CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 12 de septiembre de 2006 [1]

I. Introducción

1. Les connaissances sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde. [2]

2. El Arbitragehof o Cour d'arbitrage de Bélgica (órgano jurisdiccional encargado del control de constitucionalidad de las leyes), al abrigo del artículo 35 UE, [3] pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la validez de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros. [4]

3. Duda de la armonía de esa Decisión marco con el Tratado de la Unión Europea en dos dimensiones, una formal y otra sustantiva. En la primera, que tiene como telón de fondo el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), discute la base jurídica de la que se ha valido el Consejo, preguntándose sobre la idoneidad del instrumento elegido.

4. Esta sospecha obliga al Tribunal de Justicia a encarar el sistema de fuentes del tercer pilar de la Unión, analizando la naturaleza de las decisiones marco, remedo de las directivas del pilar comunitario. En esta indagación, la sentencia Pupino [5] representa un adecuado punto de partida.

5. En la segunda dimensión, la sustantiva, pone en entredicho una de las novedades, quizás la más relevante, de este método de asistencia entre los Estados miembros para la detención y la entrega de personas: la interdicción, en determinados supuestos, de condicionar el cumplimiento de la euro-

1 — Lengua original: español.

2 — Montesquieu, «De l'esprit des lois», libro décimosegundo, capítulo II, Ed. Gallimard, La Pléiade, Œuvres complètes, París, 1951, tomo II, p. 432.

3 — Bélgica ha aceptado esta atribución prejudicial del Tribunal de Justicia, otorgando a todos los jueces y tribunales la potestad de dirigirle cuestiones (DO 1999, C 120, p. 24).

4 — DO L 190, p. 1.

5 — Sentencia de 16 de junio de 2005 (C-105/03, Rec. p. I-5285).

orden a que los hechos que la motivan también constituyan delito en el Estado de ejecución. El Arbitragehof quiere saber si tal innovación se aviene con los principios de igualdad y de legalidad penal y si respeta, por tanto, el artículo 6 UE, apartado 2.

6. La solución de este dilema exige afrontar, sin vacilación, el papel de los derechos fundamentales en un sector tan sensible como el de la cooperación policial y judicial en materia criminal, una vez proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [6]

7. El reto no parece baladí, pues en algunos Estados miembros la trasposición de la Decisión marco ha quedado fuera de juego por vulnerar garantías ciudadanas. En Polonia, el Trybunał Konstytucyjny (tribunal constitucional), competente para examinar las leyes a la luz de la norma suprema, declaró, en la sentencia de 27 de abril de 2005, [7] que el artículo 607t, apartado 1, del Código procesal penal se opone al artículo 55, apartado 1, de la Constitución [8] por habilitar, sobre la base de la orden europea de detención, la entrega de un nacional a las autoridades de otro Estado miembro. Apenas tres meses más tarde, por similares razones, [9] el Bundesverfassungsgericht alemán (tribunal constitucional federal) se expresó en términos semejantes [10] respecto de la ley de ejecución de la Decisión marco. [11] El Tribunal Supremo de Chipre ha seguido idéntica estela, [12] porque la detención para la ejecución de una euro-orden no se prevé en el artículo 11 de la Constitución. Por el contrario, el Ústavní soud (tribunal constitucional) checo, en sentencia de 3 de mayo de 2006, [13] ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de senadores y de diputados contra la ley de trasposición de la Decisión marco, a la que imputaban la vulneración de la Constitución por habilitar la entrega de nacionales y

6 — DO 2000, C 364, p. 1.

7 — P 1/05. Sobre esta sentencia puede consultarse Komárek, J., «Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación –Un análisis de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal Constitucional polaco–», en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 16, 2005, pp. 627 a 657.

8 — Este precepto reza: «Los ciudadanos polacos no podrán ser extraditados».

9 — El artículo 16, apartado 2, de la Grundgesetz für die Bundesrepublik (ley fundamental de Bonn), prohibía que un alemán pudiera ser entregado al extranjero. Este precepto fue modificado el 29 de diciembre de 2000 para restringir el derecho en ciertos casos determinados por la ley.

10 — Sentencia de 18 de julio de 2005 (2 BvR 2236/04), que estima quebrantado el contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el artículo 16, apartado 2, de la Ley Fundamental de Bonn.

11 — Europäisches Haftbefehlgesetz — EuHbG. El Tribunal Constitucional polaco, haciendo uso del artículo 190 de la Constitución, difirió en dieciocho meses las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad, porque «la euro-orden tiene una importancia crucial para el funcionamiento de la administración de justicia, esencialmente –en cuanto forma de cooperación entre los Estados miembros en el fomento de la lucha contra el crimen– para perfeccionar la seguridad». En cambio, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo efectos inmediatos; así, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, autoridad judicial española competente en la materia [artículo 6, apartado 3, de la Decisión marco, en relación con la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega –*Boletín Oficial del Estado* (en lo sucesivo, «BOE») nº 65, de 17 de marzo de 2003, p. 10244–], considera nulos los trámites de entrega iniciados mediante órdenes emitidas por Alemania, transformándolos en procedimientos de extradición (acuerdo de 20 de septiembre de 2005); una reacción semejante se vislumbra en la sentencia del Areios Pagos (tribunal de casación griego) de 20 de diciembre de 2005 (asunto 2483/2005).

12 — Sentencia de 7 de noviembre de 2005 (asunto 294/2005).

13 — Asunto 66/04.

suprimir el control inherente al criterio de la doble incriminación.

8. Se trata, pues, de un debate de gran envergadura sobre las posibles colisiones entre las constituciones y el derecho de la Unión, en el que el Tribunal de Justicia ha de participar, asumiendo el protagonismo que le corresponde, para situar la interpretación de los valores y de los principios informadores de su ordenamiento en parámetros comparables a los que presiden las estructuras nacionales. [14]

II. El marco jurídico

A. *El Tratado de la Unión Europea*

9. La Unión, que encarna una nueva etapa en el proceso de integración para estrechar los vínculos entre los pueblos de Europa, arraiga en las Comunidades, a las que añade las políticas y las formas de cooperación diseñadas en el propio Tratado (artículo 1 UE). Se cimienta en valores compartidos por los europeos, como la libertad, la democracia, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 6 UE, apartado 1).

10. Precisamente, en los términos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «Convenio de Roma)», según resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, esos derechos se erigen en principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, cuya tutela, en el ámbito de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y del Tratado UE, compete al Tribunal de Justicia [artículo 6 UE, apartado 2, en relación con el artículo 46 UE, letra d)].

11. Entre los propósitos de la Unión figura el de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantice la libre circulación de personas, adoptando medidas de prevención y de lucha contra la delincuencia (artículo 2 UE, apartado 1, cuarto guión), dentro del llamado tercer pilar, que atañe a la cooperación policial y judicial en materia penal (título VI UE).

12. Este tercer pilar aspira a proporcionar a los ciudadanos un alto grado de seguridad, elaborando políticas de prevención y de lucha contra la delincuencia, mediante una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y de la aproximación, cuando proceda, de las normas penales nacionales [artículos 31 UE y 32 UE].

14 — Alonso García, R., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 41, se hace eco de esta necesidad.

13. La acción en el sector judicial comporta, por ejemplo, (a) intensificar la mutua asistencia en la tramitación de las causas y en la ejecución de las resoluciones, (b) facilitar la extradición, (c) compatibilizar las normas aplicables en los Estados miembros, (d) prevenir los conflictos de jurisdicción y (e) instaurar progresivamente normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas, en relación con la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas (artículo 31 UE, apartado 1).

14. A tal fin, el Consejo puede aprobar, por unanimidad [artículo 34 UE, apartado 2, letras a) a c)]:

1) Posiciones comunes, para definir el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto.

2) Decisiones marco, que posibilitan la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias nacionales. Al igual que las directivas en el primer pilar, obligan en cuanto al resultado, dejando a las autoridades internas la elección de la forma y de los medios, pero, en cambio, no tienen efecto directo.

3) Decisiones no armonizadoras, con cualquier otro designio ajustado a los objetivos del tercer pilar, obligatorias y sin eficacia inmediata.

15. También puede firmar convenios internacionales, recomendando su adhesión a los Estados miembros, que entrarán en vigor cuando los ratifiquen la mitad [artículo 34 UE, apartado 2, letra d)].

B. *La Decisión marco 2002/584*

16. Al amparo de los artículos 31 UE, apartado 1, letras a) y b), y 34 UE, apartado 2, letra b), esta Decisión marco responde al deseo de suprimir en la Unión el procedimiento formal de extradición, [15] sustituyéndolo por un sistema simplificado de entrega forense de personas condenadas o sospechosas, para la ejecución de sentencias o de diligencias penales (considerandos primero y

15 — Así lo había recomendado el Consejo Europeo celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 (punto 35 de las conclusiones de la Presidencia).

quinto). En consonancia con este plan, suple, en las relaciones entre los Estados miembros, a los instrumentos internacionales (artículo 31, apartado 1),[16] anteriores o posteriores, que, no obstante, se continúan aplicando cuando superan los objetivos de la Decisión marco o contribuyen a simplificar o a facilitar el cumplimiento de una orden de detención europea (artículo 31, apartado 2).

17. Por consiguiente, se abandona la asistencia entre Estados, instaurando un régimen de libre circulación de resoluciones judiciales, que descansa sobre la recíproca confianza y el reconocimiento mutuo (considerandos quinto, sexto y décimo; artículo 1, apartado 2).

18. El Consejo de la Unión aprobó la Decisión marco ateniéndose a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, con la voluntad de respetar los derechos fundamentales y el artículo 6 UE (considerandos séptimo y duodécimo; artículo 1, apartado 3), hasta el punto de que ha de rechazarse la entrega de un individuo[17] cuando razones objetivas permitan suponer que la orden de detención se ha dictado para inculparlo, castigarlo o perjudicarlo, por motivos basados en el sexo, la raza, la religión, el origen étnico, la nacionalidad, la lengua, las opiniones políticas o la orientación sexual, así como cuando corra grave riesgo de ser sometido a la pena capital, a torturas o a otros tratos inhumanos o degradantes. Aún más, incentiva a los Estados para que tengan en cuenta sus normas constitucionales sobre el derecho a un proceso equitativo[18] y las libertades de asociación, de prensa y de expresión (considerandos duodécimo y decimotercero). También asume el compromiso de proteger los datos de carácter personal que se manejen en la ejecución de la Decisión marco (considerando decimocuarto).

16 — Son los siguientes: (a) el Convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957, y sus protocolos adicionales de 15 de octubre de 1975 y 17 de marzo de 1978, así como el Convenio europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977; (b) el capítulo IV del título III del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 19 de junio de 1990 (DO 2000, L 239, p. 19); (c) el Acuerdo entre los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, de 26 de mayo de 1989; (d) el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 10 de marzo de 1995; y (e) el Convenio de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996. Los dos últimos se concertaron con la cobertura del artículo K.3, apartado 2, letra c), del Tratado de la Unión Europea, precedente inmediato del artículo 34 UE, apartado 2, letra d).

17 — La versión española traduce que «nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas [...]»), pero la voluntad del legislador era, precisamente, la opuesta, como se obtiene, entre otras, de las ediciones francesa («Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs [...]»), inglesa («Nothing in this Framework Decision may be interpreted as prohibiting refusal to surrender a person for whom a European arrest warrant has been issued when there are reasons to believe, on the basis of objective elements [...]»), alemana («Keine Bestimmung des vorliegenden Rahmenbeschlusses darf in dem Sinne ausgelegt werden, dass sie es untersagt, die Übergabe einer Person, gegen die ein Europäischer Haftbefehl besteht, abzulehnen, wenn objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen [...]») o neerlandesa («Niets in dit kaderbesluit staat eraan in de weg dat de overlevering kan worden geweigerd van een persoon tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd, indien er objectieve redenen bestaan om aan te nemen...»).

18 — Punto 24 de estas conclusiones.

19. La euro-orden es una resolución de un juez de un Estado miembro, dirigida a las autoridades de otro Estado miembro para que detengan y pongan a su disposición a una persona, a fin de someterla al ejercicio de acciones criminales o de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad (artículo 1, apartado 1).

20. Reviste naturaleza estrictamente judicial. Es un mecanismo de cooperación entre jueces (artículos 1 y 3 a 6), sin perjuicio del auxilio, meramente práctico y administrativo, llamado a prestarse por el poder ejecutivo (noveno considerando y artículo 7).

21. Se dicta para la persecución de delitos a los que la ley del Estado emisor castiga con penas o con medidas de seguridad privativas de libertad, de una duración máxima de, al menos, doce meses, así como para el cumplimiento de condenas de esa especie no inferiores a cuatro meses (artículo 2, apartado 1). El Estado requerido puede supeditar la entrega a que los hechos se incriminen también en su ordenamiento jurídico (artículo 2, apartado 4).

22. Esta regla, denominada de la «doble tipificación», cede, según el artículo 2, apartado 2, para treinta y dos categorías de conductas, siempre que el Estado demandante las reprima con prisión de un máximo de tres años, cuando menos. El listado comprende las siguientes figuras:

— pertenencia a organización delictiva,

— terrorismo,

— trata de seres humanos,

— explotación sexual de los niños y pornografía infantil,

— tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,

— tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,

— corrupción,

— fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995,

— blanqueo del producto del delito,

— falsificación de moneda, también la del euro,

— delitos de alta tecnología, en particular el informático,

— delitos contra el medio ambiente, comprendiendo el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,

— ayuda a la entrada y a la residencia en situación ilegal,

— homicidio voluntario y agresión con lesiones graves,

— tráfico ilícito de órganos y de tejidos humanos,

— secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,

— racismo y xenofobia,

— robos organizados o a mano armada,

— tráfico ilícito de bienes culturales, en particular de antigüedades y de obras de arte,

— estafa,

— chantaje y extorsión de fondos,

— violación de los derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,

— falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,

— falsificación de medios de pago,

— tráfico ilícito de sustancias hormonales y de otros factores de crecimiento,

— tráfico ilícito de materiales radiactivos o de sustancias nucleares,

— tráfico de vehículos robados,

— violación,

— incendio voluntario,

— delitos propios de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,

— secuestro de aeronaves y de buques,

— sabotaje.

23. El artículo 3 contempla tres motivos de inejecución obligatoria de la orden y el artículo 4, otros siete facultativos. A este grupo corresponden los casos en los que el Estado requerido, del que el condenado es nacional o vecino, se comprometa a hacer cumplir la pena o la medida de seguridad de acuerdo con su derecho interno [artículo 4, punto 6)]. En la misma línea, el artículo 5, punto 3, admite en tales tesituras que, cuando se pretenda entablar una acción penal, la entrega se subordine a que el interesado, tras ser oído, regrese a su Estado miembro para liquidar el castigo que pudiera imponérsele.

24. En el procedimiento, que se cursa con carácter de urgencia y en plazos preclusivos (artículos 17 y 23), el afectado tiene el derecho de audiencia (artículos 14 y 19), de ser asistido por un letrado y por un intérprete (artículo 11, apartado 2), así como de disfrutar de las garantías propias del detenido y, en su caso, de la libertad provisional, con arreglo al ordenamiento del Estado miembro de ejecución (artículo 12).

25. La orden contiene las menciones necesarias para su cumplimiento, en particular las relativas a la identidad de la persona buscada, a la naturaleza y a la tipificación del delito (artículo 8, apartado 1). Las dificultades que se presenten en la tramitación se solventan mediante consulta directa entre los jueces

implicados, con la participación, si procede, de las autoridades administrativas de apoyo (artículo 10, apartado 5).

26. El plazo para cumplir la Decisión marco expiró el 31 de diciembre de 2003 (artículo 34, apartado 1).

III. El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

27. Advocaten voor de Wereld, asociación sin ánimo de lucro, recurrió ante el Arbitragehof la Wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel (ley relativa a la orden de detención europea), de 19 de diciembre de 2003,[19] que traspone al derecho interno la Decisión marco, por entender que infringe los artículos 10 y 11, en relación con los artículos 36, 167, apartado 2, y 168, todos de la Grondwet (norma fundamental belga). Alega que la euro-orden debió regularse en un convenio internacional y que el artículo 5, apartado 5, de la Ley, reflejo en el derecho nacional del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco, vulnera el principio de igualdad, así como la exigencia de *lex certa* en el ámbito criminal.

19 — *Moniteur belge* de 22 de diciembre de 2003, segunda edición, p. 60075.

28. Dados los términos en los que se desarrolla el litigio, la mencionada instancia constitucional ha acordado,[20] antes de resolver, plantear al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas:

«1) ¿La Decisión marco 2002/584 [...] se ajusta al artículo 34 UE, apartado 2, letra b), según el cual las decisiones marco sólo pueden adoptarse para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros?

2) ¿El artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco 2002/584 [...], en la medida en que suprime la comprobación del requisito de la doble incriminación para los delitos que menciona, es conforme con el artículo 6 UE, apartado 2, en particular, con el principio de legalidad en materia penal o con el de igualdad y no discriminación, garantizados por esta norma?»

20 — Abrigo la esperanza de que cunda el ejemplo y de que otros tribunales constitucionales, nada inclinados a asumir sus tareas de jueces comunitarios, inicien con el Tribunal de Justicia un diálogo irrenunciable para construir una Europa unida. En «Reflexiones sobre el Tribunal Constitucional español como juez comunitario», intervención en la mesa redonda «Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario» durante el coloquio organizado en Murcia, en noviembre de 2005, por el Consejo General del Poder Judicial español con el título *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, he criticado las reservas del Tribunal Constitucional español, que se sitúa al margen del debate comunitario.

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

29. La cuestión prejudicial enviada por el Arbitragehof tuvo entrada en el registro del Tribunal de Justicia el día 2 de agosto de 2005. Advocaten voor de Wereld, la Comisión, el Consejo de la Unión Europea, así como los Gobiernos belga, checo, español, finlandés, francés, británico, letón, lituano, neerlandés y polaco han formulado observaciones escritas, habiendo comparecido en la vista celebrada el 11 de julio de 2006, para exponer oralmente sus alegaciones, los representantes de Advocaten voor de Wereld, de los Gobiernos belga, checo, español, francés, neerlandés y británico, así como los del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión de las Comunidades Europeas.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *La base jurídica (primera pregunta)*

30. No se discute que la Decisión marco aborde un contenido propio del tercer pilar de la Unión Europea ni, por ende, la competencia del Consejo para reglamentarlo.[21] La polémica se centra en la fuente de derecho utilizada, pues en el proceso de origen se duda de que una decisión marco sea el instrumento adecuado, por dos razones. Por un lado, porque no se trata de aproximar legislaciones nacionales preexistentes, habida cuenta de que la orden europea de detención supone una figura de nuevo cuño; por otro lado, porque, mediante una decisión marco, no pueden derogarse los precedentes convenios internacionales sobre extradición.

31. Fijado el debate en tales términos, conviene introducirse, en primer lugar, en las entrañas de la euro-orden, para indagar su naturaleza y averiguar si pueden destinársele las previsiones armonizadoras características de una decisión marco. En caso de una respuesta positiva, conviene indagar si el terreno estaba vedado a esta categoría de actos, en virtud del principio *contrarius actus,* por haberse afrontado durante el pasado en pactos interestatales.

21 — La orden de detención europea suministra una respuesta a la preocupación que trasluce en los artículos 2 UE, apartado 1, cuarto guión, 29 UE, párrafo segundo, segundo guión, y 31 UE, apartado 1, letras a) y b). Se caracteriza porque los jueces de un Estado miembro otorgan validez a los mandamientos expedidos por los de otros Estados miembros, contribuyendo a profundizar y a hacer efectiva la cooperación judicial [artículo 31 UE, apartado 1, letra a)]. Si se considera una modalidad de extradición (opinión que no comparto, como expongo líneas más adelante), encaja en la competencia *ex* artículo 31 UE, apartado 1, letra b). En cualquier caso, el listado del repetido artículo 31 no es exhaustivo (emplea la expresión «entre otras»), por lo que un procedimiento que facilita el arresto y la entrega de personas para juzgarlas o para que cumplan una condena mejora el grado de seguridad de los ciudadanos de la Unión, ajustándose plenamente al artículo 29 UE.

32. Sin embargo, antes de discurrir por semejantes derroteros, debo avanzar una solución para la pretensión del Gobierno checo de que no se admita esta pregunta inicial.

1. Sobre la admisibilidad

33. Sostiene el mencionado Gobierno que el análisis de la aptitud de una decisión marco para regular la euro-orden requiere que el Tribunal de Justicia examine una proposición de derecho primario [el artículo 34 UE, apartado 2, letra b)] «que escapa a su control», careciendo, por consiguiente, de jurisdicción para pronunciarse. Este enfoque yerra de raíz, porque, precisamente, en la exégesis de los Tratados y en su defensa frente al derecho derivado, tareas de marcado talante constitucional, reside una de las competencias nucleares de esta Institución.[22]

34. Todos los poderes de la Unión están vinculados y sometidos a los dictados emanados del «constituyente europeo», pero al Tribunal de Justicia le incumbe también preservar su integridad y asegurar su efectividad, protegiéndolos de las desviaciones en las que incurran los otros actores comunitarios. El Arbitragehof no le pide nada extravagante, sino que, ejerciendo sus atribuciones, valore si una previsión del legislador de la Unión casa con un precepto del Tratado,[23] juicio para el que, con carácter preliminar y de manera insoslayable, ha de interpretar y fijar el alcance de la norma de contraste.

35. Insiste, sin embargo, el citado Estado miembro en la inviabilidad de esta primera cuestión, aduciendo oscuridad en el auto de planteamiento sobre los motivos que invalidarían la Decisión marco. Explica que, en la medida en la que la asociación demandante solicita la declaración de inconstitucionalidad de la ley belga de trasposición con el argumento de que dicha Decisión marco no es el instrumento idóneo para aproximar las regulaciones nacionales, debió apoyar su pretensión con los razonamientos pertinentes y el órgano remitente reproducirlos en la resolución de remisión.

36. Las informaciones suministradas por los jueces nacionales han de posibilitar que los intervinientes en este proceso prejudicial pesenten observaciones que proporcionen al Tribunal de Justicia elementos para

22 — Rodríguez-Iglesias, G.C., ha enfatizado el papel del Tribunal de Justicia como tribunal constitucional, «El poder judicial en la Unión Europea», en *La Unión Europea tras la Reforma*, Universidad de Cantabria, 1998, p. 22 y siguientes. Yo mismo he reiterado esta idea [Ruiz-Jarabo, D., «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)», en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 34, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 287 a 291].

23 — La cuestión prejudicial de validez habilita un cauce para controlar, de forma indirecta, la «constitucionalidad» del derecho derivado con ocasión de su aplicación.

suministrar una respuesta útil. [24] Este objetivo se satisface en este caso, pues queda claro que la controversia gira en torno a la capacidad de una decisión marco para organizar el mandamiento europeo de detención, acercando los ordenamientos internos. Así lo han entendido los otros doce participantes en este incidente de cooperación judicial y el propio Gobierno checo, que, pese a lamentarse de la opacidad del Arbitragehof, no ha encontrado ningún inconveniente para entrar en materia. [25]

37. Despejado el camino hacia la cuestión de fondo, procede, pues, analizar este nuevo instrumento de colaboración penal entre los Estados miembros.

2. Euro-orden y extradición

38. Se ha defendido que la orden europea de detención supone una especie del género extradición. La doctrina ha calificado la Decisión marco como un intento de «facilitar» la extradición entre los Estados miembros, [26] una versión moderna, [27] *sui generis,* [28] bajo distinto nombre. [29] El legislador comunitario ha contribuido a la confusión, por acogerse al artículo 31 UE, apartado 1, letra b). Algún alto órgano jurisdiccional nacional también contribuye al equívoco, como el Trybunał Konstytucyjny, calificando de variante de extradición a la entrega para cumplir una orden europea de arresto, [30] si bien lo ha hecho para someterla a los mismos condicionantes desde el ángulo de la protección de los derechos fundamentales garantizados en la norma suprema de dicho Estado miembro. Algo parecido ha realizado el Bundesverfassungsgericht, que equipara tácitamente ambas figuras. [31]

39. No obstante, también se han resaltado

24 — Autos de 8 de julio de 1998, Agostini (C-9/98, Rec. p. I-4261), apartado 5; y de 2 de marzo de 1999, Colonia Versicherung y otros (C-422/98, Rec. p. I-1279), apartado 5.

25 — La solución al dilema sobre la manera en la que la inadecuación de la Decisión marco comporta la inconstitucionalidad de la ley de trasposición no le compete al Tribunal de Justicia, aunque puede aventurarse que, defendiéndose la procedencia de un tratado internacional, se infringiría el artículo 36, en relación con los artículos 167 y 168, de la Grondwet.

26 — Tomuschat C., «Ungereimtes — Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», en *Europäische Grundrechte–Zeitschrift,* 2005, p. 456.

27 — Flore, D., «L'accueil de la Décision cadre relative au mandat d'arrêt européen en Belgique», en *Le mandat d'arrêt européen,* Bruylant, Bruselas, 2005, p. 137. Conway, G., «Judicial Interpretation and the Third Pillar», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* 2005, p. 255, las considera equivalentes.

28 — Keijzer, N., «The double criminality requirement», en *Handbook on the European arrest warrant,* Rob Blekxtoon, Wouter van Ballegooij (editors), La Haya, 2005, p. 139.

29 — Plachta, M., «European Arrest Warrant: Revolution in Extradition», en *Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* 2003, p. 193.

30 — Fundamento jurídico 3 de la sentencia citada en el punto 7.

31 — Sentencia reseñada en la nota 10.

las desemejanzas en el plano legislativo, [32] en el doctrinal [33] y en el jurisprudencial. [34]

40. Mas las posiciones no son tan discrepantes, pues dependen de la perspectiva elegida. Cuando la atención se dirige al resultado, florecen las coincidencias, pero las disparidades descuellan si se repara en los fundamentos de este modo de colaboración y en la forma en la que se desarrolla.

41. El paso de la extradición a la euro-orden implica un giro copernicano. Es obvio que ambas sirven al mismo fin de entregar un acusado o un penado a las autoridades de otro Estado, para juzgarlo o para ejecutar la condena; pero ahí acaban las similitudes.

42. En la extradición entran en contacto dos Estados soberanos, el requirente y el requerido, que actúan desde posiciones autónomas: uno ruega la colaboración del otro, que decide si la presta caso por caso, en atención a motivos que trascienden el universo estrictamente jurídico, para adentrarse en el ámbito de las relaciones internacionales, donde el principio de oportunidad ostenta un papel relevante. Por esta razón la intervención última de responsables políticos y criterios como el de reciprocidad o el de doble incriminación se justifican por provenir de esferas diferentes.

43. El escenario exhibe otro decorado cuando el auxilio se reclama y se proporciona en el seno de un sistema jurídico supranacional de integración, en el que los Estados, renunciando parcialmente a su soberanía, transfieren competencias a instancias ajenas, con capacidad de producción normativa. Esta aproximación, propia del primer pilar de la Unión, [35] opera también en el tercero, intergubernamental pero con una

32 — La exposición de motivos de la Ley española 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (BOE nº 65, de 17 de marzo de 2003, p. 10244), subrayó que introduce «modificaciones tan sustanciales en el clásico procedimiento de extradición que puede afirmarse sin reservas que éste ha desaparecido de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea» (último párrafo).

33 — El propio Plachta, M., en la *op. cit.* en la nota 29, p. 191, pone el acento en las divergencias. Lagodny, O., «"Extradition" without a granting procedure: the concept of "surrender"», en *Handbook on the European arrest warrant*, Tob Blekxtoon, Wouter van Ballegooij (editors), La Haya, 2005, pp. 41 y 42, destaca el carácter judicial de la euro-orden. Por su parte, Jégouzo, I., «Le mandat d'arrêt européen ou la première concrétisation de l'espace judiciaire européen», en *Gazette du Palais — Recueil*, julio-agosto de 2004, p. 2311, aduce que la Decisión marco es innovadora, reemplazando la prerrogativa del poder político por un mecanismo estrictamente procesal.

34 — El Bundesverfassungsgericht, en la repetida sentencia, apunta, sin advertirlo, las diferencias, al afirmar que la Decisión marco ha transformado un pronunciamiento político, exento de control legal, en una ponderación jurídica (fundamento 88, *in fine*).

35 — Desde las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Rec. p. 1), y de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. p. 1141), nadie niega que el derecho comunitario constituya un ordenamiento jurídico singular que, en las materias específicas que integran su acervo, prevalece sobre los derechos de los países miembros.

evidente vocación «comunitaria», como lo ha demostrado la sentencia Pupino, [36] trasladando a las decisiones marco categorías del primer pilar y alguno de los parámetros característicos de las directivas. [37]

44. El nexo no se entabla entre espacios estancos, requiriéndose una comprobación *ad casum,* para verificar que con la ayuda no se desconocen los basamentos de la organización social. Al contrario, se aspira a prestar apoyo a alguien con quien se comparten principios, valores y empeños, [38] erigiendo un entramado institucional, con sus peculiares fuentes del derecho, de diversa fuerza, pero, a la postre, vinculantes, que pretenden prevenir y luchar contra la delincuencia, en un espacio único de libertad, de seguridad y de justicia, facilitando la cooperación entre los Estados o armonizando sus derechos penales.

45. En este contexto, sustentado en la mutua confianza, el respaldo a la cooperación no se deriva de la conjunción de voluntades de origen diverso, sino de una norma común –la Decisión marco–, donde se perfilan los comportamientos que incitan a colaborar. Así, resultan trasnochados los planteamientos en cuya virtud se exige una comprobación individual en aras de la reciprocidad [39] o se otorga a la doble incriminación un valor absoluto, pues, entre los eventuales partícipes, la conducta que origina la petición es igualmente reprochable y un encargo en sentido inverso también sería atendido. Con este espíritu, toda consideración de oportunidad se antoja impertinente, reduciéndose el control al estrictamente jurídico; en otras palabras, las autoridades políticas han de dejar el protagonismo a las judiciales y la apreciación particular para cada supuesto ha de ceder ante otra de índole general, pues esa norma compartida asume la jurisdicción de los tribunales nacionales para perseguir los delitos que relaciona. En suma, ya no hay

36 — El apartado 36 de la sentencia Pupino dice que con independencia del grado de integración que el Tratado de Ámsterdam pretende alcanzar en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa en el sentido del artículo 1 UE, párrafo segundo, es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan recurrido, en su título VI, a instrumentos jurídicos que provoquen efectos análogos a los del Tratado CE, para contribuir a la consecución de los objetivos de la Unión. Sarmiento, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de la decisiones marco», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* nº 10, 2005 (http://www.reei.org), sostiene que este pronunciamiento del Tribunal de Justicia abre las puertas a una gradual «comunitarización» de los terrenos intergubernamentales del Tratado UE. Alonso García, R., en la *op. cit.* en la nota 14, pp. 36 a 38, demuestra que el tercer pilar es un *tertium genus,* «de carácter fuertemente intergubernamental, pero con presencia, al mismo tiempo, de rasgos supranacionales en los instrumentos de intervención y en los mecanismos de control jurisdiccional».

37 — El principio de interpretación conforme (apartados 34, 43 y 47) y el de cooperación leal (apartado 42).

38 — Weigend, Th., «Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts», en *Juristische Schulung,* 2000, p. 110, mantiene que la lucha contra la delincuencia internacional suscita la duda sobre la conveniencia de continuar aferrados a ideas heredadas, que arrancan de una preferencia incondicional de la soberanía estatal, así como de una desconfianza frente a la justicia penal extranjera, y añade que muchos países renunciarían a esa concepción tradicional respecto de aquellos Estados con los que se saben hermanados por una cultura jurídica común y por la atención a los derechos humanos.

39 — Ya en 1880, el Instituto de Derecho Internacional de Oxford entendió que, aunque la reciprocidad en materia de extradición puede reclamarse por la política, no es una exigencia de la justicia [artículo 5 de la resolución de 9 de septiembre de 1880 (Anuario del Instituto, nueva edición abreviada, vol. I, 1875-1883, p. 733]. Tomo la cita de Schultz, H., «Rapport général provisoire sur la question IV pour le X^{e} Congrès international de droit pénal du 29 septembre au 5 octobre 1969 à Rome», en *Revue Internationale de Droit Pénal,* 1968, nº 3-4, p. 795.

Estados soberanos que puedan cooperar en casos individuales, sino miembros de la Unión Europea obligados a auxiliarse, siempre que se hayan perpetrado delitos de interés común. [40]

46. Creo, por tanto, que la extradición y la orden europea de detención y entrega responden a esquemas axiológicos que no coinciden más que en su objetivo. La Decisión marco se sitúa en esta línea, al suprimir la extradición, sustituyéndola por un sistema de entrega entre autoridades judiciales, basado en el mutuo reconocimiento [41] y en la libre circulación de sus decisiones, fruto de un elevado grado de confianza entre los Estados miembros (considerandos primero, quinto, sexto y décimo). Por lo expuesto, se presuponen la reciprocidad y la doble incriminación para determinadas conductas, las de mayor reprochabilidad, tasándose las causas de denegación del apoyo, sin dejar resquicio alguno a la discrecionalidad política (artículos 3 y 4). [42]

47. Este desenlace parece abonar la tesis de quienes defienden que, tratándose de un nuevo modo de proceder, no había nada que armonizar, por lo que no podía regularse la euro-orden en una decisión marco. Pero esta inferencia, por simplista, desconoce la naturaleza de esa fuente del derecho y la esencia de aquel mecanismo.

3. La Decisión marco como fuente armonizadora

48. Este planteamiento quiebra por la premisa mayor, pues la circunstancia de que la orden europea de detención y entrega se diferencie, salvo en su finalidad, de la

40 — Nadie atribuiría categoría de extradición al auxilio jurisdiccional para la entrega de un encausado entre un juez del Land de Baviera y otro del de la Baja Sajonia, o entre uno de la Comunidad Autónoma de Cataluña y otro de la de Andalucía, por lo que tampoco se ha de atribuir si la colaboración se opera en el seno de la Unión Europea. Cabe argumentar en contra que, así como los jueces de un país (Alemania o España) aplican el mismo derecho criminal, cualquiera que sea su sede, los de distintos Estados miembros se someten a diferentes códigos penales, por más que participen de idénticos principios y valores. Pero esta aseveración no es enteramente cierta: por un lado hay sectores armonizados en la Unión, mientras que, por otro, existen preceptos penales en blanco (por ejemplo, los que tipifican delitos contra el medio ambiente, incluidos en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco) que se integran con normas de carácter técnico, cuya promulgación compete a los Länder o a las Comunidades Autónomas, provocando ciertas divergencias en la tipificación dentro de un mismo Estado miembro.

41 — El Consejo Europeo de Tampere erigió el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en piedra angular de la cooperación judicial en la Unión (punto 33 de las conclusiones de la Presidencia). Dicho principio se analiza por Sanz Morán, A.J., «La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material», en *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 81 a 90, donde se reflejan los argumentos de sus detractores.

42 — La Decisión marco se encuadra en un proceso evolutivo que parte del Convenio europeo de extradición de 1957 (artículo 28, apartado 3) y continúa con el de 1996 (artículo 1, apartado 2), dejando la puerta abierta a disposiciones más favorables a la colaboración, recogidas en legislaciones uniformes o recíprocas, organizando la ejecución en el territorio de un Estado de los mandamientos de detención librados en otros. Un ejemplo de este tipo de instrumentos lo ofrece el Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la persecución de delitos graves mediante la superación de la extradición en un espacio de justicia común, hecho en Roma el 28 de noviembre de 2000, que nunca entró en vigor, al haberse iniciado los trámites para la aprobación de la Decisión marco, a la que el Consejo de la Unión calificó de legislación uniforme en el sentido del citado artículo 28, apartado 3, del Convenio de 1957 (Conclusiones sobre la aplicación de la orden europea de detención y su relación con los instrumentos jurídicos de la Unión Europea, Bruselas, 11 de septiembre de 2003 –doc. 12413/03–).

extradición no implica un nacimiento del vacío, sin precedentes en los ordenamientos nacionales que convenga compaginar.

49. La euro-orden, medio indispensable para la instauración de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia (artículos 2 UE y 29 UE), es una manifestación del auxilio jurisdiccional. Consiste en una resolución dictada por un juez con vistas a la detención y a la entrega de una persona por una autoridad judicial foránea, para el ejercicio de acciones criminales o para la ejecución de una sanción penal (artículo 1, apartado 1, de la Decisión marco). Es, pues, un acuerdo regido por el derecho procesal del Estado miembro emisor, que, conforme al principio de reconocimiento mutuo, se asimila en los otros Estados miembros a los pronunciamientos domésticos, por lo que la concertación normativa se revela imprescindible. Los mandamientos de arresto gozan de solera en las leyes de enjuiciamiento criminal nacionales y la Decisión marco les otorga, en algunas circunstancias y bajo ciertas condiciones, repercusión allende las fronteras, exigiéndose, a tal propósito, concordancia entre los regímenes estatales. Su articulado sirve a este propósito, conciliando los modos y los contenidos de la resolución, las formas y los plazos de remisión y de cumplimiento, los motivos de inejecución, así como las garantías que arropan al detenido a lo largo del procedimiento y los efectos de la entrega.

50. Así pues, no se inventa una institución antes inexistente ni se aproximan las diversas regulaciones sobre extradición; se armonizan las figuras de arresto y entrega para el auxilio entre las autoridades judiciales, vigentes en cada Estado miembro. [43]

51. En este reenvío prejudicial no se discuten las potencialidades armonizadoras de la Decisión marco, sino su virtualidad creadora, pero aquí también subyace un equívoco, porque, como acabo de apuntar, la euro-orden, si bien se singulariza de la extradición, no es un hallazgo, sin parangón en los derechos nacionales. [44] De cualquier manera,

43 — Por ejemplo, en España quedan afectados los artículos 273 a 278 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y los artículos 183 a 196 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, de 14 de septiembre de 1882.

44 — Como sugieren el Reino Unido y Francia (apartados 28 a 32 y 10 a 13 de sus memorias, respectivamente), según los artículos 94 CE, 95 CE y 308 CE, cualquier innovación ha de ampararse en el último de esos preceptos, mientras que la armonización de estructuras ya existentes o la coordinación de las reglas básicas de derechos futuros requieren el abrigo de los otros dos. Así, el dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994 (Rec. p. I-5267), dispuso que la Comunidad, en materia de propiedad intelectual, goza de una competencia de armonización de las legislaciones nacionales con arreglo a los artículos 94 CE y 95 CE, debiendo acudirse al artículo 308 CE si concibe nuevos derechos que se superpongan a los derechos nacionales (apartado 59), como fue el caso del certificado complementario de protección para los medicamentos [Reglamento (CEE) nº 1768/92 del Consejo, de 18 de junio de 1992 (DO L 182, p. 1)], según recordó la sentencia de 13 de julio de 1995, España/Consejo (C-350/92, Rec. p. I-1985), apartado 23. La sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento y Consejo (C-377/98, Rec. p. I-7079), señaló, por su parte, que la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (DO L 213, p. 13), se integra en la primera tesitura, la armonizadora, pues no engendra un derecho de raíz comunitaria, sino que se apoya en instituciones nacionales, como las patentes, expedidas conforme a los procedimientos internos, por más que, hasta entonces, tales invenciones no estuvieran previstas en algunos Estados miembros y se introduzcan algunas precisiones y excepciones respecto del alcance de la protección dispensada (apartado 25).

aunque así se sostuviera, nada impediría acudir a este tipo de norma, supuesta la necesidad de aproximación legislativa, pues el Tratado UE no veda su uso en tales coyunturas.

54. El Consejo ha optado en esta ocasión por una decisión marco, por lo que convendría comenzar el análisis indagando si, a la luz del fin perseguido y del camino trazado para lograrlo, hubiera podido acudir a otra categoría de normas. Hay que rechazar la procedencia de una posición común, útil en el ámbito de las relaciones internacionales de la Unión y de los Estados miembros para fijar su opinión sobre un asunto particular (artículo 37 UE), llamada con toda naturalidad a desarrollar sus potencialidades también en el segundo pilar, junto con la acción común (artículo 12 UE). [45]

4. El sistema de fuentes en el tercer pilar: en especial, las relaciones entre las decisiones marco y los convenios

52. El artículo 32 UE, apartado 2, enumera cuatro fuentes de derecho en el tercer pilar y, como matizan el Consejo, la Comisión, los Países Bajos y Bélgica, no las jerarquiza ni las compartimenta, reservando cada clase de normas para una determinada materia. Cualquiera vale, en principio, para todo, sin perjuicio de los límites impuestos por la naturaleza del instrumento y el objetivo marcado, dentro de cuyos márgenes el legislador goza de libertad de elección.

55. Las demás fuentes –decisiones marco, decisiones y convenios– se habilitan para medidas que requieran una trasposición en los derechos nacionales, [46] pero en este asunto no cabe considerar las decisiones a las que se refiere el artículo 34, apartado 2, letra c), pues excluyen toda idea armonizadora, imprescindible para que funcione la orden europea.

53. Ese reducto discrecional permanece inmune al control jurisdiccional, de modo que la decisión que no excede esos contornos, cualquiera que sea su contenido, resulta jurídicamente correcta.

45 — Simon, D., *Le système juridique communautaire,* Presses Universitaires de France, 2ª ed., noviembre de 1998, p. 238, las denomina «actos atípicos». Como muestra, la Posición común de 31 de enero de 2000, relativa a la propuesta de protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones, complementario de la propuesta de Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada (DO L 37, p. 1), o la Acción común 96/443/JAI de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia (DO L 185, p. 5)

46 — Brechmann, W., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag,* Calliess/Ruffert editores, 2ª ed., 2002, artículo 34, punto 6, p. 267.

56. Por tanto, la única alternativa a una decisión marco sería el convenio. El margen de apreciación adquiere la mayor amplitud en la disyuntiva entre ambas especies, procediendo descartar la tesis de que, habiéndose regulado tradicionalmente la extradición entre los Estados miembros en pactos internacionales, su «sucesora», la euro-orden, ha de articularse de igual modo, aduciendo al respecto una supuesta «congelación del rango» de la norma en virtud del principio *contrarius actus*.

a) Inviabilidad de la máxima *contrarius actus*

57. La pauta de que, una vez abordada una materia en una fuente, se afronte siempre en otras del mismo rango, sin posibilidad de rebajar el nivel, no tiene carácter absoluto, pues refleja una garantía ciudadana en el seno de las relaciones entre un poder soberano –el legislativo– y otro –el ejecutivo– esencialmente subordinado, y sus respectivos productos –ley y reglamento–. Cuando el Parlamento se ocupa de un sector, el Gobierno ha de mantenerse al margen e intervenir sólo en la medida en la que la Cámara representativa se lo permita, para completar o integrar sus determinaciones, sin que ningún acto gubernativo pueda inmiscuirse, sustituyendo la voluntad del «titular del poder», salvo que, tras «deslegalización», este último lo habilite y no exista una reserva constitucional de ley. [47]

58. El debate en este extremo carece, pues, de sentido, ya que las fuentes tienen idéntico origen y discurren por igual cauce, tanto las decisiones marco como los convenios internacionales, que se aprueban por unanimidad en el Consejo, a propuesta de un Estado miembro o de la Comisión, después de consultas al Parlamento Europeo (artículo 34 UE, apartado 2, en relación con el artículo 39 UE, apartado 1). [48]

59. La práctica muestra igual desenlace que el análisis dogmático, pues los Estados miembros han sustituido con frecuencia medios de talante convencional por otros propios de estructuras integradoras. Un ejemplo paradigmático es el Convenio de

47 — Los profesores García de Enterría, E., y Fernández, T.R., explican este principio en *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Civitas, 10ª ed., Madrid, 2000, pp. 247 y 248.

48 — Me siento forzado a aludir al presunto déficit democrático de la ordenación mediante decisión marco, que esgrime en el proceso principal la asociación demandante, argumentando que, a diferencia de los pactos internacionales, no requieren para su perfeccionamiento la intervención de las asambleas legislativas nacionales. Para empezar, esa índole de normas y su modo de elaboración están recogidos en un tratado libremente asumido por los Estados miembros, con el protagonismo decisivo de sus respectivas representaciones populares; además, acabo de indicar que en el trámite para su aprobación se oye al Parlamento Europeo, pudiendo sus pares nacionales formular reservas, quienes cuentan con la competencia para aprobar las normas internas de aplicación y desarrollo, si su sistema constitucional exige que tengan rango legal.

27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil,[49] conocido como «Convenio de Bruselas», reemplazado por el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (artículo 68).[50]

60. En tales circunstancias, cabe plantearse si la fórmula del convenio internacional facilita el respeto de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, dejando constreñido al legislador comunitario a utilizarla.

b) Los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad

61. Estos dos principios, plasmados en el artículo 5 CE, rigen en el tercer pilar: el de la subsidiariedad en virtud del artículo 2 UE, *in fine;* el de la proporcionalidad en cuanto herramienta al servicio de la subsidiariedad.[51]

62. La Decisión marco proclama en su séptimo considerando que respeta esos principios y no le falta razón, ya que, al tratarse de ejecutar en el propio territorio los mandamientos de arresto foráneos, en un espacio común basado en la mutua confianza y en el reconocimiento recíproco de pronunciamientos judiciales, la tarea se encara mejor con una visión de conjunto, desde las estructuras de la Unión, que separadamente, aun de forma coordinada, por cada Estado miembro, por lo que la intervención unitaria se imponía, habiéndose acatado, pues, la subsidiariedad.

63. Igualmente habría concurrido ese acatamiento si se hubiera acudido a un acuerdo internacional, pero la discrecionalidad del legislador de la Unión le permitía decantarse por una decisión marco, sin que la irrenunciable proporcionalidad exigiera otra fórmula, ya que, como expongo a continuación, la experiencia así lo aconsejaba, por el fracaso de los pactos concertados en el pasado. Si la adecuación de los fines y los medios requiere que la intervención de la Unión se circunscriba a satisfacer las metas señaladas, parece indispensable recurrir a un instrumento que obliga a los Estados miembros a cumplir los resultados en un plazo cierto.

64. Es decir, ni una supuesta congelación del rango de la norma que tradicionalmente ha regido la entrega de un ciudadano por un Estado a otro, para juzgarlo o purgar una

49 — DO 1972, L 299, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1.

50 — DO 2001, L 12, p. 1. Otros ejemplos los suministran el Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001 (DO L 174, p. 1), sobre obtención de pruebas (artículo 21); el Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (DO L 160, p. 1), atinente a los procedimientos de insolvencia (artículo 44); y el Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (DO L 160, p. 37), de notificación y traslado de documentos judiciales (artículo 20).

51 — La estrecha vinculación entre los dos principios se vislumbra en el citado artículo 5 CE, a cuyo tenor la Comunidad interviene sólo cuando los objetivos de la acción emprendida no puedan conseguirse por los Estados miembros aisladamente (subsidiariedad), limitando su intervención a lo estrictamente necesario (proporcionalidad).

pena, ni el principio de subsidiariedad reducían el margen de maniobra del legislador europeo; pero, aun admitiendo alguna traba a ese margen de maniobra, la decisión marco sería el medio apropiado, en virtud del repetido principio de proporcionalidad y del efecto útil del derecho europeo, vigente también en el tercer pilar, como se deduce de la mencionada sentencia Pupino.

66. Precisamente, las limitaciones inherentes a los tratados internacionales impulsaron la incorporación de un nuevo tipo en el catálogo de fuentes del derecho, que eludiera las dificultades derivadas del albedrío estatal para su revalidación. [53] El Consejo de Tampere hizo explícito el propósito de convertir la Unión en un espacio de libertad, seguridad y justicia, «utilizando plenamente las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam»; [54] resulta muy reveladora la propuesta de la Comisión al indicar que, por razones de eficacia, se optó por una decisión marco, a la vista de los parcos frutos de los Convenios anteriores. [55]

c) La demanda de una mayor efectividad

65. La Decisión marco controvertida no es el primer intento de mejorar la cooperación judicial penal en la Unión. Los Convenios de 1995 y 1996 constituyen sus inmediatos, aunque frustrados, precedentes. Ambos se aprobaron con fundamento en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, pero al día de hoy no se aplican en todos los Estados miembros, ya que algunos no los han ratificado todavía. [52]

67. Los Estados miembros y las Instituciones han de realizar los objetivos del artículo 2 UE y, por ende, mantener y desarrollar el repetido espacio de libertad, seguridad y justicia, estando compelidos en este empeño a emplear las herramientas más adecuadas. Unos y otras se encuentran comprometidos con la efectividad del derecho comunitario en general [56] y con la del de la Unión en

52 — La Comisión recuerda (apartado 22 de su memoria) que los convenios pactados conforme al Tratado de Maastricht no entraron en vigor antes del Tratado de Ámsterdam, por no haber recibido un número suficiente de ratificaciones. En la fecha en la que se aprobó la Decisión marco, los habían secundado doce de los quince Estados miembros existentes a la sazón.

53 — El Consejo sólo recomienda su adopción [artículo 34 UE, apartado 2, letra d)].

54 — Introducción de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

55 — COM(2001) 522 final/2, p. 4, apartado 4.3.

56 — El principio de efectividad incluso acota las competencias procesales de los Estados miembros, exigiéndoles ordenaciones que no hagan en la práctica excesivamente difícil o imposible el ejercicio de las acciones derivadas del derecho comunitario. La sentencia de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), encabeza una larga cadena de pronunciamientos en esta línea, en la que las sentencias de 24 de septiembre de 2002, Grundig Italiana (C-255/00, Rec. p. I-8003), y de 17 de junio de 2004, Recheio-Cash & Carry (C-30/02, Rec. p. I-6051), se sitúan entre los más recientes eslabones.

particular,[57] por lo que el Consejo no sólo podía, sino que debía instaurar el mecanismo de la orden europea de detención y entrega mediante una decisión marco,[58] por lo que no cabe reprocharle el camino elegido.[59]

68. Sugiero, por tanto, al Tribunal de Justicia que, en respuesta a la primera cuestión prejudicial, resuelva que la Decisión marco 2002/584 no infringe el artículo 34 UE, apartado 2, letra b).

B. *La Decisión marco 2002/584 y los derechos fundamentales (segunda cuestión)*

69. Esta Decisión marco se preocupa por las garantías del sujeto destinatario de una orden de detención, haciendo explícito el propósito de salvaguardar sus derechos fundamentales. En los puntos 18 y 24 de estas conclusiones he reflejado ese anhelo de la norma, exponente de un acercamiento a la cooperación penal que trasciende la mera relación bipolar entre Estados, para tomar en consideración una tercera dimensión, la de los derechos inherentes a la persona afectada.[60]

70. El apartado 3 del artículo 1 contiene al respecto una declaración solemne, que, de no haberse incluido, habría de sobreentenderse, pues uno de los cimientos de la Unión radica en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 6 UE, apartado 1), erigidos en principios generales del derecho comunitario, con el alcance que deriva del Convenio de Roma y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (artículo 6 UE, apartado 2).[61]

71. Esta reflexión trae a colación la protección de tales derechos en la Unión y el papel que corresponde al Tribunal de Justicia.

1. La tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea

72. La ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en los tratados originarios no

57 — Ya he avanzado en estas conclusiones que el principio de efectividad inspira la sentencia Pupino, concretándose en los apartados 38 y 42 de esa sentencia.

58 — El Gobierno británico atribuye a la Decisión marco la condición de «indispensable» (apartado 37, *in fine*, de su escrito de intervención).

59 — Esta preocupación por la utilidad inspira el artículo 31, apartado 2, de la Decisión marco, que autoriza a los Estados miembros a aplicar acuerdos bilaterales o multilaterales que trasciendan sus propios objetivos y contribuyan a facilitar o a simplificar los procedimientos de entrega.

60 — Vennemann, N., «The European Arrest Warrant and its Human Rights Implications», en *Zeitschrifr für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, pp. 113 y 114.

61 — La repetida sentencia Pupino recordó que las decisiones marco han de interpretarse conforme al mencionado Convenio (apartado 59).

significó su destierro del ordenamiento. Las Comunidades, fruto de un pacto entre Estados estructurados en torno al sistema democrático, nacieron con vocación de erigirse en organizaciones presididas por el derecho. Se había plantado la semilla en terreno abonado y con el tiempo los derechos subjetivos básicos afloraron, gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

73. Esta labor pretoriana ha fructificado en derechos expresamente reconocidos, así la prohibición de discriminación salarial por razón del sexo, plasmada en el actual artículo 141 CE, [62] pero también en otros sin anclaje directo en el régimen comunitario, como la inviolabilidad del domicilio, [63] la libertad de expresión [64] o, más próximo al objeto de este reenvío prejudicial, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege.* [65]

74. El Tribunal de Justicia se valió de un silogismo sencillo y lógico: las reglas comunes a los derechos nacionales son principios generales del orden jurídico de la Comunidad y, en cuanto tales, merecen ser respetadas, por lo que los derechos fundamentales, garantías compartidas por todos, forman parte de dichos principios y han de protegerse. [66] La tarea integradora en este aspecto parece incuestionable, nutriéndose de fuentes ajenas al derecho comunitario: [67] esos principios generales compartidos por los Estados miembros, [68] los elementos comunes a sus tradiciones constitucionales [69] y los

62 — El caso de la Sra. Defrenne resulta paradigmático. Las sentencias de 25 de mayo de 1971, Defrenne I (80/70, Rec. p. 445), de 8 de abril de 1976, Defrenne II (43/75, Rec. p. 455), y de 15 de junio de 1978, Defrenne III (149/77, Rec. p. 1365), evidencian la evolución en el seno del Tribunal de Justicia.

63 — Sentencias de 14 de abril de 1960, Acciaieria e tubificio di Brescia/Alta Autoridad (31/59, Rec. p. 151); de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión (136/79, Rec. p. 2033); de 21 de septiembre de 1989, Hoechst (46/87 y 227/88, Rec. p. 2859); y de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Rec. p. I-9011).

64 — Sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925); de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659); y de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist (C-101/01, Rec. p. I-12971). Sobre la libertad de expresión de los funcionarios comunitarios puede consultarse la sentencia de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión (C-274/99 P, Rec. p. I-1611).

65 — Sentencias de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545); de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969); de 26 de septiembre de 1996, Arcaro (C-168/95, Rec. p. I-4705); y de 12 de diciembre de 1996, Procesos penales contra X (C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6609).

66 — Esta fórmula aparece por primera vez en la sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold KG/Comisión (4/73, Rec. p. 491), apartado 13.

67 — Rubio Llorente, F., ha analizado con detenimiento este proceso en «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en *La estructura constitucional de la Unión Europea,* Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 113 a 150.

68 — Pescatore P., «Los principios generales del derecho como fuentes del derecho comunitario», en *Noticias C.E.E.,* 1988, nº 40, pp. 39 a 54.

69 — La sentencia Nold KG/Comisión, a la que ya me he referido, declaró que, «al garantizar la protección de estos derechos [se refiere a los derechos fundamentales], [...] ha de inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados» (apartado 13). La sentencia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH (11/70, Rec. p. 1125), precisó que «la salvaguarda de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad» (apartado 4).

instrumentos internacionales de protección de derechos, [70] en especial, el Convenio de Roma. [71]

75. El constituyente comunitario recogió el testigo, incorporó esa jurisprudencia al artículo 6 UE, desde el Tratado de Ámsterdam, y atribuyó la tutela de los derechos fundamentales al Tribunal de Justicia [artículo 46 UE, letra d)].

76. En el año 2000 ocurrió un hecho difícil de soslayar: la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este documento carece de fuerza vinculante, dada la inexistencia de un pronunciamiento con eficacia asumiendo su contenido. [72] Aquella proclamación se articula en una mera declaración política, huérfana de valor jurídico. [73]

77. Pero esta constatación no induce a pensar que nada ha cambiado, como si la Carta fuese papel mojado. En primer lugar, no surge del vacío, sin conexión con el entorno; al contrario, se inserta en una etapa del proceso evolutivo que he expuesto, codificando y reafirmando, según expresa su preámbulo, [74] unos derechos que derivan del acervo común a los Estados miembros, en los planos nacional e internacional, [75] por lo que la Unión ha de respetarlos y el Tribunal de Justicia tutelarlos, según disponen los artículos 6 UE y 46 UE, letra d), cualesquiera que sean la naturaleza jurídica y

70 — En la sentencia Nold KG/Comisión, los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos eran un eco lejano, susceptible de aportar tan sólo «indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario» (apartado 13). Sin embargo, pocos años después, la invocación de esos pactos se hizo expresa [sentencia de 28 de octubre de 1975, Rutili (C-36/75, Rec. p. 1219), apartado 32] y se reveló decisiva [sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartados 18 y siguientes.].

71 — Sentencia Procesos penales contra X, ya citada, apartado 25. Pueden consultarse la sentencia ERT, también referida, apartado 41, así como los pronunciamientos que enumera. En el mismo sentido, el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, emitido con arreglo al artículo 228 del Tratado CE –actualmente artículo 300 CE, tras su modificación– (Rec. p. I-1759), apartado 33.

72 — La situación cambiaría de ratificarse y de entrar en vigor el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europea, cuya parte II incorpora la Carta.

73 — Díez-Picazo, J.M., «Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 21 a 42, en particular, p. 39.

74 — «La presente Carta reafirma [...] los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.»

75 — Aunque no se suscita en el auto de reenvío, se ha de subrayar la ausencia de un derecho universalmente admitido a no ser extraditado. Algunos Estados, como Alemania, Chipre, Finlandia y Polonia, lo atribuyen a sus ciudadanos, pero los ordenamientos de otros muchos no confieren a esa garantía el carácter de fundamental, quedando al margen de las tradiciones constitucionales comunes. Austria, Portugal y Eslovenia revisaron los textos constitucionales para permitir la entrega de sus nacionales.

la capacidad del texto aprobado en diciembre de 2000.[76]

78. En segundo lugar, la Carta figura en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues los abogados generales la han interpretado, trascendiendo su talante meramente programático y declarativo;[77] además, el Tribunal de Primera Instancia la ha utilizado en algunas de sus resoluciones.[78] Sin embargo, en las sentencias del Tribunal de Justicia rara vez aparece la Carta,[79] ni siquiera para refutar la posición de sus abogados generales, y sólo en fechas muy recientes, hace apenas dos meses, cuando la sentencia Parlamento/Consejo[80] anunció un golpe de timón, fallando que, si bien no es un instrumento jurídico vinculante, ha de significarse su importancia (apartado 38).

79. Se ha de abandonar, pues, ese mutismo, y la Carta ha de imponerse como herramienta interpretativa de primer orden en la defensa de las garantías ciudadanas que pertenecen al patrimonio de los Estados miembros. El reto se ha de encarar con prudencia, pero con vigor, con plena convicción de que, si la protección de los derechos fundamentales reviste carácter imprescindible en el pilar comunitario, se hace igual-

76 — Alonso García, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en la *Encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 151, precisa que la falta de fuerza vinculante no implica negación de efectos, como lo demuestra el papel desempeñado por el propio Convenio de Roma, que, aun no obligando jurídicamente a la Comunidad, ha funcionado como una fuente inspiradora esencial en la configuración de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia. Carrillo Salcedo, J.A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de derecho comunitario*, 2001, p. 7, sostiene que dicho documento facilita la fijación de criterios para valorar la legitimidad de la actuación de los poderes públicos en la Unión. Por su parte, Rodríguez Bereijo, A., «El valor jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza», en *Encrucijada...*, p. 220, parafraseando al antiguo Comisario Antonio Vittorino, augura que la Carta logrará carácter preceptivo mediante su interpretación por el Tribunal de Justicia, en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del derecho comunitario.

77 — El abogado general Tizzano, en las conclusiones de 8 de febrero de 2001 en el asunto BECTU (sentencia de 26 de junio de 2001, C-173/99, Rec. p. I-4881), razona que, no obstante su falta de fuerza vinculante, «no puede ignorarse, en un procedimiento que versa sobre la naturaleza y el alcance de un derecho fundamental, las formulaciones pertinentes de la Carta y [...] tampoco [...] su evidente vocación de servir, cuando sus disposiciones lo permitan, como parámetro de referencia fundamental para todos los actores [...] de la escena comunitaria» (punto 28). Meses más tarde, el 10 de julio de ese año, el abogado general Léger sugiere en sus conclusiones del asunto Consejo/Hautala (sentencia de 6 de diciembre de 2001, C-353/99 P, Rec. p. I-9565), que la Carta es un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales (punto 83), porque proclama unos valores que «tienen en común el ser compartidos unánimemente por los Estados miembros [...] Es innegable que la Carta ha situado los derechos que incluye en el más alto nivel de los valores comunes de los Estados miembros» (punto 80). Yo mismo, en las conclusiones de 4 de diciembre de 2001 en el asunto Überseering (sentencia de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, Rec. p. I-9919), asumo que la Carta, «sin constituir *ius cogens* propiamente dicho [...], proporciona una fuente preciosísima del común denominador de los valores jurídicos primordiales en los Estados miembros, de donde emanan, a su vez, los principios generales del derecho comunitario» (punto 59). Otros abogados generales se han unido al empeño.

78 — La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2002, max.mobil/Comisión (T-54/99, Rec. p. II-313), aplicó, por un camino indirecto, el artículo 47 de la Carta, explicando que el control judicial de la actividad de la Comisión y, por consiguiente, el derecho a la tutela judicial efectiva forman parte «de los principios generales del Estado de derecho, comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros» (apartado 57). De igual manera procedieron las sentencias de 3 de mayo de 2002, Jégo-Quéré/Comisión (T-177/01, Rec. p. II-2365), apartados 42 y 47; de 15 de enero de 2003, Philip Morris y otros/Comisión (T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 y T-272/01, Rec. p. II-1), apartado 122; y de 5 de agosto de 2003, P&O European Ferries (Vizcaya) y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión (T-116/01 y T-118/01, Rec. p. II-2957).

79 — La sentencia de 23 de octubre de 2003, RTL Televisión (C-245/01, Rec. p. I-12489), se refirió de manera retórica al artículo 11, apartado 2, de la Carta, al consagrar la libertad de opinión (apartado 38). La sentencia de 12 de mayo de 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia y ERSA (C-347/03, Rec. p. I-3785), hizo una alusión de similar cariz al artículo 17 de la Carta (apartado 118).

80 — Sentencia de 27 de junio de 2006, C-540/03, aún no publicada en la Recopilación.

mente irrenunciable en el tercer pilar, capaz de incidir, por la propia naturaleza de su contenido, en el núcleo de la libertad personal, presupuesto de las demás.

80. Tal vez se evite así la reedición de desencuentros pasados con las instancias nacionales, reticentes con la capacidad de las Instituciones de la Comunidad para tutelar los derechos fundamentales. [81]

81. Esta tarea tuitiva se cumple en tres planos diferentes, [82] el nacional, el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea, pero parcialmente coextensos y, lo más relevante, imbuidos de idénticos valores. Las encrucijadas son múltiples y los solapamientos posibles, pero no hay inconveniente insuperable en el respeto de las competencias ajenas, albergando la confianza en que todos las ejerzan con plenas garantías para el sistema de convivencia. El diálogo entre los intérpretes constitucionales supremos en Europa permite cimentar un discurso común.

82. Así pues, en el supuesto ahora planteado el Tribunal de Justicia ha de responder al espíritu de los artículos 20 y 49 de la Carta, que proclaman, respectivamente, los principios de igualdad ante la ley y de legalidad de los delitos, ampliamente admitidos en los panoramas constitucionales de los Estados miembros, acudiendo, si fuera menester, a las jurisprudencias nacionales y a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre de los artículos 14 y 7 del Convenio de Roma.

81 — El Bundesverfassungsgericht, en la decisión Solange I, de 29 de mayo de 1974 (2 BvL 52/71), puso en solfa la aptitud de las Instituciones de la Comunidad para tutelar los derechos fundamentales y confirmó su competencia en tanto la protección no fuese equivalente a la nacional. El mencionado pronunciamiento supuso un auténtico revulsivo, que tuvo temprano reflejo en las páginas de la Recopilación de la jurisprudencia comunitaria, hasta el punto de que en 1986, en la decisión Solange II, de 22 de octubre de dicho año (2 BvR 197/83), el mencionado tribunal constitucional señaló que las Comunidades disfrutaban de un sistema de protección comparable al de la Ley Fundamental de Bonn y anunció que en el futuro se abstendría de controlar las medidas del derecho comunitario derivado, aunque se hiciese valer su oposición a los derechos fundamentales [Rodríguez Iglesias, G.C., y Woelker, U., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad (La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986)», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, vol. 14/1987, nº 3, pp. 667 a 685]. A idéntico espíritu que la decisión Solange II responden la sentencia del Trybunał Konstytucyjny, sobre el Tratado de Adhesión de Polonia, de 11 de mayo de 2005 (asunto K 18/04), y la más reciente del Ústavní soud checo, de 8 de marzo de 2006, ya citada. Sin embargo, me temo que la sentencia del Bundesverfassungsgerich sobre la ley alemana de trasposición de la Decisión marco se alimenta de aquella vieja desconfianza, reaccionando frente a las limitaciones del control jurisdiccional en el tercer pilar (carácter dispositivo del reenvío prejudicial, acotamiento de la legitimación para instar el recurso de anulación e inexistencia de un recurso por incumplimiento). No deja de ser paradójico que, allí donde la incidencia de la Unión en la esfera inviolable de la persona reviste más intensidad, se aplique cierta «restricción jurisdiccional», según expresión empleada por Alonso García, R., y Sarmiento Ramírez-Escudero, D., «Los efectos colaterales de la Convención sobre el futuro de Europa en la arquitectura judicial de la Unión: ¿hacia una jurisdicción auténticamente constitucional europea?», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, enero-marzo 2003, p. 136.

82 — Capotosti, P.A., «Quelles perspectives pour les rapports entre la Cour constitutionnelle et la Cour de Justice des Communautés européennes?», informe aportado al *Coloquio sobre la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales*, celebrado en Luxemburgo el 3 de diciembre de 2002, con ocasión del 50º aniversario del Tribunal de Justicia, advierte de un «constitucionalismo de múltiples niveles» (p. 6).

2. El artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco 2002/584 y el principio de igualdad

a) La igualdad ante la ley

83. El Arbitragehof quiere saber si respeta este derecho fundamental la previsión de que, en la ejecución de una euro-orden para las conductas contempladas en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco, no haya que comprobar, a diferencia de lo que ocurre con las demás infracciones, su incriminación en los dos Estados miembros afectados.

84. Para analizar este extremo del reenvío, conviene detenerse en la estructura del artículo 2 de la Decisión marco, con el fin de aclarar el equívoco que se adivina tanto en el propio reenvío, como en algunas de las observaciones depositadas en este procedimiento prejudicial. Para que una orden de detención europea funcione, basta con que la conducta se castigue en el Estado miembro emisor con una sanción de determinada duración (apartado 1), si bien cabe supeditar la entrega a su consideración como delito en el país destinatario (apartado 4). Esta posibilidad desaparece, sin embargo, para los treinta y dos tipos de comportamientos del apartado 2. [83]

85. Por consiguiente, juzgo incorrecto sostener que el sistema de la euro-orden se basa en el principio de la doble incriminación, a excepción de las conductas del artículo 2, apartado 2. Al contrario, la persecución en el Estado requirente es la única premisa exigible, aun cuando se consiente que los Estados miembros, al trasponer la Decisión marco, [84] o sus tribunales, al cumplir una orden de detención particular, [85] condicionen la ejecución del mandato a la tipificación en su ordenamiento, opción que no opera

83 — El apartado 3 habilita al Consejo para ampliar por unanimidad el listado.

84 — Así sucede en Bélgica, pues el artículo 5, apartado 1, de la Ley de de 19 de diciembre de 2003, ya citada, deniega la ejecución de la euro-orden si los hechos no constituyen una infracción penal conforme al derecho belga.

85 — La Ley española 3/2003, de 14 de marzo, referenciada en la nota 32, prefiere esta alternativa y deja en manos del juez la decisión [artículo 12, apartado 2, letra a), en relación con el artículo 9, apartado 2].

respecto de las infracciones enunciadas en el repetido apartado 2. [86]

86. En esta encrucijada, la pregunta del Arbitragehof se dirige a un oráculo erróneo, pues no debería imputar el denunciado trato desigual al legislador de la Unión, sino a la normativa estatal o a la decisión judicial nacional, según los casos, cuyo control no compete al Tribunal de Justicia.

87. Si se entendiera que, de cualquier modo, la causa remota de la vulneración radica en la Decisión marco, por instaurar un régimen diverso dependiendo de la índole de los hechos, la cuestión carecería igualmente de consistencia.

88. Planteada en dichos términos, la duda se circunscribe a la abstracta igualdad ante la ley, quedando, de momento, fuera de debate la que atañe a su aplicación, así como la prohibición de discriminación por razón de circunstancias personales o sociales. [87]

89. La ley ha de tratar a los ciudadanos de un modo igualitario, estándole vedado abordar situaciones comparables de manera

86 — En realidad, no desaparece la doble incriminación, sino su comprobación, porque, dada la índole de las conductas enumeradas, se reprochan en todos los Estados miembros, como el homicidio voluntario, las lesiones graves, el secuestro, la detención ilegal, la toma de rehenes, los robos organizados o a mano armada y la violación. Otro problema, del que me ocupo más adelante, es el del contenido que, en cada sistema nacional, se otorgue a estas figuras (puntos 96 y siguientes). De cualquier manera, el listado del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco describe comportamientos armonizados como delitos o en trance de serlo, y otros castigados, sin duda, universalmente. Así, la Resolución del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, sobre prevención de la delincuencia organizada y la adopción de una estrategia global para combatirla (DO C 408. p. 1), y el Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, con sus protocolos complementarios. Sobre el terrorismo, puede consultarse la Decisión marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002 (DO L 164, p. 3), y sobre la trata de seres humanos, la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (DO L 203, p. 1). Sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, la Decisión marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003 (DO 2004, L 13, p. 44). Sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas, el Convenio de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988. Sobre la delincuencia económica, la Decisión marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo de 2000, relativa al fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (DO L 140, p. 1), modificada por la Decisión marco 2001/888/JAI, de 6 de diciembre de 2001 (DO L 329, p. 3); la Decisión marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo de 2001, que aborda la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (DO L 149, p. 1); y la Decisión marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, que se ocupa del blanqueo de capitales, la identificación, el seguimiento y el embargo, la incautación y el decomiso de los instrumentos y de los productos del delito (DO L 182, p. 1). Sobre la corrupción, el Convenio establecido con base en la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 195, p. 2), y la Decisión marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, que armoniza las legislaciones nacionales para perseguir penalmente la corrupción en el sector privado (DO L 192, p. 54). Sobre el delito informático, la Decisión marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información (DO L 69, p. 67). Sobre la protección penal del medio ambiente en la Unión Europea, la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003 (DO L 29, p. 55), anulada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de septiembre de 2005, Comisión/Consejo (C-176/03, Rec. p. I-7879), por entender que la materia ha de regularse en el pilar comunitario, mediante una directiva. Sobre la protección de las víctimas en los casos de inmigración ilegal, la Decisión marco 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el entorno penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328, p. 1). Por último, sobre el racismo y la xenofobia, la Acción común de 15 de julio de 1996, mencionada en la nota 45.

87 — En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el precepto pertinente sería el artículo 20, a cuyo tenor «todas las personas son iguales ante la ley». El artículo 14 del Convenio de Roma asegura la igualdad en el goce de los derechos y libertades que proclama, mientras que el Protocolo número 12, de 4 de noviembre de 2000, que entró en vigor el 1 de abril de 2005, incluye una prohibición general de discriminación.

diferente ni someter las disímiles a regímenes idénticos. No obstante, posee un amplio margen de configuración, para segregar tesituras semejantes, siempre que suministre una explicación objetiva y prudencial. En este empeño, la justificación reúne tales cualidades si la finalidad y los efectos buscados son legítimos, concurriendo entre una y otros una adecuada relación de proporcionalidad, que cierre el paso a desenlaces especialmente gravosos o desmedidos. [88]

90. Pues bien, estimo que en este asunto los términos en contraste no son comparables. Por un lado, se confrontan hechos; no se atiende al estatuto personal, sino a la naturaleza de la contravención, por lo que no se da una discriminación subjetiva. Por otro lado, no hay parangón en la perspectiva de su persecución criminal entre los individuos que realizan conductas variadas, sin igual relevancia y de diversa reprochabilidad; la dispar gravedad de la infracción impide equipararlos.

88 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros (117/76 y 16/77, Rec. p. 1753), apartado 7; de 13 de junio de 1978, Denkavit (139/77, Rec. p. 1317), apartado 15; de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comisión (C-110/03, Rec. p. I-2801). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002, Fretté contra Francia (Recueil des arrêts et décisions 2002-I), apartado 34, y de 13 de julio de 2004, Pla y Puncernau contra Andorra (Recueil des arrêts et décisions 2004-VIII), apartado 61. Sentencias del Tribunal Constitucional español 75/1983 (suplemento del BOE nº 197, de 18 de agosto de 1983), fundamento jurídico 3º; 46/1999 (suplemento del BOE nº 100, de 27 de abril de 1999), fundamento jurídico 2º; y 39/2002 (suplemento del BOE nº 63, de 14 de marzo de 2002), fundamento jurídico 4º.

91. Mi opinión no cambia si, valorando las consecuencias de la ejecución de una euroorden (detención, entrega, sometimiento a una causa penal, cumplimiento de una sentencia), se aprecia que los afectados se encuentran en parecido trance, cualquiera que sea la infracción que provoque su apresamiento, pues la diferenciación se revela objetiva, razonable, equitativa y proporcionada.

92. Es objetiva porque responde a criterios exógenos al individuo, de carácter autónomo, mesurables con parámetros abstractos y generales, eludiendo todo voluntarismo selectivo: la naturaleza de la contravención y la pena que tiene asignada.

93. También es razonable y justificada porque se orienta hacia uno de los designios de la Unión Europea: la lucha contra la criminalidad en un espacio de seguridad, de justicia y de libertad (artículo 2 UE, cuarto guión, en relación con el artículo 29 UE). El listado del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco comprende figuras delictivas que, como señala el Gobierno español en su notable escrito de intervención (apartado 121), afectan gravemente a bienes jurídicos necesitados de especial protección en Europa, requiriéndose que en el Estado de

emisión del mandamiento de arresto se castiguen con penas de cierta intensidad. [89] Son comportamientos en los que la comprobación de la doble incriminación se antoja superflua, pues se repudian en la generalidad de los Estados miembros. [90]

94. Para terminar, la proporcionalidad de la medida resulta indiscutible, ya que el distinto régimen no tiene mayor relieve que asegurar la entrega del perseguido o condenado por un delito grave a las autoridades de un sistema judicial homologable con el propio, que respeta los principios del Estado de derecho y garantiza al interesado sus derechos fundamentales, incluidos los que operan en el curso del proceso penal.

b) La igualdad en la aplicación de la ley

95. Acabo este capítulo de las conclusiones donde empieza la asociación demandante en el litigio principal sus observaciones, aludiendo a aquellos supuestos, verdaderamente extravagantes, [91] en los que un Estado miembro entrega un individuo, en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco, por una conducta impune en su territorio. [92] Esta situación no incumbe al principio de igualdad, pues no hay discriminación respecto de uno mismo, procediendo reiterar que, a efectos de ese principio, toda euro-orden librada para la detención de una persona sospechosa o condenada en un país de la Unión por una de las infracciones previstas en el mencionado artículo 2, apartado 2, y castigada con una sanción de la gravedad señalada en el propio precepto, se ejecuta haciendo abstracción de sus circunstancias personales y sociales.

96. En el auto de remisión se desliza otra dimensión de esta queja, anunciando un

89 — Se integran los delitos que el artículo 29 UE cita expresamente, los atribuidos a la competencia de Europol en el anexo del Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (DO 1995, C 316, p. 2), así como aquellos sobre los que reace una obligación general de persecución en el derecho internacional.

90 — Algunos autores opinan que el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco recoge el «consenso» de los Estados miembros en materia penal (Von Bubnoff, E., «Institutionelle Kriminalitätsbekämpfung in der EU — Schritte auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungs- und Verfolgungsraum», en *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2002, p. 226; Combeaud, S., «Premier bilan du mandat d'arrêt européen», en *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 495, 2006, p. 116; y Hecker, B., *Europäisches Strafrecht*, Berlín, 2005, p. 433).

91 — Son supuestos extraordinarios, porque el doble criterio empleado (la naturaleza de la infracción y la importancia de la sanción) impide normalmente que un Estado miembro deba cursar un mandato de arresto por un hecho no perseguido en su ordenamiento. Me cuesta imaginar un comportamiento que, castigado en un país de la Unión con una pena o una medida de seguridad de un máximo de al menos tres años, sea lícito en otro.

92 — El Gobierno finlandés recuerda (apartado 49 de sus observaciones) que en materia penal rige el principio de territorialidad, de suerte que un ciudadano extranjero culpable de un delito perpetrado en Finlandia no puede eludir su responsabilidad, aduciendo que la conducta que se le reprocha no se castiga en su país de origen. En cuanto al ejercicio extraterritorial del *ius puniendi*, la Decisión marco permite (artículo 4, apartado 7) que un Estado miembro rechace una euro-orden por unos hechos cometidos en todo o en parte en su jurisdicción, o incluso fuera, si su legislación no los persigue.

riesgo de interpretación discordante del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco, por la imprecisión de las definiciones que contiene.

97. Suscitada la cuestión en tales términos, parece evidente que esa contingencia carece de virtualidad para poner en entredicho la corrección de la norma, que no responde de futuras e hipotéticas discriminaciones con ocasión de su aplicación. Subyace aquí una confusión entre la igualdad en la ley y la que opera al tiempo de su ejecución. La primera, de carácter material y encaminada a asegurar la identidad de trato de los iguales, quiebra cuando la norma, sin fundamento racional, les somete a regímenes disímiles, mientras que la segunda, de talante formal, se vulnera cuando un órgano llamado a ejecutarla la entiende en un supuesto singular de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en situaciones semejantes. No hay, pues, desigualdad en la aplicación de la ley, cuando los pronunciamientos discrepantes proceden de varios tribunales, que actúan en el legítimo ejercicio de su potestad de juzgar; la igualdad no reclama que órganos independientes mantengan una hermenéutica coincidente. Sería un sarcasmo tachar de discriminatoria una ley porque pueda recibir exégesis diferentes, susceptibles de unificarse a través de las pertinentes vías de recurso.

98. De cualquier manera, hay que esperar a comprobar si los desajustes anunciados se producen, no obstante las cautelas que el sistema establece para evitarlos. La propia Decisión marco suministra herramientas útiles al respecto, arbitrando el intercambio preciso de información y la consulta directa entre los jueces implicados; [93] además, si alguna duda persiste sobre el sentido de los conceptos que emplea el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco, la cuestión prejudicial del artículo 35 UE abre el cauce idóneo para un entendimiento uniforme en el territorio de la Unión.

99. El riesgo vaticinado, rémora de la falta de armonización de los derechos penales nacionales, no concierne al principio de igualdad, vinculándose con la exigencia de certidumbre en las relaciones jurídicas, singularmente en las que se entablan de forma coercitiva entre el poder público y los ciudadanos. Esta constatación me lleva al otro aspecto de la segunda cuestión prejudicial.

3. El artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco y el principio de legalidad penal

100. Este principio, [94] expresado en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine*

93 — El artículo 8 de la Decisión marco expone de forma detallada las menciones que debe contener la orden de detención, destinándose en el formulario previsto un apartado, el «e)», para describir los hechos, con su calificación jurídica. Cualquier dato que interese al juez del Estado miembro de ejecución, se solventa consultando directamente al remitente.

94 — Rolland, P., *La Convention européenne des droits de l'homme (commentaire article par article)*, Ed. Economica, 2ª ed., París, 1999, p. 293, lo ha tildado de fundamento de la civilización jurídica europea.

lege y plasmado en el artículo 7, apartado 1, del Convenio de Roma, así como en el artículo 49, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorpora, según la formulación ya clásica del Tribunal Constitucional español,[95] una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; la segunda, de carácter formal, se predica del rango de las normas que tipifican aquellas conductas y regulan las sanciones, que en el sistema español,[96] como en el de la mayoría de los Estados miembros, se identifica con la ley, aprobada por el poder legislativo, depositario de la soberanía popular.

101. Respondiendo a la tesis de la asociación demandante en el litigio principal, el Arbitragehof quiere dilucidar si el elenco de conductas del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco cumple con la garantía de orden material, habida cuenta de su vaguedad e imprecisión.

102. Esta garantía refleja la seguridad jurídica en el ámbito penal[97] y adquiere una mayor intensidad por afectar a valores básicos, como la libertad personal. Su objetivo radica en que los ciudadanos sepan de antemano las comportamientos de los que han de abstenerse y las consecuencias que acarrea su comisión *(lex previa),*[98] lo que comporta la definición estricta y sin ambigüedades de los tipos delictivos *(lex certa),* de modo que los ciudadanos, a partir de su redacción y, cuando proceda, con el auxilio de los tribunales,[99] conozcan de forma

95 — Sentencias 42/1987 (suplemento del BOE nº 107, de 5 de mayo de 1987), fundamento jurídico 2º; 22/1990 (suplemento del BOE nº 53, de 2 de marzo de 1990), fundamento jurídico 7º; y 276/2000 (suplemento del BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2000), fundamento jurídico 6º.

96 — El principio de legalidad se forjó en los ámbitos «penal» y «fiscal», durante la Baja Edad Media, como límite a las prerrogativas del soberano. En España, las comunidades, las villas y las ciudades condicionaron la votación de subsidios en favor de la Corona y el castigo de ciertas conductas a la aprobación por asambleas («cortes») representativas. La maduración de un «pactismo» entre monarquía y «sociedad política», que consolidó la organización política estamental y bloqueó un mayor desarrollo de la autoridad regia, es una constante, aunque con importantes diferencias y matices, en la formación de los reinos de la España del Medievo. En Aragón y Navarra las Cortes conquistaron facultades de control legislativo y hacendístico entre las postrimerías del siglo XIII y mediados del XIV (Ladero Quesada. M.A., «España: reinos y señoríos medievales», en *España. Reflexiones sobre el ser de España,* Real Academia de la Historia, 2ª ed., Madrid, 1998, pp. 95 a 129). En Castilla, esta institución, que experimentó su apogeo en los siglos XIV y XV, siempre tuvo un perfil más bajo y, aun cuando desempeñó un papel primordial en la vida política, sus competencias fueron más reducidas (Valdeón, J., «Los reinos cristianos a fines de la Edad Media», en *Historia de España,* Ed. Historia 16, Madrid, 1986, pp. 391 a 455, en especial, pp. 414 a 423).

97 — La abogada general Kokkot se expresa con parecidos términos en el punto 41, *in fine,* de las conclusiones del asunto en el que se dictó la sentencia Pupino, ya aludida.

98 — Según la sentencia de 12 de diciembre de 1996, Procesos penales contra X, ya citada, el principio de legalidad «se opone a que se incoen actuaciones penales por una conducta cuyo carácter reprensible no resulta claramente de la ley» (apartado 25). En las conclusiones de ese asunto, sostengo que tal principio «confiere a todos la seguridad jurídica de que su conducta sólo merecerá el reproche penal, si ha vulnerado una norma nacional que, previamente, la tipifique como infracción de ese género» (punto 53).

99 — Incluso, de un asesoramiento jurídico apropiado [sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 219].

razonablemente predecible las acciones o las omisiones que les comprometen penalmente, repudiándose las exégesis analógicas y extensivas *in peius*, así como las aplicaciones retroactivas. [100]

103. Por tanto, el principio de legalidad interviene en el derecho penal sustantivo como un mandato dirigido al legislador, en el momento de describir los delitos y las penas, y al juez, cuando los analiza y aplica en un proceso criminal. [101] En otras palabras, se proyecta al ejercitar el *ius puniendi* del Estado o al ejecutar decisiones con verdadero sentido sancionador, por lo que difícilmente la Decisión marco puede quebrantarlo, ya que no instaura ningún castigo, [102] ni siquiera pretende armonizar los sistemas penales de los Estados miembros, limitándose a estructurar un mecanismo de auxilio entre jueces de distintos países en un proceso, para determinar a quien se imputa la perpetración de un delito o para cumplir una condena. Ese instrumento de cooperación se supedita a algunas condiciones, pues las penas o las medidas imponibles han de revestir cierta entidad, pudiéndose exigir, además, su tipificación en el Estado del juez que presta su concurso, salvo en los delitos contemplados en el artículo 2, apartado 2, «tal como se definen en el derecho del Estado miembro emisor».

104. Así pues, la certeza que requiere este principio ha de reclamarse al derecho penal sustantivo de ese Estado emisor y, por ende, a su legislador y a su juez, para iniciar el proceso penal y resolverlo, si corresponde, con una condena. Es evidente que una euroorden correctamente cursada se funda en hechos legalmente considerados como delito en ese Estado. El ordenamiento penal del país de ejecución del mandamiento sólo ha de prestar la colaboración interesada y, si la

100 — Las sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 25 de mayo de 1993, Kokkinakis contra Grecia (asunto 14307/77, A 260-A), apartado 52; de 22 de noviembre de 1995, S.W. contra el Reino Unido (asunto 20166/92, A 335-B), apartado 35; y de 22 de marzo de 2001 (asuntos 34044/96, 35532/97 y 44801/98, Recueil des arrêts et décisions 2001-II), apartado 50, acogen esta dimensión del principio de legalidad penal. También el Tribunal Constitucional español [por ejemplo, en las sentencias 75/1984 (suplemento del BOE nº 181, de 30 de julio de 1984), fundamento jurídico 5º; y 95/1992 (suplemento del BOE nº 169, de 15 de julio de 1992), fundamento jurídico 3º].

101 — El Tribunal Constitucional español entendió que esta garantía ciudadana excluye la creación judicial del derecho y las expresiones imprevisibles, incompatibles con el tenor de las normas o inadecuadas a los valores que intentan tutelar [sentencia 25/1999 (suplemento del BOE nº 89, de 14 de abril de 1989), fundamento jurídico 3º], de modo que la glosa de un tipo penal ha de respetar los términos de la norma, las pautas axiológicas que conforman el ordenamiento constitucional y los criterios mínimos impuestos por la lógica jurídica, así como los modelos de argumentación adoptados por la comunidad [sentencia 42/1999 (suplemento del BOE nº 100, de 27 de abril de 1999), fundamento jurídico 4º].

102 — La doctrina defiende que el artículo 2, apartado 2, no contiene tipos delictivos, pues en su listado faltan los elementos característicos de la conducta perseguida (Flore, D., «Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la Justice pénale européenne», en *Journal des Tribunaux*, 2002, p. 276; y Unger, E.M., *Schutzlos ausgeliefert? — Der Europäische Haftbefehl*, Frankfurt am Main, 2005, p. 100). Aun cuando se sostuviera lo contrario, ha de retenerse que las decisiones marco no poseen efectos directos [artículo 32 UE, apartado 2, letra b)], sin perjuicio del principio de interpretación del ordenamiento nacional acorde con la mayor efectividad del derecho de la Unión, según se expresa en la repetida sentencia Pupino (apartados 43 a 47). En tal hipótesis, la adecuación al principio de legalidad debería reclamarse a las normas internas que trasponen la Decisión marco.

normativa de trasposición de la Decisión marco así lo prevé, supeditar la entrega a que los comportamientos también se reprochen criminalmente en su propia legislación, con la excepción del reiterado artículo 2, apartado 2, supuesto en el que el respeto del principio de legalidad le atañe igualmente.

105. Con independencia de lo anteriormente expuesto, ha de añadirse que la detención y la puesta a disposición en que se traduce la ejecución de una euro-orden no revisten naturaleza sancionadora. El juez encargado de despacharla comprueba que concurren los elementos para transferir al juez emisor una persona que se encuentra en su jurisdicción, pero se abstrae de conocer sobre el fondo, excepto a los efectos del procedimiento de entrega, absteniéndose de valorar las pruebas y de pronunciar un juicio de culpabilidad. Así lo entendió la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación con la extradición, al excluirla de la noción de condena del artículo 7 del Convenio de Roma. [103]

106. La cuestión suscitada por el Arbitragehof se aviene poco con el principio de legalidad penal y mucho con el temor a que se atribuya a las nociones del artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco un sentido distinto en cada Estado miembro, con el riesgo de aplicaciones divergentes. A esta eventualidad, inherente a la vocación de toda proposición normativa, abstracta y general, ya he aludido en los puntos 96 a 99 de estas conclusiones. Ahora sólo me resta agregar que, si después de recurrir a los medios arbitrados por la Decisión marco para solventar las dificultades y obtener una interpretación uniforme por la vía prejudicial, el juez que ejecuta la euro-orden alberga dudas sobre la calificación jurídica de los hechos que la motivan y sobre su subsunción en algunas de las treinta y dos conductas del reiterado artículo 2, apartado 2, ha de acudir a lo estipulado en los apartados 1 y 4 del citado artículo 2.

107. Estimo, en suma, que el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco no infringe el artículo 6 UE, apartado 2, pues se adecúa a los principios de igualdad y de legalidad penal.

103 — Decisiones de 6 de julio de 1976, X contra los Países Bajos (asunto 7512/76, D.R. 6, p. 184); de 6 de marzo de 1991, Polley contra Bélgica (asunto 12192/86); y de 18 de enero de 1996, Bakhtiar contra Suiza (asunto 27292/95). El Tribunal Constitucional español sigue el mismo criterio [sentencias 102/1997 (suplemento del BOE nº 137, de 9 de junio de 1997), fundamento jurídico 6º; y 32/2003 (suplemento del BOE nº 55, de 5 de marzo de 2003), fundamento jurídico 2º].

VI. Conclusión

108. A la luz de las precedentes consideraciones, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales del Arbitragehof declarando que:

«1) La Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, no infringe el artículo 34 UE, apartado 2, letra b).

2) El artículo 2, apartado 2, de dicha norma, al suprimir la comprobación del requisito de la doble incriminación para los comportamientos delictivos que menciona, no vulnera los principios de legalidad en materia penal ni de igualdad y, por consiguiente, respeta el artículo 6 UE, apartado 2.»