



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MODULO I

TEMA 2

El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas del Tratado de Lisboa

CURSO VIRTUAL
COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN
EUROPA
EDICIÓN 2010

AUTOR

Victor MORENO CATENA
Catedrático de Derecho Penal,
Procesal e Historia
Universidad Carlos III de Madrid



Con el apoyo de la Unión Europea
With the support of The European Union
Avec le soutien de l'Union Européenne



Sumario

1. La progresiva transformación de los instrumentos de cooperación jurídica penal.
 - 1.1. Introducción
 - 1.2. De Maastricht (1992) a Tampere (1999)
 - 1.3. Las nuevas perspectivas del Tratado de Lisboa (2007)

2. Instrumentos para la asistencia judicial: convenios bilaterales y multilaterales
 - 2.1. Las solicitudes de cooperación
 - 2.2. Los Convenios del Consejo de Europa
 - 2.3. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS)
 - 2.4. El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000

3. Las políticas de integración:
 - 3.1. Instrumentos para la armonización
 - 3.2. El principio de reconocimiento mutuo

4. Las políticas de comunitarización: el espacio común europeo de justicia. El papel del Tribunal de Justicia.

5. Reflexión final.



1. La progresiva transformación de los instrumentos de cooperación jurídica penal

1.1. Introducción

Como se ha visto en el tema anterior, el desarrollo de políticas y de actuaciones de cooperación en materia de Justicia ha respondido tradicionalmente a la regla del buen entendimiento y la buena voluntad de los Estados, que han puesto a disposición de las autoridades extranjeras sus propios medios y esfuerzos con el fin de facilitar la actividad jurisdiccional del Estado que solicitaba la ayuda.

Durante mucho tiempo se ha venido funcionando en materia de cooperación jurídica internacional con esta idea del auxilio o de la asistencia para el cumplimiento de las funciones judiciales de cada uno de los Estados, de modo que tanto la solicitud como la prestación del auxilio se basaba en la afirmación de la soberanía del Estado que dispensaba la ayuda, y que partía para ello de la reciprocidad del Estado requirente, que ya estaba comprometida en un convenio o tratado internacional, o cuya aplicación en la práctica era conocida o se esperaba.

El avance inicial se produce cuando se pasa de las actuaciones de pura ayuda, para que el Estado requirente pueda ejercer en su propio territorio su potestad jurisdiccional soberana (notificaciones o citaciones, obtención de elementos de prueba, etc.), al reconocimiento y ejecución en un Estado de una resolución extranjera, de modo que esa resolución se convierte en un título absolutamente equivalente a las resoluciones judiciales emanadas de los tribunales del país que decide otorgarle el *exequatur*.

Se superaba así la idea de permitir que, dentro de las propias fronteras, un Estado pueda ejercer la jurisdicción contando con la ayuda de otro, y se pasó a hacer cumplir las resoluciones judiciales que habían sido dictadas en otro Estado, como un acto de soberanía de un país extranjero.

Es decir, no se trata de prestar una concreta ayuda a otro que la pide, sino de ceder en cierta medida la propia potestad decisoria sobre un asunto, permitiendo que una resolución de una autoridad extranjera despliegue todos sus efectos en otro Estado. En este sentido se produce una renuncia a la soberanía, en la medida en que se asume como propia una resolución extranjera, y sin permitir a los órganos nacionales el ejercicio de la jurisdicción.

Sin embargo, la idea que subyace sigue anclada en los compartimentos estancos del ejercicio del poder estatal, lo que explica que las sentencias extranjeras se pudieran ejecutar no tanto porque por sí mismas tuvieran esa fuerza y esa consideración, sino porque la ejecutabilidad se la confería la decisión interna de reconocimiento.

Por tanto, era la resolución judicial de *exequatur*, dictada en el país requerido, la que convertía la decisión judicial, extraña al ordenamiento jurídico del Estado en donde se prendía que surtiera efectos, en una resolución propia; desde otra perspectiva, la decisión judicial extranjera carecía de toda eficacia por sí misma, si no iba seguida del acto de soberanía que le otorgaba la ejecutabilidad, de modo que en realidad podría decirse que se llevaba a efecto un mandato interno, pues el Estado ejecutaba su propia decisión de dar eficacia a la resolución extranjera.

Estas actividades de cooperación jurídica internacional, tanto para que las autoridades judiciales extranjeras puedan desempeñar con efectividad su propia potestad



jurisdiccional, facilitándolo por medio de la realización de actuaciones en el territorio del Estado requerido, como para que se puedan cumplir y hacer efectivas las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, han tenido tradicionalmente como fuente normativa las disposiciones nacionales del Estado que presta la cooperación internacional, si bien progresivamente han ido emergiendo fuentes convencionales, a medida que han avanzado los procesos de internacionalización de las relaciones jurídicas.

Precisamente en la región europea, a mediados del siglo XX se inició un proceso de integración y cooperación económica que, superando luego este marco de relaciones, se ha concretado en un incremento de las relaciones políticas entre un número creciente de Estados y, en la actualidad, está desembocando en un proceso pacífico de integración política, que no conoce precedentes en la historia de la humanidad. Pues bien, esta situación ha obligado a modificar también los instrumentos y las fuentes de los sistemas jurídicos y de la cooperación en el ámbito europeo, superándose en sucesivos momentos los viejos Convenios aprobados en el seno del Consejo de Europa.

La especial deriva de las relaciones políticas y económicas en la UE obligan a reconocer actuaciones de cooperación jurídica en materia penal en relación con tres tipos de infracciones: en primer lugar, las infracciones contra bienes jurídicos de la Comunidad Europea, que trasciende al interés punitivo específico de cada uno de los Estados e invoca una protección y una respuesta en el ámbito europeo; en segundo lugar, las infracciones transnacionales, es decir, aquellos delitos que se cometen en el territorio de varios Estados o repercute en un ámbito geográfico más allá de las fronteras de un Estado, en cuyo caso en la respuesta penal deben estar interesado dos o más Estados que pueden resultar competentes para el enjuiciamiento del mismo hecho criminal; en tercer lugar, los delitos cuyo iter delictivo se sigue enteramente en el territorio de un Estado, y son bienes jurídicos concretos de éste los que han resultado afectados, pero que por razón de la persona del imputado o de la víctima, o de los elementos y piezas de convicción, o de la obtención de elementos de investigación o de prueba, deben realizarse actuaciones en el extranjero con el fin de lograr el éxito de la represión de la conducta, de modo que inicialmente el Estado que debe prestar la ayuda carece de interés propio y específico en la actuación que se solicita.

En los tres casos estamos ante supuestos que encajan en la definición de cooperación policial y judicial en materia penal, cuyo ámbito de aplicación en la UE ha ido creciendo, en razón del incremento de las relaciones sociales y económicas en esta región.

1.2. De Maastricht (1992) a Tampere (1999)

Cabe señalar dos primeros grandes hitos en la historia reciente de la Unión Europea, que han marcado diferencias sustanciales respecto de la etapa inmediatamente anterior: el Tratado de Maastricht y el Tratado de Ámsterdam.

a) En el Tratado de la Unión Europea (TUE, firmado en Maastricht en febrero de 1992), se supera la idea puramente económica de la vieja Comunidad Económica Europea, y se apuesta decididamente por una vocación de integración política. La Unión Europea es más, y algo distinto, del mercado común europeo y se sustenta en tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial.

El primer pilar, el pilar comunitario, comprende los ámbitos en los que los Estados miembros ejercen su soberanía conjuntamente, a través de las instituciones comunitarias y mediante el método y el procedimiento comunitario, interviniendo la Comisión Europea,



el Consejo y el Parlamento Europeo y con el control del Tribunal de Justicia en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario.

El segundo pilar se refiere a la política exterior y de seguridad común (PESC), y permite a los Estados emprender acciones comunes en esta a través de decisiones intergubernamentales, con una intervención de la Comisión y del Parlamento limitada y excluyendo la jurisdicción del Tribunal de Justicia.

Por último, el tercer pilar se refiere a la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior (JAI), con un proceso también intergubernamental de toma de decisiones y sin intervención del Tribunal de Justicia (salvo para interpretar los convenios cuando éstos lo disponían expresamente), pretende lograr una mejor protección de los ciudadanos en un espacio de libertad, seguridad y justicia, de tal manera que la supresión de la vigilancia fronteriza y la facilitación de la circulación de las personas corra pareja con la eficacia en la actuación de los tribunales de justicia y del control de los movimientos de personas.

b) El Tratado de Ámsterdam de 1997 modifica la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior para crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Como consecuencia de ello se establece que la “libre circulación de las personas”, los “controles en las fronteras exteriores”, los temas de “asilo, inmigración y protección de los derechos de los nacionales de terceros países”, así como la “cooperación judicial en materia civil” pasan a integrarse en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de modo que se comunitarizan y abandonan la condición de “tercer pilar”, que a partir de ese momento se integra por los asuntos de cooperación policial y judicial en materia penal.

De acuerdo con lo decidido a partir de Ámsterdam, la cooperación policial y judicial en materia penal, que no se “comunitariza”, tiene por objeto prevenir y luchar contra el racismo y la xenofobia; el terrorismo; la trata de seres humanos y los delitos contra los niños; el tráfico ilícito de estupefacientes; el tráfico ilícito de armas; la corrupción y el fraude.

Los dos grandes instrumentos que se diseñan para cumplir estos objetivos son, por una parte, la propia cooperación, bien entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades de los Estados miembros, bien entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, lo que podrá hacerse directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol); por otra parte, el otro gran instrumento es la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia penal y de garantías procesales.

En este sentido, aparecen con este Tratado unos instrumentos normativos específicos para la aplicación del Título VI del TUE: las *Decisiones marco* para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, que les obligan en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, y las *decisiones*, con fines distintos a los de aproximación de las disposiciones normativas de los Estados miembros, que son obligatorias.

La competencia sobre la cooperación policial y judicial en materia penal (el ámbito del Título VI) sigue en este momento residenciada de forma prácticamente exclusiva en los Estados miembros que, sin embargo, al modo que se había iniciado entre algunos de ellos en el Acuerdo de Schengen de 1985 y en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) de 1990, podrán establecer una cooperación reforzada.

Por otra parte, se amplían las competencias del Tribunal de Justicia (que el Tratado de Maastricht restringía a la interpretación de los convenios que así lo previeran expresamente), de manera que este órgano podrá pronunciarse también sobre la validez



e interpretación de las decisiones marco, de las decisiones y de las medidas de aplicación de los convenios.

c) En todo caso, el mantenimiento de todo lo que afecta a la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del tercer pilar y, por lo tanto, ajeno en cierta medida a los mecanismos e instrumentos comunitarios, singularmente en lo que hace a las fuentes de producción normativa y al control judicial de las actividades de cooperación, no ha impedido que se haya ido avanzando por otras vías, ampliando cada vez más en este campo los elementos de unificación, incluso normativos, como habrá ocasión de analizar más adelante.

Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, marcaron un hito crucial en esta materia, pues se consideró que el principio de reconocimiento mutuo debía convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en materia tanto civil como penal en la Unión.

Eso significaba modificar radicalmente la perspectiva tradicional de la cooperación, que se basaba en el principio de demanda, de modo que siempre había de aparecer un Estado que pedía, el requirente, y un Estado cuya colaboración se solicitaba, el Estado requerido. Precisamente en el mutuo reconocimiento, que marca la pauta de unas nuevas relaciones en la cooperación en materia penal, desaparece el elemento de la solicitud de un Estado y se da paso a la aplicación (directa o indirecta) de una decisión que es extranjera, pero de un Estado de la Unión.

En esta línea se inscribía el llamado Programa de la Haya, aprobado por el Consejo Europeo en noviembre de 2004, en donde se enunciaban las que habrían de ser las diez prioridades de la Unión para reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los siguientes cinco años. En cuanto a la garantía del espacio europeo de justicia, el Programa de La Haya hacía hincapié en el acceso a la justicia y en la implantación de la confianza recíproca entre los Estados, a través de la aprobación de normas procesales mínimas que garantizaran, en particular, los derechos de la defensa. Concretamente en materia de justicia penal y para reforzar la confianza mutua, se apostaba por la aproximación de la legislación y la creación de normas mínimas de procedimiento penal, considerando que Eurojust era la clave del desarrollo de la cooperación judicial en materia penal¹.

1.3. Las nuevas perspectivas del Tratado de Lisboa (2007)

Como es bien sabido, el Proyecto de Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa, la Constitución Europea, se convirtió en un intento fallido de modificación sustancial de las actuales estructuras políticas de la UE, tras la negativa ciudadana en los referendos de Francia y Holanda a aquel Proyecto.

Sin embargo, las instituciones europeas siguieron trabajando con las miras puestas en conseguir avances sustanciales en la integración europea, de modo que en el Consejo de Lisboa de diciembre de 2007 se logró aprobar el que se ha denominado Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE 2007/C 306/01, de 17 de diciembre) y que perseguía el

¹ La implementación de este programa se tradujo en la aprobación de numerosos instrumentos que serán analizados en su momento.



recate selectivo de los principales avances que implicaba el Tratado Constitucional, si bien a costa de algunas renunciadas².

Ciertamente que las modificaciones que se introducen en los Tratados no son de simple detalle, sino que con el Tratado de Lisboa se alteran de raíz tanto las estructuras jurídicas vigentes, como la propia organización de la UE, debido a un cambio sustancial de las bases y de las competencias de la UE.

No procede que nos extendamos aquí en las vicisitudes acaecidas durante el complejo proceso de ratificación, baste con indicar que, finalmente, dicho Tratado entró en vigor el pasado 1 de diciembre de 2009, de manera que sí resulta imprescindible dedicar unas páginas de este curso a exponer, aunque sea de modo sucinto las novedades introducidas, al menos en lo relativo a la materia que nos ocupa.

Centrándonos en el contenido del texto de Lisboa, para empezar, el actual Tratado constitutivo de la Comunidad Europea desaparece, y se sustituye por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, manteniéndose no obstante el Tratado de la Unión Europea, pero con unos contenidos novedosos.

El TUE, que confiere personalidad jurídica a la Unión Europea (art. 47), está integrado por 20 artículos, donde se contienen unas disposiciones comunes (título I); se establecen los principios democráticos de la UE (título II); se regulan las Instituciones de la UE (título III), y se alude a la cooperación reforzada (título IV). La parte cuantitativamente más importante del Tratado es la relativa a la acción exterior de la UE, así como las disposiciones específicas sobre la política exterior y la política común de seguridad y defensa (título V; arts. 21 a 46), además de unas Disposiciones finales (título VI). Debe destacarse que el nuevo artículo 6 del TUE contiene una referencia expresa a la Carta de Derechos fundamentales, que se convierte en un instrumento jurídicamente vinculante tanto para las instituciones comunitarias como para los Estados Miembros.

Así pues, se suprimen de este TUE todas las normas que integraban el antiguo título VI (Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal), que se deroga, de modo que en el viejo juego de los tres pilares, el comunitario, el de la política exterior y el de la cooperación policial y judicial en materia penal (que inicialmente había sido asilo, visados y cooperación judicial), sólo queda fuera del ámbito comunitario las normas sobre política exterior y política común de seguridad, a la que se añade la defensa³; lo que significa que sólo la política exterior y de seguridad se va a regir por reglas y procedimientos específicos, fuera de las vías de decisión y de los instrumentos normativos generales, de modo que el Tribunal de Justicia de la UE no tendrá competencia respecto de estas disposiciones (art. 23.1.II)⁴.

En lo que se refiere a las Instituciones de la Unión, y por lo que ahora interesa, el TUE establece (art. 13) las siguientes: i) el Parlamento Europeo; ii) el Consejo Europeo; iii) el Consejo; iv) la Comisión Europea; v) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; vi) el Banco Central Europeo, y vii) el Tribunal de Cuentas.

² En este sentido, en materia de justicia en interior (ámbito JAI) se han conseguido conservar las novedades más significativas. Vid. al respecto GARCÍA MORENO, "La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia después del Tratado de Lisboa", en *Aranzadi Unión Europea*, nº 10/2009.

³ Así se dispone (art. 23.1.I) que la competencia de la Unión en materia de política exterior y de seguridad común abarcará todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común.

⁴ De acuerdo con el art. 275 TFUE, el Tribunal de Justicia de la UE no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas.



Se modifica así no sólo el nombre del Tribunal de Justicia, que ahora se llama Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino también la composición, pues ahora comprende el Tribunal de Justicia (compuesto por un juez por Estado miembro y estará asistido por abogados generales), el Tribunal General (que dispondrá al menos de un juez por Estado miembro) y los tribunales especializados (art. 19 TUE). Se le atribuyen al Tribunal de Justicia de la UE los pronunciamientos sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas, y sobre las cuestiones prejudiciales planteadas para la interpretación del Derecho de la Unión (art. 19.3 TUE); por otra parte, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión se le reconoce competencia para la iniciativa legislativa (arts. 289.4 y 294.15 TFUE)⁵.

Además de ello, en el TFUE se prevé la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust por el Consejo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión (art. 86.1)⁶, para lo cual tendrá competencia para descubrir a los autores de las infracciones, para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos, ejerciendo la acción penal⁷.

Pero sin duda donde se debe centrar la atención es en el tratamiento que se dispensa en los Tratados (TUE y TFUE) a la cooperación judicial en materia penal. Como ya se ha dicho, con la entrada en vigor de estos Tratados se ha puesto fin al “tercer pilar”, lo que no significa que haya desaparecido la cooperación penal, sino que, muy al contrario, se convierte en materia comunitaria, es decir, ha pasado a formar parte de la Tercera Parte del TFUE, “Políticas y acciones internas de la Unión” (de la misma manera que el mercado interior, la agricultura y pesca, o la libre circulación).

La cooperación judicial en materia penal pasa a integrar el Capítulo 4 del Título IV, rubricado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”⁸ y comprende los arts. 82 a 86 del TFUE, y se regirá por disposiciones adoptadas *conforme al procedimiento legislativo ordinario*, cuyos instrumentos normativos son los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes (art. 288 TFUE) y respecto del cual el Tribunal de Justicia ostenta competencia plena.

Hay que destacar que el TFUE comienza sentando que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, adoptando medidas para establecer normas y procedimientos que garanticen el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; que prevengan y resuelvan los conflictos de jurisdicción; que apoyen la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia y que faciliten la cooperación judicial en el procedimiento penal y en la ejecución (art. 82.1).

⁵ En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que no se ha aprovechado la ocasión para implementar un verdadero poder judicial europeo. Sobre las novedades relativas al Tribunal de Justicia introducidas en el Tratado de Lisboa, vid. RUIZ-JARABO COLOMER, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 291, 2009.

⁶ En caso de falta de unanimidad, al menos nueve Estados podrán establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate.

⁷ Se dispone asimismo que el Consejo Europeo pueda ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza.

⁸ Frente al actual que se rubrica “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”.





Junto con ello se previene que, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, que tengan en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados, se puedan establecer *normas mínimas en los procedimientos penales* sobre la admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las personas durante el procedimiento, los derechos de las víctimas y otros elementos específicos del proceso penal⁹.

También se prevé la aprobación de *normas de Derecho penal material*, pudiéndose establecer, también por medio de directivas, normas mínimas relativas a la *definición de las infracciones penales y de las sanciones* en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una *dimensión transfronteriza*, refiriéndose el Tratado al terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada (art. 83.1).

De acuerdo con lo resuelto por el TJCE en la sentencia de 13 de septiembre de 2005, asunto *Comisión contra Consejo* (C-176/03), el TFUE establece que se puedan aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados en materia penal, estableciendo normas mínimas relativas a la *definición de las infracciones penales y de las sanciones*, cuando resulte imprescindible para *garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión* en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización (art. 83.2)¹⁰.

Por otra parte, se define a Eurojust como un órgano de apoyo y refuerzo en la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas tanto de la investigación como de la persecución de la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados o que se deba perseguir según criterios comunes, haciendo referencia a su relación con Europol¹¹. La estructura, funcionamiento, ámbito de actuación y competencias de Eurojust se determinarán por el Parlamento Europeo y el Consejo por medio de reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (art. 85 TFUE, que sustituye en realidad, mejorando su redacción y su ámbito, al art. 31.2 del actual TUE), dando también el Tratado participación al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales en la evaluación de las actividades de Eurojust.

A diferencia del régimen normativo propio de la cooperación judicial en materia penal, que es el procedimiento legislativo ordinario, el TFUE lo establece solamente para la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información; el apoyo a la formación de personal, así como la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial, y las técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada (art. 87.2).

Sin embargo, cuando se trata de adoptar medidas relativas a la cooperación operativa, el Tratado remite a un procedimiento legislativo especial, en el que el Consejo, previa

⁹ Se prevé la suspensión del procedimiento legislativo ordinario cuando un miembro del Consejo considere que el proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, remitiéndose entonces al Consejo Europeo y, si no se alcanza un consenso, cabe establecer una cooperación reforzada si al menos nueve Estados lo deciden. Este mecanismo ha dado en llamarse “freno de emergencia” y constituye uno de los peajes pagados para conseguir la efectiva ratificación del Tratado de Lisboa.

¹⁰ En estos dos últimos casos se introduce la cautela de que, como se ha dicho en materia de procedimiento penal, se suspenda el procedimiento legislativo si un miembro del Consejo considera que el proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, remitiéndose entonces al Consejo Europeo y, si no hubiera consenso, cabe establecer una cooperación reforzada si al menos nueve Estados lo deciden.

¹¹ Las peculiaridades de esta institución determinan igualmente su compleja relación con la Red Judicial Europea, cuestión que ha sido objeto de tratamiento específico en la Decisión 2008/976/JAI, de 16 de diciembre, que clarifica las relaciones entre ambas organizaciones.





consulta al Parlamento Europeo, se debe pronunciar por unanimidad (art. 87.3)¹². Esa remisión a un procedimiento legislativo especial se hace también para que el Consejo fije las condiciones y límites dentro de los cuales las autoridades de un Estado podrán actuar en el territorio de otro Estado (art. 89).

El Tratado regula también Europol, cuya función es apoyar y reforzar la actuación de las autoridades nacionales y su colaboración mutua en la prevención y la lucha contra la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados o que se deba perseguir según criterios comunes, así como en materia de terrorismo. Como Eurojust, la estructura, funcionamiento, ámbito de actuación y competencias¹³ de Europol se determinarán por el Parlamento Europeo y el Consejo por medio de reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (art. 88).

En última instancia, debe indicarse que, ya dentro de los parámetros de este nuevo marco jurídico, a finales de 2009 se aprobó el Programa de Estocolmo, nueva hoja de ruta que marca las líneas preferentes de actuación en materia de cooperación jurídica para los próximos cinco años (2010-2014) y que incide en la prioridad concedida al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia¹⁴. Esta nueva agenda se centra en los intereses y necesidades de los ciudadanos, de manera que asume como reto “asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y la integridad de la persona, garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa”¹⁵.

2. Instrumentos para la asistencia judicial: convenios bilaterales y multilaterales

2.1. Las solicitudes de cooperación

La base más común y general de relación en el curso de actuaciones penales, cuando entran en juego autoridades de diferentes Estados, sigue siendo la solicitud de un Estado y el cumplimiento por parte de otro.

Esta forma de cooperación o de colaboración parte del escrupuloso respeto a la soberanía y se instrumenta normalmente en Convenios bilaterales, que concretan normativamente las relaciones políticas de los contratantes en cada momento histórico.

Así se había establecido el marco de la cooperación en materia penal durante los siglos XIX y XX, y así subsiste hoy cuando se trata de asistencia o de cooperación, también en

¹² Como se ha visto en la aprobación de normas de procedimiento penal y de Derecho penal material, si no se logra la unanimidad no el consenso en el Consejo Europeo, al menos nueve Estados pueden establecer una cooperación reforzada.

¹³ Las competencias podrán incluir: a) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de la información, en particular la transmitida por las autoridades de los Estados miembros o de terceros países o terceras instancias; y b) la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust.

¹⁴ Su aprobación en ese momento responde en cualquier caso al agotamiento de la vigencia del Programa de La Haya, que no debe considerarse en modo alguno íntegramente ejecutado. Los resultados finales de los dos últimos años han sido debidamente analizados por la Comisión en sendos informes accesibles en las siguientes direcciones: <http://europa.eu/generalreport/fr/welcome.htm> y <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0373:FIN:ES:PDF>.

¹⁵ El texto íntegro del Programa de Estocolmo puede consultarse en el DOUE c 115/3, de 04.05.2010. Así mismo, debe tenerse en cuenta el Plan de acción aprobado por la Comisión a los efectos de desarrollar el citado Programa [COM (2010) 171 final - no publicado en el Diario Oficial].



materia penal, entre diferentes Estados, de modo que la política internacional de cada uno le lleva a concluir los Convenios que considera convenientes a sus propios intereses nacionales; se trata de Convenios bilaterales, cuyo cumplimiento y supervisión queda en manos de los dos que lo suscribieron.

Sin embargo, el incremento exponencial de las relaciones internacionales ha conducido a la integración de muchos Estados en nuevas estructuras económicas o políticas, más o menos formales, en las diferentes regiones del planeta.

Este fenómeno de las nuevas “agrupaciones” de Estados, por razones políticas (como el Consejo de Europa, después de la segunda guerra mundial) o inicialmente económicas (como la Unión Europea, o más recientemente el MERCOSUR o la Comunidad Andina de Naciones, ambos en Sudamérica), históricamente desconocido, ha repercutido también en los instrumentos y las políticas de cooperación jurídica, pero utilizando los mismos mecanismos de la cooperación internacional¹⁶.

Porque en la actualidad es evidente que no se ha globalizado sólo la economía, sino también la criminalidad, de modo que se ha provocado también una creciente necesidad de articular de un modo no sólo más fluido, sino sobre todo más efectivo y más estable, las relaciones jurídicas y las actuaciones de cooperación judicial, dado que los procesos (también los procesos penales) con elementos extranjeros han crecido extraordinariamente en este nuevo marco de las relaciones internacionales.

Ésta es la razón por la que surgen los Convenios multilaterales de cooperación jurídica en materia penal, tanto en los ámbitos regionales, en un primer momento, como luego en todo el mundo, a partir de la iniciativa de la Secretaría General de las Naciones Unidas. Son convenios referidos a ámbitos muy dispares, que van desde la mera actividad material de remitir un citación o una notificación, a la entrega de una persona que se encuentra en el territorio de otro Estado para el ejercicio de la jurisdicción penal, para el enjuiciamiento o para el cumplimiento de la pena que se le hubiere impuesto, o para intercambiar información o realizar operaciones conjuntas en la persecución del terrorismo, del tráfico de drogas o de la criminalidad internacional.

2.2. Los Convenios del Consejo de Europa

Para facilitar las actuaciones de cooperación en el ámbito europeo, después de la segunda guerra mundial, el Consejo de Europa inició su andadura aprobando varios instrumentos de enorme importancia para la efectividad de la justicia penal. Los dos primeros, de los años 50, fueron el Convenio europeo de extradición de 1957 (ratificado hoy por la totalidad de los países del Consejo de Europa y, además, por Sudáfrica e Israel) y el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959 (igualmente ratificado por todos los países del Consejo de Europa y, además, por Israel), que entraron en vigor, respectivamente, en 1960 y 1962. Estos dos Convenios multilaterales significaron un avance muy notable en la cooperación penal internacional, no sólo porque establecieron normas jurídicas de aplicación general en el ámbito europeo para estas materias, sino porque inspiraron las legislaciones internas de los países firmantes, que fueron acomodando las previsiones de los instrumentos europeos a la suscripción de sus Convenios bilaterales.

¹⁶ El fenómeno ha desembocado en la conclusión de Convenios bilaterales de cooperación en materia penal, como el suscrito entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, en los que una de las partes (la UE) representa a un conjunto de Estados.



2.3. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS)

Todavía en el ámbito europeo, inicialmente cinco Estados (Alemania, Bélgica, Francia, Holanda y Luxemburgo) firmaron el Acuerdo de Schengen en 1985, y luego el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) en 1990, con la finalidad de eliminar progresivamente los controles en las fronteras comunes y establecer un régimen de libre circulación de personas, que entró en vigor en 1995. A estos instrumentos se incorporaron luego Italia en 1990, España y Portugal en 1991, Grecia en 1992, Austria en 1995 y Finlandia, Suecia y Dinamarca (éste con especialidades) en 1996, así como Islandia y Noruega en ese mismo año y, finalmente, Suiza y Liechtenstein en 2008 y 2009 respectivamente. Por su parte, Irlanda y el Reino Unido participan sólo de forma restringida en la aplicación de estos instrumentos

El Acuerdo de Schengen surge a raíz del Acuerdo de Saarbrücken, celebrado entre Francia y la República Federal de Alemania el 13 de febrero de 1984, cuyo objeto era la supresión de los controles de la frontera entre ambos países. Con ello se intentaba extender la experiencia positiva alcanzada en el marco del Benelux y generalizar luego ese modelo en el continente para contraponerlo, con garantías de éxito, al modelo británico de control exhaustivo en las fronteras. En efecto, los países del Benelux habían suprimido en 1960 sus fronteras, formando un territorio único y trasladando el control de las personas a las fronteras exteriores por medio de una política de visado común, el visado turístico del Benelux.

Por su parte, en Schengen se preveía igualmente -entre sus medidas a largo plazo- la supresión de los controles en las fronteras comunes y su traslado a unas fronteras externas. Esto suponía una armonización previa de las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basaban los controles, es decir, la adopción de unas medidas complementarias para salvaguardar la seguridad e impedir la inmigración ilegal de los nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas.

Así, el Acuerdo ponía énfasis en que podía ser firmado sin reserva de ratificación o de aprobación y se limitaba a enunciar, a lo largo de sus 33 artículos, un conjunto de medidas concretas que debían adoptarse a corto plazo con carácter jurídico vinculante (arts. 2 a 16: vigilancia visual de vehículos, por sondeo, etc.); y otras medidas a largo plazo que se reducían a declaraciones de intención, asumiendo las Partes obligaciones de “buscar”, “iniciar discusiones” o “adoptar iniciativas comunes” en ciertos ámbitos, entre ellos la cooperación judicial (artículos 17 a 27). Estas últimas previsiones no eran sino desiderata sin eficacia práctica, lo que naturalmente demandaba otro texto donde se concretaran las actuaciones específicas precisas. Es decir, que el Acuerdo inicial carecía de los instrumentos necesarios para hacer efectivas sus previsiones, que deberían haberse cumplido en su totalidad el primero de enero de 1990 (art. 30); de ahí que pudiera calificarse con acierto como “tratado marco” o como una suerte de norma programa.

Ante tal estado de cosas, resultaba evidente la necesidad de aprobar un instrumento complementario que contuviera los mecanismos precisos para poner en práctica las medidas de supresión gradual de los controles fronterizos. Así se llegó al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, con 142 artículos de entendimiento ciertamente difícil y una gran complejidad en su estructura y en las materias que regula, al que se sumaron progresivamente los restantes Estados.





La gestación de este segundo instrumento comienza a finales de los años ochenta, cuando el artículo 13 del Acta Única -convertido en el artículo 8 del Tratado de Roma- establece que las fronteras entre los países miembros de la Comunidad Europea debían desaparecer el primero de enero de 1993, instaurándose la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

Con todo, en los trabajos para hacer realidad esa supresión de fronteras resultó pronto patente que los esfuerzos para lograr la libre circulación de mercancías, servicios y capitales avanzaban mucho más rápidamente que los encaminados a lograr la libre circulación de personas, ya que los Estados miembros de la Comunidad mostraban gran temor a la desaparición de controles que impedían la libre circulación de las personas, convencidos de que la supresión de las fronteras incrementaría las actividades criminales y el flujo de entrada de inmigrantes ilegales de terceros países.

Consciente de esta situación, el Consejo Europeo celebrado en Rodas en diciembre de 1988 decidió “invitar de forma apremiante al Consejo a intensificar sus esfuerzos en todos aquellos campos en los que los progresos no habían ido tan rápido como hubiera cabido esperar, en particular, en lo que concierne a la libre circulación de las personas”. En cumplimiento de estas previsiones, a lo largo de 1989 y bajo presidencia española, se incrementaron los esfuerzos en este sentido, centralizando los trabajos en un Grupo de Coordinadores nacionales que elaboró un informe -denominado Documento de Palma-, que recibió la bendición del Consejo Europeo de Madrid en junio de 1989 y fruto de cuyo desarrollo han resultado una serie de Convenios, entre ellos el de Schengen.

Ello fue así porque, dado el limitado desarrollo tras la adopción a doce del Documento de Palma, algunos Estados miembros de las Comunidades Europeas, en concreto, los Estados firmantes del primer Acuerdo de Schengen de 1985, más algunos otros como Italia, Portugal, España o Grecia, decidieron ensayar, ante las dificultades encontradas, otro camino, el de la cooperación intergubernamental más reducida, lograda en el seno del denominado “Grupo Schengen”. Se desarrolló así el segundo de los mencionados instrumentos, el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.

El Acuerdo y el Convenio, así como las normas adoptadas sobre la base de ambos textos y los acuerdos conexos, constituyen lo que se conoce como “acervo de Schengen”, que desde 1999 está integrado en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea en virtud de un protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam. El Título III del CAAS (arts. 39 a 91, bajo el epígrafe “Policía y Seguridad”) regula aspectos esenciales de la cooperación penal, que hacen referencia a la cooperación policial (capítulo I) en la investigación de delitos, la vigilancia transfronteriza, la persecución en caliente, el intercambio de información o la designación de funcionarios de enlace; que regulan la cooperación en materia de estupefacientes (capítulo VI) o de armas de fuego y municiones (capítulo VII)¹⁷.

Pero además el CAAS contiene disposiciones específicas sobre asistencia judicial en materia penal (capítulo II) con el objetivo reconocido (art. 48.1) de completar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, así como, en lo que respecta a las relaciones entre las Partes contratantes miembros de la Unión Económica Benelux, el capítulo II del Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 y facilitar la aplicación de dichos acuerdos.

¹⁷ Cfr. MORENO CATENA y CASTILLEJO, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999.





Con este mismo sentido de la complementariedad del Convenio Europeo de Extradición de 13 de septiembre de 1957 y en las relaciones entre las Partes contratantes miembros de la Unión Económica Benelux, el capítulo I del Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 y facilitar la aplicación de dichos Acuerdos, se establecen normas específicas en el capítulo IV (arts. 59 a 66).

Junto con ello, se regula una cuestión de gran trascendencia para la cooperación en materia penal: el principio *ne bis in idem* (capítulo III, arts. 54 a 58), es decir, la prohibición de que quien haya sido juzgado en sentencia firme por un Estado no pueda ser perseguida por los mismos hechos por otro Estado, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación del Estado donde se dictó la sentencia condenatoria (art. 54). La consagración de este principio representa un elemento básico de la cooperación penal, pues atenta contra los criterios esenciales de proporcionalidad y de justicia que un sujeto pueda ser condenado dos veces (aunque se trate de dos Estados distintos) por unos mismos hechos.

Finalmente, para completar otro Convenio, el Convenio del Consejo de Europa de 21 de marzo de 1983 sobre el traslado de personas condenadas, el CAAS establece normas específicas en el Capítulo V para la transmisión de la ejecución de sentencias penales.

2.4. El Convenio 2000 de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE

La política europea en lo que hace a la cooperación jurídica en materia penal ha ido poniendo en marcha paulatinamente instrumentos con la finalidad de completar anteriores Convenios del Consejo de Europa y superar los obstáculos que se habían advertido para la plena implantación de un espacio europeo de justicia, también de justicia penal.

Uno de los puntos relevantes en este campo, por la vía del art. 34 TUE, ha sido la aprobación del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000, que entró en vigor en agosto de 2005, al haberlo ratificado un número suficiente de Estados. Este Convenio pretende fomentar y actualizar la ayuda mutua entre autoridades judiciales, policiales y aduaneras, completando y facilitando la aplicación del Convenio del Consejo de Europa de 1959 y su protocolo de 1978, así como el CAAS de 1990 y del Tratado del Benelux de 1962.

Además de regular la práctica de algunas diligencias, como las declaraciones por medio de videoconferencia y la intervención de comunicaciones, el Convenio se refiere a la comunicación directa de las autoridades de un Estado con los destinatarios de una comunicación judicial que se encuentren en el territorio de otro Estado y la transmisión y ejecución directa por las autoridades competentes, sin pasar por una autoridad central, como regla general.

Junto con ello se establece la posibilidad de crear equipos comunes de investigación por parte de dos o varios Estados, incluyendo investigaciones discretas, realizadas con agentes encubiertos, de modo que el Convenio sustituye la Decisión Marco 2002/465, sobre equipos conjuntos de investigación.

Pero tal vez la innovación más relevante que contiene este instrumento sea la aplicación en las actuaciones de asistencia judicial penal de las normas del país requirente (*forum regit actum*) y no del Estado que presta la ayuda (*locus regit actum*), de modo que se



respeten las garantías procesales indicadas por el Estado requirente, incluyendo los plazos que señale¹⁸.

Sin duda esta previsión se inscribe en una línea diferente a la del reconocimiento mutuo, pues las autoridades que realicen los actos de auxilio deberán hacer dejación de sus propias normas en beneficio de las que rigen en el Estado donde van a surtir efecto; así, en vez de hacer valer en todo caso y en todos los países el resultado que se hubiere obtenido conforme a las normas del Estado requerido, aunque estas normas contravengan o no se compadezcan con las del Estado requirente, que es la base del principio de mutuo reconocimiento, se hacen respetar las garantías establecidas por el Estado donde vaya a surtir efecto la actuación, con lo que decaen todas las objeciones a la eficacia de la cooperación judicial.

3. Las políticas de integración

El objetivo de alcanzar en Europa un espacio de libertad, seguridad y justicia pasa efectivamente por lograr la eficacia en todo el territorio europeo de las resoluciones judiciales dictadas en cualquiera de los Estados, tomándose en definitiva como si se tratara de una decisión interna. En ese horizonte, el juez nacional de un Estado sería juez de toda la UE, y sus resoluciones deberían ser asumidas y obedecidas como si hubieran sido dictadas por un juez del Estado en que se pretendan hacer valer.

El camino a seguir es sin duda largo y, en ocasiones, penoso, y se puede recorrer desde dos diferentes intervenciones: por un lado, a través de la armonización, es decir, con la vigencia en todos los Estados de unas instituciones, y de unas normas penales y procesales que guarden las suficientes similitudes como para generar confianza recíproca, más allá de los inevitables errores o los defectos en el concreto funcionamiento del sistema. Por otro lado, a través del reconocimiento mutuo, es decir, aceptando como propia una actuación o una resolución de otro Estado, por el mero hecho de provenir de la UE, y haciéndola cumplir.

Es claro que el objetivo del espacio judicial europeo requiere, por encima de todo, la confianza de cada uno de los Estados en el respeto a los principios que rigen los sistemas procesales de los demás, y en el adecuado funcionamiento de sus instituciones, máxime cuando se trata del sistema penal, donde están en juego las libertades individuales que tan trabajosamente ha costado asentar en la mayoría de los países europeos.

Probablemente la primera reacción desde cualquiera de las instancias del sistema judicial de un país cuando considere que en otro existe un déficit en la protección de los derechos, o en la estructura o en las garantías de la magistratura, sea poner en cuarentena todas las actuaciones que provengan de él, incluso en el caso de que ellos mismos hayan solicitado el auxilio.

¹⁸ No obstante, el Protocolo del Convenio 2000 de asistencia judicial en materia penal (DO C326, de 21 noviembre 2001), que establece medidas relativas a las solicitudes de información sobre transacciones bancarias para luchar contra la delincuencia organizada, vuelve al principio del *locus regit actum*, remitiendo a la legislación del Estado requerido para realizar el acto de asistencia judicial.



3.1. Instrumentos para la armonización

Es evidente que se pueden producir importantes avances en la integración política europea, que sin duda deberán otorgar una mayor legitimación democrática a las instituciones comunitarias, rompiendo con la actual organización en donde la intervención de la soberanía popular resulta poco reconocible, a pesar del mayor protagonismo que progresivamente va asumiendo el Parlamento europeo¹⁹.

Pero hasta tanto no se llegue a esa nueva etapa de integración política, por todo cuanto se acaba de decir, los progresos en la integración europea en materia de justicia penal, en el escenario del espacio de libertad, seguridad y justicia, deben partir básicamente de la armonización fruto de la confianza recíproca; es decir, que con total respeto de la soberanía de cada uno de los Estados, exista en todo el territorio de la Unión, y sea reconocido por todos, tanto un Poder Judicial independiente como unas normas jurídicas sobre el derecho y el proceso penal que sean homologables.

La comunitarización de la cooperación penal operada por medio del Tratado de Lisboa determina en última instancia que la armonización pueda incluso venir impuesta por normas emanadas de los órganos de la UE con capacidad legislativa, que pasen a integrar los ordenamientos nacionales de los Estados. Con todo, la resistencia mostrada por no pocos Estados esta pérdida de soberanía que puede interpretarse como una renuncia a diseñar su propio modelo de justicia penal, considerando una amenaza cualquier intento de legislar en materia penal desde la UE, introduce serias dudas acerca de los avances reales en este campo. Pero es que, además, la armonización no puede significar igualdad jurídica total de unos sistemas que se han ido conformando por siglos con elementos muy diferentes entre sí.

Por lo tanto, de un lado, no cabe eliminar la potestad legislativa de los Estados para que cada uno establezca, de acuerdo con su tradición y su sistema jurídico, su propio sistema penal, es decir, tanto la organización de la justicia penal, como la determinación de las conductas delictivas y la sanción que decida imponerles, como el desarrollo del procedimiento; en definitiva, el programa de política criminal que cada Estado pretenda ejecutar.

Pero, de otro lado, hay que tener muy en cuenta que la armonización, al contrario de lo que parece primar en la política comunitaria, preocupada esencialmente por incrementar los instrumentos para mejorar la persecución penal, deberá aspirar al establecimiento de unos estándares de garantías para todos, que se aproximen al sistema que mejor proteja los derechos, porque es evidente que no se puede exigir a los ciudadanos de un Estado que renuncien a las garantías que les dispensa su propio sistema jurídico.

En definitiva la armonización habrá de afanarse en conseguir, por un lado, que esté vigente en todo el espacio europeo el mismo sistema de garantías procesales, y tendencialmente en el máximo grado de protección; por otro lado, que la tipificación de las conductas delictivas y las sanciones que se impongan guarden una cierta uniformidad en todo el territorio de la UE y, finalmente, que sean estrictamente respetadas las garantías institucionales de los servidores públicos del sistema de justicia penal y, esencialmente, la independencia de los juzgadores.

Todo eso quiere decir que la armonización en esta materia deberá resultar de la convergencia de dos factores: por una parte, la voluntad de los Estados –y, sobre todo, de

¹⁹ Puede destacarse que el Tratado de Lisboa casi equipara su papel al del Consejo en el proceso de aprobación de nuevas normas.





los ciudadanos, quienes con demasiada frecuencia son los grandes olvidados en la construcción europea— fruto de la confianza en el resto de los ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, el propio impulso de las instituciones comunitarias que, bien mediante Decisiones marco, bien por la vía de la cooperación reforzada, han logrado en los últimos años que los Estados aprueben regulaciones uniformes que, como se ha dicho, pueden conseguir nivelar los estándares de garantías hacia el ordenamiento jurídico que proteja más cumplidamente los derechos de los justiciables. Más aún, si bien las dificultades con las que tropezaba la Comisión para aprobar una norma común y específica sobre garantías procesales mínimas no auguraban a la armonización en esta materia un futuro inmediato prometedor²⁰, parece que la exploración de los nuevos itinerarios diseñados en el Tratado de Lisboa puede llevar a resultados más halagüeños, como pone de manifiesto la reciente aprobación por el Consejo de una Directiva relativa a los derechos de traducción e interpretación en los procedimientos penales²¹.

En este sentido, la propia Comisión, en una Comunicación de 2005 al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y al fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros²², apuntaba a que la confianza mutua incluye acciones legislativas que garantizaran un alto grado de protección de los derechos de las personas en la UE, y sentara la idea de armonizar determinadas disposiciones legislativas en materia penal, y en concreto el Derecho procesal penal a escala comunitaria con objeto de que las resoluciones judiciales respondan a normas exigentes en términos de garantías de los derechos de las personas, como son la presunción de inocencia, la regulación de las resoluciones *in absentia*, las normas mínimas para recabar las pruebas, etc.

Parece que en la referida comunicación de 2005 la Comisión manifestaba también el deseo de identificar los obstáculos potenciales antes de adoptar nuevos instrumentos, lo que puede ser reflejo de la apuesta por la armonización de legislaciones sobre la automática aplicación del reconocimiento mutuo.

Manifestaciones tendentes a la armonización de disposiciones penales se encuentran en algunas no pocas Decisiones marco y Propuestas de Decisiones marco.

Como se dice en la Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 2006, al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las penas privativas de derechos impuestas por condenas penales²³, la legislación comunitaria adoptada en materia de penas privativas tiene por objeto aproximar las legislaciones nacionales.

Así se ha establecido en algunas importantes disposiciones de la UE, como en la Decisión marco 2004/68/JAI, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, que fija unas normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de dichas infracciones, y reconoce que es preciso fijar para los autores de estas infracciones sanciones lo suficientemente severas para que la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil puedan incluirse dentro del ámbito de aplicación de los instrumentos ya aprobados de lucha contra la delincuencia organizada²⁴. Además, entre

²⁰ Un análisis detallado de la mencionada propuesta de Decisión marco y su tramitación lo encontramos en LOREDO COLUNGA, “La armonización de la legislación procesal penal en la Unión Europea: los derechos del imputado”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 3/2008.

²¹ Texto aprobado por el Consejo de Luxemburgo de 7 y 8 de octubre de 2010 y que ya había sido políticamente acordada durante la presidencia española de la UE.

²² COM (2005) 195 final - no publicada en el Diario Oficial.

²³ COM (2006) 73 final - no publicada en el Diario Oficial.

²⁴ Alude a la Acción Común 98/699/JAI del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del





otras cosas, la Decisión marco exige que cada Estado miembro adopte las medidas necesarias para garantizar que las infracciones que se enuncian sean castigadas con las sanciones penales que la propia Decisión fija²⁵.

Lo propio hay que decir respecto de la Decisión marco 2004/757/JAI, del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, en donde se exige que las sanciones previstas por los Estados miembros deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias e incluir penas privativas de libertad. Para determinar el nivel de las sanciones, deben tenerse en cuenta elementos de hecho tales como las cantidades y la naturaleza de las drogas objeto del tráfico, o si el delito fue cometido en el marco de una organización delictiva. La propia Decisión marco establece también que los Estados han de garantizar que los delitos de tráfico de drogas se castigan con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias y fija para los distintos tipos una pena mínima (art. 4)²⁶.

Asimismo, de forma expresa, en esta línea de la armonización de la legislación penal, se sostiene en el Libro Verde de la Comisión, de 26 de abril de 2006, sobre la presunción de inocencia²⁷, que esa iniciativa de la Comisión se inscribe en el proceso de armonización del Derecho penal, pues el principio de reconocimiento mutuo sólo puede funcionar con eficacia si se confía en los demás sistemas judiciales, confianza mutua que deriva de la referencia común a los derechos fundamentales, como se destaca en el Libro Verde de la Comisión, de 19 de febrero de 2003, sobre garantías procesales del imputado²⁸. Reconoce la Comisión que existen grandes diferencias en las penas entre los Estados miembros, mientras que las decisiones que se toman en la fase previa a la ejecución de una sentencia no siempre se aplican sobre la base de normas comunes destinadas a garantizar el mismo grado de protección de los derechos fundamentales en el conjunto de la UE.

Más recientemente, por la decisión del Consejo, de 12 de febrero de 2007, se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico "Justicia Penal"²⁹, integrado en el programa general "Derecho Fundamentales y Justicia". Destaca que entre los cuatro objetivos generales del programa sólo figuren: i) promover la cooperación judicial en materia penal; ii) acercar los sistemas judiciales de los Estados miembros entre sí y al sistema judicial de la UE; iii) mejorar los contactos y el intercambio de información y de buenas prácticas entre las autoridades judiciales, administrativas y los profesionales de la justicia, y promover la formación de los profesionales del Derecho, y iv) incrementar la confianza entre las autoridades judiciales.

delito y la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea.

²⁵ También se establece así en la Decisión marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, a la legislación relativa a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y destinada a luchar contra la corrupción y el crimen organizado, y a otras directivas aplicables al sector financiero.

²⁶ En la misma línea, deben traerse a colación otras normas de reciente aprobación, como son la Decisión marco 2008/912/JAI, que concreta los aspectos esenciales de los delitos de racismo y xenofobia; la Decisión marco 2008/919/JAI, que modifica la definición consensuada de terrorismo; o la Decisión marco 2008/841/JAI, que define los delitos relativos a la participación en organizaciones delictivas.

²⁷ COM (2006) 174 final - no publicado en el Diario Oficial.

²⁸ COM (2003) 75 final.

²⁹ Decisión 2007/126/JAI (DO L 58, de 24.02.07).





3.2. El principio de reconocimiento mutuo

El principio de reconocimiento mutuo tuvo su origen en problemas surgidos en el mercado único y la libre circulación de mercancías, a raíz de una sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, en el caso del *Cassis de Dijon*, resolviendo el Tribunal que, cuando no exista legislación armonizada, se deben admitir los productos procedentes de otro Estado si cumplen la normativa del país de origen, suprimiendo así los llamados límites técnicos al comercio.

Este hallazgo del TJCE fue trasladado luego a la materia penal, para promover la libre circulación de resoluciones judiciales en el ámbito de la UE³⁰, como un medio más rápido y eficaz para ampliar el campo de acción en esta materia de la cooperación en el ámbito de la justicia penal, porque de esta manera se pasaba por encima de las interminables negociaciones para la armonización a partir de una Decisión marco o de los Convenios propios del “tercer pilar”.

Y efectivamente la invocación al principio de mutuo reconocimiento se encuentra presente de forma reiterada y permanente en casi todos los instrumentos normativos o actos del Consejo o de la Comisión en materia de cooperación penal, que lo utilizan con un enorme entusiasmo, y como si fuera una especie de salmodia o de impetración taumatúrgica³¹.

Mediante este régimen del reconocimiento mutuo, la resolución dictada por un tribunal de cualquier Estado de la UE no sólo tiene autoridad y produce efectos en su propio territorio, donde ese órgano ejerce su potestad jurisdiccional, sino que tendría eficacia directa en el Estado en donde deba cumplirse, cuyas autoridades se habrían de limitar a reconocerla y a ejecutarla.

Como ya se ha apuntado, la aplicación del principio de mutuo reconocimiento sólo se sostiene a partir de la confianza recíproca entre los sistemas jurídicos, pues sería impensable que un Estado cediera la soberanía de sus decisiones jurisdiccionales en favor de las resoluciones que vienen a ser ejecutadas en su territorio, dictadas por jueces extranjeros, a partir de otro ordenamiento jurídico, desconocido o con un dudoso sistema de garantías. Así pues, sólo contando con una base común de independencia de los jueces y de respeto a los derechos fundamentales, es decir, de unos mismos fundamentos en el sistema de justicia, se puede asumir el principio de que un Estado ponga al servicio de una resolución extranjera, por el mero hecho de haberse dictado, todo su *imperium* para hacerla cumplir como si fuera una resolución interna.

En este sentido resulta evidente que el mutuo reconocimiento sólo puede ser la consecuencia y el fruto de una labor previa de armonización normativa, que desemboque en la recíproca confianza de los Estados en sus respectivos sistemas de justicia; otra cosa sería o comenzar la casa por el tejado³², o ponerle al caballo el ronzal por el rabo³³. Por lo tanto, cabe decir que ambas vías, la armonización y el mutuo reconocimiento,

³⁰ Que es notablemente distinta la aplicabilidad del principio de mutuo reconocimiento a la libre circulación de mercancías, sobre las que el consumidor tomará la decisión de comprarlas o no finalmente, y a la libre circulación de resoluciones judiciales, lo explica bien BACHMAIER, “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., pág. 176.

³¹ Sobre este principio se ha mostrado furibundamente en contra un amplio sector de la doctrina alemana; vid., por todos, SCHÜNEMANN, op. cit., passim. Con una visión más comprensiva, cfr. TIEDEMANN, “El nuevo procedimiento penal europeo”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007, págs. 143 y ss.

³² En expresión de GÓMEZ-JARA, “Orden de detención europea y constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, en *Revista La Ley*, de 26 de julio de 2004.

³³ En expresión de HASSEMER, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, en ZStW, 116-2, II, pág. 317.





deben ser complementarias, pues para lograr la directa validez y eficacia de una resolución extranjera, aun contando con las obvias y naturales discrepancias de los distintos sistemas jurídicos, deberá respetar desde luego el orden constitucional del Estado donde se pretende hacer valer³⁴.

Como sostiene acertadamente PEITEADO³⁵, en el origen del reconocimiento mutuo se encuentran los tres elementos que lo definen: en primer lugar, la distinción entre reconocimiento y armonización; en segundo lugar, la equivalencia normativa, en razón de los objetivos, intereses protegidos y garantías dispensadas; en tercer lugar, su vinculación con el espacio único de justicia.

La primera de las disposiciones que aplicó el principio de reconocimiento mutuo en materia penal fue la Decisión marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. A ésta le siguió la Decisión marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.

A partir de estas dos disposiciones aprobadas al amparo del art. 34.2 del TUE, se han ido produciendo actos de análisis, propuesta o decisión que toman como punto de partida indiscutible el principio de reconocimiento mutuo.

Así la Decisión marco 2005/214/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, que abarca tanto a las sanciones penales como administrativas, y en la que se establece el mecanismo de transmisión de resoluciones, fijando en anexo el certificado que deberá adjuntarse a la resolución.

En la misma dirección se inscribe obviamente la Decisión marco 2006/783/JAI, del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, con normas sobre la transmisión, reconocimiento y ejecución de las mismas.

Desde la perspectiva del reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales en el espacio penal europeo, se aprobó la Propuesta de Decisión marco del Consejo, de 29 de agosto de 2006, sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la UE³⁶, con la finalidad de que las medidas cautelares de vigilancia y no de privación de libertad acordadas en un proceso penal se cumplan en el Estado de residencia del imputado, que deberá seguir estando disponible para comparecer en el juicio en el Estado donde la orden se hubiera dictado.

En última instancia, puede afirmarse que la implementación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales ha recibido un importante respaldo en los últimos años, como pone de manifiesto la aprobación de las siguientes disposiciones: Decisión marco 2008/841/JAI, del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la delincuencia organizada; Decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la

³⁴ Cfr. ORMAZÁBAL, "La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas", en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., pág. 70. Vid. también las acertadas observaciones de MIRANDA, "El papel del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia", en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., págs. 192-193; en el mismo libro cfr. NIETO, "Modelos de organización del sistema europeo de Derecho penal", págs. 169 y ss.

³⁵ "El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la Unión Europea", en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., págs. 183-184.

³⁶ COM (2006) 468 final - no publicada en el Diario Oficial.





aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad; Decisión marco 2008/947/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada; Decisión marco 2008/978/JAI, del Consejo, de 18 de diciembre, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procesos penales; Decisión marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero, para propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones dictadas en juicios celebrados sin comparecencia del acusado; y Decisión marco 2009/829/JAI, del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

4. Las políticas de comunitarización: el espacio común europeo de justicia. El papel del Tribunal de Justicia

Como ha podido apreciarse, los campos a los que se extiende la UE en materia penal se han ido extendiendo paulatinamente.

Hay actuaciones de cooperación jurídica internacional que inciden en una escasa medida en el ejercicio y la afirmación del poder del Estado, como son las citaciones o notificaciones realizadas en su territorio, porque con ellas no queda comprometida su soberanía, ni implican imperativamente deberes que se hayan de cumplir dentro del territorio del Estado, ni por parte de éste ni por parte de la persona que recibe la citación o la notificación. Por ese motivo, desde hace muchas décadas se ha abierto sin mucha dificultad el campo de la cooperación jurídica internacional en estas materias, incluso con comunicaciones directas de las autoridades extranjeras con los individuos que se encuentran en el territorio del Estado que presta, facilita o soporta la solicitud o actuación de las autoridades del Estado en donde se tramita el procedimiento.

La segunda de las dimisiones en el ejercicio de la soberanía de los Estados que se plantea en el llamado espacio judicial europeo, o espacio de libertad, seguridad y justicia, hace referencia a atender las solicitudes en la obtención de medios de prueba o de medidas cautelares o ejecutivas; es decir, poner directamente a disposición de las autoridades de otro Estado los medios coactivos propios y, por tanto, el *imperium* estatal, sin una previa homologación o resolución interna que le dé fuerza o valide la decisión extranjera.

La tercera de las grandes renunciaciones del poder del Estado en atención a la cooperación jurídica internacional se concreta en el abandono de la protección de las personas que se encuentran en su territorio, procediendo a su entrega a las autoridades del Estado requirente, en los casos de extradición. La protección de las personas y de los bienes es tal vez la manifestación más palpable del ejercicio del poder y de la soberanía, que ejercían tanto los titulares del poder terrenal como espiritual, y así se reflejaba en la antigua posibilidad de “refugiarse en sagrado”, protegiendo el eclesiástico a la persona que acudía al recinto religioso, con la potestad de entregarla o no a quien se lo requería. Este modo de cooperación, que requiere de una actividad de *imperium* por parte de las autoridades del Estado donde se encuentra el reclamado (detención y entrega), se ha desarrollado, con la extensión y límites que se verán, en el espacio de la UE por medio Decisión marco 2002/584, de 13 de junio, sobre la orden europea de detención y entrega, que ha supuesto un cambio sustancial en el modo de concebir la entrega de una persona





a un Estado extranjero e implica un avance determinante en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, poniendo fin al tradicional sistema de la extradición y, con algunas salvedades, pasa por encima de los tres principios básicos que habían regido en esta materia: el principio de doble incriminación, el de especialidad y de la prohibición de extradición de nacionales³⁷.

Pero la cooperación jurídica se ha basado tradicionalmente en el criterio del coste para el Estado que presta la ayuda, medido no en términos económicos sino de renuncia a la soberanía, de modo que la primera resistencia, por encima de cualquier otra, se advierte en materia de potestad legislativa, cuando el Estado se obliga a asumir como propias o a ejecutar resoluciones que están aplicando normas de derecho extranjero, haciendo abstracción de las disposiciones nacionales.

Por eso ésta ha sido siempre la resistencia más potente, como reflejo de la afirmación de los principios y valores que informan el sistema jurídico propio, frente a las garantías que puedan regir en el sistema jurídico de donde ha emanado la resolución judicial que se pretende aplicar o ejecutar en su territorio.

Claro es que el trabajo pertinaz de las instituciones europeas, especialmente de la Comisión, a través de los sucesivos Libros verdes, de las Comunicaciones y de las Propuestas, a las que ya se ha aludido, así como diferentes sentencias del Tribunal de Justicia, ha ido quebrantando esas resistencias, aunque sin duda persistirán muchos de los recelos que hoy se advierten.

El Tribunal de Justicia ha realizado una labor determinante en este campo, a través de un puñado de sentencias donde se contiene una jurisprudencia creadora, que han introducido un cambio radical en el modo de entender el encaje tanto de las disposiciones emanadas de los instrumentos normativos del tercer pilar, sean las Decisiones marco, sean los Convenios, como sobre la tutela penal de las materias comunitarias y las relaciones entre el tercer pilar con el pilar comunitario³⁸.

a) La primera de las sentencias que merecen ser destacadas es la que se dictó el 16 de junio de 2005, en el caso *Maria Pupino* (C-105/03), que abordaba el problema del carácter normativo y el alcance de las Decisiones marco, es decir, un instrumento que se comprendía en el sistema de fuentes del “tercer pilar” y, por tanto, no “comunitarizado”³⁹. En el proceso penal italiano, donde se enjuiciaba a la Sra. Pupino, se planteó la aplicabilidad de la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, a pesar de que no se había realizado la transposición al derecho italiano si bien había concluido casi un año antes el plazo fijado en la propia Decisión marco. La sentencia aborda el problema de que una Decisión marco reconozca ciertos derechos, como en este caso el de preservar a las víctimas vulnerables de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública.

Pues bien, el TJCE consideró en esta sentencia que la obligatoriedad jurídica de las Directivas y de las Decisiones marco es idéntica, de modo que éstas no sólo tendrían carácter vinculante, sino que las autoridades de los Estados y, en particular, los órganos

³⁷ Cfr. MORENO CATENA, *La orden europea de detención en España*, en “Revista del Poder Judicial”, nº 78, págs. 11 y ss.; CASTILLEJO, *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*, Pamplona, 2005.

³⁸ Vid. IRURZUN, “¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., págs. 50 y ss.

³⁹ Sobre esta sentencia y sus efectos, vid. SARMIENTO, “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco”, en *Revista electrónica de estudios internacionales* (2005), passim, en www.reei.org.



jurisdiccionales, tienen la obligación de *interpretación conforme* del Derecho nacional⁴⁰. Por tanto, el TJCE ha abierto extraordinariamente la eficacia de las Decisiones marco del tercer pilar, situándolas casi en la misma posición que las Directivas, acto normativo del primer pilar, atribuyéndole prácticamente efecto directo, con la interpretación conforme, siempre que ello no exija una interpretación del Derecho nacional *contra legem*.

b) El segundo grupo de sentencias son las que se han dictado en interpretación y aplicación del art. 54 del CAAS⁴¹, sobre la vigencia del principio *ne bis in idem*⁴², que afecta también a la litispendencia, pues debe impedir no sólo una doble condena sino también una doble persecución, es decir, una doble investigación y enjuiciamiento, sea de manera sucesiva o simultáneamente⁴³, lo que involucra el problema de la elección del Estado que debe enjuiciar los hechos⁴⁴.

Dos primeras sentencias, de gran importancia, se refieren a la noción de sentencia firme (el *bis*) y son la de 11 de febrero de 2003, casos acumulados *Gözütok* y *Brugge* (C-187 y 385/01) y la sentencia de 10 de marzo de 2005, caso *Miraglia* (C-469/03).

En ellas el TJCE, yendo más allá de lo que inicialmente cabía interpretar como sentencia firme, consideró que se veda un ulterior procedimiento y enjuiciamiento tanto en caso de transacción del imputado (*Gözütok*) con el Ministerio Fiscal, sin intervención judicial (*Brugge*), de modo que se considera como sentencia firme cualquier resolución con la que se extinga la acción penal, propiciando el movimiento de personas en el ámbito europeo sin temor a ser juzgadas de nuevo. Sin embargo, no se consideran sentencias firmes, a los efectos de la aplicación del *ne bis in idem*, las decisiones de archivo del procedimiento penal, cuando no se haya pronunciado sobre la culpabilidad del imputado (*Miraglia*), como en el caso de que el fiscal haya decidido no proseguir la acción penal por haberse iniciado actuaciones penales en otro Estado, porque con esta decisión no se ha efectuado apreciación alguna en cuanto al fondo.

Con posterioridad, en la sentencia de 9 de marzo de 2006, caso *Van Esbroeck* (C-436/04), el TJCE aborda, junto con la entrada en vigor y la aplicabilidad temporal del Convenio, el problema de definir condena por “los mismos hechos” (el *idem*). Resuelve el Tribunal que el precepto ha de interpretarse como identidad de hechos naturales o históricos; el Tribunal se refiere a los “hechos materiales”, es decir, un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido, porque, debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, la tipificación delictiva puede cambiar de un Estado a otro.

⁴⁰ Cfr. MUÑOZ DE MORALES, “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco ¿hacia el efecto directo?: especial referencia al caso *Pupino*”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., págs. 291 y ss.

⁴¹ Dispone el precepto que “una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

⁴² Cfr. al respecto, SARMIENTO, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (coord. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007, págs. 37 y ss.

⁴³ De ahí que la Comisión haya abordado el problema en el *Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales* (diciembre de 2005). Sobre el particular cfr. GONZÁLEZ CANO, “Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales”, en *Unión Europea Aranzadi*, nº 11/2006.

⁴⁴ Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, “Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007, págs. 65 y ss.





Entiende también el Tribunal que las sentencias firmes a las que se refiere el CAAS incluyen a las sentencias absolutorias, incluso aunque se hayan dictado por insuficiencia de pruebas o como consecuencia de aplicar la prescripción; así sentencia de 28 de septiembre de 2006, caso *Gasparini y otros* (C-467/04).

También aborda el TJCE el problema de los hechos y su identidad, cuando hay modificación de algunos de sus elementos. En la sentencia de 28 de septiembre de 2006, caso *Van Straaten* (C-150/05) el Tribunal descarta que deba exigirse una completa identidad, de modo que cuando los hechos del segundo proceso se comprenden en el primero debe entrar en juego la prohibición del *bis in idem*⁴⁵. Esta misma doctrina se reitera en la sentencia de 18 de julio de 2007, caso *Kretzinger* (C-288/05)⁴⁶.

Sin embargo, con buen criterio, en la sentencia de 18 de julio de 2007, caso *Kraaijenbrink* (C-367/05), el Tribunal decide que no existe *idem*, en donde los hechos consistían, por un lado, en poseer en un Estado cantidades de dinero procedentes del tráfico de drogas y, por otro lado, en deshacerse, a través de oficinas de cambio de moneda situadas en otro Estado, de cantidades de dinero procedentes de tal tráfico. En el fallo se resuelve que no deben considerarse “los mismos hechos”, a efectos del artículo 54 del CAAS, porque los hechos estén relacionados entre sí por una misma intención criminal.

c) La tercera de las cuestiones se refiere a la competencia para que desde el primer pilar los órganos comunitarios puedan aprobar normas penales, que persigan la protección de bienes jurídicos amparados por el primer pilar. En la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005, asunto *Comisión contra Consejo* (C-176/03), se decidió la anulación de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003⁴⁷, relativa a la protección penal del medio ambiente, estimando el recurso de nulidad planteado por la Comisión, que había visto rechazada su propuesta de Directiva al amparo del art. 175 del Tratado por el Consejo, aduciendo falta de competencia para armonizar el Derecho penal, y aprobó la Decisión marco que la sentencia del TJCE anula.

El Tribunal considera que la Comisión tiene competencia normativa para aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia penal cuando resultara imprescindible para garantizar una política común de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización y concluye que el legislador comunitario puede adoptar las medidas “relacionadas con el derecho penal de los Estados miembros que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección ambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”.

⁴⁵ En este caso el Sr. Straaten había sido enjuiciado por tráfico de 5.000 gramos de heroína en Italia y, más tarde, fue sometido a un procedimiento penal por tráfico de 5.500 gramos de heroína en Holanda; aunque la droga de Italia formaba parte de la que se introdujo en Holanda. Señala el TJCE que “no se exige que las cantidades de droga de que se trate” o “que las personas que supuestamente hayan tomado parte en los hechos” sean idénticas.

⁴⁶ Los hechos consistían en recibir tabaco extranjero de contrabando en un Estado y en importar y poseer ese mismo tabaco en otro Estado, teniendo en cuenta que el Sr. Kretzinger tenía desde el principio la intención de transportar el tabaco, después de tomar posesión del mismo por primera vez, a un destino final atravesando varios Estados.

⁴⁷ Cfr. NIETO, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., págs. 325 y ss.



5. Reflexión final

La situación descrita no puede definirse, como fácilmente se habrá advertido, en algo cerrado y estanco, sino que se encuentra en una constante ebullición y en un proceso continuo de cambio⁴⁸.

Se ha comenzado, pues, a hacer un difícil camino, andando hacia el espacio común de libertad, seguridad y justicia, tomando en consideración, de otro lado, que, lejos de constituir un fin en sí misma, la cooperación judicial es un verdadero presupuesto para alcanzar la Justicia, pues cuando se trata de litigios transfronterizos, o con elemento extranjero, la tutela judicial de los ciudadanos sólo se puede dispensar con efectividad contando con la actuación o intervención de las autoridades de todos los Estados implicados.

Por otra parte, específicamente en el orden penal, el espacio común de libertad, seguridad y justicia presenta unos requerimientos cada vez más perentorios, pues el incremento de las libertades, incluida la libertad de circulación y el objetivo de la ciudadanía europea, debe correr en paralelo con la preservación de la seguridad ciudadana, de modo que el cruce de una frontera no represente una ventaja para el responsable de un delito. Si así fuera, no sólo se pondrían en peligro las libertades individuales, sino la propia justicia, porque la persecución criminal no puede concretarse a las fronteras de un país, y debe sustituirse esta óptica por una visión más global como global son muchas de las formas de delincuencia que están presentes en nuestras sociedades.

Como se decía en las conclusiones de Tampere, “debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros”, y, al propio tiempo “es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito”.

La Unión Europea está respondiendo a estos retos con la creación de entidades propias, con personalidad jurídica propia, como es el caso de Eurojust, o de organismos independientes en el seno de la propia Comisión, como en el caso de OLAF, pero en todo caso dando paulatinamente respuesta al estrechamiento de las relaciones entre los Estados, con el horizonte y la meta confesada de lograr el espacio de libertad, seguridad y justicia.

En cualquier caso, los avances que se están produciendo ponen el acento en la represión penal, perdiendo de vista en muchas ocasiones la salvaguarda de las garantías de las partes procesales y, en todo caso, la legitimación democrática de las fuentes de producción normativa⁴⁹. A todo ello viene contribuyendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, colocando en un primer plano, por encima de otras consideraciones, la idea fuerza de la integración europea a toda costa, y apostando por interpretaciones

⁴⁸ Una acertada reflexión de las perspectivas de futuro la encontramos en MARISCAL, *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*, Madrid, 2010.

⁴⁹ Cfr. SCHÜNEMANN, “¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la Administración de Justicia penal?”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea* (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006, pág. 24.





“creadoras” en la cooperación policial y judicial en materia penal (como sucede con el art. 54 del CAAS, relativo al principio *ne bis in idem*) en una clara línea de profundizar, en la mayor medida posible, en la vigencia del principio del reconocimiento mutuo, aun contando con un dudoso respaldo normativo.

A modo de colofón, cabe aludir a la amenaza de una “Europa a la carta”⁵⁰, como resultado de las concesiones que la ratificación del Tratado de Lisboa supuso para algunos de los Estados miembros⁵¹. Con ello, se incrementa el riesgo de una integración a distintas velocidades, contingencia difícil de gestionar y obstaculizadora de la efectiva constitución del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

10 de octubre de 2010
Víctor Moreno Catena

⁵⁰ Expresión generalizada y que encontramos, por ejemplo, en GARCÍA MORENO, “La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia después del Tratado de Lisboa”, en *Aranzadi Unión Europea*, nº 10/2009.

⁵¹ Debe tenerse en cuenta en primer lugar la especial posición del Reino Unido y Polonia en relación con la Carta de Derechos Fundamentales. También la posibilidad de que se activen los llamados “frenos de emergencia” previstos en los artículos 82.2 y 83.1 y 2 del TFUE, y que permiten bloquear directivas sobre aspectos de Derecho penal -sustantivo o procesal-, obligando a derivar la materia hacia la cooperación reforzada. Y, en última instancia, el singular status de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia (previsto en los Protocolos números 21 y 22), que implica su exclusión de los procedimientos legislativos -así como su no vinculación por la normativa sobre la materia-, sin perjuicio de que puedan optar por participar en los mismos o asumir dichas disposiciones en un momento posterior.



BIBLIOGRAFÍA

BACHMAIER, “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006.

CASTILLEJO, *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*, Pamplona, 2005.

COLOMER HERNÁNDEZ, “Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

GARCÍA MORENO, “La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia después del Tratado de Lisboa”, en *Unión Europea Aranzadi*, nº 10/2009.

GÓMEZ-JARA, “Orden de detención europea y constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, en *Revista La Ley*, de 26 de julio de 2004.

GONZÁLEZ CANO, “Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales”, en *Unión Europea Aranzadi*, nº 11/2006.

HASSEMER, “Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag”, en *ZStW*, 116-2, II.

IRURZUN, “¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

LOREDO COLUNGA, “La armonización de la legislación procesal penal en la Unión Europea: los derechos del imputado”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 3/2008.

MARISCAL, *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*, Madrid, 2010.

MIRANDA, “El papel del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

MORENO CATENA, “La orden europea de detención en España”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 78.

MORENO CATENA y CASTILLEJO, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999.

MUÑOZ DE MORALES, “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco ¿hacia el efecto directo?: especial referencia al caso *Pupino*”, en *El*





Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

NIETO, “Modelos de organización del sistema europeo de Derecho penal”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

NIETO, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

ORMAZÁBAL, “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006.

PEITEADO, “El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la Unión Europea”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006.

RUIZ-JARABO COLOMER, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 291.

SARMIENTO, “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco”, en *Revista electrónica de estudios internacionales* (2005), passim, en www.reei.org

SARMIENTO, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (coord. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

SCHÜNEMANN, “¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la Administración de Justicia penal?”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea* (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006.

TIEDEMANN, “El nuevo procedimiento penal europeo”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

