



Vías para la creación de un espacio judicial europeo único*

Jean Pradel

*Catedrático de la Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales de Poitiers (Francia).
Presidente de la Asociación Francesa de Derecho Penal*

1. Es de todos conocida la elevada inseguridad que origina el incremento de la criminalidad, en especial de la criminalidad organizada. Europa no se libra de este fenómeno: aumenta en ella el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico de armas, el robo de automóviles, el robo de obras de arte, la corrupción, el fraude, los delitos contra los menores, los delitos contra el medio ambiente... Esta criminalidad media o grave no sólo es nacional sino que incluso traspasa las fronteras. Altera la vida de los ciudadanos e, incluso –al menos la que concierne al fraude comunitario–, la de la propia Comunidad Europea¹.

2. Desde hace algunos decenios, se ha venido desarrollando la idea de una necesaria colaboración entre los Estados europeos para atajar mejor este fenómeno. A tal fin, los Estados deberían estar unidos por un cuerpo de normas penales, incluso procesales, como si formaran un solo Estado. La primera manifestación de esta voluntad la constituyeron los convenios penales de asistencia mutua judicial elaborados en el marco del Consejo de Europa y ratificados después por los Estados miembros. Sin embargo, en el Consejo de Europa se integraron muy rápidamente un gran número de países. Asimismo, en 1977, el presidente

de la República francesa, V. Giscard d'Estaing, sugirió crear unas reglas comunes para los países miembros de la Comunidad, entonces Comunidad Económica Europea, que en ese momento no eran más que nueve; mientras que el Consejo de Europa ya estaba integrado por 19. Al mismo tiempo, el presidente francés acuñó la expresión de "espacio judicial europeo"². En la actualidad, debido al aumento del número de países que se han adherido a la idea de Europa, el Consejo de Europa cuenta con 40 miembros, y la Comunidad, convertida, hoy, en la Unión Europea por el Tratado de Maastricht de 1992, que contiene disposiciones de procedimiento penal, cuenta con 15 miembros. Hay, pues, dos espacios judiciales penales europeos: el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea³. La Europa penal tiene, por tanto, una geometría variable⁴. Resumiendo, junto a la Comunidad regida por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (el de Roma de 1957), está la Unión Europea regida por el Tratado de la Unión Europea (el de Maastricht de 1992); ambos tratados han sido modificados por el Tratado de Amsterdam firmado el 2 de octubre de 1997, no ratificado, todavía hoy, por todos los Estados.

* (Traducción a cargo de la Prof. Dra. Aurelia Richart, Universidad de Castilla-La Mancha)

1. Se han hecho estimaciones para cuantificar el total del fraude a las finanzas de la Comunidad. Se eleva a cifras astronómicas.

2. El primer trabajo sobre el espacio judicial europeo, parece ser de J. CHARPENTIER: *Vers un espace judiciaire européen*, *Annuaire français de droit international*, 1978, p. 927. A partir de ahí, los estudios se han multiplicado. Véase en lo que afecta la doctrina francesa, tres trabajos de R. DE GOUTTES: *Variations sur l'espace judiciaire pénal européen*, Dalloz, 1990, chr. 245; *Vers un espace judiciaire pan-européen*, idem, 154; *De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pan-européen*, *Mélanges Levasseur*, *Gazette du Palais et Litec*, 1992, 3. También de E. CRABIT, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, tesis dactilografiada, Burdeos, 1987, 2 volúmenes.

En nuestra exposición nos ocuparemos tan sólo del espacio judicial penal.

3. Sin contar con la Europa de Schengen: en 1985, cinco Estados (Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos) firmaron un acuerdo en Schengen (Luxemburgo) dirigido a suprimir poco a poco los controles fronterizos para facilitar la libre circulación de personas y de bienes. Acuerdo que fue completado por el Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, incorporándose al club de los 5, Italia, España y Portugal.

4. M. MASSÉ habla de una Europa "de geografía variable" en *La multiplication des conventions internationales*, *Revue de science criminelle*, 1991, pp. 815 y ss., p. 818.

3. Si éste es el panorama jurídico del espacio judicial europeo –o mejor dicho, de los dos espacios judiciales– queda por determinar cómo se puede estructurar para que verdaderamente exista y, más aún, para que sea único. Dos son las principales vías que se brindan a los juristas:

– La *unificación*, que consiste en crear un Código europeo, limitado a regular una serie de infracciones graves, como el fraude y la corrupción comunitaria, y establecer algunos principios procesales, manteniendo cada Estado sus propios códigos penales y de enjuiciamiento criminal. En líneas generales, corresponde al sistema americano, en el que, por un lado, cada Estado tiene su propia legislación, y, por otro, hay una legislación federal que se ocupa de un pequeño número de infracciones graves y que atañe a toda la Federación americana. La idea ha sido acogida en Europa a través del conocido *Corpus Juris* que contiene disposiciones penales para proteger los intereses financieros de la Unión Europea, define un número pequeño de delitos y establece unas reglas de procedimiento, especialmente la creación de un Ministerio Fiscal Europeo⁵. Se ha de señalar, sin embargo, que es un proyecto limitado y no parece que tenga una adhesión masiva debido a las susceptibilidades nacionales, bastante comprensibles. Europa tiene una diversidad, fruto de una larga y agitada historia que no tienen los Estados Unidos de América. La unificación, sin duda, será durante algún tiempo aún un sueño. La unificación, incluso limitada a algunos sectores, “es muy centralizadora y sólo satisfecería los espíritus, la ideología, pero chocaría contra la diversidad de los imperativos sociales nacionales. Los hechos son tercos”⁶.

Por ello, hay que examinar otras vías.

La primera es la *armonización*, una especie de unificación atenuada: los derechos sustantivos y formales de los diversos Estados, aunque no idénticos, son lo suficientemente parecidos para ser compatibles entre ellos. En el ámbito sustantivo y del procedimiento ya hay algunos ejemplos. Así, el Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, identificación, secuestro y confiscación de los beneficios del delito, firmado en Estrasburgo

el 8 de noviembre de 1990, obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa –después de ratificarlo, evidentemente– a que acojan en sus legislaciones la definición de blanqueo de dinero que figura en el artículo 6 y también algunas medidas procesales, en especial en lo relativo a la prueba. El Convenio P.I.F. sobre los intereses financieros de la Comunidad, elaborado en el marco de la Unión Europea, de 26 de julio de 1995, da una definición extremadamente precisa del fraude. Pero el Convenio no ha sido todavía ratificado. La armonización es, no obstante, una vía muy poco utilizada, y de todas formas, no significa una unificación. Y en materia procesal es poco menos que imposible de llevarla a la práctica habida cuenta de la extrema diversidad de los derechos nacionales⁷.

Una segunda vía es la *asimilación*. Desarrollada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en 1989⁸, consiste en que un Estado debe tratar una infracción comunitaria de la misma manera que trata una, de igual naturaleza, cometida dentro de sus fronteras y puramente nacional. Este proceder está actualmente establecido en el artículo 209-A del Tratado de la Comunidad Europea (art. 280 T.C.E. Amsterdam) según el cual “los Estados adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adoptan para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”. Esta vía, simple en apariencia, tiene un efecto engañoso ya que no garantiza la unificación: cada Estado aplica su propio Derecho que no es, precisamente, el mismo que el del vecino. Tan es así, que los autores del Tratado se han visto obligados a añadir un apartado al artículo, 209-A, estableciendo que “sin perjuicio de otras disposiciones del presente tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones con miras a proteger los intereses financieros de la Comunidad frente al fraude. Para ello, organizarán, con ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y continua entre los servicios competentes de sus administraciones”.

Este precepto sugiere precisamente una tercera vía: la de *colaboración* o cooperación, limitada, esencialmente, al procedimiento. En este momen-

5. Este documento es el resultado del esfuerzo de un grupo de trabajo seleccionado por M. FRANCESCO DE ANGELIS. Ha sido publicado en edición bilingüe –inglés y francés– con el título de *Corpus Juris* bajo la dirección de M. DELMAS-MARTY, Económica, París, 1997.

6. P.H. BOUE, *La politique criminelle européenne: fusion ou confusion. L'oeuvre méconnue mais essentielle du conseil de l'Europe*, Cahiers de défense sociale, 1990-1991, p. 195.

7. ¿Hay que recordar la división de Europa entre un sistema romano-germánico (con muchos subsistemas) y un sistema de *common law*? Lo más que se puede hacer es que cada Estado adopte los grandes principios directivos, como los formulados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

8. T.J.C.E., 21 de septiembre 1989, asunto del maíz yugoslavo, 68/88.

to, el espacio judicial europeo está prácticamente constituido sólo por normas sobre la cooperación, ya se trate de las normas clásicas, elaboradas por el Consejo de Europa, o de las normas más recientes, elaboradas por la Unión Europea. Aun sin llegar todavía a la unificación, la Unión Europea está más cerca de ella que el Consejo de Europa.

I. El Consejo de Europa, creador de un espacio judicial poco unificado

El Consejo de Europa, desde 1957, ha elaborado un gran número de convenios⁹ que debemos examinar antes de pasar a analizar el interés que pueden tener respecto al concepto del espacio judicial europeo.

a) Examen de los convenios

Seré bastante breve dado que el tema es muy conocido. Conviene, sin embargo, recordar su existencia e intentar una clasificación de los mismos.

Tendremos en cuenta sólo los Convenios más importantes –aquellos que afectan, no a un delito determinado¹⁰, sino a un amplio número de infracciones– recordando, de entrada, que los dos textos fundamentales –y de mayor aplicación– son, con toda probabilidad, los que históricamente fueron los dos primeros: el Convenio Europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957, y el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959. Una vez dicho esto, y tratándose de grandes Convenios, podemos hacer una clasificación atendiendo al criterio de delegación de competencias¹¹. En efecto, algunos Convenios establecen una delegación de competencias, una especie de dejación de soberanía, y otros no.

1) En primer lugar, hay convenios de *asistencia primaria*, en los cuales, el Estado requirente renuncia definitiva y voluntariamente a su poder soberano de juzgar en favor del Estado requerido (que lo acepta). En definitiva, el Estado requirente delega su competencia en favor del Estado requerido que la adquiere. Es evidente que resulta afectada la soberanía.

Dentro de ellos, se pueden citar los Convenios relativos al traslado de diligencias, ya se trate de la denuncia de un Estado para que otro Estado inicie las diligencias (Convenio de asistencia judicial de 1959, art. 21), o se trate del traslado de diligencias ya iniciadas (Convenio sobre el traslado de procedimientos penales de 1972). Hay que añadir, como complemento lógico de estos Convenios, algunos instrumentos que consagran el principio *ne bis in idem*: junto al Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos (art. 14-7), el principio se recoge en el Protocolo n.º 7 adicional al Convenio Europeo de los derechos del hombre (art. 8), en el Convenio Europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales de 1970 (art. 53 y ss.) y en el Convenio Europeo sobre transmisión de procesos penales de 1972 (art. 35-1)¹².

Se puede mencionar, también, dentro de la ayuda primaria, los convenios sobre las transferencias de ejecución de condenas, como son: el Convenio Europeo sobre vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional, de 1964, y el Convenio Europeo sobre el traslado de personas condenadas, de 1983.

2) En segundo lugar, el Derecho Penal Europeo conoce una *asistencia secundaria* consistente en que el Estado requirente, sin renunciar a su soberanía, solicita a otro Estado –Estado requerido– ayuda para poder cumplir eficazmente su misión represiva. Los Convenios de esta segunda categoría son más numerosos que los de la primera.

Dentro de esta asistencia secundaria destaca la materia de extradición, hasta tal extremo, que se la conoce como asistencia mayor. Es el objeto del Tratado Europeo de extradición de 1957, completado en el marco del Consejo de Europa¹³ por dos Protocolos adicionales, uno del 15 de octubre de 1975 y otro del 17 de marzo de 1978. Hay que añadir también el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977. Este instrumento, en realidad, no es un Convenio de extradición porque no obliga a la asistencia mutua, sino que la presupone y simplemente precisa que los actos terroristas dan lugar a la extradición obligatoria no pudiendo, por su naturaleza, ser calificados como delitos políticos.

9. Véase: *Copertion internationale en matière pénale, conventions du Conseil de l'Europe*, ediciones del Consejo de Europa, 1997.

10. Como el Convenio sobre blanqueo de los beneficios del delito de 1990, antes citado.

11. Sobre este concepto, v. F. ALT-MAES, *La délégation de compétence dans les Conventions européennes*, Mélanges Levasseur, 1992, pp. 373 y ss., especialmente p. 376.

12. Añadimos, aunque en un marco más pequeño que el del Consejo de Europa, el Convenio de Schengen de 1990 (arts. 54 a 58).

13. Hay también un complemento derivado del Tratado de la Unión Europea de Maastricht, de 1992. En aplicación del T.U.E. se han firmado dos Convenios, uno el 10 de marzo de 1995 y otro el 27 de septiembre de 1996, véase infra 2.ª parte.

La asistencia secundaria se rige además por un cierto número de instrumentos que constituyen la denominada *asistencia menor*¹⁴. Es una asistencia judicial, objeto del importante Convenio Europeo de asistencia judicial de 1959, en el que se establece el régimen de las comisiones rogatorias, el envío de actuaciones procesales (citaciones, certificados de antecedentes penales) y las declaraciones. Mencionaremos también el Convenio Europeo sobre el valor de las sentencias penales de 1970.

Éstas son las piezas esenciales para la asistencia en el Derecho Penal Europeo del Consejo de Europa. El conjunto es impresionante. Pero ¿qué interés tiene respecto a la idea de un espacio judicial único?

b) Interés de los Convenios

No sería justo poner en duda las aportaciones hechas por estos Convenios. Han permitido el nacimiento del Derecho Penal Europeo y gracias a ellos se ha podido evidenciar la noción de un cierto espacio judicial porque su voluntad es que se apliquen por todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Constituyen un instrumento absolutamente indispensable de lucha contra la criminalidad.

Sin embargo, este conjunto convencional sólo permite conseguir el objetivo de un espacio único de forma muy incompleta y por varias razones.

1) Se observa, primeramente, que todos estos instrumentos forman un conjunto muy complejo, incluso farragoso: los Convenios son muy numerosos y muchos han sido además completados por Protocolos. Ciertamente es que se ha intentado reagruparlos en un texto único, idea que ha sido retomada en diversas ocasiones. Así, en mayo de 1984, por iniciativa de los Srs. E. Müller-Rappard y Ch. Bassiouni se celebraron unas reuniones de expertos en el Instituto Superior Internacional de Ciencias Penales de Siracusa (Italia). Surgió de ellas un Proyecto de Código *a droit constant* que incluso se

aprobó en la 15.^a Conferencia de Ministros de Justicia europeos celebrada en Oslo en junio de 1986. Pero el Proyecto no tuvo continuación, sin duda a causa de la incesante evolución de la materia.

Hay que admitir, sin embargo que la presentación material del conjunto convencional no es un freno considerable para la creación de un espacio unificado.

2) Es de mayor importancia señalar que el conjunto convencional del Consejo de Europa se aplica a 40 Estados, por lo que todos los Convenios establecen la posibilidad de que éstos puedan hacer **reservas y declaraciones** a los mismos. Si examinamos el estado de las firmas y de las ratificaciones al 23 de junio de 1997¹⁵ comprobaremos que los Estados utilizan con exceso esta doble facultad¹⁶. No tiene sentido distinguir entre Estados que hacen uso de ellas con mucha frecuencia y aquellos que las utilizan menos. Basta decir y subrayar que en general hay demasiados límites para la aplicación de los Convenios. Y, aunque estos límites sean legítimos por ser conformes a la idea de soberanía, atentan contra el deseo de conseguir un espacio europeo único. Es más, supongo que todos los Convenios han sido ratificados cuando nadie ignora que la ratificación a veces tarda mucho en producirse¹⁷ e, incluso, algunas veces no se llega a producir¹⁸.

3) Un último obstáculo para la creación de un espacio europeo único con los instrumentos elaborados por el Consejo de Europa es el que proviene de su aplicación. Aun admitiendo que los Estados hayan ratificado el Convenio, incluso sin reservas o declaraciones, su ejecución es a menudo lenta. El fenómeno es particularmente claro en lo referente a las comisiones rogatorias internacionales, cuya ejecución se alarga durante meses, incluso años, debido a la pasividad de las autoridades del Estado requerido o, al contrario, debido a las vías de recursos permitidas y establecidas en su legislación¹⁹.

14. El adjetivo "menor" no significa que los convenios calificados de menores no tengan importancia, significa únicamente que son menos importantes que los instrumentos relativos a la extradición. La asistencia "menor" es denominada también "pequeña asistencia".

15. Esta situación se encuentra recogida al final de la obra citada: *Coopération internationale en matière pénale*, p. 269 y ss.

16. Francia ha hecho diez reservas al Convenio Europeo de extradición de 1957.

17. Por ejemplo, Francia ha tardado diez años en ratificar el Convenio Europeo para la represión del terrorismo; véase R. KOERING-JOUIN y H. LABAYLE, *Dix ans après... De la signature (1977) à la ratification (1987) de la Convention européenne pour la répression du terrorisme*, La Semaine Juridique (J.C.P.), 1988-I, 3349. El Convenio Europeo de asistencia judicial firmado en 1959 fue ratificado por Irlanda en 1996 y está en vigor en ese país solamente desde el 26 de febrero de 1997. Podríamos multiplicar los ejemplos.

18. En este momento, el Convenio Europeo sobre transmisión de sentencias penales sólo ha sido ratificado por 12 de los 40 Estados.

19. Un buen ejemplo lo proporciona el procedimiento penal de los cantones suizos: v. gr., en Ginebra, las resoluciones de los jueces de instrucción que reciben una comisión rogatoria extranjera pueden ser deferidas: B. STRÄULI, *Territorialidad de la investigación penal y garantía de una actividad irreproachable. A propos d'une ordonnance de la chambre d'accusation de Genève*, en *Journées 1995 de droit bancaire et financier*, Vol. II, 1995, pp. 123 y ss., Staempfli (Bern).

Estas dos últimas razones explican que los instrumentos convencionales del Consejo de Europa se vean completados y modificados por los acuerdos concertados dentro de la Unión Europea cuyo derecho está integrado por los Estados que no son más que 15²⁰. Es posible, con ello, conseguir un fortalecimiento del espacio europeo, un espacio más unificado.

II. La Unión Europea, creadora de un espacio judicial más unificado

Sabemos que al Tratado de Roma (1957) que creó la Comunidad (T.C.E.) le siguió el Tratado de Maastricht (1992) que creó la Unión Europea (T.U.E.). Y ambos tratados han sido a su vez modificados por el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997. Aunque todavía no está en vigor, el Tratado de Amsterdam es el derecho del futuro. Lo tendré, pues, en cuenta, para razonar las consideraciones que siguen. Las disposiciones esenciales que conciernen al espacio judicial europeo se encuentran principalmente en el futuro T.U.E. y subsidiariamente en el futuro T.C.E.

En el primero, el Título VI, que tiene como epígrafe: "Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal" (arts. 29 a 42) recoge de forma perceptible el Título VI, titulado casi idénticamente del T.U.E. de Maastricht (arts. K-1 a K-9). En el segundo, el Título IV sobre los visados y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, se refiere especialmente "a las medidas de cooperación policial y judicial en materia penal".

Consagradas las fuentes formales, el Tratado de Amsterdam permite consolidar la idea de un espacio judicial europeo único; 1.º) porque sólo concierne a 15 Estados entre los cuales un entendimiento será más fácil; 2.º) porque, aunque no habla de un espacio judicial europeo único, lo hace, al menos, de un "espacio de libertad, seguridad y justicia" (art. 29 T.U.E. de Amsterdam y 61 *in limine* T.C.E. de Amsterdam); 3.º) porque acondiciona las instituciones en el sentido de progreso de la idea de espacio único, modificando lo que podemos llamar el Derecho común de la coopera-

ción y creando incluso un fortalecimiento de la cooperación²¹.

a) El Derecho común de la cooperación

Aparecen dos condiciones para la unificación europea.

1) La primera es, en cierto sentido, **ideológica**. El artículo 6 del futuro T.U.E. (art. F del T.U.E. actual) establece que "la Unión está edificada sobre los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como sobre el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros", y añade una referencia explícita al Convenio Europeo de los derechos del hombre firmado en Roma en 1950.

Ciertamente, la integración de los derechos humanos en el Derecho europeo en general (y penal en particular) no es una novedad; primero, porque desde hace ya tiempo fue confirmada por el Tribunal de Justicia en los asuntos *International Handelsgesellschaft* (17 de diciembre de 1970) y *Rutili* (28 de octubre de 1975); segundo, porque el futuro artículo 6 que acabamos de mencionar es una transcripción del artículo F del T.U.E. actual. Es cierto, tenemos que añadir que el principio del respeto a los derechos humanos permite una armonización, pero no garantiza la existencia de un espacio único, ni siquiera para el procedimiento penal.

Sin embargo, el T.U.E. futuro recoge una novedad en el sentido de lograr un espacio más unificado: el artículo 7 establece que en caso de "violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los principios establecidos en el artículo 6 ...", el Consejo por mayoría podrá imponer algunas sanciones. Sanciones que pueden consistir en la suspensión de ciertos derechos previstos en el futuro T.U.E. (art. 7 pfo. 2), incluido el derecho al voto (art. 309, T.C.E. del futuro)²².

2) La segunda, de gran importancia también, comprende las **disposiciones técnicas**. En este sentido, el Tratado de Amsterdam introduce algunas modificaciones con espíritu unificador en los nuevos T.C.E. y T.U.E.

20. R. KOERING-JOULIN, "L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne", en *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, bajo la dirección de M. DEUMAS-MARTY, Economica, 1993, p. 169.

21. H. LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 1; del mismo autor, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, en el Tratado de Amsterdam, *Dalloz* 1998, p. 105; También y en especial, G. SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, *Revue de science criminelle*, 1998, p. 237.

22. Algunos autores dudan de la eficacia de estas sanciones que, según ellos, no se aplicarán nunca, véase G. SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, citado p. 247.

1. En el ámbito del nuevo T.C.E. la más importante es la "comunitarización" de un cierto número de temas que dependen todavía hoy del Tratado de Maastricht, dentro del "tercer pilar". Se recordará que la "comunitarización" consiste esencialmente en que las decisiones del Consejo (formado por un representante de cada Estado miembro) ya no se toman por unanimidad, sino por mayoría a propuesta de la Comisión (art. 148 del T.C.E. de Roma, 205 del T.C.E. de Amsterdam). El nuevo T.C.E. contiene un Título IV con el epígrafe "Visados, asilo, inmigración y demás políticas vinculadas a la libre circulación de personas", cuyo primer artículo (art. 61) establece que el Consejo "fije" particularmente... algunas medidas en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, buscando un alto nivel de seguridad, para la prevención y lucha contra la criminalidad en el seno de la Unión, de acuerdo con las disposiciones del Tratado de la Unión Europea". Sin embargo, si la "comunitarización", imponiendo la regla de la mayoría, quiere eliminar la resistencia de los Estados minoritarios hostiles y favorecer la unificación, los redactores del Tratado de Amsterdam no han llevado esta lógica hasta sus últimas consecuencias, ya que se han acuartelado entre una voluntad unificadora y un deseo de respetar en parte las soberanías. Ha prevalecido, pues, un sistema de "comunitarización" imperfecto, por varios motivos:

- En primer lugar, el artículo 64 del T.C.E. futuro determina que no es cuestión de "atentar contra el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros para el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior".

- En segundo lugar, la "comunitarización" es progresiva. Durante un período transitorio de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo resuelve por unanimidad (art. 67 pfo. 1 T.C.E. futuro). Pero una vez finalizado el período transitorio de cinco años, la "comunitarización" no es automática, sino que el Consejo, por unanimidad y a petición del Parlamento, toma la decisión de poder aplicar el procedimiento aludido en el artículo 251 "a todos los ámbitos acogidos en el presente título o algunos de ellos" (art. 67, pfo. 2 ap. 2, el Consejo resuelve por mayoría), lo cual incluye o puede incluir las medidas de cooperación policial y judicial en materia penal, pero sólo bajo ciertas condiciones.

- Y en tercer lugar, se observa, en efecto, que la "comunitarización" afecta a la cooperación en materia penal sólo para la criminalidad muy grave, concretamente, el artículo 61-a del T.C.E. de Amsterdam remite al artículo 31-e del T.U.E. -que trata de la criminalidad organizada, terrorismo y tráfico ilegal de drogas-, establece que deben ser aprobadas de forma progresiva algunas reglas mínimas sobre los elementos constitutivos de esos delitos y sus sanciones. Así, la regla de la mayoría del Consejo o "comunitarización" sólo puede afectar a estos elementos del Derecho Penal general y únicamente a estos tres tipos de infracciones. Hay que añadir la cooperación policial y judicial (art. 61-e T.C.E. Amsterdam). Para lo demás, se mantiene la cooperación clásica, tal como está recogida en el T.U.E.

2. En el marco del nuevo T. U. E., el ámbito jurídico y técnico de la cooperación está claramente establecido, al igual que los procedimientos para facilitarla (Título VI del nuevo T.U.E., que reproduce y amplía el Título VI del T.U.E. de Maastricht). Punto importante es que se mantiene la unanimidad²³.

- En lo que afecta al ámbito jurídico de la cooperación se introduce una ampliación. Mientras que en el T.U.E. de Maastricht, dentro de la cooperación policial, se contemplaba únicamente lo relativo al fraude internacional, al terrorismo, al tráfico de drogas y "otras formas de criminalidad internacional grave", (art. K-1 9), y no preveía limitación material alguna, dentro de la cooperación judicial en materia penal (art. K-1 7), en el T.U.E. de Amsterdam se da un paso más: sin hacer una distinción entre cooperación policial y judicial, el artículo 29 apartado 2 establece que el objetivo de la Unión Europea, que es brindar a los ciudadanos un nivel elevado de seguridad, "se consigue mediante la prevención y la lucha contra la criminalidad organizada o no", particularmente el terrorismo, la trata de personas, los crímenes contra los menores, el tráfico ilegal de drogas, el tráfico de armas y la corrupción, gracias a una cooperación. En definitiva, el ámbito de esta cooperación se ha ampliado enormemente por haber introducido la expresión "criminalidad organizada o no, así como el término "particularmente" y haber ampliado el catálogo de infracciones (ha añadido la trata de personas, los delitos contra menores y la corrupción).

23. Lo que tienen como consecuencia que no se lleguen más que a soluciones mínimas, G. DEMANET, *Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale*, Revue de droit penal et de criminologie, Bruselas, 1997, p. 828.

– En cuanto al ámbito técnico de la cooperación, el T.U.E. de Amsterdam sí hace la distinción entre la cooperación policial y judicial. El artículo 30 (ex. art. K-2 T.U.E. de Maastricht), relativo a la cooperación policial, establece un gran número de acciones policiales, como la cooperación en operaciones, la centralización de informaciones, cambios de comisarios de enlace, etc... El artículo 31 (ex. art. K-3 T.U.E. de Maastricht), relativo a la cooperación judicial, enumera, por ejemplo, la facilitación de la extradición, la prevención de los conflictos de competencia entre los Estados y, lo que parece aún más revelador de las intenciones de los redactores de este artículo, la actuación respecto a "[...] c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros" y e) "la adopción progresiva de medidas que establezcan algunas reglas mínimas relativas a los elementos constitutivos de las infracciones penales y a las sanciones aplicables a la criminalidad organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas"²⁴. El punto e), en verdad, es muy importante porque manifiesta un deseo, si no propiamente de unificación, sí al menos de armonización entre los derechos penales sustantivos y no sólo del procedimiento. En efecto, ambos deben ir a la par, ya que difícilmente se pueden armonizar los procedimientos sin armonizar el Derecho Penal sustantivo. Sin embargo, señalaremos que, al contrario de lo que se establece para el procedimiento, la armonización del Derecho sustantivo está limitada para las infracciones más graves, infracciones que atentan contra sectores amplios de población y sin consideración de fronteras. El artículo 31-a T.U.E. de Amsterdam habla, en efecto, de "criminalidad organizada". Pero como la noción es más criminológica que jurídica, el texto hace referencia expresa al terrorismo y al tráfico de drogas, lo que parece indicar que estos hechos no forman parte de la criminalidad organizada, cuando es notorio que el tráfico de drogas forma parte de ella y que muchos autores opinan lo mismo respecto del terrorismo²⁵. Sea como sea, con la aportación del artí-

culo 31-e del T.U.E. de Amsterdam, podríamos encaminarnos hacia una especie de Código Penal europeo, limitado a la criminalidad grave y a los grandes principios generales (la responsabilidad de las personas jurídicas, la culpabilidad, el error, la privación de libertad, etc.)²⁶. Más concretamente, podríamos concebir un modelo de Código Penal europeo, compuesto de dos partes: una (casi federal) que estableciera algunas infracciones graves (fraude, corrupción, terrorismo) y otra, que recogiera los grandes principios desde una perspectiva general, lo que dejaría a los Estados un margen de maniobra. Es cierto que ya los recientes códigos penales tienden a aproximarse²⁷.

– En cuanto a los procedimientos que permiten la cooperación, el artículo 34 del T.U.E. de Amsterdam (ex. art. K-6 T.U.E. de Maastricht) enumera los actos que el Consejo puede resolver por unanimidad. Son los siguientes²⁸: **disposiciones comunes**, que son declaraciones generales, sin carácter vinculante; **"resoluciones-marco"**, "para conseguir una aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros", que vinculan a los Estados en cuanto al resultado que se deba conseguir, pero les deja la "competencia en lo que se refiere a la forma y a los medios", lo que recuerda a las directivas e implica un acto de transposición en los derechos internos, señalando, no obstante, que las resoluciones-marco no tienen efecto directo, lo que significa que los particulares no pueden invocarlas; **resoluciones** que tampoco tienen efecto directo y que son tomadas para otros ámbitos; finalmente, los **convenios**, que deben ser ratificados por los Estados, en el plazo fijado por el Consejo²⁹. Dado que la Unión Europea

mandato del T.U.E. de Maastricht y como estos convenios no han entrado todavía en vigor por no haberse producido todas las ratificaciones, el artículo 34 pfo. 2-d T.U.E. de Amsterdam, establece que "estos convenios, una vez que han sido adoptadas por al menos la mitad de los Estados miembros, entrarán en vigor en aquellos Estados que

24. Esta disposición se recogía en el artículo 29 *in fine* del T.U.E. de Amsterdam, el cual recuerda que el objetivo de la Unión se consigue por ejemplo con el "acercamiento, en cuanto es necesario, de las normas penales de los Estados miembros conforme al artículo 31 punto 2".

25. Véase los coloquios preparatorios al congreso internacional de *droit penal* de la AIDP, organizados en 1997 y 1998 sobre criminalidad organizada, donde se era del parecer de excluir el terrorismo pero no el tráfico ilegal de drogas, que es considerado el mejor ejemplo de crimen organizado, R.I.D.P., 1996, volumen 67 sobre la preparación del congreso, p. 530.

26. V. incluso antes de que se hablara del Tratado de Amsterdam, A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, *Ostacoli e prospettive*, Anales de la Universidad de Ferrara, nueva serie, 1996; del mismo autor, *Vers une européanisation du droit pénal des affaires. Limites et perspectives d'un ius commune criminale*, Rev. dr. pénal et criminologie (Bruselas), 1997, p. 405; véase también A. CADOPPI, *Towards an european criminal code?* European Journal of Crime, Criminal law and criminal justice, 1996, p. 2.

27. F. PALAZZO, *L'avenir de la codification pénale en Europe*, Les cahiers de la sécurité intérieure, 1984, p. 91.

28. Hay, pues, un mantenimiento de la cooperación intergubernamental.

29. G. SOULIER, op. cit., p. 253.

los hayan adoptado. Es una forma de fortalecer el espacio único pese al bloqueo de algunos Estados, no imponiéndoles, sin embargo, el convenio. Se gana así en eficacia pero se pierde en homogeneidad³⁰.

Todavía en el ámbito del procedimiento, hay que mencionar el papel del Tribunal competente "para decidir a título prejudicial sobre la validez y la interpretación de las resoluciones-marco y de las resoluciones; sobre la interpretación de los convenios (...) y también sobre la validez e interpretación de las medidas de aplicación" (art. 35 T.U.E. de Amsterdam). No obstante, únicamente pueden acudir a él los Estados y la Comisión. Esta posibilidad puede favorecer la unificación del espacio europeo, ya que los Estados con respecto a un acto pueden apelar al juez de Luxemburgo.

De lo expuesto, resulta que en virtud del T.U.E. de Amsterdam la idea de un espacio europeo único progresa en su conjunto, aunque con respeto a las soberanías. Pero los redactores del Tratado de Amsterdam han querido ir aún más lejos creando, con algunas condiciones, un fortalecimiento de la cooperación.

b) Fortalecimiento de la cooperación

La noción de cooperación reforzada, surgida por iniciativa franco-alemana, significa que los Estados miembros pueden comprometerse en acciones comunes (que son las acciones clásicas del artículo 34 del T.U.E. de Amsterdam) a pesar del rechazo de algunos Estados miembros. Este proceder es a la vez favorable y desfavorable a la idea del espacio único; favorable, en cuanto los Estados miembros se ponen de acuerdo sobre algunos puntos; desfavorable, en cuanto que la unificación sólo afectará a los Estados miembros que estén de acuerdo, lo cual conduce a un espacio único limitado.

La cooperación reforzada es objeto de dos clases de disposiciones: unas generales, contenidas en los artículos 43 a 45 del T.U.E. de Amsterdam, y otras particulares, en cada uno de los dos tratados (art. 40 T.U.E. y 11 T.E.). A partir de ahí, se pueden hacer dos clases de observaciones:

1) Las condiciones de la cooperación reforzada son estrictas. Son idénticas a las del artículo 43 del T.U.E. y la más importante es, sin duda, que esta cooperación se utilice sólo como último recurso, cuando los objetivos de los tratados mencionados no puedan lograrse con los procedimientos pertinentes que estos prevén. Es necesari-

rio, así, que la cooperación "interese, al menos, a una mayoría de los Estados miembros", ya que la mayoría puede quebrar la oposición de la minoría. Por otra parte, esta cooperación es tan estrictamente aceptada que Estados miembros, en principio hostiles, pueden, después de reflexionarlo, unirse a la mayoría (art. 43 par. 1-g de T.U.E. Amsterdam; art. 40 pfo. 3 del T.U.E. de Amsterdam y 11 pfo. 3 del T.C.E. Amsterdam); además, los Estados miembros hostiles pueden en todo caso participar en las deliberaciones del Consejo (art. 44 pfo. 1 del T.U.E. de Amsterdam).

La cooperación reforzada concierne innegablemente a la cooperación policial y judicial penal; en efecto, el artículo 40 del T.U.E. de Amsterdam se encuentra en el Título VI del tratado que es el relativo a este tipo de cooperación; además, el artículo 11 del T.C.E. de Amsterdam, establece el principio de esta cooperación con carácter general bajo reserva de algunas excepciones, v. gr. las políticas de la Comunidad o de la ciudadanía, no figurando en el texto la cooperación penal.

2) El mecanismo de la cooperación reforzada está recogido en los dos tratados. Resumiremos el tema señalando que los Estados miembros que se propongan establecer entre ellos una cooperación de este tipo deben pedir autorización, autorización que concederá el Consejo por mayoría cualificada. La diferencia entre los dos Tratados es que en el T.U.E. de Amsterdam la autorización es acordada "a petición de los Estados miembros interesados", y después de pedir a la Comisión su opinión. Petición que es transmitida también al Parlamento Europeo (art. 40 pfo. 2); por el contrario, en el T.C.E. de Amsterdam, la autorización se concede "a propuesta de la Comisión y tras consulta al Parlamento Europeo" (art. 11 pfo. 2).

¿Qué puede hacer un Estado miembro para oponerse a la concesión de la autorización del Consejo? La respuesta es idéntica en los dos tratados: cuando un Estado miembro manifiesta que pretende oponerse "por importantes razones de política nacional y las enuncia", no se procede al voto y el Consejo puede entonces pedir que el Consejo de Europa o el Consejo de Jefes de Estado o de Gobierno sea oído con vistas a una decisión unánime (art. 40 pfo. 2 *in fine* del T.U.E. y 11 pfo. 2 *in fine* del T.C.E.). En definitiva, un Estado miembro puede bloquear la puesta en marcha de la cooperación reforzada pero solamente aludiendo a importantes razones políticas y manifestán-

30. G. SOULIER, op. cit., p. 253.

dolas en el momento. Pero ¿a quién le corresponde apreciar la índole de estas razones? Parece ser que el Consejo no tiene que emitir ningún juicio sobre ello, limitándose, si tiene una mayoría cualificada, a apelar al Consejo Europeo (según el T.U.E) o al Consejo de Jefes de Estado o de Gobierno (según el T.C.E.). Hay que tener también presente que al Tribunal de Justicia le corresponde interpretar el concepto de "política nacional importante" (art. 35 pfo. 1 y 40 pfo. 4 combinados del T.U.E. de Amsterdam; art. 220 del T.C.E. de Amsterdam).

Conclusión que podemos establecer de lo expuesto es que la idea de un espacio judicial europeo único es, ciertamente, más nítida en el Derecho de la Unión Europea que en el del Consejo de Europa que comprende un gran (¿demasiado?) número de países. Pero, incluso en el seno de la

Unión Europea, que posee un sistema extremadamente complejo, se manifiesta como una tendencia a la unificación –sobre todo a nivel de procedimiento– y no como una unificación plena. El acento está puesto, en la cooperación, termino repetido con frecuencia en el T.C.E y en el T.U.E. Ahora bien, la cooperación, tal como está concebida, deja a cada Estado miembro una parte de libertad: por un lado, los convenios deben ser ratificados, las resoluciones-marco deben ser incorporadas a las propias legislaciones de los Estados miembros; y, por otro lado, un Estado puede en ocasiones ejercer un verdadero derecho de veto a una petición de cooperación reforzada y a la "comunitarización". Conseguir un espacio penal europeo único llevará todavía tiempo, ante la necesidad de conciliar la idea de Europa con la soberanía de los Estados miembros. ●