



## La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega<sup>1</sup>

**María Belén Sánchez Domingo**

*Doctora en Derecho.*

*Profesora Universidad Rey Juan Carlos.*

**Revista Penal, n.º 24.—julio 2009**

**RESUMEN.** *La Decisión Marco de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención y procedimiento de entrega, alcanza un especial protagonismo en el ámbito de la cooperación judicial internacional. La introducción en la misma del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales con la consiguiente exigencia de la supresión del principio de doble incriminación, ha supuesto una auténtica novedad en referencia al sistema tradicional de la «Extradición». Sin embargo, las reflexiones efectuadas en el presente trabajo llevan a apreciar una serie de inconvenientes en la aplicación de la orden de detención y entrega por la ausencia de una auténtica armonización de las legislaciones penales de los distintos Estados miembros de la UE. Se reclama en el presente trabajo la ineludible tarea de armonización de los tipos penales, cuyo fundamento es la confianza entre Estados, la cual ha de ser objetivo prioritario de la Unión Europea si se quiere conseguir realmente un reforzamiento de la cooperación judicial penal en el ámbito europeo.*

**PALABRAS CLAVE:** *Cooperación judicial penal. Armonización penal. Decisión Marco Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; principio de doble incriminación. Delitos de alta tecnología. Inmigración. Analogía. Interpretación extensiva.*

**ABSTRACT** *The framework decision, dated on June 13th 2002, and related to the arrest warrant and the turn in procedure, reaches a special importance in the field of international judicial co-operation.*

*The introduction in this matter of the principle of mutual recognition of judicial decisions, with the consequent demand of the suppression of the principle of double incrimination, has supposed a real innovation in reference to the traditional system of «Extradition». However, the reflections given in this article lead us to considerate a series of objections in the application of the arrest warrant and the turn in procedure due to the lack of an authentic harmonization of the penal legislation among the different Member States of the European Union.*

*The present article claims for the unavoidable task of harmonization of the different types of criminal offence, whose legal basis is the trust among States. This trust must be a priority target in the European Union to obtain a reinforcement of the penal judicial co-operation within the European field.*

**KEY WORDS:** *Legal criminal cooperation. Criminal harmonization. Framework decisión. Mutual recognition of legal decisions. Principle of double incrimination. High technology offences. Immigration. Analogy. Extensive interpretation.*

**SUMARIO:** A. introducción. B. Orden de detención y procedimiento de entrega: a. naturaleza. C. El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea. D. Principio de doble incriminación: a. consideraciones generales. E. Análisis de la legislación comparada: España, Francia, Italia y Portugal: a. delitos de alta tecnología o delito informático; b. entrada y permanencia ilegal. F. Reflexión final.

1. El presente trabajo es resultado del proyecto de investigación financiado por la Junta de Castilla y León rubricado «Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo: orden de detención europea y garantías procesales» (BU 017A07).

### A. Introducción

En el ámbito de la cooperación judicial de la Unión Europea cobra especial interés la Decisión Marco de fecha de 13 de junio de 2002 (DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002)<sup>2</sup>, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante, DM).

Conforme establece el art. 34 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), esta DM obligará a todos los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

Dicho precepto incluye igualmente la obligación de transposición de las disposiciones contenidas en la DM antes del 31 de diciembre de 2003. Por ello, a partir del 1 de enero de 2004 dichas disposiciones sustituirán a las correspondientes de los convenios aplicables en materia de extradición en las relaciones entre los Estados miembros (art. 31 DM)<sup>3</sup>. Al objeto de cumplir con lo anterior y en respuesta a la observancia de las formalidades derivadas de la citada DM, España fue uno de los primeros países en efectuar la decisión comunitaria, al optar nuestro legislador por regular dicha materia en una ley propia y específica<sup>4</sup>, Ley 2 y 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (en

adelante, LOEDE)<sup>5</sup>, así como en la inmediata aplicación de dicha normativa en territorio comunitario.

La DM relativa a la detención europea y procedimientos de entrega se contempla como un instrumento jurídico-procesal de «naturaleza esencialmente judicial»<sup>6</sup>. Conviene recordar que dicha orden de detención europea constituye el instrumento prototipo de la llamada cooperación judicial internacional en materia penal entre los Estados de la UE<sup>7</sup> al afirmarse como un avance importante en la lucha contra la criminalidad organizada<sup>8</sup>. Además, debe tenerse en cuenta la finalidad de la misma, que no es otra que pretender la colaboración directa entre autoridades judiciales para proceder a la detención y traslado de sujetos penales al correspondiente Estado miembro. Dicha DM debe ser enmarcada en la creación del denominado espacio judicial europeo o, con más propiedad, en la construcción de un «espacio de libertad, seguridad y justicia»<sup>9</sup>. El TUE reconoce explícitamente que la libre circulación de personas exige al mismo tiempo garantizar la seguridad y la protección de los pueblos mediante la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>10</sup>. El establecimiento de dicho espacio ha sido una realización de la UE en la última década<sup>11</sup> y se convierte en objeto prioritario de la Unión, acorde a los arts. 2 y 29 TUE. Por ello, la cooperación judicial tanto civil como penal es el instrumento más importante para lograr un

2. Y que fue aprobada definitivamente por el Consejo del 13 y 14 de junio de 2002.

3. En dicho precepto se faculta a los Estados de la Unión Europea a seguir aplicando los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales en la medida en que éstos permitan ir más allá de las disposiciones de la DM y contribuyan a simplificar o facilitar los procedimientos de entrega de las personas que fueran objeto de una orden de detención Europea (artículo 31.2 DM relativa a la orden de detención y entrega).

4. Frente a la otra vía que se le proponía, como era la de incorporar las disposiciones pertinentes en la legislación procesal penal de alcance general: *vid.* CASTILLEJO MANZANARES, «El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden de detención y entrega», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, n.º 587, pág. 2.

5. *BOE* de 17 de marzo de 2003, págs. 10.244 y ss. Entrando en vigor dicha Ley al día siguiente de su publicación, esto es, el 18 de marzo de 2003 siendo aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que se midan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieran a hechos anteriores a la misma.

6. ARANGUENA FANEGO, «La orden europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco sobre la Euroorden» en *Revista de Derecho Penal*, 2003, n.º 10, págs. 11 y ss., específicamente, pág. 19; DE MIGUEL ZARAGOZA, «Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de extradición», *Actualidad penal*, 2003, n.º 4, pág. 141.

7. Como lo destaca MORENO CATENA, «La orden europea de detención en España», *Revista del Poder Judicial*, n.º 78, 2005, pág. 11.

8. Opinión no compartida por LÓPEZ ORTEGA, «La orden de detención europea: legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega», *Jueces para la Democracia*, 2002, n.º 45, pág. 28, al precisar que la necesidad de la DM como instrumento para la lucha contra el terrorismo y la criminalidad a gran escala no es cierto, pues el terrorismo ya es objeto de consideración en otros instrumentos específicos de cooperación internacional y en lo relativo a la delincuencia organizada, la DM se dirige indistintamente contra el delincuente individual y el colectivo.

9. Así, DE MIGUEL ZARAGOZA, *Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea...* *op. cit.*, pág. 141.

10. *Vid.* BLASCO LOZANO, «Armonización del Derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea» en *Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional*, CDJ, XIII, 2004, págs. 257 y ss.

11. Acerca de la evolución sobre el marco jurídico-constitucional de la creación de este espacio de libertad, seguridad y justicia, nos remitimos entre otros, a ORDÓÑEZ SOLÍS, «El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», *Revista de Estudios políticos* (Nueva Época), n.º 119 enero-marzo, 2003, págs. 447 y ss.

espacio europeo en el que el ciudadano goce de idéntica protección en cualquier Estado, y en el que el castigo por acciones ilícitas sea similar en todos los países.

A partir del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992<sup>12</sup> es cuando comienza a impulsarse, en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea, una cooperación judicial y policial<sup>13</sup>. En dicho Tratado se procede a elaborar el contenido concreto de la cooperación en los ámbitos de justicia y en los asuntos de interior<sup>14</sup> estableciéndose, a su vez, la doble vía para su realización: los asuntos de justicia e interior se integran como aspecto sustancial en la UE, convirtiéndose en el III pilar de la Unión o pilar de cooperación intergubernamental, del cual se separan asilo, inmigración y cooperación civil que pasan al Tratado de la Comunidad Europea y se integran en el I pilar o pilar comunitario, bajo un nuevo capítulo titulado «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»<sup>15</sup>.

El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997<sup>16</sup>, además de representar un revelador progreso en la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia supone el punto de arranque en el ámbito de la cooperación policial y judicial

penal por su consideración de mecanismo apto frente a la lucha contra la delincuencia<sup>17</sup>. En efecto, el propio preámbulo del Tratado así lo precisa al subrayar el siguiente propósito:

«... facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado».

La inclusión en el Tratado de Ámsterdam de la creación de este espacio de libertad, seguridad y justicia en el ámbito europeo<sup>18</sup> con un nuevo concepto de dicho espacio<sup>19</sup> y, a su vez, reforzado en el Programa de la Haya<sup>20</sup> viene reflejada igualmente en el art. 2 del Tratado de la UE al establecer como objetivo de la Unión:

«... mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas juntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia».

12. Dicho Tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, y fue ratificado por España mediante Instrumento de 29 de diciembre de 1992 (BOE de 13 de enero y 10 de junio de 1994).

13. Ya con anterioridad al Tratado de Maastricht se desarrolló por parte de algunos Estados miembros de la Comunidad una cooperación política en materia de lucha contra el terrorismo y criminalidad internacional con la elaboración de determinados Proyectos. Si bien será en la década de los 70 cuando se emprende una cooperación política cada vez mayor, especialmente en materia de terrorismo y criminalidad internacional, reconociendo que la cooperación judicial de mayor relevancia desarrollada con anterioridad a Maastricht tuvo lugar mediante dos acciones concretas: la creación del denominado grupo TREVI, que fija la cooperación en temas tales como el terrorismo, extremismo y violencia internacional, y la conclusión de sendos convenios Schengen. Para un análisis más exhaustivo sobre este tema nos remitimos entre otros, a JIMENO BULNES, «Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea» en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, 2007, págs. 33 y ss.; de la misma autora, «La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea» en *Poder Judicial*, n.º 50, 1999, págs. 82 a 87.

14. Para más detalles, *vid.* al respecto JIMENO BULNES, *Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea...*, *op. cit.*, págs. 33 y ss., y ORDÓÑEZ SOLÍS, *El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea...* *op. cit.*, pág. 453.

15. *Vid.* GONZÁLEZ CANO, «Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal» en *Tribunales de Justicia*, n.º 7, 2001, pág. 20, y VERVAELE, «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», traducción De Blanco Cordero en *Revista Penal*, n.º 15, 2005, págs. 169 y ss. (específicamente, págs. 176-177).

16. Durante la vigencia del Tratado de Ámsterdam en el seno del Consejo de Europa se firmaron varios instrumentos de trascendencia en el Marco de Cooperación judicial; así, el Convenio Penal sobre corrupción, de 27 de enero de 1999 (n.º 173), firmado en Estrasburgo; el 2.º Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, de 8 de Noviembre de 2001 (n.º 182); y el Convenio sobre delincuencia en el espacio, abierto a la firma en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (n.º 185); *vid.* para más detalles, FONSECA MURILLO, «La orden de detención y entrega europea», *Revista de Derecho Comunitario*, año 7, n.º 14 enero-abril 2003, pág. 70.

17. Ciertamente es que el objetivo de instaurar una nueva libertad de personas, de ir y venir libremente sin controles, se contempla como la necesidad de que la apertura de las fronteras no debe hacerse ni a costa de una nueva seguridad de los Estados ni de las personas, lo que hace necesario buscar medidas adecuadas que permitan conjugar el principio de libre circulación de las personas y un principio de seguridad: *vid.*, CASTILLEJO MANZANARES, *La Orden de detención y entrega Europea. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión*, LA LEY, pág. 1.

18. La creación de este espacio de libertad, seguridad y justicia ha venido a sustituir a la noción de cooperación judicial: *vid.* JIMENO BULNES, *Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea...*, *op. cit.*, pág. 30.

19. *Vid.* ORDÓÑEZ SOLÍS, *El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea...*, *op. cit.*, págs. 447 y ss., quien realiza un análisis acerca de la evolución y del marco jurídico-constitucional de los tres elementos constitutivos de este nuevo concepto, la libertad, la seguridad y la justicia.

20. Entre las medidas destinadas a reforzar ese espacio de libertad, seguridad y justicia, destacan la lucha especial contra el racismo y la xenofobia, así como toda forma de discriminación, la violencia contra la mujer, la protección de menores al igual que de datos personales, el terrorismo, la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.

En efecto, al acentuar como objetivo del Tratado el «ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia» (art. 29, párrafo 1.º) este objetivo, tal y como lo precisa el propio art. 29 TUE, habrá de lograrse mediante la acción común de los Estados miembros en la prevención y lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico de drogas y de armas, la corrupción y el fraude». Acorde al contenido del precepto mencionado y en lo que a los Estados miembros se refiere, se les exige desarrollar una mayor concreción en materia de cooperación policial, ya sea bien mediante la cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, bien directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol); igualmente, se reclama una aproximación de las normas penales y una cooperación judicial, englobando la cooperación entre autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros como, por ejemplo, mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), desapareciendo las acciones comunes que introdujo el Tratado de Maastricht.

Entre las novedades más significativas de este Tratado conviene destacar la profunda reforma del contenido del Título VI del Tratado de la Unión Europea al circunscribirse exclusivamente al ámbito de la cooperación judicial penal y policial. Tal y como ya se ha adelantado, el primer pilar tiene carácter comunitario o de integración y está conformado por los tratados constitutivos a diferencia del tercer pilar cuyo funcionamiento se basa en la idea de cooperación intergubernamental y no de integración<sup>21</sup>. A consecuencia de la separación, como ya se ha señalado, de visados, asilo e inmigración la configuración del tercer pilar

queda muy reducido y se limita a la cooperación judicial penal, circunscrito exclusivamente al Título VI relativo a la «Cooperación policial y judicial en materia penal». En dicho título se recogen las disposiciones que rigen dicha cooperación (arts. 29 a 37 TUE) y cuya característica reside en el hecho de que su funcionamiento no se basa en la idea de integración en sentido estricto, sino de cooperación al presentar la normativa en cooperación judicial penal un carácter intergubernamental<sup>22</sup>.

La segunda de las novedades del Tratado digna de mención es la relativa a los medios o instrumentos para la consecución de ese espacio de libertad, seguridad y justicia. El art. 34 TUE habla no solo de las posiciones comunes (34.2.a y 37 TUE), sino también de los Convenios y de las Decisiones marco como instrumentos cada vez más utilizados para armonizar los distintos sistemas penales, esto es, «para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentaciones de los Estados miembros», así como las decisiones adoptadas «con cualquier otro fin coherente con los objetivos del presente título»<sup>23</sup>.

Acorde a lo establecido en el precitado artículo, la posibilidad de que el Consejo, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, pueda adoptar Decisiones marco así como celebrar convenios<sup>24</sup> recomendando su adopción a los Estados miembros (art. 34.2.d), tiene como única finalidad la aproximación del Derecho penal material, al aludir directamente el TUE como objetivo de tales Decisiones marco «la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros», obligando a los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»<sup>25</sup>.

En este contexto y en lo que respecta al contenido del art. 34, cobra especial interés el último párrafo del art. 29

21. Vid. BLANCO CORDERO, «El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea» en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, n.º 06-05 (2004), pág. 6, quien enumera los muchos instrumentos que el Consejo ha elaborado o está elaborando en materia de Derecho penal; así, menciona Decisiones marco tales como la protección contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo; el blanqueo de capitales, el terrorismo, la trata de seres humanos, la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, etc.; igualmente, JIMENO BULNES, *La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea...*, op. cit., págs. 79 y ss.

22. Afirma ORDÓÑEZ SOLÍS, *El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea...*, op. cit., pág. 457, que, no obstante, el pilar intergubernamental de cooperación policial y judicial penal también queda abierto a su integración en el marco del Tratado de la CE, «para lo cual se establece una pasarela comunitaria», o bien «una cooperación reforzada con el fin de evitar frenos a una mayor integración por parte de determinados Estados miembros».

23. Vid. MANES, Vittorio, «La incidencia de las «Decisiones marco» en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005, Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —Gran Sala— (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-07.

24. Entre los que destaca en materia penal, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus protocolos (Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 316 de 27.11.1995).

25. Vid. al respecto CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega (Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español)*, 2003, págs. 81 y 82; BLASCO LOZANO, *Armonización del Derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea...*, op. cit., págs. 272 y ss. GRASSO, «El futuro de la armonización del Derecho penal en la ampliación de la Unión Europea» en *Dogmática y Ley Penal en Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, T. I., págs. 285 y ss.

TUE al hacer referencia igualmente a la posibilidad de aproximar las leyes penales,

«la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del art. 31».

La alusión a la letra e) del art. 31<sup>26</sup> viene a referirse a las Decisiones marco como instrumentos para promover la progresiva adopción de medidas necesarias de forma que pueda llegar a ser factible la fijación de unas mínimas normas relativas a los elementos constitutivos de los diferentes tipos penales, limitados exclusivamente al delito de terrorismo, criminalidad organizada y tráfico de estupefacientes<sup>27</sup>. La utilidad que presenta este último punto del art. 29 hace que sea objeto de reflexión en las líneas siguientes por considerar de especial interés las consecuencias que, en materia de Derecho penal sustantivo, puede tener la aplicación de la DM concerniente a la orden de detención y entrega europea.

En este contexto y, en relación a lo expuesto, la DM del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea adquiere una particular significación, al instaurarse como primer instrumento jurídico de la Unión Europea en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en el Consejo de Tampere, celebrado en octubre de 1999. Recordemos que dicho principio pasa a conformarse como «la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión Europea»<sup>28</sup>. La base jurídica de la política de cooperación judicial así como en la creación del futuro espacio de libertad, seguridad y justicia no es otro que el principio de reconocimiento mutuo.

El comentario que ahora se presenta pretende demostrar cómo la orden de detención y entrega, conocida coloquialmente como *Euroorden*, no ha conseguido el propósito que pretendía la UE, y ello por la ausencia de una armonización de los diferentes sistemas penales. Tratar de demostrar la anterior afirmación nos obliga a estructurar el presente trabajo de forma que se procede, en primer lugar, a una caracterización general de la orden de detención y entrega, lo cual se realiza en el apartado B. Posteriormente, es preceptivo verificar una breve reflexión sobre el principio de reconocimiento mutuo y la supresión del principio de doble incrimi-

nación lo cual se realizará, respectivamente, en los apartados C) y D). Igualmente, y como complemento de las reflexiones realizadas en los apartados anteriormente mencionados, se procederá al análisis de ciertos delitos recogidos en el listado de la DM así como en la LOEDE a los que se ha suprimido el principio de doble incriminación, específicamente, el delito informático y el delito relativo a la entrega y permanencia ilegal. Al hilo de esta exposición se irán analizando las posibles diferencias estructurales existentes entre las diversas regulaciones internas de alguno de los Estados miembros, limitando el análisis de los delitos seleccionados al estudio comparado de la legislación penal francesa, italiana y portuguesa.

Estimamos fundamental en las presentes líneas el análisis de la ley española 3/2002 de 14 de marzo sobre la orden europea de detención y entrega. Dicha Ley viene a ser un fiel reflejo de la DM, por lo que todas las observaciones que con carácter general se vayan efectuando a la DM serán trasladables a la LOEDE y viceversa, haciendo especial hincapié en aquellos aspectos innovadores que presenta la LOEDE y que vienen a determinar mínimas diferencias de calado con la propia DM<sup>29</sup>.

## B. Orden de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros

### a. Naturaleza

El art. 1.1 de la DM así como de la LOEDE nos dan un concepto de lo que es la orden de detención y entrega al establecer que «... es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad» (art. 1.1 LO 2/2003, de 14 de marzo)<sup>30</sup>.

De este concepto se infieren, a nuestro parecer, dos cuestiones que conviene delimitar. En primer lugar, si existen diferencias en cuanto al concepto actual de la orden de detención y entrega en relación con el tradicional concepto de extradición; en segundo lugar y, como consecuencia de lo

26. El artículo 31.1.e preceptúa: «La adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas».

27. Vid. al respecto, BLANCO CORDERO, *El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea...*, op. cit., pág. 6, quien pone en entredicho que el Derecho penal sea una materia que pertenece al tercer pilar y no al primer pilar, el comunitario, por las tres propuestas de directiva que ha elaborado la Comisión Europea y que obligan a los Estados miembros a actuar a través del derecho penal.

28. Acerca de los trabajos jurídicos preparatorios de la Comisión Europea sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, vid. GONZÁLEZ CANO, *Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal...*, op. cit., pág. 20.

29. Vid. por todos, CASTILLEJO MANZANARES, *El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega...*, op. cit., págs. 2 y ss.

30. Las diferencias entre ambos conceptos son mínimas, distinguiendo tan sólo una mínima desigualdad terminológica al aludir el legislador español a «persona a la que se reclama» (artículo 1 LOEDE) para referirse al sujeto que es identificado para su detención y entrega y no a «una persona buscada» (artículo 1 DM): vid. CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden...*, op. cit., pág. 117.

anterior, si realmente la orden de detención y entrega es un sustitutivo a la institución de la extradición<sup>31</sup>.

En relación a la primera de las cuestiones planteadas, es necesario precisar primeramente el concepto de extradición elaborado por la doctrina. Como se sabe, la extradición es la «entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional»<sup>32</sup>. De la definición tradicional de extradición expuesta se deduce que la extradición consiste en una actuación, administrativa o judicial, mediante la cual se solicita a un Estado que colabore en el ejercicio del *ius puniendi* de otro Estado<sup>33</sup>. Si se procede a una comparación de ambas definiciones, no observamos novedades dignas de interés, puesto que de ambas definiciones se deduce la misma finalidad, la entrega de una persona por parte de un Estado a otro para ser juzgado en este último Estado. Sin embargo, la terminología empleada tanto en la DM relativa a la orden de detención y entrega como en la LOEDE no es coincidente con la de extradición: en la LOEDE al igual que en la DM no se menciona al Estado requirente y requerido como partes activas del proceso de extradición, sino que se emplea otra terminología con la alusión al Estado emisor<sup>34</sup> y Estado de ejecución<sup>35</sup>. A su vez, la orden europea de detención y entrega viene a precisar en el art. 1.2 de la DM que

dicha orden constituye, al igual que la extradición, un acto jurídico sujeto a requisitos legales, a los que los Estados intervinientes deben ajustarse.

Ciertamente el procedimiento de detención y entrega contenido tanto en la DM como en la LOEDE se articula con base en un modelo de resolución judicial<sup>36</sup>, mediante el cual la orden de detención y entrega puede ser emitida por cualquier juez o Tribunal con competencia en materia penal de un Estado miembro (Estado de emisión) que solicite la entrega de una persona por parte de la autoridad judicial de otro Estado miembro (Estado de ejecución) buscada y requerida. La novedad destacable de este instrumento de cooperación penal es la intervención de la autoridad judicial, de forma que la orden europea de detención y entrega es, como afirma Cuerda Riezu, un sistema en el que las relaciones se establecen de órgano judicial a órgano judicial al ser en dicho órgano en quien recae la decisión jurídica de detención y entrega de una persona con exclusión, a diferencia de la extradición, de cualquier competencia de las autoridades gubernativas en tal decisión<sup>37</sup>.

Se viene admitiendo por parte de la doctrina penal que la orden europea de detención y entrega se proyecta como un procedimiento sustitutivo del sistema clásico de extradición<sup>38</sup>. Sin embargo, en este punto no existe unanimidad. Hemos manifestado anteriormente que la orden europea de detención y entrega se configura como un instrumento de cooperación jurídica internacional<sup>39</sup>, necesario para la lucha

31. El propio Preámbulo de la DM viene a precisar que «el objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales. Por otro lado, la creación de un nuevo sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de las sentencias o de diligencias en materia penal permite eliminar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición. Es preciso sustituir las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas a la sentencia como definitivas en el espacio de libertad, seguridad y justicia».

32. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, II, Buenos Aires, 1950, pág. 165; GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos problemas de extradición en el Derecho español» en *Estudios de Derecho penal*, págs. 114 y ss. Igualmente GARCÍA SÁNCHEZ, *La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, 2005, págs. 19 y ss.

33. Vid. BUENO ARUS/DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho Penal Internacional*, págs. 235-236, quienes recogen la definición que de extradición da la Sala 2.ª del Tribunal Supremo: «... un acuerdo bilateral o multilateral que tiene por sujetos a los Estados», no «existiendo un derecho a la extradición que es extrapolable a la institución de la entrega, siendo irrelevante que se haya modificado la competencia interna y la subjetividad internacional, desplazándose desde el Poder Ejecutivo, al Poder Judicial».

34. La propia Ley 2/2003 en el artículo 2 determina que se entiende por «autoridad judicial de emisión» la autoridad judicial del estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden europea en virtud del derecho de este Estado.

35. Entendiendo, conforme al artículo 2 de la Ley 2/2003, por «autoridad judicial de ejecución» la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente para ejecutar la orden europea en virtud del derecho de este Estado.

36. Vid. ARANGUENA FANEGO, «La orden europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003...», *op. cit.*, pág. 18.

37. Vid. CUERZA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega (Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español...)*, *op. cit.*, págs. 124-125; LÓPEZ ORTEGA, *La orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega...*, *op. cit.*, págs. 28 y ss.

38. Opinión que mantienen entre otros, MORENO CATENA, *La orden europea de detención en España...*, *op. cit.*, pág. 13, pues se trata de una vía de colaboración entre Estados soberanos que rompen radicalmente con el tradicional sistema de la extradición, y DE MIGUEL ZARAGOZA, *Algunas consideraciones sobre la DM relativa a la orden de detención...*, *op. cit.*, pág. 141.

39. Ello, porque la DM ha sustituido, desde el 1 de enero de 2004 a los siguientes Convenidos relativos a la extradición: Convenio Europeo de Extradición de 1957 y sus correspondientes protocolos; Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995; Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996; el capítulo IV del título III del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 4 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunitarias de 19 de junio de 1990.

contra la criminalidad y que viene a superar todas las dificultades con las que se encontraba la extradición y distinto a ésta, cuya finalidad no es otra que la supresión de la extradición y su sustitución por una simple entrega. Advierte Aranguena Fanego que la Euroorden supone «... un puente de no retorno en la medida en que traduce un cambio de cultura en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea al pasar del sistema clásico de ayuda judicial mutua y de extradición entre ellos practicado a un sistema de reconocimiento mutuo y de confianza mutua entre autoridades judiciales»<sup>40</sup>.

Desde la perspectiva expuesta, no consideramos que la actual orden europea de detención y entrega venga a suponer exactamente una novedad en relación con la institución de la extradición<sup>41</sup>. Tal parecer es afirmado por García Sánchez quien, para tal afirmación se basa en lo anteriormente expuesto y, además, en la exigencia recogida en la propia DM, art. 8.1 c), de la existencia de una pretensión penal por parte del Estado emisor que se evidenciará por el hecho de que en la orden de detención y entrega deberá indicarse, al igual que en la extradición, la existencia de una sentencia firme, una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza que la prevista en el ámbito de aplicación de los arts. 1 y 2 de la DM<sup>42</sup>. Este punto de vista es compartido igualmente por López Ortega, para quien «más que suprimirse la extradición en el ámbito de la Unión Europea, lo que se establece es un nuevo marco jurídico de entrega extradicional», si bien con importantes modificaciones<sup>43</sup>.

Lo anterior parece venir corroborado por el propio objetivo que persigue tanto la Euroorden como la institución de la extradición, en cuanto que vienen a ser coincidentes en su fi-

nalidad: el traslado de un individuo de un Estado a otro para ser juzgado o para que cumpla la pena o medida de seguridad impuestas. Cierto es que existen y se aceptan diferencias significativas entre ambos mecanismos jurídicos —extradición, orden europea de detención y entrega—. Sanz Morán ha expuesto algunas de ellas tanto desde una perspectiva procedimental, al consistir la Euroorden en un mecanismo de cooperación estrictamente judicial a diferencia de la extradición que sigue un criterio básicamente mixto, esto es, judicial-gubernativo<sup>44</sup>, como desde la propia sustantividad de la orden europea de detención y entrega, puesto que lo destacable de dicha orden es la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la consagración de la confianza mutua entre los diferentes sistemas judiciales de la Unión.

Los argumentos expuestos son los que nos llevan a asumir que la Euroorden es una extradición simplificada cuya única finalidad es la de agilizar el proceso de extradición especialmente en lo que al procedimiento se refiere<sup>45</sup>, lo cual es compartido de forma unánime por la doctrina<sup>46</sup>. Ciertamente, puesto que la Euroorden es una aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones y la consagración de la confianza mutua entre los diferentes sistemas judiciales de la Unión, sin embargo reviste la particularidad de que recibida una orden de detención y entrega por parte de la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca sin necesidad de que la autoridad destinataria realice un nuevo examen de la solicitud para verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico interno. Lo cual es posible por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo recogido en la orden de detención y entrega y en la plena confianza entre las autoridades de los Estados

40. Vid. ARANGUENA FANEGO, «La orden europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003...», *op. cit.*, pág. 15.

41. Vid. CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega (Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español...)*, *op. cit.*, pág. 115 y ss.

42. Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, *La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario...*, *op. cit.*, págs. 419 y 420.

43. LÓPEZ ORTEGA, *La orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega...*, *op. cit.*, pág. 28.

44. SANZ MORÁN, «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*, 2005, pág. 95. CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega (Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español...)*, *op. cit.*, pág. 89, quien admite que en lo que se refiere a la base normativa la diferencia entre Euroorden y extradición está fundamentada en convenios acordados libremente por la voluntad de los Estados y en la Euroorden debe ser desarrollada obligatoriamente por los Estados de la Unión.

45. Tal y como lo determinan entre otros, SANZ MORÁN, *La orden europea de detención y entrega...*, *op. cit.*, pág. 95. De igual parecer, BUENO ARUS/MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, pág. 236, quienes afirman que esta conclusión «no obedece a un academicismo intrascendente, sino que sirve de fundamento para entender aplicable en materia de entrega la doctrina constitucional existente en relación a la extradición»; VOGEL, «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea» en *Derecho penal internacional*, Consejo del Poder Judicial, 2001, pág. 175.

46. LÓPEZ ORTEGA, *La orden de detención europea: legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega...*, *op. cit.*, pág. 28. Nota que es señalada igualmente por ARANGUENA FANEGO, «La orden europea de detención y entrega...», *op. cit.*, pág. 22, y FONSECA MURILLO, *La orden de detención y entrega...*, *op. cit.*, pág. 73.

miembros<sup>47</sup>. Así, dicha orden viene a consagrar un «nuevo marco jurídico de entrega extradicional»<sup>48</sup>, agilizando de esta forma el procedimiento tradicional de la extradición.

Hemos de reconocer que la entrada en vigor tanto de la *Euroorden* como de la LOEDE ha supuesto como novedad más destacable la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal, con la consecuencia de la supresión de la exigencia de la doble incriminación para una serie de infracciones contenidas en el art. 2.2 de la DM, así como en el art. 9 de la LOEDE<sup>49</sup>. Como se sabe, el principio de doble incriminación ha sido un requisito clásico de la institución de la extradición<sup>50</sup> por lo que su supresión así como la aplicación del principio de reconocimiento mutuo hace de la *Euroorden* un mecanismo *parcialmente* diferente en relación con la extradición<sup>51</sup>. Para Fonseca Murillo, la aplicación del principio de reconocimiento mutuo con la consecuencia de la supresión del principio de doble incriminación para la lista de los 32 delitos contemplados en la DM ha supuesto un «auténtico avance» y uno de los puntos que más se ha discutido, pues todas estas infracciones contenidas en esta lista constituyen en la práctica, la parte principal del contenido actual de la extradición<sup>52</sup>.

Ante lo subrayable que resulta en la *Euroorden* el principio de reconocimiento mutuo con la consiguiente exigencia

de la supresión del principio de doble incriminación para los 32 delitos que conforman el listado, en el epígrafe siguiente serán objeto de una breve reflexión ambos principios antes de analizar cómo repercute su implantación tanto en la orden europea de detención y entrega como en la española, específicamente en lo relativo al listado de los 32 delitos a los que se ha suprimido el principio de doble incriminación.

### C. El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea

Una de las aspiraciones por parte de la UE, tal y como se ha señalado, es instaurar un sistema basado en la confianza mutua entre los distintos Estados miembros, pretensión que conlleva el intento por parte de la UE de centrar todos sus esfuerzos en la necesidad de lograr una armonización de las distintas legislaciones penales. Baste recordar que la armonización legislativa en materia penal en el ámbito de la UE se trató de buscar principalmente en el seno del primer pilar utilizando para tal fin la Directiva como instrumento legislativo<sup>53</sup>. Sin embargo, será en el tercer pilar<sup>54</sup> relativo a cooperación intergubernamental donde dicha armonización jurídico-penal comience a desarrollarse mediante la utilización de la Decisión marco<sup>55</sup> y

47. VOGEL, *¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas...*, op. cit., pág. 175. Apunta este autor que «considerada detenidamente, la confianza abstracta en las acciones penales con arreglo a Derecho en el Estado requirente es una condición fundamental en todo expediente de extradición, pero la presunción de que cada acción penal concreta en cada caso específico se ejerce con arreglo a derecho sería por el contrario ajena a la vida real y expresión de una confianza ciega que vendría abajo en una especie de suposición irrefutable del respeto a las garantías del Estado de derecho en acciones penales ajenas».

48. Así, CASTILLEJO MANZANARES, *El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega...*, op. cit., pág. 3, con importantes modificaciones en el ámbito de los principios que se flexibilizan.

49. Y que son respectivamente: 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; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluido el euro; delitos de alta tecnología; delitos contra el medio ambiente; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario; agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques y sabotaje.

50. Vid. CUERZA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega...*, op. cit., págs. 80 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, *Algunos problemas de extradición en el Derecho penal español...*, op. cit., págs. 114 y ss., quien lo denomina igualmente *principio de identidad normativa*.

51. DE HOYOS SANCHO, «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2005, n.º 22, págs. 825. MIRANDA RODRIGUES, *La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II)*, págs. 31 y ss.

52. FONSECA MURILLO, *La orden de detención y entrega europea...*, op. cit., pág. 73.

53. VOGEL, «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal en materia de la Unión Europea» en *Revista penal*, 2002, n.º 10, págs. 116-117; BLANCO CORDERO, *El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea...*, op. cit., págs. 180-181.

54. GRASSO, *El futuro de la armonización del derecho penal en la ampliación de la Unión Europea...*, op. cit., pág. 285 y ss., específicamente, pág. 293, al advertir que «en el marco definido por el nuevo Título VI el acercamiento de legislaciones se convierte en uno de los objetivos de la Unión para llevar a cabo a través de la fijación de normas mínimas relativas a los elementos del delito y a las sanciones», si bien se limita exclusivamente al crimen organizado, al terrorismo y al tráfico ilegal de estupefacientes.

55. La elección de la Decisión marco, fuente de carácter obligatorio, sin embargo no produce efectos directos en los Estados miembros (artículo 34. 2 del Tratado UE) al no ser susceptibles de aplicación directa: vid. GRASSO, *El futuro de la armonización del derecho penal en la ampliación de la Unión Europea...*, op. cit., pág. 292. MANES, *La incidencia de las «Decisiones marco» en la*



el Convenio<sup>56</sup>. Esta es la razón por la que adquiere un enorme protagonismo la DM<sup>57</sup> relativa a la orden de detención y entrega al constituirse en uno de los instrumentos necesarios de concretización de la tan ansiada armonización legislativa.

No obstante, tal y como quedará reflejado en las líneas que siguen, a fecha de hoy ciertamente no se puede hablar de una auténtica armonización o aproximación en materia penal en el ámbito de la UE<sup>58</sup>. Las siguientes consideraciones nos llevan a aceptar tal afirmación.

En primer lugar, es necesario señalar que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales alcanza un especial atractivo en la *Euroorden* al configurarse como fundamento jurídico que sirve de base a la técnica comprendida en la misma. Recordemos que dicho principio constituye «la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión», tal y como fue enunciado en el Consejo de Tampere<sup>59</sup>, Consejo en donde se presta un destacado interés al preciso objetivo de ejecución de resoluciones judiciales y se constituye en punto de partida para la adopción de iniciativas de los Estados miembros en materia de cooperación policial y judicial penal. En lo que interesa a efectos de este trabajo, en el ámbito de la cooperación judicial penal se venía exigiendo una acción común que facilitara la extradición entre los Estados miembros (arts. 29 y 31 b TUE)<sup>60</sup>.

Ante la trascendencia que se otorga a este principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, específicamente en relación a la efectividad de la orden europea de detención y entrega, es evidente que el legislador español no ha dejado pasar la oportunidad de plasmarlo en su legislación interna. Así, en la Exposición de Motivos ya se advierte de que estamos ante el «primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere».

Ahora bien, cuestión distinta será la forma en la cual ha procedido el legislador español a cumplimentar la DM relativa a la orden de detención y entrega, cuestión a la que me referiré en su momento, pero conviene precisar con anterioridad que la misma no ha sido muy afortunada en cuanto a su contenido al representar una mera copia de la DM «con pocas ventajas y todos sus inconvenientes»<sup>61</sup>.

Bien es cierto que el principio de reconocimiento mutuo sirve de criterio rector en lo que se refiere a política comunitaria en materia de libertad, seguridad y justicia<sup>62</sup>. No obstante, la formulación de esta pauta rectora dista mucho de ser unánime al ser diversas las dudas que se plantean, no solo en lo relativo a su alcance sino también en la aceptación de todas sus posibles consecuencias por parte de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea<sup>63</sup>. Por otra parte, hay que afirmar que todas las consideraciones críti-

---

*interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo...*, op. cit., pág. 5, quien destaca que la DM, respecto a la directiva, resulta asimilable «sólo en cuanto a estructura y contenidos, pero no ciertamente en el tipo ni en el grado de imperatividad de la obligación comunitaria».

56. Sobre el desplazamiento desde las directivas pasando por el Convenio a las Decisiones marco, nos remitimos a VOGEL, *Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal...*, op. cit., págs. 119-120.

57. VERVAELE, *La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea...* op. cit., págs. 169 y ss. (específicamente pág. 173), al expresar que la armonización de las penas, de los aspectos relativos a la persecución y de la responsabilidad criminal y cooperación en el ámbito del derecho penal sólo puede efectuarse en el marco del tercer pilar. En la misma línea lo señala LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa...*, op. cit., pág. 309.

58. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Armonización Penal en la Unión Europea en La Reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, págs. 141-142, quien señala como a partir de las Decisiones marco la influencia europea sobre la legislación penal de los Estados miembros es ya patente.

59. Vid. las conclusiones 33, 35 y 36 del Consejo Europeo de Tampere.

60. Destaca LÓPEZ ORTEGA, «El futuro de la extradición en Europa (una reflexión desde los principios del derecho europeo de extradición)», Apéndice al libro de Cezón González, *Derecho Extradicional*, 2003, pág. 309, la dificultad que existirá en alcanzar una legislación auténticamente uniforme argumentando como una de las razones para conseguir tal propósito la libertad de acción que se concede a cada Estado, debiéndose tener en cuenta, además, que el sistema establecido en la Decisión marco «va mucho más allá que el Convenio de 1996, que ahora se deroga sin que tan siquiera haya llegado a tener vigencia en todo el territorio de la Unión Europea». Igualmente, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Armonización Penal en la Unión Europea...*, op. cit., págs. 146 y ss., quien señala los esfuerzos de armonización tanto en la parte general del Derecho penal como en la parte especial.

61. Crítica vertida entre otros, por MORENO CATENA, *La orden europea de detención en Español...*, op. cit., pág. 13, pues en su opinión no suple importantes lagunas de la norma comunitaria ni supera algunos defectos que contiene la DM, afirmando por tal razón que «peca de falta de rigor y su aplicación resulta de dudosa eficacia».

62. Y cuyo origen se sitúa en el ámbito de la libre circulación de mercancías, bienes y servicios de la Unión: vid. al respecto GÓMEZ JARA, *Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo en La Ley*, 26 de julio de 2004, pág. 4.

63. Opinión que mantiene DE HOYOS SANCHO, «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea» en *La Cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, págs. 71 y ss. al afirmar que dicha posición no es pacífica ni en su elaboración doctrinal, ni en sus diversas plasmaciones normativas, ni en su interpretación por los operadores jurídicos, ni mucho menos en la aceptación por éstos de todas sus posibles consecuencias.

cas que se han realizado en relación al principio de reconocimiento mutuo se han centrado precisamente en la ausencia de una armonización de las distintas legislaciones penales. En efecto, el principal problema planteado por los expertos en la materia en lo que concierne a la plasmación de este principio se concentra específicamente en el ámbito jurídico-penal, al ser considerada la armonización penal y procesal en última instancia presupuesto previo del principio de reconocimiento mutuo. En este sentido se pronuncia, por ejemplo y entre otros, Vervaele, quien afirma que «la cooperación judicial descansa en dos pilares, a saber el reconocimiento mutuo y la aproximación de la legislación nacional»<sup>64</sup>.

En este contexto, destaca muy acertadamente Sanz Morán la relación dialéctica existente entre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y armonización legislativa a nivel de la Unión, por lo que «resulta cuando menos llamativo que se proceda a aquel reconocimiento sin que previamente se haya producido esta armonización»<sup>65</sup>. En el mismo sentido se manifiesta Gómez Jara al exponer que el problema existente actualmente en relación a la conocida como *Euroorden* es «que el reconocimiento mutuo no ha esperado a que existiera una verdadera armonización en todos los ámbitos jurídicos-penales afectados, sino que ha comenzado a surtir efectos en relación con materias sobre las que todavía no existe acuerdo». No obstante, constata este autor que «en la actualidad existen tendencias armonizadoras jurídico penales en la Unión Europea, pero no una armonización consolidada y definida»<sup>66</sup>, argumentos que vienen a afianzar la idea de que la armonización jurídico penal deba ser el presupuesto del reconocimiento mutuo y no viceversa<sup>67</sup>. Puesto que ello no ha sido así, actualmente crea numerosas dificultades la aplicación de la actual LOEDE.

Efectivamente, lo manifestado en las líneas precedentes viene corroborado por el dato de la ausencia de control de la

doble incriminación para el listado de los 32 delitos contenidos en la propia DM (art. 2) así como en la propia LOEDE (art. 9). La desaparición del principio de la doble incriminación para el listado de las 32 infracciones es una de las singularidades más importantes que contiene la DM sobre la orden de detención y entrega europea, y parece responder, como señala López Ortega, a la consideración de que en relación con estas infracciones «existe una plena coincidencia de valores entre los diversos sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea»<sup>68</sup>.

Sobre este punto tendremos ocasión de volver al examinar la caracterización general del principio de doble incriminación, así como sus posibles efectos. Antes se tratará de aludir a las manifestaciones concretas del principio de reconocimiento mutuo.

Dicho principio viene siendo definido como «la necesidad de que las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean reconocidas y ejecutadas preceptivamente en otro Estado miembro sin examen previo; dicho de otra manera: automáticamente»<sup>69</sup>. El que un Estado pueda reconocer una resolución judicial emitida por otro Estado, se debe al grado de confianza que existe entre los Estados miembros (art. 10 del Preámbulo de la DM). Una de las conclusiones que parecen derivarse de la definición expuesta es que el principio de reconocimiento mutuo aparece íntimamente relacionado con el llamado «principio del Estado de procedencia»<sup>70</sup>: cada Estado acepta y reconoce la legislación de otro Estado como equivalente a la propia o, lo que es lo mismo, lo que es conforme a derecho en un Estado miembro de la Unión Europea debe ser reconocido y tenido por válido y efectivo en otros. Aplicado este principio a la *Euroorden*, el mismo viene a significar que la acción penal, a saber, la decisión judicial dictada por el Estado emisor debe reconocerse absolutamente y sin someterse a ningún examen por parte de la autoridad judicial

64. VERVAELE, *La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea...*, op. cit., pág. 181.

65. SANZ MORÁN, *La orden Europea de detención y entrega...*, op. cit., pág. 84, quien en relación a la afirmación que realiza Schünemann en lo que respecta al principio de reconocimiento mutuo como «principio-turbo», vendría a constituir un atajo ante las dificultades de la armonización legislativa.

66. GÓMEZ-JARA DIEZ, *Orden de detención europea y Constitución Europea...*, op. cit., pág. 4.

67. GÓMEZ-JARA DIEZ, *Orden de detención europea y Constitución europea...*, op. cit., pág. 4, señala que la incipiente armonización jurídico-penal dista, con mucho, de constituir un corpus sólido, inequívoco y vigente en todos los Estados miembros y ello porque dicha armonización todavía no se ha consolidado y ello representa «un serio inconveniente cuando se relaciona principio de reconocimiento mutuo y armonización jurídico-penal europea». En el mismo sentido, HOYOS SANCHO, *El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad...?*, op. cit., pág. 808, quien subraya que «con la finalidad de salvar las diferencias existentes entre las regulaciones de los distintos Estados en vez de optar por la armonización, o quizá más bien precisamente por las dificultades que ésta presentaba, se acudió a la aplicación del reconocimiento mutuo».

68. LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa...*, op. cit., pág. 327.

69. Definición que nos da VOGEL, *Perspektiven des internationalen Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2004, pág. 26; del mismo autor, *¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas...* op. cit., págs. 171 y ss. Para MIRANDA RODRIGUES, *La orden de detención europea...* op. cit., pág. 31, dicho principio carece de definición si bien es indiscutible que esté íntimamente unido a la noción de espacio judicial común y a la puesta en marcha de la libre circulación de decisiones judiciales; de la misma autora, *vid. O Direito penal Europeu emergente*, op. cit., pág. 192.

70. VOGEL, *¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas...*, op. cit., págs. 186-187.

del Estado de ejecución<sup>71</sup>, lo que viene a representar el reconocimiento automático de la resolución dictada por el Estado emisor. En ello reside, precisamente, el núcleo característico del principio de reconocimiento mutuo. Por esta razón, puede afirmarse que el principio de reconocimiento mutuo vendría a coincidir con el «principio del Estado de procedencia»: la posibilidad de admitir que las autoridades de un Estado deben aceptar los resultados de la decisión de otro como equivalente a las de sus propios órganos, incluso aunque no se trate de forma igual o similar la materia objeto de reconocimiento<sup>72</sup>, con base en el argumento de que lo que es conforme a Derecho en un estado miembro debe reconocerse como tal en los demás estados miembros acorde a una interpretación amplia de dicho principio<sup>73</sup>. De ahí se deduce la caracterización de este principio que se ha dado en llamar «principio de equiparación» o de «asimilación»<sup>74</sup> al encontrar su fundamento en los dos elementos ya referidos anteriormente, esto es, la idea de equivalencia y la de confianza entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>75</sup>. Parece evidente apuntar que nos encontramos ante un instrumento jurídico que se basa en un sistema de transformación de la resolución extranjera o de la condena que en la misma parece implícita por su asimilación al ordenamiento del Estado de cumplimiento o de ejecución<sup>76</sup>.

Así, a título ejemplificativo, nos centramos en el supuesto concreto de aplicar una orden de detención y entrega a un sujeto por la realización de una conducta ilícita constitutiva de un delito informático. Como se sabe, la categoría de delito informático aparece en la LOEDE, art. 9.1 como uno de los delitos que conforman el listado de las 32 infracciones a las que se les ha suprimido la exigencia de la doble incriminación. Sin embargo, en la legislación penal española no se contempla el delito informático como tal<sup>77</sup>. Pues bien, conviene preguntarse si la actuación llevada a cabo por la

autoridad judicial del Estado emisor en la persecución de una conducta delictiva constitutiva de un ilícito informático por la que se solicita una orden de detención y entrega al Estado español como Estado requerido, la misma debe ser reconocida por la autoridad de este último Estado por la simple razón de que, en virtud del principio de reconocimiento mutuo dicha conducta es asimilada a la del Estado emisor y se dota a dicha resolución de unos efectos equivalentes a las de las propias resoluciones. El primer interrogante que se nos plantea es si realmente una conducta que en principio es ilícita conforme a la legislación penal española, si la autoridad judicial española a quien corresponde decidir sobre la conveniencia o no de la entrega de un sujeto por la realización de un ilícito no tipificado como tal en el Código penal español, debe proceder a ejecutar dicha decisión con la correspondiente detención y entrega del sujeto. Ciertamente, acorde al concepto amplio del principio de reconocimiento mutuo por el que se implanta el «sistema de entrega automática»<sup>78</sup>, la autoridad judicial de ejecución, esto es, la española sí que debe proceder a la ejecución de la resolución dictada por el Estado emisor al fundamentarse en el principio general de confianza y de equivalencia y aceptar la decisión del Estado requirente como equivalente a la de sus propios órganos<sup>79</sup>. Ahora bien, de proceder de la forma expuesta, ello viene a suponer que la autoridad judicial del Estado español en cuanto que Estado de ejecución no se limita a aplicar su propia legislación interna, sino también las leyes internas de desarrollo de la propia DM, esto es, la del Estado emisor como Estado que solicita la entrega conforme a un delito tipificado en su propia legislación aludiendo al principio de ausencia de control de la doble incriminación.

Desde la perspectiva expuesta, las críticas acerca de la aplicación de este principio de reconocimiento mutuo al ám-

71. CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega...*, op. cit., pág. 87, afirmando que no se ha previsto una ejecución automática de la orden de detención formulada por la autoridad judicial de otro Estado.

72. Vid. HOYOS SANCHO, *El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea...*, op. cit., pág. 808.

73. Vid. sobre esta concepción amplia del principio de armonización en DE HOYOS SANCHO, *El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea...* op. cit., págs. 807 y ss.; de la misma autora: «Euroorden y causas de denegación de la entrega» en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, 2005, págs. 211 y ss.

74. Vid. VOGEL, *Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal...*, op. cit., págs. 113-114, para quien no existe claridad en torno a lo que significa la armonización del derecho penal, distinguiendo a tal fin entre asimilación, armonización y unificación.

75. DELGADO BARRIO, *La orden de detención europea...*, op. cit., pág. 294. DE HOYOS SANCHO, *El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea...* op. cit., pág. 71.

76. ARANGUENA FANEGO, «La orden europea de detención y entrega...», op. cit., pág. 19; GONZÁLEZ CANO, *Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal*, op. cit., pág. 30, quien también señala que nos encontramos ante un instrumento jurídico que se basa en un sistema de validación puramente formal. En un sentido muy próximo, MIRANDA RODRIGUES, *O Direito penal Europeu emergente...*, op. cit., pág. 195.

77. Advierte GARCÍA SÁNCHEZ, *La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario...* op. cit., pág. 437 en relación a aquellas conductas que no están tipificadas como delitos, que el fundamento de la supresión del requisito de la doble incriminación debiera de establecerse en que son conductas delictivas de tal gravedad que los Estados no pueden denegar su cooperación para evitar la impunidad de dichos comportamientos, por lo que todos ellos debieren constituir delitos en todos los territorios de la Unión.

78. Tal y como lo denomina LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa...*, op. cit., págs. 316-317.

79. VOGEL, *¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas...*, op. cit., págs. 185 y ss.

bito penal no pueden ser más concluyentes<sup>80</sup>. Como ya hemos apuntado en las anteriores líneas, el Estado de ejecución no puede proceder al reconocimiento automático de una resolución del Estado emisor sin que previamente esté reconocido en su propia legislación penal la conducta del sujeto sobre el que va a recaer dicha orden de detención y entrega como constitutiva de un ilícito penal, al no proceder a adecuar la necesidad de la entrega a las circunstancias del caso concreto. La autoridad judicial de ejecución competente al aceptar la resolución del Estado emisor, no ejercita sobre la orden de detención y entrega un control judicial de legalidad. Advierte López Ortega que sin este control de legalidad la función judicial desarrollada por la autoridad de ejecución se reduce «a una ejecución ciega de la decisión adoptada por una autoridad extranjera» pues, para este autor, la verdadera cuestión que ha de resolverse «es el margen de apreciación que se confía a los jueces para dictaminar sobre la legalidad de la entrega, así como los mecanismos que permiten sustentar, en el ámbito de la DM la existencia de un auténtico control jurisdiccional»<sup>81</sup>.

De acuerdo con lo argumentado, el control de legalidad exigible a la autoridad de ejecución y al que se tiene que someter la orden de detención y entrega antes de proceder a su ejecución implica no solo un previo análisis de los requisitos que deben conformar la acción típica realizada por el sujeto con arreglo a su legislación penal interna, sino que además conlleva el cumplimiento de las garantías clásicas de forma que no vulnere el principio de legalidad penal y seguridad jurídica. No se puede olvidar, por parte del órgano encargado de dar cumplimiento a la decisión judicial por la que se procede a la detención y entrega de un sujeto, que el Derecho penal es una rama del Ordenamiento jurídico de competencia exclusiva de cada Estado que pertenece al ámbito de la soberanía nacional y estatal<sup>82</sup>, tanto en la creación de normas como en la imposición de sanciones de esta misma naturaleza.

Ahora bien, esta tendencia de reconducir la orden de detención y entrega a un control de legalidad por el cual la au-

toridad judicial del Estado de ejecución se erige en garante de los derechos y libertades fundamentales del sujeto al que se le aplica una orden de detención y entrega<sup>83</sup>, cobra un alcance más general. En efecto, la mayor parte de la doctrina penal se viene cuestionando la legitimidad de la técnica de transposición a la legislación interna de los diversos Estados miembros de la Decisión marco relativa a la orden de detención y entrega. Así, para Silva Sánchez, nos encontramos ante una ley nacional «condicionada» por la autoridad administrativa comunitaria, en la que la instancia administrativa comunitaria, que ha determinado el núcleo de la prohibición (y la razón justificante de ésta) remite a los parlamentos nacionales (en virtud de la técnica de la transposición) la concreción de los detalles de la descripción típica y de la clase de sanción», precisando para ello este autor «la legitimidad de la incidencia de un órgano —el comunitario— sólo mediata y limitadamente democrático sobre otro que sí lo es —el nacional— al que se obliga a legislar en un marco preestablecido de modo vinculante»<sup>84</sup>. En la misma línea destacamos a Vogel cuando afirma que, si bien los parlamentos nacionales resultan siempre competentes para transponer los preceptos penales europeos, ya sea directivas, Decisiones marco o Convenios, no obstante, «Desde un punto de vista material este hecho significa un menoscabo de la reserva de ley, pues, en especial, las directivas y las decisiones marco deben ser obligatoriamente traspuestas por los Estados miembros»<sup>85</sup>.

Precisamente, uno de los puntos donde radica una de las mayores dificultades en la aplicación de la *Euroorden*, específicamente en lo que concierne a la efectividad del principio de reconocimiento mutuo, reside en determinar si la autoridad judicial del Estado de ejecución está obligada a tomar en consideración su propia legislación penal o, por el contrario, está comprometida a interpretar y aplicar a la resolución ejecutoria de la orden de detención y entrega de una persona tomando también en consideración la legislación interna aprobada por cada Estado miembro en el desarrollo de la DM<sup>86</sup>.

80. Las principales críticas acerca del principio de reconocimiento mutuo vienen de la doctrina alemana, *vid.* por todos, específicamente, SCHÜNEMANN, *Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU en GA*, 2004, págs. 193 y ss.

81. *Vid.* LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa... op. cit.*, pág. 317, por lo que en su opinión, tal forma de concebir la función judicial debe ser rechazada por cuanto que resulta incompatible con el principio mismo de jurisdiccionalidad.

82. SIEBER, *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, ZStW, 103, 1991, pág. 957.

83. Como afirma DE HOYOS SANCHO, *El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales... op. cit.*, pág. 832, al ser garante directo porque con sus acciones u omisiones durante el procedimiento de detención y entrega el juez del Estado requerido puede vulnerar directamente derechos y libertades; e indirecta como aquella que resultaría facilitada por la actuación u omisión del órgano jurisdiccional encargado de ejecutar la *Euroorden*.

84. *Vid.* acerca de la creación de un Derecho Penal Europeo, SILVA SÁNCHEZ, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal Europeo. Una aproximación crítica» en *Revista Penal*, n.º 13 enero 2004, págs. 138 y ss. Sin embargo, CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden...*, *op. cit.*, págs. 81-82 se manifiesta favorable a la técnica de la DM.

85. VOGEL, «Política criminal y dogmática penal europeas», traducción de Nieto Martín en *Revista Penal*, 11 enero 2003, pág. 144, situación que en su opinión puede tolerarse cuando los instrumentos penales internacionales o supranacionales requieren del consentimiento de todos los Estados afectados; MANES, *La incidencia de las «Decisiones marco» en la interpretación en materia penal...*, *op. cit.*, págs. 4 y ss.

86. En palabras de LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa... op. cit.*, pág. 310, «... una legislación con vocación de ser uniforme, pero que es dispersa en sus fuentes de producción».

De sobra es conocido, y como tal ha venido defendiendo la doctrina<sup>87</sup>, que el Derecho penal no entra en el ámbito de las competencias de la comunidad<sup>88</sup>, por lo que la disparidad existente entre los distintos sistemas penales de los Estados miembros en lo que concierne a la elaboración de tipos penales así como a la estructura del ilícito y al grado de sanciones prevista, puede impedir el logro de ciertas ventajas que conlleva la aplicación de la orden de detención y entrega, así como disminuir su eficacia.

Cierto es que las Decisiones marco posibilitan la armonización o aproximación de las leyes penales pero no la unificación del Derecho penal<sup>89</sup>. Tal y como señala Vogel, armonización viene a significar «acercamiento o aproximación» de las normas penales de los Estados miembros, conforme determinan los arts. 29, párrafo 2, inciso tercero, 31 c), e), y 34, párrafo 2 TUE con la finalidad de garantizar la compatibilidad de cada una de las normativas de los Estados miembros y de fijar normas mínimas acerca de los elementos de los tipos penales así como de las conductas típicas y de las penas a imponer<sup>90</sup>.

Las consideraciones realizadas son las que nos llevan a aceptar que, ante la ausencia a día de hoy de una auténtica armonización en materia penal entre los Estados miembros de la UE, acorde a la significación expuesta de armonización, la interpretación que, a nuestro juicio, permite una solución razonable a los supuestos concretos de aplicación de

la *Euroorden* es admitir que si la conducta típica por la que se solicita la orden de detención por parte del Estado de emisión es calificada como punible en el Estado de ejecución, se procederá a la entrega extraditacional. En caso contrario, tal y como ya se ha expuesto, dado que el principio de reconocimiento mutuo no implica asimilación entre los distintos sistemas penales, entendemos que no hay ninguna razón que justifique el cumplimiento de la resolución relativa a la entrega y detención de una persona conforme exclusivamente a la legislación del Estado emisor. Lo cual viene corroborado en el dato de que la idea de confianza<sup>91</sup> y equivalencia entre los Estados miembros en que se sustenta el principio de reconocimiento mutuo no puede conllevar una vulneración de las garantías constitucionales y penales<sup>92</sup>, garantías clásicas del Derecho penal. El legislador penal de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, atribuye distinto valor a determinados bienes jurídicos que, en su opinión, deben ser objeto de protección penal. Si otro Estado miembro determina que dicho bien jurídico no debe ser protegido por el Derecho penal, no se debe apelar al principio de reconocimiento mutuo ni a la ausencia del principio de doble incriminación para justificar la efectividad de la orden de detención y entrega de una persona<sup>93</sup> por la realización de un hecho ilícito no susceptible de reproche penal.

Por tanto, en el proceso de ejecución de una orden de detención y entrega de un sujeto por parte de la autoridad ju-

87. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal Europeo...*, op. cit., págs. 138 y ss., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, «La Euroorden: hacia una Europa de los carceleros» en *La Ley*, n.º 6619, 2006, pág. 3.

88. En este punto estimamos de interés la sentencia de 13 de septiembre del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que anuló la Decisión marco 2003/80/JAI, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por entender que es la Comunidad la que debe desarrollar la política comunitaria ambiental sin que la falta de competencia en materia penal o procesal penal pueda constituir un obstáculo para ello. Posición que es ratificada igualmente en la sentencia de 23 de octubre de 2007, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que anula asimismo la Decisión marco 2005/667/JAI para reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques.

89. No es este un trabajo que tenga como objeto de análisis la valoración del Derecho penal Europeo ni de realizar una evaluación de la situación actual, por lo que para esta cuestión nos remitimos entre otros, a: VERVAELE, *La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea...*, op. cit., págs. 169-183; GRASSO, *El futuro de la armonización del Derecho Penal en la ampliación de la Unión Europea...*, op. cit., págs. 285 a 298; SILVA SÁNCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal Europeo...* op. cit., págs. 138-150; MIRANDA RODRIGUES, *O Directo penal Europeu Emergente...*, op. cit., págs. 83 y ss.

90. VOGEL, *Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea...*, op. cit., pág. 114, mientras que asimilación «significa que los Estados miembros deben proteger del mismo modo a las agrupaciones y uniones de intereses como si se tratara de intereses propios, pero no tiene efectos de armonización entre los Estados miembros».

91. Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *La Euroorden: hacia una Europa de los carceleros...*, op. cit., pág. 2, pues tal «invocación de la confianza... incurre en la *falacia normativista*, consistente en la colocación en el lugar del *ser*, del *deber ser*; un *deber ser*, por cierto, de *mínimos*, como lo son las garantías ofrecidas por el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales».

92. ROVIRA, *Extradición y Derechos fundamentales. Comentarios al artículo 13.3 de la Constitución*, 2005, págs. 93-94 en referencia a la extradición en el marco del artículo 13.3 CE, trasladable a la *Euroorden* afirma que las autoridades del Estado que proceden a la entrega tienen el dominio de la situación del extraditado, son responsables de los resultados, porque disponen de todos los medios para evitar las consecuencias no queridas, esto es, remediar los efectos que producirá su decisión. Así, acerca de la conformidad con la Constitución de la actuación de un poder público extranjero, afirma este autor que «se basa en que la sujeción a esos derechos no desaparece cuando la actuación del juez español produce efectos *ad extra* con un riesgo relevante de conculcar los derechos que constitucionalmente se le imponen, aunque éstos tengan en estos casos un contenido especial, válido internacionalmente».

93. Vid., al respecto, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *La Euroorden: hacia una Europa de los carceleros...*, op. cit., págs. 1 y ss.

dicial española como Estado de ejecución, la actuación de dicha autoridad debe estar sujeta a las garantías que, tal y como vienen recogidas en la Constitución Española y en el Código penal, se establecen a favor del ciudadano frente al sistema penal. Si se lleva a cabo la ejecución de una *Euroorden* en el proceso iniciado para el enjuiciamiento y castigo de un hecho que, para la legislación penal española, no es objeto de reproche penal se estará lesionando el principio de legalidad penal y seguridad jurídica. El principio de legalidad se lesiona al aplicar la autoridad judicial un Derecho penal que no es Derecho penal de su propio Estado como Estado de ejecución. El principio de seguridad jurídica porque, como se sabe, este principio se cumple, por una parte, con el estricto acatamiento del principio de legalidad en lo que concierne a la certeza y concreción de las leyes que describen delitos a los que asocian sanciones penales, de forma que la ley debe determinar de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que puedan acarrear, dando cumplimiento así al mandato de determinación del tipo penal. Por otra, al manifestarse dicho principio de seguridad jurídica en la contracción de la intervención punitiva a un hecho concreto y anterior, por lo que se desea un «Derecho penal del hecho como único compatible con el ideal de seguridad»<sup>94</sup>.

Ahora bien, si se autoriza dicha detención y entrega, la consecuencia directa que se deriva de la actuación por parte de la autoridad judicial del Estado requerido es la atribución de naturaleza material a «una norma europea, reguladora del *ius puniendi*, vacía en su núcleo, para cuya aprobación el Parlamento Europeo no es competente»<sup>95</sup>. Lo cual implica el consiguiente debilitamiento de su propio Ordenamiento penal nacional y, a su vez, el olvido por parte de dicha autoridad judicial del papel de garante de los derechos y libertades fundamentales del sujeto reclamado<sup>96</sup>. Por todo ello, y en lo que se refiere al principio de reconocimiento mutuo, son las consideraciones expuestas las que constituyen un

obstáculo insalvable para «que podamos hablar en sentido técnico y estricto de reconocimiento automático de las resoluciones judiciales extranjeras solicitando la entrega de una determinada persona para su enjuiciamiento o para la ejecución de una pena en un Estado miembro»<sup>97</sup>.

Algunos autores señalan, para que no se violen los derechos y libertades de la persona reclamada en supuestos en los que la autoridad judicial procede a la solicitud de entrega de la misma, que el parámetro que debe servir de referente es lo que denominan «orden público europeo»<sup>98</sup>, es decir, el conjunto de derechos y libertades básicas, junto con sus respectivas garantías, tal y como aparecen reconocidos en el CEDH y protocolos adicionales y han sido interpretados por el TEDH. Aun con ello, nos parece insuficiente la referencia a este criterio pues, como expone Gómez Jara parece que la finalidad aquí perseguida es «el reconocimiento de un mínimo garantista indispensable en todos los Estados miembros»<sup>99</sup>, pues lo único que se consigue es permitir que el Juez, en cuanto garante o corresponsable junto con la autoridad del Estado requirente, tutele una serie de derechos y libertades fundamentales de los sujetos afectados por el reconocimiento mutuo, olvidando dichas autoridades que tienen obligación de cumplir y garantizar los derechos y libertades más allá del denominado límite del «orden público europeo», esto es, conforme a su propia legislación constitucional y penal interna.

### D. Principio de doble incriminación

#### a. Consideraciones generales

Característica básica del instrumento jurídico en que consiste el orden de detención y entrega europea (por oposición al anterior, esto es, el sistema tradicional de la extradición), ha sido la supresión del principio de doble incriminación con carácter obligatorio para algunos delitos<sup>100</sup>. Como es sa-

94. Vid. QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal español, Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995, 1997*, pág. 41.

95. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *La Euroorden: hacia una Europa de los carceleros... op. cit.*, pág. 3.

96. Entiende DE HOYOS SANCHO, *El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea...*, op. cit., pág. 836, que la autoridad judicial de ejecución aplicará sus normas constitucionales sobre el juicio justo o debido proceso cuando actúen como garantes directos de los derechos y libertades fundamentales del sujeto requerido, pero «no podrán exportar esas normas cuando deban actuar como garantes indirectos».

97. DE HOYOS SANCHO, *El Principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea...*, op. cit., pág. 80.

98. Lo que se corresponde con una interpretación estricta del principio de reconocimiento mutuo de forma que se evitaría alguno de los riesgos que conlleva la aplicación del mismo: vid. HOYOS SANCHO, *Euroorden y causas de denegación de la entrada...*, op. cit., págs. 232 y ss., quien señala las razones que han determinado por aceptar una visión estricta de este principio tomando como referente la ley española de *Euroorden* en cuyos artículos 11 y 12 se encuentran las causas de denegación de la entrega: obligatorias y facultativas. Estas causas de denegación de la entrega junto a los presupuestos de dictado y cumplimiento de la orden deberán ser examinados preceptivamente por la autoridad judicial de ejecución para determinar si procede o no a la entrega extradicional.

99. GÓMEZ JARA, *Orden de detención Europea y Constitución Europea...*, op. cit., pág. 7.

100. Dicha supresión ha sido objeto de diversas valoraciones para las cuales nos remitimos a FONSECA MURILLO, *Cooperación judicial contra el terrorismo...*, op. cit., págs. 73 y ss. Por su parte, para LÓPEZ ORTEGA en la obra colectiva Cezón González, *Derecho Extradicional...*, op. cit., pág. 329 lo califica de auténtico retroceso más que de un auténtico avance en la regulación de la extradición.

bido, el principio de doble incriminación ha sido uno de los requisitos clásicos del derecho extradicional conforme al cual, el hecho por el que se solicita la extradición debe estar tipificado como delito tanto en la legislación del Estado requerido como en la del Estado requirente<sup>101</sup>. Sin embargo, como ya se ha señalado, en el actual sistema introducido mediante la DM relativa a la orden de detención y entrega la implantación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales ha comportado como consecuencia la supresión del principio de doble incriminación para la lista de los 32 delitos contenida en la DM (art. 2.2 DM), lo cual supondrá que la autoridad judicial del Estado de emisión decidirá si la infracción entra o no en el ámbito de aplicación de la lista<sup>102</sup>. Conforme preceptúa el art. 4.1 DM, el Estado de ejecución podrá denegar la entrega de un sujeto cuando falte el principio de doble incriminación respecto de los delitos no incluidos en la lista<sup>103</sup>. No se trata de una lista cerrada pues acorde al contenido de los arts. 2.3 y 2.4 de la DM los Estados pueden ampliar dicha lista en el sentido de no exigir la doble incriminación para las conductas previstas en los susodichos preceptos.

El art. 9.1 de la LOEDE reproduce textualmente la previsión del art. 2.2 de la DM y no añade elemento tipificador alguno en relación a las categorías delictivas previstas en la lista de delitos de la DM. Así, dicho precepto establece que «cuando la orden europea hubiera sido emitida por un delito que, tal como se define en el derecho del Estado de emisión, pertenezca a una de las categorías de delito que a continuación se relacionan, y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos»<sup>104</sup>.

A su vez, el art. 9.2 de la LOEDE deja en manos del órgano judicial español de ejecución la decisión de si exige o no la doble incriminación en aquellos delitos no incluidos en el listado de los 32 delitos, al precisar que «en los restantes supuestos no contemplados en el apartado anterior, siempre

que estén castigados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad», disponiendo que «la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden europea sean constitutivos de un delito conforme a la legislación española, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo». Este precepto debe ponerse en relación con el art. 12.2 a) LOEDE al dejar a la autoridad judicial de ejecución española la facultad de denegar la extradición cuando falte el requisito de doble incriminación para los delitos no incluidos en la lista, esto es, «cuando se dé el supuesto previsto en el art. 9.2». Señala Moreno Catena que, dado el tenor literal de los preceptos señalados «parece que la Ley 3/2003 deja la decisión a la más pura discrecionalidad de la autoridad judicial española, que tendría absoluta libertad para decidir en cualquier sentido». Si bien, afirma este autor, que de los arts. 9.2 y 12.2 a) parece deducirse otra interpretación en el sentido de que el juez tendría autorización para denegar o cumplir la orden de detención y entrega solo «cuando los hechos por los que un juez comunitario la ha expedido no sean constitutivos de delito en España»<sup>105</sup>.

Son muchas las críticas que la actual LOEDE ha recibido no tanto por la técnica defectuosa que presenta sino por la ausencia de definición e concreción del significado de alguno de los delitos que son susceptibles de acoger diversas conductas<sup>106</sup>, tal y como se observará del análisis que se efectúe en relación al delito informático. Lo que no se puede negar es que la LOEDE se limita a ser una mera reproducción de las disposiciones de la Decisión marco, al limitarse el legislador español a «copiar» literalmente el listado de los 32 delitos a los que se aplica el principio de ausencia del control de la doble incriminación sin introducir ningún elemento innovador a las correspondientes infracciones delictivas a la vez que desarrolla de manera más bien escasa,

101. Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario...*, op. cit., págs. 205 y ss. CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega...*, op. cit., pág. 93.

102. Lo cual se venía reclamando por parte de la doctrina científica, así, GIMBERNAT ORDEIG, *Algunos problemas de extradición en el Derecho Español...*, op. cit., págs. 114-120.

103. A excepción de materias relativas a tasas de impuestos, de aduana y de cambio, respecto de las cuales no podrá denegarse la ejecución de la orden de detención europea por el motivo de que la legislación del Estado miembro de ejecución no imponga el mismo tipo de tasas o impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas o impuestos, de aduana y de cambio que la legislación del Estado miembro emisor.

104. Lista que en opinión DE MIGUEL ZARAGOZA, *Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de extradición...*, op. cit., págs. 148-149, es discutible, al existir una falsa polémica pues para los tipos habituales en cualquier código penal es fácil prescindir de la exigencia de la doble incriminación.

105. MORENO CATENA, *La orden europea de detención en España...*, op. cit., pág. 22.

106. Vid. al respecto, ARANGUENA FANEGO, «La orden europea de detención y entrega...», op. cit., págs. 28-29, quien apea al anárquico orden del listado referido señalando que hubiera sido más correcto haber agrupado los delitos conforme a algún criterio lógico de clasificación, señalando como criterio el del bien jurídico protegido por la ley penal. Señala igualmente CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega...*, op. cit., pág. 97, la ambigüedad en las denominaciones de los diferentes tipos delictivos, lo que propicia desigualdad y, por lo tanto, inseguridad jurídica.

aquellas materias que la propia Decisión deja en manos de las respectivas legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros<sup>107</sup>. Parece ser, sin entender muy bien el porqué, que el legislador español ha considerado que es innecesario dar una mayor precisión a los tipos delictivos contenidos en el art. 9 de la LOEDE, al decidir que el Juez del Estado de ejecución está vinculado no solo por los hechos, sino por la calificación jurídica que realiza el Estado emisor. Por ello procede a enumerar en una relación los diferentes tipos penales sin dar un mínimo significado de los mismos o señalar unos mínimos elementos o aludir a medios comisivos de los correspondientes tipos penales<sup>108</sup>.

La ausencia de control de la doble incriminación no presenta mayores dificultades para la ejecución de la orden de detención y entrega de la persona reclamada si todos los delitos incluidos en el listado son delictivos en la mayor parte de los Estados miembros. Indica Miranda Rodrigues el consenso que existe en el marco de la Unión bajo el propio «principio de la incriminación» de los 32 comportamientos enumerados; sin embargo, advierte que la lista de infracciones en relación a las cuales la exigencia de la doble incriminación es suprimida no se corresponde con la enumeración de tipos legales que hayan sido ya objeto de un trabajo de armonización o que, en su defecto, no presenten importantes desacuerdos<sup>109</sup>. Además, señala esta autora que «el art. 2.2 DM no habla de abolición de la doble incriminación: se refiere a infracciones de la lista, tal y como están definidas por la legislación del Estado miembro de emisión, que determinan la entrega sin control de la doble incriminación»<sup>110</sup>. Desde esta perspectiva, afirma Miranda que lo que se conforma es el «tipo de control» que pertenece a la autoridad del Estado de ejecución: por una parte, un control genérico respecto al cual no existiría ningún problema, pues la autoridad del Estado de ejecución tendría que limitarse a verificar si la existencia del hecho delictivo por el que se solicita la orden

de detención forma parte del listado de los 32 delitos comprendidos en su propia ley de transposición de la DM. El problema, según Miranda, se produce en lo que denomina como segunda fase de control, lo que se designa como control jurídico y que va referido al control de la incriminación del hecho en el Estado de emisión<sup>111</sup>. Así, en el llamado «control jurídico» es donde adquiere un total protagonismo el principio de doble incriminación ya que la autoridad judicial del Estado de ejecución queda subordinada a la definición de los hechos por el derecho del Estado de emisión; por ello, procederá la autoridad judicial a ejecutar la orden de detención y entrega para lo cual se apoyará en los elementos constitutivos del tipo por el que se solicita dicha orden, conformándose con su previsión en la ley del Estado de emisión y sin tener en cuenta cómo dichos elementos están previstos en la ley de su Estado.

Llegados a este punto, no vamos a repetir todos los argumentos críticos ya expuestos en relación al principio de reconocimiento mutuo y que son perfectamente trasladables al quedar reflejados en el principio de la doble incriminación, centrándose en el ya consiguiente debate planteado sobre la aplicación por parte de la autoridad judicial del Estado de ejecución de la legislación penal interna del Estado emisor, consecuencia del reconocimiento automático de resoluciones judiciales. Por ello, hemos de admitir que, al igual que el principio de reconocimiento mutuo, el principio de ausencia de control de la doble incriminación presenta numerosos problemas por la forma en que se ha llevado a efecto en la concreta orden europea de detención y entrega sin la consiguiente armonización de los diferentes tipos penales<sup>112</sup>. En efecto, la aplicación de la *Euroorden* con la supresión del control de la doble incriminación parece encubrir una tendencia punitivista al privilegiar, como destaca Miranda Rodrigues «un espacio penal europeo represivo: no interesa qué crimen, interesa que es crimen»<sup>113</sup>. En este sen-

107. Parecer que manifiesta CASTILLEJO MANZANARES, *El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega...*, op. cit., pág. 2, destacando entre dichas materias, la determinación de cuál sea la autoridad judicial competente tanto para la emisión como ejecución de la orden de determinación europea; la designación y descripción de las funciones de la autoridad central; o el procedimiento de ejecución de la orden europea.

108. Tipos penales a los que ya se ha hecho referencia en la nota n.º 48, a la cual me remito.

109. MIRANDA RODRIGUES, *O Directo penal Europeu Emergente...*, op. cit., pág. 201; de la misma autora, «La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II)» en libro colectivo *La Orden europea de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2006, pág. 36. En este sentido, destacamos la opinión de Sanz Morán al precisar que la exigencia de doble incriminación venía siendo crecientemente cuestionada en cuanto «suponía un obstáculo importante para una fructífera colaboración entre los Estados»: SANZ MORÁN, *La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico material*, op. cit., págs. 96 y 97, así como la bibliografía citada por el autor.

110. MIRANDA RODRIGUES, *O Directo penal Europeu Emergente...*, op. cit., pág. 201; de la misma autora, *La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II)...*, op. cit., pág. 36.

111. MIRANDA RODRIGUES, *O Directo penal Europeu Emergente...*, op. cit., pág. 201; de la misma autora, *La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo...*, op. cit., pág. 36.

112. Nos remitimos en este punto a SANZ MORÁN, *La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico material*, op. cit., págs. 98-99, quien expone las distintas opciones que se barajaban antes de aceptar el sistema actual.

113. MIRANDA RODRIGUES, *O Directo penal Europeu Emergente*, op. cit., pág. 203; de la misma autora, «O mandado de detenção europeu na via de construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?» en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 13, n.º 1 (enero-marzo 2003), pág. 59.



tido, advierte Gómez Jara que aquellos ordenamientos jurídicos europeos más punitivos, en cuanto que sancionan con más de tres años todas o casi todas las conductas del catálogo de infracciones delictivas serán quienes, en principio, soliciten una órdenes de detención europea, de tal manera que su tendencia punitivista no se detendrá en sus fronteras nacionales, sino que actuará en todo el territorio europeo<sup>114</sup>. Lo cual se traducirá en una disminución de las garantías penales.

Vistos con carácter general el principio de reconocimiento mutuo y el principio de doble incriminación, en el epígrafe siguiente se abordará el análisis particularizado de dos de los 32 delitos contenidos en el catálogo de infracciones que se suprime el principio de la doble incriminación: delitos de alta tecnología o delito informático y el delito de entrada y permanencia ilegales. Se tratará de efectuar un repaso de las líneas más destacadas del contenido de ambos delitos en la regulación penal española junto a la francesa, italiana y portuguesa. Una simple revisión de alguno de los ordenamientos jurídicos correspondientes de los Estados miembros nos sirve para detectar cuál ha sido su nivel de preocupación en la transposición de los tipos penales contenidos en la DM a las leyes internas de cada Estado. A la hora de establecer este análisis comparativo de estas dos figuras delictivas, centraremos nuestro interés en los aspectos siguientes: el grado de precisión empleado al describir las acciones típicas, los medios comisivos exigidos, así como el rigor de las penas impuestas.

## E. Análisis de la legislación comparada: España, Francia, Italia y Portugal

### a. Delitos de alta tecnología o delito informático

La LOEDE en el art. 9.1, en relación al ámbito de aplicación de la orden de detención europea establece como uno de los hechos que pueden dar lugar a la entrega:

«... delitos de alta tecnología, en particular delito informático».

Las categorías de «delitos de alta tecnología» y «delito informático» son inexistentes en nuestro ordenamiento legal<sup>115</sup>. Además, el uso de esta terminología no es pacífica y, desde luego, ninguna de las expresiones delimita, claramente, el ámbito de tipicidad de la conducta punible y ello porque, como es sabido, en el Código penal español no existe una rúbrica referida al «delito informático».

Con arreglo al Código penal actual, el legislador penal ha afrontado lo que se viene denominando «criminalidad informática» con la tipificación de una serie de nuevas modalidades delictivas que abarcan distintos ámbitos y formuladas con distinta óptica.

La informática es el medio comisivo a través del cual pueden lesionarse determinados bienes jurídicos, así por ejemplo, la intimidad, la propiedad industrial e intelectual o el patrimonio, etc. La existencia de esta heterogeneidad de bienes jurídicos tutelados ha podido facilitar la actual regulación que del delito informático ofrece el Código penal actual, al aceptar el legislador que todas las infracciones relacionadas con la informática no aparezcan agrupadas bajo un único Título del Código penal. En efecto, al crear el legislador «tipos de equivalencia» caracterizados por exhibir como peculiaridad su forma de incriminación, se introducen en el Código penal español nuevos tipos penales que complementan a otros ya existentes, agrupados en el mismo título y capítulo pero con la singularidad de incluir en la descripción típica el medio empleado para la lesión del bien jurídico: esto es, la lesión al bien tutelado se ha de producir mediante la manipulación o alteración de datos o programas informáticos<sup>116</sup>. Esta técnica presenta ventajas e inconvenientes; en relación a las primeras, la conexión que mantienen los delitos relacionados con la informática enumerados con el tipo tradicional por la razón de que permiten delimitar mejor el objeto de tutela. Como inconvenientes, la dispersión en el Código penal de los distintos tipos penales agrupados en función del bien jurídico lesionado, lo que obliga al intérprete a realizar una labor de dilucidar si cada uno de los tipos penales recogidos en el Código penal y relacionados con la informática se puede encuadrar en lo que se viene calificando de «criminalidad informática»<sup>117</sup>.

114. GÓMEZ JARA, *Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo...* op. cit., págs. 1 y ss., no alude al delito de terrorismo al no plantearse este problema al existir un consenso generalizado de su merecimiento y sanción penal. En el mismo sentido, FONSECA MORILLO, *La orden de detención europea...* op. cit., pág. 88, pues «para los mismos hechos, penados en un Estado miembro con una pena de 3 años de privación de libertad y en otro Estado miembro con una de 2 años en un caso se podrá emitir una orden de detención europea para la cual la doble incriminación no se controlará, y en otro no será posible. Se trata de un plus importante otorgado a los Estados miembros cuya legislación penal es más represiva, lo que políticamente es discutible»; CUERDA RIEZU, *De la extradición a la Euroorden de detención y entrega...* op. cit., pág. 98.

115. Vid. SANZ MORÁN, *La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material...* op. cit., pág. 108; LÓPEZ ORTEGA, *El futuro de la extradición en Europa...* op. cit., pág. 328, para quien la noción de «delitos de alta tecnología» es sumamente imprecisa.

116. Vid. al respecto: ÁLVAREZ VIZCAYA, «Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del derecho penal en la red» en *Internet y Derecho penal*, CDJ, 2001, págs. 256 y ss.; ROMEO CASABONA, «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías» en *Revista del Poder Judicial*, 1993, págs. 18 y ss.

117. Vid. CORCOY BIDASOLO/JOSHI JUBERT, «Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos» en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, v. 3, págs. 133 y ss.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, «Delincuencia económica e informática en el Nuevo Código penal» en *CDJ*, 1996, págs. 251 y ss.

Acorde a lo expuesto, a lo largo del articulado del Código penal nos encontramos con los siguientes delitos todos ellos encuadrables en lo que venimos denominando «criminalidad informática»: en el Título X del Código penal, bajo la rúbrica «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» se encuadra el delito de descubrimiento, modificación o revelación de secretos personales y familiares, arts. 197 y ss. En dichos preceptos se castigan determinadas conductas que pueden cometerse por medios informáticos; así, conductas de apoderamiento de mensajes de correo electrónico o interceptación de comunicaciones, entre las que se encuentran la transmisión electrónica de datos ya contenidos. Conviene realizar una precisión en relación al empleo de los verbos «apoderarse» e «interceptar» en la descripción típica del hecho delictivo, pues si bien ambos verbos típicos denotan una acción de apoderamiento, genéricamente «apoderarse» significa adueñarse de algo, sin embargo el verbo «interceptar» denota, además, que el apoderamiento debe realizarse antes de que la cosa llegue al lugar o a la persona a la que va destinada<sup>118</sup>. Esta interpretación permite que el apoderamiento de mensajes de correo electrónico comprenda tanto la aprehensión de los mensajes ya impresos como la obtención de los mismos mediante la entrada en el ordenador en el que se encuentren registrados. Para que concurra el tipo, ambas conductas (apoderarse, interceptar) deben realizarse con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro por lo que se requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto y, además, dichas conductas deben realizarse sin el consentimiento del titular<sup>119</sup>. Añade el tipo penal la modalidad de control clandestino con la introducción de la cláusula «de cualquier otra señal de comunicación», con lo cual parece deducirse que la misma está prevista para acoger las constantes innovaciones tecnológicas que en materia de telecomunicación aparecen cada día, entre las que destacan, por ejemplo la correspondencia informática o por Internet<sup>120</sup>. La pena asignada a este delito es la de pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

En el número 2 del art. 197 se sanciona, en un primer inciso, la conducta del sujeto que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique los datos reservados de carácter personal o familiar de otro y que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos; en el segundo inciso se incrimina la conducta de quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos

a quien los altere o utilice. A diferencia del n.º 1 del art. 197, en el n.º 2 en cuanto al objeto material sobre el que recae la conducta típica, se debe de tratar de datos consignados en un fichero automatizado y no de datos recogidos documentalmente<sup>121</sup>. La doctrina penal, a efectos de distinción de ambas conductas, viene aceptando la interpretación de que si se produce un apoderamiento físico de los datos, así por ejemplo, fotocopándolos o imprimiéndolos, o bien si se altera o aprovecha la información así conseguida, será de aplicación la conducta descrita en el inciso primero, esto es, apoderarse o utilizar dichos datos; por el contrario, si el sujeto accede al ordenador en que están registrados los datos o si, después de acceder a ellos, los utiliza, se aplicará el inciso segundo<sup>122</sup>. Las conductas descritas deben realizarse en perjuicio de tercero, primer inciso, o en perjuicio del titular de los datos o de un tercero, segundo inciso, lo que viene a exigir la presencia de un elemento subjetivo de injusto, esto es, viene a requerir que el autor actúe con la tendencia interna de perjudicar, con ánimo de causar un perjuicio. Las penas que tienen asignadas estas conductas es la de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Dentro de lo que venimos encuadrando como delito informático nos encontramos en el Título XIII del CP bajo la rúbrica «De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico» con la estafa informática del art. 248.2 CP. La actual redacción que presenta este precepto permite dar cobertura a la tutela penal del patrimonio frente a ataques identificados como manipulaciones informáticas. Así, al tipificarse la estafa cometida a través de cualquier alteración o modificación de datos se declara la punibilidad de todas aquellas conductas que, mediante manejo de datos almacenados en sistemas informáticos logran la transferencia no consentida de activos patrimoniales. El legislador emplea la cláusula «datos que deban ser tratados automáticamente», la cual debe ser interpretada en un sentido extensivo como susceptible de abarcar tanto la manipulación o alteración pero no solo de los datos ya contenidos, sino de los que se introducen en el ordenador; a su vez, dicha conducta se extiende a las alteraciones realizadas en cualquiera de las fases del proceso informatizado, englobando igualmente el hecho de falsear el resultado e incluso mediante la alteración del tratamiento informático de datos incluidos en cualquier programa de ordenador. La finalidad de esta conducta es obtener el autor del hecho un beneficio económico, por lo que la realización del tipo exige un ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. La pena que tiene impuesta este delito es la pena

118. Vid. ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, 2001, pág. 25.

119. Previsión que constituye una auténtica novedad del CP de 1995 y con la que se da respuesta a una de las principales preocupaciones que en relación con la protección de la intimidad personal y familiar provocaba el desarrollo de la informática y de las nuevas tecnologías. Para más detalles sobre estos delitos nos remitimos entre otros a: MATA Y MARTÍN, *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001; ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes...*, op. cit., págs. 20 y ss.

120. MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5.ª ed., págs. 407 y ss.

121. MATA Y MARTÍN, *Delincuencia informática y Derecho penal...*, op. cit., págs. 138-139.

122. ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes...*, op. cit., págs. 34-35.

de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros.

El delito relativo al uso indebido de terminales de comunicación del art. 256 puede encuadrarse también en lo que venimos denominando como delito informático. En dicho precepto se castiga al sujeto que, sin autorización del titular de la instalación o para fines privados distintos de los permitidos, procede a la utilización de dicho terminal de comunicación; así, a título de ejemplo, el acceso a redes o a Internet. Se trata de un comportamiento frecuente en los centros de telecomunicaciones de proceso de datos. A tal efecto se entiende por terminales de comunicación todos aquellos que sirven para establecer conexiones a distancia entre personas, sistemas o disposiciones técnicas, mediante procedimientos eléctricos, radioeléctricos informáticos. Exige el tipo penal para la realización de la conducta delictiva el «uso no autorizado» de dicha terminal, pudiendo consistir dicho uso tanto en la utilización del terminal ajeno sin consentimiento del dueño como lo que suponga un exceso por encima del límite autorizado<sup>123</sup>. La pena para este supuesto es de multa de tres a doce meses, siempre que el perjuicio causado al titular del equipo de la terminal supere los 400 euros.

El art. 264.2 CP alude a la figura de daños informáticos. La misma prevé expresamente como modalidad agravada de daños los que se causen en «datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos». La conducta castigada consiste en destruir, alterar, inutilizar o de cualquier otro modo dañar los datos, programas o documentos informáticos. Se comprende, por tanto, el borrado de los mismos como la destrucción física del soporte en el que dichos datos o programas se encuentran, conforme al concepto tradicional de daños que comprende la destrucción, el deterioro, la inutilización y la alteración. Para la realización de esta conducta no importa el medio utilizado, lo cual es notorio, pues el propio art. 264.2 señala que el mismo puede cometerse «por cualquier medio» o «de cualquier otro modo», lo que permite que la conducta abarque desde la infección con virus o bombas lógicas hasta la actuación de *hackers* que acceden ilícitamente al sistema informático y alteran o destruyen elementos del mismo. La pena es la de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

También tienen la consideración de delito informático determinados hechos relativos a la propiedad intelectual e industrial, así como la conducta consistente en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente una obra, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios. Constituye el objeto material cualquier obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte informático (art. 270). La realización de la conducta

exige un ánimo de lucro, esto es, intención de obtener un beneficio patrimonial, elemento subjetivo del injusto que implica la tendencia interna por parte del autor que dirige su comportamiento a provocar determinados resultados lesivos al titular de los derechos de autor<sup>124</sup> y que la conducta se realice en perjuicio de tercero. La pena es de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses.

La última categoría de delito informático a la que hacemos referencia es la relativa al descubrimiento de secretos de empresa en soporte informático, tipificada en el art. 278.1; en dicho precepto se castigan dos conductas: por una parte, el hecho de apoderarse de ciertos datos, objetos o soportes en los que se contiene un secreto de empresa con el fin de descubrirlo; por otra, la utilización de ciertos medios o instrumentos con el mismo fin. Estas acciones se engloban en lo que viene conociéndose como «espionaje industrial». En lo que concierne a la primera de las conductas, destacamos que «apoderarse» es tomar, coger, aprehender, cualquiera que sea la forma en que ello se haga, y cualquiera que sea el soporte en el que se encuentre recogido el secreto: datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo. Basta hacerse con los datos en cualquier forma que permita su posterior reproducción o utilización<sup>125</sup>, determinando que datos son las unidades básicas de información, cualquiera que sea su contenido. Por su parte, documentos electrónicos son todo conjunto de datos o de información creado informáticamente o susceptible de procesamiento informático y el soporte informático son los dispositivos físicos en donde se almacenan los ficheros o documentos electrónicos en los que se recoge el secreto de empresa, cualquiera que sea su naturaleza y funcionamiento.

La segunda modalidad de conducta viene determinada por el empleo de los medios o instrumentos del art. 197.1, descubrimientos de secretos, por lo que adopta idéntica estructura que el tipo de apoderamiento de datos u objetos referidos al secreto, con el empleo de artificios técnicos como grabación, escucha, transmisión, interceptación de telecomunicaciones o de cualquier otra señal de telecomunicación, en términos semejantes a los expuestos en relación al art. 197.1. Para la realización del delito se precisa que el apoderamiento se lleve a cabo para descubrir un secreto de empresa.

El legislador penal ha incorporado un tipo agravado en el supuesto de que, una vez descubiertos los datos secretos de la empresa, se comunican a terceros, esto es, se difundieren, revelaren o cedieren a terceros (art. 278.2). La pena a imponer en este supuesto es de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Por el contrario, en el supuesto del art. 278.1 la pena es la de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

123. Opinión que mantienen VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal...*, op. cit., pág. 701.

124. Tal y como lo determina MATA Y MARTÍN, *Delincuencia informática y Derecho penal...*, op. cit., pág. 87.

125. ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes...*, op. cit., págs. 102 y ss.

Pues bien, después de ver toda esta regulación de lo que podría denominarse «criminalidad informática», a efectos de la orden de detención y entrega tenemos que excluir algunos de ellos por no cumplirse el requisito de la pena. En efecto, aquellos delitos que no tienen asignada una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, tres años, quedan excluidos de la orden de emisión de detención y entrega: por tanto, quedan excluidos los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (art. 270) y el delito relativo al uso indebido de terminales de comunicación (art. 256). En relación a la estafa informática, al seguir el legislador español el sistema de las cuantías en los delitos contra el patrimonio, tendrá que quedar demostrado que la cuantía de lo defraudado supera los 400 euros.

Siguiendo nuestro análisis en un intento de comparar nuestra legislación penal interna en relación a la *Euroorden* con la de otros países en lo que se refiere al delito informático, comenzamos por la de **Francia**. La Ley n.º 2004-204 de 9 de marzo 2004 de transposición de la Decisión Marco relativa a la orden de detención y entrega europea, determina en el Título X del Libro IV del Código de procedimiento penal, del Capítulo IV, Sección 3.ª, «Disposiciones relativas a la ejecución de un mandato de arresto europeo» como una de las infracciones a las que se ha suprimido el control de la doble incriminación (art. 695-23): *cybercriminalité*.

Las disposiciones del legislador francés en esta materia vienen reguladas en el Código penal, arts. 323-1 a 327-7 bajo la rúbrica «Atentados a los sistemas de tratamiento automatizado de datos». Estos tipos penales aparecen formulados en términos mucho más específicos que los del Código penal español. Así, en primer lugar, se contiene en el art. 323-1 el comportamiento de acceder o de mantenerse, total o parcialmente, en un sistema de tratamiento automatizado de datos. El acceso debe realizarse fraudulentamente. En efecto, destaca por parte del legislador penal francés el empleo de una fórmula tan amplia que permite englobar el empleo de cualquier medio comisivo para la realización de la conducta típica, esto es, cualquier técnica o medio que permita la penetración irregular del sujeto a un sistema de tratamiento de datos protegido. En la conducta típica queda abarcada igualmente la utilización por parte del autor del hecho de un código exacto para el que dicho sujeto no tiene normalmente acceso, y conseguir así tanto el penetrar como el mantenerse ilícitamente en el sistema automatizado después del acceso regulado más allá del tiempo permitido<sup>126</sup>. Dicho comportamiento, en cierto modo próximo que no idéntico al que incrimina los arts. 248.2 y 256 del Código penal español por el empleo de la expresión «uso no autorizado», se corresponde con una pena de 2 años de prisión y multa de 30.000 euros. Seguidamente, el párrafo 2.º de este mismo precepto establece una pena agravada para el caso de

que el acceso o mantenimiento ilícito en el sistema automatizado de datos conlleve la supresión o modificación de los datos ya contenidos en el sistema informático, o bien se produzca con dicha conducta una alteración al funcionamiento del sistema, aplicándose entonces la pena de prisión por 3 años y multa de 45.000 euros.

Por otro lado, el art. 323-2 incrimina a quien realice el comportamiento de alterar o falsear el funcionamiento de un sistema de datos. No hace mención el tipo penal al medio o procedimiento que se ha de utilizar para llevar a cabo la penetración voluntaria en el sistema informático y de esa forma falsear o alterar los datos. No obstante, para que se dé la conducta prohibida es preciso que el sujeto actúe sobre los elementos materiales del sistema o sobre los programas informáticos. A este respecto, para la aplicación de este precepto se considerarán típicas todas aquellas conductas que obstaculicen o falseen programas utilizados por los sistemas informáticos y que permiten el acceso al funcionamiento de otras operaciones, así por ejemplo, la introducción de determinados programas que autoricen otras operaciones distintas a las ya introducidas, o que conlleven la destrucción de dichos programas o la introducción de virus informáticos con la finalidad de alterar los datos ya contenidos. Este precepto viene completado con el hecho de introducir, de forma fraudulenta, datos en un sistema de tratamiento automatizado o de suprimir o modificar de idéntica forma los datos contenidos en él, conforme al art. 323-3. Parece deducirse la intención del legislador francés de proteger no sólo el material necesario en el funcionamiento del sistema informático sino los mismos datos contra el borrado, modificación o manipulación informática.

El art. 323.3 ha sido añadido por Ley 21 junio 2004 y castiga determinados actos que recaen en un equipo, instrumento o programa informático o en todo dato concebido o adaptado para cometer cualquiera de las infracciones previstas en los arts. 323-1 a 323-3. Los actos a que se refiere el tipo pueden consistir en importar los datos, trasladarles, mantenerlos, darlos, ofrecerlos, cederlos o ponerlos a disposición sin motivo legítimo.

Las conductas descritas en los números 2 y 3 del art. 323 tienen asignada una pena de 5 años de prisión y multa de 75.000 euros.

Pocas divergencias se observan en la legislación penal española e italiana en lo relativo al delito informático. En efecto, continuando nuestro análisis con **Italia**, la ley 22 de abril de 2005, n.º 69<sup>127</sup>, ley de transposición de la DM relativa al mandato de detención y entrega europea, establece en su art. 8.1 como una de las infracciones a las que suprime el principio de la doble incriminación, el cometer, con el fin de procurar para sí o para otro un provecho o de causar a otro un daño, un acto dirigido a introducirse o a mantenerse abusivamente en un sistema informático o telemático protegido.

126. Vid. VERÓN, Michel, *Droit pénal spécial*, 11.ª edición, 2006, págs. 335 y ss.

127. La Legge 22 aprile 2005, n. 69 «Disposizioni per conformar il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle proceder di consegna tra Stati membri.

En el código penal italiano se regulan, desde la Reforma de 23 de diciembre de 1993, n.º 547, distintos delitos que tienen que ver con la informática y que al igual que el código penal español aparecen agrupados en función del bien jurídico lesionado. En primer lugar, en el art. 615 ter, de la Sección IV, denominada «Delitos contra la inviolabilidad del domicilio», aparece incriminada la conducta de acceso abusivo a un sistema informático o telemático. Acorde a la descripción típica, la conducta consiste en introducirse en forma abusiva en un sistema informático o telemático protegido con una medida de seguridad o contra la voluntad del interesado<sup>128</sup>. La pena asignada es de prisión de uno a tres años, si bien la misma se agrava cuanto el hecho delictivo se ejecute por un funcionario público o por el encargado de un servicio público; o bien por el modo de comisión de la conducta consistente en el empleo violencia o ya sea por el resultado lesivo consistente en destrucción o daño del sistema o la interrupción total o parcial de su funcionamiento, así como de los datos almacenados. En estos supuestos, la pena es de prisión de uno a cinco años.

A su vez, el art. 615-quáter castiga la difusión abusiva del código de acceso de un sistema informático o telemático<sup>129</sup>. La pluralidad de conductas lesivas contenidas en esta norma oscilan desde la obtención y la reproducción, hasta la difusión abusiva de un código de acceso ajeno. Asimismo, se contiene la conducta de difundir en forma abusiva el código para acceder a un programa criptico. La conducta de difundir un programa informático dirigida a dañar o interrumpir un sistema informático, está castigada en el art. 615. Se sanciona con pena de prisión de hasta un año y multa de 5.164 euros. Igualmente, se contempla una agravación cuando la conducta sea realizada por un funcionario o encargado de servicio público, cuando se produzca un daño en un sistema informático o telemático utilizado por el Estado o por cualquier otro ente público y, por último, por el ejercicio abusivo de la profesión de investigador privado. Para este tipo agravado se prevé la pena de prisión de uno a dos años y multa de 5.164 a 10.329 euros.

Dentro de los delitos contra la inviolabilidad del secreto, art. 617, se castiga la interceptación, impedimento o interrupción ilícita de una comunicación informática o telemática. Se castiga igualmente a quien recepta la conducta de instalar un aparato de interceptación, impedimento o interrupción de comunicación informática o telemática, agravándose igualmente la pena para los supuestos idénticos a los contemplados en los artículos anteriores.

La acción de falsificar, alterar o suprimir el contenido de una comunicación informática o telemática se encuentra prevista por el art. 617-bis. Se requiere que el autor actúe con el propósito de lucro o de daño en la acción de falsificar, en forma total o parcial, el contenido de una comunicación informática o telemática. A su vez, no se exige la interceptación dolosa por parte del autor<sup>130</sup>, ya que resulta suficiente, a los efectos de su configuración, que ella resulte ocasional. Se sanciona con pena de prisión que va de uno a cuatro años y para el supuesto de que la conducta sea realizada por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o por el encargado de servicio público, con abuso de sus poderes o con violación de sus deberes inherentes a su función, la pena de prisión será de uno a cinco años.

El art. 623 cumple la función de tipo amplificador al permitir la inclusión, en el género de comunicaciones, de todas aquellas que se realizan a través de sistemas telegráficos, telefónicos, informáticos o telemáticos<sup>131</sup>.

Dentro de los delitos contra la propiedad, nos encontramos también con delitos informáticos. El art. 635 bis contempla la figura del daño del sistema informático y telemático. Las conductas previstas son destruir, deteriorar o hacer inservible, en todo o en parte, un sistema informático o telemático, programas, informaciones, o cualquier otro dato. Se castiga igualmente la conducta de cancelar datos de la memoria de la computadora, circunstancia que obligó a programar nuevamente los datos borrados.

Además, el código penal italiano prevé, en su art. 640 ter, un tipo penal de fraude informático a través del cual se reprime la acción de alterar de cualquier modo el funcionamiento de un sistema informático o telemático, o intervenir sin derecho sus datos, informaciones o programas, todo ello con el propósito de obtener un lucro indebido o de causar un daño. Esta conducta presenta todos los elementos constitutivos de una defraudación, y se diferencia en cuanto a la utilización de un sistema informático para lograr el perjuicio patrimonial de terceros.

Se detecta una notable similitud entre las normativas legislativa de Portugal y Francia. La ley portuguesa n.º 65/2003, de 23 de agosto aprueba el régimen jurídico del mandato o detención europea determinando el art. 2.º.2 como categoría de delitos sin control de la doble incriminación: **I) Cibercriminalidade**, término éste coincidente con el empleado por el legislador francés para referirse a los delitos relacionados con la informática.

En la normativa portuguesa, los delitos informáticos se encuentran regulados en la ley n.º 109/91 de 17 de agosto,

128. Vid. GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto penale, Parte Speciale, II, 2.ª edizione*, 2006, págs. 257 y ss. para quien, con la revisión de esta figura el legislador italiano ha asegurado la protección del «domicilio informático»; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale, I delitti contro la persona*, 2006, págs. 239 y ss.

129. GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto penale...*, op. cit., pág. 265.

130. Para GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto penale...*, op. cit., pág. 280, un dolo específico al realizarse la conducta con el fin de interceptar o impedir una conversación o comunicación. En el mismo sentido FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale, I delitti contro la persona...*, op. cit., pág. 260.

131. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale, I delitti contro la persona...*, op. cit., pág. 272.

Ley de criminalidad informática<sup>132</sup>: en su art. 4.º asignan con una pena de hasta cinco años de prisión o multa de 120 a 600 días a quien con intención de provocar un engaño en las relaciones jurídicas, introduzca, modifique, borre o suprima los datos contenidos en un sistema informático o programas informáticos. Igualmente, la normativa portuguesa reprime por su parte la conducta de interferir, por cualquier medio, en el tratamiento informático de datos o programas, añadiendo el requisito de que esos datos o programas sean susceptibles de servir como medio de prueba, de tal forma que su visualización produzca los mismos efectos que un documento falsificado. A la sanción prevista en el n.º 1 del art. 4.º podrá sumarse la conducta del n.º 2 del art. 4.º consistente en la utilización del documento obtenido a partir de datos o programas informáticos que hayan sido objeto de la conducta descrita en el párrafo anterior, pero entendiéndose que sólo se podrá aplicar el citado tipo penal cuando tal comportamiento redundara en un efectivo perjuicio a otro o bien en obtener un beneficio legítimo, para sí o para otros.

Todas las conductas mencionadas pueden ser realizadas por cualquier sujeto; sin embargo, son susceptibles de agravarse para el hecho concreto de que la introducción, modificación, supresión o el interferir en el tratamiento informático de datos sean efectuados por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso se sanciona con pena de prisión de uno a cinco años.

Por otro lado, atendiendo todavía a la normativa portuguesa, conviene reseñar que el art. 5.º tipifica una conducta delictiva semejante a la que aparece en nuestro Código penal en el art. 264: delito de daños causados a datos o programas informáticos. Para ello se exige que el autor lleve a cabo la acción de borrado, destrucción, en todo o en parte, o de suprimir datos o programas informáticos ajenos, con el fin de causar un perjuicio a otro o de obtener un beneficio ilegítimo para sí o para un tercero y sin que esté autorizado para realizar dicha conducta. No se aprecia una divergencia en cuanto a la técnica sancionatoria empleada por el legislador español y portugués al optar este último por una pena de prisión de hasta tres años o pena de multa de 120 a 600 días. Se aplicará la misma sanción en el caso concreto de que la acción afecte a la capacidad de uso del aparato. En estos supuestos, se castiga la tentativa y además en los núms. 3 y 4 se recogen dos tipos agravados que se refieren a quien realice la misma conducta del tipo básico pero el daño causado fuese elevado; así, si el daño fuese de valor elevado, la pena aplicada se verá incrementada hasta cinco años de prisión o multa de hasta 600 días (n.º 3), y si el daño causado fuese de valor considerablemente elevado, la pena de prisión impuesta será de 1 a 10 años.

A su vez, el delito de sabotaje informático se encuentra previsto en el art. 6.º. De este artículo podemos destacar, es-

pecialmente, que si la conducta es la misma que la de los artículos anteriores (introducir, alterar, borrar o supresión de datos o programas informáticos), el autor debe actuar con intención de alterar o perturbar el funcionamiento de un sistema informático o de comunicación de datos a distancia. Se sanciona con pena de prisión de hasta 5 años o con pena de multa de 600 días. Asimismo, reproduce los tipos agravados del precepto anterior, con las mismas penas para los mismos supuestos, esto es, en función de que el daño sea elevado o considerablemente elevado.

A continuación, el art. 7.º castiga el acceso ilegítimo, conducta consistente en acceder de forma ilegítima a un sistema de redes informáticas con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio o ventajas, con penal de prisión de hasta 1 año o pena de multa de hasta 120 días. La pena se verá incrementada si el acceso se ha conseguido violando las reglas de seguridad, n.º 2, en cuyo caso la pena a imponer es de prisión de 1 a 3 años o multa. En el mismo precepto aparecen dos tipos agravados, el n.º 3.a), supuesto que se dará cuando a través del acceso el agente tenga conocimiento de secreto comercial, industrial o de datos confidenciales protegidos por ley; en el n.º 3, b) cuando el beneficio o ventaja patrimonial obtenido tenga un valor considerablemente elevado. En ambos supuestos, la pena es de prisión de 1 a 5 años.

Por último, la conducta de interceptación ilegítima de comunicaciones mediante medios técnicos está contemplada por el art. 8.º y la del art. 9.º donde se alude al delito de reproducción ilegítima de programas protegidos, conducta disvaliosa que abarca la reproducción, la divulgación y la comunicación al público de un programa informático protegido por ley.

El art. 3.º de esta ley extiende la responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de cualquiera de las infracciones enumeradas. Para ello se exige que el agente no haya actuado en contra de las órdenes o instrucciones recibidas.

### b. Entrada y permanencia ilegal

A continuación nos detenemos en el delito relativo al favorecimiento de la inmigración ilícita como otra de las figuras delictivas que componen la lista de las 32 infracciones a las que se ha suprimido la doble incriminación, tal y como aparece recogido en el art. 9.1: **«ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal»**.

En lo que concierne a la legislación penal española, esta figura delictiva viene a corresponderse, en lo esencial con el delito de inmigración clandestina, del art. 313 CP<sup>133</sup>, del título XV bis, del libro segundo del Código penal español, dentro de los «Delitos contra los derechos de los ciudadanos

132. Diario da República – I serie A, n.º 188, de 17-8-1991.

133. Preceptúa dicho precepto: 1. «El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior (pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses).

extranjeros»<sup>134</sup>. En este apartado se aludirá igualmente al art. 318 CP por las relaciones concursales que suscitan ambos preceptos, lo cual tiene su justificación en la indeterminación que mantiene el legislador español en la LOEDE en relación a la conducta típica de ayuda a la entrada y residencia ilegal, al intérprete le corresponderá la tarea de delimitar el margen de aplicación del contenido de injusto que corresponda a los arts. 313 y 318 bis CP.

En el delito de inmigración clandestina del art. 313.1 se incrimina la conducta de quien promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España. Por inmigración clandestina se viene entendiendo aquella que no se realiza por la vía establecida en la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social de 4/2000, de 11 de enero, modificada por LO 8/2000, de 20 de julio, por LO 11/2003, de 29 de septiembre y por LO 14/2003, de 20 de noviembre. No se especifica medio comisivo alguno para que se realice la conducta de promover o favorecer, es un tipo totalmente abierto de forma que el sujeto puede emplear cualquier medio para llevar a cabo la entrada del trabajador extranjero en España. Se introduce el requisito de la clandestinidad. La inmigración ha de ser clandestina, esto es, oculta, al margen de los mecanismos legales establecidos. Las penas que el delito citado lleva aparejadas actualmente es pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses, penas que se han visto sensiblemente aumentadas con la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, lo que viene a constituir un reflejo de la tendencia criminalizadora de las conductas relacionadas con el tráfico ilícito de personas propias de los Estados integrantes de la Unión Europea.

Junto a este precepto, el art. 318 CP también castiga a quien directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. Lo que se promueve es el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, entendiendo por tráfico y por inmigración el traslado de personas de un país a otro. Se prohíbe, por tanto, la entrada, la salida o el tránsito por el territorio nacional que contraven-gan lo dispuesto en la ley de extranjería<sup>135</sup>. Cometén este de-

lito no sólo quienes trafican o trasladan directamente a las personas, sino también quienes promuevan, favorezcan o faciliten, de forma que se viene a equiparar conductas de autoría con las de participación. Se sancionan estas conductas con penas de 4 a 8 años de prisión. El precepto estructura una serie de tipos agravados, en función de una serie de circunstancias y que tal y como determina el n.º 2 del art. 318 bis es la realización de los mismos hechos pero con el propósito de explotar sexualmente a las personas, con pena de cinco a diez años de prisión; o la realización de los comportamientos prohibidos con ánimo de lucro o en función de la concurrencia de determinados medios comisivos como violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, cuando ésta sea menor o cuando se ponga en peligro la vida, la salud o dignidad de las personas. Se sancionarán con las penas del tipo básico en su mitad superior conforme al n.º 3, art. 318 bis. En esta misma pena se incurrirá y, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años si los comportamientos descritos son realizados prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público; o la realización de los mismos hechos si el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a tales actividades, para las que el código penal en el n.º 5 del art. 318 bis prevé las penas superiores en grado a las previstas en los anteriores apartados. El párrafo 2.º del n.º 5 del art. 318 bis recoge un supuesto hiperagravado en virtud del cual a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones se les aplicará la pena en su mitad superior, previendo además la posibilidad de elevarla a la inmediatamente superior en grado.

Vistos de forma muy rápida los contenidos de ambos tipos penales, se observa la confusión en determinados aspectos concretos de las conductas incriminatorias de donde se deduce la labor de delimitar el margen de aplicación de ambos tipos penales en relación con la indeterminación de la conducta de entrada y permanencia ilegal<sup>136</sup>.

Observando ahora la legislación penal de los países aludidos vemos que han optado en sus tipos penales por una redacción en términos parecidos a la española. La legislación

---

2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país».

134. Se tiene en cuenta igualmente para delimitar el contenido de este delito, la LO de Extranjería, 4/2000, modificada posteriormente por las LL.OO. 8/2000 y 14/2003. Como infracción administrativa, se ha de tener en cuenta el artículo 54.1.b) de la Ley española de Extranjería 4/2000 que preceptúa: «Son infracciones muy graves:

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito».

135. Vid. artículo 25 de la LODLEE, 2000, donde se recogen los requisitos para la entrada en territorio español. Igualmente, artículos 29 y ss. de dicha ley en relación a los tipos de estancia o residencia de los extranjeros en territorio español.

136. No se va a profundizar en esta materia ya que desbordaría los límites de este trabajo. No obstante, nos remitimos a los autores que han tratado el tema, pues son varias las propuestas realizadas en lo que respecta a la relación entre ambos tipos penales: Vid. al respecto: DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal...*, op. cit., págs. 195 y ss.; ESQUINAS VALVERDE, «Análisis comparado de las legislaciones penales sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina» en Libro Colectivo *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, 2007, págs. 65 y ss.

promulgada en **Francia** relativa a la entrada y permanencia de extranjeros en territorio francés, conforme a la ley relativa al mandato de detención y entrega europea, ley n.º 2004-204 de 9 de marzo de 2004, uno de los delitos a los que no se aplica el control de la doble incriminación es «**aide a l'entrée et au séjour irréguliers**».

En el artículo L 622-1 del Código de la entrada y permanencia de extranjeros y del derecho de asilo, de 1 de marzo de 2005, se castiga a quien por ayuda directa o indirecta haya facilitado o intentado facilitar la entrada, la circulación o la permanencia irregulares de un extranjero en Francia. La pena asignada para esta conducta es de 5 años de prisión y 30.000 euros de multa. A esta sanción se podrán sumar, conforme al artículo L622-3, otras de índole complementaria como la prohibición para residir en el país por un tiempo igual o inferior a cinco años, o suspensión del permiso de conducir por el mismo período pero salvo con una salvedad: si ha reincidido en la infracción; la retirada temporal o definitiva de la autorización administrativa para explotar ya sean servicios ocasionales en lugar de otro o colectivos, o ya sea un servicio regular o de autobuses de transporte internacional; o la prohibición, por cinco años como máximo, de ejercer la actividad profesional o social que ha originado la realización del delito, sancionándose a su vez el incumplimiento de esa interdicción con una pena de dos años de prisión y 30.000 euros de multa, o la expulsión del territorio francés por un plazo de —como máximo— diez años.

La conducta básica es susceptible de agravación con base a una serie de factores (artículo L 622-5.1.º): la realización de los mismos hechos en el seno de una banda organizada, o utilizando una habilitación o un título de circulación por la zona reservada de un aeródromo o de un puerto (artículo L 622-5.2.º); o la realización del comportamiento delictivo exponiendo al extranjero a un riesgo inmediato de perder la vida o de sufrir lesiones que consistan en una mutilación o una invalidez permanente (artículo L 622-5.3.º); o bien cuando por efecto de esos actos se le someta a condiciones de vida, transporte, trabajo o alojamiento incompatibles con la dignidad de la persona humana; por último, en el supuesto de que el extranjero sea un menor o que se le aleje de su núcleo familiar o de su entorno habitual. En estos supuestos la pena se eleva hasta los 10 años de prisión y multa de 750.000 euros.

Se detecta una estimable y lógica similitud entre las normativa vigente en **Italia** con la normativa española sobre todo en relación al tipo básico de entrada y permanencia que es prácticamente idéntico, si bien destaca el número de supuestos agravados. La ley italiana de 22 de abril de 2005, n.º 69, relativa a la orden de detención y entrega europea precisa «*compeliere, al fine di trarne profitto, atti diretti a procurare l'ingresso illelegale nel territorio di uno Stato di una persona che non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente*». Esta infracción relativa a la entrada y permanencia ilícita de un extranjero en territorio italiano, no será sometida al principio de la doble incriminación.

La legislación que ha adoptado Italia en relación a la materia relativa se realiza mediante Decreto Legislativo

286/1998, de 25 de julio, correspondiente al texto único de las disposiciones sobre la disciplina de la inmigración y las normas sobre condiciones del extranjero, reformado por la Ley 30 de julio 2002, n.º 189, que modifica la normativa en materia de inmigración y de asilo y la ley 12 de noviembre 2004, n.º 271. En el art. 12 de dicha ley, apartado 1.º queda configurado el tipo básico al referirse el legislador italiano a aquel que en violación de las disposiciones de esa norma comete actos dirigidos a procurar la entrada de un extranjero en el territorio del Estado italiano, o en otro Estado del cual dicho extranjero no sea ciudadano o no posea título de residencia continuada. Se castiga con una pena de reclusión entre uno y cinco años y con una multa de hasta 15.000 euros por cada persona infiltrada. Con la misma pena será castigada la conducta que consiste en favorecer la permanencia en el territorio nacional de extranjeros ilegales con el fin de lucrarse injustamente a costa de esa condición de clandestinidad o en el ámbito de tal actividad de inmigración ilícita. A tenor del apartado 2.º del mismo precepto no constituirá delito la actividad de socorro y asistencia humanitaria que se preste en Italia a favor de aquel extranjero que, estando en el territorio del Estado, se encuentre en condiciones de necesidad.

A su vez, el apartado 3.º recoge una serie de tipos agravados: así, el n.º 1, que alude a los sujetos que realicen la misma conducta del tipo básico con la finalidad de obtener un beneficio aunque sea indirecto, aplicándose entonces la pena, incrementada en el 2004, de prisión entre 4 y 15 años y multa de 15.000 euros por cada afectado. Cuando los hechos delictivos se refieren a la entrada o permanencia ilegal en Italia de cinco o más personas, o cuando para procurar esos fines se haya expuesto a los sujetos a un peligro para su vida o para su integridad, o se les haya sometido a un trato inhumano o degradante, o el delito haya sido perpetrado por tres o más personas actuando en conjunto, o bien mediante la utilización de servicios internacionales de transporte o de documentos contrahechos, alterados o de cualquier modo ilegalmente obtenidos. En estos casos se aplicará una sanción aumentada respecto de la prevista en el apartado 3.º o respecto a la del tipo básico.

Se aprecia asimismo un tipo hiperagravado, el n.º 3.º ter. al incrementarse la pena del apartado 3.º (de 4 a 15 años de prisión) en un tercio de su mitad y se añade la multa de 25.000 euros por cada víctima para el supuesto de que ese favorecimiento de la inmigración clandestina previsto en el apartado 3.º se efectúe a fin de reclutar personas para destinarlas a la prostitución o en todo caso a la explotación sexual, o bien cuando se realice sobre menores al objeto de implicarlos en una actividad ilícita y con el fin de promover dicha explotación.

Igualmente se contempla una circunstancia atenuante por colaboración con la justicia (art. 12, n.º 3). Conforme a lo establecido en dicho número, las penas fijadas para cualquiera de los tipos se rebajarán a la mitad en relación con aquel imputado que se las ingenie para evitar que la actividad criminal en la que esté o haya estado implicado se extienda hasta consecuencias ulteriores, concretamente ayu-



dando a la autoridad policial o judicial en la búsqueda de elementos de prueba decisivos para la reconstrucción de los hechos, la identificación o la captura de uno o varios de los autores de los delitos y el comiso de recursos que sean o hayan sido determinantes en orden a la consumación de dichas infracciones.

Por su parte, el apartado 6.º del art. 12 contempla una sanción de carácter administrativo para cualquier transportista por tierra, mar o aire que, incumpliendo sus obligaciones legales, omita asegurarse de que los extranjeros a los que traslade estén en posesión de los documentos requeridos para entrar en el país, o bien deje de poner en conocimiento del órgano correspondiente de la policía fronteriza acerca de la posible presencia de extranjeros en situación irregular a bordo de ese medio de transporte. La inobservancia de uno de dichos deberes sería suficiente para aplicar la multa de 3.500 a 5.500 euros por cada persona transportada de modo ilegal, a lo que podrá sumarse, en los ejemplos más graves, la suspensión de uno a doce meses o la evocación definitiva de la licencia, autorización o concesión expedida por las autoridades administrativas italianas e inherente a la actividad profesional desarrollada y al medio de transporte empleado.

Por último, en relación a **Portugal**, la ley n.º 23/2007, de 4 de julio regula las condiciones de entrada, permanencia, salida y alejamiento de extranjeros de territorio portugués contiene las sanciones penales del ciudadano extranjero que entra de forma ilegal en Portugal. En el art. 183 de la ley mencionada, «Auxilio a la inmigración ilegal», en los mismos términos con los que aparece en la orden de detención y arresto europeo, se castiga con pena de prisión de hasta tres años a quien facilite o favorezca, de cualquier forma, la entrada o el tránsito ilegal en territorio nacional de ciudadanos extranjeros. Se considera entrada ilegal (art. 181) la entrada de ciudadanos extranjeros en dicho territorio fuera de los puestos de frontera determinados para tal efecto (art. 6.º) o que hayan procedido a la entrada sin el documento de viaje reconocido como válido para dicha entrada o salida (art. 9.º), esto es, concedido en los términos de la presente ley o por las autoridades competentes<sup>137</sup>. Por permanencia ilegal se considera la permanencia de ciudadanos extranjeros en territorio portugués que no haya sido autorizada en armonía con el dispuesto en la presente ley o en la ley reguladora del derecho de asilo (art. 181).

A su vez se contienen dos supuestos agravados al tipo básico si la conducta se realiza con ánimo de lucro, la pena de prisión se incrementa de 1 a 4 años (art. 183-2). Un tipo penal más agravado para el supuesto de que la conducta se realice mediante transporte o manteniendo al ciudadano extranjero en condiciones inhumanas o degradantes poniendo así en grave peligro su integridad física o incluso causando

la muerte. Las conductas de los núms. 1, 2 y 3 del art. 183 se castigan en fase de tentativa.

## F. Reflexión final

En la construcción de un espacio judicial europeo adquiere una gran importancia la persecución de la denominada criminalidad organizada. En este ámbito destaca la Decisión marco relativa a la orden de detención y entrega al representar un hito de la mayor importancia especialmente por la introducción del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Sin embargo, a pesar de ello y vistas las distintas regulaciones de distintos países miembros de la Unión Europea no consideramos que los resultados lleguen a ser muy satisfactorios. Y ello por la ausencia de una armonización de los tipos penales que viene a obstaculizar en gran parte la aplicación de la *Euroorden*.

Parece un hecho evidente que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, cuya consecuencia principal ha sido la supresión del principio de doble incriminación, requiere una aproximación o armonización de las legislaciones penales, lo cual implica la asunción de una serie de medidas de armonización que deben ser adoptadas por todos los ordenamientos nacionales a través de la intervención de los legisladores de los diversos Estados miembros<sup>138</sup>. Sólo así se podrá conseguir que la orden de detención y entrega europea despliegue toda su efectividad.

Sin cuestionar que el principio de doble incriminación no significa identidad entre los tipos delictivos y menos aún exigencia de una coincidencia en la denominación de los diferentes tipos penales, con las actuales leyes internas de transposición de la orden europea de detención y entrega se puede llegar a lesionar el principio de legalidad extradicional. La actual Decisión marco relativa a la orden de detención y entrega, así como la LOEDE deberían haber prestado una mayor atención al listado de las 32 figuras delictivas a las que se suprime el principio de doble incriminación, con la introducción de una mínima definición de cada uno de los delitos referidos o bien delimitar de manera más o menos uniforme las características esenciales de cada una de las infracciones contenidas en las respectivas normativas.

En lo que respecta a la legislación española, la actual LOEDE nos resulta poco más que insuficiente, indeterminada y ambigua. Particularmente, porque el legislador penal español podría haber incorporado en la legislación de desarrollo aquellas infracciones típicas acorde a su propia legislación penal interna y haber introducido unos mínimos requisitos imprescindibles de cada uno de los delitos para que el intérprete no tuviera que enfrentarse a los problemas

137. En el art. 32.ª se enumeran los supuestos en los que está prohibida la entrada de un ciudadano extranjero en el territorio portugués: a) cuando no reúnan todos los requisitos legales de entrada; b) está prohibida la entrada de extranjeros señalizados con la no admisión en el sistema de información Schengen; c) y está prohibida la entrada de extranjeros con indicación a efectos de no admisión en el Sistema Integrado de Información de SEF.

138. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Armonización penal en la Unión Europea...*, op. cit., pág. 168.

interpretativos que actualmente plantea la aplicación de la LOEDE.

Si la autoridad española que debe ejecutar la orden de detención y entrega comprueba que el hecho por el que se solicita la entrega es un hecho penalmente relevante conforme a su propio ordenamiento penal, puesto que la autoridad judicial tiene que interpretar sus propias normas conforme a las circunstancias del caso concreto, difícilmente podrá realizar esa tarea determinante para apreciar la existencia de la infracción sin una mínima descripción de los distintos elementos que configuran el tipo objetivo. Las dificultades surgen en el momento en que nuestro ordenamiento impone la exigencia de ciertas condiciones o de medios comisivos para la realización de determinados comportamientos delictivos; por ejemplo, en el delito del art. 197.1 al que nos hemos referido consistente en apoderarse de datos reservados de carácter personal o familiar con la finalidad de lesionar la intimidad, requisito determinante en cuanto que viene a condicionar el ámbito típico de dicha conducta conforme a nuestra legislación penal y fundamental para apreciar la existencia de esta infracción, pero que no se requiere en otro Estado miembro de la Unión Europea, como por ejemplo, Francia.

Para que pueda ser posible la entrega del sujeto reclamado por parte de la autoridad judicial española por la realización de un delito al que no se exige el requisito de la doble incriminación, a nuestro parecer, es preceptivo que la interpretación que realice la autoridad judicial sea restrictiva, esto es, atenerse al sentido literal del tipo y comprobar que realmente la actuación del sujeto se ha llevado a cabo con dicha finalidad exigida para que pueda ser objeto de reproche penal. Conforme al principio de legalidad

y taxatividad de los tipos penales la autoridad judicial deberá ajustarse a las circunstancias del caso concreto. Si la autoridad judicial optase por incriminar dicha conducta por otro tipo penal sobre la base de que se trata de un delito informático por el simple hecho del medio empleado y que aparece relacionado con la informática, puede llevar dicha actuación a incurrir en analogía al proceder a castigar penalmente una conducta no impuesta por la letra de la ley. Ciertamente es que de las reflexiones realizadas es evidente una de las críticas más duras vertidas al principio de reconocimiento mutuo, la vulneración de determinados derechos de los ciudadanos<sup>139</sup>.

La ineludible armonización de la normativa penal de los diversos Estados miembros cuyo fundamento es la confianza y equivalencia entre los Estados miembros debe tener en cuenta que «los derechos y libertades fundamentales también constituyen e integran objetivos comunitarios»<sup>140</sup>. Por ello, la autoridad judicial de ejecución en su resolución judicial deberá acomodar su actuación a los principios propios del Estado de Derecho como condición fundamental para proceder a la ejecución de la orden de detención y entrega, como garante directo de los derechos y libertades fundamentales del sujeto al que se le aplica dicha orden y que se verán lesionados por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

Por todo ello, puede concluirse que la tarea de armonización de las legislaciones internas de los países miembros ha de ser una de las prioridades de la Unión Europea y debería abordarse cuanto antes para que el principio de reconocimiento mutuo despliegue toda su efectividad de forma que se consiga un reforzamiento de la cooperación judicial penal en el ámbito europeo.

139. LÓPEZ ORTEGA, *La orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega*, op. cit., pág. 30. De ahí la opinión manifestada por López Ortega acerca de la adopción de este sistema, lo cual «no puede ser más crítica: lejos de constituir un avance en la regulación de la extradición, es un serio retroceso, máxime teniendo en cuenta que recurrir a él resultaba absolutamente innecesario», quien como solución alternativa invoca la de haber limitado la exención del doble control de incriminación a aquellas categorías delictivas más graves.

140. Como lo indica DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Armonización penal en la Unión Europea...*, op. cit., pág. 169.