



La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea

Prof. Dr. John A.E. Vervaele

Catedrático de Derecho Penal Económico y Financiero. Facultad de Derecho, Utrecht, Holanda. Catedrático en el Colegio de Europa de Brujas, Bélgica

Traducción **Isidoro Blanco Cordero**

Prof. Titular de Derecho Penal Universidad de Vigo

SUMARIO: I. Introducción. II. La CE y la europeización de la aplicación en los Estados miembros. 1. El efecto regulador de la jurisprudencia sobre la aplicación en los Estados miembros. 2. Regulación legislativa de la aplicación en los Estados miembros. 3. La regulación de la cooperación nacional y del intercambio de información. 4. Las competencias operativas de aplicación de la Comisión Europea. III. La UE y la europeización del Derecho penal. 1. Europeización del Derecho penal de acuerdo con el Tratado de Maastricht. 2. Europeización de acuerdo con el Tratado de Amsterdam. IV. Valoración y mirada hacia adelante.

I. Introducción

Desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht¹ y el trazado de la política europea en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (JAI), JAI se ha convertido en una de las principales áreas legislativas de la Unión Europea (UE). Ahora nos encontramos de nuevo en el umbral de una importante hazaña histórica. En junio de 2003 la Convención Europea alcanzó un acuerdo relativo a un proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa². El empleo del término 'Constitución' en el futuro Tratado de la UE no es algo simplemente cosmético. La Convención Europea se ha dado cuenta de que la integración de la UE debe fijarse en un tratado que regule los derechos y deberes de los ciudadanos, no simplemente con respecto a la ciudadanía europea, sino también con respecto, por ejemplo, a la Justicia. En lo concerniente a JAI, se reconoce que la armonización del Derecho penal y procesal penal y de la cooperación transnacional no puede

excluir la armonización de los principios del proceso debido y del juicio justo.

Pese a la importante europeización del Derecho penal, muchos penalistas defienden como nunca antes los éxitos y especificidades de su Derecho penal nacional. Las iniciativas de la UE se valoran desde la perspectiva de la agenda nacional y los éxitos nacionales. Estamos aún demasiado lejos de una política penal europea que sea europea y a la vez disfrute de apoyo nacional. La cuestión nuclear no es por lo tanto cómo mantener nuestro Derecho penal (y procesal penal) libre de influencias europeas, sino más bien cómo asegurar un proceso democrático de toma de decisiones, la calidad del Estado constitucional y las garantías del Derecho penal en un modelo de administración nacional de justicia, que tiene que operar crecientemente de forma interactiva en el contexto europeo e internacional.

En esta contribución se perfilan y se analizan los contornos de la europeización del Derecho pe-

1. 1 de noviembre de 1993.

2. <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=NL&Content=>

nal. En primer lugar se presta atención a la Comunidad Europea (CE) y en segundo a JAI. A continuación se lleva a cabo una evaluación y una mirada hacia adelante en la actual Conferencia Intergubernamental (CIG).

II. La CE y la europeización de la aplicación en los Estados miembros

Por razones que en breve van a quedar claras, la expresión empleada en la CE no es la de europeización del Derecho penal, sino la de europeización del Derecho nacional de aplicación³ (*national enforcement law*)⁴. La influencia del Derecho de la CE se ejerce tanto mediante el efecto regulador de la jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios (Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia), como mediante la legislación (tratado, directivas y reglamentos). Además de la regulación y armonización del Derecho nacional de aplicación, también se puede señalar que gana importancia en la CE la aplicación operativa europea.

1. El efecto regulador de la jurisprudencia sobre la aplicación en los Estados miembros

La competencia para aplicar el Derecho Comunitario pertenece en principio a los Estados miembros. Esto no quiere decir, sin embargo, que los Estados miembros puedan ejercer esta competencia, incluida la materia del Derecho penal, con completa libertad. Ya en la década de los años 1980 el Tribunal de Justicia creó un deber comunitario de aplicación, basado en la cooperación leal comunitaria tal y como se formula en el artículo 10 del Tratado CE. Aunque los Estados miembros mantienen su discrecionalidad en cuanto al uso de sus regímenes de aplicación nacionales (Derecho privado, Derecho disciplinario, Derecho administrativo, Derecho penal), esta libertad es adicionalmente definida por el Tribunal conforme al resultado perseguido. Los Estados miembros están obligados a disponer de un régi-

men de aplicación que sea efectivo, proporcionado y disuasorio en su naturaleza. Además no se les permite que distingan entre intereses nacionales y europeos equivalentes (principio de asimilación). Si un Estado miembro castiga penalmente el fraude tributario, debe hacer lo mismo respecto del fraude aduanero comunitario⁵. Que estos requisitos también se emplean en relación con la aplicación (*enforcement*), incluida la aplicación del Derecho penal, ha sido recientemente confirmado por el Tribunal en el asunto español de las fresas. Cuando los enojados granjeros franceses tomaron medidas de forma persistente contra la fruta transportada desde España, los policías franceses informaron de los incidentes, pero fueron sistemáticamente archivados por el Fiscal. La Comisión Europea llevó el caso ante el Tribunal de Justicia contra Francia por incumplir con las obligaciones del tratado y el Tribunal se manifestó a favor de la Comisión. La cooperación leal comunitaria y la garantía del libre movimiento de mercancías no obliga a un Estado miembro a usar el principio de legalidad en lugar del principio de oportunidad en la aplicación del Derecho Comunitario, pero cuando usa el principio de oportunidad el Estado miembro debe tener en cuenta también los intereses Comunitarios⁶.

2. Regulación legislativa de la aplicación en los Estados miembros

Desde la década de 1980 el legislador comunitario ha armonizado sustancialmente la aplicación nacional mediante la definición de estándares normativos (prohibiciones, mandatos, deberes de cuidado) y mediante la imposición de obligaciones con respecto a los controles y las sanciones⁷. Los reglamentos y las directivas comunitarias relativas a la agricultura, la pesca, el ambiente, los mercados financieros, el blanqueo de capitales, etc. contienen diversos ejemplos de ello⁸. La armonización comunitaria de la aplicación nacional no incluye aún la armonización del Derecho penal y procesal penal, por lo menos, no directamente.

3. Ver C. HARDING & B. SWART (eds.), *Enforcing European Community Rules*, Aldershot, Dartmouth, 1996 y G. DANNECKER, "Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft", en A. Eser/B. Huber (eds.) *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 4.3, Freiburg im Breisgau, Eigenverlag MPI, 1995.

4. El cual incluye todas las normas nacionales de control y sanción.

5. Asunto 68/88, Comisión / Grecia, [1989] Rec. 2965. J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community. The Need for European Fraud Legislation*, Deventer-Boston, Kluwer, 1992.

6. Asunto C-265/95, Comisión / France, [1995] ECR I-6959.

7. J.A.E. VERVAELE, "Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?", en J.A.E. VERVAELE (eds.), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer-Boston, Kluwer, 1994, pp. 161-202.

8. Ver Reglamento n.º 2988/1995, (1995) DO L312.

Después de todo, en principio es nacional la elección del sistema de aplicación a utilizar (Derecho civil, Derecho disciplinario, Derecho administrativo, Derecho penal o una combinación de ellos) para dar efecto al Derecho comunitario. Sin embargo, los principios comunitarios de aplicación, como la disuasión y la eficacia, y las disposiciones de armonización⁹ en la legislación comunitaria pueden obligar indirectamente al legislador nacional a hacer uso de instrumentos de aplicación de naturaleza punitiva. Desde el momento en que un Estado miembro opta por ejecutar un área de la política comunitaria (quizás parcialmente) mediante el Derecho penal, el Derecho comunitario tiene pleno efecto en Derecho penal. El Derecho penal nacional debe tener en cuenta las pautas normativas sustantivas de la política comunitaria en el área en cuestión y las obligaciones pertinentes con respecto a la aplicación. Desde este punto de vista, el Derecho comunitario claramente armoniza de forma indirecta el Derecho penal y procesal penal nacional. El Derecho penal y procesal penal nacional pueden necesitar una modificación si las reglas nacionales son incompatibles con el Derecho comunitario (la integración negativa). La sanción penal del contrabando y la evasión de derechos de aduana y la penalización del transporte de dinero dentro de la Unión Europea ya no son compatibles con el Derecho comunitario actual. La transposición incompleta o defectuosa de directivas en el Derecho penal y procesal penal nacional es contraria al Tratado y puede dar lugar a actuaciones ante el Tribunal de Justicia contra el Estado miembro y puede constituir una obstrucción al enjuiciamiento en casos penales. El no reconocimiento del valor probatorio de los informes de la Oficina Europea Antifraude (OLAF) es contrario a las reglas del Derecho Europeo¹⁰. El Derecho penal y procesal penal nacional pueden necesitar también ser modificados porque el Derecho comunitario debe imponerse eficazmente (integración positiva). Ejemplos de esto abundan. Déjenme ilustrar este punto con la reciente estandarización en el campo de comportamientos ilícitos en el Mercado de Valores.

La completa liberalización del movimiento de capitales en la CE precisó mucho tiempo. Ésta es la razón por la que hubo que esperar hasta principios de la década de 1990 para que la CE armonizara en una directiva los servicios de los corredores de bolsa y de los agentes de empresas de inversión¹¹. En 1989 la CE había aprobado ya una directiva sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada¹². Como consecuencia de la continua integración del sector financiero europeo, que incluía las fusiones de bolsas, la introducción de la moneda única, la globalización del negocio de servicios de inversión, y el impacto de las nuevas tecnologías, la legislación comunitaria ya no era capaz de lograr de forma adecuada un mercado europeo integrado de capital. La Directiva sobre Servicios de Inversión de 1993 experimentó una revisión sustancial¹³ y en su estela se trazaron las nuevas directrices relativas a los prospectos o folletos que tienen que ser publicados siempre que se emitan nuevos efectos al público o se admitan para el comercio¹⁴ y relativas a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)¹⁵. Aquí la CE introdujo una nueva prohibición, el abuso del mercado, que es más amplia en alcance que la relativa a las operaciones con información privilegiada. Además de las operaciones con información privilegiada, el abuso del mercado también incluye la alteración de la fijación del precio de los instrumentos financieros y la difusión de información falsa o engañosa, sea en línea o no. Es esencial para los inversores que las reglas de juego relativas a: a) el acceso a la información; b) el conocimiento sobre la fijación del precio y c) el conocimiento sobre la fuente de la información pública, sean las mismas para todos ellos y que estas reglas se respeten. Esta necesidad aumenta para los inversores debido al incremento del comercio de instrumentos financieros a través de Internet y al suministro digital de información relativa a tales instrumentos. Se exige a los Estados miembros que impongan medidas y sanciones administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Se precisa además

9. Un buen ejemplo puede verse en el art. 31 del Reglamento sobre política pesquera común n.º 2847/1993, (1993) DO L 261.

10. J.A.E. VERVAELE, "Community regulation and operational application of investigative powers, the gathering and use of evidence with regard to the infringement of EC financial interests", en J.A.E. VERVAELE (ed.), *Transnational enforcement of the financial interests of the European Union. Developments in the Treaty of Amsterdam and the Corpus Juris*, Antwerpen/Groningen/Oxford, Intersentia, 1999, 53-92.

11. Directiva 1993/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables.

12. Directiva 1989/592, DO L334.

13. COM (2002) 625.

14. COM (2001) 0280 def., (2001) DO C240E, adoptada en julio de 2003.

15. Directiva 2003/6/CE de 28 de enero de 2003.

que en cada Estado miembro se confíe a un organismo administrativo independiente la vigilancia y la imposición de sanciones administrativas en caso de abuso de información privilegiada y de manipulación del mercado. Esto sin perjuicio de una posible acumulación con las sanciones penales. Las sanciones administrativas también incluyen sanciones punitivas en el sentido del art. 6 CEDH, como multas coercitivas, multas administrativas, la suspensión y cancelación de un permiso. Para abreviar, ésta es la administración punitiva trabajando bajo la dirección de la CE. Otro nuevo rasgo es que la Directiva prevé concretas competencias de supervisión e inspección que la autoridad competente ejerce "directamente, o en colaboración con otras autoridades, como las autoridades judiciales"¹⁶. Es escasamente sorprendente que forme parte de ellas el acceso a las cuentas y la solicitud de información, pero la lista del art. 12(2) también incluye: la solicitud de los registros existentes sobre tráfico de datos y sobre datos telefónicos, la solicitud de la congelación y/o el secuestro de activos y la solicitud de la prohibición temporal para ejercer una actividad profesional. La Directiva por consiguiente no sólo regula competencias administrativas de supervisión, sino también en parte ciertas competencias de investigación criminal, aunque la autoridad administrativa encargada de garantizar la aplicación de las disposiciones de la Directiva deberá solicitar el ejercicio de estas competencias a la autoridad judicial. Muchos Estados miembros van a tener que ajustar sus disposiciones de Derecho penal sustantivo sobre el fraude en la bolsa de valores, incluidas las competencias relativas a la supervisión e investigación. La Directiva además impone una obligación de información a los comerciantes que sospechen razonablemente que "una operación puede constituir abuso de información privilegiada o manipulación de mercado"¹⁷. Este deber de informar se parece muchísimo al deber de informar en casos de sospecha de blanqueo de capitales, que también se formula en el Derecho comunitario. Este nuevo deber de información debe incorporarse a la legislación nacional de tal manera que sea aplicable.

No es excepcional en la CE la armonización directa de sanciones administrativas punitivas y la

supervisión punitiva llevada a cabo por los cuerpos administrativos encargados de la aplicación. Los Reglamentos en materia agraria y aduanera y los Reglamentos antifraude¹⁸ prevén detalladas sanciones administrativas que los Estados miembros se obligan a imponer¹⁹. En la doctrina constituye un tema polémico el relativo a si estas facultades también permiten la armonización directa del Derecho penal nacional y del Derecho procesal penal. La Comisión Europea ha intentado repetidamente obligar a los Estados miembros, a través de Directivas, a aplicar medidas directas de armonización del Derecho penal²⁰, pero en la práctica el Consejo de Ministros ha excluido al Derecho penal y ha dejado intacto el poder discrecional de los Estados miembros para elegir sus instrumentos de aplicación. Sin embargo, queda por ver si esta conclusión política también implica que el Tratado de la CE no incluye una base jurídica que permita la armonización directa en el campo del Derecho penal. Jurídicamente hablando, la introducción del tercer pilar, incluido el de Amsterdam, no afectó al primer pilar y por consiguiente no afectó a la posible base jurídica para la armonización directa del Derecho penal dentro del primer pilar. De hecho, el artículo 2 del Tratado UE dispone expresamente que el tercer pilar debe mantener y desarrollar el acervo comunitario. Para abreviar, no pueden ejercerse las competencias del tercer pilar a costa de las competencias del primer pilar y el tercer pilar también sirve para aplicar la política comunitaria. Lo que es importante, sin embargo, es que en el Tratado CE de Amsterdam se formuló una base jurídica expresa para la armonización con miras a proteger los intereses financieros de la CE y para la cooperación aduanera²¹. Estos dos artículos y sólo estos dos artículos disponen que las medidas que se tomen con base en ellos no pueden referirse a la "aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia".

Además, la Comisión Europea es de la opinión, y esta opinión es apoyada por el Parlamento Europeo, de que el Tratado CE por supuesto que incluye la competencia para armonizar directamente el Derecho penal. Por esta razón, la Comisión Europea ha presentado recientemente tres propuestas de directiva que armonizarían directa-

16. Art. 12(1).

17. Art. 6(9).

18. Ver por ejemplo Reglamento 2988/95, (1995) DO L312.

19. Asunto C-240/90, Alemania / Comisión, (1992) ECR I-5383.

20. Ver Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales / * com/90/106final, DO 1990, C106.

21. Arts. 280 y 135 respectivamente del Tratado de Amsterdam de la CE.

mente el Derecho penal. Las propuestas se refieren al fraude comunitario²² y al Derecho penal ambiental (general y a la contaminación procedente de buques)²³. Ambas propuestas compiten con las iniciativas del tercer pilar: la primera con el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (PIF) y sus protocolos²⁴ y la segunda con la propuesta de decisión marco sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal²⁵. Entretanto, el Servicio Jurídico del Consejo ha dictaminado que el Tratado de la CE contiene efectivamente una base jurídica para la armonización directa del Derecho penal, aunque limitada al establecimiento de prohibiciones o mandatos (las descripciones del delito) y al deber de imponer sanciones penales. La armonización de las penas, de los aspectos relativos a la persecución y de la responsabilidad criminal y de la cooperación en el ámbito del Derecho penal sólo puede efectuarse en el marco del tercer pilar. Está claro que no todos los Estados miembros apoyan este dictamen inesperado que reconoce una competencia para la armonización limitada del Derecho penal en el marco del primer pilar. El Consejo de Ministros le ha prestado poca atención y ha adoptado la Decisión marco sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal²⁶. Ésta obliga a los Estados miembros a castigar ciertos delitos medioambientales dolosos e imprudentes y también a prever penas privativas de libertad para los más graves. A mi juicio, la Comisión Europea tiene razón al impugnar la adopción de la Decisión marco ante el Tribunal de Justicia por ser contraria al acervo comunitario. Con optimismo esto producirá la decisión largamente esperada sobre el principio relativo a la división de poderes con respecto a la armonización del Derecho penal y pondrá fin a las batallas institucionales entre la CE y la UE.

3. La regulación de la cooperación nacional y del intercambio de información

También se regula en el primer pilar la cooperación entre las autoridades nacionales, que se centra en torno a la asistencia administrativa mutua²⁷. Brevemente resumido, se refiere al intercambio de información entre supervisores en materia aduanera, tributaria²⁸ y de blanqueo de capitales²⁹. En el marco de esta asistencia es también posible la investigación a petición, con la participación de inspectores extranjeros. En materia aduanera³⁰ la Comisión Europea es una reconocida parte solicitante. Por lo tanto, la Comisión puede también solicitar a los Estados miembros que inicien una investigación y participar en ella cuando lo solicite. Que la importancia del intercambio de información entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación (voluntariamente o a petición) en el ámbito administrativo no se limita a la determinación de impuestos o al establecimiento de tasas aduaneras fue recientemente confirmado en el escándalo KB Luxemburgo, en el que la información de los clientes de la sucursal de Luxemburgo del banco belga KB, que había sido sustraída por un empleado, cayó en manos de las autoridades belgas que transmitieron esta información mediante la asistencia voluntaria a las autoridades tributarias holandesas y alemanas. Posteriormente estas últimas comunicaron la información a sus respectivas autoridades judiciales, y como consecuencia de ello se abrieron en ambos países muchos expedientes administrativos sancionadores y procedimientos penales por fraude tributario.

4. Las competencias operativas de aplicación de la Comisión Europea

Desde la década de 1960 la Comisión Europea ha dispuesto de facultades operativas de investi-

22. COM (2001) 0139 final, C180E/238.

23. COM (2001) 272 final, C240E/125 y Doc. 7312/03 Mar 35 ENV 155 CODEC 303. F. COMTE, "Criminal Environmental Law and Community Competence", (2003) *European Environmental Law Review*, pp. 147-156.

24. (1995) DO C316; (1996) DO C313 y (1997) DO C221.

25. (2000) DO C39.

26. Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, DO L 29, 5 de febrero de 2003.

27. Un análisis adicional puede verse en J.A.E. VERVAELE y A. KLIP (eds.), *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities*, Deventer, Kluwer Law International, 2002.

28. Directiva 77/799, (1977) DO L336 y Reglamento 1798/2003, DO L264. Cfr. J.A.E. VERVAELE (ed.), *Lutte contre la fraude à la TVA dans L'Union Européenne*, Antwerp-Brussels, Maklu-Bruylant, 1996.

29. Ver Decisión del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información (2000) DO L271.

30. Ver Reglamento (CE) n.º 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria (1997) DO L82.

gación y sanción en materia de competencia en Europa. Estas facultades tienen su base jurídica en los arts. 80 y 81 del Tratado CE y han sido adicionalmente elaboradas en el histórico Reglamento n.º 17/62³¹. En suma, puede decirse que la Comisión Europea puede supervisar de forma independiente empresas y terceras partes, tiene acceso a los locales y los archivos, puede plantear preguntas y hacer copias de facturas, discos duros, etc. La Comisión Europea no tiene a su disposición competencias de investigación penal ni medios coercitivos, pero en caso de no cooperación puede solicitar la asistencia del Estado miembro en cuestión, que tiene que tomar todas las medidas apropiadas. Desde el asunto *Hoechst*³² se acepta generalmente que esta asistencia puede incluir una inspección de los locales, es decir, irrumpir en las áreas de almacenamiento, acceder a los archivos informáticos, etc. Esta inspección de naturaleza administrativa se parece muchísimo a una investigación penal. Por esta razón en algunos Estados miembros la Comisión debe primero solicitar autorización a la autoridad judicial. Aquí, también, ha llegado a ser evidente que la línea divisora entre la supervisión administrativa y la investigación penal comienza a desvanecerse. Recientemente el Reglamento 17/62 ha sido reemplazado por el Reglamento 1/2003³³ cuyo art. 21 también autoriza a la Comisión Europea a efectuar la inspección de cualesquiera otros locales distintos del local de negocio, incluyendo los domicilios de los empresarios, administradores y otros miembros del personal. Esta inspección está también sujeta a la autorización judicial³⁴.

Es excepcional que la Comisión tenga competencias operativas independientes de supervisión, aunque no obstante en 1996 se agregó una competencia importante, la de la Unidad Antifraude de la Comisión Europea OLAF (antes UCLAF)³⁵. OLAF puede solicitar a los Estados miembros que inicien una investigación administrativa y tiene sus propios inspectores que intervienen en esta investigación, aunque según el Reglamento 2185/1996³⁶,

OLAF también tiene competencia para investigar en los Estados miembros de forma independiente. El Reglamento proporciona un acuerdo horizontal, lo que significa que las disposiciones se aplican a todas las áreas políticas comunitarias que tienen una conexión con las finanzas de la Comunidad. El mandato no solamente abarca el fraude transnacional, sino también el fraude grave y además la Comisión puede llevar a cabo inspecciones en casos especiales para corregir un defecto en la aplicación por parte de un Estado miembro (el principio de asimilación proactiva). Dentro de este mandato, OLAF puede de forma independiente, es decir, con su autoridad propia, pero bajo la responsabilidad de la Comisión, llevar a cabo inspecciones exteriores con equipos que pueden estar integrados por inspectores de los Estados miembros concernidos y/o de otros Estados miembros. Las facultades de investigación se regulan en el artículo 7 e incluyen las facultades clásicas de supervisión, es decir, no son por lo tanto facultades de investigación judicial. Sin embargo, también en este caso los Estados miembros tienen un deber de prestar ayuda, que en la práctica frecuentemente lo cumplen las autoridades judiciales. Además OLAF tiene facultades de supervisión interna de las instituciones europeas en la lucha contra el fraude y la corrupción³⁷. OLAF por lo tanto no tiene ninguna facultad de investigación judicial ni medios coercitivos, pero el Reglamento dispone la cooperación directa con las autoridades judiciales nacionales. La importancia de este Reglamento OLAF ha quedado recientemente demostrada en escándalos de fraude de alto perfil como el de la Oficina del Eurostat³⁸ y el escándalo del tráfico de información privilegiada en el que funcionarios de la CE supuestamente informaron a las empresas de cereales sobre los precios semanales del grano (tráfico de información privilegiada respecto de materias primas).

31. DO n.º P 13, de 21 de febrero de 1962.

32. Asunto 46/1987 y 227/1988, (1989) ECR 2859.

33. DO L 4 de enero de 2003.

34. Ver los recientes asuntos COLAS EST (ECHR) y ROQUETTE FRÈRES (ECJ). Un comentario puede verse en H.R. KRANENBORG, "Art. 8 EVRM en de verificatiebevoegdheden van de Commissie", (2003) *SEW, Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, pp. 49-57.

35. J.A.E. VERVAELE, "Towards an Independent European Agency to fight fraud and corruption in the EU?" (1999) *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, pp. 331-346.

36. Reglamento (Euratom, CE) n.º 2185/1996 del Consejo de 11 de noviembre de 1996 relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades, (1996) DO L292.

37. Reglamento 1073/1999, (1999) DO L136 31 de mayo de 1999.

38. Ver <http://www.uba.uva.nl/jb/object.cfm?objectid=C9E49C83-F015-421D-A1EA8F30619620E9>

III. La UE y la europeización del Derecho penal

1. Europeización del Derecho penal de acuerdo con el Tratado de Maastricht

Durante la década de 1980 los temas JAI ya estaban siendo discutidos a nivel europeo. La Cooperación Política Europea (CPE)³⁹ y Schengen fueron los foros apropiados para la negociación y la fijación de pautas específicas. Los tratados CPE y el acervo Schengen⁴⁰ son los resultados de ello. No obstante, a principios de la década de 1990 existía claramente la necesidad de un enfoque más estructural y fundamental. Se evidenció que la integración de JAI en las reglas de juego y en la estructura comunitaria iba demasiado lejos para muchos países. La estructura de pilares de la UE, con su mezcla de política comunitaria e intergubernamental, surgió como el compromiso óptimo. JAI se convirtió en una parte de la estructura de la UE, aunque en esta parte claramente mandaban los Estados miembros y se aprobaron reglas diferentes, como la regla de la unanimidad en la toma de decisiones, competencias limitadas para el Parlamento Europeo y jurisdicción opcional para el Tribunal Europeo de Justicia.

A) Armonización

En el momento de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht nadie podía sospechar que la europeización del Derecho penal se aceleraría hasta el punto en que lo fue. El Título VI del Tratado de la UE⁴¹ no hacía ninguna mención a la armonización del Derecho penal, sino a la cooperación judicial en materia penal y a la cooperación policial. Hasta el punto de que si bien había áreas importantes de intereses comunes, éstas estaban bastante limitadas y exclusivamente listadas en el artículo K.1. A pesar de esto, en el período entre 1993 y 1998 se llevaron a cabo un número considerable de actividades JAI que parecían ir más allá del mandato del Título VI. Especialmente en cuanto a los instrumentos no vinculantes se podían encontrar una gama más bien amplia de temas en resolucio-

nes, recomendaciones, posiciones comunes, etc. Me refiero, por ejemplo, al terrorismo, blanqueo de capitales, delito ambiental, racismo, xenofobia, tráfico ilegal de obras de arte, falsificación, gamberrismo en los partidos de fútbol (*hooliganismo*), tráfico de personas y decisiones de privación del derecho de conducir⁴². Sería difícil atribuir esto al celo regulador de la Comisión Europea o reprochar a la Comisión en este sentido, puesto que no tenía derecho de iniciativa con respecto a estos temas expresamente de Derecho penal. En suma, se vio claramente la necesidad de cooperar intergubernamentalmente en materias penales y ésta se llevó a cabo de forma creciente en el campo de la armonización del Derecho penal sustantivo. Merece también señalarse que muchos temas estaban inspirados por asuntos nacionales de actualidad política.

B) La regulación de la cooperación nacional y del intercambio de información

En el período 1992-1998 la regulación mejorada de la asistencia judicial y la extradición en la UE, que serviría para reemplazar los clásicos instrumentos del Consejo de Europa, estaba progresando también, entre otras cosas, por la introducción de la extradición simplificada con el consentimiento del sospechoso⁴³. La joya de la corona es indudablemente el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal que después de años de negociaciones fue adoptado en 2000⁴⁴. El Convenio introduce el principio de cooperación directa entre las autoridades (en lugar del la "royal route" a través del Ministerio de Asuntos Exteriores) y también prevé técnicas de investigación proactivas y especiales, como la infiltración, la entrega controlada y la facultad para intervenir telecomunicaciones. Además, sujeto a ciertas condiciones, es también posible hacer uso del *forum lex*, es decir, del Derecho del Estado requirente, al presentar una solicitud de asistencia legal en el Estado requerido. Por ejemplo, puede ser útil para el uso de pruebas en el *forum* que en la investigación esté presente el abogado del sospechoso, aun

39. J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community*, op. cit.

40. Acervo Schengen integrado en la UE, mayo de 1999, Consejo de la UE.

41. Más información fundamental puede verse en J. MONAR & R. MORGAN (eds.), *The third pillar of the European Union*, Brussels, College of Europe and European University Press, 1994; R. BIEBER & J. MONAR (eds.), *Justice and Home Affairs in the European Union*, Brussels, College of Europe and European University Press, 1995, y F. TULKENS & H.D. BOSLY, *La justice pénale et l'Europe*, Brussels, Bruylant, 1996.

42. Para una visión ver el sitio web del Consejo: <http://www.consilium.eu.int/jai/default.asp?lang=en>

43. Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, (1995) DO C078.

44. Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, (2000) DO C197. Ver J.A.E. VERVAELE & A. KLIP, *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities*, op. cit.

cuando en el Estado requerido no exista una disposición con este fin.

C) La aplicación operativa por parte de la UE

Una opción clara se hizo en la UE de Maastricht en favor de la aplicación supranacional. El ejemplo más obvio es el establecimiento de Europol⁴⁵, que ha pasado de ser una unidad antidroga a una organización europea de policía con un ámbito de competencias impresionante por razón de la materia. Éste es resultado de las disposiciones frecuentemente utilizadas en la Convención de Europol, que entró en vigor en 1998, para ampliar el ámbito de competencias de Europol por razón de la materia. Ahora delitos tales como la falsificación del euro, el fraude internacional, el tráfico de seres humanos, el terrorismo, etc. también entran dentro de la competencia de Europol por razón de la materia. Como es conocido, las tareas de Europol con respecto a estos delitos todavía se limitan a recoger y tratar los datos penales y a usar éstos para apoyar las actividades operativas en los Estados miembros. Con este fin se han desarrollado bases de datos especiales dentro de Europol que también contienen datos personales. Para abreviar, Europol no es una autoridad policial que lleve a cabo tareas de vigilancia policial.

Con el Tratado de Maastricht también se mejoró la coordinación y el funcionamiento de la asistencia judicial y la extradición. En varios Estados miembros se nombraron magistrados de enlace⁴⁶ en los departamentos de Derecho penal internacional (autoridades centrales) de los Ministerios de Justicia. Por ejemplo, un fiscal o un juez de instrucción francés con especial experiencia en procedimientos de cooperación judicial que trabaje en La Haya puede actuar como enlace entre dos países en caso de solicitudes de asistencia judicial o extradición. Él conoce el Derecho, la práctica y las costumbres de ambos países y tiene una función de coordinación. No ejerce facultades de investiga-

ción independiente en el país anfitrión. Sólo una minoría de Estados miembros han introducido eficazmente este sistema. Además, se estableció una Red Judicial Europea (RJE)⁴⁷ que tiene como cometido principalmente hacer accesibles los instrumentos de asistencia judicial a los prácticos⁴⁸.

2. Europeización de acuerdo con el Tratado de Amsterdam⁴⁹

Las negociaciones relativas a la reforma del tercer pilar fueron sumamente laboriosas⁵⁰. Las cuestiones más importantes, entre ellas la integración del acervo Schengen en la UE⁵¹, sólo pudieron ser resueltas en la conferencia final de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno en Amsterdam. Además de la integración de Schengen, la sección que contiene la inmigración, asilo y visado y la cooperación judicial en materia civil se transfirió al primer pilar⁵² y el tercer pilar fue reformado sustancialmente. El Título VI se transformó en un título específico relativo a la policía y la cooperación judicial⁵³. Los objetivos del Título se describen algo vagamente en el artículo 29: “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia (...) mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”. Los instrumentos para lograr estos fines no son sólo la cooperación policial y judicial como se indica en el Título VI, sino también “la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal”, es decir, la armonización directa del Derecho (procesal) penal.

En el Tratado de Amsterdam de la UE también se otorgó a la Comisión el derecho de iniciativa en el tercer pilar. Bastante pronto se creó una dirección general para JAI⁵⁴ en la Comisión Europea y

45. Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), (1995) DO C316.

46. Acción Común, (1996) DO L105.

47. Acción Común, (1998) DO L191.

48. Cfr. www.atlas.mj.pt

49. Entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

50. Ver J. DE ZWAAN, “The Future of the Third Pillar and the Fight against EU Fraud: Evaluation of the IGC and the Treaty of Amsterdam”, en J.A.E. VERVAELE (eds.), *Transnational Enforcement of the Financial Interests of the European Union*, Antwerp-Groningen, Intersentia, 1999, pp. 13-29.

51. Convenio de aplicación, (2000) DO L239.

52. Debe señalarse, sin embargo, que muchas de las reglas del tercer pilar también se aplican a este Título IV, como la regla de la unanimidad para la aprobación de Reglamentos y Directivas conforme al Título IV.

53. G. DE KERCHOVE & A. WEYEMBERGH, *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, ULB 2003.

54. Conforme al Tratado de Maastricht UE operó un pequeño grupo de trabajo. Ver http://europa.eu.int/comm/dgs/justice_home/index_en.htm

ya en diciembre de 1998 se adoptó el Plan de acción del Consejo y la Comisión relativo a la realización del área de libertad, seguridad y justicia⁵⁵. El Plan de acción contiene una larga lista de prioridades políticas con un calendario. En relación con ellas, debe señalarse en cualquier caso que la armonización del Derecho penal sustantivo no se limita a los tres ámbitos mencionados. El primer impulso para la europeización del Derecho penal, sin embargo, vino del Consejo Europeo especial de Jefes de Estado y de Gobierno celebrado en Tampere (octubre de 1999) que se dedicó exclusivamente al área de libertad, seguridad y justicia. Las conclusiones de Tampere⁵⁶ colocaron en la vanguardia al conocido principio jurídico UE de reconocimiento mutuo⁵⁷ como piedra angular de la cooperación judicial. Los Estados miembros deben reconocer mutuamente las decisiones judiciales, incluidas aquellas emitidas durante la fase de investigación, y darles efecto jurídico sin más. El pensamiento que subyace es que este reconocimiento mutuo va a eliminar la necesidad de una armonización extensa y detallada del Derecho penal (y procesal penal). Sin embargo, se reconoce en el punto número 37 que será necesaria una cierta armonización del Derecho procesal penal, en concreto, de las normas mínimas que habilitarán el reconocimiento mutuo. En las conclusiones de Tampere se pide al Consejo y a la Comisión que adopten un programa de medidas para llevar a cabo el principio de reconocimiento mutuo. También se solicita expresamente que en este programa se preste atención al “Título Ejecutivo Europeo y a los aspectos del Derecho procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con normas mínimas comunes para facilitar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros (...)”. La Comisión ha transpuesto las conclusiones de Tampere en un programa de trabajo sustantivo conocido como *marcador*⁵⁸, que se adapta cada seis meses y contiene una lista impresionante de prioridades políticas. La Comisión también ha preparado una comunicación relativa al reconocimiento mutuo de

sentencias finales en casos penales⁵⁹, un libro verde relativo a la compensación a las víctimas⁶⁰ y un libro verde relativo a los derechos de sospechosos y acusados⁶¹. Finalmente, a estas dinámicas internas se les dio un ímpetu adicional con motivo de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y de la presión externa e interna que resultó para el proceso de decisión de la UE en el campo JAI. No hay ninguna duda de que por ello los procesos de decisión relativos a la orden de detención europea y a la armonización en el campo de los delitos terroristas se han acelerado considerablemente, incluso hasta el punto de que el Consejo Europeo impuso una fecha tope a los Ministros JAI. Evidentemente, la determinación en la decisión no siempre es sinónimo de democracia, constitucionalismo y calidad legislativa.

1. Armonización

A diferencia de la cooperación policial y judicial, la armonización del Derecho penal (y procesal penal) no se elabora separadamente en el Título VI. Bajo el título “cooperación judicial” el art. 31(e) dispone la adopción progresiva de “medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas”. Merece señalarse que el artículo 31(e) está redactado de manera más restrictiva que el artículo 29. El área sustantiva se limita a tres materias: el Derecho procesal penal parece quedar exento de la armonización y la ubicación de esta subsección sugiere alguna clase de conexión con la cooperación judicial, como, por ejemplo, la eliminación de obstáculos a la cooperación judicial. Esto, sin embargo, parece improbable, pues el art. 31(c) ya dispone esto. Además, el Tratado de Amsterdam de la UE contiene un nuevo instrumento jurídico con el propósito específico de la armonización: la decisión marco. La decisión marco también tiene que ser adoptada por unanimidad, pero no necesita ser ratificada por los Estados miembros, como una Convención, aunque necesita ser implemen-

55. DO C 23 de enero de 1999.

56. http://www.europarl.eu.int/summits/tam_en.htm#c

57. G. DE KERCHOVE & A. WEYEMBERGH, *Vers un espace judiciaire pénal Européen*, Bruxelles, ULB, 2000; G. DE KERCHOVE & A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale dans l'Union Européenne*, Bruxelles, ULB, 2001; G. DE KERCHOVE & A. WEYEMBERGH, *L'espace pénal européen*, Bruxelles, ULB, 2002.

58. http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2002/com2002_0261en01.pdf

59. COM (2000)0485 def.

60. http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2001/com2001_0536en01.pdf

61. http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?GUILANGUAGE=en&DOCID=503PC0075&LANGUAGE=en&SERVICE=all&COLLECTION=com&REQUEST=Service-Search&FORMAT=all&CURRENTFORM=Service-Search&switch_nl.x=13&switch_nl.y=15

tada en el Derecho nacional. La decisión marco fija una fecha límite. Esto ha aumentado considerablemente la eficacia de la aplicación normativa del tercer pilar, pero también ha dado como resultado que en adelante la supervisión democrática nacional del proceso de toma de decisión en Bruselas va a tener lugar durante las fases preparatorias. Razón de más para que los parlamentos nacionales tomen una posición proactiva con respecto a sus Ministros nacionales. Este desarrollo también ha realzado de forma bastante importante la atención y el papel de alguna ONG. Por ejemplo, *Statewatch*⁶² en el Reino Unido se ha convertido en un auténtico perro guardián de los derechos civiles y de la política de la UE, incluido el campo JAI.

Ni las disposiciones del tratado, ni el principio de reconocimiento mutuo han impedido a la Comisión o a los Estados miembros la presentación de un flujo constante de propuestas para la armonización del Derecho penal (y procesal penal). Algunos señalan que la Unión se ha pasado de la raya a este respecto⁶³. A diferencia de la Comisión, que está trabajando en la ejecución de un programa consistente basado en el *marcador*, los Estados miembros —incluidos aquellos que en principio mostraban una disposición desfavorable hacia el Derecho penal europeo— están presentando una panoplia de propuestas⁶⁴. Las propuestas de armonización se refieren tanto al Derecho penal sustantivo y procesal como a las sanciones penales. Los temas sustantivos son de muy gran alcance y no siempre muestran conexiones con delitos graves; a menudo, son producto de las agendas políticas nacionales. España ha sido muy activa en el campo de las disposiciones sobre el terrorismo, Francia en el ámbito del crimen financiero, Bélgica en materia de abuso sexual a niños, etc. El factor del tema es menos obvio en las decisiones marco que han entrado en vigor. Decisiones marco importantes son aquéllas sobre la falsificación del euro⁶⁵, el blanqueo de capitales⁶⁶ y la lucha contra el terrorismo⁶⁷. Esta última decisión mar-

co revela lo profundo que el Derecho del tercer pilar afecta al Derecho penal nacional, pues muchos Estados miembros no castigaban específicamente el terrorismo en el pasado, aunque castigaban tales hechos como crímenes conforme a la legislación ordinaria, por ejemplo la formación de bandas criminales. Esta armonización no se limita a las partes que componen el crimen, sino que también incluye los elementos de la condena penal. El enfoque *ad hoc* de condenas máximas y mínimas es el blanco de las críticas. Se han sometido a discusión propuestas que sugieren el uso de cuatro categorías de penas máximas (delitos susceptibles de extradición, delitos con una pena privativa de libertad máxima de entre 1 y 5 años, de entre 5 y 10 años, y de más de 10 años). Debido al principio de reconocimiento mutuo y a la consecuente elaboración del Derecho penal transnacional europeo, también de forma creciente la armonización afecta al Derecho procesal penal. Los primeros ejemplos de ello son la decisión marco sobre la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas⁶⁸ y la decisión marco para el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias⁶⁹.

B) Regulación de la cooperación (nacional) y del intercambio de información

La cooperación policial y judicial se regula en los arts. 30 y 31 del Tratado UE respectivamente. En cuanto a la regulación de la cooperación nacional no hay aquí nada nuevo. Pero las apariencias pueden ser engañosas. Como consecuencia de la interpretación que se ha realizado en el acuerdo de Tampere del área de libertad, seguridad y justicia y de cómo ha convertido en centro de atención a la noción de reconocimiento mutuo, la Comisión ha formulado un programa detallado en el *marcador* de instrumentos de reconocimiento mutuo que se dirige a acelerar la asistencia judicial, la extradición y la ejecución de condenas penales. En este contexto, y en parte por la presión

62. <http://www.statewatch.org/news/index.html>

63. A. KLIP, "Harmonisierung des Strafrechts – eine Fixe Idee", *NSZ*, 2000, p.626-630 y A. KLIP & H. VAN DER WILT (eds.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002.

64. Ver <http://www.consilium.eu.int/jai/default.asp?lang=en> for the initiatives of the Member States. Ver también G. CORSTENS y J. PRADEL, *European Criminal Law*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2002.

65. DO 2000, L 140. Ver J.A.E. VERVAELE, "Counterfeiting the Single European Currency (Euro): towards the federalization of Enforcement in the European Union?", *The Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 151-179.

66. (2001) DO L182.

67. (2002) DO L182.

68. (2003) DO L196.

69. Iniciativa del Reino Unido, de la República Francesa y del Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, (2001) DO C278. El Consejo adoptó su acuerdo político en mayo de 2003.

de los ataques del 11 de septiembre, se adoptó la decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁷⁰. No debe infravalorarse la importancia de esta decisión marco⁷¹. Entre los Estados miembros se reemplaza el clásico procedimiento de la extradición por esta orden. Las autoridades judiciales del Estado de ejecución ejecutan la orden automáticamente. El control judicial en el Estado de ejecución es de carácter muy marginal, en tanto que las autoridades políticas ya no están en absoluto involucradas. Se ha abandonado el requisito de la doble incriminación respecto de 32 delitos (que en la práctica abarca muchos más delitos). La entrega tiene lugar en 10 días en caso de manifestación del consentimiento por parte de la persona que va a ser objeto de entrega, y en 60 días en los demás casos. Existen también motivos de no ejecución, obligatoria y facultativa, pero comparados con los clásicos tratados de extradición aquéllos son muy limitados.

Con respecto al intercambio de información, la integración del Sistema de Información de Schengen (SIS) en la UE es por supuesto de importancia mayor, como lo es el intercambio de información en el marco de Europol⁷². Entretanto, se persigue activamente el SIS II y el acceso de Europol y Eurojust a ciertos campos del SIS II⁷³. Sin embargo, uno todavía no puede hablar de un verdadero Sistema Europeo de Información (SEI).

También de gran importancia es que el art. 28 Tratado UE constituye una base jurídica especial para la conclusión de acuerdos en el campo JAI entre la UE y terceros países. No fue una sorpresa que tras el 11 de septiembre por primera vez el Consejo autorizara a la Comisión la apertura de negociaciones con los Estados Unidos (EE.UU.). A los EE.UU. les habría gustado ser reconocidos como el 16.º Estado a efectos de la orden de detención europea. Esto no era negociable para muchos Estados miembros, aunque también planteaba problemas el hecho de que pudiera imponerse la

pena de muerte en muchos Estados de los EE.UU. y a nivel federal, entre otras cosas porque esto es contrario al art. 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH). Las negociaciones no han sido fáciles, pero ya han dado lugar a dos instrumentos históricos, a saber, un tratado bilateral de extradición y un tratado bilateral de asistencia judicial entre la UE y los EE.UU.⁷⁴. La extradición puede denegarse si no hay garantía de que no se va a imponer la pena de muerte.

C) Aplicación operativa en la UE

Los arts. 30 y 31 UE ponen el énfasis principalmente en los aspectos operativos, recogida, tratamiento e intercambio de información y el desarrollo de criterios comunes (formación, equipamiento técnico, etc.). En cuanto a Europol, el Tratado UE todavía no le atribuye competencias operativas, pero el art. 30 contiene la base jurídica que otorga un papel a Europol en los equipos conjuntos de investigación. La idea es que estos equipos, integrados por miembros de los servicios policiales y judiciales de los diferentes Estados miembros, puedan operar en el territorio de un Estado miembro participante con respecto a delitos específicos (por ejemplo, tráfico de seres humanos, tráfico de drogas, contrabando de tabaco o alcohol). Surge así la necesidad de cruzar las fronteras del territorio nacional, un hecho que ya había quedado claro en los acuerdos de Schengen con la regulación de la persecución transfronteriza. Mientras tanto se ha adoptado una decisión marco sobre estos equipos⁷⁵, aunque la participación en los equipos de los funcionarios públicos de Europol depende de los Estados miembros que los pusieron. El Convenio de Europol ha sido modificado mediante un protocolo⁷⁶ que todavía está a la espera de ratificación, pero otorga a los funcionarios públicos de Europol la competencia para solicitar el establecimiento, la ejecución o la coordinación de la inves-

70. 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, (2002) DO L190.

71. F. FONSECA MORILLO, "La orden de detención y entrega europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, p. 69-95 y N. Vennemann, "The European arrest warrant and its human rights implications", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, pp. 103-121.

72. http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/police/europol/doc_police_europol_en.htm

73. Ver Reglamento 24/2001 y Decisión 2001/866/JAI relativa al SIS II.

74. Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (2003), Diario Oficial, L 181; Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (2003), Diario Oficial, L 181. Ver G. STESSENS, "The EU-US Agreements on Extradition and on Mutual Legal Assistance: how to Bridge Different Approaches", en G. DE KERCHOVE y A. WEYEMBERGH, *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, ULB, Bruxelles, 2003, pp. 263-275.

75. Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, (2002) DO L162.

76. Protocolo de 28 de noviembre de 2002. Entre tanto fueron adoptadas recomendaciones el 28 de septiembre de 2000 y el 30 de noviembre de 2000, solicitando a los Estados Miembros que comiencen a aplicar los contenidos del Protocolo.

tigación y para tomar parte en los equipos conjuntos de investigación.

El Tratado UE de Amsterdam no menciona ninguna operativa europea adicional de cooperación judicial si se compara con el Tratado UE de Maastricht. No obstante, estas materias son objeto de disputa política e institucional en las instituciones europeas. El Parlamento Europeo y la Comisión Europea siempre han sido bastante críticos con la existencia y el funcionamiento del tercer pilar. Estas instituciones constantemente han defendido el enfoque Comunitario. Es más, son de la opinión de que la regulación del tercer pilar y la coordinación en el tercer pilar de la cooperación judicial no son adecuadas para tratar con intereses comunitarios claros, como la lucha contra el fraude comunitario. Por esta razón, a su solicitud se ha redactado un modelo en el estudio sobre el *Corpus Juris* para un área de Derecho penal europeo con una fiscalía europea y jueces de libertades en los Estados miembros⁷⁷. Basado en estos estudios preliminares la Comisión Europea propuso en la CIG, mientras se preparaba el Tratado de Niza en 2001⁷⁸, incluir un art. 280bis que preveía el nombramiento de un Fiscal europeo. La propuesta no se adoptó en Niza, debido esencialmente a la falta de tiempo y a la necesidad de examinar las consecuencias prácticas adicionales. Sin embargo, las conclusiones de Tampere ya preveían el establecimiento de Eurojust con los objetivos de contribuir a una coordinación apropiada entre las autoridades nacionales y de apoyar las investigaciones en materia de crimen organizado. Se decidió en la CIG incorporar Eurojust al Tratado. Mientras tanto ha sido aprobada la decisión sobre Eurojust⁷⁹. Ésta no le otorga a Eurojust ninguna tarea operativa real propia de un Fiscal. Eurojust puede, sin embargo, y no sin trascendencia, desempeñar un papel importante de coordinación y dirección⁸⁰. Puede hacer esto con base en el artículo 6 actuando a través de los miembros nacionales o vía art. 7 actuando colegiadamente. La competencia es la misma, pero en el artículo 7 se ha establecido claramente con la fuerza más obligatoria para los Es-

tados miembros. Eurojust actuando colegiadamente no sólo puede solicitar información a los Estados miembros, sino también, en caso de delitos graves, solicitar que lleven a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales, que lleven a cabo una coordinación entre las autoridades competentes de los Estados miembros afectados, o que creen equipos conjuntos de investigación. Las competencias de los miembros nacionales del Colegio dependen del Derecho nacional. En el Reglamento interno⁸¹ de Eurojust se define adicionalmente su funcionamiento. Aunque Eurojust puede ser útil, está claro que con Eurojust las reglas de juego relativas a las fronteras territoriales y a las competencias no han cambiado significativamente. La acción operativa se lleva a cabo a través de la autoridad nacional, cuyas competencias se definen a nivel nacional, en lugar de a nivel europeo. Por ello esto está bastante lejos del modelo de Fiscalía europea que podría llevar a cabo acciones de investigación y persecución basadas en un principio territorial europeo que comprenda la totalidad del área de justicia europea⁸². Por esta razón, la Comisión decidió perseverar. Publicó un detallado Libro Verde (*Green Paper*) sobre la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad y el nombramiento de un Fiscal europeo⁸³. Se procesaron las numerosas reacciones al Libro Verde (*Green Paper*)⁸⁴ para las negociaciones en la Convención europea, en la que la Fiscalía europea era uno de los puntos en la agenda.

IV. Valoración y mirada hacia adelante

La influencia del Derecho y la política europea en el Derecho penal (y procesal penal) nacional ha crecido considerablemente durante los últimos diez años. Especialmente la armonización directa, la regulación de la cooperación transnacional y el continuo desarrollo de cuerpos policiales europeos en el marco del tercer pilar han puesto a Europa al corriente para la práctica diaria del Derecho penal. Debe señalarse, sin embargo, que las decisiones más importantes acerca de los contornos

77. Ver M. DELMAS-MARTY (ed.), *Corpus Juris*, Paris, Ec. Economica, 1997 y M. DELMAS-MARTY y J.A.E. VERVAELE, *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I-IV, Antwerp, Intersentia, 2000-2001.

78. COM (2000) 608.

79. Decisión de 28 de febrero de 2002, (2002) DO L63.

80. THWAITES, N., "Eurojust: autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier?", *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, 2003, p.45-61.

81. (2002) DO C286.

82. J.A.E. VERVAELE, "L'Union Européenne et son espace pénal européen: les défis du modèle Corpus Juris 2000", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2001, pp. 775-779.

83. COM (2001) 715.

84. Ver opiniones disidentes http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/date.html

del Derecho penal europeo han sido promovidas por el Consejo Europeo. Tanto en el Consejo Europeo especial sobre JAI de Tampere como en el Consejo Europeo posterior al 11-S fueron los Jefes de Estado y de Gobierno quienes redactaron la agenda y dieron inicio a JAI. A pesar del tremendo cambio de los últimos diez años todavía existe descontento, también dentro de la UE. El conflicto de competencias entre el primer y el tercer pilar, sobre todo en el campo del Derecho penal, todavía no ha sido totalmente resuelto. El proceso de ratificación del tercer pilar progresa con dificultad. La decisión marco resuelve el problema de la ratificación, pero persiste la cuestión de si y cómo van a implementar los Estados miembros las decisiones marco en el Derecho nacional. Además en el tercer pilar la UE carece de instrumentos para exigir el cumplimiento jurídico de tal implementación. Por último, existe desacuerdo en el Consejo sobre la cantidad y la calidad de las propuestas que someten los Estados miembros. Los Estados miembros no están satisfechos con el proceso de toma de decisiones. Los ministerios y los parlamentos nacionales tienen demasiada poca influencia en la toma de decisión del Consejo. También se duda abiertamente de si la UE tiene competencia exclusiva en el ámbito de la política exterior JAI.

Por supuesto que la Convención europea ha sido un foro excelente y representativo de la democracia indirecta para esbozar los contornos de la futura política europea JAI en el marco del proyecto de la Constitución de la UE. De las numerosas enmiendas y discusiones ha quedado claro que abundaron las opiniones contradictorias sobre el tercer pilar dentro de la Convención, tanto en cuestiones de principio como técnicas. A pesar de los muchos compromisos, las propuestas aceptadas son bastante coherentes. En la parte I, relativa a los valores y objetivos de la UE, el art. 18 propone un único marco institucional con un juego común de instrumentos jurídicos (leyes, leyes marco, reglamentos y decisiones). El art. 22 dispone que las decisiones del Consejo de Ministros tendrán que adoptarse por mayoría cualificada, a menos que expresamente se disponga otra cosa. Un único marco institucional no significa, sin embargo, que las reglas de juego sean necesariamente las mismas en todos los lugares. La estructura del pilar se está echando así abajo. Una ventaja es que muchos principios Comunitarios, como el de cooperación leal del art. 10 del Tratado de la CE [ahora incluido en el artículo 5(2)] y el derecho de la Comisión a iniciar los procedimientos de infracción contra los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia también comenzarán a aplicarse en las materias JAI.

El art. 41 además incluye en los principios subrayados de la UE el concepto de reconocimiento mutuo y el control político de Europol y Eurojust por los parlamentos nacionales. El capítulo IV del proyecto de Constitución incluye disposiciones especiales relativas al área de libertad, seguridad y justicia. La cooperación judicial descansa en dos pilares, a saber el reconocimiento mutuo y la aproximación de la legislación nacional con miras al desarrollo de reglas mínimas europeas (art. III-171). Esta armonización mínima puede referirse a la admisibilidad de la prueba, a los derechos de las personas durante el proceso penal y a los derechos de las víctimas de los delitos. Para ésta de hecho bastante extensa competencia de reconocimiento mutuo y armonización del Derecho procesal penal, se ha dispuesto que la decisión se tome con base en la mayoría cualificada y en la codecisión. Si el Consejo desea armonizar otros elementos específicos del proceso penal, se requiere la unanimidad. Además, el art. III-172(1) proporciona las reglas mínimas en el campo del Derecho penal sustantivo y de las sanciones y lo hace para delitos de carácter particularmente grave con una dimensión transfronteriza (naturaleza, consecuencias, especial necesidad para el acercamiento Comunitario). El artículo proporciona una lista exclusiva (el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada), pero esta lista puede ampliarse mediante una decisión unánime del Consejo. Las leyes marco pueden adoptarse por mayoría cualificada y codecisión. Esto finalmente ha aumentado la consistencia dentro del Tratado entre los objetivos de la armonización del Derecho penal. Por último, y no menos importante, el art. III-172(2) por primera vez hace una conexión clara entre las áreas políticas sustantivas de la UE y la ejecución: "Cuando la aproximación de normas de Derecho penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrán establecer mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate". Aquí también es suficiente una mayoría cualificada. En el futuro, por consiguiente, la aplicación en el Derecho penal de las reglas europeas sobre el ambiente o los mercados de valores puede ser incluida en la misma legislación o ley marco. El capítulo IV además define las funciones de Eurojust y Europol con base en el Tratado. Cual-

quier ampliación de las funciones de los organismos europeos encargados de la persecución de la delincuencia debe decidirse con base en la unanimidad. La Convención no ha sido capaz de atribuir competencias operativas a Europol y a Eurojust, ni tampoco de elaborar un sistema de control judicial por parte de Eurojust sobre Europol. Finalmente, el art. III-175 proporciona una base jurídica para la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust con jurisdicción europea en relación a la investigación, persecución y encausamiento de los autores y cómplices tanto de infracciones que lesionan los intereses financieros de la Unión como de los delitos graves que afectan a varios Estados miembros. Se ha seguido aquí la esencia del *Corpus Juris* y del Libro Verde (*Green Paper*) sobre la Fiscalía Europea. La competencia por razón de la materia, sin embargo, y con razón, se ha ampliado para incluir los delitos transfronterizos y no se limita a las infracciones que lesionen los intereses financieros de la Unión. Sin embargo, una base jurídica es simplemente una opción facultativa. Con este fin, debe aprobarse por unanimidad una ley europea en la que se cree la Fiscalía Europea. También queda cristalinamente claro que se rechaza la doble soberanía con doble jurisdicción penal, como en los EE.UU., y se opta por la integración de la dimensión del Derecho penal europeo en el orden jurídico integrado.

Las propuestas de la Convención Europea siguen indudablemente sujetas a una inspección minuciosa en la CIG, pero existen posibilidades de que salgan bastante intactas. Los Estados miembros claramente tienen otras cosas en que ocuparse (la Presidencia del Consejo, el número de comisarios en la Comisión, fondos, la política internacional y de seguridad, etc.) y aparentemente han aceptado que una parte importante del Derecho penal europeo, hasta el punto que se menciona expresamente en el Proyecto de la Convención, puede establecerse a través de una decisión adoptada con base en la mayoría calificada y la codecisión del Parlamento Europeo. Si es necesario, el Consejo puede enmendar la lista de cuestiones de Derecho penal y Derecho procesal penal y las funciones asignadas a Europol y Eurojust con base en una decisión unánime. No hay ninguna duda de que esto podría anunciar una nueva era en la que especialmente la aplicación en el Derecho penal de la política comunitaria clásica finalmente adquiera forma y sustancia. Sin embargo, en el momento de concluir esta contribución (mayo de 2004), en la CIG se están discutiendo de nuevo los textos a partir del texto elaborado por la Presidencia Italiana, que no logró un acuerdo sobre las propuestas de

la Convención Europea. El texto de la Presidencia Italiana, de clara estampa del gobierno Berlusconi, es desde muchos puntos de vista un paso atrás. Prevé para un Estado miembro la posibilidad de someter un proyecto de ley o de ley marco europea al Consejo Europeo (el órgano de jefes de Estado) si este Estado considera que el proyecto viola principios fundamentales de su sistema jurídico. El Consejo Europeo puede suspender las negociaciones y pedir a la Comisión Europea o al grupo de Estados que han tomado la iniciativa legislativa que elaboren un nuevo proyecto. En el fondo, esta tutela política gubernamental del proceso legislativo comunitario genera el riesgo de reintroducir el veto político. En relación con la Fiscalía Europea el texto italiano limita de forma explícita la competencia únicamente a los intereses financieros de la Unión y prevé que la decisión unánime del Consejo sólo entre en vigor después de la aprobación por parte de los Estados miembros, de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. El texto respira desconfianza en lugar de confianza recíproca e incluye la sumisión del derecho de la Unión al derecho constitucional de todos los Estados miembros. Esperemos que la Presidencia Irlandesa limpie el texto de las reminiscencias italianas en sus propuestas a presentar durante el mes de junio 2004.

Cualquiera que pueda ser el resultado final de la CIG, es claramente cristalino que la europeización del Derecho penal tal y como lo hemos testimoniado durante los últimos diez años es sólo el principio. Todo apunta al aumento de la intensidad. Es un motivo de alegría que el legislador finalmente haya caído en la cuenta de que el reconocimiento mutuo presupone la armonización del Derecho procesal penal y de que se ha de prestar atención especial y expresa a los derechos de los individuos en el proceso penal y a la protección jurídica y a los derechos fundamentales, y que también se fortalezcan las posiciones del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales y del Tribunal de Justicia. Si la UE llegara a ser una parte en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —CEDH— [art. 7(2) del proyecto de Constitución] y la Carta de Derechos Fundamentales se volviera vinculante en la UE, también se podría continuar el trabajo de hacer operativas las tareas de Europol y Eurojust. El respeto del principio de legalidad y del juicio justo es, también a nivel de la UE, una condición *sine qua non* para el establecimiento de órganos judiciales a nivel de la UE. Esto también incluye el reconocimiento de la jurisdicción total del Tribunal de Justicia en el campo de los derechos fundamentales y la aplica-

ción del Derecho europeo⁸⁵. La regulación del Tribunal de Justicia del principio *ne bis in idem*⁸⁶ es un primer paso en la dirección correcta. En este sentido es importante también que el art. III-283 del proyecto de Constitución prevea el control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia en materia de validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, y sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, siempre y cuando estos actos sean una aplicación del derecho de la Unión. La vieja filosofía de la inmunidad de los actos gubernamentales al control jurisdiccional, tal y como se refleja en el vigente art. 35 (5) del Tratado UE, es un arcaísmo en un espacio judicial europeo que afecta cada vez más a los derechos de los ciudadanos y que necesita elaborar sus propios conceptos de orden público europeo, bajo el control del Tribunal de Justicia. También será posible presentar recursos contra ciertos actos de Europol y Eurojust [art. III-270 (5) del proyecto de Constitución].

Si los 25 Estados miembros actuales de la Unión Política no llegan a un acuerdo satisfactorio sobre la reforma de la JAI en la CIG, está claro que un núcleo pequeño de países va tomar el liderazgo a través de la cooperación reforzada. La historia de Schengen se puede repetir, pero esta vez dentro de la UE y como motor de integración.

Por desgracia, el pulso viene ahora no de dentro, sino de fuera. Todavía no se puede hablar de

una política criminal europea. Son hechos como los terribles atentados del 11-M en Madrid los que obligan a los responsables políticos a manifestarse. Se ha confirmado el peso del Consejo Europeo en materia JAI. El Consejo Europeo ha publicado el 25 de marzo de 2004 una declaración y un plan de acción revisado para combatir el terrorismo⁸⁷, listando unas 57 propuestas específicas. Entre ellas se atribuyen a las autoridades de orden público y de justicia mayores posibilidades para recoger y conservar datos sobre comportamientos e individuos; una mejora de la cooperación entre los servicios de inteligencia y los cuerpos policiales y judiciales, incluido el flujo de información; más posibilidades para la policía de llevar a cabo investigaciones secretas y proceder a la interceptación de las telecomunicaciones, el rápido desarrollo del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), con datos integrados sobre criminalidad y migración, etc. La falta de visión sobre la política criminal europea tiene como riesgo la elaboración de un derecho de urgencia y de emergencia, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, que no tiene en cuenta de manera suficiente el equilibrio entre una justicia eficaz y una justicia justa, equilibrio buscado en el marco de la Convención Europea.

Necesitamos una aprobación urgente del texto de la Convención y la elaboración de un *Tamperre bis* para definir los objetivos claves del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Europa de los 25.

85. K. LENAERTS y L. JADUL, "Quelle contribution de la CJCE à l'espace de liberté, de sécurité et de justice", en G. DE KERCHOVE y A. WEYEMBERGH (ed.), *L'espace penal européen: enjeux et perspectives*, ULB, Bruxelles, 2002, pp. 199-223.

86. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003 en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01 (Petición de decisión prejudicial del *Oberlandesgericht Köln* y *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*): *Hüseyin Gözütok* (Asunto C-187/01) y *Klaus Brügge* (Asunto C-385/01), (2003) ECR I-5689. Cfr. J.A.E. VERVAELE, "Comment on the *ne bis in idem* case", *Common Market Law Review*, 41, 2004, pp. 1-18.

87 See <http://www.statewatch.org/news/2004/mar/eu-terr-decl.pdf> and the timetable of Statewatch at <http://www.statewatch.org/news/2004/jun/timetable-may2004.pdf>.