



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MICHAL BOBEK  
presentadas el 26 de noviembre de 2019<sup>1</sup>

**Asunto C-717/18**

**Procureur-generaal  
con intervención de:  
X**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el hof van beroep te Gent (Tribunal de Apelación de Gante, Bélgica)]

«Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia penal — Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo — Orden de detención europea — Artículo 2, apartado 2 — Supresión del control de la doble tipificación — Requisitos — Delitos castigados en el Estado miembro emisor con una pena máxima de al menos tres años — Apreciación de la extensión de la pena atendiendo a la ley del Estado miembro emisor aplicable a los hechos o a la ley vigente en el momento de la emisión de la orden de detención europea — Principios de legalidad y de seguridad jurídica»

## I. Introducción

1. La persona cuya entrega se reclama en virtud de la orden de detención europea en el presente asunto es un rapero y compositor. Fue condenado en España por diversos delitos cometidos en 2012 y 2013, uno de los cuales era el de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo. En el momento de su comisión, la ley castigaba este delito con una pena de prisión de un *máximo de dos años*.

2. La persona buscada se fue de España a Bélgica. La autoridad judicial española competente emitió una orden de detención europea a efectos de la ejecución de la pena de prisión. La orden de detención europea indicaba que el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo estaba comprendido en la categoría de «terrorismo». Señalaba asimismo que la pena de prisión máxima para dicho delito era de *tres años*, tras haberse realizado una modificación del Código Penal español en 2015.

3. El artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros,<sup>2</sup> indica que no podrá procederse al control de la doble tipificación de los delitos que en él se enumeran, incluido el de «terrorismo», siempre que estén castigados con una pena privativa de libertad de un *máximo de al menos tres años*. Ahora bien, ¿cuál es el punto de referencia pertinente

<sup>1</sup> Lengua original: inglés.

<sup>2</sup> DO 2002, L 190, p. 1; corrección de errores en DO 2017, L 124, p. 37, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO 2009, L 81, p. 24) (en lo sucesivo, «Decisión Marco»).

para apreciar si se cumple tal requisito: la pena privativa de libertad máxima *aplicable al asunto concreto*, que normalmente se rige por la ley que era de aplicación en el momento en que se cometió el delito, o la pena máxima prevista por el Derecho nacional vigente *en el momento de la emisión de la orden de detención europea*?

## II. Marco jurídico

4. El artículo 2 de la Decisión Marco establece:

«1. Se podrá dictar una orden de detención europea por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 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.

2. Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión Marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor:

[...]

– terrorismo,

[...]

3. El Consejo podrá decidir en todo momento, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo en las condiciones previstas en el apartado 1 del artículo 39 del Tratado de la Unión Europea (TUE), añadir otras categorías de delitos a la lista incluida en el apartado 2 del presente artículo. El Consejo considerará, a la vista del informe que le presente la Comisión con arreglo al apartado 3 del artículo 34, si procede ampliar o modificar dicha lista.

4. Para los delitos distintos de los mencionados en el apartado 2, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo.»

## III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

5. En 2012 y 2013, la persona buscada compuso, cantó y publicó en Internet varias canciones de rap.

6. Mediante sentencia de 21 de febrero de 2017, la Audiencia Nacional condenó a la persona buscada en relación con esas actividades a: (A) una pena de prisión de dos años por el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo, penado en los artículos 578 y 579 del Código Penal (en lo sucesivo, «pena A»); (B) una pena de prisión de un año por el delito de calumnias e injurias graves a la Corona, penado en el artículo 490.3 del Código Penal, y (C) una pena de prisión de seis meses por el delito de amenazas no condicionales, penado en el artículo 169.2 del Código Penal.

7. La condena y las penas se impusieron aplicándose las disposiciones del Código Penal vigentes en el momento de los hechos, es decir, antes de su modificación en 2015.

8. El Tribunal Supremo desestimó mediante sentencia de 15 de febrero de 2018 el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia de 21 de febrero de 2017.

9. La persona buscada se fue de España a Bélgica. El 25 de mayo de 2018, la Audiencia Nacional emitió una orden de detención europea contra ella a efectos de la ejecución de la pena de prisión pronunciada por los tres delitos que arriba se mencionan (en lo sucesivo, «primera orden de detención europea»).

10. Según la información que obra en los autos en poder del Tribunal de Justicia, el rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent (Tribunal de Primera Instancia de Flandes Oriental, Sección Gante, Bélgica) solicitó a la Audiencia Nacional información complementaria a efectos de decidir sobre la ejecución de la primera orden de detención europea. A raíz de dicha solicitud, la Audiencia Nacional emitió otra orden de detención europea el 27 de junio de 2018 (en lo sucesivo, «segunda orden de detención europea»), la cual se refiere a los mismos hechos que la primera orden de detención europea.

11. Ambas órdenes de detención contienen idéntica información en el recuadro c), punto 2 (información sobre las penas impuestas por los tres delitos), y en el recuadro e), punto I, donde se marcó la casilla «terrorismo» con respecto al delito por el que se impuso la pena A.

12. Sin embargo, la segunda orden de detención europea contiene información adicional en los recuadros e) y f). Por lo que se refiere al recuadro e) [infracción(es)], mientras que la primera orden de detención europea incluía una exposición sucinta de los delitos, la segunda contenía una detallada descripción de los mismos, incluidas las letras de las canciones de rap que habían dado lugar a los delitos. En lo que atañe al recuadro f) (información facultativa sobre otras circunstancias relacionadas con el caso), mientras que en la primera orden de detención europea se dejó vacío, en la segunda se incluían referencias detalladas a las disposiciones pertinentes del Código Penal relacionadas con los delitos cometidos, en su versión vigente en el momento de la emisión de la orden de detención europea, esto es, en la redacción dada por la modificación de 2015.

13. El rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent (Tribunal de Primera Instancia de Flandes Oriental, Sección Gante) remitió a la Audiencia Nacional otra solicitud de información complementaria. Mediante escrito de respuesta a dicha solicitud, la Audiencia Nacional facilitó información complementaria en relación con el régimen de penas. En dicho escrito también se indicaba que la referencia en la segunda orden de detención europea a las disposiciones del Código Penal en su versión de 2015 era un error.

14. Mediante auto de 17 de septiembre de 2018, el rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent (Tribunal de Primera Instancia de Flandes Oriental, Sección Gante) denegó la ejecución de la segunda orden de detención europea. Según la información que obra en los autos de que dispone el Tribunal de Justicia, dicho tribunal estimó que el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo no podía ser considerado un delito de «terrorismo» a efectos del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco y que, por otra parte, no se cumplía el requisito de la doble tipificación respecto a todos los delitos por los que se había emitido la orden de detención europea.

15. El 17 de septiembre de 2018, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra el citado auto. El 26 de septiembre de 2018, el procureur-generaal (Fiscal General, Bélgica) presentó escrito de calificación en el que indicaba que la conducta descrita en la orden de detención europea por la que se había impuesto la pena A correspondía al delito de terrorismo previsto en el artículo 5, apartado 2, punto 2, de la Wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel (Ley relativa a la Orden de Detención Europea), de 19 de diciembre de 2003 (en lo sucesivo, «Wet EAB»), que transpone el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco al Derecho belga.

16. El hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling (Tribunal de Apelación de Gante, Sala de Acusaciones, Bélgica), tribunal remitente en el caso de autos, considera que el requisito relativo a la duración de la pena impuesta que se establece en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco, que exige que se haya pronunciado una pena de prisión no inferior a cuatro meses, se cumple en el presente caso, en vista de las penas que se señalan en el punto 6 de las presentes conclusiones. Sin embargo, el tribunal remitente alberga dudas acerca de a qué versión de la ley del Estado miembro emisor ha de atenderse a los efectos de decidir si se cumple el requisito, establecido en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco, de que el delito esté castigado con una pena máxima de al menos tres años. Estas dudas vienen motivadas por el hecho de que el delito por el que se impuso la pena A se cometió en los años 2012 y 2013, cuando el artículo 578 del Código Penal castigaba el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo con una pena de prisión de uno a dos años. No fue hasta más adelante, el 30 de marzo de 2015, cuando se modificó el artículo 578 del Código Penal para castigar este delito con una pena de prisión de uno a tres años.

17. En estas circunstancias, el hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling (Tribunal de Apelación de Gante, Sala de Acusaciones, Bélgica) suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Permite el artículo 2, apartado 2, [de la Decisión Marco], tal como se ha transpuesto al Derecho belga mediante la Wet EAB, que el Estado miembro de ejecución, al apreciar el umbral de la pena máxima de al menos tres años previsto en dicha Decisión, tome como base la ley penal del Estado miembro emisor aplicable en el momento en el que se emitió la orden de detención europea?
- 2) ¿Permite el artículo 2, apartado 2, [de la Decisión Marco], tal como se ha transpuesto al Derecho belga mediante la Wet EAB, que el Estado miembro de ejecución, al apreciar el umbral de la pena máxima de al menos tres años previsto en dicha Decisión, tome como base una ley penal aplicable en el momento en el que se emitió la orden de detención europea y que aumentó el grado de la pena en relación con la ley penal vigente en el Estado emisor en el momento de los hechos?»

18. La persona buscada, los Gobiernos belga y español y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas. Estas partes interesadas y el Fiscal General formularon observaciones orales en la vista que se celebró el 16 de septiembre de 2019.

#### IV. Análisis

19. El artículo 2, apartado 2, es una disposición fundamental de la Decisión Marco. Dispensa del requisito de la doble tipificación. Sin embargo, lo hace con dos condiciones. *En primer lugar*, solo por los treinta y dos delitos que ahí se enumeran debe procederse a entregar a una persona buscada en virtud de una orden de detención europea sin entrar a controlar la doble tipificación. *En segundo lugar*, el delito en el que la orden de detención europea se fundamenta debe estar castigado en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años.

20. Ambas cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente, que considero oportuno abordar conjuntamente, se refieren a la segunda condición. Con ellas se pretende averiguar el momento (y la ley nacional pertinente) a que se refiere el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco: ¿la ley vigente *en el momento de la emisión* de la orden de detención europea o la ley *concretamente aplicable* al asunto específico de la persona buscada?

21. Para responder a esta cuestión, comenzaré por la interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco. Tras el examen de su tenor, que ciertamente no arroja una respuesta concluyente, se hace evidente, en mi opinión, que su contexto y finalidad, así como la lógica general del sistema, llevan a la conclusión de que el artículo 2, apartado 2, se refiere a la ley del Estado miembro emisor

concretamente aplicable al asunto de la persona buscada (sección A). Además, en aras de la exhaustividad y porque ha sido objeto de profundos debates entre las partes en el presente procedimiento, examinaré brevemente las posibles implicaciones del principio de legalidad en el caso de autos (sección B). Concluiré con algunas observaciones finales acerca de los aspectos sobre los que no versa el caso de autos (sección C).

### **A. Interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco**

22. El artículo 2 regula el ámbito de aplicación de la Decisión Marco. Su apartado 1 establece un requisito previo esencial para que pueda emitirse una orden de detención europea. Este requisito presenta dos alternativas. Cuando la orden de detención europea se emite *a efectos del ejercicio de acciones penales*, los hechos de que se trate deben estar castigados en la legislación del Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de al menos doce meses. En cambio, cuando ya se haya pronunciado una condena a una pena o medida de seguridad, y por lo tanto la orden de detención europea se emita *a efectos de ejecución*, la condena debe tener una duración no inferior a cuatro meses.

23. En el caso de autos, el tribunal remitente ha declarado que se cumple esta última alternativa. La condena que ya se ha pronunciado tiene una duración de más de cuatro meses.

24. Una vez cumplido el requisito del artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco, los apartados 2 y 4 del artículo 2 establecen dos «regímenes». Por un lado, el artículo 2, apartado 2, recoge la lista de delitos por los que debe concederse la entrega en virtud de una orden de detención europea sin entrar a controlar la doble tipificación. Por otro lado, el artículo 2, apartado 4, prevé que, para los delitos que no figuren en la lista del artículo 2, apartado 2, pueda exigirse el control de la doble tipificación. El artículo 2, apartado 3, constituye una «cláusula de pasarela» entre estos dos regímenes; prevé la posibilidad de que se amplíe la lista de delitos del artículo 2, apartado 2, por decisión unánime del Consejo, lo que implica traspasar delitos del régimen del artículo 2, apartado 4, al del artículo 2, apartado 2.

25. El artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco establece dos requisitos acumulativos.<sup>3</sup> *Primero*, el delito de que se trate debe estar comprendido en alguna de las treinta y dos categorías de delitos que se enumeran en esta disposición. El artículo 2, apartado 2, deja claro que lo relevante para la aplicación de esas categorías es la definición del delito en el Derecho del Estado miembro emisor. *Segundo*, el delito de que se trate debe estar castigado en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años.

26. Las partes interesadas que han presentado observaciones en el presente caso defienden interpretaciones opuestas de este segundo requisito, al que en adelante me referiré como el «requisito relativo a la extensión de la pena».

27. La persona buscada y la Comisión sostienen que la ley pertinente para la apreciación del segundo requisito del artículo 2, apartado 2, es la aplicable en el asunto penal de la persona buscada. En el presente caso, se trataría de la versión del Código Penal anterior a 2015, que es aplicable a los hechos del asunto y que, de hecho, fue aplicada por los tribunales nacionales del Estado miembro emisor al pronunciar la condena de la persona buscada, condena cuya ejecución se pretende ahora.

<sup>3</sup> El que no se cumplan estos requisitos no conlleva necesariamente que no pueda ejecutarse la orden de detención europea, sino que el régimen del artículo 2, apartado 4, de la Decisión Marco deviene aplicable. Según esta disposición, la entrega puede supeditarse al requisito de la doble tipificación, de manera que la autoridad judicial de ejecución puede denegar la ejecución si los hechos que motivan la orden de detención europea no son constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución, con arreglo al motivo de no ejecución facultativa establecido en el artículo 4, apartado 1, de la Decisión Marco.

28. En cambio, los Gobiernos español y belga, así como el Fiscal General, sostienen que el momento pertinente a efectos de dicha apreciación es el de la emisión de la orden de detención europea. En el presente caso, se trataría de la normativa en vigor resultante de la modificación del Código Penal en 2015, que incrementó de dos a tres años la pena máxima para el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo.

29. Para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente resulta necesario analizar el tenor, el contexto y la finalidad del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco.

### 1. Tenor

30. El texto del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco no ofrece una respuesta concluyente a las cuestiones que plantea el tribunal remitente. En efecto, esta disposición meramente se refiere en términos harto generales a «[...] los delitos siguientes, *siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor* con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor [...]».<sup>4</sup> Por lo tanto, no se indica expresamente el momento exacto en el que esos delitos deben estar castigados en esos términos.

31. Pese a esta vaguedad, los Gobiernos español y belga y el Fiscal General se basan en argumentos gramaticales para sustentar su alegación de que el marco jurídico de referencia para la apreciación del segundo requisito del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco está constituido por la ley del Estado miembro emisor vigente en el momento de la emisión de la orden de detención europea.

32. Estas partes interesadas sostienen que el empleo del presente en la cláusula «estén castigados» del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco indica que el momento pertinente es el de la emisión de la orden de detención europea.

33. Este argumento no resulta convincente. Difícilmente puede sostenerse que el empleo del presente en sí mismo y de un modo más bien genérico y neutro determine la interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco. El lenguaje jurídico normalmente utiliza el presente para establecer derechos u obligaciones generales, sin pronunciarse sobre la aplicabilidad temporal de tales disposiciones ni limitarla en modo alguno.

34. Por otra parte, ese argumento se ve inmediatamente refutado cuando se toman en consideración otras disposiciones de la Decisión Marco. Como el Gobierno español reconoció en la vista, el artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco, que de manera similar se refiere a «hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad», debe entenderse en el sentido de que hace referencia a la ley concretamente aplicable al asunto penal en el contexto del cual se emite la orden de detención europea, y no a la ley aplicable en el momento posterior de la emisión de la orden.

35. A este respecto, el Gobierno belga sostuvo en la vista que, a pesar de que tanto el apartado 1 como el apartado 2 del artículo 2 de la Decisión Marco utilizan el mismo término,\* «castigados», estas disposiciones deben interpretarse de manera diferente debido a que el apartado 1 alude a los *hechos* y el apartado 2 a los *delitos*.

<sup>4</sup> El subrayado es mío.

\* N.d.t: En la versión española de la Decisión Marco no se emplea el mismo término. En el apartado 1 se utiliza la expresión «hechos para los que [se] señale una pena o una medida de seguridad» (*punishable acts*) y en el apartado 2 se utilizan los términos «delitos castigados» (*punishable offences*). En lo sucesivo se utilizará «castigados» para traducir «*punishable*» aunque no sea el término utilizado en el apartado 1 del artículo 2.

36. Este argumento parece dar a entender que la alusión en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco a los *hechos* castigados vincula la interpretación de esta disposición a los hechos específicos castigados de que se trate en el asunto concreto, lo que significaría que la ley pertinente es la aplicable a esos hechos. A la inversa, el que el artículo 2, apartado 2, se refiera, *in abstracto*, a los *delitos* castigados significaría que el momento al que debe atenderse es el de la emisión de la orden de detención europea. En otras palabras, estas disposiciones deberían interpretarse en el sentido de que se refieren a distintos momentos porque el apartado 1 alude a los «hechos», y no a los «delitos», como hace el apartado 2.

37. En mi opinión, este argumento no se sostiene. Puesto que tanto el apartado 1 como el apartado 2 del artículo 2 de la Decisión Marco emplean el mismo término, «castigados», cabría pensar que estos apartados deben interpretarse de la misma manera. El argumento contra la interpretación que acaba de exponerse se basa en un razonamiento *a contrario* un tanto peculiar que se apoya en la circunstancia de que el término «castigados» se utiliza para calificar a dos sustantivos distintos («hechos» y «delitos»). Sin embargo, de la lógica que subyace al funcionamiento de la Decisión Marco,<sup>5</sup> que se explicará con mayor detalle en la siguiente parte,<sup>6</sup> se desprende que el empleo de distintos sustantivos es, antes bien, resultado de la interacción sistemática entre los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Decisión Marco.

38. En consecuencia, la interpretación puramente literal del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco no resulta concluyente. Por ello es necesario acudir a argumentos sistemáticos y teleológicos.

## 2. Contexto

39. Tres tipos de consideraciones sustentan la interpretación según la cual la ley pertinente para la apreciación de los requisitos establecidos en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco es la aplicable al asunto concreto: el sistema interno del propio artículo 2 (subsección i); el sistema más general de la Decisión Marco, cuando el artículo 2 se examina conjuntamente con el artículo 8, apartado 1, y el formulario que figura en el anexo de la Decisión Marco (subsección ii), y la lógica general y el funcionamiento del sistema de la orden de detención europea en su conjunto (subsección iii).

### a) Sistema interno del artículo 2

40. El artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco establece como requisito esencial que solo puedan emitirse órdenes de detención europea (a) por hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de doce meses o (b) 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. Como han reconocido los Gobiernos belga y español, resulta difícil imaginar cómo podría efectuarse la apreciación de la extensión de las penas que ahí se mencionan sin atender a la ley concretamente aplicable al asunto. Esto es más evidente con respecto al supuesto (b), cuando ya se ha pronunciado la condena, como en el caso de autos.

5 Puntos 22 a 25 de las presentes conclusiones.

6 Puntos 40 a 43 de las presentes conclusiones.

41. Una vez establecido que el punto de referencia para apreciar los requisitos del artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco en el presente asunto es la ley del Estado miembro emisor aplicada en la sentencia que pronuncia la pena, resulta evidente que emplear un enfoque diferente a los efectos de la apreciación del artículo 2, apartado 2, llevaría a adoptar perspectivas asombrosamente divergentes en cuanto a *la ley pertinente en el Estado miembro emisor* dentro de la misma disposición del Derecho de la Unión y potencialmente dentro del mismo proceso en el plano nacional.

42. El argumento lingüístico basado en que el artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco se refiere a los «hechos» mientras que el artículo 2, apartado 2, se refiere a los «delitos» no resulta suficiente para fundamentar la postura de que estas disposiciones se refieren a momentos distintos para la apreciación del marco jurídico pertinente del Estado miembro emisor.<sup>7</sup> Una lectura sistemática del artículo 2 demuestra que existen otras razones para el empleo de los términos «hechos» y «delitos» en los apartados 1 y 2, respectivamente, de esta disposición. La alusión a los «hechos» en el apartado 1 encaja perfectamente en la estructura general del artículo 2, que abarca órdenes de detención europea emitidas con dos fines: para el ejercicio de acciones penales y para la ejecución de sentencias. Cuando se trata del *ejercicio de acciones penales*, el artículo 2, apartado 1, se refiere lógicamente a «hechos castigados», mientras que, cuando se trata de la *ejecución*, se refiere a la «condena». El artículo 2, apartado 2, utiliza una terminología distinta y más neutra —a saber, «delitos castigados»— debido a que abarca *ambos tipos* de situaciones en las que puede emitirse una orden de detención europea (a efectos del ejercicio de acciones penales y a efectos de ejecución).

43. Por lo tanto, la razón por la que el artículo 2, apartado 2, se refiere a los «delitos» y no a los «hechos» nada tiene que ver con una voluntad del legislador de establecer marcos temporales diferentes para la apreciación de los requisitos establecidos en diferentes apartados de una misma disposición. El que el artículo 2, apartado 2, se centre en los «delitos» se explica más bien por la circunstancia de que esta disposición tiene como finalidad proporcionar una lista de *delitos* para los que se suprime el requisito de la doble tipificación, tanto para las situaciones de ejercicio de acciones penales como para las de ejecución. En este contexto, es de pura lógica que su texto se refiera a los delitos.

44. El Fiscal General esgrimió en la vista otro argumento sistemático más, a saber, que el artículo 2, apartado 4, de la Decisión Marco lleva al Estado miembro de ejecución a efectuar el examen del requisito de la doble tipificación atendiendo a lo que se establece en su ordenamiento jurídico en el momento de la ejecución de la orden de detención europea.

45. Este argumento es ciertamente válido en el marco de la apreciación que se exige conforme al *artículo 2, apartado 4*, en lo que concierne al Estado miembro *de ejecución*. Sin embargo, no observo que pueda realizarse analogía alguna con los requisitos establecidos en el *artículo 2, apartado 2*, en lo que concierne al Estado miembro *emisor*.

46. El artículo 2, apartado 4, de la Decisión Marco prevé la posibilidad de rehusar la ejecución de una orden de detención europea con respecto a conductas que el Estado miembro de ejecución no considere moralmente reprobables y que por lo tanto no sean constitutivas de delito en su ordenamiento jurídico.<sup>8</sup> En consecuencia, la cuestión de la ley pertinente en el Estado miembro de ejecución atañe a la lógica de la apreciación de los criterios para el *reconocimiento* desde el punto de vista del Estado miembro de ejecución. En modo alguno afecta a los requisitos del contexto jurídico de referencia en el Estado miembro emisor. Dicho de otro modo, la apreciación del marco jurídico pertinente a los efectos del artículo 2, apartado 4, se relaciona con las normas del Estado miembro de ejecución, que por definición *no son aplicables* al asunto, pero que se usan como referencia para la

<sup>7</sup> Como se ha expuesto en los puntos 35 a 37 de las presentes conclusiones.

<sup>8</sup> Véanse, por analogía, la sentencia de 11 de enero de 2017, Grundza (C-289/15, EU:C:2017:4), apartado 45, y las conclusiones que presenté en aquel asunto (C-289/15, EU:C:2016:622), punto 68.

doble tipificación como condición para el reconocimiento. A la inversa, al igual que el apartado 1 del artículo 2, el apartado 2 de este artículo depende del marco jurídico del Estado miembro emisor, que constituye la base para que la resolución judicial se reconozca a través de la ejecución de la orden de detención europea.

47. Una cosa es que un Estado miembro de *ejecución* controle la doble tipificación sobre la base de una apreciación de los valores morales que inspiran su legislación penal en el momento de la ejecución de una orden de detención europea. Otra cosa completamente distinta es que un Estado miembro *emisor* curse una orden de detención europea con arreglo a un régimen simplificado específico haciendo referencia a una legislación que no es aplicable a los delitos en cuestión y que contiene una valoración diferente de la gravedad del delito que se expresa mediante una pena mayor que la impuesta en la sentencia que subyace a la orden de detención europea.

48. Por último, el Gobierno español esgrime otro argumento. Sostiene que cualquier interpretación contraria a la que propugna tendría como consecuencia que, en caso de que el legislador de la Unión añadiese más delitos a la lista del artículo 2, apartado 2, mediante la vía del artículo 2, apartado 3, no sería posible ejecutar órdenes de detención europea respecto a hechos y condenas anteriores a esa nueva legislación.

49. No alcanzo a ver qué relevancia tiene un argumento tan especulativo. La adición de nuevos delitos a la lista del artículo 2, apartado 2, en el futuro podría ciertamente dar lugar a cuestiones de aplicabilidad temporal. Sin embargo, esas cuestiones habrían de ser abordadas llegado el momento de manera global y transversal, ya que entrarían en juego toda una serie de disposiciones y requisitos generales de la Decisión Marco.<sup>9</sup> Tales cuestiones no pueden abordarse de manera preventiva, con respecto a una sola de las categorías de cuestiones potencialmente afectadas. Tampoco debe permitirse que tales cuestiones potenciales retuerzan la interpretación de un requisito general de la Decisión Marco en un caso que no guarda relación alguna con ellas, como el de autos.

*b) Artículo 8, apartado 1, y formulario del anexo*

50. La Comisión arguye, en esencia, que el formulario anexo a la Decisión Marco, leído en relación con el artículo 8, apartado 1, de este instrumento, aboga en favor de la tesis según la cual la ley pertinente a efectos de la apreciación del requisito relativo a la extensión de la pena establecido en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco es la ley concretamente aplicable al asunto con respecto al cual se solicita la entrega.

51. El artículo 8, apartado 1, de la Decisión Marco especifica el contenido de la orden de detención europea estableciendo los requisitos principales que han de respetarse para que sea válida.<sup>10</sup> Dispone que toda orden de detención europea deberá contener, de acuerdo con el formulario que figura en el anexo, información de distinto tipo como (a) la identidad y la nacionalidad de la persona buscada; (b) los datos de contacto de la autoridad judicial emisora; (c) la indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2; (d) la naturaleza y la tipificación jurídica del delito, en particular con respecto al artículo 2; (e) una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito; (f) la pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien la escala de penas prevista para el delito por la ley del Estado miembro emisor y (g) si es posible, otras consecuencias del delito.

<sup>9</sup> A modo de ejemplo puede recordarse que la Decisión Marco regula su propio ámbito de aplicación temporal en relación con el momento en que se emiten nuevas solicitudes de entrega. Según el artículo 34, apartado 1, los Estados miembros estaban obligados a transponer la Decisión Marco a más tardar el 31 de diciembre de 2003. En consecuencia, el artículo 32 indica que las solicitudes recibidas después del 1 de enero de 2004 se registrarán por las normas adoptadas en aplicación de la Decisión Marco.

<sup>10</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de junio de 2016, Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:385), apartados 63 y 64, y de 6 de diciembre de 2018, IK (Ejecución de una pena accesoria) (C-551/18 PPU, EU:C:2018:991), apartado 43.

52. El formulario anexo a la Decisión Marco contiene diferentes recuadros que deben completarse. Dichos recuadros no se corresponden totalmente con las letras concretas del artículo 8, apartado 1, pero abarcan la misma información.

53. Los recuadros b), c) y e) del formulario anexo demuestran que la información requerida se refiere al asunto concreto. De acuerdo con el recuadro b), la autoridad judicial emisora debe facilitar información específica sobre la *decisión* en que se basa la orden. En el recuadro c), dicha autoridad deberá indicar la *duración de la pena*, incluidas (1) la «duración máxima de la pena o medida de seguridad privativas de libertad que puede dictarse por la infracción o las infracciones» y (2) la duración de la pena o medida de seguridad privativas de libertad impuesta y la pena que resta por cumplir.

54. El hecho de que el cumplimiento de los requisitos del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco está necesariamente vinculado a la ley aplicable al asunto queda aún más patente en el recuadro e). En este recuadro, la autoridad judicial emisora debe proporcionar información relativa a las *infracciones*, incluida una «descripción de las circunstancias en que se cometió/cometieron la infracción o infracciones, incluido el momento (fecha y hora), lugar y grado de participación en la(s) misma(s) de la persona buscada», así como la «naturaleza y tipificación legal de la infracción o infracciones y disposición legal o código aplicable». Inmediatamente a continuación, el recuadro e) reproduce la lista de treinta y dos delitos que figura en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco y señala: «Márquense las casillas correspondientes si se trata de una o varias de las infracciones siguientes castigadas en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, según están definidas en el Derecho del Estado miembro emisor».

55. Sería contrario a toda lógica requerir a la autoridad judicial emisora que rellene el recuadro e) con la disposición legal *aplicable* al asunto e, inmediatamente a continuación, que rellene el punto I de ese mismo recuadro utilizando otra disposición legal *no aplicable* al asunto.

56. La Comisión extrae de estas consideraciones la conclusión de que, al facilitar la información, la autoridad judicial emisora no puede referirse a sanciones más severas que las aplicables al asunto penal de que se trate.

57. Estoy de acuerdo con la Comisión.

58. Tanto el artículo 8, apartado 1, de la Decisión Marco como la información que específicamente se requiere en el formulario del anexo para cumplir los requisitos que establece dicho artículo apuntan a la misma conclusión: toda la información que debe facilitarse en la orden de detención europea se refiere a los hechos, delitos, resoluciones judiciales y condenas *específicos* del asunto penal *concreto*.

59. Lo anterior es especialmente cierto en lo tocante al recuadro e) del formulario anexo. En consonancia con el artículo 8, apartado 1, letra d), de la Decisión Marco, este recuadro debe rellenarse para proporcionar detalles de la infracción a los efectos de aplicar el artículo 2. Dicho recuadro requiere expresamente que se facilite información sobre las infracciones a las que la orden «se refiere» y una descripción de las circunstancias en que se cometieron, así como información relativa a la «naturaleza y tipificación legal de la infracción o infracciones y *disposición legal o código aplicable*». <sup>11</sup>

60. No cabe duda de que esta información requerida se refiere a las *disposiciones legales específicas que son aplicables* a los delitos a que se refiere la orden y que corresponden a las circunstancias concretas, que también deben describirse en el recuadro e). Una vez más, sería, cuando menos, contrario al sentido común apartarse radicalmente de esa lógica en lo que atañe específicamente al punto I del

<sup>11</sup> El subrayado es mío.

recuadro e) de modo que se entendiera que la frase «infracciones siguientes castigadas [...] con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, según están definidas en el Derecho del Estado miembro emisor» se refiere en realidad a una ley posterior que no es aplicable a las infracciones a las que se refiere la orden de detención europea.

61. En la vista hubo cierto debate acerca del valor interpretativo del formulario anexo. En mi opinión, existe poco espacio para la discusión sobre este particular. Cuando los anexos forman parte integrante del acto jurídico al que están adjuntos, son pertinentes para la interpretación de las disposiciones a las que corresponden.<sup>12</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha confirmado con claridad este valor interpretativo precisamente en relación con el formulario anexo a la Decisión Marco.<sup>13</sup> El anexo contiene un formulario específico que las autoridades judiciales emisoras deben cumplimentar facilitando la información específica que se solicita.<sup>14</sup>

62. Por otra parte, no existe contradicción alguna entre los términos del anexo que contiene el formulario de la orden de detención europea y las disposiciones legales de la Decisión Marco a este respecto. Antes bien, la naturaleza específica de la información que requiere el formulario del anexo, y en particular el recuadro e), refuerza la conclusión —en mi opinión, bastante clara— que puede deducirse de los artículos 8, apartado 1, y 2, apartado 2, de la Decisión Marco, como ya se ha expuesto.

63. El Fiscal General y el Gobierno belga adujeron en la vista que no es necesario rellenar el punto 1 del recuadro c) del formulario, que se refiere a la «duración máxima de la pena o medida de seguridad privativas de libertad que puede dictarse por la infracción o las infracciones», en caso de que la orden de detención europea se emita a efectos de *ejecución*, sino solamente en caso de que se emita a efectos del *ejercicio de acciones penales*.

64. Es cierto que, si se ha dictado sentencia firme, ese recuadro del anexo, leído en relación con el artículo 8, apartado 1, letra f), exige de la autoridad judicial emisora que facilite información solo sobre la pena impuesta.<sup>15</sup> Por consiguiente, la información sobre la escala de penas a que se refiere el punto 1 del recuadro c) del formulario solo parece ser necesaria a falta de tal sentencia, cuando la orden de detención europea se emita a efectos del ejercicio de acciones penales.<sup>16</sup>

65. Dejaré de lado por ahora el recuadro e),<sup>17</sup> que, una vez más, si se lee conjuntamente con el recuadro c), despeja las dudas manifestadas por el Fiscal General y el Gobierno belga. En todo caso, incluso si uno se centra exclusivamente en el punto 1 del recuadro c), del hecho de que no sea necesario incluir en este recuadro información sobre la escala de penas en caso de que se haya dictado sentencia no puede deducirse que la ley pertinente para la apreciación de los requisitos del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco sea distinta de la ley concretamente aplicable al asunto.

12 Véanse, por ejemplo, específicamente en relación con los anexos de instrumentos de cooperación judicial, las sentencias de 16 de septiembre de 2015, Alpha Bank Cyprus (C-519/13, EU:C:2015:603), apartados 49 y ss., y de 2 de marzo de 2017, Henderson (C-354/15, EU:C:2017:157), apartado 56. Véase también la sentencia de 5 de julio de 2018, X (C-213/17, EU:C:2018:538), apartado 52.

13 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 1 de junio de 2016, Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:385), apartado 44; de 10 de agosto de 2017, Tupikas (C-270/17 PPU, EU:C:2017:628), apartado 89, y de 23 de enero de 2018, Piotrowski (C-367/16, EU:C:2018:27), apartados 57 a 59.

14 Sentencia de 6 de diciembre de 2018, IK (Ejecución de una pena accesoria) (C-551/18 PPU, EU:C:2018:991), apartado 49.

15 Respalda esta interpretación la sentencia de 6 de diciembre de 2018, IK (Ejecución de una pena accesoria) (C-551/18 PPU, EU:C:2018:991), apartados 48 a 51.

16 Esta interpretación también se refleja en la Comunicación de la Comisión — Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas (DO 2017, C 335, p. 1), a tenor de la cual el recuadro c) del formulario anexo tiene por objeto «hacer constar que la [orden de detención europea] cumple los requisitos referidos a los umbrales de las penas establecidos en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco sobre la [orden de detención europea]. Durante la fase previa al proceso, la duración mínima se referirá a la pena aplicable según el Código y, cuando se haya dictado una sentencia condenatoria, a la duración de la pena impuesta [...]».

17 Descrito en los puntos 59 y 60 de las presentes conclusiones.

66. Es cierto que, en la sentencia Piotrowski,<sup>18</sup> el Tribunal de Justicia atribuyó consecuencias interpretativas al hecho de que el artículo 8, apartado 1, de la Decisión Marco o el formulario anexo *no exijan* determinada *información*. Sin embargo, las razones por las que se atribuyeron tales consecuencias interpretativas a ese hecho en aquel asunto no concurren en el presente asunto.

67. El asunto Piotrowski trataba de la apreciación de uno de los motivos de no ejecución obligatoria de la orden de detención europea.<sup>19</sup> En ese contexto, es lógico que la denegación solo pueda fundarse en la información concretamente puesta a disposición de la autoridad judicial de ejecución a través del formulario. En cambio, el caso de autos no versa sobre un motivo de denegación. Trata sobre uno de los requisitos que deben reunirse para que se aplique el régimen conforme al cual se dispensa del control de la doble tipificación en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco. En caso de que no se satisfaga dicho requisito, todavía puede ejecutarse la orden de detención europea, pero únicamente de conformidad con el régimen previsto en el artículo 2, apartado 4.

68. Por otra parte, el hecho de que en el formulario anexo a la Decisión Marco no se requiera expresamente información sobre la pena máxima que puede imponerse por el delito en este caso, puesto que ya se ha pronunciado la pena, no lleva a la conclusión de que el punto de referencia a los efectos del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco deba por tanto ser la ley aplicable en el momento de la emisión de la orden de detención europea. La conclusión lógica de una interpretación que atribuye tal peso a ese hecho es más bien que, dado que no se exige información en el formulario en este caso, los requisitos del propio artículo 2, apartado 2, no son aplicables. Sin embargo, esa interpretación vaciaría de contenido al requisito relativo a la extensión de la pena establecido en el artículo 2, apartado 2.

69. Ahí radica el problema general y estructural de este argumento. Este interpreta el contenido de un criterio que debe ser aplicado por la autoridad judicial emisora con respecto al artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco en función de que dicho criterio no puede ser verificado por la autoridad judicial de ejecución. Sin embargo, la confianza mutua se fundamenta en la premisa contraria: el *modus operandi* de la Decisión Marco persigue un equilibrio entre la confianza mutua, por un lado, y el control residual mínimo, por otro. Se deposita confianza en las autoridades emisoras partiéndose de la premisa de que observan estrictamente los requisitos materiales que subyacen al sistema de la orden de detención europea, máxime en el contexto del artículo 2, apartado 2, donde la confianza mutua rige en su máxima expresión, al impedir que se controle la doble tipificación respecto de determinados delitos de especial gravedad. Por otra parte, la confianza no puede llevarse hasta el punto de vedar a la autoridad judicial de ejecución el examen del cumplimiento de los requisitos del artículo 2, apartado 2, si los datos de que dispone la llevan a abrigar dudas.

<sup>18</sup> Sentencia de 23 de enero de 2018, Piotrowski (C-367/16, EU:C:2018:27).

<sup>19</sup> Aquel asunto versaba sobre el motivo de no ejecución obligatoria recogido en el artículo 3, apartado 3, de la Decisión Marco, conforme al cual la autoridad judicial de ejecución denegará la ejecución de la orden de detención europea cuando la persona buscada «aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución». Dado que, entre otras cosas, el formulario del anexo no contiene ninguna información específica que permita a las autoridades judiciales de ejecución apreciar las condiciones adicionales basadas en circunstancias individuales que autorizan a procesar a un menor de conformidad con el Derecho penal del Estado miembro emisor, el Tribunal de Justicia concluyó que la autoridad judicial de ejecución debe comprobar simplemente si la persona buscada ha alcanzado la edad mínima exigida para ser considerada penalmente responsable en el Estado miembro de ejecución por los hechos en que se basa la orden sin tener que tomar en consideración dichas condiciones adicionales. Sentencia de 23 de enero de 2018, Piotrowski (C-367/16, EU:C:2018:27), apartados 59 y 62.

70. En otras palabras, que el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco se base en un sistema de autodeclaración, en el que solo se prevé un control mínimo y *prima facie* por parte de la autoridad judicial de ejecución,<sup>20</sup> no implica que los criterios subyacentes que debe utilizar la autoridad judicial emisora no estén sujetos a regla alguna. Antes bien, únicamente existen dos requisitos, pero el Estado miembro emisor debe observarlos estrictamente.<sup>21</sup>

c) *Lógica y funcionamiento del sistema de la orden de detención europea*

71. El análisis que precede revela que existen razones de peso tanto de naturaleza lógica como sistemática dimanantes de la Decisión Marco para rechazar una interpretación que disocie la ley concretamente aplicable al asunto penal por el que se solicita la entrega de la ley de referencia a los efectos del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco.

72. Existen al menos dos argumentos adicionales referidos a la aplicación y al funcionamiento más en general del sistema de la orden de detención europea que merecen mencionarse.

73. En primer término, la innegable virtud de interpretar el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco en el sentido de que se refiere a la ley concretamente aplicable al asunto consiste en que ofrece un marco de referencia *previsible y estable*.

74. Por el contrario, la interpretación opuesta que defienden los Gobiernos español y belga y el Fiscal General entrañaría el riesgo de convertir en un blanco móvil el marco jurídico que subyace a la orden de detención europea a los efectos de la aplicación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco. Significaría que el marco jurídico tomado en consideración en relación con el artículo 2, apartado 2, sería susceptible de experimentar repetidos cambios. Ello podría generar una situación en la que se emitieran sucesivas órdenes de detención europea haciéndose referencia a distintas disposiciones del Derecho nacional, o a distintas versiones de la misma disposición, en función del contexto jurídico cambiante del Estado miembro emisor, que podría diferir progresivamente del contexto jurídico concreto aplicable al asunto penal. Con la excepción de las normas (nacionales) en materia de prescripción, no existirían límites a la posibilidad de que volvieran a emitirse órdenes de detención europea referidas a los mismos delitos con arreglo a distintos marcos jurídicos. Así, no resulta difícil imaginarse la emisión de sucesivas órdenes de detención europea a lo largo de los años referidas a unos mismos hechos que siguen siendo punibles con arreglo a las mismas disposiciones, pero que hacen referencia a un régimen jurídico diferente en la Decisión Marco cada vez que cambia la legislación nacional.

75. La inestabilidad intrínseca de tal marco de referencia se exacerbaría aún más por cuanto el momento en que se emite la orden de detención europea puede depender de distintos factores circunstanciales y no es uniforme en la práctica de los Estados miembros.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> En relación con el debate y la reticencia constitucional en torno a la aplicación del artículo 2, apartado 2, en varios Estados miembros, véase, por ejemplo, Ambos, K.: *European Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 432 y ss.

<sup>21</sup> Por otra parte, debo reconocer no obstante que el argumento del Fiscal General y del Gobierno belga ilustra vívidamente la tensión inherente entre, por un lado, la terminología utilizada y, por otro, la configuración jurídica y funcionamiento del sistema de la orden de detención europea (y, de hecho, de otros muchos sistemas de reconocimiento mutuo en la Unión). Se afirma que el principio rector es el de confianza (mutua), al que se supone da vida y promueve la ley. Ahora bien, si uno tiene confianza, la ley no resulta muy necesaria. Solo cuando (ya) no existe confianza devienen necesarias las normas jurídicas imperativas. Es cierto que, en algún momento, las normas jurídicas imperativas podrían ser sustituidas por la confianza mutua. No obstante, tal cosa solo puede ocurrir gradual y orgánicamente en el marco de una interacción social de abajo hacia arriba. La confianza no puede crearse normativamente desde arriba por decreto.

<sup>22</sup> La práctica muestra que el momento en que se emite una orden de detención europea varía en gran medida entre los Estados miembros, pudiendo ser, por ejemplo, el inicio de la investigación, la terminación de la investigación, el momento en que normalmente se decreta la prisión preventiva, el momento en que se atribuye a la persona la condición de sospechoso, o cualquier fase del proceso penal hasta la finalización del juicio. Véase *EAW — Rights. Analysis of the implementation and operation of the European Arrest Warrant from the point of view of defence practitioners*, Consejo de la Abogacía Europea/Fundación de Abogados Europeos, Bruselas/La Haya, 2016, pp. 25 y 26.

76. La combinación de estas dos variables temporales convertiría el funcionamiento del sistema en una imprevisible partida de billar en la que resultaría difícil, si no imposible, determinar si se satisfacen (o satisfarán) los requisitos del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco.

77. Carecer de un punto fijo y objetivo que determine la ley que rige el cumplimiento de los requisitos del artículo 2, apartado 2, en el Estado miembro emisor podría incluso dar lugar a que se efectuaran elecciones tácticas, incluido demorar la emisión de una orden de detención europea en espera de modificaciones legales inminentes que pudieran posibilitar la aplicación del artículo 2, apartado 2, en lugar del artículo 2, apartado 4. Sin embargo, una norma diseñada de manera razonable debería propiciar el comportamiento contrario de las autoridades judiciales nacionales, esto es, la reclamación de la entrega de una persona de modo rápido y en tiempo oportuno. Por otra parte, y en un escenario puramente hipotético, no puede descartarse por entero la posibilidad de que se produjera un uso indebido de las reglas temporales definidas de esa manera, ya que cabría efectuar modificaciones *ex post* en los umbrales de la pena en el Derecho nacional con la finalidad de conseguir o facilitar la entrega de determinadas personas buscadas.

78. A la vista de todas estas consideraciones, solamente la interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco en el sentido de que se refiere a la ley aplicable a los hechos del asunto proporciona un marco jurídico sencillo, claro y previsible, que queda fijado por la ley concretamente aplicable al asunto que subyace a la orden de detención europea. Con la eventual (y única) excepción de que se efectuaran posteriores modificaciones en la legislación penal nacional que fueran más favorables para el acusado, y que consiguientemente dieran lugar a la aplicación del principio de la ley penal más favorable, ese marco de referencia permanecería inmutable y estable.

79. En segundo término, la interpretación que propugnan los Gobiernos español y belga y el Fiscal General llevaría a una situación más bien ilógica que dificultaría el buen funcionamiento del sistema de la orden de detención europea en otro aspecto adicional.

80. El artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco se aplica tanto a las órdenes de detención europea que se emiten a efectos de ejecución como a las que se emiten a efectos del ejercicio de acciones penales. Así, las autoridades judiciales de ejecución podrían enfrentarse a situaciones en las que las disposiciones legales invocadas por la autoridad judicial emisora en el recuadro e) pudieran contradecir la información proporcionada en el punto 1 del recuadro c) o la información adicional facilitada en el recuadro f).<sup>23</sup> Incluso existiría el riesgo de que se invocasen distintas disposiciones en los diferentes campos del propio recuadro e). En semejante situación, las autoridades judiciales de ejecución, al encontrarse con que se hace referencia a distintos marcos jurídicos en una misma orden de detención europea, podrían razonablemente albergar dudas acerca del cumplimiento de los requisitos del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco, y probablemente considerarían necesario solicitar información complementaria a la autoridad judicial emisora.<sup>24</sup> Tal cosa pondría en peligro el buen funcionamiento del sistema de la orden de detención europea, en el que las solicitudes de información complementaria, con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, deben ser la excepción y no la regla,<sup>25</sup> como acertadamente ha señalado el Gobierno español.

81. El análisis que precede puede resumirse con la siguiente pregunta franca: ¿por qué perseguir una interpretación ilógica del artículo 2, apartado 2, que crea problemas sistemáticos, cuando la utilización de la pena máxima concretamente aplicable al asunto como punto de referencia ofrece una solución mucho más lógica, razonable, previsible y práctica? El único argumento que queda a este respecto es la apelación a la eficacia que realizan los Gobiernos español y belga, que a continuación paso a examinar.

<sup>23</sup> Véase el punto 54 de las presentes conclusiones.

<sup>24</sup> Véanse, en relación con la habilitación de las autoridades judiciales de ejecución a este respecto, las sentencias de 10 de agosto de 2017, Tupikas (C-270/17 PPU, EU:C:2017:628), apartado 91, y de 10 de agosto de 2017, Zdziaszek (C-271/17 PPU, EU:C:2017:629), apartado 103.

<sup>25</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 23 de enero de 2018, Piotrowski (C-367/16, EU:C:2018:27), apartado 61.

### 3. Finalidad

82. La Decisión Marco es el buque insignia de la confianza mutua en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Se diseñó para sustituir el sistema multilateral de los procedimientos de extradición y facilitar la entrega de las personas buscadas entre los Estados miembros a través del establecimiento de un sistema de cooperación judicial nuevo, simplificado y más efectivo basado en la confianza mutua. Tiene como claro objetivo facilitar y acelerar la cooperación judicial. Dado que el principio de reconocimiento mutuo es la piedra angular de este instrumento, las autoridades judiciales de ejecución deben ejecutar toda orden de detención europea como regla general, y solamente negarse a ello por los motivos de no ejecución recogidos en la Decisión Marco, que se enumeran exhaustivamente y han de ser objeto de interpretación estricta.<sup>26</sup>

83. El argumento teleológico que esgrimen los Gobiernos belga y español se basa en esta jurisprudencia reiterada con el propósito de sustentar su interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco, conforme a la cual tomar como referencia la ley vigente en el Estado miembro emisor en el momento de la emisión de la orden de detención europea constituye la mejor manera de alcanzar los objetivos de la Decisión Marco.

84. A este respecto me parece necesario realizar tres importantes aclaraciones.

85. En primer lugar, la eficacia de la Decisión Marco, entendida como la facilitación de la entrega en la mayor medida posible, no es el único valor que este instrumento persigue. Así resulta claramente no solo del considerando 12 y del artículo 1, apartado 3, que subrayan la obligación de respetar los derechos humanos en el ámbito de la orden de detención europea, sino también del hecho de que la Decisión Marco establece distintas normas y garantías procedimentales que deben respetarse al ejecutar y aplicar el sistema de la orden de detención europea. Si la eficacia fuese el único valor rector, que debiera prevalecer sobre todos los demás valores y consideraciones, ¿para qué tener, entonces, regímenes de entrega diferentes sujetos a distintas normas y prever distintos motivos de denegación?

86. En segundo lugar, y algo que quizás tenga incluso más importancia en el contexto del caso de autos, la eficacia de una orden de detención europea concreta en un caso individual (*eficacia individual*) no debe confundirse con la eficacia de la Decisión Marco (*eficacia estructural*). Entiendo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada por ambos Gobiernos se refiere a la eficacia estructural, en particular a la correcta aplicación y funcionamiento del sistema de la orden de detención europea como tal. Por las razones anteriormente expuestas,<sup>27</sup> interpretar el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco en el sentido de que se refiere a la ley aplicable en el momento de la emisión de la orden de detención europea quizás facilitaría la entrega en el presente caso individual, pero ciertamente no promovería el buen funcionamiento y la eficacia estructural del sistema de la orden de detención europea en su conjunto.<sup>28</sup>

87. En tercer y último lugar, la interpretación que propugnan los Gobiernos belga y español y el Fiscal General también demuestra por qué resulta difícil trasponer la *eficacia ad hoc* en un caso individual a reglas operativas y eficientes en general. En efecto, además de la ley aplicable al asunto penal y la ley aplicable en el momento de la emisión de la orden de detención europea, en las que se centran las alegaciones formuladas en el caso de autos, también podrían considerarse pertinentes otras opciones,

<sup>26</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586), apartados 39 a 41 y jurisprudencia citada.

<sup>27</sup> Puntos 72 a 81 de las presentes conclusiones.

<sup>28</sup> La metáfora que al instante me viene a la cabeza en este contexto es la del general que, por ganar una batalla, está dispuesto a perder la guerra.

como la ley aplicable en el momento de los hechos (que pudiera no coincidir con la ley aplicable al asunto penal por efecto del principio de la ley penal más favorable), la ley aplicable en el momento en que el Estado miembro de ejecución recibe la orden de detención europea o la ley aplicable en el momento en que se adopta la decisión sobre la orden de detención europea.

88. Cualquiera de estos diferentes marcos jurídicos podría, en un caso dado, considerarse el más eficaz para asegurar la entrega de una persona buscada, dependiendo de la calificación y de la escala de penas que adopten y de las circunstancias del caso individual. Así pues, salvo que se quiera reducir la previsibilidad al conocimiento de que la autoridad judicial emisora tiene permitido escoger simplemente cualquier marco jurídico de referencia que desee a efectos del artículo 2, apartado 2, el argumento basado en la eficacia en un caso individual simple y llanamente no da lugar a un marco de referencia previsible.

#### *4. Conclusión provisional*

89. Los argumentos analizados más arriba en relación con el tenor, el contexto y la finalidad de la Decisión Marco me llevan a la conclusión de que a lo que se hace referencia en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco es a la ley concretamente aplicable al asunto de que se trate.

90. Puede añadirse que esta conclusión también concuerda con los instintos fundamentales de todo abogado (penalista). Los argumentos más bien técnicos que se proponen en el caso de autos no deben convertirse en los proverbiales árboles que no dejan ver el bosque. Los contornos del bosque siguen siendo extraordinariamente simples: cuando se solicita la entrega de una persona concreta por un delito concreto, la extensión máxima de la pena debe ser, en buena lógica, la aplicable al asunto concreto, y no una que pudiera resultar aplicable en el Derecho nacional algunos o muchos años más tarde.

91. Por consiguiente, ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas por el hof van beroep te Gent (Tribunal de Apelación de Gante, Bélgica) que el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco debe interpretarse en el sentido de que se refiere, a efectos de apreciar el umbral de la pena máxima de al menos tres años que figura en este artículo, a la legislación penal aplicable en el Estado miembro emisor al delito o delitos concretos a que se refiere la orden de detención europea.

#### ***B. El principio de legalidad***

92. A mi juicio, el análisis de la lógica, el funcionamiento y la estructura del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco que se ha llevado a cabo en la primera sección de las presentes conclusiones proporciona una respuesta suficiente, concluyente y que se sostiene por sí misma a la problemática planteada por el tribunal remitente. No considero que el principio de legalidad tenga incidencia alguna sobre esta conclusión. No obstante, dado que las partes han invocado este principio y que se ha debatido en profundidad sobre él, expondré, en aras de la claridad y la exhaustividad, una serie de observaciones finales sobre las implicaciones del principio de legalidad para el caso de autos.

93. La persona buscada esgrime argumentos basados en el principio de legalidad en sus observaciones escritas. En su opinión, este principio se aplica a la ejecución de las órdenes de detención europea. Los Gobiernos belga y español y el Fiscal General disienten de esa postura. Según la definición del principio de legalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta asimismo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»), el principio de legalidad no resulta aplicable al caso de autos. Aunque las observaciones escritas de la Comisión se basan en consideraciones relacionadas con el principio de legalidad, esta modificó su postura en la vista y afirmó que este principio carece de pertinencia a efectos de la interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco.

94. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), tal como se halla consagrado en el artículo 49, apartado 1, primera frase, de la Carta [de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea], que constituye una expresión específica del principio general de seguridad jurídica, implica que nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, no constituyera una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional». <sup>29</sup> Por tanto, el principio de legalidad exige que la normativa de la Unión defina claramente las infracciones y las sanciones que las castigan. Este requisito se cumple «cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones generan su responsabilidad penal». <sup>30</sup> El principio de irretroactividad de la ley penal se opone, «concretamente, a que un juez pueda, durante un procedimiento penal, bien sancionar penalmente un comportamiento que no está prohibido por una norma nacional adoptada antes de la comisión de la infracción imputada, bien agravar el régimen de responsabilidad penal de aquellos que sean objeto del mencionado procedimiento». <sup>31</sup>

95. Los Gobiernos español y belga y el Fiscal General sostienen que, en el presente caso, la interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco que defienden no entrañaría la violación del principio de legalidad, pues no afecta en modo alguno a la determinación de la conducta típica ni a la pena aplicable. Entienden que la referencia a la ley aplicable en el momento de la emisión de la orden de detención europea no modifica la ley aplicable al asunto penal y que meramente se emplea a los efectos de la aplicación de un instrumento de cooperación judicial. Estos Gobiernos alegan que, según la jurisprudencia del TEDH, el principio de legalidad no es aplicable a los mecanismos de cooperación internacional para la ejecución de las sanciones penales.

96. Estoy de acuerdo con ellos. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, las circunstancias del caso de autos no están comprendidas en la protección que confiere el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH»). Es cierto que dicha jurisprudencia reconoce que la distinción entre una «pena» (la «sustancia», que ha de estar cubierta por el artículo 7, apartado 1, del CEDH) y una medida relativa a la aplicación o ejecución de una pena (que se acerca más a los elementos «procedimentales») no es inequívoca. <sup>32</sup> Sin embargo, en la jurisprudencia del TEDH se ha declarado reiteradamente que la aplicación de los diferentes instrumentos de cooperación internacional destinados a hacer cumplir las sanciones penales no concierne a la pena en sí, sino a su ejecución, por lo que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 7 del CEDH.

97. Por ejemplo, en el asunto Szabó c. Suecia, el TEDH declaró que no se planteaba ninguna cuestión en relación con el artículo 7 del CEDH aun cuando, en el momento en que el demandante cometió el delito, Suecia no había ratificado todavía el Protocolo Adicional al Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas <sup>33</sup> y el traslado tenía una incidencia negativa para su libertad condicional. El TEDH declaró que el traslado del demandante o, más concretamente, las disposiciones en materia de libertad condicional —que eran más severas en Hungría que en Suecia— no podían considerarse una «pena» en el sentido del artículo 7 del CEDH puesto que las cuestiones relacionadas con la libertad

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de 20 de diciembre de 2017, Vaditrans (C-102/16, EU:C:2017:1012), apartado 50.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de 3 de junio de 2008, The International Association of Independent Tanker Owners y otros (C-308/06, EU:C:2008:312), apartado 71 y jurisprudencia citada. Véase, en particular, la sentencia de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, EU:C:2007:261), apartado 50.

<sup>31</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936), apartado 57 y jurisprudencia citada.

<sup>32</sup> Véanse, en relación con esta controversia, mis conclusiones presentadas en el asunto Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553), punto 151, en las que se hace referencia a TEDH, sentencia de 21 de octubre de 2013, Del Río Prada c. España [GS], (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009), §§ 85 y ss. y jurisprudencia citada.

<sup>33</sup> Protocolo Adicional al Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, de 18 de diciembre de 1997 (Serie de Tratados Europeos n.º 167).

condicional concernían a *la ejecución de una condena*.<sup>34</sup> El TEDH ha confirmado este mismo planteamiento en relación con la Decisión Marco al considerar que «la entrega [...] no es una pena impuesta [...] por haber cometido un delito, sino un procedimiento destinado a permitir la ejecución de una sentencia pronunciada en [otro Estado miembro]». <sup>35</sup>

98. En consonancia con este planteamiento, el TEDH no considera problemático el hecho de que diferentes instrumentos en materia de cooperación internacional se apliquen a delitos que se han cometido o a sentencias que se han dictado antes de que dichos instrumentos entrasen en vigor en un determinado Estado.<sup>36</sup> Esta postura se ha confirmado también con respecto a la orden de detención europea.<sup>37</sup>

99. Esta concepción del principio de legalidad también ha inspirado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de la orden de detención europea. En la sentencia *Advocaten voor de Wereld*, el Tribunal de Justicia declaró que el hecho de que el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco dispense del control de la doble tipificación no entraña la violación del principio de legalidad, puesto que la definición de los delitos y de las penas aplicables siguen siendo asuntos determinados por la ley del Estado miembro emisor.<sup>38</sup> Esa sentencia puso el acento en la confianza mutua y en el hecho de que la observancia del principio de legalidad debe ser garantizada por el Estado miembro emisor.

100. Así pues, parece que, de acuerdo con la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia como del TEDH, tomar como referencia la ley del Estado miembro emisor en el momento de la emisión de la orden de detención europea, a efectos de apreciar el requisito relativo a la extensión de la pena establecido en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco, no conculcaría el principio de legalidad consagrado en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, interpretado de conformidad con el ámbito de aplicación del artículo 7 del CEDH. En efecto, tal interpretación no llevaría a imponer en el asunto penal una pena que no estuviera prevista en el Estado miembro emisor en el momento en que se cometieron los delitos.

101. No obstante, deben tenerse en cuenta tres consideraciones adicionales.

102. Primero, más allá de la concepción estricta del ámbito de aplicación del principio de legalidad, si se toma en consideración el principio de seguridad jurídica se refuerza la interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco propugnada en el punto 91 de las presentes conclusiones. En efecto, este último principio implica que, más allá del ámbito estricto de la definición de los delitos y las penas en el Derecho penal, el Derecho de la Unión y la legislación nacional que lo aplica deben ser precisos y su aplicación debe ser previsible para quienes están sujetos al mismo, en particular en materia penal.

34 TEDH, decisión sobre la admisibilidad de 27 de junio de 2006, *Szabó c. Suecia* (CE:ECHR:2006:0627DEC002857803). Véase asimismo, en relación con el Protocolo Adicional al Convenio sobre el Traslado, TEDH, decisiones sobre la admisibilidad de 27 de junio de 2006, *Csozászski c. Suecia* (CE:ECHR:2006:0627DEC002231802); de 6 de septiembre de 2011, *Müller c. República Checa* (CE:ECHR:2011:0906DEC004805809), y de 23 de octubre de 2012, *Ciok c. Polonia* (CE:ECHR:2012:1023DEC000049810). Véase, en relación con otros mecanismos de cooperación internacional, TEDH, decisión sobre la admisibilidad de 5 de julio de 2007, *Saccoccia c. Austria* (CE:ECHR:2007:0705DEC006991701).

35 TEDH, decisión sobre la admisibilidad de 7 de octubre de 2008, *Monedero Angora c. España* (CE:ECHR:2008:1007DEC004113805), § 2. Véase asimismo TEDH, decisión sobre la admisibilidad de 23 de octubre de 2012, *Giza c. Polonia* (CE:ECHR:2012:1023DEC000199711), §§ 30 a 34.

36 TEDH, decisiones sobre la admisibilidad de 27 de junio de 2006, *Szabó c. Suecia* (CE:ECHR:2006:0627DEC002857803), y de 6 de septiembre de 2011, *Müller c. República Checa* (CE:ECHR:2011:0906DEC004805809).

37 TEDH, decisión sobre la admisibilidad de 7 de octubre de 2008, *Monedero Angora c. España* (CE:ECHR:2008:1007DEC004113805), § 2.

38 Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, EU:C:2007:261), apartado 53.

La observancia de este imperativo se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede comportar consecuencias para los particulares.<sup>39</sup> Lo anterior se predica no solo de las normas penales sustantivas, sino también de las disposiciones penales procesales como la Decisión Marco, que puede conducir a que se prive de libertad a la persona buscada.<sup>40</sup>

103. Es en este contexto más amplio en el que la jurisprudencia referida a la seguridad jurídica exige que las normas jurídicas nacionales se formulen de manera inequívoca, no solo para que las personas interesadas puedan conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa, sino también para que los tribunales nacionales puedan garantizar su aplicación. La impredecible situación que se crearía al interpretar el inconcluyente tenor del artículo 2, apartado 2, de manera tal que la ley pertinente a efectos de la apreciación del requisito relativo a la extensión de la pena pudiera cambiar ulteriormente en cualquier momento sería difícilmente conciliable con las exigencias de claridad y previsibilidad que impone el principio de seguridad jurídica.

104. Segundo, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia *Advocaten voor de Wereld* que el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco no es contrario al principio de legalidad, lo hizo sobre la base de que la definición de los delitos y de las penas aplicables «sigue siendo competencia del Derecho *del Estado miembro emisor*, que, como se dispone por lo demás en el artículo 1, apartado 3, de [la] Decisión Marco, debe respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 UE y, por ende, el principio de legalidad de los delitos y las penas».<sup>41</sup> Las exigencias que se imponen en esa disposición respecto de la calificación de los delitos y de la gravedad de los mismos, mediante referencia a la escala de penas prevista en el Estado miembro emisor, deben aplicarse observándose el grado más elevado de seguridad jurídica. Constituyen la base de la confianza que se exige del Estado miembro de ejecución y de la que depende por completo el éxito de la Decisión Marco como sistema.

105. Por último, de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia se desprende que los Estados miembros tienen planteamientos diferentes en cuanto al alcance del principio de legalidad.<sup>42</sup> Estos planteamientos también pueden tener incidencia en su consideración de los distintos requisitos para la aplicación de los instrumentos de cooperación judicial del espacio de libertad, seguridad y justicia, en particular la Decisión Marco. Una interpretación de la disposición controvertida como la que defienden los Gobiernos español y belga y el Fiscal General conllevaría el riesgo de que entrase en conflicto con algunas de las concepciones nacionales del principio de legalidad en un ámbito en el que la propia Decisión Marco no proporciona una respuesta inequívoca.<sup>43</sup>

39 Véase, por ejemplo, la sentencia de 9 de julio de 2015, *Salomie y Oltean* (C-183/14, EU:C:2015:454), apartado 31 y jurisprudencia citada.

40 La legalidad, entendida en sentido amplio (como respeto de la ley y en conexión con el concepto del Estado de Derecho) aparece en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con una serie de elementos desconectados de la definición de los delitos y las penas, como las normas relativas a las autoridades competentes para la imposición de sanciones. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 1 de octubre de 2015, *Weltimmo* (C-230/14, EU:C:2015:639), apartado 56, y de 17 de enero de 2019, *Dzivev y otros* (C-310/16, EU:C:2019:30), apartados 34 y 35. De manera análoga, las exigencias de claridad y precisión se aplican por lo general a la «ley» que establece limitaciones a los derechos fundamentales. Véanse las sentencias de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 81, y de 17 de enero de 2019, *Dzivev y otros* (C-310/16, EU:C:2019:30), apartado 40.

41 Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, EU:C:2007:261), apartado 53. El subrayado es mío.

42 Sentencia de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.* (C-42/17, EU:C:2017:936), apartado 60.

43 Puede encontrarse un buen ejemplo de esta diversidad en los debates en el seno del Comité Europeo para los Problemas Criminales del Consejo de Europa. Los debates sobre el momento de referencia al apreciar la doble tipificación en relación con las solicitudes de extradición muestran que varios Estados miembros consideran que dicho momento debe ser el de los hechos que dieron lugar al delito por imperativos de legalidad, mientras que otros Estados miembros estiman que el momento de referencia debe ser el de la solicitud de extradición, a fin de promover la cooperación judicial. Véase *Compilation of replies to the questionnaire on the reference moment to be applied when considering double criminality as regards extradition requests*, PC-OC(2013)12Bil.Rev3, Comité Europeo para los Problemas Criminales, Comité de Expertos en el Funcionamiento de los Convenios Europeos de Cooperación en Materia Penal, Estrasburgo, 25 de noviembre de 2014.

### C. Observaciones finales

106. Tras haber propuesto una respuesta a la problemática específica planteada por el tribunal remitente, considero que puede resultar útil realizar un recordatorio, a modo de conclusión, de los aspectos sobre los que *no versa* el caso de autos, tal y como ha sido planteado al Tribunal de Justicia.

107. En primer término, desde una cierta perspectiva, los hechos y el contexto jurídico que subyacen al asunto penal en el Estado miembro emisor podrían entenderse en el sentido de que entran en conflicto con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Sin embargo, el caso de autos que se sigue ante el Tribunal de Justicia no versa sobre tales cuestiones ni tampoco en modo alguno sobre la fundamentación de la resolución condenatoria cuya ejecución se pretende mediante la orden de detención europea objeto del procedimiento principal.

108. En segundo término, el caso de autos tampoco trata sobre la apreciación del primer requisito que ha de concurrir para que sea aplicable el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco: ¿puede el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo contemplado en el Código Penal subsumirse automáticamente en la categoría de «terrorismo», uno de los treinta y dos delitos que figura en la lista del artículo 2, apartado 2?

109. En tercer término, la respuesta a las cuestiones prejudiciales en el caso de autos tampoco tiene impacto alguno sobre otros aspectos que afectan a la eventual estimación de la orden de detención europea del procedimiento principal, como la valoración de la entrega por los otros dos delitos por los que esta se ha solicitado o la apreciación por parte de la autoridad judicial de ejecución del criterio de la doble tipificación del artículo 2, apartado 4, de la Decisión Marco con respecto a los tres delitos en cuestión.

110. En cuarto término, también puede recordarse que, desde el punto de vista de las posibles consecuencias prácticas y sistemáticas, el análisis sobre la determinación de la (versión temporal de la) ley aplicable pertinente con respecto al *Estado miembro emisor* de conformidad con el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco no puede extrapolarse automáticamente a la interpretación del artículo 2, apartado 4.<sup>44</sup>

### V. Conclusión

111. En virtud de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el hof van beroep te Gent (Tribunal de Apelación de Gante, Bélgica) de la siguiente manera:

«El artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que se refiere, a efectos de apreciar el umbral de la pena máxima de al menos tres años previsto en este artículo, a la legislación penal que es aplicable en el Estado miembro emisor al delito o delitos concretos a que se refiere la orden de detención europea.»

<sup>44</sup> Como se ha expuesto en los puntos 45 a 47 de las presentes conclusiones.