

## Doble incriminación a examen

Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos

Marta Muñoz de Morales Romero

Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU)  
Instituto de Derecho penal europeo e internacional  
Universidad de Castilla-La Mancha

## **Abstract<sup>1</sup>**

*El principio de doble incriminación de los hechos fue un gran obstáculo para que el ex-Presidente de la Generalitat, Carles Puigdemont, fuese entregado por el juez alemán a la justicia española para ser enjuiciado por un delito de rebelión. La no entrega se criticó por considerar que el juez alemán se había extralimitado en sus funciones y había entrado en el fondo del asunto. El caso Puigdemont y, recientemente el caso Valtonyc en Bélgica, muestran la necesidad de reflexionar sobre el ámbito de actuación del principio de doble incriminación o, si se prefiere, del mayor o menor control que del mismo se debe hacer en el marco de la cooperación judicial en materia penal gobernada por el principio de reconocimiento mutuo. El TJUE (asunto Gründza) opta por un control laxo aludiendo a la necesidad de que los hechos sean constitutivos de delito en el territorio del Estado miembro de ejecución sin necesidad de que exista identidad normativa. Es decir, tras Gründza basta con que exista un tipo penal que dé cobertura a los hechos por los que se persigue a la persona reclamada. Ahora bien, la cuestión sigue siendo cómo de flexible debe ser dicho control con relación a los elementos de la teoría del delito y otras cuestiones de índole procesal.*

*The principle of double incrimination became a major obstacle for the former President of the Generalitat, Carles Puigdemont, to be handed over by the German judge to the Spanish courts to be tried for a crime of rebellion. The German judge has been criticized for having entered into the substance of the case. The Puigdemont case and, more recently the Valtonyc case in Belgium, shows the need to reflect on the scope of the principle of double criminality, that is to say, on the greater or lesser control of dual criminality that must be exercised over within the framework of judicial cooperation in criminal matters governed by the principle of mutual recognition. The ECJ (Gründza case) opts for very lax control by referring to the need for the facts to constitute an offence on the territory of the executing Member State without the need for a normative identity. In other words, after Gründza, it is sufficient for there to be a criminal offence, which includes the facts for which the requested person is being prosecuted. However, the question remain as to how flexible such a control should be in relation to elements of the theory of crime and other procedural issues.*

*Palabras clave:* doble incriminación, orden de detención y entrega europea, caso Puigdemont, principio de legalidad, soberanía nacional.

*Keywords:* Double criminality; European arrest warrant; Puigdemont case; principle of legality; national sovereignty.

*Title:* Double criminality under review: On the Puigdemont case and other situations.

---

<sup>1</sup> Quiero agradecer a mi maestro, el Profesor Adán NIETO MARTÍN, Catedrático de Derecho penal de la UCLM, por las numerosas conversaciones mantenidas a la hora de elaborar este artículo. No estamos de acuerdo en todo, pero sin duda reflexionar con junto él todas estas cuestiones han enriquecido este trabajo de investigación.

## *Sumario*

1. Introducción.
2. Evolución del principio de doble incriminación.  
Desarrollo normativo.  
El principio en la extradición: sistemas continentales vs. sistemas anglosajones.  
Tratamiento diferenciado de la minoría de edad y otras cuestiones en la *DM ODE*.  
Doble incriminación y causas de justificación.
3. Los fundamentos del principio de doble incriminación.  
Doble incriminación como garantía del ciudadano.
  - a. Doble incriminación y principio de irretroactividad.
  - b. La doble incriminación y norma de sanción.  
Doble incriminación como garantía estatal.
  - c. Doble incriminación y tipicidad objetiva.
    - (i) La búsqueda de otro delito en el caso Puigdemont.
    - (ii) La búsqueda de otro delito y el principio de especialidad.
  - d. Doble incriminación y tipicidad subjetiva.  
2.3. Doble incriminación y condiciones objetivas de punibilidad.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía
6. Tabla de jurisprudencia citada

## 1. Introducción.

Cuando la orden de detención europea (ODE) se cursó a Bélgica contra Carles Puigdemont<sup>2</sup> nadie pensaba que la cuestión iba a llegar a la justicia alemana. Como bien recordarán el caso se trasladó de la AN al TS y este último sorprendió desactivándola a finales de enero de 2018. Apenas dos meses después la reactivó poniendo en jaque al *ex-president* al desplazarse por Alemania. El Sr. Puigdemont permaneció en su periplo germánico en libertad provisional hasta la esperadísima resolución del Tribunal alemán de 12 de julio de 2018. Ya antes en su auto de 5 de abril de 2018 había dejado ver el tribunal germano que la entrega por rebelión no iba a ser factible por no cumplirse la doble incriminación de los hechos<sup>3</sup>.

La doble incriminación o tipificación implica la necesidad de que los hechos que se imputan a la persona reclamada (siempre que no estén incluidos en una lista de infracciones y su penalidad no alcance los 3 años de prisión)<sup>4</sup> sean constitutivos de delito en el ordenamiento del Estado de ejecución. Como el delito de rebelión no está incluido en dicha lista, el juez del Estado de

---

<sup>2</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del *ex-president* y sus *consellers* como ejemplo”, en *Diario La Ley*, nº 9096, 2017.

<sup>3</sup> Hay otras piezas que también han sido discutidas por el juez alemán como si existe riesgo de persecución política. El tribunal alemán, en su decisión de decisión de 12 de julio de 2018, consideró que no existía remitiéndose a lo ya estipulado en su auto de 5 de abril de 2018, es decir, que no hay indicios que lleven a pensar que está siendo perseguido por sus ideas. Lo anterior lo corroboró también en su resolución definitiva por el hecho de que la entrega solo se concede por malversación y esta infracción penal no es un delito político. En cualquier caso, para ya despejar las sospechas que vienen de fuera sobre la politización del proceso, sería conveniente estudiar toda la jurisprudencia del TEDH sobre casos de persecución política y analizar si ello puede -o no- ser trasladable al *caso Puigdemont*.

<sup>4</sup> La cuestión del control que puede efectuar el juez de ejecución sobre la decisión del juez de emisión acerca de encajar los hechos en una de las categorías exentas de la doble incriminación es también digna de estudio en este caso. Sin embargo, no será abordada en este artículo. Tan solo mencionar muy brevemente que el tribunal alemán en su decisión de 12 de julio de 2018 indicó que, al tratarse la malversación de un delito excluido del control de la doble incriminación, sólo cabe examinar si la catalogación de los hechos como malversación y su subsunción en la categoría de “corrupción” es factible y, a lo sumo, si la descripción de los mismos es convincente. En esta línea indica NIEVA FENOLL que, efectivamente, el control para los casos en los que no ha lugar al examen de la doble incriminación se limita a requisitos formales (por ejemplo, identificación del reo), a la correspondencia de los hechos descritos con la categoría delictiva enunciada también en el país del juez requerido y a la veracidad o falsedad de los hechos. Vid. NIEVA FENOLL, J.: “The Examination of the Executing Authority on the European Arrest Warrant. The Transfer of Pro-Independence Politicians: Between Politics and Law”, en *European Criminal Law Review*, 2/2018, p. 179. El problema de la malversación era que para eximirlo del control de la doble incriminación en el formulario de emisión el juez español había marcado la casilla “corrupción”. Voces españolas habían discutido esta opción. Yo siempre defendí que era posible porque en el ámbito europeo siempre se ha manejado un concepto amplio de corrupción que implica abuso de poder (vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención...”, *op. cit.*, p. 4). Y así lo ha hecho también el juez alemán. Ahora bien, en mi opinión, se extralimitado. Así lo entiende también SÁNCHEZ-VERA, J.: “El ‘Bienvenido Mr. Marschall’ de la extradición de Puigdemont”, en *Blog Fide*, 2.8.2018, disponible en [https://blogs.elconfidencial.com/espana/blog-fide/2018-08-01/extradicion-puigdemont-euroorden\\_1600171/](https://blogs.elconfidencial.com/espana/blog-fide/2018-08-01/extradicion-puigdemont-euroorden_1600171/) (último acceso 14.12.2018). No hay que olvidar que exigió al juez español que aclarase si con arreglo a la legislación española, el delito se comete cuando se contraen obligaciones futuras con cargo a fondos públicos. Dado que tanto el tipo penal español como alemán da cabida a ese tipo de conductas, el tribunal alemán no tiene problemas para admitir la entrega por malversación. Curiosamente, indica que los detalles de los gastos, así como los departamentos afectados por los gastos es una cuestión por dilucidar por parte del juez español (FJ 4º). Para algunas pistas sobre lo que puede o no puede hacer el juez de ejecución, muy ilustrativo, BARBE, E.: “El principio de doble incriminación”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (coord.): *La orden de detención y entrega europea*, Ed. UCLM, Colección Marino Barbero Santos, 2006, pp. 195-205..

ejecución puede/debe<sup>5</sup> examinar que se respeta dicho principio.

En Bélgica la doble incriminación fue también determinante para que el magistrado del TS decidiera desactivar la ODE. Con su retirada se pretendía evitar la “restricción inaceptable del objeto del proceso, pues al ser posible que el Estado requerido (...), denegara parcialmente una restricción del título de imputación para los investigados que se encuentran fugados, (...) introduciría una distorsión sustantiva a las defensas de los encausados que sí están a disposición de este órgano instructor contempla, colocándose así en “peor derecho” que quienes se encuentra fugados”<sup>6</sup>. En otras palabras, se dio por hecho de forma casi categórica que el juez belga iba a conceder la entrega del Sr. Puigdemont solo a los efectos de juzgar por un delito de malversación de caudales públicos, dejando la rebelión y la sedición al margen y siendo únicamente factible una imputación por delito de desobediencia al no llevar aparejada una pena privativa de libertad (artículo 404 CP), lo cual sería posible sin vulnerar el principio de especialidad<sup>7</sup>.

La diferencia entre el CP belga y el alemán es que el primero no contiene un delito homólogo a la rebelión ni la sedición. En cambio, en Alemania están los delitos de alta traición (artículos 81 y ss.). Los elementos constitutivos de estos tipos penales son muy similares a los del delito de rebelión español: Intentar con violencia o amenaza de violencia cambiar el orden constitucional establecido en la Constitución Federal o en la Constitución de un Estado tiene un parecido más que razonable con alzarse violentamente para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución o para declarar la independencia de una parte del territorio nacional, pues ello implica cambiar el orden constitucional establecido.

Ya expliqué que el propio artículo 2.4 *in fine* de la *Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención y entrega europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*<sup>8</sup> (en adelante *DM ODE*) obligaba a una interpretación flexible de la doble incriminación al indicar que su control es ajeno a los elementos constitutivos de la infracción o a la calificación jurídica de los hechos. Por tanto, la aplicación del principio no puede llevar a exigir en ambos ordenamientos una identidad de normas penales, postura que ya se venía manteniendo incluso en el caso de la extradición.

Argumenté también que incluso en Bélgica era posible verificar la doble incriminación al existir allí un delito de coalición de funcionarios públicos que daba cabida a los hechos imputados, si bien esta opción podía presentar serios problemas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad por llevar aparejadas unas penas de prisión muy inferiores a las previstas en el delito de rebelión o sedición del CP español<sup>9</sup>.

Se indicó igualmente que la interpretación laxa del principio se sustentaba en la doctrina del TJUE vertida en el *asunto Gründza*<sup>10</sup> en relación con la *Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27*

---

<sup>5</sup> La *Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la euroorden* lo incluye como un motivo de denegación facultativa (artículo 4,1). Sin embargo, muchos EEMM lo han transpuesto como un motivo de denegación obligatoria (así, por ejemplo, Francia, Dinamarca, Reino Unido, Grecia, Lituania, Malta, Portugal, Chipre, Finlandia, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia y Suecia). Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

<sup>6</sup> ATS n° 20907/2017, de 5 de diciembre de 2017 (FJ 4°).

<sup>7</sup> Sobre el funcionamiento del principio de especialidad, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea?, op., cit.

<sup>8</sup> DO L 190, de 18.07.2002.

<sup>9</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea?, op., cit.

<sup>10</sup> STJUE, de 11 de enero de 2017, asunto C-289/15, *Gründza*.

de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión europea<sup>11</sup>. Se trataba de un supuesto en el que un juez checo solicitaba a su homólogo esloveno el reconocimiento de una condena para que fuese ejecutada allí y así facilitar la reinserción del sujeto al tratarse de un nacional del Estado de ejecución (Eslovenia). El delito por el que se le condenó en la República Checa fue el de “desobediencia de una resolución formal” por conducir sin permiso previamente retirado. El CP esloveno prevé un tipo penal con los mismos elementos constitutivos que además se denomina de la misma forma. Sin embargo, la jurisprudencia eslovena viene exigiendo para aplicar el tipo que la resolución formal haya sido dictada por una autoridad nacional. Al no haber sido dictada la resolución desobedecida por una autoridad eslovena, sino checa, el juez esloveno se planteaba una posible denegación de la entrega por falta de doble incriminación. El TJUE estableció que lo que el juez del Estado de ejecución debe comprobar es si las acciones de que se trata constituyen infracción en virtud de su Derecho nacional “*sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la calificación de la misma*”. No es necesario, pues, “*que se trate de infracciones idénticas en ambos Estados*” (apdo. 33). Lo importante es “*comprobar si los hechos que dan lugar a la infracción (...) también estarían sujetos, en cuanto tales, a una sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio*” (apdo. 47). Es más, “*lo que la autoridad competente del Estado de ejecución debe comprobar no es si ha resultado lesionado el interés protegido por el Estado de emisión, sino que debe tratar de determinar si, en el supuesto de que la infracción en cuestión se hubiera cometido en el territorio del Estado miembro al que pertenece aquella autoridad, se habría considerado que un interés semejante, protegido por el Derecho nacional de ese Estado, ha resultado lesionado*” (pár. 49). En consecuencia, se trata más bien de un principio de “doble subsunción” que simplemente garantiza que el mismo hecho descrito en el formulario de emisión de la ODE pueda subsumirse en un tipo penal de la legislación del Estado miembro de ejecución. Esta interpretación coincide igualmente con las exigencias dirigidas a los jueces de emisión a la hora de rellenar el formulario para emitir la ODE. Así, la descripción de los hechos debe incluir tan solo un breve resumen y no la transcripción completa de todas las páginas del expediente. Únicamente en los casos más complejos y, sobre todo, cuando el juez de ejecución tenga que controlar la doble tipificación, será apropiado proceder a una descripción más exhaustiva que abarque los aspectos principales de los hechos por los que se solicita la entrega<sup>12</sup>.

La *doctrina Gründza* parte de dos elementos determinantes: que los hechos sean constitutivos de delito en el territorio del Estado miembro de ejecución (deslocalización de los hechos) y que ese delito que da cobertura a los hechos por los que se reclama el sujeto proteja un bien jurídico parecido (similitud del bien jurídico protegido). Empezando por este último elemento ya queda patente su indeterminación, pero *a priori* permite explorar la posibilidad de que, aun teniendo tipos penales similares, si alguno de sus elementos constitutivos impidiera considerar los hechos como delictivos en ambos Estados, al menos se pueda acudir a otros delitos para dar por cumplida la doble incriminación. Trasladado al caso *Puigdemont*, en principio podría sostenerse que unos hechos de rebelión tal y como se plantean por el juez español también tendrían cabida en un delito de desórdenes públicos. A ello me remitiré después (*vide infra* 3.2 a.i.).

Respecto al segundo elemento, la deslocalización de los hechos y, más allá de la problemática

---

<sup>11</sup> DO L 327, de 5.12.2008.

<sup>12</sup> *Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas* (2017/C 335/01), p. 68.

surgida en el *caso Puigdemont*, la referencia al territorio plantea dilemas que obligan a reflexionar sobre la extensión de la doble incriminación. En este sentido, sin ánimo de ser exhaustivos, pues seguramente falte algún extremo, cabe preguntarse si sería posible alegar la ausencia de doble incriminación cuando:

- 1) Los hechos no eran constitutivos de delito en el Estado de ejecución en el momento de cometerse, aunque sí lo son en el momento en el que se realiza la solicitud de entrega (principio de irretroactividad). Por ejemplo, ¿podría denegar un juez español hoy la entrega solicitada por un juez británico de una persona acusada de financiación ilegal de partidos políticos cuando los hechos se cometieron antes de 2010 (fue la reforma de 2010 la introdujo el tipo penal en el ordenamiento español)?
- 2) Los hechos no eran constitutivos de delito en el Estado de emisión en el momento de cometerse a juicio del juez de ejecución.
- 3) El hecho es constitutivo de delito en ambos Estados, pero la pena que se establece para dicho delito en el Estado miembro de ejecución no alcanza un umbral determinado (doble incriminación en la norma de sanción).
- 4) Se determina que no hay imputación objetiva.
- 5) La interpretación de los elementos constitutivos de una infracción es diferente. ¿Daría igual que se tratase de elementos normativos o descriptivos? Por ejemplo, la interpretación del elemento normativo violencia en el tipo de alta traición alemán es diferente a la realizada por el juez español.
- 6) Los hechos a juicio del juez de ejecución se cometieron de forma imprudente y su código penal solo reconoce la comisión de esos hechos a título doloso. Y, relacionado con lo anterior, ¿podría el juez de ejecución denegar la entrega por entender que esos hechos dolosos, a su juicio son imprudentes, no siendo constitutiva de delito la modalidad imprudente?
- 7) Los hechos no son constitutivos de delito por concurrir un error de tipo invencible mientras que para el juez de emisión es vencible.
- 8) Los hechos son típicos, pero no antijurídicos. Por ejemplo, ¿se puede entregar a una persona que cometió unas lesiones, pero que a juicio del juez de ejecución fueron en legítima defensa? ¿Podría el juez de ejecución entender que el requisito de la actualidad del ataque se ha interpretado incorrectamente?
- 9) Concorre según el juez de ejecución una causa de inimputabilidad. Por ejemplo, la persona reclamada alega que cometió el hecho bajo los efectos del alcohol o de las drogas y no se ha tenido en cuenta por el juez de emisión. ¿Podría el juez de ejecución analizar hasta qué punto el consumo de estupefacientes anuló total o parcialmente la capacidad volitiva y cognitiva del sujeto reclamado?
- 10) Se determina por el juez de ejecución la concurrencia de un error de prohibición.
- 11) Los hechos no son constitutivos de delito porque no se supera una condición objetiva de punibilidad. Por ejemplo, un delito de fraude fiscal que necesita que el montante defraudado sea superior a una determinada cantidad.
- 12) Los hechos están amnistiados, o existen privilegios o inmunidades.
- 13) Los hechos, en función de criterios de oportunidad, no hubiesen sido perseguidos en el Estado de ejecución. Por ejemplo, porque se trata de un delito de poca entidad y dedicar

recursos judiciales a su investigación y persecución no sería oportuno o incluso porque el volumen de trabajo de los tribunales del Estado miembro de ejecución aconsejaría no perseguir ese hecho.

- 14) Los hechos no se perseguirían por falta de material probatorio, por fundamentarse en prueba ilícitamente obtenida<sup>13</sup>.
- 15) Los hechos están prescritos según el ordenamiento del juez de ejecución.

## 2. Evolución del principio de doble incriminación.

### Desarrollo normativo.

Las preguntas formuladas dan cuenta de lo sumamente complejo que puede llegar a ser determinar qué debe formar parte del control en la doble incriminación de los hechos. A ello contribuye el elenco normativo tan diverso con formulaciones más o menos amplias, según los casos. Y es que ni siquiera en el caso de la UE el principio de doble incriminación aparece redactado en los mismos términos.

- El artículo 4 del *Convenio europeo n. 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en la Haya el 28 de mayo de 1970* establece que la sanción no podrá ser ejecutada por otro Estado a menos que, según su propia ley, el hecho por el que se haya impuesto la sanción constituirá una infracción de haberse cometido en su territorio y la persona a quien se haya impuesto la sanción habría incurrido en pena de haberlo cometido en dicho territorio". Este precepto exige no solo que el hecho sea constitutivo de delito, sino también que el sujeto sea responsable penalmente por dicho delito, lo cual permitiría considerar la concurrencia de eximentes y de causas de justificación (preguntas 7 y 8). También abre las puertas a controlar el principio de irretroactividad (pregunta 1)<sup>14</sup>.
- El *Convenio europeo de extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957* (artículo 2.1) permite la extradición de "hechos que las Leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos bien con pena más severa. Cuando en el territorio de la Parte requirente se hubiere pronunciado condena a una pena o se hubiere infligido una medida de seguridad, la sanción impuesta deberá tener una duración de cuatro meses cuando menos". Aquí se añaden unos límites mínimos de sanción, es decir, no basta con que se castiguen esos hechos en los dos ordenamientos, también es necesario que se castiguen con una pena mínima (pregunta 3). También añade límites mínimos de sanción el *Convenio, establecido sobre la base del artículo K.3 del TUE, relativo a la extradición entre los EEMM de la UE, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996* (artículo 2). No obstante, aquí se limita la doble incriminación al prohibir la denegación

<sup>13</sup> FICHERA, M.: *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, 253p.

<sup>14</sup> Con distinta redacción, pero igual resultado fuera del ámbito extradicional, el *Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, de 21 de marzo de 1983* en su artículo 3 e) indica que para proceder al traslado y, por tanto, el sujeto cumpla su pena en otro Estado, "los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena deberán constituir una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de cumplimiento o la constituirán si se cometieran en su territorio". Similar es la disposición en el *Convenio de 1991 celebrado entre los EEMM de 1991 sobre la ejecución de condenas penales extranjeras*.



de extradición por el hecho de que “la legislación del Estado miembro requerido no contemple el mismo tipo de medida de seguridad privativa de libertad que la legislación del Estado miembro requirente”. Ya en este convenio incluso se suprimió la doble incriminación en relación con el delito de conspiración o asociación con propósito delictivo, en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada.

- El artículo 5.3 de la *Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias*<sup>15</sup> permite supeditar el reconocimiento a que la conducta que ha dado lugar a la imposición de la sanción pecuniaria sea constitutiva de infracción en virtud del derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la manera en que esté definida. Aquí ya no se hace referencia a la calificación de la infracción sino a la manera en que esté definida, luego parece reiterar que la definición de los elementos constitutivos de la infracción no es relevante. La misma redacción aparece en la *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas*<sup>16</sup> (artículo 3.4), si bien aquí se trata de una doble incriminación cualificada que incluye no solo que los hechos sean constitutivos de delito en el ordenamiento de ejecución, sino también que esa infracción a la que dan lugar permita decretar un embargo<sup>17</sup>.
- El artículo 10,1 de la *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección*<sup>18</sup> permite no reconocer la orden de protección cuando la medida de protección se refiera a un hecho que “no constituye infracción penal en el Derecho del Estado de ejecución”. Aquí no se indica nada sobre los elementos constitutivos o la manera en que esté definida la infracción.
- La *Directiva 2014/42/UE del PE y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*<sup>19</sup>, prescinde del enfoque de la lista y de la ausencia de control indicando aquellas infracciones que dan lugar a reconocer una solicitud de comiso (artículo 3), refiriéndose a las infracciones que ya han sido objeto de armonización a través de las normas europeas que cita expresamente. Este enfoque plantea otro problema que no es determinar si los hechos son constitutivos de delito, sino si la infracción que figura en el formulario tiene encaje en las infracciones armonizadas en las normas que cita. Dado que los EEMM pueden ir más allá de lo previsto en las decisiones marco y directivas de armonización, ¿se incluirían también aquellas infracciones “nuevas” tipificadas por los Estados aun no estando obligados a hacerlo por la normativa europea?
- El artículo 14.3 de la *Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos*

---

<sup>15</sup> DO L 76, de 22.3.2005.

<sup>16</sup> DO L 196, de 2.8.2003.

<sup>17</sup> El mismo enfoque aparece en la *Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso* (DO L 328, 24.11.2006), pues no solo se exige que los hechos que hayan suscitado la resolución de decomiso sean constitutivos de delito, sino también que den lugar a decomiso según la legislación del ordenamiento de ejecución (artículo 6.3).

<sup>18</sup> DO L 338, de 21.12.2011.

<sup>19</sup> DO L 127, de 29.4.2014.

*destinados a procedimientos en materia penal*<sup>20</sup> adopta un enfoque restringido de tal forma que fuera de los delitos de la lista, el reconocimiento podrá estar supeditado al control de la doble tipificación, pero solo cuando se requiera practicar un registro o una incautación.

- La *Decisión marco Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*<sup>21</sup> prescinde por completo del control de la doble incriminación. Aquí no se trata de dar ejecución a ninguna resolución emitida por un Estado miembro, sin tan solo de tener en cuenta una condena anterior dictada por otro Estado de la misma forma que si hubiese sido nacional, por ejemplo, a efectos de reincidencia. Es asombroso que se aceptase eliminar la doble incriminación y que la norma se adoptase por unanimidad sin pensar antes en lo que implicaba: Por ejemplo, castigar más a un sujeto porque fue condenado en otro país por unos hechos que no son constitutivos de delito en el Estado en el que se tiene en cuenta dicha condena. Es cierto que la norma obliga tener en cuenta una condena anterior con los mismos efectos que si hubiese sido dictada en el ámbito nacional. Por tanto, subyacería indirectamente el control de la doble incriminación alegando que esa condena no se habría dictado nunca en el ámbito nacional por no ser los hechos constitutivos de delito.
- La *Directiva 2014/41/CE del PE y del Consejo, 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*<sup>22</sup> solo indica que la solicitud de reconocimiento podrá denegarse cuando la conducta que dio origen a la emisión de la orden de investigación europea no sea constitutiva de delito (artículo 11.1 g)<sup>23</sup>.
- Por otro lado, existen dos casos en los que los EEMM podían volver a un sistema de control total de la doble incriminación. Se trata de la *DM sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional* (artículo 14.4) y de la *DM sobre reconocimiento de penas* (artículo 7.4). En ambas se permitía que los EEMM notificasen en el momento de la adopción de la norma que no se atenderían a la supresión de la doble incriminación en alguno o ninguno de los delitos de la lista. En el caso de la *DM sobre reconocimiento de penas* la reserva podía hacerse sin indicar ningún motivo. En cambio, en el supuesto de la *DM sobre medidas de vigilancia* se aludía expresamente a que la reserva se fundamentase en motivos constitucionales. Alemania, Polonia, Hungría y Lituania hicieron reserva en esta última DM manteniendo también el control en todos los delitos de la lista. Ningún EM lo ha hecho en el caso de la *DM sobre reconocimiento de penas*.
- Y, finalmente, aunque fue la primera norma en hacerlo, la *DM ODE*, cuyo artículo 3.1 establece que puede denegarse la entrega cuando fuera de los casos de la lista los hechos que motiven la orden de detención europea no fueren constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución *con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del delito* (artículo 2.4). Aquí ya no hay una referencia al

---

<sup>20</sup> DO L 350 de 30.12.08.

<sup>21</sup> DO L 220, de 15.8.2008.

<sup>22</sup> DO L 130, 1.5.2014.

<sup>23</sup> Esta directiva es post Lisboa donde la cesión de competencias en el ámbito penal es mucho mayor y, sin embargo, se discutió mucho su posible eliminación total sin éxito. Vid. *Documento del Consejo n° 18225/1/11, 9 de diciembre de 2011*.

territorio y se considera irrelevante el “nombre o taxonomía del delito”<sup>24</sup>.

Las referencias normativas muestran ya una evolución que tiende a restringir cada vez más el control de la doble incriminación, si bien sigue siendo controvertido delimitar el campo de actuación del principio en determinados casos. En mi opinión, el intento de delimitación debe partir, en primer lugar, de una interpretación histórica. Por tanto, ha de tener en cuenta el precedente de la ODE: la extradición. Esta mirada hacia atrás resuelve alguna de las preguntas que se han planteado al inicio de esta contribución. Puede que algunos consideren un retroceso analizar la cuestión partiendo del sistema extradicional. Es cierto. Por ello, se han de tomar algunas cautelas, pues la ODE no es una extradición simplificada<sup>25</sup> sino un nuevo instrumento con base en el principio de reconocimiento mutuo, que deja atrás “la idea de la extradición como una cesión del *ius puniendi* del Estado requerido a favor del Estado requirente”<sup>26</sup>. El nuevo sistema, por tanto, cambia el paradigma de la cooperación suprimiendo en algunos casos los principios ordenadores del modelo de cooperación clásico y, en otros, flexibilizándolos<sup>27</sup>.

Sin embargo, precisamente porque la cooperación que se rige por el principio de reconocimiento mutuo es un paso adelante y la ODE es una institución nueva, única y específica de la Unión<sup>28</sup> saber cómo se interpretaba y se sigue interpretando la doble incriminación en el sistema anterior permitirá fundamentar un ámbito de aplicación del principio cuanto menos igual, pero nunca superior. Dicho de otro modo, no podría hacerse una interpretación más estricta del principio doble incriminación en los instrumentos de reconocimiento mutuo en comparación con la que se hace en los convenios de extradición. Y es que, siguiendo al Abogado General CRUZ VILLALÓN, “las categorías propias de la extradición no tienen más que un valor relativo cuando se trata de esta nueva figura de la cooperación judicial. Es fundamental tener siempre presente esa realidad cuando se examinen los problemas de interpretación de la [DM ODE]”<sup>29</sup>.

### **El principio en la extradición: sistemas continentales vs. sistemas anglosajones.**

Desde el auto del Tribunal alemán, de 5 de abril de 2018 y más aún en su última y definitiva decisión de julio, una de las críticas -sobre todo de juristas españoles- vertidas es que se ha

<sup>24</sup> Misma redacción en el artículo 7.3 de la *Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea* (DO L 327, 5.12.2008); el artículo 10.3 de la *Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas* (DO L 337, de 16.12.2008); y artículo 13.3 de la *Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional* (DO L 294, de 11.11.2009).

<sup>25</sup> BUENO ARÚS, F.: *Manual de Derecho penal Internacional*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 236.

<sup>26</sup> GUTIÉRREZ ZARZA, M.A.: “La orden de detención europea y el futuro de la cooperación penal en la UE. Reconocimiento mutuo, confianza recíproca y otros conceptos claves”, en AA.VV.: *La orden europea de detención y entrega*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Escuela Judicial, nº 42, 2007, p. 34.

<sup>27</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “El principio de reconocimiento mutuo en materia penal y los derechos fundamentales: de la confianza “ciega” a la confianza reservada”, en ARROYO JIMÉNEZ, L. (dir.): *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018, pp. 243-244.

<sup>28</sup> Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 6 de julio de 2015, en el asunto C-237/15 PPU, *Minister for Justice and Equality contra Francis Lanigan*, pár. 105.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

entrado en el fondo del asunto y se ha actuado como un órgano enjuiciador. Ahora bien, ¿qué se entiende por “entrar en el fondo” y cuál es su relación con el enfoque *in concreto* o *in abstracto* con el que se puede abordar el examen de la doble incriminación?

Tradicionalmente se ha distinguido entre sistemas de extradición de corte anglosajón y sistemas continentales o de estilo francés<sup>30</sup>. En los primeros, el juez estaba obligado a realizar una valoración previa de las pruebas para determinar si eran o no suficientes para iniciar un juicio o condenar a la persona reclamada desde la óptica del Estado requerido. En cambio, en el sistema francés, el control judicial es mucho más restringido no pudiéndose verificar la prueba salvo en casos muy excepcionales (error manifiesto). Por tanto, en este último sistema tan solo se controla el cumplimiento de las exigencias previstas normativamente para conceder la extradición. La diferencia es abismal: En los sistemas anglosajones el juez entra a valorar, por ejemplo, la credibilidad de los testigos de cargo, de los documentos inculpatorios o la participación del sujeto en los hechos, algo *a priori* impensable en los sistemas continentales.

En Europa ha predominado el sistema continental y, por tanto, se ha de sostener que las pruebas sobre la culpabilidad o inocencia del sujeto en sentido amplio no son objeto de valoración. Y ello porque los hechos incluidos en una petición de extradición son, tal y como indica la AN, en principio intangibles<sup>31</sup>. Por tanto, entrar en el fondo por parte del juez de ejecución o, según la terminología anterior, del Estado requerido, sería cuestionar los hechos probados o que dan base al enjuiciamiento de la solicitud de extradición. Nadie distinto del Estado ante el que se sustancia el procedimiento está mejor situado para determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto. Tal y como ha señalado el TC en materia de extradición “*la extradición pasiva o entrega de un ciudadano a otro estado constituye un procedimiento en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho estado en su demanda de extradición, sin que se formule pronunciamiento alguno acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, sino que se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado*”<sup>32</sup>. En este sentido, “*no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado, de manera que no quepa alegar en el mismo, insuficiencia del material probatorio aportado para acreditar la participación del reclamado en el delito por el que se pide la extradición*”<sup>33</sup>.

La imposibilidad de entrar en el fondo del asunto en los términos expresados puede confundirse con realizar un análisis *in concreto* de la doble incriminación. Ya en la extradición se discutía si la doble incriminación debía apreciarse *in abstracto* (incriminación hipotética), es decir, simplemente observando la concurrencia de los presupuestos de tipicidad objetiva en el Estado requerido, o bien *in concreto*, valorándose también los elementos subjetivos del tipo, las causas de justificación

<sup>30</sup> De esta diferencia se ocupa CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *Derecho extradicional*, Dykinson, 2003, pp. 77-88.

<sup>31</sup> La primera decisión que habló sobre la intangibilidad de los hechos fue el AAN (Pleno Sala de lo Penal), de 7 de febrero de 1991. Con posterioridad, por citar algunas, vid. AAN núm. 32/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de abril; AAN (Sala de lo Penal Pleno) núm. 79/2003, de 13 de junio; AAN (Sala de lo Penal, Pleno) núm. 14/2014, de 24 de marzo; AAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 49/2017, de 13 de diciembre; AAN (Sala de lo Penal, Pleno) núm. 1/2017, de 13 de enero. Para un análisis de casos hasta 2002, vid. CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *Derecho extradicional*, op., cit., p. 83.

<sup>32</sup> SSTC 82/2006 y 83/2006, de 13 de marzo; 227/1997, de 26 de noviembre; 156/2002, de 23 de julio y 292/2005, de 10 de noviembre.

<sup>33</sup> ATC 138/2001, de 27 de enero; 412/2004, de 2 de noviembre.

y de inimputabilidad, la autoría, u otras circunstancias como el indulto o la prescripción<sup>34</sup>. La valoración *in concreto* implicaría entrar en la construcción fáctica de la imputación o de la condena<sup>35</sup>, lo cual está vetado. El juez del Estado requerido no puede “llevar al juicio extradicional el principio “*in dubio*” o el derecho a la presunción de inocencia”<sup>36</sup>. Es más, a la hora de valorar los hechos “*su subsunción en uno u otro tipo penal y la determinación de la participación delictiva son materias que corresponden al órgano judicial que los enjuicia, no al órgano que sólo ha de velar por el cumplimiento de los requisitos y condiciones exigidos para la concesión de la extradición y, en consecuencia, no cabe apreciar vulneración de la presunción de inocencia cuando no se ha efectuado pronunciamiento alguno relativo a la inocencia o culpabilidad*”<sup>37</sup>.

Esta imposibilidad de entrar en el fondo del asunto lleva ya a excluir el control de la doble incriminación en algunos de los supuestos previamente planteados: en relación con las pruebas para determinar la imputación objetiva (pregunta 3); las causas de exclusión de la inimputabilidad (pregunta 9); el error de prohibición (pregunta 10), los criterios de oportunidad del Estado de ejecución respecto a la persecución de un determinado delito (pregunta 13); la falta de material probatorio, la estimación de prueba ilícitamente obtenida (pregunta 14).

#### **Tratamiento diferenciado de la minoría de edad y otras cuestiones en la DM ODE.**

Entre los supuestos de inimputabilidad merece una especial atención el caso de la minoría de edad. Pese a que la solicitud de una persona que no es penalmente responsable según el Estado de ejecución tiene mucho que ver con el principio de doble incriminación entendido en sentido amplio, la DM ODE ha dado un tratamiento separado a la minoría de edad. El artículo 3.3) la concibe como un motivo de denegación obligatorio (no facultativo como lo es la doble incriminación) y, además se aplica tanto en el caso de delitos de la lista en los que el control de la doble tipificación está vetado, como en el resto de los supuestos. Esta circunstancia sirve también para justificar que el ámbito de actuación del principio de doble incriminación en el marco de la ODE es restringido. En este sentido, puede sostenerse que solo la minoría de edad como causa de exclusión de la culpabilidad sería relevante a efectos de denegar una ODE. El TJUE en el *asunto Dawid Piotrowski*<sup>38</sup> abordó cómo debía interpretarse este motivo de denegación dando preferencia al criterio meramente biológico. Esta sentencia ha sido utilizada como argumento para criticar la decisión del tribunal alemán en el *caso Puigdemont*. Se trataba de la solicitud de entrega de un menor de edad tanto en el Estado de ejecución como en el de emisión. El problema era que en el Estado de ejecución (Bélgica) además de cumplir el criterio biológico, su ordenamiento permite entrar a considerar otro tipo de circunstancias para poder llevar al menor ante un procedimiento penal. Algunas de esas circunstancias son de naturaleza objetiva (si el menor es o no reincidente, si se han adoptado previamente medidas de protección); otras son de naturaleza subjetiva (el grado de madurez del menor, sus circunstancias personales y familiares, etc.). Este tipo de extremos se valora a partir de una serie de informes periciales. Bélgica preguntaba al TJUE, entre

<sup>34</sup> GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el Derecho español*, Ed. Universidad de Burgos, 2005, p. 86.

<sup>35</sup> CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *Derecho extradicional*, op., cit., p. 93.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> ATC 23/1997, de 27 de enero y 274/1987, de 4 de marzo.

<sup>38</sup> STJUE, de 23 de enero de 2018, C-367/16, *asunto Dawid Piotrowski*.

otras cosas, si podía entrar a valorar estos extremos del mismo modo que lo haría si el caso fuese nacional. El TJUE se pronunció en sentido negativo, pues lo contrario implicaría un nuevo examen sobre el fondo del asunto y sería contrario al reconocimiento mutuo (pár. 52). De este caso se deduce también que si en el Estado de emisión el procedimiento para determinar si el menor puede ser penalmente responsable -ya sea por el régimen de adultos o por el de menores- no es solo biológico, es decir, requiere también un juicio sobre la madurez del sujeto u otras variables, el Estado de ejecución aun disponiendo de un sistema similar no podría entrar a cuestionar las pruebas o criterios que han llevado al juez de emisión a considerar al menor potencialmente responsable o responsable penalmente.

Esta situación presenta similitudes con el *caso Puigdemont*. En *Piotrowski* el TJUE viene a decir que, si un Estado reconoce a un menor de 16 años como penalmente responsable, no puede luego entrar a valorar su grado de madurez o su actitud para comprender lo que ha hecho. Trasladado al caso que nos ocupa, si un Estado reconoce que los hechos se han cometido con violencia, no puede luego entrar a valorar el grado o intensidad de dicha violencia.

Sin embargo, el juez alemán no cuestiona cómo se ha probado esa violencia, simplemente al deslocalizar los hechos probados tal y como se los ha narrado el juez de emisión y traspasarlos a su territorio observa que la intensidad de dicha violencia no es suficiente porque, en realidad, el tipo exige jurisprudencialmente un añadido más: Una violencia de tal intensidad como para hacer capitular al Estado ante las pretensiones de los rebeldes. Además, debe tenerse en cuenta que para juzgar el grado de madurez de un menor el juez de ejecución necesita pruebas periciales. La valoración de pruebas periciales históricamente queda fuera de la doble incriminación en sistemas continentales. Por otro lado, si tradicionalmente la doble incriminación prescinde de la identidad normativa, no puede luego sostenerse que cuando concurre dicha identidad normativa, no hace falta ningún control. Sería entonces un análisis muy superficial. Si lo importante es que esos hechos sean constitutivos de delito en ambos ordenamientos, bien lo son porque encajan ese tipo penal idéntico o similar, bien porque encajan en otro que no tiene los mismos elementos constitutivos. Y es que, como después se analizará, lo que está detrás de la doble incriminación es la apreciación por parte de los dos Estados miembros implicados en el acto de cooperación acerca de lo que debe ser constitutivo de delito. Si al modificar un elemento constitutivo de la infracción cambia dicha apreciación por parte del Estado de ejecución, entonces ya no se cumpliría el principio de doble incriminación.

Otra razón lógica que lleva a descartar las causas de exclusión de culpabilidad (al menos las de inimputabilidad) del control de la doble incriminación es que la propia *DM ODE* permite entregas de personas sujetas a una medida de seguridad privativa de libertad.

El tratamiento diferenciado en la *DM ODE* de determinadas causas de exclusión de la punibilidad también lleva a eliminar del campo de actuación de la doble tipificación la prescripción y amnistía (preguntas 12 y 15). El poder de ambas instituciones a la hora de fundamentar una denegación de entrega está además muy limitado por una cláusula de competencia o jurisdicción. No solo se exige para denegar la entrega (facultativa, en el primer caso, obligatoriamente, en el segundo) que los hechos estén prescritos o amnistiados, sino que además es necesario para poder activar ambos motivos que el Estado de ejecución tenga competencia para perseguir esos hechos (artículo 3.1 y 4.3).

### **Doble incriminación y causas de justificación.**

Respecto a las cuestiones relacionadas con las causas de justificación (pregunta 8), es más controvertido sostener radicalmente su exclusión del control de la doble incriminación. En algunos ordenamientos se apuesta por la necesidad de que los hechos sean antijurídicos (por ejemplo, en Alemania). Ello da cabida a incluir en el control a las causas de justificación. Además, para la teoría de los elementos negativos del tipo, las causas justificación también forman parte del tipo. Esta teoría no considera el tipo como neutro, incluyéndose también elementos relativos a la desvaloración y prohibición (antijuricidad) de la conducta realizada. En otras palabras, el tipo no solo se limita a describir la conducta que ataca al bien jurídico (elementos del tipo estricto o tipo positivo), sino también la ausencia de causas de justificación y de atipicidad generales o específicas. Esta parte negativa del tipo aparece tácitamente en la descripción de cada delito en la Parte Especial. En este sentido, cuando el delito de homicidio establece que “el que matare a otro será castigado con una pena de prisión de (...)”, en realidad está indicando que “será castigado a no ser que concurra una causa de justificación”. No es momento de criticar o alabar la teoría de los elementos negativos del tipo. Baste con indicar que es una cuestión dogmática cuya discusión es inexistente en muchos EEMM. La dicotomía entre causas de exclusión de la antijuricidad y causas de exclusión de la culpabilidad es una diferencia también de corte dogmático de la que se prescinde en países de *common law* aludiendo tan solo a *defences* como categoría que incluye a ambas. Luego, no creo que se pudiera justificar en la UE el control de la doble tipificación de las causas de justificación en base a dicha teoría. Por otro lado, tampoco considero que la finalidad del legislador europeo a la hora de prever el control de la doble incriminación “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del delito” fuese la de incluir las causas de justificación. Debe tenerse en cuenta que cuando se dicta una solicitud de entrega a efectos de enjuiciamiento todas esas cuestiones ni se han planteado, pues será en el juicio ante el juez de emisión en el que se tendrá que dilucidar su concurrencia o no. Incluso se podría sostener que ni siquiera en casos muy excepcionales, como por ejemplo, la existencia de una grabación en la que se observa claramente que la persona reclamada disparó porque previamente había sido agredida, sería posible denegar la entrega. Si se trata de una ODE a efectos de enjuiciamiento, el juez de ejecución debe confiar en que su homólogo valorará esa prueba correctamente. Y, si se trata de una ODE a efectos de cumplimiento de condena, con mayor razón, pues lo contrario implicaría valorar una prueba, en este caso, de descargo.

Finalmente, esta posición que permite excluir las causas de exclusión de la antijuricidad y culpabilidad es la más lógica. Como ya se ha indicado, cuando un Estado solicita la ayuda de otro solo tiene que incluir en su solicitud que se han cometido unos hechos de forma abstracta por los que se ha condenado a una persona o por los que se abrirá un procedimiento<sup>39</sup>.

### **3. Los fundamentos del principio de doble incriminación.**

Si se ha logrado convencer al lector, no sería posible el control de la doble incriminación en el

---

<sup>39</sup> En este sentido, NIETO MARTÍN, A.: “La cuestionable decisión de los jueces alemanes en el caso Puigdemont”, en *Almacén del Derecho*, disponible en <http://almacenderecho.org/reconocimiento-mutuo-doble-incriminacion/> (último acceso 21.04.2018).

supuesto de la determinación de la imputación objetiva, las causas de justificación, causas de exclusión de la culpabilidad, la prescripción, los privilegios e inmunidades y las cuestiones probatorias. En consecuencia, su ámbito de aplicación por el momento quedaría reducido a la tipicidad objetiva y subjetiva, así como a las condiciones objetivas de punibilidad. La inclusión/exclusión de estas cuestiones requiere detenerse en los fundamentos del principio. A este respecto, dos son las ópticas -no necesariamente excluyentes- con las que se han abordado los cimientos de la doble incriminación en la extradición: como garantía del Estado y como garantía del ciudadano<sup>40</sup>.

### **Doble incriminación como garantía del ciudadano.**

Siguiendo a NIETO MARTÍN, algunos vinculan la doble incriminación con el principio de legalidad material<sup>41</sup> porque este último “determina en qué condiciones la libertad individual puede verse

---

<sup>40</sup> La doble incriminación también es un principio que aparece en la adjudicación de jurisdicción a los jueces y tribunales de un Estado. El artículo 23,2 a) LOPJ al abordar el principio de personalidad activa establece como requisito que “el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito”. Como fundamentos en este caso se apunta el principio de legalidad, la no interferencia en asuntos internos (del Estado en el que se ha cometido el delito) y la obligación de respetar las normas de un Estado cuando se está en su territorio y no más allá de sus fronteras. La globalización, así como los procesos de integración obligarían también a cuestionar alguno de estos fundamentos (por ejemplo, el relativo al respeto de las normas de un Estado solo cuando se está en su territorio). Y es que el ordenamiento interno debería funcionar como una “mochila” que acompaña a sus nacionales allí por donde van. Esta cuestión merece ser estudiada, si bien no será abordada en este trabajo de investigación.

<sup>41</sup> También se ha discutido la relación de la doble incriminación con la vertiente formal del principio de legalidad, en el sentido de que su control garantiza el poder legislativo (así, por ejemplo, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: “La euroorden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14, 2007, p. 42). Esta línea de fundamentación guarda relación con la idea de que las decisiones que inciden en la esfera de libertad de los individuos deben ser adoptadas democráticamente por los representantes de la soberanía popular. Se pretende así garantizar la participación democrática a la hora de restringir la libertad de los ciudadanos por aplicación del *ius puniendi*. Dicho de otro modo, el principio de doble incriminación serviría según esta acepción para asegurar la decisión democrática sobre cuándo poner en marcha el poder represivo del Estado. Se critica así que la *DM euroorden* se adoptase en el marco del Tercer Pilar con una mera consulta al PE y ello comportase un déficit de participación democrática. En mi opinión, se confunden dos planos distintos: Una cosa es el procedimiento de adopción de decisiones europeo en el caso de las decisiones marco del antiguo Tercer Pilar, y otra si ese déficit democrático se solventa con el principio de doble incriminación. En relación con lo primero, no será yo quien alabe la situación del antiguo Tercer Pilar. Ya la he criticado en otras ocasiones (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Prólogo de Adán NIETO MARTÍN, Ed. Thomson Reuters, 2011). Sin embargo, el déficit democrático no tiene la misma relevancia cuando se crean normas que obligan a tipificar conductas y a castigarlas con una determinada sanción a cuando se regulan mecanismos de cooperación aún con connotaciones penales-sustantivas. Por otro lado, la cuestión del déficit democrático de la UE ya está superada hoy en día con el Tratado de Lisboa el cual contó con el beneplácito de los parlamentos nacionales en aquellos casos en los que fue necesario (así, en el caso español, por ejemplo, si bien respecto al Tratado constitucional (*Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos 1-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004*). Además, siendo rigurosos si el argumento fuera ese incluso cuando el hecho estuviese tipificado como tal en ambos ordenamientos, el poder legislativo también quedaría vacío de contenido, ya que no se aplica el Derecho del Estado miembro de ejecución, sino el de emisión. Los procedimientos de adopción de decisiones en cada Estado son distintos. Para un país con una reserva de ley muy fuerte (es el caso español), una norma que no haya sido adoptada por una determinada mayoría cualificada en el Parlamento *técnicamente* podría vulnerar el principio de legalidad formal aun cuando los hechos por los que se solicita a una persona estuviesen tipificados en ambos ordenamientos. De esta problemática en sede extradicional se ocupó la AN en su auto nº 17/2000 (Sala de lo Penal), de 27 de enero de 2000. La persona reclamada alegaba



afectada como consecuencia de la comisión de un hecho constitutivo de delito<sup>42</sup>. Desde esta perspectiva, la adopción por el juez de ejecución de una medida restrictiva de libertad sin que los hechos sean constitutivos de delito violaría el principio de legalidad, al no existir una clara base jurídica que lo permita<sup>43</sup>.

Antes de la llegada de la ODE, el TC sostenía que las garantías del principio de legalidad del artículo 25 CE debían aplicarse. En algún momento incluso indicó que “la lesión de la regla de la doble incriminación implica ante todo una lesión del principio de legalidad penal”<sup>44</sup>. Ahora bien, como ORMAZÁBAL SÁNCHEZ ha manifestado, en realidad esta doctrina constitucional no llega a decir que “la doble tipificación en sí misma sea un requisito inherente al principio de legalidad o, en otras palabras, que no quepa más extradición constitucionalmente válida que aquella que se sujete a la doble incriminación, sino que, establecida aquélla por tratado o norma de otro tipo, lo propiamente contrario al principio de legalidad es no tenerla en cuenta y extraditar ignorándola, pues entonces el sujeto extraditado no podría contar con prever *ex ante* su puesta a disposición de la justicia extranjera ni el castigo resultante, con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica”<sup>45</sup>. De hecho, no existe una obligación internacional que obligue a mantener la doble

---

que al hallarse penado en Italia el delito que se le imputaba a través de un Decreto de la Presidencia de la República faltaba el requisito extradicional de la doble incriminación al vulnerar los artículos 25, 82 y 86 CE. Es decir, se ponía en duda si la sanción de la conducta en una norma jurídica de rango aparentemente inferior al que la constitucionalidad española podía ser relevante desde la óptica de la doble incriminación. La AN indicó que “la salvaguarda en el proceso extradicional de los derechos fundamentales del reclamado (...) no impone (...) la valoración de la concepción del principio de legalidad penal en el derecho del Estado requirente, atendiendo a la procedencia y proceso de elaboración de la norma penal extranjera, insertada en su sistema de fuentes, que no tiene que ser idéntico al nuestro (...)”. Evidentemente, no puede cuestionarse la forma de adopción de las leyes en cada Estado miembro ni cómo son sus respectivos sistemas democráticos. Así, ASP, P./VON HIRSCH, A./FRÄNDE, D.: “Double criminality and transnational investigative measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle”, en *Zis* 11/2006, p. 514.

<sup>42</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos: La corrupción como ejemplo”, en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal europeo e internacional, 2006, p. 1, disponible en [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/2nieto\\_def.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/2nieto_def.pdf) (último acceso 24.04.2018). Así también, KÜHN, W.M.: “Problemas jurídicos de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la UE”, en *Revista General de Derecho europeo*, Iustel, vol. 12, 2007, p. 20 y ss.

<sup>43</sup> CRYER, R. et al.: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 74. Desde tiempos remotos, SHEARER, I.: *Extradition in International Law*, Manchester UP, 1971, pp. 137-141. KARLE, L.: “Some Problems Concerning the Application of the European Convention on Extradition”, en *Legal Aspects of Extradition Among European States*, 1970, p. 51; PLACHTA, M.: “The Role of Double Criminality in Penal Matters”, en JAREBORG, N. (eds.): *Double Criminality – Studies in International Criminal Law*, Uppsala, 1989, p. 128-129; CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la “euroorden” de detención y entrega. Con análisis de la doctrina del TC español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 94; SPINELLIS, D.: “Die Zukunft der Auslieferung in Europa und der Europäische Haftbefehl-Ausrichtungen und Hindernisse vom Standpunkt des griechischen Rechts”, en GÖSSEL, Fs., Heidelberg, 2002, pp. 681-695 y WEIGEND, Th.: “Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts”, en *JUS*, 2000, p. 107.

<sup>44</sup> STC 11/1983, de 21 de febrero; ATC 102/1997, de 22 de mayo; ATC 23/1997, de 27 de enero (FJ 2); ATC 121/2000, de 16 de mayo; STC 162/2000, de 12 de junio; STC 177/1999, de 11 de octubre; ATC 49/1999, de 4 de marzo; ATC 23/1997, de 27 de enero; ATC 403/1983, de 21 de septiembre; ATC 372/1983, de 20 de julio. En la doctrina extradicional, GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el Derecho español*, Ed. Universidad de Burgos, 2005, p. 89. En materia de euroorden, PÉREZ CEBADERA, M.A.: *La nueva extradición europea: La orden de detención y entrega europea*, Ed. Tirant lo blanc, 2008, p. 58.

<sup>45</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: “La formación del Espacio judicial europeo en materia penal y el principio de reconocimiento mutuo. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en ARMENTA DEU, T./GASCÓN INCHAUSTI, F./CEDEÑO HERNÁN, M. (coords.): *El Derecho procesal penal en la UE: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2006, p. 59.

incriminación como un motivo de denegación de la cooperación<sup>46</sup>.

Precisamente con el tiempo y la euroorden a pleno rendimiento, el TC a partir de 2005 comenzó a desvincular la extradición de las distintas manifestaciones del principio de legalidad<sup>47</sup>. En este sentido, no entiende aplicable, por ejemplo, el principio de irretroactividad en relación con los instrumentos que regulan los mecanismos de extradición y/o entrega<sup>48</sup>. En el caso de la doble incriminación en la euroorden, no ha recaído ningún pronunciamiento sobre si su ausencia constituye una violación del principio de legalidad ni en los casos de la lista ni cuando se haya hecho un control inapropiado de la misma en aquellos supuestos en los que está autorizado realizar el control.

En otros Estados, por ejemplo, en Francia, el *Conseil d'État* en su dictamen de 26 de septiembre de 2000 sostuvo que la doble incriminación no puede ser considerada como un principio de rango constitucional. En el mismo sentido el TC checo en su sentencia de 3 de mayo de 2006, indicó que el procedimiento de euroorden no supone la imposición de una condena ya que no se enjuicia la culpabilidad del individuo. En consecuencia, la supresión de la doble incriminación no da lugar a una violación del principio de legalidad.

El TEDH no se ha pronunciado todavía acerca de si la doble incriminación forma parte del principio de legalidad penal (artículo 7 CEDH). Existen, no obstante, decisiones de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en las que se indica que no cabe exigir en los procedimientos de extradición las mismas garantías derivadas del artículo 7.1 CEDH, ya que en un procedimiento de extradición no se ventila la culpabilidad o inocencia del afectado, ni se formulan pronunciamientos de condena, no siendo además la doble incriminación una garantía incluida en el principio de legalidad<sup>49</sup>. Respecto al artículo 5 CEDH (derecho a la libertad), en materia de extradición el TEDH ha indicado que para considerar legal una privación de libertad en un procedimiento extradicional, sólo se exige que la decisión de prisión preventiva pueda justificarse con arreglo a la legislación nacional<sup>50</sup>. Por tanto, parece ser que las cuestiones relacionadas con la doble incriminación son irrelevantes para decidir sobre la legalidad de la detención y la posterior extradición<sup>51</sup>.

Por su parte, el TJUE en el famoso *asunto Advocaten voor de Wereld* indicó igualmente que el artículo 49.1 CDFUE no es aplicable a un procedimiento de euroorden, puesto que las normas de

---

<sup>46</sup> VERMEULEN, G./DE BONDT, W./TYCKMAN, C. (eds.): *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU. Moving beyond actors, bringing logic back, footed in reality*, IRCP research series Volume 42, 2012, p. 115.

<sup>47</sup> SÁNCHEZ LEGIDO, A.: "La euroorden, el principio de doble incriminación...", op., cit., p. 38 y ss. y CEDEÑO HERNÁN, M.: *La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Prólogo de Jaime Vegas Torres, Ed. Thomson Reuters, 2010, p. 221.

<sup>48</sup> STC 83/2006, de 13 de marzo (FFJJ 5 y 6) y STC 293/2006, de 10 de octubre (FJ 5). Vid. sobre esta cuestión JIMENO BULNES, M.: "Régimen y experiencia práctica de la orden de detención europea", en AA.VV.: *Justicia versus seguridad, en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 109-200.

<sup>49</sup> ComEDH, decisión de 6 de marzo de 1991, *Polley c. Bélgica*, demanda n° 12.192/86 (FJ 1); ComEDH, decisión de 6 de julio de 1976, *X c. Holanda*, demanda n° 7.512/76, DR, 1976, p. 184 y ComEDH, decisión de 18 de enero de 1996, demanda n° 27292/95, *Farhad Bakhtiar c. Suiza*.

<sup>50</sup> Entre otras, vid. SSTDH, de 15 de noviembre de 1996, *caso Chahal c. Reino Unido*, demanda n° 22414/93; de 5 de febrero de 2002, pár. 112, *caso Conka c. Bélgica*, demanda n° 51564/99, pár. 38; de 6 de diciembre de 2007, *caso Liu c. Rusia*, demanda n° 42086/05, pár. 78.

<sup>51</sup> VERMEULEN, G./DE BONDT, W./TYCKMAN, C. (eds.): *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU...*, op., cit., p. 131.

cooperación relativas a la entrega de sujetos no definen los delitos y las penas, tan solo establecen los requisitos para cooperación en la aplicación de los delitos y las penas. En consecuencia, a quien compete velar por el respeto del principio de legalidad es a los Estados miembros cuando sus jueces actúan como autoridades de emisión<sup>52</sup>.

Otra razón que llevaría a considerar que la doble incriminación no está vinculada al principio de legalidad es el hecho de que su control se haya ido reduciendo poco a poco incluso en el caso de la extradición. Así, por ejemplo, como se ha indicado anteriormente el *Convenio de Dublín relativo a la extradición entre los EEMM de la UE*, ya prescindía de la doble incriminación en relación con el delito de conspiración o asociación con propósito delictivo, en el ámbito de la delincuencia organizada<sup>53</sup>. Igualmente, la norma de sanción o el requisito de mínimo umbral punitivo, también se ha dejado fuera de la doble incriminación. El principio de legalidad no es solo *nullum crimine sine lege*, también es *nulla poena sine lege*. Sin embargo, esta última vertiente no se exige en la doble incriminación, ya que el delito no tiene que ser castigado con una pena mínima tanto en el Estado de emisión como en el de ejecución. Además, incluso en la primera vertiente de *nullum crimine sine lege*, el control de la doble incriminación se ha previsto solo en determinados casos (delitos no incluidos en la lista o aun estándolo no llevan aparejada una determinada pena) y, además de forma facultativa. A este respecto, la doctrina ha apuntado que no se sabe muy bien si la consideración del motivo como facultativo se refiere al legislador o a los jueces<sup>54</sup>. Una gran mayoría de EEMM han transpuesto el motivo como obligatorio, luego lo han entendido como una potestad del legislador. Otros, en cambio, como es el caso de España, lo han transpuesto como un motivo facultativo y corresponde a los jueces hacer el control. Podría interpretarse que el carácter facultativo se quería dejar en manos del legislador como vía para respetar a nivel interno la vinculación entre doble incriminación y legalidad. Sin embargo, una vez que la doble incriminación se ha suprimido en los supuestos de la "lista", ¿cómo podría alegarse que en unos casos sí se vulnera el principio de legalidad y en otros no? En otros términos, si lo más -la supresión de la doble incriminación no comporta una lesión del principio de legalidad-, tampoco lo hará lo menos -una interpretación restringida del principio-. Precisamente su regulación como motivo facultativo hace pensar que lo que se pretendía era que algún Estado renunciase a la doble incriminación en cualquier caso y que ello diera ejemplo en el resto de los países<sup>55</sup>.

La relajación del *nullum crimine sine lege* es también patente a nivel legislativo. La doble incriminación no se refiere al *nomen iuris* ni a la calificación jurídica, ni a los elementos constitutivos de la infracción. Ejemplo expreso de lo anterior son los delitos que tengan como elemento constitutivo "tasa", "impuesto", "infracción de la legislación", o similares. El artículo 4 de la *DM ODE* impide denegar la entrega por el hecho de que en el Estado de ejecución sus leyes no hagan referencia al mismo tipo de tasa o impuesto o no contengan el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas o impuestos, de aduana o de cambio. Esta disposición limita

<sup>52</sup> STJUE, de 3 de mayo de 2007, C-303/05 y Conclusiones del AG Dámaso Ruiz Jarabo (pár. 103-104).

<sup>53</sup> Así también en convenios bilaterales de extradición, por ejemplo, en el Tratado entre España e Italia, de 15 de diciembre de 2000 (eliminado el control en el caso del terrorismo, crimen organizado, tráfico de drogas, de seres humanos, abusos sexuales a menores y tráfico de armas), y multilaterales como el Acuerdo de Extradición entre los Países Nórdicos o el Acuerdo entre Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda e Irlanda.

<sup>54</sup> MIRANDA RODRIGUES, A.: "O Mandato de detença europeia na via de construção de um sistema penal europeu: um passo o um salto?", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 13, núm. 1, enero/marzo, 2003, p. 40.

<sup>55</sup> CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la "euroorden"*, op., cit., p. 98.

considerablemente el ámbito de aplicación de la doble incriminación y, por tanto, también el contenido esencial de la legalidad en el caso de la cooperación, ya que habilita a que determinados elementos normativos de la infracción (tipo de tributo; tipo de infracción de la legislación, etc.) no sean relevantes a efectos de la doble incriminación. Cuestión distinta será la de determinar en qué otros ámbitos este tipo de elementos normativos son similares y se podría aplicar la misma regla (*vide infra* 3.2.a).

La desconexión entre legalidad y doble incriminación puede también fundamentarse en que una persona cuando comete un delito en el territorio de un Estado debería saber cómo adecuar o programar su comportamiento. Es decir, debería saber que si comete ese comportamiento se le va a castigar por la vía penal. Es cierto, que la seguridad jurídica y las legítimas expectativas *a priori* pueden violarse en el supuesto de un residente en un Estado miembro (sea o no nacional del mismo) distinto de aquél en el que delinquiró, mediante una conducta que no es delito en su Estado de residencia (por ejemplo, por estar de vacaciones en el Estado miembro de emisión). Pero aún en estos casos, cuando un individuo se beneficia de la libertad de circulación para desplazarse al territorio de otro Estado miembro es lógico que se le pueda exigir un mínimo de conocimientos sobre el ordenamiento jurídico en vigor en dicho país, de forma algo similar al que se le exige en el Estado de origen. Así, si cometiese un acto delictivo en el territorio de un Estado miembro, sería razonable que respondiera por sus actos delictivos ante ese Estado con independencia de que no lo sean en su Estado de origen, porque “el deber de conocer el ordenamiento jurídico de aquel Estado corresponde al derecho de poder desplazarse libremente en él”<sup>56</sup>. Por tanto, el recurso al principio de seguridad jurídica con el fin de evadir su responsabilidad penal debe rechazarse, ya que es incompatible con la idea del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”<sup>57</sup>. Lo anterior también se refuerza por el hecho de que, en palabras de NIETO MARTÍN, en el marco del reconocimiento mutuo los ciudadanos dejamos de ser ciudadanos nacionales para convertirnos en ciudadanos europeos<sup>58</sup>.

Ahora bien, conocer el ordenamiento jurídico de 28 EEMM es cuestionable. Por eso, existen otros mecanismos que solventarían la falta de seguridad jurídica sin necesidad de recurrir a la doble incriminación: el error de prohibición normalmente reconocido en los CP, circunstancia que tendría que alegar el interesado en el procedimiento penal sustanciado ante el Estado miembro de emisión. Como ya se ha indicado es este Estado el que tiene que velar por el respeto de los principios básicos de Derecho penal.

La renuncia del principio en determinados casos y su carácter flexible en el resto dan muestra de que la doble incriminación no puede tener como fundamento el principio de legalidad. Aún en el caso de que lo tuviera sería al TJUE a quien le correspondería fijar su contenido (artículo 49.1 CDFUE) cuando esté en juego la cooperación judicial<sup>59</sup>, no a los EEMM. Por esta razón, el estándar de protección podría ser menor al proporcionado a nivel nacional. Sea como contenido reducido del principio de legalidad del artículo 49,1 CDFUE o como, aquí se mantiene, como principio ajeno a la legalidad, la doble incriminación no ha de aplicarse ni en relación con el principio de irretroactividad (1.1.) ni con la norma de sanción (1.2.).

---

<sup>56</sup> KÜHN, W.M.: “Problemas jurídicos de la Decisión marco...”, *op. cit.*, p. 51.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Editorial”, en *La Ley: Unión europea*, 2018, nº 58.

<sup>59</sup> STJUE, de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, *Melloni*.

a. Doble incriminación y principio de irretroactividad.

La tradicional vinculación entre doble incriminación y legalidad llevó a considerar que los hechos por los que se solicita la extradición de una persona deben ser constitutivos de delito en ambos ordenamientos en el momento de cometerse los hechos, no siendo suficiente que lo sean en el Estado requerido en el momento de la solicitud<sup>60</sup>.

Desde el momento que el principio de legalidad ya no es el fundamento de la doble incriminación el criterio a seguir debe ser el de *tempus regit actum*, es decir, los hechos deben ser constitutivos de delito en ambos ordenamientos en el momento en que se realiza la solicitud de entrega, no en el momento de cometerse los hechos<sup>61</sup>. Fundamenta lo anterior el hecho de que la *DM ODE* sea una norma de Derecho procesal<sup>62</sup> que no define conductas delictivas ni establece penas. Su aplicación, como ya se ha reiterado, tampoco da lugar a un procedimiento penal para dilucidar la inocencia o culpabilidad del sujeto, sino simplemente a un procedimiento dentro de otro que reúne una serie de condiciones que una vez cumplidas dan lugar a la entrega del sujeto para ser enjuiciado o para cumplir condena. Al no tratarse de un procedimiento penal, no tiene sentido aplicar las mismas garantías, siendo una de ellas la imputación de un delito que era constitutivo de delito en el momento de cometerse. De ello ya se encargará el juez de emisión. Y es que la falta de doble incriminación no debe interpretarse como imposibilidad de llevar a cabo un proceso penal homólogo.

No obstante, no existe ningún pronunciamiento por parte del TJUE en este sentido. La práctica judicial de los EEMM en función de cómo hayan entendido la orden de detención y entrega europea no es uniforme. Hay Estados que al concebir la euroorden como una evolución de la extradición siguen manteniendo el criterio de la doble incriminación en ambos ordenamientos tanto en el momento de cometerse los hechos como en el momento de la solicitud; mientras que otros han dado un paso hacia delante exigiendo tan solo el carácter delictivo de los hechos en el momento de la solicitud<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Así, en la extradición CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *Derecho extradicional*, op., cit., pp. 90-91.

<sup>61</sup> En la doctrina, en este sentido BAUTISTA SAMANIEGO, C.M.: *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*, Ed. Comares, p. 79 y 146. Ya incluso en materia de extradición, vid. REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, 1999, p. 95 y 101.

<sup>62</sup> JIMENO BULNES, M.: "La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales", en *Diario La Ley*, nº 5979, 19 de marzo de 2004, p. 1.

<sup>63</sup> Ejemplo de los primeros es el Reino Unido que siguiendo su doctrina vertida en sede de extradición en el *caso Pinochet*, denegó la entrega de un terrorista a España porque la conspiración al terrorismo no fue delito en dicho país hasta el 19 de febrero de 2001. Como se le imputaban hechos anteriores, el tribunal denegó la entrega por no cumplirse el requisito de la doble incriminación (vid. *Dabas v High Court of Justice, Madrid* [2007] UKHL 6, [2007] 2 AC 31). En España, la AN en materia de extradición optaba por el doble requerimiento (hechos constitutivos de delito en el momento de su comisión y en el de la solicitud). Así, por ejemplo, AAN nº 11/2002, de 11 de enero. Posteriormente, parece querer exigir solo que los hechos sean constitutivos de delito en el momento de la solicitud. En su auto nº 9/2004, de 31 de enero indica que "lo decisivo es que los hechos sean penalmente perseguibles en ambos Estados en el momento de la solicitud (...) [porque] ese es el fundamento de la cooperación jurídica entre países que se rige por la regla "tempus regit actum"". Sin embargo, luego después establece que "aun en el caso de que se admita a efectos meramente discursivos que los hechos tienen que ser constitutivos de delito en ambos países cuando se producen, también tiene que apreciarse la concurrencia de la doble incriminación porque (...)" se trataba de un delito permanente cuya realización se prolonga en el tiempo hasta que no se pone fin a la situación antijurídica. Este auto tuvo un voto particular formulado por José Ricardo DE PRADA SOLAESA, quien consideró que el principio de doble incriminación no se cumplía porque los hechos de la solicitud no eran constitutivos de delito en el momento de su comisión según el ordenamiento español.

Respecto a si el juez de ejecución puede cuestionar el cumplimiento del principio de irretroactividad en el Estado de emisión (pregunta 2), debe contestarse en sentido negativo. Es a este último Estado al que compete hacerlo, salvo en casos muy excepcionales que tuvieran cabida en la aplicación de la cláusula de orden público del artículo 1.3 de la DM tal y como ha sido interpretada por el TJUE en los *asuntos Caldararu y Aranyosi*<sup>64</sup>. Podrían entrar aquí casos similares a los de la *doctrina Parot* declarada contraria al artículo 7.1 CEDH por el TEDH<sup>65</sup>. Imaginemos que un juez solicitase a otro europeo la entrega a efectos de enjuiciamiento de una persona a la que se le imputa un delito haciendo una interpretación jurisprudencial de uno de sus elementos constitutivos distinta a cómo se venía haciendo anteriormente. Podría alegarse que esta situación es contraria a las legítimas expectativas que tienen los ciudadanos a ser castigados de una determinada forma. Sin embargo, se trataría de casos muy excepcionales y habría que probar, en primer lugar, un riesgo sistemático de vulneración (por ejemplo, una práctica judicial consistente en ese sentido y condenas por parte del TEDH) y, en segundo lugar, concretar ese riesgo. Ahora bien, este tipo de supuestos pueden ser ajenos al principio de doble incriminación, pues podrían producirse también aun siendo los hechos constitutivos de delito en ambos Estados.

b. La doble incriminación y norma de sanción.

La pregunta 3 que planteaba al inicio de este trabajo se refería a la posibilidad de utilizar la doble tipificación para denegar una entrega cuando los hechos son constitutivos de delito en ambos Estados, pero la pena que se establece para dicho delito en el Estado miembro de ejecución no alcanza un umbral determinado. En la doctrina, a esta situación se le ha denominado *doble incriminación cualificada*<sup>66</sup>. En términos genéricos no tiene mucha trascendencia práctica, pues en el caso de la ODE es necesario que el delito que se imputa o por el que se ha castigado a la persona reclamada lleve aparejada una pena privativa de libertad de al menos 12 meses (ODE a efectos de enjuiciamiento) o 4 meses (ODE a efectos de cumplimiento). Estos umbrales penológicos se verifican sobre la base del Derecho del Estado miembro de emisión y no el de ejecución. No obstante, se han discutido los supuestos de acumulación o sentencias agregadas, es decir, cuando la pena total aplicada supera los umbrales mencionados, sin embargo, cada una de las penas que la componen y que han dado lugar a la acumulación son inferiores a los límites penológicos señalados. A ello se ha referido la doctrina como “fraude de ley” y, por ello, se ha sostenido que la entrega debería denegarse salvo que las condenas, de manera individual, superen el 1 año o los 4 meses, según los casos<sup>67</sup>. En mi opinión, no veo por qué no proceder a la entrega en estos casos, pues al fin y al cabo de lo que se trata es de evitar la impunidad en el caso de penas que alcancen un determinado umbral. Un único delito castigado con una pena inferior a 1 año tiene sentido que quede fuera del ámbito de aplicación de la ODE, varios delitos cuya comisión por separado

---

<sup>64</sup> Sobre estos asuntos, en profundidad, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: ““Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos *Caldararu y Aranyosi* como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, en *Indret*, enero 2017.

<sup>65</sup> STEDH, de 21 de octubre de 2013, *caso Del Río Prada contra España*, demanda nº 42750/2009.

<sup>66</sup> PLACHTA, M.: “The role of double criminality in international cooperation...”, op., cit., p. 84-134.

<sup>67</sup> CALAZA LÓPEZ, S.: *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, p. 185; PÉREZ CEBADERA, M.A.: *La nueva extradición europea...*, op., cit., p. 76 y BAUTISTA SAMANIEGO, C.M.: *Aproximación crítica a la orden europea...*, op., cit., p. 72.

conlleva una pena inferior a 1 año, pero juntos la superan, ya entran en el umbral. ¿Cometer delitos leves de manera continuada y fugarse a otro Estado no merece igualmente su persecución? Por otro lado, creo que serían casos limitadísimos, pues los límites penológicos ya son suficientemente bajos, cuestión que se ha discutido en sede de proporcionalidad a la hora de emitir una ODE.

El TJUE abordó la doble incriminación cualificada en el *asunto Openbaar Ministerie c. A*<sup>68</sup>. En este caso se trataba de determinar si estaba justificada la denegación porque el hecho por el que se solicitaba a la persona reclamada no estaba castigado en el ordenamiento del Estado miembro de ejecución con una pena superior a 12 meses, que es el umbral mínimo que permite emitir una ODE a efectos de enjuiciamiento. De lo que se trataba era de dilucidar si los tentáculos del principio de doble incriminación llegaban a la norma de sanción. El TJUE se pronunció en sentido negativo, pues el principio de doble incriminación no permite *“rehusar la ejecución de una orden de detención europea relativa a un hecho que, aun constituyendo un delito en el Estado miembro de ejecución, no sea punible en éste con una pena privativa de libertad de una duración máxima no inferior a doce meses”* (pár. 27). Ello se debe a que *“la persecución penal o la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad para las cuales se emite una orden de detención se realizan conforme a las reglas de ese Estado miembro”* (pár. 29). Así lo indica el artículo 2 de la DM ODE. Con esta decisión se deja clara una diferencia con el régimen extradicional: Ya no se tiene en cuenta la magnitud de las penas aplicables en los EEMM de ejecución (pár. 30).

Este auto permite así sacar de la doble incriminación la norma de sanción. Esta conclusión tiene trascendencia para otros casos como son los de *ne bis in ídem* entre sanciones penales que se suelen resolver por vía concursal. Por ejemplo, el juez del Estado A solicita al juez del Estado B la entrega de un sujeto porque entró a robar en la casa de su vecino. Por esos hechos se le imputan un delito de robo en casa habitada y otro delito de delito de allanamiento de morada cuyas penas superan el límite mínimo necesario para poder emitir una ODE. El CP del Estado A castiga los dos delitos como un concurso real (imposición de ambas penas previstas por sendos delitos), mientras que el Estado B los castiga con un concurso de normas que implicaría la imposición de la pena de uno de los dos delitos siendo esta inferior a 12 meses, lo cual impediría la emisión de la ODE. Pues bien, el Estado B no podría alegar doble incriminación por no castigar los hechos con la misma pena, ya que es el Derecho del Estado miembro de emisión el que se tiene en cuenta<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> ATJUE, de 25 de septiembre de 2015, asunto C-463/15 PPU.

<sup>69</sup> Esta clase de supuesto se le ha presentado a la Audiencia Nacional en sede extradicional (AAN, Sala de lo Penal, Sección 4ª, de 20 de septiembre de 2000). Se trataba de una solicitud de Francia a España de una persona por la comisión de un delito contra la salud pública y otro de contrabando referido a drogas. En Francia la relación concursal entre ambos tipos penales es la del concurso real, mientras que en España es la del concurso de normas. Ya entonces en materia extradicional la AN interpretaba el principio de doble incriminación de forma restringida en este extremo: *“Que nuestro Tribunal Supremo considere [que ambos delitos] (...) cuando concurren, se encuentran en relación de concurso de normas (...), con el efecto de sancionar sólo la infracción más gravemente penada, no impone que deba hacerse ninguna limitación a la extradición que se estudia, puesto que todos los hechos a los que se refiere la persecución penal francesa constituyen ilícitos penales en nuestro país y de ningún modo podemos imponer al Estado requirente que adopte en el enjuiciamiento que a él compete nuestro sistema concursal”* (FJ 7º). En el mismo sentido también el AAN núm. 20/2001, de 19 de abril. En este supuesto se trataba de la extradición de una persona a Suecia reclamada por fraude fiscal y fraude de acreedores y se planteaba y se planteaba y *ne bis in ídem* entre sanciones penales, puesto que se solicita al sujeto por un incumplimiento de la obligación de pago del impuesto en la fase liquidatoria, por un lado, y, en fase de recaudación al haberse provocado voluntariamente una situación de

El auto del TJUE en el *asunto A*. no aclara, en cambio, qué ocurriría cuando la pena prevista en el Estado miembro de ejecución para esos mismos hechos sea muy inferior hasta el punto de plantear problemas de proporcionalidad. Esta cuestión que, por cierto, se ha planteado ante los jueces alemanes, la abordé anteriormente siendo partidaria del control de proporcionalidad en casos muy aberrantes, es decir, en supuestos, en palabras de VOGEL, de “intolerable desproporcionalidad”<sup>70</sup>. En este sentido, es legítimo cooperar cuando el hecho es constitutivo de delito en ambos Estados, pero puede no serlo tanto cuando la pena con la que se castiga el hecho delictivo en un Estado de emisión es muy severa en comparación con la prevista en el otro Estado. No obstante, conviene separar la cuestión de la proporcionalidad del principio de doble incriminación.

### Doble incriminación como garantía estatal.

Desde una óptica estatal, se ha considerado que el fundamento de la doble incriminación es el principio de soberanía estatal y el de no injerencia en asuntos internos<sup>71</sup>: No tiene sentido cooperar a que un Estado reprima lo que otro tolera<sup>72</sup>. Obligar a cooperar a un Estado que no castiga esos hechos como delito implicaría inmiscuirse en su soberanía. El Estado es el único soberano para decidir qué es o no delito, es decir, qué perturba o no la paz o connivencia social<sup>73</sup>. El Estado tiene el monopolio del *ius puniendi*<sup>74</sup> y, por tanto, en ausencia de doble incriminación no cabe la cooperación porque facilitaría el castigo fuera de sus fronteras. En este sentido, se concibe la doble incriminación como una forma del Estado de “utilizar sus propias normas y reglas jurídicas y defender sus valores más arraigados a través de la denegación de extradición cuando se entienda que el hecho no vulnera su *corpus* normativo”<sup>75</sup>. Indisolublemente unido al argumento de la soberanía está otro clásico de la cooperación judicial: el principio de

---

insolvencia. La AN expone los problemas discutidos en la doctrina española sobre la cuestión en virtud de las cuales ambos comportamientos se integrarían en un mismo concepto genérico de defraudación tributaria. Lo relevante es que la AN indica que las discrepancias en torno a si se debe castigar solo por único delito o por dos “es propia de nuestro ordenamiento jurídico y resulta inoponible al Estado reclamante”. Lo importante es que “la conducta imputada por el Estado reclamante esté doblemente castigada, tanto en el Estado reclamante, como en el reclamado, pero sin que tenga por qué de existir coincidencia en cuanto a la técnica o forma de punición (...)”. Así también el AAN (Sala de lo Penal, Sección Pleno) nº 120/2002, de 30 de octubre (FJ 3º): “(...) [N]o es exigible una identidad de tipos penales ni igualdad en el tratamiento de un mismo hecho (concurso real, ideal, de normas, continuidad, etc.) habida cuenta que cada sistema jurídico tiene sus peculiaridades punitivas, no siendo posible una apreciación fragmentaria de los sistemas penales”.

<sup>70</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea?, op., cit., pp. 8-9.

<sup>71</sup> Desde una óptica estatal también se ha planteado como fundamento de la doble incriminación una suerte de principio de asignación de recursos: Un Estado solo dedicará sus recursos humanos y materiales a cooperar, si en un caso nacional también lo hiciera. Así, vid. ASP, P./VON HIRSCH, A./FRÄNDE, D.: “Double criminality and transnational investigative measures...”, op., cit., pp. 513-514. Sin embargo, tal y como justifican estos autores este fundamento es muy discutible en el caso de la UE, pues los EEMM comparten unos intereses comunes y está justificado que destinen sus recursos a cooperar como expresión máxima del principio de cooperación leal (artículo 4 TUE).

<sup>72</sup> CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la “euroorden”*, op., cit., p. 94, JOSEPH, S./McBETCH, A.: *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 245; FELLER, S.Z.: “The significance of the requirement of double criminality in the Law of extradition”, en *Israel Law Review*, Vol. 10, 1975, p. 54.

<sup>73</sup> SILVA MELERO, V.: “La extradición”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica IX*, Barcelona, 1958, p. 388.

<sup>74</sup> IRURZUN MONTORO, F.: “Los últimos avances y propuestas de la Unión europea en la cooperación judicial penal”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 10, 2002, p. 125.

<sup>75</sup> GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el Derecho español*, Ed. Universidad de Burgos, 2005, p. 88.



reciprocidad<sup>76</sup>: Si el Estado A no coopera con el Estado B porque el hecho no es constitutivo de delito en su territorio y lo contrario se considera una injerencia en su soberanía, la misma respuesta por las mismas razones cabe esperar del Estado B cuando sea él quien solicite la cooperación al Estado A en esas mismas circunstancias<sup>77</sup>. La reciprocidad descansa en la idea en que cada Estado confía en ser tratado de la misma forma en la que él trata al resto de los Estados<sup>78</sup>.

De este fundamento puede objetarse que la idea del monopolio estatal sobre el derecho a castigar está ya superada y más en un mundo globalizado y en una organización supranacional como es la UE donde el proceso de integración está muy avanzado. El Estado ya no es quien emite el juicio normativo sobre lo que está permitido o no en el ámbito penal. Este es precisamente uno de los argumentos utilizados para suprimir la doble incriminación en el sistema de la "lista"<sup>79</sup>. Las infracciones incluidas en la lista lo están porque se trata bien de categorías delictivas que han sido objeto de armonización previa (tráfico de drogas, trata de seres humanos, inmigración ilegal, etc.), con lo cual el Estado ha cedido su competencia, su *ius puniendi*, bien de figuras delictivas que con más o menos diferencias están presentes en todos los ordenamientos penales de los EEMM (homicidio, robo, hurto, etc.), es decir, se trata de infracciones de Derecho penal clásico. Paradójicamente, la rebelión, la sedición, los desórdenes públicos, la alta traición y figuras afines son delitos clásicos que de una forma o de otra aparecen en todos los CP de los EEMM. Sin embargo, nunca se planteó la posibilidad de incluirlos en la lista por considerarse delitos políticos que como tales fundamentaban la denegación de la solicitud de extradición. Con la euroorden el carácter político de la infracción desapareció como motivo de denegación y, por tanto, están dentro de su ámbito de aplicación. Por tanto, otro motivo para hacer un control laxo de la doble incriminación es que no se podría utilizar el principio para introducir un motivo de denegación que no está previsto en la *DM ODE*.

Junto a la cesión de competencias penales materiales está la también evidente transferencia de competencias penales de naturaleza procesal. Como apunta NIETO MARTÍN "el artículo 82 TFUE significa constitucionalmente que se han cedido las competencias a la UE para que se organice la cooperación judicial entre los Estados miembros conforme al principio de reconocimiento mutuo"<sup>80</sup>. Una vuelta atrás no sería posible sin contrariar el Derecho originario de la UE. Nada que objetar. Sin embargo, el principio de reconocimiento mutuo sigue permitiendo el control

<sup>76</sup> SPINELLIS, D.: "Die Zukunft der Auslieferung in Europa...", op., cit., pp. 681-695 y WEIGEND, Th.: "Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts", op., cit., p. 107; KLIMEK, L.: *European Arrest Warrant*, Springer, 2014, p. 85; GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica...*, op., cit., 2005, p. 85.

<sup>77</sup> CALAZA LÓPEZ, S.: *El procedimiento europeo de detención y entrega*, op., cit., p. 83. No obstante, algunos autores indican que la doble incriminación no tiene nada que ver con el principio de reciprocidad, pues ésta opera *a posteriori*, una vez comprobada la doble incriminación. Vid. BAUTISTA SAMANIEGO, C.M.: *Aproximación crítica a la orden europea...*, op., cit., 2015, p. 54.

<sup>78</sup> Specific Problems and Solutions that arise in cases involving International Mutual Legal Assistance or Extradition, *Resource Material Series No. 57*, 114<sup>th</sup> International Training Course Reports of the Seminar, p. 180, disponible en [http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF\\_rms/no57/57-15.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/57-15.pdf) (último acceso 24.04.2018).

<sup>79</sup> VERMEULEN, G./DE BONDT, W./TYCKMAN, C. (eds.): *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU...*, op., cit., p. 111.

<sup>80</sup> NIETO MARTÍN, A.: "Editorial", op., cit., y NIETO MARTÍN, A.: "La cuestionable decisión de los jueces alemanes...", op., cit. En profundidad, NIETO MARTÍN, A.: "El reconocimiento mutuo en materia penal y el Derecho primario", en ARROYO JIMÉNEZ, L. (dir.): *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018, pp. 217 y ss.

como elemento que hace renacer la soberanía estatal. Por eso no fue posible suprimirlo por completo y por eso su control se ha de realizar, aunque sea de una forma flexible.

Lo anterior no implica, al igual que otros autores han abogado ya, que no se deba apostar por la superación de la doble incriminación. De hecho, la exclusión del control se viene aconsejando desde hace ya más de medio siglo. Aunque comedidas, las resoluciones adoptadas en el X Congreso internacional de Derecho penal de 1969 recomendaban el análisis *in abstracto*, dejando los aspectos más concretos como elementos de orden público que evidentemente de concurrir sí que llevarían a una denegación<sup>81</sup>.

WEIGEND en el año 2000 incluso en materia de extradición ya indicaba que “si el Estado requirente solicita colaboración, en el caso concreto, para perseguir un delito cuya incriminación no le parece aceptable al Estado requerido -como, por ejemplo, una persecución penal a causa de oposición no violenta contra un régimen dictatorial- podrá éste oponer siempre frente a su deber convencional de extraditar, la lesión de su orden público como límite general del deber de cooperación jurídica”<sup>82</sup>.

En el mismo sentido, VOGEL en 2001 apuntaba que, si “lo decisivo en la extradición es el respeto de los derechos fundamentales del reclamado, (...) el fin que persigue la doble incriminación (evitar una persecución penal por un hecho que constituye en realidad el ejercicio de un derecho fundamental) puede ser también alcanzado mediante la exigencia europea de respeto a los derechos fundamentales”<sup>83</sup>.

En España, NIETO MARTÍN en 2006 aludía al fundamento “político” de la doble incriminación, lo cual permitía sustituirla por una cláusula genérica de orden público o de derechos fundamentales. Ya entonces abogaba por su lógica supresión “en cuanto que responde a una “antigualla” de los procesos de extradición”<sup>84</sup>.

El mismo argumento, si bien más sofisticado, se encuentra en ASP/VON HIRSCH/FRÄNDE<sup>85</sup>. Estos autores indicaban que, pese a que el hecho no sea constitutivo de delito en el Estado de ejecución, éste podría no tener motivos para negarse a su incriminación. A este respecto, indican que el hecho de que un comportamiento determinado sea tratado de forma diferente en dos Estados no lleva necesariamente a un conflicto de valores, ni siquiera a que tengan diferentes opiniones sobre la reprobación de dicho comportamiento. En definitiva, en la cooperación no se trataría tanto de determinar si los hechos son constitutivos de delito en ambos ordenamientos, sino si dicha ausencia de tipificación en el ordenamiento del Estado de ejecución implica un conflicto de valores. A efectos prácticos, la ausencia de tipificación solo puede tener sentido cuando sea inconsistente con principios constitucionales o principios básicos de Derecho penal en ese Estado. En estos casos se activa la cláusula de orden público. La ventaja de utilizar una cláusula de orden

---

<sup>81</sup> *Specific Problems and Solutions that arise in cases involving International Mutual Legal Assistance or Extradition*, op., cit., p. 181.

<sup>82</sup> WEIGEN, Th.: “Grundsätzen und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts”, op., cit., p. 107.

<sup>83</sup> VOGEL, J.: “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la UE”, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.): *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, Madrid, 2001, Consejo General del Poder Judicial, p. 191 y ss.

<sup>84</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos: La corrupción como ejemplo”, op., cit., p. 2.

<sup>85</sup> ASP, P./VON HIRSCH, A./FRÄNDE, D.: “Double criminality and transnational investigative measures...”, op., cit., pp. 514 y 515.

público es que su activación no cuestiona si es o no correcto que en unos Estados se tipifiquen las conductas de uno u otro modo, sino simplemente que no es apropiado acudir a un Estado para que te entregue a un sujeto en esos supuestos. Y no lo es porque en esas situaciones el Estado de ejecución no podría nunca castigar esos hechos como delito.

Los ejemplos que aportan son tres. En primer lugar, puede ocurrir que el Estado de emisión haya tenido que hacer frente a unos problemas que todavía no se le han presentado al Estado de ejecución. Sin embargo, si se le presentasen, igualmente tipificaría esas conductas como delito. Es el ejemplo de la denegación del genocidio o, incluso de los delitos de terrorismo como figuras autónomas. Pueden apuntarse otros ámbitos como son los relacionados con las nuevas tecnologías. En realidad, aunque no se indica expresamente por estos autores, se trata de una suerte de principio de empatía. Es decir, de ponerse en el lugar del Estado de emisión y ser conscientes de que, si se le plantease esa misma situación en ese contexto al Estado de ejecución, llegaría igualmente a una solución similar.

Un segundo ejemplo al que aluden es al de las *strict liability offences*. Este tipo de delitos muy comunes en los ordenamientos anglosajones no requieren la prueba de dolo o culpa. Mantener relaciones sexuales con un menor con independencia de si se sabía o no la edad de la víctima es en el Reino Unido una *strict liability*. Cooperar en estos casos cuando el principio de culpabilidad es un principio de rango constitucional en muchos Estados afectaría a la tradición común constitucional del Estado de ejecución y, por tanto, este denegaría la entrega activando la cláusula de orden público.

Otro ejemplo al que aluden es el de fraude comercial castigado en Suecia a título doloso, mientras que en Dinamarca es suficiente con probar imprudencia grave. Para estos autores, la cooperación sería posible, pues el castigo de la imprudencia no es contrario al Derecho penal sueco.

En efecto, una cláusula de orden público podría ser la solución. Sin embargo, en la cooperación judicial gobernada por el principio de reconocimiento mutuo, el TJUE ha sido muy restrictivo a la hora de alegarla como límite a la cooperación. En *Melloni* no tuvo en cuenta las peculiaridades nacionales del ordenamiento español respecto a los juicios en rebeldía e indicó que el derecho “europeo” a un juicio justo no incluye la presencia en juicio del imputado siempre y cuando se hayan cumplido una serie de condiciones (notificación, defensa por abogado, etc.). La ventaja del adjetivo “europeo” es que evitaría abusos por parte de los EEMM que podrían siempre utilizarla para imponer sus diferencias nacionales (por ejemplo, su desarrollo jurisprudencial o dogmática penal sobre un determinado concepto). El inconveniente es que el TJUE es muy restrictivo y suele apostar por una óptica claramente funcionalista salvo en supuestos muy excepcionales (ej. *Caldararu y Aranyosi*).

Las nuevas corrientes (NIETO MARTÍN) hablan ya de “identidad nacional” y no tanto de “orden público”. La identidad nacional sería “una restricción complementaria [al] orden público” con base legal en el artículo 4.2 TFUE<sup>86</sup>. En palabras de NIETO MARTÍN “el artículo 4.2 TFUE se convertiría en la ventana por la que se da entrada a los derechos fundamentales en la aplicación del derecho de la Unión que fue expulsada por la puerta de la interpretación restrictiva en

---

<sup>86</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Editorial”, op., cit.

*Melloni*<sup>87</sup>. Su *modus operandi* sería el mismo que el del orden público, pero permitiría mayor margen de apreciación nacional que, sin embargo, no debería entenderse de una forma demasiado amplia<sup>88</sup>. La “identidad nacional” sería “un núcleo duro e indiscutible”<sup>89</sup> que llevaría a dejar fuera de la cooperación aquellos hechos que “no comportan ningún desvalor jurídico y que atentaría contra principios y opciones de política criminal básicas en un Estado”<sup>90</sup>. El autor pone como ejemplo los casos de incesto a no ser que sean reconducibles a un tipo de abuso sexual o las relaciones sexuales entre adultos homosexuales consentidas.

Coincido con los anteriores autores en que la doble incriminación debería desaparecer. Ahora bien, hasta que llegue el día en que sea una mera reminiscencia del pasado, los Estados podrán seguir controlándola en aquellos supuestos en los que se les habilite. Descartada la legalidad como fundamento, el parámetro de delimitación del control debe partir del argumento soberanista, es decir, del juicio normativo que tienen ambos Estados involucrados en la cooperación acerca de lo que es o no constitutivo de delito en sus respectivos ordenamientos. En otros términos, cuando el artículo 2.4 de la *DM ODE* faculta al control de la doble incriminación “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación” de la infracción y el TJUE en el asunto *Gründza* indica que el principio se da por satisfecho cuando “los hechos que [dan] lugar a la infracción, tal como [son] plasmados en la sentencia dictada por la autoridad competente del Estado de emisión, también [están], en cuanto tales, sujetos a sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio” (pár. 55), en realidad se está refiriendo a la valoración del hecho en su contexto por parte de ambos Estados.

De todas las preguntas planteadas en la introducción a este trabajo quedan tres: las preguntas 5, 6 y 7 relativas a la tipicidad objetiva y subjetiva (3.2.a y b), así como la pregunta 11 concerniente a la punibilidad y, en particular, a las condiciones objetivas (3.2.c).

### c. Doble incriminación y tipicidad objetiva.

El enfoque *Gründza* exige una deslocalización de los hechos, es decir, obliga al juez de ejecución a “coger los hechos” que le aparecen en el formulario y pasarlos por el filtro de su Derecho. Para algunos esto implicará un análisis en concreto. Sea como sea, se trata de una conversión, tal como apuntó el Abogado General, diagonal y no horizontal<sup>91</sup>. Diagonal porque los elementos fácticos esenciales del Estado de emisión se subsumen en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución. No es horizontal porque no se busca una correspondencia entre las definiciones legales de una infracción en ambos Estados. El Abogado General utiliza la palabra abstracción en más de una ocasión para indicar que en el proceso de conversión haya una cierta flexibilidad en el examen de los hechos a la hora de encajarlos en una determinada infracción existente en el Estado de ejecución (apdo. 60). Esto lleva a entender que no importa tanto la configuración del

<sup>87</sup> NIETO MARTÍN, A.: “El reconocimiento mutuo en materia penal...”, op., cit., p. 241.

<sup>88</sup> El TC alemán interpreta la identidad nacional ampliamente identificándola como cualquier señal de identidad de un pueblo que depende de factores culturales, históricos e incluso lingüísticos.

<sup>89</sup> NIETO MARTÍN, A.: “El reconocimiento mutuo en materia penal...”, op., cit., p. 241.

<sup>90</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Editorial”, op., cit.

<sup>91</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 28 de julio de 2016, asunto C-289/14, pár. 56.

delito como la posibilidad de que los hechos encajen en otro tipo penal aun no teniendo los mismos elementos constitutivos o estando clasificado en otra categoría de infracciones. Pero ¿qué ocurre cuando los dos tipos penales en uno y otro Estado son prácticamente idénticos, de tal forma que en lo que se difiere es en la interpretación de uno de los elementos constitutivos de la infracción? Un enfoque abstracto llevaría a dar por satisfecha la garantía de la doble incriminación con un análisis meramente horizontal. En este sentido, en el *caso Puigdemont*, como el delito de rebelión español y el de alta traición alemán son prácticamente idénticos<sup>92</sup>, no debe discutirse ya nada más y darse por sentado que la doble incriminación se verifica. Esta interpretación que sería muy *pro* cooperación, muy, en definitiva, funcionalista, podría no ser descabellada. Podría, no obstante, criticarse el hacer unas veces un análisis horizontal y, otras veces diagonal de la doble incriminación en los términos antes expuestos según convenga más a la cooperación judicial en materia penal.

Lo que la *doctrina Gründza* estipula, a mi juicio, no es eso, sino que los elementos constitutivos de la infracción son irrelevantes hasta el punto de que da igual la configuración del delito siempre y cuando los hechos narrados en la solicitud tengan cabida en un tipo penal se llame como se llame, esté clasificado donde esté. El Abogado General realiza un grado de abstracción de los hechos para enmarcarlos como el supuesto de una persona que conduce un vehículo a motor a pesar de la existencia de una resolución formal que prohíbe dicha conducta (pár. 57). Estos hechos en algunos ordenamientos constituyen un delito de desobediencia, es decir, un delito contra la administración pública (así ocurre en Eslovenia y en la República Checa); en otros Estados (por ejemplo, en España) serían un delito contra la seguridad vial (artículo 384 CP) o incluso un delito de quebrantamiento (artículo 468,1 CP). Para el Abogado General también en estos casos se cumpliría el principio de doble incriminación pese a cambiar la taxonomía de la infracción. Desde la óptica del TJUE probablemente también, pues el Tribunal de Luxemburgo ha exigido que se proteja un bien jurídico similar. Poniendo el ordenamiento jurídico español como ejemplo, el bien jurídico protegido en el caso del delito de conducción tras privación del permiso no solo es la seguridad vial, sino también el respeto a las resoluciones administrativas y judiciales<sup>93</sup>. En el caso del delito de quebrantamiento la identidad del bien jurídico es todavía más obvia (cumplimiento de las resoluciones judiciales).

Este grado de abstracción también se podría hacer en el *caso Puigdemont*: El tipo penal exige violencia, con probar su existencia basta para colmar las exigencias de la doble incriminación. El

---

<sup>92</sup> Los artículos 81 y ss. del CP alemán regulan los delitos de alta traición contra la Federación y contra un Estado Federal. Interesa el primero de ellos que castiga con cadena perpetua o pena de prisión no inferior a 10 años a “quien intente con violencia o por medio de amenaza con violencia (...) cambiar el orden constitucional establecido en la Constitución de la República Federal de Alemania”. Si se trata de casos menos graves, la pena de prisión oscila entre 1 y 10 años. Además, el CP alemán establece un tipo privilegiado que permite bajar la pena considerablemente (de 6 meses a 5 años). Asimismo, también se regula la preparación (conspiración) de una operación de alta traición (Art. 83). En este caso, la pena de prisión oscila entre 1 y 10 años si es una conspiración de alta traición contra la Federación (1-5 años en casos menos graves). También podría ser relevante el delito contra la Constitución establecido en el art. 105 y 105 CP alemán. “El que, con violencia o amenaza de violencia, coaccione ilegalmente a 1. un órgano legislativo de la Federación o de un Estado miembro o de uno de sus comités; 2. A la Asamblea Federal o uno de sus comités; o 3) al gobierno o el tribunal constitucional de la Federación o de un Estado miembro a no ejercer sus funciones o ejercerlas de manera particular será castigado con una pena de prisión de uno a diez años. En casos menos graves, la pena será de prisión de seis meses a cinco años.

<sup>93</sup> Dictamen núm. 1/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial. Cuestiones sobre los delitos contra la seguridad vial y Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial.

grado de abstracción podría ser todavía mayor: ¿Los ataques contra el orden constitucional no se castigan de una forma o de otra en Alemania (y en una gran mayoría de Estados: Italia, Francia, España, Alemania, Portugal, Finlandia, Austria)? Una respuesta afirmativa llevaría a dar por cumplida la doble incriminación.

Se trata de un análisis superfluo. Es cierto que la letra de la *DM ODE*, así como el TJUE obligan a desconectar de los elementos constitutivos de la infracción porque lo que relevante es encajar los hechos en un tipo penal. Si no es posible encajar los hechos en un tipo penal similar porque uno de los elementos constitutivos de la infracción se interpreta de forma diferente, habrá que buscar otra posibilidad. Y es que la pregunta en el *caso Puigdemont* no es tanto si los hechos encajan en tipo de alta traición alemán (el tribunal alemán entiende que no, pues la violencia probada no es de tal intensidad como para haber hecho capitular al Estado ante las pretensiones de los rebeldes). La pregunta por formular sería: ¿Y no es posible su subsunción en otro tipo penal siempre y cuando este proteja un bien jurídico similar?

Permitir al juez de ejecución “pasar” los hechos por el filtro de los elementos constitutivos de la infracción tal y como se interpretan en su respectivo ordenamiento jurídico puede verse como un análisis sobre el fondo del asunto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el juez alemán no cuestiona la existencia de violencia. En un primer momento, tan solo indicó que no era una violencia suficiente para integrar el tipo penal de alta traición. Y es que, si analizar los hechos no es una operación horizontal, sino diagonal, tiene sentido ver si son constitutivos de delito tal y como dicho Estado interpreta los elementos constitutivos de la infracción.

Precisamente ese juicio normativo o, si se prefiere, la apreciación o valoración del hecho en su conjunto por parte del Estado de ejecución es lo que está detrás de la doble incriminación. Y es que hay elementos constitutivos de la infracción que, si cambian en uno y otro ordenamiento, no llevan a emitir un juicio normativo distinto por parte del Estado de emisión y ejecución. Dicho en otras palabras, en algunos casos, que el elemento constitutivo de la infracción sea X en vez Y o se interprete de una forma o de otra, no lleva a un cambio de apreciación de la conducta como constitutiva de delito por parte del Estado de emisión y de ejecución.

En el *asunto Gründza* la conducta típica en ambos Estados (República Checa y Hungría) era “desobedecer una resolución formal”. El problema era la interpretación de uno de sus elementos constitutivos, es de “resolución formal”. En Hungría la jurisprudencia venía interpretando que la resolución debía ser dictada por una autoridad nacional. Como el caso que se le planteaba de cooperación la resolución desobedecida procedía de una autoridad extranjera (República Checa), el juez húngaro se planteaba si la doble incriminación se verificaba en este supuesto. El TJUE indicó como ya se ha reiterado que los hechos debían ser constitutivos de delito en el ordenamiento búlgaro “más allá de los elementos constitutivos de la infracción”. Evidentemente, los hechos deslocalizados eran delictivos en ambos Estados. Dicho de otra forma, el juicio normativo en ambos Estados coincidía respecto a lo que debía considerarse delito: desobedecer una resolución judicial.

Otro ejemplo similar sería el delito de inmigración ilegal del artículo 318 *bis* CP español<sup>94</sup>. La conducta típica consiste en ayudar intencionadamente a una persona no nacional de un EEMM de la UE a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros<sup>95</sup>. Si a un juez español le solicitase un juez europeo la entrega de una persona sospechosa de haber trasladado ilegalmente a distintos trabajadores desde distintos lugares de Rumanía, con tránsito por Hungría y destino en Austria, ¿realmente no se cumpliría el principio de doble incriminación porque uno de sus elementos constitutivos no coincide (territorio español)? La AN resuelve el caso en sede extradicional si bien en una materia claramente armonizada en el seno de la UE a través de la *Directiva 2002/90/CE* y la *Decisión marco 2002/946/JAI*. Haciendo una interpretación teleológica la AN entiende que el objetivo de la norma es evitar la inmigración ilegal en toda la UE y que, el hecho de que el legislador español haya transpuesto el tipo penal haciendo referencia solo al territorio español “*solo se puede entender derivado de la circunstancia de que cada país miembro, a la hora de hacer esa transposición, haga referencia a sí mismo*”. Del razonamiento de la AN es muy interesante la obligación de asimilación que establece: “*la inmigración ilegal tiene lugar, cualquier que sea el país de destino (...) [y] España, como país miembro ella, en esa labor de control de las fronteras exteriores, ha de tener en cuenta no solo sus propios intereses, sino los de todas las partes contratantes*”.

Los dos ejemplos anteriores son en realidad casos de asimilación. Es decir, requieren una protección de los intereses europeos y extranjeros de otros EEMM similar a los nacionales. En *Gründza*, el TJUE no aludió expresamente a esta obligación de asimilación. Sin embargo, cabría deducirla tácitamente cuando indica que “a la hora de apreciar dicha doble tipificación, lo que la autoridad competente del Estado de ejecución debe comprobar no es si ha resultado lesionado el interés protegido por el Estado de emisión, sino que debe tratar de determinar si, en el supuesto de que la infracción en cuestión se hubiera cometido en el territorio del Estado miembro al que pertenece aquella autoridad, se habría considerado que un interés semejante, protegido por el Derecho nacional de ese Estado, ha resultado lesionado” (apdo. 49). Como ya se ha indicado este párrafo da también cabida a interpretar la búsqueda de otro delito con bien jurídico protegido similar al del Estado de emisión en el sentido antes apuntado: La conducción sin permiso en España no se castiga por la vía de la desobediencia, sino por un tipo específico. Esta circunstancia, no es ningún impedimento desde la óptica de la doble incriminación.

A veces hay elementos normativos que plantean la misma problemática que los descriptivos de tipo territorial. En estos casos, la cuestión se debe solventar igualmente por la vía de la asimilación. Ocurre así, por ejemplo, el concepto de “documento”. España asimiló tras la *LO 5/2010, de 22 de junio*, mediante la modificación del artículo 392,2 *in fine* CP, el tráfico y el uso en España de documentos de identidad extranjeros. Ya lo venía así reconociendo la jurisprudencia<sup>96</sup>, si bien el argumento no era la protección de los intereses de otros Estados, sino de los intereses propiamente españoles. España ha asimilado este tipo de supuestos, pero podría no ser el caso en otros Estados. ¿Significa lo anterior que al solicitar un juez español la entrega de una persona que

<sup>94</sup> Lo mismo cabe decir del artículo 177*bis* CP, relativo a la trata de seres humanos, cuya conducta típica consiste en el transporte, traslado, etc. de víctimas nacionales o extranjeras empleando violencia, intimidación, engaño, etc. en territorio español, en tránsito o con destino en España.

<sup>95</sup> AAN nº 17/2016, de 7 de marzo.

<sup>96</sup> Por ejemplo, SSTS 1295/2003, de 7 de octubre; 1089/2004, de 10 de noviembre; 66/2005, de 26 de enero; 1004/2005, de 14 de septiembre; 458/2006, de 11 de abril; y 14/2007, de 25 de enero.

ha traficado con DNIs falsos españoles en España a un Estado miembro que no ha procedido a tal asimilación, éste último debe denegar la entrega? La doctrina *Gründza* obligaría a cooperar porque el juicio normativo permanece inalterado. Ambos Estados coinciden en que el tráfico de documentos de identidad debe ser constitutivo de delito.

Los ejemplos aludidos tienen en común el elemento de la territorialidad. Su modificación en el sentido apuntado no lleva a modificar el juicio normativo por parte de los dos Estados involucrados en el acto de cooperación. Sin embargo, no siempre es así. Cuando no media una obligación de asimilación, la cuestión puede ser diferente aun tratándose de un elemento descriptivo. Es el caso de los abusos sexuales cuando la víctima es menor de edad. En España el consentimiento sexual es de 16 años (artículo 183 *bis* CP: con anterioridad a la reforma operada por la *LO 1/2015, de 30 de marzo*, era de 13 años). Se trata de un ejemplo que puede caer fuera de la "lista" y, por tanto, estaría sujeto a doble incriminación. La razón se debe a que, pese a tratarse de una categoría incluida en la lista (explotación sexual de los niños), podría no alcanzarse el umbral de los 3 años<sup>97</sup>. Sería el caso de una persona reclamada por un juez español a uno europeo sospechosa de haber hecho presenciar a un menor de 15 años actos de carácter sexual, aunque el menor no haya participado en ellos. La pena máxima en abstracto para estos hechos es de 2 años (artículo 183*bis* CP). Si el Estado en el que se encuentra el fugitivo establece la edad del consentimiento sexual en 13 o 14 años, los hechos por los que se reclamaría al sujeto no serían constitutivos de delito en este último Estado y, por tanto, podría denegar la entrega por no concurrir la doble incriminación. En consecuencia, un cambio en un elemento constitutivo como es la edad del consentimiento sexual modifica el juicio normativo/la valoración de dicha conducta por parte de los dos Estados involucrados en el acto de cooperación.

¿Y qué ocurre con los elementos normativos? Existen elementos normativos de valor o referidos a valores. Se trata de aquellos elementos que implican una valoración normalmente negativa (por ejemplo, actos de exhibición obscena, escarnio, delito, etc.)<sup>98</sup>. De estos me ocuparé después. Pero también existen elementos normativos de sentido: Aquellos en que las normas de referencia completan su significado. Ejemplos de estos últimos con trascendencia en la cooperación judicial son "tasa", "impuesto", etc. Ya desde el *Protocolo Adicional, de 17 de marzo de 1978, al Convenio europeo de extradición* (artículo 2), se quiso flexibilizar la doble incriminación<sup>99</sup>, de tal forma que desde entonces una solicitud de extradición no iba a poder denegarse "por el motivo de que la legislación de la Parte requerida no imponga el mismo tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de impuestos, tasas, de aduanas y de cambio, que la legislación de la Parte requirente". Como ya se ha indicado, esta flexibilidad en la doble incriminación se ha heredado también en la *DM ODE* (artículo 4): "en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la orden de detención europea por el motivo de que la legislación del Estado miembro de ejecución no imponga el mismo tipo de tasas o de impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia

---

<sup>97</sup> En determinados supuestos la norma europea obliga a castigar determinados comportamientos con penas inferiores a los 3 años (vid. artículo 3.3 de la *Directiva 2011/92/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo*).

<sup>98</sup> Sobre su distinción, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Ed. La Ley, 2008, p. 92.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 238.



de tasas o impuestos, de aduana y de cambio que la legislación del Estado miembro emisor”.

La razón tradicional que acompañaba a la exclusión del delito fiscal como delito extraditabile se fundamentaba en su concepción como “un comportamiento cercano a la astucia, susceptible de “tentar” a cualquier persona y no como hecho integrante de un auténtico ilícito”, e incluso cuando se entiende que es un verdadero ilícito “se apunta a que su represión ha de tener un interés únicamente interno”<sup>100</sup>. Esta idea de interés puramente interno fue perdiendo fuelle a medida que se vio que los intereses económicos de los Estados están estrechamente vinculados entre sí con una fuerte relación de dependencia. El *Convenio de 1995 de protección de los intereses financieros de la UE*, lo dejó bien claro armonizando este tipo de infracciones para luchar conjuntamente contra el fraude. Una de sus disposiciones sobre extradición hacía hincapié en la imposibilidad de denegar la extradición “basándose únicamente en que se trata de una infracción en materia fiscal o de derechos de aduana” (artículo 5,3).

Esta es la misma lógica que habría que seguir en el caso de normas penales en blanco, por ejemplo, en materia de medio ambiente cuando no tuviera cabida en el régimen de la lista por llevar aparejada la infracción una pena de prisión inferior a 3 años. Sería el caso español. El tipo básico del artículo 325,1 CP castiga el delito medio ambiental con prisión de 6 meses a 2 años. Si un juez español solicita la entrega de una persona sospechosa de haber cometido esta infracción, el juez de ejecución no podría denegar la entrega alegando que no contiene el mismo tipo de reglamentación en materia medioambiental. Lo mismo cabe indicar respecto a delitos de caza, pesca o tráfico de especies en peligro de extinción (artículo 334,1 CP), es decir, no podría denegarse una entrega indicado que la especie en cuestión no está en peligro de extinción en el Estado de ejecución. El fundamento no es solo la necesidad de luchar conjuntamente contra la contaminación medioambiental o el tráfico ilegal de especies, sino también, de nuevo, el juicio normativo sobre esas conductas por parte de los dos EEMM implicados en el acto de cooperación. Al cambiar el elemento constitutivo de la infracción (lince ibérico por oso polar), el juicio normativo sobre lo que es constitutivo de delito, se mantiene inalterado. En otras palabras: tanto el Estado de emisión como el de ejecución comparten la idea de que las especies en peligro de extinción requieren una protección penal.

También tendrían cabida aquí remisiones en los tipos penales a “delito grave”. Un ejemplo sería el asunto que se dilucidó en materia extraditacional respecto a la solicitud por parte de jueces británicos a españoles de una persona sospechosa de blanqueo de capitales<sup>101</sup>. En aquel momento el blanqueo de capitales del artículo 301 CP español estaba redactado de la siguiente forma: “El que adquiriera, convirtiera o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave (...)”. La defensa de la persona reclamada alegaba que el delito antecedente era el de contrabando y que éste no se consideraba delito grave según la legislación española. La AN realiza un esfuerzo interpretativo recurriendo al Derecho comparado. Llega a la conclusión de que el debate debe centrarse en si “la conducta antecedente de la que proceden los bienes idóneos para el blanqueo debe o no ser delito en ambas legislaciones, no sobre si debe ser delito grave, menos grave o leve para integrar luego el tipo objetivo del delito de blanqueo” (FJ 4º). La AN también acude al criterio de asimilación recordando que el tipo penal español de blanqueo sanciona igualmente el blanqueo,

<sup>100</sup> GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de...*, op., cit., p. 238.

<sup>101</sup> AAN (Sala de lo Penal, Sección Pleno) nº 120/2002, de 30 de octubre.

aunque el delito antecedente se hubiese cometido en el extranjero. En este caso, la legislación española no exigía como requisito que el hecho previo cometido en el extranjero sea considerado delito grave según la legislación nacional. En tercer lugar, la AN reconduce los hechos del delito antecedente fijados por el juez británico como contrabando al tipo penal de alzamiento de bienes, para que así se pudiera considerar como delito grave según el CP español. En definitiva, la AN realiza una interpretación conforme a la cooperación en sede de extradición que es la que tendría que operar en el caso de una ODE. La interpretación de la AN contó con un voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. D. José DE PRADA SOLAESA que se oponía a la extradición con los argumentos clásicos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del reclamado, especialmente el de libertad.

Sin embargo, va a haber supuestos en los que un cambio en el elemento normativo de sentido va a llevar a una modificación en el juicio normativo. Es el caso del término “testigo”. Podría ser el supuesto de una persona que presta falso juramento en un proceso de ejecución<sup>102</sup>. Y es que una declaración falsa sobre los propios bienes en estos casos no puede subsumirse, por ejemplo, en el delito de falso testimonio del CP español (artículo 458 CP), puesto que su posición procesal no es la de testigo, sino la de ejecutado.

Exactamente lo mismo puede ocurrir con elemento normativo de valor. Por ejemplo, con el término “violencia”. En Alemania se exige que la violencia sea capaz de evitar o superar la resistencia por parte del Estado a la secesión<sup>103</sup>. Si la violencia ejercida no llega a tener éxito para alcanzar el objetivo, la eficacia de los medios de coerción (la violencia ejercida) solo tendrá relevancia a efectos del tipo penal si, comparándolos con los medios a los que se recurre por parte del Estado para defender la integridad del territorio, son objetivamente capaces de doblegarlos. Es determinante que el Estado pueda y deba resistir, en la situación concreta, la presión. En consecuencia, la violencia del delito de alta traición alemán solo concurre si el efecto coercitivo generado o previsto alcanza una intensidad tal que las instituciones democráticas pueden sentirse obligadas a rendirse ante las intenciones altamente traicioneras de los autores, aunque sólo sea para evitar daños graves a la comunidad o a sus ciudadanos<sup>104</sup>.

En un primer momento, el juez alemán no se extralimitó en sus funciones a la hora de analizar la concurrencia de dicho elemento normativo según su ordenamiento. A dicha operación de desnacionalización de los hechos habilita precisamente *Gründza*. Existen antecedentes de cooperación entre ambos países con Alemania como Estado requirente era Alemania y España como requerido por peticiones de extradición por hechos constitutivos de estafa. El tribunal español parecía realizar una operación similar de desnacionalización de los hechos para llegar a la conclusión de que tenían cabida en el tipo de estafa del CP español. Lo interesante de este primer pronunciamiento era que como argumento complementario para admitir la extradición se acudía a la identidad sustancial del tipo penal de estafa en ambos ordenamientos: “(...) *No existe diferencia sustancial entre el tipo penal español de la estafa y el alemán. Y no podemos, entonces, dejar de tener presente que los hechos extradicionales han sido calificados por el juez [alemán] como constitutivos de*

---

<sup>102</sup> Supuesto de hecho abordado en el AAN núm. 193/2008 de 23 septiembre. La orden de detención y entrega europea se denegó por falta de doble incriminación.

<sup>103</sup> STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D.: “Artikel 81”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, Ed. C.H. Beck, 2006, p. 1118.

<sup>104</sup> LAUTFÜTTE, H.W./KUSCHEL, A.: “Hochverrat”, en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Ed. De Gruyter, 2010, Bände 4, p. 41 y ss.

*un delito de estafa (...) y que sostener que dichos hechos no constituyen delito de estafa con arreglo al CP español no respondería a diferente tipificación del delito en ambos ordenamientos, sino a apreciación jurídica distinta de unos hechos, que han podido ser valorados con mayor calidad y precisión por el órgano judicial de persecución penal que por el órgano judicial de extradición, en el marco de una relación de cooperación jurídica internacional*<sup>105</sup>. En esta resolución se emitió un voto particular por parte, de nuevo, del Magistrado Ilmo. Sr. D. José Ricardo DE PRADA SOLAESA, quien realizaba un análisis pormenorizado del elemento normativo “engaño bastante”, considerando que los deberes de autoprotección de la víctima exigen una mínima diligencia por su parte que no tuvo lugar en el asunto objeto de extradición. En resoluciones posteriores la identidad normativa ya no aparece como argumento complementario y automático para conceder la entrega. Se da paso, por el contrario, a un análisis de los hechos más exhaustivo. En un supuesto de hecho idéntico de estafa, la AN deja bien claro, por un lado, que subsumir los hechos en un tipo penal corresponde al juez requirente y, por el otro, que una valoración sobre la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal español debe hacerse en función de los hechos que aparece narrados en la solicitud de extradición<sup>106</sup>. Ya en el caso de una euroorden entre España y Alemania se realiza igualmente un análisis sobre la concurrencia de los elementos normativos del tipo de estafa (engaño bastante) según el ordenamiento español<sup>107</sup>. Otros ejemplos también se observan por parte de la AN en relación con las falsedades. Así, la AN denegó una extradición a Noruega de una persona a la que se le imputaban, entre otros, un delito de falsedad en documento oficial por calificar de falsedad ideológica la declaración inveraz sobre el género o mercancía que se introduce en territorio noruego<sup>108</sup>.

(i) La búsqueda de otro delito en el caso Puigdemont.

De lo anterior se desprende que la valoración de los elementos normativos de los tipos penales es una operación que puede realizarse con carácter general. Ahora bien, ¿no había otra forma de interpretar el tipo penal alemán de alta traición o, no había otra forma de poder considerar constitutivos de delitos los hechos narrados en la solicitud? Desde *Pupino*<sup>109</sup> las decisiones marco tienen carácter vinculante. Por tanto, las autoridades estatales y, entre ellas los jueces, están obligados a interpretar el Derecho nacional de manera conforme con el Derecho de la Unión. Cuando un juez nacional tiene que aplicar su Derecho están obligados a tener en cuenta la finalidad de la Decisión Marco, en este caso, la relativa a la ODE, para alcanzar el resultado que ésta persigue. Esta obligación tiene como finalidad garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión.

El principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites: los principios generales del Derecho (entre otros, seguridad jurídica y no retroactividad). Un juez

<sup>105</sup> AAN nº 65/1999, de 11 de enero de 2001 (FJ nº 1).

<sup>106</sup> AAN nº 71/2002, de 15 de julio de 2002 (FJ nº 1).

<sup>107</sup> AAN nº 13/2007, de 2 de febrero.

<sup>108</sup> AAN nº 124/2003, de 3 de octubre.

<sup>109</sup> STJUE, de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03. Para un comentario de la misma, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco. ¿Hacia el efecto directo?: Especial referencia al caso Pupino”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.): *El derecho penal de la UE: Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. UCLM, 2007, pp. 291-324.

nunca podría utilizar el Derecho de la Unión a través de la interpretación conforme para determinar o agravar la responsabilidad penal del sujeto. El principio de interpretación conforme tampoco puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Por otro lado, una interpretación conforme exige al juez nacional tener en cuenta todo su Derecho interno y aplicar todos los métodos de interpretación reconocidos en dicho ordenamiento para de esta forma hacer “todo lo que sea posible” para garantizar la plena efectividad de la decisión marco de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta<sup>110</sup>. El objetivo de la decisión marco sobre la orden de detención y entrega europea es “establecer un sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros”<sup>111</sup>. Es por ello por lo que los motivos de denegación están muy limitados. Uno de estos motivos es el principio de doble incriminación cuando se trata de una infracción no incluida en la lista.

Dado que un procedimiento de detención y entrega europeo no se dilucida ni se agrava la responsabilidad penal del sujeto, la interpretación que se realice de los tipos penales para dar por cumplido la garantía del principio de doble incriminación puede (debe) flexibilizarse. Además, como se ha explicado, el principio de legalidad no está detrás de la doble incriminación. La solución pasaría por realizar una interpretación literal o gramatical del término violencia o amenaza de violencia. Al haber reconocido el tribunal alemán la existencia de violencia<sup>112</sup>, una interpretación conforme del tipo penal de alta traición con la *DM ODE* en sentido literal hubiese sido suficiente para fundamentar la entrega.

Otra posibilidad de interpretación era tener presente la realidad social del tiempo en el que el tipo penal es aplicado. Los tipos penales de rebelión, alta traición, etc., han pasado de unos códigos a otros con redacciones similares. Pensados normalmente en épocas palaciegas con la mente en un alzamiento armado, el término violencia se configuró de forma muy restrictiva. Además, no es lo mismo la violencia necesaria para colmar el tipo penal por parte de personas ajenas al poder que por aquellas que son gobernantes. Si hacer una interpretación de este tipo podría dar lugar a una interpretación analógica por parte del juez enjuiciador, tener en cuenta dicho parámetro por parte del juez que coopera podría verse como una interpretación conforme

---

<sup>110</sup> Vid. el asunto *Pupino* y, más recientemente, STJUE de 29 de junio de 2017, *Poplawski* (C-579/15), pár. 33.

<sup>111</sup> STJUE, de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*, pár. 37; STJUE, de 30 de mayo de 2013, C-168/13 PPU, asunto *Jeremy F. Contra Premier Ministre*, pár. 35) y STJUE, de 16 de julio de 2015, C-237/15 PPU, asunto *Lanigan*, pár. 28.

<sup>112</sup> En la nota de prensa emitida por el *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 5 de abril de 2018 el tribunal alemán indica que “la conducta de la que se acusa al Sr. Puigdemont no sería penalmente punible en la República Federal de Alemania en virtud de la legislación aplicable en Alemania. Los requisitos del tipo penal alemán de alta traición no se cumplen porque no se da el requisito de “violencia”. Según los principios establecidos por el *Bundesgerichtshof* en un caso comparable, para considerar que concurre “violencia” no basta con que un actor amenace o aplique la fuerza para hacer que una institución constitucional se comporte de la manera deseada. Es necesario que la violencia ejerza tanta presión sobre la institución constitucional que esta presión sea adecuada para doblar la voluntad opuesta de la institución. No ocurre así en este caso. Es cierto que el Sr. Puigdemont, como promotor inicial y defensor de la realización del referéndum, debe ser considerado responsable de los actos de violencia cometidos el día del referéndum. Sin embargo, estos actos de violencia, según su naturaleza, alcance y efecto, no eran adecuados para ejercer tanta presión sobre el gobierno que éste se hubiera visto obligado a “rendirse a las demandas de los perpetradores de la violencia” (traducción de la autora). Disponible en <https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Presse/PI/201803Puigdemontdeutsch.html> (último acceso 7.4.2018).

con la obligación de cooperar que no necesariamente tiene por qué ser *contra legem*. De esta forma, el juez de ejecución trasladaría esa prohibición de analogía a su homólogo que ha de juzgar el caso y que está mejor situado que él para hacerlo.

La tercera opción sería buscar otro tipo penal susceptible de aglutinar los hechos narrados en la solicitud de entrega. Esta posibilidad se planteó igualmente cuando el caso estaba en manos de la justicia belga, si bien en este ordenamiento no existía ningún delito tan similar al de rebelión<sup>113</sup>.

Se ha hablado de aplicar la conspiración de alta traición (artículo 83 CP alemán)<sup>114</sup>, del delito de resistencia (artículo 113 CP alemán)<sup>115</sup>, del delito de incitación pública a la participación en una reunión pública o manifestación prohibida (Ley de reunión alemana, de 15 de noviembre de 1978)<sup>116</sup> o del delito de quebrantamiento de la paz pública (artículo 125 CP alemán). Voces como las de JAVATO<sup>117</sup> o GIMBERNAT<sup>118</sup> aludían a esta última posibilidad.

El primer autor mencionado recuerda como la Fiscalía alemana solicitó que los hechos imputados a Puigdemont se analizarán también desde la óptica del delito de “quebrantamiento de la paz pública” pensando así que la entrega sería más factible. El Tribunal rechazó esta petición en su auto de 22.05.2018 y así lo ha hecho también en la última de sus resoluciones (12.07.2018) examinado no ya solo la tipicidad objetiva, sino también la subjetiva (*vide infra* 2.2.).

En cualquier caso, conviene recordar tal y como hace GIMBERNAT que la misma sentencia que se utilizó en un primer momento como argumento para denegar la rebelión desvelaba qué otros delitos pueden estar en juego. La sentencia de referencia<sup>119</sup> se refería al caso de un activista ecologista, Alexander Schubart, cabecilla de una plataforma ciudadana contra la construcción de una nueva pista de aterrizaje en el aeropuerto de Frankfurt en los años 80. Schabart llamó a los activistas a acudir al aeropuerto y protestar de forma no violenta. En la manifestación se produjeron episodios violentos, ardieron barricadas, resultaron heridos algunos agentes de la policía, etc. A Schubart se le acusó de coacción a los órganos constitucionales (artículo 105 CP alemán) y de perturbar el orden público (artículo 125 CP alemán). El TS alemán descartó al ecologista como autor de un delito de coacción de órganos constitucionales (artículo 105), no así del delito de desórdenes públicos (artículo 125 CP alemán) ni del delito de coacciones genéricas (artículo 240 III CP alemán), donde también se exige violencia, pero no de una forma tan restrictiva como en los delitos contra el orden constitucionales. Por tanto, en palabras de GIMBERNAT, la afirmación del OLG SH de que el comportamiento de Puigdemont, “según el

<sup>113</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? ...”, op., cit..

<sup>114</sup> JAVATO MARTÍN, A.: “Las dificultades del delito de rebelión”, *El País*, 12.04.2018 (último acceso 3.05.2018).

<sup>115</sup> JAVATO MARTÍN, A.M.: “Existe el delito de sedición en Alemania, Suiza y Bélgica”, en *Diario La Ley*, nº 9188, de 2 de mayo de 2018.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> JAVATO MARTÍN, A.M.: “La entrega de Puigdemont por el delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125 Código Penal alemán)”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (eds.): *Cooperar y castigar*, Ed. UCLM, 2018.

<sup>118</sup> GIMBERNAT, E.: “Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión”, en *Tribuna, El Mundo*, 16.04.2018, disponible en <http://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html> (último acceso 30.04.2018).

<sup>119</sup> BGH de 23 de noviembre de 1983. Por cierto, esta sentencia ni siquiera se refiere a un delito de alta traición (artículo 81 y ss. CP alemán), sino a un delito contra el orden constitucional (artículo 105 y ss.). Sin embargo, se utilizó como argumento por la interpretación idéntica del elemento normativo “violencia” o “amenaza de violencia” que aparece en ambos tipos penales.

Derecho vigente en la República Federal Alemana no sería punible, es falsa". Si la sentencia del TS alemán es aplicable al caso Puigdemont por tratarse de un supuesto "no sólo comparable, sino en algunos detalles incluso idéntico"<sup>120</sup>, entonces el comportamiento del Sr. Puigdemont podría ser constitutivo de un delito de desórdenes públicos y de coacciones genéricas, dándose por cumplida la doble tipificación de los hechos<sup>121</sup>. Comparto el argumento, si bien debe tenerse en cuenta que la *doctrina Gründza* no solo obliga a dar por cumplida la doble incriminación cuando los hechos son constitutivos de delito en virtud de otro tipo penal, sino también que se guarde una cierta similitud en el bien jurídico protegido. Respecto al delito de desórdenes públicos, se podría mantener una cierta similitud, en el caso de las coacciones es más discutible.

La tesis de los desórdenes públicos tampoco prosperó. Una vez descartada la alta traición, el tribunal alemán en su última decisión analizó la posibilidad de dar cobertura a los hechos por la vía del delito contra la paz pública. A ello obliga precisamente el Tribunal de Luxemburgo (TJUE) en el *caso Grundza* que curiosamente no menciona ni aplica correctamente. El Tribunal germano entiende que el delito contra la paz pública solo es de aplicación cuando el acontecimiento que da lugar a la violencia es ilegal. Y no lo tiene muy claro, pues al haber declarado el TC la ley de referéndum inconstitucional y haber anulado su resultado dos semanas después de su celebración, cree "que el referéndum estaba permitido, aunque su resultado final fuese inválido". Y prosigue señalando que, aunque se entendiera ilegal el referéndum habría que probar la autoría de Puigdemont en los mismos, así como su intención.

(ii) La búsqueda de otro delito y el principio de especialidad.

Antes incluso del auto de julio de 2018, desde Alemania se había apuntado que la tesis de uqe "buscar otro delito que dé cabida a los hechos de la solicitud" no tendría acomodo con el principio de especialidad<sup>122</sup>. Dicho principio impide el enjuiciamiento, condena o detención por toda infracción cometida antes de la entrega distinta de la que motivó esta última (artículo 27 *DM ODE*).

Al margen de las excepciones y que ahora no interesan<sup>123</sup>, el principio de especialidad, que no es un cheque en blanco, puede interpretarse en términos puramente jurídicos, es decir, en atención a la infracción propiamente dicha, o de forma fáctica<sup>124</sup>. En el primer caso, si el juez alemán determina que los hechos imputados al Sr. Puigdemont son constitutivos de un delito contra el orden público y/o coacciones, el juez español solo podría imputarle un delito contra el orden

<sup>120</sup> OLG SH, de 5 de abril de 2018 (FJ II 2 a).

<sup>121</sup> GIMBERNAT, E.: "Alemania, obligada a entregar...", op., cit.

<sup>122</sup> AMBOS, K.: "Kann Puigdemont doch wegen Rebellion verurteilt werden?", en *Legal Tribune Online*, 18.04.2018, disponible en <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/puigdemont-separatistenfuehrer-auslieferung-europaeischer-haftbefehl/> (último acceso 30.04.2018).

<sup>123</sup> Sobre las mismas, vid. Sobre las mismas, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: "¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? ...", op., cit., p. 7.

<sup>124</sup> LÓPEZ ORTEGA, J.J.: "La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el sistema de entrega instaurado por la orden europea de detención", en AA.VV.: *Manuales de Formación Continuada 42/2007*, CGPJ, Madrid, 2007, p. 322; del mismo autor "Cadena perpetua y pena de muerte. Principio de especialidad", en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (coord.): *La orden de detención...*, op., cit., p. 302.

público y/o coacciones y no así la rebelión. Con una interpretación amplia lo que se tiene en cuenta son los hechos impidiendo su variación como para dar lugar a infracciones totalmente distintas. Es decir, el principio de especialidad estaría pensado para que, si se ha concedido la entrega por un delito de homicidio, la persona entregada no sea condenada por un delito de agresión sexual o por un robo.

Para justificar, aunque sea en términos teóricos, que el principio no se vería vulnerado en el supuesto de que el juez alemán entendiera que los hechos imputados al Sr. Puigdemont son constitutivos de delito en el ordenamiento alemán es necesario adentrarse en los fundamentos de la especialidad. Algunos autores ven en ella una prerrogativa estatal para decidir si se concede o no una extradición/entrega conforme a los delitos enunciados<sup>125</sup>. Otros sitúan el fundamento último del principio en la prohibición de indefensión<sup>126</sup>. Finalmente, otra parte de la doctrina le otorgan un carácter dual aglutinando los dos fundamentos indicados<sup>127</sup>. En mi opinión, la finalidad del principio de especialidad es evitar la indefensión de la persona reclamada. Y es que su visión como prerrogativa estatal pierde fuerza desde el momento que el control de la doble incriminación exige, según la *doctrina Gründza*, un tipo penal que aglutine los hechos descritos en la solicitud de ODE. Si es posible fundamentar la doble incriminación en otro tipo, no podría luego limitarse la entrega a que el juez de emisión juzgase por los delitos que le ha indicado el juez de ejecución con arreglo a su CP. Y es que en ocasiones esas infracciones pueden incluso no existir en el ordenamiento del Estado de emisión<sup>128</sup>. En realidad, desde tiempos de la extradición lo que ha estado en juego con el principio de especialidad es la calificación jurídica del hecho imputado en el Estado de emisión y su posible alteración<sup>129</sup>. En el caso que nos ocupa no se modifica la calificación jurídica de la euroorden y desde luego el Sr. Puigdemont no podría alegar indefensión, pues conoce perfectamente el cargo que se le imputa, tanto que fue el que motivó su fuga del país. En otras palabras, si los derechos del reclamado deben salvaguardarse, también es necesario impedir situaciones de privilegio o discriminación en el tratamiento de delitos por razón de la facilidad de la persona para salir del país de comisión (por ejemplo, respecto a los líderes catalanes que optaron por no huir).

Por otro lado, se da la circunstancia de que el principio de especialidad ha sido interpretado de una forma fáctica por el TJUE en los *asuntos acumulados Artur Leymann y Aleksei Pustovarov*<sup>130</sup>. Se trataba de una solicitud de entrega por tráfico de drogas en la que cambiaba el objeto del delito (la solicitud se hacía por una sospecha de tráfico de anfetaminas, siendo luego condenado por tráfico de hachís). Entre otras cuestiones, se preguntaba al TJUE sobre los criterios pertinentes para determinar si la exposición de los hechos en la que se basa la inculpación difiere de aquella en la que se basa la entrega, de manera que deba considerarse que se trata de una “infracción

---

<sup>125</sup> MIGUEL ZARAGOZA, J.: “Algunas consideraciones sobre la extradición”, en *BIMJ*, 25-III-1995, nº 1738, p. 108.

<sup>126</sup> PÉREZ CEBADERA, M.A.: *La nueva extradición europea...*, op., cit., p. 58; GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición...*, op., cit., p. 79.

<sup>127</sup> LÓPEZ ORTEGA, J.J.: “La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada...”, op., cit., p. 320; BELLIDO PENADÉS, R.: *La extradición en Derecho español*, Madrid, 2001, p. 98.

<sup>128</sup> Por ejemplo, podría solicitarse una entrega a un juez español por un delito de robo de identidad que como tipo autónomo no existe en nuestro CP y concederse por considerarse que los hechos descritos son constitutivos de un delito de falsificación de tarjetas de crédito (artículo 399bis CP) o de estafa (artículo 248 CP). Así se procedió en materia de extradición en el AAN nº 60/2015, de 19 de mayo.

<sup>129</sup> PASTOR BORGONÓN, B.: *Aspectos procesales de la extradición en Derecho español*, Madrid, 1984, pp. 126-130.

<sup>130</sup> STJUE, de 1 de diciembre de 2008, C-388/08 PPU.

distinta” en el sentido del principio de especialidad. El Tribunal de Luxemburgo indicó que para saber si se trata o no de una “infracción distinta” debía comprobarse “si los elementos constitutivos de la infracción, según la tipificación jurídica que se hace de ésta en el Estado miembro de emisión, son aquellos por los que la persona ha sido entregada y si existe una correspondencia suficiente entre los datos que figuran en la orden de detención y los mencionados en el acto de procedimiento posterior” (pár. 57).

Con esta interpretación el Tribunal de Luxemburgo positiviza el artículo 14.3 del *Convenio europeo de extradición*<sup>131</sup>, en virtud del cual “[c]uando la calificación del hecho imputado se modificare durante el procedimiento, la persona entregada no será perseguida o sentenciada sino en la medida en que los elementos constitutivos de la infracción nuevamente calificada hubieran permitido la extradición”. En este sentido, puede decirse que incluso en la extradición el principio de especialidad opera respecto de los hechos que en ningún caso pueden ser alterados por el Estado de emisión<sup>132</sup>.

Las diferencias entre los *asuntos Leymann y Pustovarov* y el *caso Puigdemont* son evidentes, pues en el primer caso el delito por el que se había concedido la entrega era el de tráfico de drogas y la modificación en el objeto del delito no cambiaba su esencia. En el *caso Puigdemont* no podría decirse lo mismo, si bien hay que tener en cuenta que en los *asuntos Leymann y Pustovarov* no estaba en juego la doble incriminación de los hechos. Cuando lo está, de nuevo hay que reiterar que, si *Gründza* obliga a encontrar un tipo penal que aglutine los hechos descritos en la solicitud, entonces no puede llevarse el principio de especialidad hasta sus últimas consecuencias. En otras palabras, no podría entenderse vulnerada la especialidad por no imputar los delitos que según el ordenamiento del Estado de ejecución se entienden cometidos tras haber deslocalizado los hechos que fundamentan la entrega de la persona reclamada. Por otro lado, *Leymann y Pustovarov* aluden a la necesidad de una correspondencia que concurriría en el *caso Puigdemont* entre los elementos de la infracción (rebelión) según la tipificación jurídica que se hace de ésta en el Estado de emisión (España) y los datos que figuran en la ODE (solicitud enviada por el juez Llarena a su homólogo alemán) y los mencionados en el acto de procedimiento posterior (futuro procedimiento sustanciado en España por delito de rebelión o, en su caso, de sedición). En cualquier caso, cabría la cuestión prejudicial ante el TJUE para que aclarase la cuestión.

#### d. Doble incriminación y tipicidad subjetiva.

El juicio normativo sobre lo que debe ser constitutivo de delito también sirve para determinar si y, en su caso, hasta qué punto, puede extenderse el control de la doble incriminación cuando está en juego la tipicidad subjetiva.

En *Gründza* no se planteó un problema de doble incriminación en el marco de la tipicidad subjetiva. Sin embargo, ello no quiere decir que no sea posible su control. Desde un punto de vista literal el artículo 2 de la *DM ODE* hace referencia a los elementos constitutivos de la

---

<sup>131</sup> Vaticinando la imposición de esta interpretación fáctica del principio de especialidad, aunque con discrepancias dependiendo de si se trata o no de un delito de la lista, vid. LÓPEZ ORTEGA, J.J.: “La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada...”, op., cit., p. 323.

<sup>132</sup> BAUTISTA SAMANIEGO, C.M.: *Aproximación crítica a la orden europea...*, op., cit., p. 219.



infracción y los elementos subjetivos lo son. Luego, *a priori* su control sería posible. Desde un punto de vista lógico-sistemático, la *DM ODE* introduce límites a la doble incriminación en sede objetiva al referirse en el artículo 4 a la imposibilidad de denegar una entrega en materia fiscal cuando se trate de una tasa o impuesto distinto en uno y otro Estado. Ninguna restricción hay, pues, en materia de tipicidad subjetiva.

Quizás la cuestión debe ser reconducida a tres tipos de situaciones. En la primera, se trataría de una solicitud de entrega en la que se narran unos hechos imprudentes y el ordenamiento del Estado de ejecución sola castiga ese delito en la modalidad dolosa. En estos casos, el principio de doble incriminación le ampararía para denegar la entrega. Esta situación no implica entrar en el fondo, puesto que el juez de ejecución no pone en duda cómo se han probado esos hechos ni que se trate de una imprudencia. Simplemente, esos hechos deslocalizados y traspasados a su territorio no son constitutivos de delito. Ahora bien, el principio de interpretación conforme le obligaría a que en esa deslocalización de los hechos pudiera llegar a determinar dolo eventual y, por tanto, tener cabida en su respectivo tipo penal doloso.

En la segunda, el juez de ejecución entra a valorar si ha existido dolo o imprudencia. Ya incluso en sede de extradición sería discutible que los tentáculos de la doble incriminación se extendiesen al tipo subjetivo y, por tanto, también al error de tipo (preguntas 6 y 7)<sup>133</sup>. Por tanto, si en la solicitud de entrega se narran unos hechos de blanqueo de capitales cometidos a título doloso el juez de ejecución no debería entender que se han cometido a título imprudente, de tal forma que como en su ordenamiento esos hechos imprudentes no son constitutivos de delito la doble incriminación no se cumple. Un control de esa naturaleza implicaría cuestionar lo que se ha probado como delito doloso en el Estado emisor.

La última de las situaciones sería aquella en la que solicitada la entrega de una persona a título doloso y a efectos de enjuiciamiento se procediera a ella y, posteriormente en el Estado de emisión cambiase el título de imputación castigándose al sujeto entregado por la modalidad imprudente que no es constitutiva de delito en el Estado de ejecución. Sin embargo, este tipo de problemas se solventarían con el principio de especialidad que impide el enjuiciamiento, condena o detención por toda infracción cometida antes de su entrega distinta de la que motivó esta última (artículo 27 *DM ODE*). Como ya se ha indicado supra (3.2.a.ii), el TJUE optó por un enfoque fáctico de la especialidad en los *asuntos Leymann y Pustovarov*, de tal forma que el principio no se vulnera si existe una correspondencia entre los elementos constitutivos de la infracción según la calificación jurídica en el Estado de emisión y aquellos por los que se entrega, por un lado, y los datos que aparecen en la solicitud y por los que después se enjuicia. Asimismo, indicó que son posibles algunos cambios “*en las circunstancias de tiempo y de lugar, siempre que se deriven de elementos obtenidos durante el procedimiento seguido en el Estado miembro de emisión en relación con los comportamientos recogidos en la orden de detención, que no alteren la naturaleza de la infracción y que no comporten ningún motivo de no ejecución*”. En el caso concreto, el TJUE entendió que el cambio de estupefaciente no podía, por sí solo, dar lugar a una “infracción distinta” (pár. 63).

---

<sup>133</sup> Ya en sede de extradición la AN. Por ejemplo, AAN n° 64/2008, de 5 de mayo (FJ n° 7): “(...) en el sistema continental (...) le está vedado al Estado requerido hacer un pronunciamiento sobre la culpabilidad del reclamado, debiendo atenerse a la descripción de hechos a los efectos de control de los principios de doble incriminación y mínimo punitivo, siendo ajeno al juicio de extradición la determinación del dolo o culpa (...)”.

Un cambio en el objeto del delito en ese caso no tiene la trascendencia de una modificación del título de imputación. Esta última no es un cambio en las circunstancias de tiempo o lugar, sino que por el contrario afecta a un elemento constitutivo de la infracción. Si a ello se une que el paso de dolo a culpa convierte los hechos en atípicos y, en consecuencia, se incurre en un motivo de no ejecución (el de la doble incriminación), el principio de especialidad sería de aplicación requiriéndose el consentimiento del Estado de ejecución. Ahora bien, habría excepciones y es que podría ocurrir que al cambiar el título de imputación la infracción no sea punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad. En estos casos, el principio de especialidad no es de aplicación (artículo 27,2 DM ODE).

En el *caso Puigdemont*, el juez alemán en su auto de 12 de julio de 2018 no solo ha analizado elementos subjetivos, algo que, *a priori* como elemento constitutivo de la infracción, estaría permitido. Ha cuestionado lo que en principio se imputa a título doloso a los procesados. A este respecto indicó que los hechos violentos no eran voluntad del autor. Además, ha entrado a dilucidar también cuestiones de participación al indicar que los hechos no se cometieron bajo su dominio. Llega a esta conclusión a través de una serie de indicios trasladando a su enjuiciamiento el principio *in dubio pro reo* y el derecho a la presunción de inocencia. Para el juez alemán, el Sr. Puigdemont siempre ha perseguido la independencia a través de medios pacíficos y su única voluntad era conseguir una participación masiva en el referéndum: "(...) No está claro que Puigdemont supiera que era inútil conseguir la independencia democráticamente siendo el golpe de estado la única vía" (FJ IV.1b). Puigdemont solo perseguía la participación masiva en el referéndum. Debe resaltarse que además realiza esta afirmación no sólo desde la óptica del CP alemán, sino también del español, pues da entender que ni siquiera con el CP español en la mano se cumpliría aparentemente el elemento subjetivo: tener la intención de actuar violentamente para conseguir la independencia.

Este juicio es además muy contradictorio si se tiene en cuenta que en su primer auto de abril de 2018 determinó que "(...) de esta violencia producida el día del referéndum -violencia no suficiente para colmar el delito de rebelión- sí se puede hacer responsable al ex-presidente catalán". Ahora resulta que no<sup>134</sup>. Da la sensación de que ha entrado a analizar el tipo subjetivo, así como la participación de Puigdemont en los hechos porque al estar obligado a buscar otro delito que dé cabida a los hechos narrados en la solicitud de entrega, lo contrario le hubiese llevado a conceder la entrega por rebelión.

### 2.3. Doble incriminación y condiciones objetivas de punibilidad.

No puede negarse que los elementos de la categoría de la punibilidad presentan problemas singulares. No forma parte de este trabajo discutir la categoría dogmática de la punibilidad, ni mucho menos determinar si las condiciones objetivas deberían considerarse elementos del tipo del tipo. Baste con señalar que la categoría de la punibilidad pondera las finalidades extrapenales

---

<sup>134</sup> La contradicción también es aludida por JAVATO MARTÍN, A.M.: "La entrega de Puigdemont por el delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125 Código Penal alemán)", en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (eds.): *Cooperar y castigar*, Ed. UCLM, 2018 y GIMBERNAT, E.: "Alemania, la euroorden y Puigdemont", *El Mundo*, 31.07.2018, accesible en <https://www.elmundo.es/opinion/2018/07/31/5b5efdb3e5fdea86768b45ae.html> (último acceso 14.12.2018).

con la necesidad de pena por la realización de una determinada conducta, saliendo victoriosa la primera respecto de la segunda<sup>135</sup>.

Las controversias no aparecen en el caso de los requisitos de perseguibilidad del delito (por ejemplo, la interposición de querrela por parte del ofendido en el caso de los delitos contra el honor tal y como ocurre en el caso español en virtud del artículo 215 CP). Este tipo de condiciones son cuestiones de índole procesal que no deberían tener cabida en el control de la doble incriminación. Lo mismo ocurriría con el perdón del ofendido como causa genérica de exclusión de la pena, etc. Y es que el criterio guía debe ser el bien jurídico a proteger y la teología del procedimiento, lo cual lleva a una interpretación flexible de la doble incriminación, ya incluso en sede extradicional. El control debe ceñirse a lo sustancial y no a lo accesorio<sup>136</sup>.

Cuando se trata de condiciones objetivas de punibilidad, el legislador por razones de política criminal considera que no basta con realizar la conducta típica y ser imputable. El problema no es tanto cuando la condición objetiva de punibilidad condiciona castigar más grave (por ejemplo, el umbral entre delito grave y menos grave del hurto cuando el valor de lo sustraído supere los 400 euros). Estos casos no son controvertidos, pues en realidad esos hechos se castigarían igualmente en el Estado miembro de ejecución, si bien de una forma no tan severa. El único problema, si acaso, sería de proporcionalidad: La pena que se impondría en el Estado miembro de ejecución por esos hechos en comparación con la prevista en el Estado miembro de emisión es tan manifiestamente inferior (por su duración o por su naturaleza) que la concesión de la entrega arroja dudas serias de proporcionalidad. Un caso parecido se planteó ante la AN<sup>137</sup>. Se trataba de la entrega a efectos de condena de un nacional rumano a Rumanía por la comisión de un robo. La pena era de 4 años. Los hechos se referían a la sustracción de una cartera con dinero y documentos de identidad. En la solicitud no figuraba la cantidad de lo sustraído. La AN indicó que no se cumplía el principio de doble incriminación porque en España esos hechos se castigarían como una simple falta (en aquel momento todavía no se habían eliminado o sustituido por la categoría de delito menos grave). Esta consideración no es acertada, puesto que desde el momento que los hechos se castigan por la vía penal, es irrelevante si se trata de un delito o de una falta. No obstante, esta resolución interesa por el hecho de tener en cuenta el perjuicio que ocasiona una sustracción para equiparar subsumir los hechos de la solicitud en el tipo penal español de hurto. La AN concede la entrega al entender que a la víctima del delito la sustracción le pudo suponer un grave perjuicio, "ya que lo que en España se puede concebir como una cantidad nimia, en Rumanía puede constituir el salario mensual de un trabajador". Sin duda es una interpretación muy a favor de la cooperación que implica un análisis muy profundo de los hechos en la que lo que estaba en juego no era tanto la doble incriminación, sino el principio de proporcionalidad: La pena en aquel momento en España era de localización permanente de 12 días o multa de uno a dos meses.

Un problema real de doble incriminación es cuando la condición objetiva de punibilidad marca la barrera entre el ilícito penal y administrativo. La jurisprudencia española sobre extradición siempre ha controlado este tipo de condiciones objetivas. Así, por ejemplo, el Auto nº 50/2002, de

---

<sup>135</sup> ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I. Ed. Civitas, 2ª ed. España, 2000, p. 977.

<sup>136</sup> GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición...*, op., cit., p. 86.

<sup>137</sup> AAN nº 127/2008, de 22 de octubre.

24 de mayo. Se trataba de la extradición a Estonia de una persona acusada de fraude fiscal. La defensa alegaba que no se superaba la cuantía prevista en el aquel momento en el CP (15 millones de pesetas). Sin embargo, finalmente se determinó que la cuantía sí superaba el umbral. De no haber concurrido la condición objetiva, la AN hubiese denegado la extradición<sup>138</sup>. En el caso de la euroorden ya se ha indicado que se ha optado por hacer una interpretación pro cooperación evitando la denegación automática cuando el límite sea inferior, pero pueda procederse a una cierta equiparación.

Sin embargo, no parece muy lógico que este tipo de diferencias político-criminales deban fundamentar sin más el rechazo a una entrega y quedar a expensas de una interpretación *pro* cooperación. Es cierto que la diferencia entre ilícito penal y administrativo implica entrar o no en prisión, pero también es verdad que en ocasiones una multa administrativa es incluso más elevada que una de naturaleza penal. Además, cuando se trata de un límite monetario que depende tanto del nivel de vida de cada país, así como de las necesidades de lucha contra la evasión en cada momento (no hay más que pensar en las reformas del umbral del delito de fraude fiscal tras la ley de amnistía), estas diferencias entre Estados no debieran ser tan determinantes. Pues aquí operaría una suerte de principio de empatía o de solidaridad en los términos que ya se han apuntado: el Estado de ejecución colocado en el lugar del Estado de emisión también podría tener razones para que ese comportamiento si se dieran las circunstancias que se dan en el Estado de emisión se castigarse también por la vía penal en el Estado de ejecución. Este razonamiento puede provocar muchas críticas, pero también podría justificarse parcialmente por la vía dogmática. Y es que para una gran mayoría de la doctrina una condición objetiva de punibilidad no forma parte del tipo penal<sup>139</sup>, es decir, no es un elemento constitutivo de la infracción y como tal quedaría fuera del espíritu y letra del artículo 2.2 de la DM ODE<sup>140</sup>.

Si tampoco convence el argumento dogmático, puede que lo haga el recurso al concepto amplio de materia penal que tiene el TEDH desde el *asunto Engel*<sup>141</sup>. Así, por ejemplo, un recargo fiscal es una sanción penal para el TEDH. Una multa también puede revestir el carácter penal<sup>142</sup>, más aún cuando ascienden a una gran cantidad tal y como ocurre en el Derecho administrador-sancionador español. Además, la orden europea de investigación ya permite (artículo 4 b) emitir una solicitud de prueba a las autoridades administrativas por hechos tipificados en el

---

<sup>138</sup> También, el AAN, de 11 de octubre de 1996.

<sup>139</sup> Entre otros, ROXIN, C.: *Derecho penal parte general Tomo I; Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, (Luzón Peña, D.M.; Díaz y García Conlledo, M.; De Vicente Remesal, J.; trad. y notas), Ed. Thomson-Civitas, 2ª Ed., Madrid, 2003, pp. 969 y ss.; GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 380-385; MENDES DE CARVALHO, E.: *Punibilidad y delito*, Prólogo de Luis Gracia Martín, Ed. Reus, 2007, pp. 61 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990; FERRÉ OLIVÉ, J.C.: "Punibilidad y proceso penal", en *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2010, p. 5.

<sup>140</sup> En cualquier caso, lo que nunca podrá hacer el Estado de ejecución porque ello sería entrar en el fondo es cuestionar el cálculo de la cantidad defraudada que figura en la solicitud de entrega para denegarla por no cumplir a su juicio el umbral de punibilidad. Ya incluso en materia extradicional, vid. AAN nº 43/1999, de 3 de marzo.

<sup>141</sup> STEDH, de 8 de junio, demandas acumuladas nº 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *asunto Engel c. Holanda*.

<sup>142</sup> STEDH, de 1 de enero de 2010, demanda nº 2376/03, *asunto Tsonyo Tsonev*; y de 25 de junio de 2009, demanda nº 55759/07, *asunto Maresti c. Croacia*.

ordenamiento del Estado de emisión como infracciones administrativas si la decisión de dichas autoridades es susceptible de recurrirse ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular en materia penal. Por tanto, las sanciones catalogadas como administrativas en algunos ordenamientos se imponen por jueces penales cuanto menos en última instancia. De ahí que se haya empezado a equipararlas a las penales a efectos de cooperación.

#### 4. Conclusiones.

Soy de las que piensan que la doble tipificación debe desaparecer. Sin embargo, no será posible hasta que no se asista a un cambio de pensamiento sobre la aceptación de diferencias penales internas. Para la consecución de tal fin no bastará con armonizar las disposiciones penales nacionales. La UE no tiene competencias para armonizar cualquier tipo de delito y aunque las tuviera solo puede ejercerlas en atención al principio de subsidiariedad y proporcionalidad competencial (artículo 5 TUE). En otros términos, debe fundamentar, en primer lugar, que la acción a nivel europeo presenta mayores ventajas que una actuación a nivel interno y, en segundo lugar, que no se excede en sus competencias (por ejemplo, utilizando un reglamento en vez de una directiva).

La desaparición de la doble incriminación pasa por aceptar un lema que a veces se olvida y que es el respeto de la “unidad en la diversidad”. Las diferencias penales entre los EEMM a la hora de cooperar deben respetarse con carácter general. Eso implica no imponer tu propia evolución dogmática ni tu desarrollo jurisprudencial sobre una cuestión. Ya se han dado casos en la extradición en los que la AN no ha impuesto su desarrollo jurisprudencial sobre una determinada cuestión. Por ejemplo, a la hora de valorar el engaño bastante en la estafa o también en el caso del autoblanqueo de capitales cuando la jurisprudencia y la doctrina nacional exigen en la mayoría de los casos que el sujeto activo del blanqueo y del delito antecedente sean distintos<sup>143</sup>.

Por tanto, solo cuando esa diferencia sea un problema de orden público o de identidad nacional podrá anteponerse a la cooperación. Ejemplos de lo anterior serían los casos de cooperación por delitos que no exigen dolo o culpa (*strict liability offences*) dado que el principio de culpabilidad es un principio básico y de rango constitucional en una gran mayoría de EEMM.

Aun siendo partidaria de la eliminación de la doble incriminación, lo cierto es que a nivel legislativo se permite -obligatoria o facultativamente- su control. Siendo así debe primar una interpretación flexible del principio. Que sea flexible no significa que sea inexistente. En consecuencia, el control debe tener como punto de partida el fundamento estatal de la doble incriminación: el juicio normativo o valoración sobre el hecho que se imputa o por el que se condena a la persona reclamada. Si al cambiar los elementos constitutivos de la infracción, varía también el juicio normativo o la valoración de ese hecho por parte del Estado de ejecución, entonces la doble incriminación se activará impidiendo la entrega. Sin embargo, ello no impide buscar otro tipo penal que abarque los hechos descritos en la solicitud de entrega, siempre y cuando el bien jurídico protegido sea similar (*asunto Grundza*). Limitar la doble incriminación a elementos objetivos de la infracción obedece a razones históricas (ya en la extradición se viene

---

<sup>143</sup> AAN (Sala de lo Penal, Sección Pleno) n° 120/2002, de 30 de octubre (FJ 5°).

haciendo así) pero también a razones procesales: La subsunción objetivamente de los hechos en un tipo penal es una operación que se realiza al inicio del procedimiento. Para todo lo demás está el juicio oral que es el momento procesal en el que se valoran los indicios. Este argumento es igualmente válido en el caso de ODEs emitidas a efectos de cumplimiento de condena, pues lo contrario implicaría valorar pruebas de cargo dadas por válidas en el juicio oral por un juez -el de emisión- mejor colocado para examinarlas.

Con relación al *caso Puigdemont*, se ha barajado la posibilidad, entre otros, de los delitos contra la paz pública. Es interesante cómo el tribunal alemán no ha se esforzado más para examinar, por ejemplo, la conspiración a la alta traición que adelanta la protección penal o, incluso, las coacciones genéricas. Se limita sin más a analizar los delitos contra la paz pública porque es lo que le solicitó la fiscalía alemana. Sin embargo, se le olvida al tribunal alemán que la búsqueda de otro tipo penal es una obligación de oficio, es decir, a ello le obliga *Grundza* sin necesidad de que ninguna parte se lo solicite. Por cierto, las coacciones entran en concurso de normas con los delitos contra la paz pública; concurso que se resuelve a través del principio de especialidad. Si no hay delito contra la paz pública, el juez alemán se tendría que haber esforzado por argumentar la inexistencia de unas coacciones. No obstante, aún en este escenario debe tenerse en cuenta que la *doctrina Gründza* no solo obliga a dar por cumplida la doble incriminación cuando los hechos son constitutivos de delito en virtud de otro tipo penal, sino también que se guarde una cierta similitud en el bien jurídico protegido. Por otro lado, de haber prosperado la búsqueda de otro tipo penal, podría haber sido un problema principio de proporcionalidad, pues estos delitos se castigan en Alemania con penas muy inferiores a las que marca el CP español para la rebelión (15-25 años) y los jueces alemanes suelen controlar la proporcionalidad de las penas si bien de una manera laxa.

Finalmente, cabe reflexionar acerca de si la *doctrina Gründza* puede utilizarse también cuando está en juego la entrega de una persona. Este caso se dictaminó en el marco de la *DM 2008/909 relativa al reconocimiento de condenas*. Tal y como está redactada la sentencia gran parte de sus pasajes podrían reproducirse sin más a supuestos de ODE. Así, por ejemplo, allí donde en *Gründza* se indica que la *DM 2008/909* sustituye una serie de instrumentos de Derecho internacional con miras a intensificar la cooperación en el ámbito de la ejecución de sentencias penales; la *DM sobre la euroorden* sustituye los convenios aplicables en materia de extradición con la finalidad de acelerar, eliminar la complejidad (considerando 11 y art. 31) y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición (considerando 1 y 5). Además, el *Manual de uso de la orden de detención y entrega* en su última edición (2017) se refiere expresamente a este asunto como criterio de interpretación del principio de doble incriminación. Sin embargo, el objetivo detrás de la *DM 2008/909* es facilitar la reinserción social del condenado. Es decir, es un objetivo que beneficia al sujeto. En cambio, en el caso de la *DM sobre la euroorden* el objetivo es evitar que el sujeto infractor eluda la justicia del Estado de emisión. Es un objetivo que perjudica al individuo. El TJUE indica claramente que incluso para las infracciones que no figuren en la lista, el principio de doble incriminación es la excepción a la regla general y, por tanto, debe interpretarse de forma flexible (apdo. 46). Esa interpretación laxa, puntualiza, favorece el objetivo de facilitar la reinserción (apdo. 51). Es cierto que el TJUE se pronuncia en esos términos de una forma neutra. En ningún momento indica que una interpretación laxa de la doble incriminación contribuya a lograr un objetivo que *beneficia al sujeto*. Sin embargo, esa diferencia podría ser importante a la

hora de realizar una ponderación entre los intereses en juego: los del Estado miembro de emisión (evitar que el sujeto eluda la administración de justicia); los del Estado miembro de ejecución (cooperar con un Estado cuando dicha cooperación sea conforme a su ordenamiento jurídico) y los de la persona reclamada (reinsertarse en la sociedad una vez cumplida la pena).

Llegados a este punto habría que plantearse si realmente la doctrina *Gründza* serviría para resolver todos los casos de doble incriminación. El *asunto Puigdemont* lleva a contestar en sentido negativo. *Gründza* era un caso sencillo porque el elemento constitutivo de la infracción era descriptivo al hacer depender la punibilidad del hecho del origen nacional o no de la decisión formal desobedecida. El juicio normativo sobre la conducta delictiva se mantenía inalterado en ambos Estados. En otras palabras, tanto en el Estado miembro de emisión como en el de ejecución desobedecer una resolución formal es delito. En ambos casos además el bien jurídico era prácticamente el mismo: El respeto de las decisiones dictadas por autoridades públicas (húngaras en un caso; eslovenas en el otro). A estas dos razones de peso se añade otra que se acaba de indicar en el párrafo anterior: el reconocimiento favorecía al particular, pues no se trataba de una ODE sino del traslado del penado a otro Estado para cumplir allí su pena al considerarse mejores en dicho país sus oportunidades de reinserción.

Lo anterior vincula con la necesidad de interponer una cuestión prejudicial para aclarar si el principio de doble incriminación se ha de interpretar de forma distinta en función del instrumento de reconocimiento mutuo que esté en juego<sup>144</sup> y si el camino a seguir es solo *Gründza* o si, por el contrario, con identidad normativa la óptica funcionalista primaria ya en todo caso.

A quien parecía competir el planteamiento de la cuestión prejudicial en estos términos era al juez alemán. Sin embargo, decidió no hacerlo. Se pensaba que la única opción para el juez español era el recurso por incumplimiento del artículo 259 TFUE. Se trata de una opción que trasladaría el asunto al ámbito político, ya que, pese a tratarse de un procedimiento jurisdiccional sustentado ante el TJUE, es la Comisión o un Estado miembro el que inicia el procedimiento frente al incumplimiento de otro Estado de las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados. Argumentos existen, fundamentalmente dos: (1) si había dudas sobre la interpretación del principio de *doble incriminación* y el tribunal alemán no ha planteado una cuestión prejudicial, se incumplido el artículo 267 TFUE, en virtud del cual los tribunales de última instancia –y el tribunal de *Schleswig-Holstein* lo era- están obligados a interponer la cuestión en estos casos<sup>145</sup>; (2) el principio de reconocimiento mutuo exige interpretar los motivos de denegación de los instrumentos de cooperación judicial de manera restringida.

Ahora bien, tras el *asunto AY*<sup>146</sup> se ha abierto otra posibilidad: la cuestión prejudicial. Y es que el TJUE considera que los jueces de emisión también tienen competencia para plantearlas<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Así, en la doctrina, vid. VERMEULEN, G./DE BONDT, W./TYCKMAN, C. (eds.): *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU...*, op., cit.,

p. 109; TRÅSKMAN, P.O.: "Should We Take the Condition of Double Criminality Seriously?", en JAREBORG, (ed.): *Double Criminality. Studies in International Criminal Law*, 1989, p. 145.

<sup>145</sup> SARMIENTO, D.: "Llarena y la euroorden: ¿Fin del trayecto?", en *Agenda Pública*, disponible en <http://agendapublica.elperiodico.com/llarena-y-la-euroorden-fin-de-trayecto/> (último acceso 25.07.2018).

<sup>146</sup> STJUE, de 25 de julio de 2018, asunto C-268/17, AY.

<sup>147</sup> Para un comentario a esta sentencia, vid. "¡Sí se puede! O sobre cómo la cuestión prejudicial no es monopolio del juez de ejecución", en *La Ley Unión Europea*, nº 63, 31 de octubre de 2018.

## 5. Bibliografía.

- P. ASP/A. VON HIRSCH/D. FRÂNDE, "Double criminality and transnational investigative measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle", en *Zis* 11/2006.
- E. BARBE, "El principio de doble incriminación", en L. ARROYO ZAPATERO/A. NIETO MARTÍN/M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Ed. UCLM, Colección Marino Barbero Santos, 2006.
- C.M. BAUTISTA SAMANIEGO, *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*, Ed. Comares.
- R. BELLIDO PENADÉS, *La extradición en Derecho español*, Madrid, 2001.
- F. BUENO ARÚS, *Manual de Derecho penal Internacional*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.
- S. CALAZA LÓPEZ, *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- M. CEDEÑO HERNÁN, *La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Prólogo de Jaime Vegas Torres, Ed. Thomson Reuters, 2010.
- C. CEZÓN GONZÁLEZ, *Derecho extradicional*, Dykinson, 2003.
- R. CRYER et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- A. CUERDA RIEZU, *De la extradición a la "euroorden" de detención y entrega. Con análisis de la doctrina del TC español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- M. DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Ed. La Ley, 2008.
- S.Z. FELLER, "The significance of the requirement of double criminality in the Law of extradition", en *Israel Law Review*, Vol. 10, 1975.
- J.G. FERRÉ OLIVÉ, "Punibilidad y proceso penal", en *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2010.
- M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011.
- O. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- E. GIMBERNAT, "Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión", en *Tribuna, El Mundo*, 16.04.2018, disponible en <http://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html> (último acceso 30.04.2018).
- E. GIMBERNAT, "Alemania, la euroorden y Puigdemont", *El Mundo*, 31.07.2018, accesible en <https://www.elmundo.es/opinion/2018/07/31/5b5efdb3e5fdea86768b45ae.html> (último acceso 14.12.2018).
- E. GÓMEZ CAMPELO, *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el Derecho español*, Ed. Universidad de Burgos, 2005.
- M.A. GUTIÉRREZ ZARZA, "La orden de detención europea y el futuro de la cooperación penal en la UE. Reconocimiento mutuo, confianza recíproca y otros conceptos claves", en AA.VV.: *La orden europea de detención y entrega*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Escuela Judicial, nº 42, 2007.
- F. IRURZUN MONTORO, "Los últimos avances y propuestas de la Unión europea en la cooperación judicial penal", en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 10, 2002.
- A.M. JAVATO MARTÍN, "Existe el delito de sedición en Alemania, Suiza y Bélgica", en *Diario La Ley*, nº 9188, de 2 de mayo de 2018.
- M. JIMENO BULNES, "La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales", en *Diario La Ley*, nº 5979, 19 de marzo de 2004.



- M. JIMENO BULNES, "Régimen y experiencia práctica de la orden de detención europea", en AA.VV.: *Justicia versus seguridad, en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantáis procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- S. JOSEPH/A. MCBETH, *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, 2010.
- L. KARLE, "Some Problems Concerning the Application of the European Convention on Extradition", en *Legal Aspects of Extradition Among European States*, 1970.
- L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Springer, 2014.
- W.M. KÜHN, "Problemas jurídicos de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la UE", en *Revista General de Derecho europeo*, Iustel, vol. 12, 2007.
- J.J. LÓPEZ ORTEGA, "Cadena perpetua y pena de muerte. Principio de especialidad", en L. ARROYO ZAPATERO/A. NIETO MARTÍN/M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Ed. UCLM, Colección Marino Barbero Santos, 2006.
- J.J. LÓPEZ ORTEGA, "La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el sistema de entrega instaurado por la orden europea de detención", en AA.VV.: *Manuales de Formación Continuada 42/2007*, CGPJ, Madrid, 2007, p. 322;
- B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.
- E. MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, Prólogo de Luis Gracia Martín, Ed. Reus, 2007.
- J. MIGUEL ZARAGOZA, "Algunas consideraciones sobre la extradición", en *BIMJ*, 25-III-1995, nº 1738.
- A. MIRANDA RODRIGUES, "O Mandato de detenção europea na via de construção de um sistema penal europeu: um passo o um salto?", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 13, núm. 1, enero/marzo, 2003.
- M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, "¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del *ex-president* y sus *consellers* como ejemplo", en *Diario La Ley*, nº 9096.
- M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, "Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero". Los casos *Caldararu y Aranyosi* como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo", en *Indret*, enero 2017.
- M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, "El principio de reconocimiento mutuo en materia penal y los derechos fundamentales: de la confianza "ciega" a la confianza reservada", en ARROYO JIMÉNEZ, L. (dir.): *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.
- M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, "La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco. ¿Hacia el efecto directo?: Especial referencia al caso *Pupino*", en L. ARROYO ZAPATERO/A. NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal de la UE: Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. UCLM, 2007
- M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Prólogo de Adán Nieto Martín, Ed. Thomson Reuters, 2011.
- A. NIETO MARTÍN, "Editorial", en *La Ley: Unión europea*, 2018, nº 58.
- A. NIETO MARTÍN, "El reconocimiento mutuo en materia penal y el Derecho primario", en L. ARROYO JIMÉNEZ (dir.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.
- A. NIETO MARTÍN, "La cuestionable decisión de los jueces alemanes en el caso *Puigdemont*", en *Almacén del Derecho*, disponible en <http://almacenederecho.org/reconocimiento-mutuo-doble-incriminacion/> (último acceso 21.04.2018).
- A. NIETO MARTÍN, "Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos: La corrupción como ejemplo", en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal

- europé e internacional, 2006, p. 1, disponible en [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/2nieto\\_def.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/2nieto_def.pdf) (último acceso 24.04.2018).
- G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, “La formación del Espacio judicial europeo en materia penal y el principio de reconocimiento mutuo. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en T. ARMENTA DEU/I. GASCÓN INCHAUSTI/M. CEDEÑO HERNÁN (coords.), *El Derecho procesal penal en la UE: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2006.
- B. PASTOR BORGOÑÓN, *Aspectos procesales de la extradición en Derecho español*, Madrid, 1984.
- M.A. PÉREZ CEBADERA, *La nueva extradición europea: La orden de detención y entrega europea*, Ed. Tirant lo blanc, 2008.
- M. PLACHTA, “The Role of Double Criminality in Penal Matters”, en N. JAREBORG (eds.), *Double Criminality – Studies in International Criminal Law*, Uppsala, 1989.
- A. REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, 1999.
- C. ROXIN, *Derecho penal parte general Tomo I; Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, (Luzón Peña, D.M; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.; DE VICENTE REMESAL, J.; trad. y notas), Ed. Thomsom-Civitas, 2ª Ed., Madrid, 2003.
- A. SÁNCHEZ LEGIDO, “La euroorden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14, 2007.
- SÁNCHEZ-VERA, J.: “El ‘Bienvenido Mr. Marschall’ de la extradición de Puigdemont”, en *Blog Fide*, 2.8.2018, disponible en [https://blogs.elconfidencial.com/espana/blog-fide/2018-08-01/extradicion-puigdemont-euroorden\\_1600171/](https://blogs.elconfidencial.com/espana/blog-fide/2018-08-01/extradicion-puigdemont-euroorden_1600171/) (último acceso 14.12.2018). I. SHEARER, *Extradition in International Law*, Manchester UP, 1971.
- V. SILVA MELERO, “La extradición”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica IX*, Barcelona, 1958.
- D. SPINELLIS, “Die Zukunft der Auslieferung in Europa und der Europäische Haftbefehl-Ausichten und Hindernisse vom Standpunkt des griechischen Rechts”, en Fs. GÖSSEL, Heidelberg, 2002.
- G. VERMEULEN/W. DE BONDT/C. TYCKMAN (eds.), *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU. Moving beyond actors, bringing logic back, footed in reality*, IRCP research series Volume 42, 2012.
- J. VOGEL, “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la UE”, en E. BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, Madrid, 2001, Consejo General del Poder Judicial.
- Th. WEIGEND, “Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts”, en *JUS*, 2000.

6. *Tabla de jurisprudencia citada.*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Partes</i>
AAN (Pleno Sala de lo Penal), de 7 de febrero de 1991		
AAN (Sala de lo Penal Pleno), 79/2003, de 13 de junio		
AAN (Sala de lo Penal, Pleno), 1/2017, de 13 de enero		
AAN (Sala de lo Penal, Pleno), 14/2014, de 24 de marzo;		
AAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 32/2002, de 19 de abril;		
AAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), 49/2017, de 13 de diciembre		
AAN (Sala de lo Penal, Sección Pleno) nº 120/2002, de 30 de octubre		
AAN 17/2000 (Sala de lo Penal), de 27 de enero		
AAN nº 11/2002, de 11 de enero		
AAN nº 124/2003, de 3 de octubre		
AAN nº 127/2008, de 22 de octubre		
AAN nº 13/2007, de 2 de febrero		
AAN nº 17/2016, de 7 de marzo		
AAN nº 43/1999, de 3 de marzo		
AAN nº 50/2002, de 24 de mayo		
AAN nº 60/2015, de 19 de mayo		
AAN nº 65/1999, de 11 de enero de 2001		
AAN nº 71/2002, de 15 de julio de 2002		
AAN nº 9/2004, de 31 de enero		
AAN núm. 20/2001, de 19 de abril		
AAN, Sala de lo Penal, Sección 4ª, de 20 de septiembre de 2000		
ATC 102/1997, de 22 de mayo		
ATC 121/2000, de 16 de mayo		

ATC 138/2001, de 27 de enero		
ATC 23/1997, de 27 de enero		
ATC 23/1997, de 27 de enero		
ATC 23/1997, de 27 de enero		
ATC 274/1987, de 4 de marzo		
ATC 372/1983, de 20 de julio		
ATC 403/1983, de 21 de septiembre		
ATC 412/2004, de 2 de noviembre.		
ATC 49/1999, de 4 de marzo		
ATJUE, de 25 de septiembre de 2015, asunto	C-463/15 PPU	Openbaar Ministerie c. A.
ATS 20907/2017, de 5 de diciembre		
ComEDH, decisión de 18 de enero de 1996	Demanda nº 27292/95	Farhad Bakhatiar c. Suiza
ComEDH, decisión de 6 de julio de 1976	Demanda nº 7.512/76	X c. Holanda
ComEDH, decisión de 6 de marzo de 1991	Demanda nº 12.192/86	Polley c. Bélgica
Dabas v High Court of Justice, Madrid [2007] UKHL 6, [2007] 2 AC 31		
STC 11/1983, de 21 de febrero		
STC 156/2002, de 23 de julio		
STC 162/2000, de 12 de junio		
STC 177/1999, de 11 de octubre		
STC 227/1997, de 26 de noviembre		
STC 292/2005, de 10 de noviembre		
STC 293/2006, de 10 de octubre		
STC 82/2006, de 13 de marzo		
STC 83/2006, de 13 de marzo		
STC 83/2006, de 13 de marzo		
STEDH, de 1 de enero de 2010	Demanda nº 2376/03	Tsonyo Tsonev c. Bulgaria
STEDH, de 15 de noviembre de 1996	Demanda nº 22414/93	Chahal c. Reino Unido

STEDH, de 21 de octubre de 2013	Demanda nº 42750/2009	Del Río Prada contra España
STEDH, de 25 de junio de 2009	Demanda nº 55759/07	Maresti c. Croacia
STEDH, de 5 de febrero de 2002, caso Conka c. Bélgica	Demanda nº 51564/99	
STEDH, de 6 de diciembre de 2007, caso Liu c. Rusia	Demanda nº 42086/05	
STEDH, de 8 de junio	Demandas acumuladas nº 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72	Engel c. Holanda
STJUE de 29 de junio de 2017	C-579/15	Poplawski
STJUE, de 1 de diciembre de 2008	C-388/08 PPU	Artur Leymann y Aleksei Pustovarov
STJUE, de 11 de enero de 2017	C-289/15	Gründza
STJUE, de 16 de julio de 2015	C-237/15 PPU	Lanigan
STJUE, de 16 de junio de 2005	C-105/03	Pupino
STJUE, de 23 de enero de 2018	C-367/16	Dawid Piotrowski
STJUE, de 26 de febrero de 2013	C-399/11	Melloni
STJUE, de 3 de mayo de 2007	C-303/05	Advocaten voor de Wereld
STJUE, de 30 de mayo de 2013	C-168/13 PPU	Jeremy F. Contra Premier Ministre