia. En realidad, esta competencia (y la oponibilidad de los motivos de denegación) puede darse en numerosas hipótesis en las que la denegación de la entrega no parece justificada en absoluto, y se muestra incompatible con el objetivo de reforzar la cooperación judicial en materia penal a través del reconocimiento recíproco de las medidas judiciales.

Pensamos, por ejemplo, en una hipótesis en la que un hecho cometido parcialmente sobre el territorio nacional es de la competencia del Estado requerido⁶⁶, incluso si se trata de una fracción muy poco significativa de una conducta que se ha perfeccionado y ha ejercido sus efectos en el Estado de emisión de la Orden de Detención Europea. Ante tal eventualidad, es plausible que las autoridades del Estado requerido se desinteresen del hecho omitiendo el cumplimiento de los actos de procedimiento que habrían prolongado los plazos de prescripción. En tal caso, y más generalmente en todos los casos donde la inercia o la poca eficacia de las investigaciones en el Estado requerido (competente para los hechos en cuestión) han llevado a la prescripción, la posibilidad de oponer esta última al Estado requirente, que podría todavía castigar al culpable⁶⁷, no hace más que debilitar la lucha contra la criminalidad.

Sin embargo, se han suscitado perplejidades aún mayores debido a los efectos que pueden derivarse de la combinación de las disposiciones de la Decisión Marco comentada y de las normas estatales que atribuyen a los jueces nacionales una competencia que tiende a ser extraterritorial. De hecho, como es sabido, en casi todos los ordenamientos jurídicos europeos se da la tendencia a ampliar la competencia nacional a hechos cometidos integralmente en el extranjero, especialmente cuando estos últimos vulneran intereses fundamentales de carácter transnacional⁶⁸ o intereses correspondientes a la personalidad del Estado. E incluso numerosos ordenamientos jurídicos prevén la aplicabilidad de su propio derecho penal a todos los hechos cometidos en el extranjero, cada vez que éstos son castigados por la ley nacional con penas particularmente severas⁶⁹.

⁶⁶ En este caso, además, el motivo de denegación facultativa previsto en el artículo 4, n.º 7, letra. a) de la Decisión Marco podría intervenir ya (incluso si su oportunidad es mucho más discutible): « La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la Orden de Detención Europea: (...) 7) cuando la Orden de Detención Europea contemple infracciones que: el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas (...) en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo ».

⁶⁷ En realidad, es totalmente posible que, después de un cierto periodo de tiempo, la prescripción se intervenga en un Estado y no en otro si se consideran las diferencias entre los ordenamientos nacionales, por ejemplo, respecto a los plazos de prescripción, reglas de cálculo y de determinación del *tempus commissi delicti* o incluso de causas suspensivas o interruptivas de la prescripción.

⁶⁸ Piénsese, por ejemplo, en los delitos de genocidio o de trata de seres humanos.

⁶⁹ La vocación extraterritorial del Derecho penal italiano es, como sabemos bien, bastante pronunciada: bastará recordar que, más allá de las hipótesis específicas del artículo 7 del código penal (delitos contra la personalidad del Estado, delitos de falsificación de sello o de moneda nacional, etc.), el artículo 9 convierte en punible, según el derecho italiano, al ciudadano que ha cometido en el extranjero cualquier delito castigado con la reclusión de al menos tres años (a condición de que el autor se encuentre en el territorio nacional); incluso, el artículo 10 amplía la competencia del juez italiano a todos los delitos cometidos en el extranjero en detrimento de un ciudadano o del Estado italiano que sea castigado con una pena de reclusión de al menos un año (a condición de que el autor se encuentre en el territorio nacional y que haya

Ahora bien, las disposiciones de las mencionadas normas estatales, combinadas con el principio expresado en la Decisión Marco, en virtud del cual la amnistía y la prescripción del delito impiden la ejecución de la Orden de Detención Europea en el caso en el que el Estado requerido sea competente para ese hecho, pueden provocar consecuencias verdaderamente poco recomendables: si el delito ya ha sido prescrito o amnistiado conforme a la legislación del Estado requerido, este último podrá (o deberá, en caso de amnistía) denegar la ejecución de una Orden de Detención Europea incluso si el hecho ha sido cometido en su totalidad en territorio del Estado requirente, en caso de que el hecho pertenezca a aquellos que están regidos por el principio de extraterritorialidad de la ley penal.

Este mecanismo marginal parecería destinado a producir consecuencias aún más indeseables si pensamos que, como ya hemos dicho, la regla de extraterritorialidad concierne habitualmente a delitos particularmente graves y está prevista para garantizar su acción judicial y no para ponerle obstáculos. Además, tales consecuencias están destinadas a producirse inexorablemente en el caso de delitos que son objeto de una medida de amnistía, dado que en este caso, como ya hemos recordado, la Decisión Marco prevé que es obligatoria la denegación de la entrega. En definitiva, la persona que haya cometido en el extranjero un hecho que también sea punible en el Estado donde se encuentra, pero allí está cubierto por la amnistía, se beneficiará siempre de la imposibilidad de la ejecución de la Orden de Detención Europea; incluso si – como ocurre habitualmente – la amnistía se debe a razones circunscribibles en el específico contexto nacional de referencia, que entonces no justifican en absoluto la ausencia de entrega del culpable a las autoridades del Estado extranjero cuyas normas han sido violadas.

Las consideraciones relativas a la prescripción son, sin embargo, parcialmente diferentes: en tanto que motivo de denegación solamente *facultativo*, sería deseable que los jueces nacionales no la utilizaran, al menos para los hechos cometidos *totalmente* en el Estado de emisión de la Orden de Detención Europea, y que éstas recaigan en su competencia solamente en virtud de las reglas, susceptibles de ser ampliadas, que acabamos de citar. Sin embargo en el momento de la transposición de la Decisión Marco, numerosos legisladores han cambiado inopinadamente el carácter de la denegación derivada de prescripción de *facultativo* en *obligatorio*⁷⁰; esta transformación – que por otro lado ha concernido también a otros motivos de denegación incluidos en la lista del artículo

requerimiento por parte del ministro de Justicia, o bien queja o demanda de la víctima). Otros numerosos sistemas europeos disponen igualmente de normas de aplicación del principio de extraterritorialidad del derecho penal nacional: cfr., entre otros, los artículos 6-7 del código penal alemán; los artículos del 113-6 al 113-12 del código penal francés («Infracciones cometidas fuera del territorio de la República»); el artículo 23 párrafos 2-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, ley n.º 6, 1 de julio de 1985.

⁷⁰ Cfr., por ejemplo, el art. 4, párrafo 4, de la ley de transposición belga; el art. 695-22, n.º 4, del código de procedimiento penal francés, modificado por el art. 3 de la ley de transposición; el art. 11, párrafo 1, letra d) de la ley de transposición griega; el art. 14, párrafo 1, letra e) de la ley eslovaca; el art. 18, párrafo 1 letra n) de la ley italiana.

4 de la Decisión Marco – ha suscitado numerosas críticas que no amainan con los argumentos que se han podido dar en su favor.

En realidad, los resultados *in bonam partem* que se derivarían respecto los destinatarios de la Orden de Detención Europea podrían invocarse para justificar la «reaparición» de la prescripción como motivo obligatorio: de hecho, las posibilidades de fallo de ejecución de la Orden de Detención Europea aumentan cuando se vuelve automática la aplicación de un motivo de denegación, sustrayéndola al juicio discrecional de la autoridad judicial. Sin embargo se trataría de argumentaciones aparentes, habida cuenta del hecho de que el canon del *favor rei* sólo puede ser utilizado legítimamente de manera hermenéutica en la interpretación de normas de formulación dudosa, pero de ninguna manera en aquellas normas europeas inequívocas en su enunciado. De hecho, la Decisión Marco ha hecho una clara y precisa distinción entre las causas de denegación obligatorias y facultativas, situándolas en listas separadas contenidas en dos artículos diferentes. Además se debe considerar que la transformación del carácter de las cláusulas de no ejecución de la Orden de Detención Europea, de facultativas a obligatorias, en la medida en que ésta es bastante frecuente, constituye una transposición imprecisa (e ilegítima) de las normas de la Decisión Marco en los ordenamientos internos. Probablemente quepa considerar que esta mala práctica puede atribuirse al hecho de que las normas de las Decisiones Marco no tienen una eficacia directa en los ordenamientos nacionales y no pueden sustituirse por las normas estatales eventualmente incompatibles: con el resultado de que los motivos de denegación establecidos como obligatorios en las leyes de transposición actuarán automáticamente, sin que las autoridades judiciales puedan excluir discrecionalmente la aplicación. Otra razón, para algunos más verosímil, de la transposición imperfecta de las normas contenidas en las Decisiones Marco reside en la imposibilidad del tribunal de justicia para sancionarla.

Teniendo en cuenta lo que hemos dicho hasta ahora, la denegación de la entrega debido a la intervención de una amnistía o de una prescripción podría haberse limitado oportunamente a las hipótesis en las que la autoridad del Estado requerido *ya* hubiese ejercido la acción pública: los efectos extintivos de la prescripción y de la amnistía habrían sido así asimilados a los efectos derivados de la sentencia de absolución, o a la efectiva ejecución de una sentencia de condena en relación a esos mismos hechos objeto de la petición de entrega⁷¹. Por otro lado, se habría podido excluir, al menos, la aplicación de los

⁷¹ Esta solución, por otra parte, ya estaba prevista en la legislación en materia de extradición, según lo que preveía el primer Protocolo adicional al Convenio de extradición de 1957 (cfr., *supra*, *sub*, párr. 4). Además, en el caso del previo ejercicio de la acción pública por parte del Estado requerido, la ejecución de la orden permanecería prescrita conforme al principio *ne bis in idem*, prohibiendo el sometimiento de una persona a dos procedimientos en dos Estados diferentes por el mismo hecho (cfr., específicamente el art. 4 n.º 2 y n.º 3 de la Decisión Marco: « La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la Orden de Detención Europea: (...)2) cuando la persona que fuere objeto de la Orden de Detención Europea esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la Orden de Detención Europea; 3) cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la Orden de Detención Europea, o bien concluirla, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales»).

motivos de denegación estudiados para hechos exclusivamente circunscritos al exterior del Estado requerido. En la perspectiva *de jure condito*, se trata, por el contrario, de establecer si los campos de aplicación de estos motivos de denegación pueden estar oportunamente circunscritos de manera hermenéutica.

6. Cuestiones interpretativas sobre la noción de amnistía y sobre la operatividad de las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción.

Una vez terminado el análisis de algunos de los posibles inconvenientes aplicativos debidos a las prudentes alternativas escogidas por la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea en materia de amnistía y de prescripción como causas de prohibición de la entrega, quedan por estudiar dos cuestiones de naturaleza interpretativa referentes a: A) El significado más o menos amplio que se puede dar al término «amnistía»; B) La toma en consideración de los actos de interrupción y de suspensión del transcurso de la prescripción llevados a cabo en el país de emisión de la orden.

A) En cuanto al problema relativo al significado del término «amnistía» utilizado en el artículo 3.1 de la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea está claro que el campo de aplicación de esta causa de denegación de la entrega varía según entendamos, por amnistía, *todos los tipos* de medidas de gracia, incluyendo las individuales y las concedidas mediante un acto de «indulto soberano» adoptado fuera del debate parlamentario, o solamente las de carácter general, aprobadas tras un procedimiento legislativo *lato sensum*.

A este respecto, es necesario señalar una disparidad destacable no sólo en cuanto al contenido⁷² sino también en cuanto a la terminología que caracteriza a los ordenamientos jurídicos europeos en materia de medidas de clemencia. Más particularmente, en numerosos Estados (por ejemplo Italia), el *nomen* «amnistía» designa solamente las medidas de gracia de carácter general adoptadas mediante un procedimiento legislativo; en otros Estados (por ejemplo en Francia⁷³), éste tiene un significado «genérico», que comprende tanto las medidas generales adoptadas por vía legislativa como las medidas individuales que emanan del jefe de Estado; aún en otros países (especialmente en aquellos que no admiten las medidas de gracia general como España, Gran Bretaña o los países escandinavos), no se corresponde con ninguna medida⁷⁴.

Igualmente emblemático es el caso del indulto que este término indica en el ordenamiento jurídico español una medida gubernamental de carácter individual

⁷² Cfr., *supra*, *sub*, párr. 2.

⁷³ En el ordenamiento jurídico francés, incluso «el presidente de la República podrá igualmente conceder la amnistía, mediante una medida individual llamado *indulto amnistiante*»; LABORDE, “Amnistie. Droit pénal”, en *Dictionnaire des sciences criminelles*, Lopez, Tzitzis (dir.), Paris, 2004, p 50.

⁷⁴ Igualmente ejemplificante es el caso del término “indulto”, que designa en el ordenamiento español un procedimiento gubernamental de portada individual y en el ordenamiento italiano un procedimiento legislativo de portada general.

mientras que en el ordenamiento italiano hace referencia a una medida legislativa de carácter general.

A la luz de estas consideraciones, es preferible una interpretación flexible del término «amnistía» como la que se hace en el artículo 3.1 de la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea. Una interpretación más rígida y restrictiva – propia de los ordenamientos nacionales en los que la «amnistía» es la única medida general adoptada por la vía parlamentaria que garantiza un debate democrático adecuado⁷⁵ – podría, en efecto, determinar una serie de dificultades para la aplicación: teniendo en cuenta la torre de Babel de contenidos y de terminologías que distinguen las legislaciones europeas en materia de medidas de gracia, sería, al menos difícil, discernir qué actos estarían incluidos o excluidos de cada opción de interpretación. Además, los jueces nacionales, a los que se pediría la ejecución de la Orden de Detención Europea, deberían apreciar, con vistas a la inclusión de una determinada medida de gracia dada dentro del concepto de amnistía, no solamente su carácter general, sino también el «nivel de carácter democrático» de su procedimiento de adopción. Es evidente que tales apreciaciones pueden reflejar diversas sensibilidades y culturas político-jurídicas de los magistrados nacionales y entonces deberían obtener tales competencias de las autoridades responsables, de un procedimiento de entrega que la Decisión Marco ha «despolitizado» y «automatizado» voluntariamente.

Todo esto que hemos abordado a grandes rasgos nos ayuda a explicar cómo la acepción más flexible del término amnistía ha prevalecido en la práctica legislativa de transposición de la Decisión Marco. De hecho, en la regulación del motivo de denegación en cuestión, los legisladores nacionales se han adaptado generalmente a las normas de derecho interno en materia de medidas de gracia⁷⁶, previendo como legítimo motivo de fallo de ejecución de la Orden de Detención Europea la circunstancia de que el delito, objeto de la investigación de la entrega, haya sido cubierto por una amnistía o por otra medida de gracia entre las que son adoptables en el ordenamiento estatal⁷⁷.

⁷⁵ A decir verdad, esta opción de interpretación parecería más conforme a las observaciones en materia de amnistía realizadas en la exposición de motivos de la propuesta de Decisión Marco de la Comisión (cfr., *supra*, nota 62) donde esta medida de clemencia se consideraba, precisamente, proveniente de un «debate democrático».

⁷⁶ Normas enmarcadas la mayoría de las veces en el Derecho constitucional.

⁷⁷ Por ejemplo, la ley francesa (ley n.º 2004/204 que modifica el art. 695-22 del código de procedimiento penal, la ley griega (art. 11 ley n.º 3251/2004), la ley italiana (art. 18 párrafo 1, letra l) ley n.º 69/2005), la ley belga (art. 4 párrafo 1, ley n.º 4784/2003), la ley portuguesa (art. 11 ley 65/2003) prevén la amnistía como motivo legítimo de denegación. Por el contrario, la ley danesa (art. 6 ley 433/2003) y la ley irlandesa (art. 39 European Arrest Warrant 2003, donde la referencia a *amnesty* concierne a las únicas medidas adoptadas por el Estado de emisión) sólo prevén explícitamente el *pardon*, es decir el indulto individual. El *Extradition Act* 2003 del Reino Unido no menciona ni la amnistía ni el indulto individual. El caso sueco es emblemático: la sección 5, título 2 de la ley 1156/2003 establece que la Orden de Detención Europea no se ejecuta si los hechos que son objeto de la demanda están cubiertos por una de las medidas de clemencia de origen gubernamental previstas por la sección 13 art. 11 de la Constitución sueca. Esta norma fundamental autoriza, en casos totalmente excepcionales, formas de ejercicio del poder de clemencia que se escapan inexorablemente a cualquier intento de «clasificación terminológica» realizada sobre la base de conceptos de amnistía general y de indulto individual propios de otros ordenamientos jurídicos.

Dicho esto, es necesario precisar que, incluso si ciertas leyes de transposición consideran la concesión de un indulto individual por parte de las autoridades nacionales, entre los motivos de denegación de la entrega, la incidencia de este tipo de medida sobre la ejecución de la Orden de Detención Europea parece hacer caso omiso del alcance de la aplicación del artículo 3.1 de la Decisión Marco. De hecho, el indulto individual presupone una decisión de condena pronunciada por los órganos judiciales del ordenamiento que concede la medida de gracia⁷⁸: en ese caso, entonces, la imposibilidad de entregar el sujeto investigado derivaría, en primer lugar, de las propias disposiciones de la Decisión Marco relativa al principio *ne bis in idem*⁷⁹, además de la atribución al indulto de un efecto de prohibición autónomo.

B) Sin embargo, en cuanto a la toma de consideración, o no, de los actos de interrupción y de suspensión del transcurso de la prescripción llevados a cabo en el país de emisión de la orden se imponen algunos preliminares:

a) La adopción de la Orden de Detención Europea presupone, como es sabido, una decisión de condena o, en todo caso, una medida coercitiva con respecto a un sujeto determinado;

b) En general, estas medidas jurisdiccionales y ciertos actos previos de procedimiento – evidentemente a cargo de las autoridades del Estado de emisión de la Orden de Detención Europea – interrumpen el transcurso de la prescripción;

c) Es probable que las autoridades del país de ejecución de la Orden de Detención Europea, incluso si tienen competencias sobre el hecho, no tengan un interés apreciable por perseguir los delitos cometidos (o cuyos efectos se hayan manifestado) principal o exclusivamente en el extranjero; y entonces, que éstas no se activen para poner en práctica actos de procedimiento de manera que interrumpan o suspendan la prescripción.

A la luz de estos preliminares, atribuir un valor interruptivo, o suspensivo, a los únicos actos de procedimiento llevados a cabo en el Estado de ejecución significaría prohibir *de facto* la posibilidad de ampliar, en los límites legalmente previstos, los plazos de prescripción en el Estado requerido.

Ahora bien, la falta de toma de consideración, por parte del Estado requerido, de los actos de suspensión y de interrupción del transcurso de la prescripción realizados en el Estado requirente se contradice pura y simplemente con las finalidades de la Orden de Detención Europea. De hecho, cualquier denegación fundamentada en la ausencia de interrupción de la prescripción en el interior del país de ejecución parecería una anulación irracional del valor interruptivo/suspensivo de los actos de procedimiento que han permitido a las autoridades requirentes diferenciar los plazos de prescripción en el Estado requirente. Mientras que, al contrario, parece evidente que estos actos de procedimiento

⁷⁸ Es, en efecto, jurídicamente inconcebible que un país conceda el indulto a una decisión de condena pronunciada en otro país, cuyas autoridades han adoptado más tarde una Orden de Detención Europea para la ejecución de la pena que se deriva.

⁷⁹ Cfr., *supra*, nota 65.

deberían tener efectos interruptivos o suspensivos como si hubieran sido realizados por las propias autoridades de ejecución.

Por lo demás la solución aquí apuntada quedaría igualmente reforzada tanto por la Resolución (75) 12 del Consejo de Europa sobre la aplicación práctica del Convenio de extradición de 1957, como por el artículo 62 párrafo 1 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, que van en el sentido de la solución que sostenemos aquí. De hecho, el primero de los dos textos que acabamos de recordar afirmaba que «para apreciar si la prescripción de la acción o de la pena se aplique según la legislación del Estado requerido, las autoridades competentes de este Estado deberán tomar en consideración los actos interruptivos y los hechos suspensivos de prescripción realizados por el Estado requirente, siempre que se trate de actos o de hechos de la misma naturaleza que aquellos otros aptos para provocar tales efectos en el Estado al que va dirigida la petición». En cuanto al segundo de estos textos se preveía que «En materia de suspensión de la prescripción, se aplicarán únicamente las disposiciones de la Parte contratante requirente».

Es cierto que tales afirmaciones han sido superadas por la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea⁸⁰. No obstante, las mismas continúan dotadas de una indiscutible fuerza interpretativa y, ciertamente, no pueden permanecer ignoradas hasta el punto de implicar, con la posterior llegada de la Orden de Detención Europea, un endurecimiento del procedimiento de entrega de las personas objeto de búsqueda⁸¹.

La voluntad del legislador europeo de tomar en consideración los factores interruptivos de la prescripción puestos en práctica por el Estado de emisión aparece también en el apartado «f» del anexo a la Decisión Marco⁸², donde se sugiere formular, a la autoridad que emana la Orden de Detención Europea, «observaciones sobre la extraterritorialidad, la *interrupción de periodos limitados en el tiempo* y otras consecuencias de la infracción». La sugerencia concierne simplemente a los actos interruptivos llevados a cabo en el Estado de emisión y no en el Estado de ejecución⁸³, en los que la autoridad que emite la Orden de Detención Europea podría saber bien poco.

⁸⁰ La cual en el artículo 31 ha previsto, a partir del 1 de enero de 2004, la sustitución de las disposiciones de la Decisión Marco por aquellas «correspondientes de las convenciones (...) aplicables en materia de extradición en las relaciones entre los Estados miembros» (sigue una lista que contiene, entre otras, el Convenio de París con los Protocolos adicionales que se añaden, las normas en materia de extradición de la Convención de aplicación del acuerdo de Schengen, así como el Convenio de Dublín de 1996).

⁸¹ En tal sentido cfr. SELVAGGI, «Con l'avvio del mandato di arresto europeo per l'Italia si impone una scelta di qualità», en *Guida al diritto*, n. 1/2004, p. 111-112.

⁸² En DOCE L 190, 18 de julio de 2002, p. 17.

⁸³ Es oportuno precisar que, en el caso de que tales observaciones no se formularan, las autoridades del Estado de ejecución podrían de todas maneras pedir informaciones suplementarias según el artículo 15, párrafo 2, de la Decisión Marco que dispone: «Si la autoridad judicial de ejecución estima que las informaciones comunicadas por el Estado miembro de emisión son insuficientes para permitir la decisión de la entrega, ésta pedirá la provisión urgente de las informaciones complementarias necesarias, en particular en relación con los artículos del 3 al 5 y el 8».

Por tanto, el verdadero problema no es tanto reconocer por principio la toma de consideración de los actos interruptivos y suspensivos de la prescripción llevada a cabo en los otros países de la Unión, como de establecer, más bien, los límites de tal toma de consideración. Sobre este punto – permaneciendo estable⁸⁴ la aplicabilidad de las normas del Estado requerido en cuanto a los plazos de prescripción y los límites temporales de los efectos interruptivos o suspensivos – será necesario identificar *las categorías de actos extranjeros* para reconocerles el efecto suspensivo y/o interruptivo.

Ante la imposibilidad de extenderse sobre una cuestión tan compleja, será suficiente señalar aquí que los jueces nacionales, encargados de filtrar el efecto dilatorio de los actos llevados a cabo por las autoridades de emisión de la Orden de Detención Europea, no deberían sobrevalorar las posibles diferencias entre estos actos y los actos homólogos internos de procedimiento. Entonces, de acuerdo con lo que está previsto por la Resolución del Consejo de Europa sobre la aplicación del Convenio de extradición, las autoridades de la ejecución deberán atribuir un efecto suspensivo/interruptivo a los actos llevados a cabo en el extranjero cuando presenten la «misma naturaleza» que los actos internos que producen efectos suspensivos/interruptivos.

7. Conclusiones.

Parece confirmar el análisis que acabamos de realizar el que, en relación con la facultad de la amnistía y de la prescripción para impedir la entrega, la Decisión Marco no ha introducido innovaciones significativas con respecto a las opciones regulativas anteriores en asunto de extradición operadas por el Convenio de Dublín de 1996, que además, jamás entró en vigor, como ya hemos visto.

La precaución tomada por los redactores de la Decisión Marco en la determinación del campo de aplicación de los motivos de no- ejecución estudiados debe probablemente vincularse con polémicas y divergencias que han ido surgiendo allí donde ha sido anunciada la introducción de una institución como la Orden de Detención Europea, revolucionaria en numerosos aspectos: hasta tal punto que, como hemos vistos, algunos Estados han intentado, en la medida de lo posible, neutralizar los efectos en el momento de las transposiciones de la Decisión Marco⁸⁵.

Queda aún el hecho de que las normas despojadas de tal acto, analizadas en el presente trabajo, dejen amplios espacios de interpretación, que los jueces nacionales hayan

84 Otra cuestión resulta, efectivamente, atribuir a los actos de procedimiento llevados a cabo por las autoridades extranjeras el mismo efecto suspensivo/interruptivo que el que las normas nacionales reconocen en los actos llevados a cabo por las autoridades del Estado; sería otra forma de dar aplicación interna a toda la regulación normativa extranjera en materia de prescripción.

85 Con relación con este tema, es interesante subrayar que, mientras que en Alemania el debate sobre la compatibilidad constitucional de la ODE, y en consecuencia su posible ejecución aún está abierto, la muy reciente ley Italia de adaptación prevé en el artículo 18, veinte motivos de denegación.

de colmar con una actividad de “política judicial” abierta a resultados ciertamente diversos.

Lo apenas esbozado sirve, igualmente, para la amnistía, pues si bien es verdad que su concreto perfil como motivo de denegación parece escapar al control judicial en razón de su automatismo, también es cierto que el juez de la ejecución penal podría restringir el ámbito de aplicación de dicho motivo de denegación a través del procedimiento hermenéutico tendiendo a limitar el alcance del concepto mismo de amnistía.

Sin embargo, es (o por lo menos debería ser) la norma sobre la prescripción aquella destinada a ofrecer al juez un mayor poder discrecional. Por una parte, en efecto, permite al juez aplicarla, o no, como causa de denegación, por otra parte – ante una determinada ausencia de precisión dada en torno a este tema en la Decisión Marco –, le atribuye la facultad de modular la suspensión y la interrupción de la prescripción a través de una selección de las actividades procedimentales, llevadas a cabo por el Estado requirente, ahora consideradas dignas de reconocimiento a los fines de prescripción en el Estado requerido. De manera que, en definitiva, incluso en aquellos Estados que, de una forma criticable, han equiparado tal tipo de motivo de rechazo a una cuestión obligatoria, parece quedar para los jueces un dominio discrecional apreciable.

Es cierto que en el marco del procedimiento de transformación radical de los derechos y procedimientos penales nacionales, en la perspectiva de su “europeización”, las actuales reformas de origen europeo, tendentes a reforzar los mecanismos de cooperación judicial, no se prestan fácilmente a ser traducidos en textos normativos inmunizados ante los defectos y, en particular, privos de nudos interpretativos de difícil solución.

Naturalmente, los mismos vicios tienden a hacerse presentes, e igualmente a agigantarse en las leyes nacionales de transposición, cuyas carencias, bajo el perfil de la “fidelidad”, al texto supranacional de referencia queda sustraída al control de la Corte de Justicia⁸⁶. La toma de conciencia de que en la actual y difícil fase de integración entre derecho europeo y derechos internos, las carencias de unos y otros textos, supranacionales y nacionales, tienden a sumarse entre ellos en términos exponenciales, debería inducir ciertamente a los respectivos órganos de producción normativa a la máxima diligencia. Pero perdura el hecho de que, con toda probabilidad, pretender hoy reformas perfectas o casi, en los sectores de la cooperación y la armonización de los sistemas, equivale, simplemente, a impedir toda actividad de reforma: está última está inevitablemente llamada a afinarse sobre todo, en la realidad aplicativa de cada día, y también mediante

⁸⁶ Puesto que tal texto ha sido adoptado en el ámbito del tercer pilar, por lo tanto, no encontrará aplicación las normas comunitarias relativas al procedimiento de infracción (artt 226 ss. TCE). Sobre tal tema cfr. Entre los más recientes y por todos, VAN DE KERCHOVE, WEYEMBERGH, “Quelle Europe pénale dans la Constitution?”, en *Commentaire de la Constitution de l' Union européenne*, (ed. Dony Bribosia), Bruxelles, 2005, p.334. Los autores destacarán como únicamente con la ratificación del tratado Constitucional europeo del 2004 por parte de todos los Stados UE, y con la consiguiente remodelación del tejido institucional de la UE, tal deficit en materia de control jurisdiccional podrá ser capeado.

inevitables pasos falsos y en modo alguno deseables contradicciones. Y como ya ha sido repetido hasta la saciedad: *se hace camino al andar*.