

EL LEGISLADOR EUROPEO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y JUSTICIA TRAS EL TRATADO DE LISBOA: AVANCES HACIA LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UE

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO

- I. Premisas.
- II. El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa.
- III. El artículo 83 TFUE – Prontuario de problemas prácticos en la «lisbonización».
- IV. Los desarrollos futuros: el TL en perspectiva.
- V. Algunas consideraciones provisionales.

I. PREMISAS

He sostenido y escrito en numerosas ocasiones que en la construcción de un *espacio de libertad, seguridad y justicia* (objeto del Título VI, arts. 67 a 89 del TFUE, según el *Tratado de Lisboa* (en adelante TL), en vigor desde el 1 de diciembre de 2009) reside la expresión más rotunda de la ambición política y de la dimensión constitucional de la UE¹.

Derechos fundamentales (Agencia Europea, *Fundamental Rights Agency*), ciudadanía, extranjería, asilo, refugio (Agencia EASO), fronteras exteriores de la UE (Agencia Frontex) y libre circulación de personas entre sus Estados miembros (en adelante

1 Cfr., LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *La UE: Suicidio o rescate*, Tirant Lo Blanch, 2013 pp 19-40 y 83-97; Del mismo autor *La aventura democrática*, Ed. Península, Madrid, 2009, «El sueño de ser Europa», pp. 177-227; La literatura académica al respecto es ciertamente inabarcable. Basten algunas referencias. Así, ALSTON P. and WEILER, J.H.H.: «An “Ever closer Union” in Need of a Human Rights Policy», 9 *EJIEL*, pp.658-723. BAÑO LEÓN, J.M.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del Juez nacional*, 54 *REDA*, 1987, pp.277-285. CANNIZZARO, E.: *Tutela dei diritti fondamentali nell’ambito comunitario e garanzie costituzionali italiana e tedesca*, LXXIII Riv. Diritto Internazionale, 1990, pp. 372-379.

EE.MM), cooperación judicial civil, cooperación policial (Europol) y judicial (Eurojust) en materia penal, seguridad interior, legislación penal contra la criminalidad grave transfronteriza y fiscalía europea en la prosecución de objetivos comunes, en la investigación y en la acusación penal contra la criminalidad transnacional y en el combate conjunto a amenazas igualmente compartidas.

De todo ello, nada menos, ha dado cuenta el formidable despliegue de avances que se han producido en la UE, desde que, precisamente, el TUE de 1992 (conocido como *Tratado de Maastricht*) introdujo el entonces llamado «Tercer Pilar» (intergubernamental) en materia de Justicia e Interior por oposición y contraste con el «Primer Pilar» o «Pilar Comunitario» regido por el Derecho común supranacional.

Hasta entonces, los incipientes pasos que se habían registrado en el ámbito del Derecho Penal europeo dimanaban de los Tratados Internacionales suscritos en la materia, en su mayoría promovidos y adoptados en el ámbito del Consejo de Europa. Sólo la entrada en vigor del TUE de 1992 (1 de noviembre de 1993), y el posterior *Tratado de Ámsterdam* (1999, en vigor desde el 1 de mayo de ese año), permitió a los juristas vislumbrar en perspectiva de futuro un emergente proceso europeo de armonización legislativa en materia penal.

De hecho, el *Tratado de Ámsterdam* impulsó la conformación de un así denominado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (en adelante ELSJ), orientado a la aproximación de los ordenamientos jurídicos nacionales de los EE.MM conforme a sus principios jurídicos y tradiciones constitucionales comunes (art. 67.1 TFUE) mediante un itinerario de convergencia y armonización cuyos pilares se sustentarían en los principios de confianza recíproca (*mutual trust*), reconocimiento (*mutual recognition*) y cooperación activa (*judicial cooperation*), sin descartar la adopción de medidas de establecimiento de «reglas mínimas comunes» (*minimum rules*) (art.31 del antiguo TUE de 1992)².

Pues bien, en ese contexto —bien que todavía embrionario, a pesar de la notoria indefinición institucional— se produjeron ya avances muy señalados. En concreto se adoptaron varias decisiones bajo la forma jurídica del instrumento dimanante de la específica modalidad de la cooperación intergubernamental entonces imperante. Concretamente, las *Decisiones Marco* (en adelante DM) (*Framework Decisions*), vinculantes para los Estados que hubiesen optado por ser parte de ese cuadro de honor en la toma de conciencia e implementación de medidas específicamente orientadas a la seguridad común por la vía de la cooperación judicial en materia penal.

La especificidad de dichas DM residía, en buena medida, en la deferencia a favor de los EE.MM de la elección de la técnica de transposición normativa para la aseguración del resultado concordado y su eficacia vinculante. En este contexto, los pasos más significativos se produjeron en el ámbito de la cooperación judicial. Destacan sobremodera, por su importancia, los avances que se materializaron en torno a los objetivos de

2 *Cfr.*, por todos, LÓPEZ AGUILAR, J.F.: «El espacio de libertad, seguridad y justicia», en AA.VV: *La Europa de los derechos*, Cons. Gral del Notariado, 2004. ACHERMANN, A; BIEBER, R.; EPINEY, A.; WEHNER, R: *Schengen Indie Folgen. Der Abbau der Grenzkontrollen in Europa*, Stämpfli, Ber, 1995. BEYANI, C.: *Human Rights Standards and the Free Movement of People Within States*, Oxford University Press, Oxford, 2000. COLLINSON, S.: *Europe and International Migration*, Pinter Publishers, London, New Cork, 1993. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P.: *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994.

la lucha contra el terrorismo. Y ello en el concreto marco de la «internacionalización» de la amenaza y la conciencia de esta forma de criminalidad especialmente indiscriminada y violenta que sucedió a los históricos atentados terroristas del 11-S (2001) en los EE.UU, el 11-M (2004) en Madrid y el 7-J (2006) en Londres. Ese es el contexto que explica los progresos de Europol, Eurojust, la «lista» europea de delitos y organizaciones terroristas, y, sobresalientemente, la así llamada «Euroorden» (Orden Europea de detención y arresto, *European Arrest Warrant*), establecida esta última en las DM 2002/584 y 2009/299³.

Pero lo cierto es que, en esas coordenadas históricamente muy significadas, bajo la vigencia del *Tratado de Ámsterdam* y del posterior *Tratado de Niza* de 2000, y hasta el 1 de diciembre de 2009, fecha ésta en la que se produce la entrada en vigor del TL, por el que se cambiarían las reglas de producción de la normativa europea, la UE conocería la adopción de, al menos, 14 DM incidentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, así como de al menos otras 16 en los ámbitos del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

Mientras tanto, como mínimo, otras cinco Directivas adoptadas en ese contexto normativo afectaban, por su parte, al menos en algún aspecto, a la aproximación y/o armonización penal en determinados segmentos de lo que en España denominamos *Derecho Penal especial* (en los campos de medio ambiente, retención de datos y ciberseguridad, contaminación marítima, indemnización de víctimas, régimen de inmigración y libre circulación y residencia de personas)⁴.

En varias publicaciones anteriores me he ocupado de subrayar la entidad de este acervo. A pesar de la incidencia de la exigencia de la unanimidad y el frente de crítica abierto por las insuficiencias de los «estándares comunes», lo cierto es que los resultados —si bien no plenamente incardinados con lo que en rigor llamamos «método comunitario», por el que se rige la producción de normas inscritas en el *Primer Pilar*— han sido una muestra formidable de cómo la UE avanzaba no sólo en los planos asociados a la *gobernanza* del euro y al completamiento del mercado interior, sino también en aquellos otros asociados al *Tercer Pilar*, mucho más estrechamente conexos al núcleo «constitucional» de la ciudadanía y de las libertades.

Es cabalmente la imponente de este acervo lo que nos da una idea aproximada del impacto que la entrada en vigor del TL ha supuesto para el ELSJ⁵.

Como primera nota distintiva, debe tenerse en cuenta que el art. 10 del Protocolo n.º 36 anexo al TL ordena la así llamada «lisbonización» de ese acervo anteriormente

3 Vid. por todos, al respecto, ARANGÜENA, C. (Coord): *Cooperación judicial penal en la UE: La Orden Europea de Detención*. Ed. Lex. Nov, 2005; y NIETO MARTÍN, A/ARROYO ZAPATERO (Dir): L; *La orden de detención y entrega europea*, UCLM, 2009; y Bot, S.: «Le dialogue entre les juridictions nationales et la Cour de Justice: L'exemple du mandat d'arrêt européen», en BRAUM, S/ WEYEMBERGH, A (Eds): *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Institut d'Etudes Européennes, 2009, pp 65-91.

4 Para un repaso de esta problemática puede consultarse, con carácter general, la extensa monografía de MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Ed.Civitas/ Thomson Reuters, Madrid, 2012, y la bibliografía y jurisprudencia referenciada en esta obra.

5 Cfr. WEYEMBERGH, A./TE BRÖLLEY, S.: «Le traite de Lisbonne et la fin annoncé du troisieme pilier: sortie de la crise pour l'espace pénal européen?», en MAGRETTE, P/ WEYEMBERGH, A (dir): *L'Union Européenne: la fin d'une crise?*, Ed. Univ. Brux., 2008.

acumulado; esto es, la transposición de las DM al nuevo régimen jurídico del a partir de ahí llamado «procedimiento legislativo ordinario» (procedimiento legislativo por el que se regula la acción legiferante del Parlamento Europeo (en adelante PE), configurado por fin como legislador ordinario de la UE, en una reconversión del antes llamado procedimiento de «codecisión» con el Consejo, art. 289 TFUE)⁶.

Según el propio TL (art. 10 Protocolo 36), todo ello deberá hacerse en un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del mismo (esto es, antes del 1 de diciembre de 2014), fecha en que las DM tendrán los mismos efectos que las directivas y la misma sujeción, por tanto, no sólo a las iniciativas de la Comisión (art. 258 TFUE) sino a la jurisdicción del Tribunal de Justicia (en adelante TJ) (Título VI TUE). Lo que, en otras palabras, implica la posibilidad de que la Comisión pueda abrir diligencias de procedimiento de infracción contra los EE.MM eventualmente incumplidores de estas obligaciones ahora comunitarizadas. Y ello quiere decir, a su vez, que el defecto u omisión de la correspondiente transposición de la legislación europea y/o *lisbonización* por los EE.MM podrá dar lugar, en su caso, también al correspondiente procedimiento de infracción por incumplimiento de los mandatos establecidos en el Derecho europeo.

II. EL ELSJ EN EL TRATADO DE LISBOA

Entre otros efectos jurídicos, el TL comporta una incorporación materialmente *sui generis* de los principales rasgos constitucionales del malogrado *Tratado Constitucional* (también comúnmente llamada *Constitución Europea*) que resultó encallado en los sucesivos referendos francés y holandés de 2004⁷.

Ello ha supuesto no sólo una reconversión de las herramientas disponibles al servicio de la *seguridad interior* en la UE (Título XI TFUE y artículo 71 TFUE), sino también una reconcepción de las relaciones exteriores incidente a los ámbitos del ELSJ (al conferir al PE la última palabra sobre la entrada en vigor de los tratados internacionales concluidos por la UE con personalidad jurídica única, art. 218 TFUE). Acarrea asimismo la actualización y relanzamiento de las reglas de la cooperación policial y judicial en materia penal (arts.83 a 88 TFUE). Y supone además, y sobre todo, el impacto de un nuevo régimen de garantías de los derechos fundamentales: la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante CDFUE) «con el mismo valor jurídico de los Tratados» (art. 6 TUE)⁸.

6 *Vid.* Sobre estos avances por todos BAR CONDÓN A.: Los Tratados de la UE, Colección Textos Legales Tirant lo Blanch 2010.

7 Véanse, a este respecto, por toda la inabarcable bibliografía disponible, MANGAS MARTÍN, A/ LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones, Derecho de la UE*, Tecnos, 2010; ROLDAN BARBERO, J.: «La CDFUE, su estatuto constitucional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.16, 2003; y ALDECOA, F. & GUINEA LLORANTE, M.: *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

8 *Vid.* por toda la bibliografía disponible sobre este concreto aspecto de la dimensión constitucional de la integración europea, SALINAS DE FRÍAS, A.: *La protección de los derechos fundamentales en la UE*, Comares, Granada, 2000; BALAGUER CALLEJÓN, F.: «La Constitución Europea (III): La Carta de los Derechos Fundamentales», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n.4, 2005; «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea», en *REDC* n.83, 2008; «La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes de la UE y su influencia en los ordenamientos estatales», en MATÍA PORTILLA, F. (dir): *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Ed. Comares, Granada, 2009; y CÁMARA VILLAR, G.: «Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción de la UE y su valor en el Tratado Constitucional», en *Rev. De Derecho Constitucional Europeo* n.4, 2005.

Además, en lo sustantivo, la expansión competencial del PE ha elevado hasta más de 80 competencias legislativas la antigua codecisión (antes apenas alcanzaba a 40).

El ELSJ aparece ahora consagrado como objetivo de la UE (art.3.2 TUE), con pleno respeto a los derechos fundamentales y a los ordenamientos respectivos y tradiciones constitucionales comunes de los EE.MM y sujeto al control judicial encomendado al TJ⁹.

El ELSJ (Título VI, arts. 67 a 89 TFUE) emerge como una materia compartida en la que la iniciativa legislativa de la Comisión (art.17.2 TUE) aparece compartida con los EE.MM (art. 76 TFUE: un cuarto de los EE.MM pueden tomar la iniciativa en esta área, según el TL). El PE puede también, por mayoría de sus miembros, requerir a la Comisión la adopción de iniciativas oportunas para el despliegue de las políticas propias de este campo (art. 225 TFUE). De hecho, una de las novedades institucionales de mayor impacto reside en el sofisticado diseño de relaciones institucionales entre los Parlamentos nacionales y el PE (arts. 69, 70, 71, 85 y 88 TFUE) en materias que habían estado tradicionalmente sujetas al antiguo núcleo duro de la regalía estatal (esto es, el ámbito más resistente y protegido de la soberanía legislativa de los EE.MM)¹⁰.

Consejo y PE actúan ahora como colegisladores en pie de igualdad, por mayoría cualificada y procedimiento legislativo ordinario, pudiendo los Parlamentos nacionales interponer, en su caso, un «*emergency break*» (freno de emergencia o «tarjeta naranja») cuando alguno de ellos considere que la iniciativa legislativa europea afecte a principios esenciales de su sistema judicial, y abriendo también espacio a las cooperaciones reforzadas por, al menos, nueve EE.MM.

Ha de recordarse, asimismo, que en la fase final de la negociación política conducente a la entrada en vigor del TL tanto el Reino Unido como la República de Irlanda consiguieron afirmar un principio de *opting out* (a menos que, expresamente, expresen voluntad de *opting in* en cada específico instrumento), mientras que Dinamarca consiguió su autoexclusión de toda nueva legislación que fuese eventualmente adoptada tras el TL en el área de cooperación judicial penal.

Como se ha advertido ya, el sistema de «pilares» resulta ahora superado por la generalización del procedimiento legislativo ordinario, con la excepción relevante de lo previsto en el art.86 TFUE para el establecimiento de una fiscalía europea (por unanimidad del Consejo o, subsidiariamente, por cooperación reforzada de al menos nueve EE.MM) y su despliegue progresivo, primero en la investigación de los delitos contra los intereses financieros de la UE, y luego, eventualmente, contra las distintas formas de criminalidad grave transnacional referidas en el art. 83 TFUE.

De un lado, el primer párrafo del art. 83 TFUE prevé una lista de específicos «delitos transfronterizos graves», la cual puede ser ampliada por Decisión unánime adoptada por el Consejo.

9 Véase SANFRUTOS CANO, E.: «The Third Pillar and the Court of Justice: A «praetorian communitarization» of police and judicial cooperation in criminal matters», en GUILD, E/ GOYER, F: *Security versus Justice?*, Ed. Ashgate, 2008.

10 Vid. HERLIN-KARNELL, E.: «The Treaty of Lisbon and Criminal Law: Any thing new under the Sun?» en *European Journal of Law* n° 10, 2008, pp, 32 ss.

De otro, el segundo párrafo del art. 83 TFUE establece una «base jurídica abierta» para la «aproximación» del Derecho penal por vía de «armonización» mediante «reglas mínimas» (*minimum rules*) en relación a los tipos (*criminal offences*) y a las penas y sanciones.

El salto cualitativo hacia la conversión del legislador europeo (y, por ende, del PE) en legislador penal ha sido ensayado en las propuestas de *Directive on criminal sanctions for insider dealing and market manipulation* (Directiva sobre sanciones penales contra el uso de información privilegiada y manipulaciones del mercado, COM/2011/654, final 2011/0297/COD), así como en las propuestas de Directiva relativas a la *protección de los intereses financieros de la UE por vía de medidas y sanciones penales* (PIF, COM 363/2912, final 2012/0193 COD) y en la de *protección del euro contra sus falsificaciones por vía de medidas y sanciones penales* (*Directive on the protection of the euro against counterfeiting via criminal law sanctions*, COM/2013/42, final COD 2013/0023), ambas en la actualidad en fase de primera lectura.

El PE ha insistido en la importancia de los principios de coherencia y sistematicidad en la configuración de su enfoque (*approach*) del Derecho penal europeo (*consistency and coherence*) así como en su conformidad a lo dispuesto en la CDFUE (especialmente, del derecho a la no discriminación). Así resulta de la importante y bien trabada Resolución del PE adoptada en Pleno el 22 de mayo de 2012 (Informe De Jong) en respuesta a las Directrices (*Guidelines*) en materia de Derecho Penal Europeo adoptadas por el Consejo JAI el 30 de noviembre de 2009, y a la Comunicación de la Comisión «*Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU Policies through Criminal Law*» (COM/2011/573 final).

Desde el punto de vista constitucional, toda esta nueva ordenación comporta la actuación de nuevas reglas y principios, carentes hasta ahora de ensayo y por tanto de experiencias; notablemente, en lo relativo a la puesta en funcionamiento de un nuevo instrumento europeo de legislación penal¹¹.

Lo que quiere decir que, al menos durante el período de transición establecido (hasta el 1 de diciembre de 2014), convivirán por consiguiente instrumentos provenientes del antiguo *Tercer Pilar* (vía intergubernamental, con mera consulta al PE) junto a otros obedientes a las técnicas del *Primer Pilar*: así coexistirán durante un tiempo relativamente prolongado DM, Reglamentos y Directivas en los ámbitos penal y procesal penal de la regulación de la cooperación judicial en materia penal entre EE.MM de la UE, con el potencial de contradicción, conflicto o incertidumbre que ello pueda suponer¹².

Para corroborarlo, son varias las herramientas que, ejemplificativamente, ilustran ya esta complejidad en ciernes: así, el debate en curso sobre la así llamada *Orden Europea de Investigación* (EIO), y, sobre todo, la llamada «Hoja de Ruta» del incipiente Derecho Procesal Penal (*Procedural Rights Road Map*)¹³.

11 Cfr. WEYEMBERGH, A./ SANTAMARÍA, V. (Ed): *The Evaluation of European Criminal Law*, Ed.Univ.Brux.Ed, 2009.

12 Vid. LIROLA, I.; «La cooperación judicial en material penal en el Tratado de Lisboa: ¿un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 16, Justel, 2008.

13 Vid., WOLF, S., GOUDAPPEL, F.A.N.J./ De Zwaan, J.W.: *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, The Hague: T.M.C, 2011; Sayers, D.: 'The European Investigation Order: Travelling without a Roadmap', en *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 42, CEPS, 2011, Brussels.

Piénsese, para comprobarlo, en el momento presente, en la situación que describen las cuestiones relativas al paquete de «*Procedural Rights*». En síntesis, el cuadro sería el siguiente:

- 1) La Directiva 2010/64 sobre el derecho a interpretación en los procedimientos penales, que entró en vigor en octubre de 2010.
- 2) La Directiva sobre el derecho de información en los procedimientos criminales (2010/0215)
- 3) El trabajo realizado en el PE (y por su Comisión LIBE, con competencia legislativa sobre Libertades, Justicia y Asuntos de Interior) sobre la propuesta de Directiva relativa al derecho de acceso a un abogado en los procedimientos penales (2011/0154) (cuyo procedimiento legislativo está en marcha todavía).

Todo ello está teniendo lugar en el despliegue del *Programa de Estocolmo* (2009-2014), así llamado por haber sido adoptado durante la rotatoria Presidencia sueca de la UE (II Semestre 2009), sucesor del pionero *Programa de Tampere* (Finlandia) (1999-2004) y después del posterior *Programa de La Haya* (2004-2009).

Pero el TL supone mucho más; muchas y muy serias preguntas, cuestiones y desafíos para el despliegue del impresionante potencial del ELSJ y del *Programa de Estocolmo* adoptado en 2009¹⁴.

III. EL ART. 83 TFUE: PRONTUARIO DE PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA «LISBONIZACIÓN»

Así las cosas, no han tardado en plantearse problemas jurídicos numerosos y de enjundia. A título ejemplificativo, piénsese en la concreción de lo que deba entenderse por «criminalidad transfronteriza», «delito grave», o «delito transnacional», en la redacción consagrada en el art. 83 TFUE: la cuestión del contenido y del significado concreto de estas referencias normativas se presta a discusión no sólo doctrinal sino también política, que deberá esclarecerse a través del debate correspondiente en cada caso

Este proceso se completaría con la «lisbonización» (programa de cinco años para la «reconversión» en nuevas normas europeas del anterior acervo del *Tercer Pilar*). Lo cierto es que el TL establece con mayor claridad y contundencia que nunca un *mandato de cooperación*, que deberá ser constante e intensa, entre las instituciones legislativas europeas (la Comisión, el Consejo y el PE) y los Parlamentos nacionales. La cooperación institucional entre legislativos —el legislador europeo y los legisladores nacionales de los EE.MM— se establece como premisa y presupuesto de la eventual interacción entre las «reglas comunes» europeas y el complemento legislativo que deben asegurar las legislaciones nacionales¹⁵.

14 Vid. CARRERA, S. & GUILD, E.: «“Does the Stockholm Programme matter?” (the struggles over Ownership of AFSJ Multiannual Programming”, en *CEPS Papers of Liberty & Securitas*, no. 51, 2012.

15 Vid., sobre estos aspectos, NILSSON, HANS G.: «How to combine minimum rules with maximum legal certainty», *Europarattsiligtidskrift*, Arg. 14, 2011 n.4, pp 665-677.

El gozne de conexión es el que ofrecía cabalmente ese concepto en principio indeterminado de «reglas mínimas» penales. Un concepto que, no se pierda de vista, no aparecía referenciado como tal en la redacción del TUE, sino que emergió en el posterior *Tratado de Ámsterdam* (art.31.1). De modo que ese primer punto de apoyo sirvió en su momento al Consejo (—puesto que entonces el instrumento legislativo era la DM, producto de la cooperación intergubernamental entre EE.MM—) para tomar la iniciativa sobre materias penales de ámbito transfronterizo en temas tan poco desdeñables como la corrupción, la explotación de menores o el decomiso de bienes procedentes de negocios ilícitos.

El trayecto descrito hasta la fecha por el historial de DM adoptadas bajo la vigencia del *Tratado de Ámsterdam* es, ello no obstante, desigual. En algunos casos, la DM europea manifestó y aun hoy expresa la voluntad legislativa (*voluntas legislatoris*) de agotar la definición de los elementos constitutivos del tipo (en el caso de la DM sobre tráfico de drogas); en otros supuestos, el margen de maniobra para la complementaria legislación penal nacional se amplía considerablemente. Con todo, de lo que no cabe duda es de que las acciones y conductas descritas en cada correspondiente DM deben ser —en los términos de esta específica herramienta— consecuentemente tipificadas y perseguidas penalmente en los distintos Códigos Penales de los EE.MM que formen parte de ese esquema de «cooperación reforzada»¹⁶.

En la perspectiva de futuro de la preceptiva pauta de «lisbonización» del entonces acervo del *Tercer Pilar*, podría pensarse en principio que los EE.MM pueden siempre ensanchar los elementos constitutivos del tipo penal correspondiente con el plausible objetivo de penalizar un número de supuestos punibles mayor al de los inicialmente contemplados en la «regla mínima» de la DM. Un razonamiento más detenido ilustrará, ello no obstante, matices en esta percepción. Porque sigue siendo cierto que buenas razones de seguridad jurídica y coherencia sistémica, que abogan comprensiblemente por la aplicación uniforme del Derecho de la UE (incluidos los relacionados con la unidad de mercado, principio básico del Derecho europeo), aconsejan responder en un sentido muy distinto, tendiendo a una práctica equiparación de una y otra esfera normativa. La misma por la que se superponen y solapan, hasta hacerse difícilmente distinguibles, incluso a identificarse, la llamada «regla mínima» europea y la legislación de transposición estatal.

De este modo, las llamadas «reglas mínimas» en cuanto que reglas comunes podrían incluso expandirse hasta vertebrar un potente eje virtual no sólo en lo relativo a la *aproximación* entre las legislaciones penales del los EE.MM sino a la *armonización* del Derecho Penal de los EE.MM. Lo que quiere decir que, por ahora, el significado concreto de esta técnica de Derecho europeo deberá apreciarse en cada caso concreto, en relación con las iniciativas legislativas de que en los mismos se trate.

Con la entrada en vigor del TL, es más claro que nunca que el Derecho de la UE incide también sobre el Derecho penal sustantivo no sólo en el de factura supranacio-

¹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho Penal europeo. Una aproximación crítica» en *Revista Penal* n° 13, 2004, pp 138 ss; BARLETTA, A.: *La legalità penal tra diritto dell'Unione Europea e costituzione*, Jovene Editore 2011; DELMAS-MARTY, M/ PIETH, M/ SIEBER, U (Dirs): *Les Chemins de l'harmonisation pénale*, UMR, Droit Comparé, Paris, Vol 15, 2008.

nal europea sino también del dimanante de los respectivos poderes legislativos de los EE.MM¹⁷.

Ello involucra, además, el específico impacto del Derecho penal europeo sobre el régimen de garantía y ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, lo que percuta sobre ese *nuevo* nivel de protección de los derechos fundamentales dimanante de la entrada en vigor de la CDFUE, incorporada a los Tratados con su «mismo valor jurídico» (art. 6 TUE). Derechos fundamentales éstos que, no se pierda de vista, complementan y enriquecen los que los ciudadanos europeos disfrutaban ya por ser tales de sus respectivos países de acuerdo con las Constituciones y los ordenamientos de sus respectivos EE.MM. Ello puede constatarse muy particularmente, al examinar los artículos de la CDFUE específicamente relativos al despliegue normativo de la garantía de los principios de tutela judicial, del derecho al juez imparcial y de la legalidad penal en el Derecho europeo (arts. 47 a 50 CDFUE). En concreto, los principios de seguridad jurídica; presunción de inocencia y derecho a la defensa; prohibición de doble incriminación y derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción (*ne bis in idem*); no discriminación; proporcionalidad; prohibición de indefensión y prohibición de retroactividad para las normas restrictivas no favorables al reo. Téngase en cuenta, en especial, la particular dimensión que el *principio de proporcionalidad* incorpora en la materia penal, como ámbito que es diferenciado y autónomo respecto de otras aplicaciones frecuentes de este criterio en el Derecho europeo¹⁸.

Desde un punto de vista formal, no debe tampoco ignorarse que tanto la Directiva como el Reglamento —que son los nuevos instrumentos legislativos tras la entrada en vigor del TL— poseen, por sus caracterizaciones jurídicas respectivas, efectos vinculantes más inmediatos y directos que las DM. Así, el *caso Pupino* (TJ, caso 105/03) puso en su día de manifiesto que también las Directivas pueden llegar a desplegar cierta «eficacia indirecta» sobre la legislación de los EE.MM en la precisa medida en que los juzgadores nacionales deban siempre interpretar el propio Derecho interno desde su conformidad con el Derecho europeo, cualquiera que sea su instrumento (Directiva, Reglamento o DM). De modo que, en otras palabras, no resultan jurídicamente admisibles aquellas interpretaciones efectuadas *contra legem* contra el Derecho europeo, esto es, en un sentido manifiestamente incompatible con la Directiva de referencia, pero tampoco, a estos efectos, con la DM que resulte en cada caso de referencia.

Por su parte, no es preciso recordar que las Directivas se distinguen por su carácter vinculante en cuanto a los resultados, defiriendo a los EE.MM la elección del instrumento y cauce de la transposición, de acuerdo con cada específico sistema constitucional de fuentes de Derecho interno. Ello quiere decir que, en principio, no debería derivarse, sin más, ninguna responsabilidad penal de una determinada DM que no haya sido aún transpuesta en el Derecho interno. Pero también que, en principio, las Directivas re-

17 Vid, por todos, la extensa monografía de MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, cit.

18 Vid; GUILD, E.: «Fundamental Rights and EU Citizenship after the Treaty of Lisbon», en *CEPS Papers of Liberty and Security in Europe*, CEPS, Brussels, 2010; BARLETTA, A.: «Notes sur le contrôle des actes de l'UE par la Cour de Justice des Communautés Européennes dan la matière pénal et le troisième pilier», en GIUDICELLI-DELAGE, G/ MANACORDA, S (Dirs): *Cour de Justice et Justice Pénale*, Unité Droit Comparé, Paris, 2010.

quieren la actuación del correspondiente complemento legislativo estatal, conforme a la interpretación general que del principio de seguridad jurídica ha venido estableciendo la jurisprudencia del TJ (así en el *Caso Berlusconi*: TJ, caso 397/02).

Ello no obsta tampoco a la obligación que asimismo pesa sobre los operadores jurídicos y en especial, los Juzgados y Tribunales de los EE.MM, de interpretar el respectivo Derecho nacional de conformidad con el acervo de las DM (*Tercer Pilar*) y de las Directivas de referencia en la materia (*Primer Pilar*), así como, por descontado, de la legislación europea adoptada ya a partir de la entrada en vigor del TL.

En este preciso respecto, los problemas prácticos y operativos no han dejado de multiplicarse. Ello es así especialmente cuando examinamos con detalle los instrumentos específicos con los que la UE ha venido operando hasta la entrada en vigor del TL, sean éstos ya provenientes del antiguo *Tercer Pilar*, sean éstos del *Primer Pilar*. Así, en torno a la crucial DM *sobre Terrorismo* (2002/475) cabe todavía plantearse numerosas cuestiones de interpretación operativa, singularmente en relación con los conceptos jurídicos incorporados («atentado terrorista», «intimidación grave de la población», «desestabilización grave», «restricción indebida»...). Y lo mismo sucede cuando introducimos los conceptos utilizados en las DM *sobre explotación sexual o pornografía infantil*, o incluso *la DM sobre tráfico de drogas*.

Todo lo cual quiere decir que no están todavía despejados, ni mucho menos totalmente, los problemas relacionados con el correspondiente «margen de maniobra» de los EE.MM.

Así cabe, por ejemplo, en cuanto a la DM *sobre Decomiso de los beneficios derivados del delito* (*Confiscation on the proceeds of crime*), discutir hasta qué punto se abren o no espacios de duda razonable en cuanto a la capacidad de los EE.MM para poder ir más allá de lo establecido en principio en el instrumento europeo en materia de «delito fiscal» y de «lucha contra el fraude», vistos los numerosos y variados tipos de los delitos fiscales que a menudo se cometen como colaterales en el blanqueo de dinero procedente de negocios ilícitos¹⁹.

Pero, como quiera que sea, lo cierto y fundamental es que el art. 83 TFUE —como una pieza más, por tanto, de la renovación del sistema de fuentes europeo efectuada por el TL— incluye también, por primera vez en la historia de la integración supranacional europea, la innovadora potestad del legislador europeo de establecer nada menos que «penas» y «sanciones» —no sólo, pues, por lo tanto, del elemento constitutivo del tipo—, así como las correspondientes referencias normativas sobre la tipología y el nivel de intensidad de las penas europeas.

Habitualmente se interpreta que ello supone en la práctica fijar en el escalón europeo el «mínimo penológico», pudiendo los EE.MM aumentar su intensidad de acuerdo con sus propias opciones y prioridades en materia de política criminal.

Es cierto que, hasta ahora, se ha hecho muy poco al respecto. Pero es claro que la influencia del nuevo Derecho europeo sobre los EE.MM ha venido produciéndose en el preciso sentido de propender a incrementar (por tanto, revisar al alza) las penas ya

19 Vid. GUILD, E., CARRERA S. and BALZACQ, T.: «The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union», en AA.VV: *Europe's 21st Century Challenge: Delivering Liberty*, Ed. Ashgate Publishing, 2010.

contempladas en sus legislaciones penales obedeciendo a la influencia de la preeminente orientación al respecto de aquellos EE.MM con experiencia más contrastada en cada determinado ámbito material. Y la razón es simple: en una UE recorrida por sucesivas ampliaciones hacia una mayor complejidad y heterogeneidad de sus ordenamientos y sus culturas jurídicas, no todos los EE.MM proceden de la misma experiencia ni de la misma cultura de alerta político-criminal, ni de iniciativa, tampoco, frente a determinadas formas de criminalidad grave y transfronteriza (delitos transnacionales).

Es el específico caso del terrorismo. Su amenaza y su violencia han sido en cierto modo ajenas a la cultura y experiencia de un buen número de EE.MM. Y así, durante largo tiempo: piénsese en Luxemburgo, en Finlandia, Austria o Suecia, donde no hubo tratamiento penal específico del terrorismo hasta tiempo muy reciente; por no ampliar el abanico de la triste desventaja de la sobrecualificada experiencia española a este respecto: la nuestra es la única Constitución que, en el marco del Derecho comparado de la UE, recoge en su redacción originaria (1978, en nuestro caso, en convulsión dolorosamente marcada por sangrientos actos terroristas) nada menos que dos referencias explícitas al terrorismo (arts. 13.3 y 55.2 CE) y al menos otra más elíptica (los «estados» contemplados en el art. 116 CE).

En punto a la articulación de una respuesta *européa* a esta modalidad de criminalidad grave transnacional, es obvio el punto de inflexión que en su día supusieron los atentados yihadistas del 11-S de 2001 en los EE.UU, seguidos por los atentados de Madrid en 2004 (masacre del 11-M) y Londres en 2006. Lo que no empece que, incluso en este marco de comprensión europea de un problema que no puede ser afrontado desde la soledad de ningún Estado miembro, no necesita subrayarse hasta qué punto España —por entendibles motivos— ha sido no sólo pionera en la especialización de sus Derechos penal, procesal, penitenciario y jurídico judicial, sino que ha estado en la vanguardia de cada iniciativa europea en la formulación de una respuesta incidente en la legislación penal y en la cooperación en los ámbitos de inteligencia, policía y fuerzas de seguridad, fiscalía y judicatura.

Por último, procede aquí una referencia a la aproximación del Derecho Procesal Penal de los EE.MM.

El art. 82 TFUE establece a este respecto que la UE legislará los «mínimos necesarios» para facilitar el mutuo reconocimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales; para añadir de inmediato que ello se hará «sin perjuicio de la capacidad de los EE.MM de mantener o introducir un nivel superior de protección de las personas», lo que resulta coherente con lo dispuesto en los arts. 51 a 54 de la CDFUE, relativos a las reglas para su aplicación judicial por las jurisdicciones de los EE.MM.

Ello quiere decir, *contrario sensu*, que lo que no se puede hacer es disminuir o rebajar el así denominado *mínimo europeo*, en la línea señalada hace ya tiempo por el *Convenio Europeo de Protección de los Intereses Financieros de la Comunidad* de 1995 (art. 9).

Los ejemplos prácticos abundan a la hora de ilustrar y también en el ámbito del Derecho Procesal Penal, que las «reglas mínimas» europeas desempeñan una relevante función aproximativa y/o armonizadora entre los EE.MM²⁰.

20 Cfr. NIETO MARTIN, A.: «Modeles d'organisation judiciaire dans le droit penal européen», en Giudicelli.Delays, G/ Mancorda, S: *Cour de Justice et Justice Pénale*, Un. Droit Comparé, Paris, 2010.

Estos ejemplos resultan especialmente expresivos en la interpretación de la llamada «hoja de ruta» de Derechos Procesales (*Procedural Rights Road Map*) actualmente en curso de tramitación y desarrollo en el PE, en cumplimiento de lo previsto en el *Programa de Estocolmo* (2009) y en el subsiguiente *Plan de Acción* (adoptado en 2010, bajo Presidencia española) por cuyo cumplimiento debe velar la Comisión.

Así, en lo relativo a la obligación de «traducción de documentos en los procedimientos penales», en los que el nivel europeo puede ser superado por la legislación de los EE.MM. Lo mismo sucede en las medidas relativas al «derecho a la información de cualquier acusación formulada en su contra» que asiste a todo encartado en un proceso penal, en el derecho a ser informado de los cargos en su contra «en modo que le sea comprensible», y en lo relativo al derecho de «acceso a la asistencia letrada» y al «derecho a la defensa».

Especial referencia merece también la denominada «cláusula de no regresión» (*Non regression clause*), por la que, en el ámbito del Derecho Procesal Penal, las llamadas «reglas mínimas» pueden dar lugar no sólo a mejores estándares de protección por parte de los EE.MM, sino también a compromisos de no minoración (*Non regression*) de los avances producidos en el reconocimiento mutuo de derechos e instrumentos específicos de cooperación judicial en la Justicia penal. Y ello sin perder de vista el objetivo de facilitar el *reconocimiento mutuo* de actos y resoluciones y el refuerzo continuado de la *confianza recíproca* entre los Estados requirientes y los Estados requeridos.

A la vista de los avances expuestos hasta aquí, huelga recordar la redoblada importancia que cobrará, una vez más, la relevante cuestión de la formación europea de jueces, de magistrados y de representantes del ministerio público o ministerio fiscal (i.e. la *judicial training*)²¹.

No habrá Derecho europeo ni un genuino y operativo ELSJ a lo largo y ancho de la UE sin un esfuerzo sostenido y proporcionado en la formación de operadores jurídicos en el manejo y garantía de su ordenamiento específico.

IV. LOS DESARROLLOS FUTUROS: EL TL EN PERSPECTIVA

En la actual legislatura del PE (2009-2014) el ELSJ está recibiendo un desarrollo extensivo e intensivo en el Derecho europeo, lo que es especialmente visible a través de los trabajos del PE. Esta labor se desarrolla de manera principal dentro de la Comisión LIBE (que es como se denomina a la Comisión legislativa responsable de los Asuntos de Libertades, Justicia e Interior). Se trata ésta, además, después de la entrada en vigor del TL, de la Comisión con mayor carga de trabajo legislativo: ciudadanía, extranjería, asilo y refugio en la UE; gestión de fronteras exteriores y libre circulación de personas; cooperación judicial en materia civil y cooperación policial y judicial en materia penal; seguridad interior; legislación penal contra la criminalidad grave transfronteriza; protección penal frente a los atentados contra los intereses de la UE y fiscalía europea.

21 *Vid.* CARRERA, S., GUILD, E. and EGGENSCHWILER, A.: 'The AFSJ ten years on: Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme', *CEPS Paperback*, 2011.

La tarea legislativa de la Comisión LIBE ha venido desplegándose sobre el conjunto de los elementos componentes de la propia agenda temática del ELSJ, incluida la deliberación y voto en Comisión LIBE de los Tratados y Acuerdos internacionales negociados y concluidos por la Comisión Europea por mandato del Consejo, en representación de la personalidad jurídica única de la UE en Derecho internacional (art. 4 TUE), con plena capacidad para obligar de conformidad al Derecho internacional de Tratados (Convenio de Viena de 1969).

Pues bien, a partir de la entrada en vigor del TL, el PE tiene la última palabra para que los Tratados concluidos por la UE puedan entrar en vigor; y sin el voto favorable del PE su entrada en vigor no puede tener lugar (art. 218 TFUE). Y esta importante función se ha puesto de manifiesto, dentro de los trabajos de la Comisión LIBE, en dos ocasiones muy sonadas.

La primera consistió en la aprobación del Acuerdo de la UE con los EEUU sobre el *Programa de Rastreo de la Financiación del Terrorismo (TFTP)*, por sus siglas en inglés, aunque periódicamente conocido como *Acuerdo SWIFT*)²².

Este Acuerdo mejoró el anteriormente negociado por la Comisión Europea y los EEUU con la Administración Bush antes de la entrada en vigor del TL y con carácter previo, pues, a la llegada del Presidente Obama a la Casa Blanca, y que, como se recordará, resultó en su día rechazado por el PE en diciembre de 2009. Tras un nuevo mandato de negociación, el nuevo Acuerdo fue renegociado y concluido, no sin vicisitudes y sorteando muchas dificultades, bajo Presidencia española: el voto favorable del PE (*consent*) al referido Acuerdo UE-EEUU tuvo lugar el 6 de julio de 2010.

La segunda ocasión sobresaliente para el ejercicio de este poder tuvo lugar el 19 de abril de 2012, en la conclusión del Acuerdo entre la UE y los EEUU sobre el llamado *Registro de Pasajeros (PNR, Passengers Name Record)*, por sus siglas en inglés)²³.

Ciertamente, en ambas oportunidades estas iniciativas tenían como telón de fondo la lucha antiterrorista y la criminalidad grave transfronteriza, buscando garantizar mayor seguridad de los ciudadanos europeos contra amenazas compartidas (el terrorismo global y las demás formas relevantes de criminalidad grave transnacional).

Veámoslas con detalle.

IV.1 En el primer asunto (*Acuerdo TFTP/Swift*), el objeto del acuerdo era la autorización para transferir desde Europa datos relativos a transferencias bancarias sospechosas de financiar organizaciones o actos terroristas. En el segundo, ofrecer garantías homogéneas en toda la UE a la transmisión al *Homeland Security Department* (Ministerio del Interior del Gobierno Federal de EEUU) de los datos personales reflejados en la adquisición del billete aéreo e incorporados por las compañías aéreas al embarcar pasajeros con destino a los EEUU.

En lo que nos concierne (dejando de lado, por tanto, la aplicación del llamado «*Security Flight Program*» por el *Home Land Security Department*, puesto que éste no tie-

22 Véase, sobre estas cuestiones, DÍAZ FERNÁNDEZ, A./REVENGA SÁNCHEZ, M./LIME JIMÉNEZ, O.; *Cooperación Europea en Inteligencia*. Aranzadi-Thomson, 2010.

23 Vid. BROUWER, E.: 'Ignoring Dissent and Legality: The EU's proposal to share the personal information of all passengers', *CEPS Papers*, no. 40, 2011.

ne marco de negociación bilateral con la UE, tratándose de una aplicación interna de los EEUU aun cuando pueda afectar a vuelos procedentes de la UE e incluso a vuelos con destinos ajenos a los EEUU que puedan sobrevolar espacio aéreo de EEUU), cabe reseñar aquí que el TFTP fue establecido en su día por el Departamento del Tesoro de los EEUU tras los ataques terroristas del 11-S de 2001, encuadrado en la legislación antiterrorista especial bajo la *Patriot Act*. Desde entonces, el TFTP había venido generando aportaciones significativas en la prevención de atentados y/o de movilización de financiación orientada a la organización de elementos o actos terroristas, lo cual venía siendo estimado como beneficioso tanto para los EEUU como para los EE.MM de la UE en los objetivos comunes de lucha contra el terrorismo. La hipótesis de un Acuerdo internacional sobre transferencias financieras al Departamento del Tesoro de EEUU se mostraba, en consecuencia, «proporcionada y necesaria» para garantizar la vigencia del propio TFTP y a fin de que continuase generando rendimientos positivos en la estrategia compartida de lucha antiterrorista.

Y sin embargo, con fecha de 11 de febrero de 2010, el PE denegó su aprobación (*consent*) a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre «tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera». Se trataba nada menos que la primera votación de aprobación de un Acuerdo internacional tras la entrada en vigor del TL, que ha hecho, precisamente, del PE el titular y emisor de la última y definitiva palabra sobre su entrada en vigor.

Haciendo esto, al mismo tiempo, el Parlamento requirió a la Comisión que presentara de inmediato al Consejo una nueva *recomendación* para un *mandato de negociación* con vistas a un nuevo Acuerdo UE-EEUU con garantías satisfactorias, y para un período de vigencia de prolongada duración. Subsiguientemente, el 11 de mayo de 2010 el Consejo autorizó formalmente a la Comisión a abrir nuevas negociaciones con los EEUU en nombre de la Unión Europea, con vistas a facilitar «datos de mensajería financiera al Departamento del Tesoro de los EEUU con el fin de prevenir y combatir el terrorismo y su financiación» (*Acuerdo TFTP UE-EEUU*). La Comisión concluyó las consiguientes negociaciones el 11 de junio, y el 28 del mismo mes se firmó el Acuerdo. Simultáneamente, el Consejo solicitó formalmente la aprobación del PE respecto del proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del citado Acuerdo.

Por su parte, el PE expresó en reiteradas ocasiones su posición sobre el llamado «mandato de negociación», en una secuencia de resoluciones relevantes. Enumeraba en ellas una serie de mejoras que, para poder contar con la correspondiente aprobación parlamentaria, el nuevo Acuerdo debería incluir; en especial, las siguientes:

- Estudio e iniciativa de regulación de una eventual «doble vía» (*twin track approach*), que resultaría aceptable siempre y cuando en el Acuerdo previsto se incluyesen garantías. A largo plazo debería contemplarse una genuina y novedosa «solución europea», jurídicamente sólida, a la cuestión de la extracción de datos solicitados en suelo europeo;
- Designación de una autoridad pública de la UE para la recepción de las solicitudes del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos;
- Previsión normativa de evaluaciones y revisiones periódicas de garantía por parte de la Comisión, en el curso de su aplicación, a efectuar en fechas fijas;

- Garantía normativa de que los derechos de los ciudadanos europeos y estadounidenses (particularmente, los derechos de acceso, de rectificación, de supresión, de indemnización y de reparación) disfruten de aplicación no discriminatoria, independientemente de la nacionalidad de la persona cuyos datos se procesan.

En su comparación con la primera versión del Acuerdo, rechazado por el Parlamento en febrero de 2010, la reelaboración del segundo Acuerdo conseguiría incorporar, después de un trabajoso y denso proceso negociador, mejoras sustantivas, respondiendo a las demandas formuladas por el PE en torno a las cuestiones cruciales perfiladas más arriba.

Pero es que, además de la mejoras en el Acuerdo, el Consejo y la Comisión adquirieron formalmente el compromiso, con valor jurídicamente vinculante, de establecer el nuevo marco jurídico y técnico para autorizar la «extracción, recolección y tratamiento» de datos de un territorio de la UE. Este compromiso garantizará a medio plazo la filtración y control de las transferencias de «datos en masa» (*bulk data*) a las autoridades estadounidenses. Así, la eventual creación de un «sistema de extracción europeo» así llamado (*European TFTP*) supondrá, cuando culmine el procedimiento actualmente en curso, una mejora respecto del actual *status quo*, puesto que la transferencia continuada de «datos en masa» (*bulk data*) a países terceros que disponen de la tecnología y los sistemas adecuados para su tratamiento entraña, inevitablemente, una divergencia sensible y persistente con respecto de los patrones con los que en la actualidad operan la legislación de la UE y sus EE.MM.

Por su parte, la Comisión asumió expresamente el compromiso de que, una vez concluido el futuro «Acuerdo marco UE-EE.UU sobre protección de datos», el Acuerdo TFTP actualmente en vigor será evaluado en su momento en función de este segundo.

En síntesis, cabe concluir que el Acuerdo definitivo, en combinación con los compromisos jurídicamente vinculantes de la Decisión del Consejo, satisfizo, finalmente, buena parte de las exigencias del PE, tal y como se puso de manifiesto en el voto mayoritariamente favorable logrado en su aprobación. El texto resultante atiende a los requerimientos y preocupaciones legítimas de la representación de los ciudadanos de la UE —el PE— en materia de seguridad y privacidad, y proporciona soluciones jurídicamente vinculantes para los problemas planteados²⁴.

Pero también, asimismo, lo que no es menos importante, marca una nueva etapa en la maduración y despliegue de las competencias del propio PE en cuanto tal, asegurando así un control democrático europeo, razonablemente efectivo, de los acuerdos internacionales negociados y suscritos en nombre de la UE.

IV. 2) En cuanto al segundo asunto, en abril de 2012 el PE dio, finalmente, su luz verde al nuevo *Acuerdo sobre la Transferencia de datos de pasajeros aéreos entre la UE y EEUU* (Acuerdo PNR, por sus siglas en inglés). A partir de la votación favorable del PE (*consent*, art. 218 TFUE) el Tratado establece el marco jurídico que regulará el envío de esta información, y abarca cuestiones variadas como son los periodos de retención, el

²⁴ Vid. GUILD E. and CARRERA, S.: 'Towards and Internal (In)security Strategy for the EU?', *CEPS Papers*, no. 35, 2011

uso y la protección de los datos y la posibilidad de recurso. Así, este nuevo Acuerdo sustituirá al anterior hasta ese mismo momento vigente, que se venía aplicando de forma provisional desde 2007.

El nuevo Acuerdo bilateral UE-EEUU, negociado por la Comisión Europea y el Gobierno estadounidense a lo largo de 2011, fue finalmente aprobado por una amplia mayoría (409 votos a favor, 226 en contra y 33 abstenciones).

Con todo, una minoría importante de eurodiputados se pronunció en contra del texto, considerando que las garantías de protección de los datos de los pasajeros resultaban, y resultan, todavía insuficientes. Además, antes de votar el acuerdo, el Pleno del PE rechazó una resolución que proponía elevar el Acuerdo al TJ.

Cabe reseñar, al respecto, que el originario Acuerdo alcanzado en 2007 (conforme a las reglas previas al TL) había sido considerado un «mal acuerdo» en una importante Resolución adoptada por el PE a principios del 2010, por entenderlo basado *grosso modo* en los criterios que unilateralmente había establecido a priori la parte estadounidense; que debido a las fuertes críticas que había suscitado en el PE, la Comisión Europea y su contraparte negociadora en los EE.UU, decidieron renegociar aquel Acuerdo —concluido, en todo caso, con anterioridad a la entrada en vigor del TL— a partir de 2009; y que, efectivamente, a la luz de tales críticas, la Comisión Europea y los EEUU mostraron su disposición a revisar el texto del Acuerdo, modificándolo esencialmente al menos en dos de los tres ámbitos identificados inicialmente como los más problemáticos.

De un lado, el ámbito de aplicación ha resultado acotado y delimitado. Concretamente, pasan a incluirse ahora el terrorismo y las formas más graves de delincuencia organizada transnacional, y se excluyen los delitos menos graves, penados con menos de tres años de cárcel. De otro, en cuanto al período de retención, éste se ha reducido para los delitos más graves de 15 a 10 años, manteniéndose en 15 años para los delitos de terrorismo. Transcurridos los primeros 5 años, los datos se instalarán en una base de datos «inactiva» hasta 10 años. Esta base de datos —así llamada, *inactiva*— estará sometida a controles más exhaustivos, como la restricción del personal autorizado y la exigencia de aprobación de la jerarquía administrativa para acceder a los datos. Posteriormente, se procederá a borrar y eliminar la información que sirva para identificar individualizadamente al pasajero. Los datos relacionados con un caso o una investigación específica podrán conservarse hasta que se archive la investigación.

Por lo demás, se consideró establecida una «garantía suficiente» de que EEUU utilizará los datos de los pasajeros aéreos con la «finalidad exclusiva de prevenir, detectar, investigar y enjuiciar delitos de terrorismo y otros delitos de carácter grave transnacional» que resulten castigados con al menos tres años de cárcel por la legislación estadounidense (*purpose limitation clause*).

Los pasajeros tendrán acceso a sus datos *PNR* si así lo solicitan, y podrán requerir a las autoridades de EEUU la corrección o rectificación de su información en caso de que se estime incorrecta o proceda protestar su exactitud o su veracidad. Además, si sus datos no son tratados de conformidad con el acuerdo, podrán presentar un recurso por vía administrativa y judicial en EE.UU.

IV.3) Pero, además de estos importantes tratados bilaterales en expresión de la crucial relación transatlántica, en la Comisión LIBE se encuentra en estos momentos en

plena tramitación, un abultado paquete de iniciativas, sobre todo el conjunto de materias propias de esta área.

3.1) Por un primer lado, figura y destaca el llamado *Paquete de Asilo* (que incluye las iniciativas de *Procedimiento de Asilo*, *Condiciones de Recepción y Acogida*, *Cualificaciones*, *Programa de Reasentamiento*, y *Reglamentos Dublin III y Eurodac*). De otro, ha de considerarse el llamado *Schengen Package* (*Sistema de Evaluación de Schengen y Reforma del Código de Control de Fronteras Externas de la UE*); finalmente, el llamado *Paquete de Inmigración*, (*Directivas de Trabajadores Desplazados*, *Permiso Único y Trabajadores Temporales*).

El primero de éstos, el *Paquete de Asilo* (que incluye los nuevos *Reglamentos Dublin III* y de *Eurodac*, y las *Directivas de Procedimiento de Asilo*, de *Cualificación*, de *Condiciones de Recepción y Acogida*, así como el *Programa de Reasentamientos*) fue objeto de una negociación extremadamente prolija, compleja y tensa, entre el PE y el Consejo, a todo lo largo de la Legislatura 2009-2014. Obedientes al mandato de configuración de un «*Sistema Europeo Común de Asilo*» (cuya prefiguración se remontaba a 2007, pero que adquiere carta de naturaleza con la entrada en vigor del TL en 2009), y vinculados los cinco expedientes desde el principio por su consideración unitaria e interrelacionada en su tratamiento legislativo dentro de la Comisión LIBE, el «trílogo» condujo, finalmente, a una desembocadura por la que se refuerzan satisfactoriamente los principios de seguridad jurídica, transparencia y garantías de los derechos de los demandantes de asilo, así como las capacidades de supervisión y protección de las autoridades europea sobre los EE.MM, lo que es especialmente reseñable en el caso del *Reglamento Dublín III* (relativo a la determinación de las responsabilidades del Estado de primera entrada del demandante de protección). La definitiva votación favorable del «*Paquete de Asilo*», incorporando mejoras innegables con respecto del insostenible *statu quo* de «malas prácticas» hasta entonces imperante, tuvo lugar en el Pleno de Estrasburgo de 12 de junio de 2013.

En cuanto al *Paquete Schengen*, recuérdese, al objeto de refrescar la memoria de su origen, la iniciativa franco alemana de incoar una «propuesta de revisión de los mecanismos de revisión de Schengen» en el contexto de las elecciones presidenciales francesas que condujeron, en mayo de 2012, al relevo en El Elíseo del derrotado Sarkozy —pilar hasta ese momento del llamado «Directorio» franco alemán que dio en llamarse *Merkozy*, marcado por su orientación conservadora— en favor del vencedor, el socialista François Hollande. El recorrido de esta iniciativa desencadenaría, como no podía ser de otro modo, un encendido debate, a todo lo ancho de Europa, sobre la oportunidad y/o las condiciones para el «restablecimiento de fronteras» interiores en la UE.

Por lo que concierne al PE, la Comisión LIBE, en el curso de la Legislatura europea 2009-2014, debatió intensa y largamente las dos piezas principales del Paquete: de un lado, el *informe Weber sobre el Régimen de Restablecimiento de las Fronteras Interiores de la UE*, que aborda temas conexos al *sistema de evaluación de Schengen*; en concreto, al *Reglamento de Evaluación del Sistema Schengen*, objeto éste, de otro lado, del *informe Coelbo*. En su conjunto, estas dos piezas conexas del *Paquete Schengen* formulan una respuesta frente los enfoques regresivos en materia de libre circulación que había venido promoviendo el Consejo —notoriamente, el «directorio Merkozy»— durante buena parte de esta Legislatura (2009-2014).

Ha de tenerse en cuenta, además, que este conjunto de iniciativas legislativas (denominadas, en la jerga, *Schengen Package*) ha sido objeto, en el epicentro de esta crucial Legislatura 2009-2014 marcada por la entrada en vigor del TL y el anejo mandato de «lisbonización», de un inédito episodio de conflicto institucional entre el PE y el Consejo.

El origen del conflicto lo fue la secuencia descrita por los Gobiernos italiano y francés (bajo la jefatura de Berlusconi y Sarkozy, respectivamente) para frenar, alegando una «presión insoportable» sobre sus fronteras, los flujos de refugiados causados por la llamada «Primavera árabe» a partir de 2011. Es en ese contexto que se produjo la decisión unilateral del Consejo de Ministros de Justicia e Interior (Consejo JAI), de 7 de junio de 2012 (en Presidencia danesa) de modificar la base jurídica para esa lisbonización, pasándola del art. 77 (que contempla el procedimiento legislativo ordinario de codecisión con el PE) en favor del art. 70 TFUE (que permite al Consejo decidir sobre el régimen de fronteras sin autorización del Parlamento). Como consecuencia, el PE (a través de su órgano rector, la Conferencia de Presidentes, equivalente a la reunión de la Mesa y Junta de Portavoces) decidió suspender toda negociación con el Consejo, instrumentando la «congelación» del *Schengen Package* (las dos iniciativas mencionadas, más las relativas a la Orden Europea de Investigación y al PNR europeo). La presidencia chipriota abrió conversaciones y consultas con el PE. Tras largas y prolijas negociaciones (Presidencias chipriota e irlandesa), el «trílogo» abriría el paso a un compromiso que autorizó el desbloqueo el 29 de mayo de 2013. El acuerdo sobre el *Paquete Schengen* fue votado favorablemente, en primera lectura, en el Pleno de Estrasburgo de 12 de junio de 2013.

Por lo demás, es oportuno subrayar aquí el enfoque de principio, tal y como la Comisión LIBE del PE ha venido reiterando durante el año y medio en que se prolongaron las tensas negociaciones entre el Consejo y el PE: que el llamado *espacio Schengen de libre circulación de personas* pertenece, inequívocamente, al núcleo duro y seguramente máspreciado de todo el acervo europeo; y que, por lo tanto, debilitarlo, atacarlo o revisarlo a la baja supone debilitar a Europa en uno de sus aspectos más cruciales y preciosos, socialmente más visibles y de mayor impacto para la caracterización del estatus de ciudadanía europea: la libre circulación de personas. A justo título, por tanto, buena parte de los miembros del PE nos hemos declarado dispuestos a permanecer vigilantes ante la ingente deriva populista, netamente antieuropea, que viene preconizando la renacionalización de las políticas más distintivas de este acervo. Y que ello ha sucedido, y aun continúa sucediendo, precisamente en el momento en que el TL propugna la conversión de estepreciado acervo de cooperación intergubernamental en una nueva política europea, sujeta al procedimiento legislativo ordinario que hace decisivo al PE y bajo la jurisdicción del TJ. Y que esto ha pasado, además, a rebufo y so pretexto del preocupante empuje de esa *política del miedo* que, en los últimos años, ha venido siendo alentada, con una orientación notoriamente antisocial, por la conjunción de dos factores: de un lado, las iniciativas y discursos de Gobiernos cada vez más inclinados al populismo reaccionario; de otro, la agonía interminable de esta «Gran Recesión» que, con arranque en la caída de Lehman Brothers en EEUU, ha resultado ser, claramente, a estas alturas, la más profunda y duradera que haya padecido la UE a lo largo de su historia.

En otras palabras, cualquier eventual retroceso en la libre circulación de personas en la UE debe ser discutido con máxima preocupación, si es que no, directamente, des-

atar la voz de alarma. Porque refleja, en última instancia, la tentación de practicar una vuelta a un nacionalismo rancio cuyas inconsecuencias en la gestión de los flujos migratorios deberían a estas alturas estar del todo superadas. Y porque evidencia, además, que las pulsiones larvadas del antieuropeísmo xenófobo y reaccionario han venido penetrando, desde las nuevas formaciones de extrema derecha y populistas, en la médula espinal de la estrategia política de formaciones que ostentan responsabilidades de Gobierno en buena parte de los EEMM. *La Europa de Schengen* —la misma que suprimió el control en las fronteras internas de gran parte de la UE, e incluso ha ido más allá, incorporando a países que no son miembros de la UE— es, a juicio de millones, especialmente los jóvenes, uno de sus más señeros y perceptibles logros. Una consecución que no sólo hay que preservar ahora, frente a los arrecifes de la crisis más severa que haya padecido la UE, sino fortalecer²⁵.

3.2) Toca ahora señalar todavía otro conjunto de iniciativas señaladas en ámbitos de gran incidencia para el despliegue normativo de las potencialidades del ESLJ en el marco secuencial del *Programa de Estocolmo y de su Plan de Acción*. Debemos referirnos aquí al llamado *Paquete de Cooperación Judicial en materia Penal* (que incluye la «lisbonización» de las decisiones de *Eurojust* y *Eurojust* y la Directiva sobre *Sanciones Penales por manejo de información privilegiada y maquinaciones en el mercado* (*Directive on criminal sanctions for insider dealing and market manipulations*) y el no menos importante *Paquete sobre la Hoja de Ruta de los Derechos Procesales* (*Procedural Rights Road Map*).

En conexión con los trabajos parlamentarios relativos a los derechos procesales en el ámbito penal, han sido también reseñables los avances producidos en materia de *protección de víctimas* (Ej.: *Orden Europea de Protección de Víctimas* —iniciativa activada bajo Presidencia española—), en el marco del llamado «*Paquete de Víctimas*» (*Victims Package*), éste último activado a iniciativa de la Comisión ya bajo las previsiones del TL.

En concreto, la primera propuesta de Directiva reguladora de la orden europea de protección de víctimas fue presentada bajo Presidencia española, con el apoyo de otros 11 EE.MM patrocinadores, en enero del 2010. A partir de ahí, experimentó un recorrido político y parlamentario singularmente complejo y difícil, y ello a pesar del inicial consenso en torno a su objetivo: extender la protección de las víctimas en sus desplazamientos dentro de la Unión Europea.

La iniciativa española fue en su día objeto de críticas por la Comisión Europea, atacando la base jurídica en ese momento escogida por el Consejo al optar por actuar mediante «cooperación reforzada» según lo previsto en el art. 82 TFUE. La argumentación de la Comisión se fundaba en el principio de que, desde la entrada en vigor del TL, los EE.MM sólo podían —y sólo pueden— adelantar «propuestas» en materia de cooperación judicial en materia penal. Subsiguientemente, la Comisión —a través de su vicepresidenta Viviane Reding, Comisaria de Justicia y Derechos Fundamentales— formuló por varias vías su rechazo y su protesta tanto contra la «base jurídica» invocada por el Consejo JAI como contra aspectos concretos de la iniciativa adoptada, en cuanto,

25 Vid. BIGO, D., CARRERA, S., HAYES, B., HERNANZ N. and JEANDESBOZ, J.: 'Evaluating Current and Forthcoming Proposals on JHA Databases and Smart Borders System at EU external borders', *CEPS*, 2012.

a su parecer, la originaria propuesta española iba más lejos de lo que resultaba coherente con la «base», tanto en sus ambiciones como en su formulación.

El funcionamiento de la Orden, tal como aparecía ideada en la propuesta de la Presidencia española, era en realidad bien simple: toda orden de protección, con independencia de la naturaleza del órgano que la emitiese en un Estado miembro, debería ser transformada en un mandato dirigido a la adopción de una «medida equivalente», asegurando el «mismo nivel de protección» en el ordenamiento de otro Estado miembro, siempre y cuando la persona protegida así lo solicitase en caso de «desplazamiento» dentro de la Unión Europea. El objetivo era, y continúa siendo, la prevención del delito, lo que ha de entenderse «independiente» de la «naturaleza del órgano» (penal, civil, administrativo u «ordinario», según su caracterización dentro de cada ordenamiento) que haya de dictar la medida concreta de protección.

Tras largos e intensos debates acerca de la base jurídica y de la naturaleza de las medidas que habrían de entenderse cubiertas en una propuesta de Directiva formulada en este modo y desde la invocación de la base referida en el artículo 82.2 TFUE, las dos ponentes designadas (respectivamente, por la Comisión LIBE y por la Comisión de Derechos de la Mujer y la Igualdad de Género, llamada Comisión FEMM) acordaron en su día, en búsqueda de un compromiso, reducir el ámbito inicial de aplicación a las medidas de protección de víctimas de delitos, acotando así el campo a las medidas adoptadas por órganos jurisdiccionales penales. Tal decisión fue adoptada desde el compromiso, a su vez, por parte de la Comisión, de presentar un Reglamento que, complementariamente, daría cobertura a la adopción de medidas civiles (y/o administrativas), lo que efectivamente tuvo lugar en mayo de 2011, habiéndose completado a fines de 2012 su entera tramitación legislativa en el PE. La combinación de ambos instrumentos jurídicos permite así asegurar una cobertura adecuada a la práctica totalidad de las medidas de protección aplicadas por los EE.MM desde la heterogeneidad de sus ordenamientos y de sus instituciones y protección de víctimas.

Partiendo de estos compromisos, la referida Directiva fue aprobada en «segunda lectura» en diciembre de 2010, garantizando a las víctimas de delitos violentos, acoso o trata de seres humanos, el mantenimiento de un mismo «nivel de protección» frente a sus agresores y en sus desplazamientos en toda la UE.

Es importante destacar que la Directiva cubre a *todas* las víctimas, no solo a las de violencia de género, como muchos criticaron al considerar el campo de aplicación excesivamente reducido. Aunque, estadísticamente (y por causas que aquí no precisan comentario), la mayoría de las medidas de protección beneficien específicamente a las mujeres, la llamada «euroorden de protección» se aplicará, sin embargo, a todo tipo de víctimas —de ambos sexos—, incluidos los niños, que hayan sufrido violencia y cuyo agresor haya sido identificado y sobre el que se haya impuesto una medida de protección.

La Directiva busca, en resumidas cuentas, proteger a las víctimas, actuales o potenciales, «contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual (...) así como su dignidad o libertad personal».

De modo que si una persona se beneficia de una medida de protección de carácter penal en su país de origen, será este Estado el responsable de solicitar y requerir una orden europea para ampliar la protección al país al que la víctima se desplace. El Estado

de origen será así el responsable de emitir la orden europea de protección y reenviarla al país tercero.

Podrá emitirse, en principio, una orden europea cuando el agresor no pueda acceder a los lugares que la víctima frecuenta o cuando exista una orden de alejamiento. Por su parte, el agresor tendrá derecho a recurrir la orden de protección. Sin embargo, al informar al agresor, la autoridad del país de origen tendrá que tener en cuenta el interés de la persona protegida en que no sea desvelada su dirección o cualesquiera otras informaciones de contacto. Como cuestión asimismo de principio, es cierto que esta directiva se aplicará solamente a las medidas judiciales de protección que revistan carácter penal. Sin embargo, debido a las distintas tradiciones jurídicas existentes en los EE.MM, el país al que se traslade la víctima podría imponer medidas de otro tipo (civil o administrativo), siempre que se garantice el mismo nivel de protección. Y debe reseñarse, en fin, cómo, a partir del momento de su aprobación definitiva, los EE.MM disponen de tres años para transponer en sus ordenamientos, de acuerdo con las condiciones de su configuración (*Common Law*, *Civil Law*... etc.) los componentes normativos de esta concreta Directiva.

Visto lo visto, el 13 de diciembre de 2011, el PE aprobó en la llamada «primera lectura» su Resolución legislativa sobre la posición del Consejo con vistas a la adopción de una Directiva del PE y del Consejo sobre la *Orden Europea de protección de víctimas*, publicada finalmente en el *Diario Oficial* el 21 de diciembre en el 2011.

Esta *Orden europea de protección de víctimas* establece el marco jurídico que va a posibilitar el reconocimiento mutuo de las medidas de protección adoptadas en el ámbito penal. Recuértese que es, además, el resultado final de la iniciativa de los EE.MM, presentada así al amparo de esta técnica específica de iniciativa estatal en el ELSJ, bajo Presidencia española: concretamente, el resultado de la posterior negociación del PE con el Consejo, que es el que se corresponde con el texto finalmente votado en sesión plenaria en diciembre de 2011. Porque fue sobre esa base, y expresamente en respuesta a la iniciativa adoptada por los EE.MM, sobre la que la Comisión preparó un así denominado «paquete legislativo» de «protección de víctimas» a fin de completar el marco jurídico para su protección en el espacio europeo, disponiendo en consecuencia la apertura de un procedimiento legislativo ordinario para la tramitación de este referido «paquete» que fue completado con éxito en 2013.

En cuanto al marco jurídico vinculante de la UE, recuérdese que el artículo 82 (2) del TFUE autoriza al PE y al Consejo a establecer «normas mínimas» para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, así como las condiciones para la cooperación policial y judicial en investigaciones y procedimientos penales con dimensión transfronteriza. Según el apartado c) del art. 82 (2), las referidas «normas mínimas» pueden proyectarse también a los derechos de las víctimas de delitos que aparezcan revestidos de una cierta gravedad y alcance transfronterizo.

En su Resolución de 25 de noviembre de 2009 sobre el *Programa de Estocolmo* (de la que tuvo el honor de ser ponente por la Comisión LIBE), el PE formuló un expreso requerimiento en favor de un «marco jurídico global» en disposición de ofrecer la protección más amplia posible a las víctimas de delitos graves transfronterizos (en particular, las víctimas del terrorismo, la delincuencia organizada, la trata de seres humanos y la violencia de género), incluyendo la previsión de una indemnización adecuada.

Así, como respuesta al *Programa de Estocolmo* y a su posterior *Plan de Acción*, que estableció en su día la protección de las víctimas como una prioridad, la Comisión publicó (18 de mayo de 2011) un *paquete de medidas* que incluye, entre otras, las siguientes:

- Una comunicación sobre el fortalecimiento de los derechos de las víctimas en la UE;
- Una propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil;
- Una propuesta de Directiva que deberá establecer «normas mínimas» europeas sobre el reconocimiento y garantía de derechos, medidas de apoyo y régimen de protección de las víctimas de delitos graves transfronterizos;

Por su parte, siguiendo el mismo método que se siguió en el campo de los derechos procesales de las personas acusadas o sospechosas, el Consejo publicó (10 de junio de 2011) un «Plan de trabajo» para el fortalecimiento de los derechos y la protección de víctimas, singularmente en los procedimientos penales. Al tiempo que subraya la necesidad de un enfoque paso a paso en este campo, la *hoja de ruta* del Consejo abarca las siguientes medidas:

- A) La Directiva que deberá sustituir la DM del Consejo 2001/220/JAI, sobre el «Estatuto de las víctimas en los procesos penales»;
- B) Recomendaciones sobre medidas prácticas y mejores prácticas en relación con la Directiva establecida en la medida anteriormente mencionada;
- C) El Reglamento sobre reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil;
- D) La revisión de la Directiva 2004/80, sobre indemnización a las víctimas de delitos;
- E) Recomendaciones sobre medidas prácticas y las mejores prácticas para hacer frente a las necesidades específicas de las víctimas.

La *Propuesta de Directiva sobre la Protección de las Víctimas del Delito* establece un marco horizontal para asegurar que todas las víctimas de delitos, independientemente del tipo de delito, se beneficien de los mismos niveles por cuanto hace al derecho de información, al derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas, al derecho a ser escuchado, al derecho a interpretación y traducción, al derecho al reembolso de gastos, al derecho a la protección durante el proceso penal. La propuesta incluye, además, una definición amplia de miembros de la familia y sus víctimas, identifica algunas categorías de víctimas vulnerables, y establece un mecanismo para evaluar la vulnerabilidad.

3.3) Por último, el referido *paquete de garantías procesales en la investigación de los delitos* autoriza a distinguir tres vertientes en la ruta de desarrollos concretos: un primer bloque se concentra en los avances relativo al *derecho de información* de los imputados y acusados en un proceso penal. Un segundo bloque se ocupa de la aproximación y armonización de los derechos de *acceso a la Justicia e interpretación* de las actuaciones relevantes en una lengua que resulte comprensible al encausado. Un tercer bloque se concentra en la aproximación en *materia de acceso a la asistencia letrada al detenido y al derecho a la defensa* en el curso de las actuaciones judiciales (en fase de investigación o en fase de procedimiento).

En efecto, el PE lleva pidiendo desde hace mucho tiempo una mayor protección de los derechos de las víctimas de los delitos, por un lado, y de los sospechosos o acusados, por otro. Tras el fracaso de la adopción de la *DM relativa a determinados derechos procesales en materia penal* propuesta por la Comisión en 2004, el Pleno solicitó (en el *Informe Pagano*, aprobado el 7 de mayo de 2007), un instrumento ambicioso relativo a las garantías procesales en materia penal.

En esta ocasión, la Resolución adoptada por el PE no resultó desatendida. A iniciativa de la Presidencia sueca (segundo semestre de 2009), el Consejo adoptó en noviembre de 2009 un *Plan de trabajo* para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en materia penal que modifica el planteamiento inicial de la Comisión de adoptar un instrumento «horizontal y global» para hacerlo menos ambicioso, pero quizá más realista, con un enfoque por etapas que cubren los siguientes derechos en el escalón europeo:

- A) Traducción e interpretación;
- B) Información sobre derechos e información sobre los cargos;
- C) Asesoramiento jurídico y justicia gratuita;
- D) Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares;
- E) Salvaguardias y garantías especiales para acusados sospechosos que sean vulnerables;
- F) Libro Verde sobre las condiciones de la detención preventiva.

Pues bien, así las cosas, ello quiere decir que este *Plan de trabajo* ha pasado ya a conformar, como una parte integrante, el propio *Programa de Estocolmo*, si bien el mismo deja claro que la lista de objetivos anteriormente reseñados no ha de entenderse exhaustiva.

A partir de ahí las medidas contempladas en este *Plan de trabajo* se han aplicado parcialmente. La *Directiva relativa a los derechos a la interpretación y la traducción en los procesos penales* se adoptó el 20 de octubre de 2010, mientras que la tramitación de la *Directiva relativa al derecho a la información en los procesos penales* ha concluido ya su tramitación completa, en espera de su publicación en el *Diario Oficial*.

La propuesta de *Directiva relativa al derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y al derecho de comunicación en el momento de la detención* fue lanzada por la Comisión el 12 de julio de 2011. Esta iniciativa incluye el derecho de asistencia letrada y asesoramiento jurídico, así como el derecho a la comunicación con los familiares, con el empleador, en su caso, y con las autoridades consulares cuando fuera pertinente.

En concreto, la propuesta de la Comisión establece, en este ámbito, el principio general de que todo sospechoso o acusado debe tener el derecho de acceso a un abogado lo antes posible y en unas condiciones que le permitan el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. También dispone que, en cualquier caso, estos derechos deban garantizarse antes del interrogatorio, antes de la realización de cualquier acto de procedimiento o de prueba, tan pronto como se produzca la privación de libertad.

Pues bien, en conexión con esta *Hoja de Ruta de derechos procesales (Procedural Rights)* es preciso destacar la importancia del debate suscitado por la Propuesta de *Directiva de la Orden Europea de Investigación (European Investigation Order /EIO)*.

Nótese, a este respecto, que, en todo este relatorio de acciones significativas, la base jurídica invocada ha sido, muy mayoritariamente, la que proporciona el art. 83 TFUE. Lo que, por su parte, explica que el protagonismo de la Comisión LIBE en el desarrollo del ELSJ en materia de progresos en la conversión del PE en legislador penal encuentre un anclaje sólido en el potencial de esta cláusula.

Es precisamente este potencial —cuyo envés evidencia el estadio todavía insatisfactorio de la cooperación judicial transfronteriza en el seno de la UE, si el término de comparación viene fijado, como es el caso, por la internacionalización del crimen— el que hace que la *Orden Europea de Investigación* (EIO) deba ser entendida como un paso adelante en la buena dirección, orientado a la consolidación de un área penal compartida en el espacio europeo.

Pero, al mismo tiempo, la EIO ejemplifica las tensiones que, en términos de «transferencia de soberanía» comparten estos progresos, máxime en su ponderación con la seguridad y la protección de los derechos fundamentales. Lo que, a su vez, vuelve a acentuar la importancia de un adecuado sistema de control jurisdiccional en garantía de los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE con el TL y, consiguientemente, a la formación europea de los operadores jurídicos y, en especial, de los jueces.

Quizá por ello resulta aún más paradójico —y, a mi juicio, problemático— que se cuestione *Schengen* (símbolo de la libre circulación de personas en la UE) al tiempo que se reivindica la necesidad de potenciar instrumentos de cooperación policial y judicial más efectivos para asegurar una respuesta proporcionada a los retos derivados de una política común de fronteras y de la libertad de circulación y residencia en la UE de la que, innegablemente, la delincuencia y la criminalidad transfronteriza han obtenido hasta ahora réditos que sobrepasan la capacidad de respuesta de de los EE.MM.

En otras palabras, el equilibrio adecuado entre la libertad de circulación y movimiento de personas y la eficacia en la lucha contra el crimen y contra sus amenazas, ha de ser observado de manera permanente y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y de necesidad (arts. 49 y 51 a 54 CDFUE).

Asimismo, el EIO epitomiza, mejor que ninguna otra iniciativa hasta la fecha, los principios basales del ELSJ: reconocimiento mutuo de órdenes, mandatos y resoluciones y demás diligencias de investigación, coordinación de investigaciones y garantía de los derechos afectados en el funcionamiento de la Justicia Penal (arts. 82 y 83 TFUE). Se reafirma así el círculo de complementariedad entre el vector del *reconocimiento mutuo* (expresión de confianza recíproca y de tradiciones y principios comunes) y el vector de la *aproximación/armonización de la legislación*, no sólo en el plano *sustantivo* sino en el *procesal*.

Todo ello viene a recordarnos que disponer de una Directiva reguladora de la EIO continúa siendo, a día de hoy, un objetivo interesante en el despliegue del ELSJ de acuerdo con las previsiones del TL por razones evidentes. La recolección de pruebas es crucial en el procedimiento penal. Y es que esta iniciativa incluye la armonización y/o aproximación de las reglas de la investigación del delito, de la identificación de presuntos responsables, y de la sustanciación de las responsabilidades. De lo contrario, en ausencia o en carencia de un instrumento de esta ambición y calado, continuará siendo preciso

asegurar que las actuaciones judiciales y expandidas desde un Estado requeriente puedan ser ejecutadas en el Estado requerido, siendo ambos como son EE.MM de la UE²⁶.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

A la vista de lo expuesto hasta aquí, se puede concluir lo siguiente:

El *Programa de Estocolmo* adoptado en 2009, en paralelo a la propia entrada en vigor del TL, constituyó en su día una causa formidable y prometedora para la legislación penal y para la cooperación judicial en el ámbito penal en la integración europea: se trata nada menos que de la conversión del antiguo acervo del *III Pilar* en una nueva y genuina *política europea* sujeta, por tanto, en lo sucesivo, al *Derecho europeo*. Y toda esa legislación habrá de ser reconvertida —«lisbonizada», en la jerga— de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario que hace del PE, por primera vez en la historia de la integración supranacional, legislador penal. El PE informó en su momento el *Programa de Estocolmo*. Y debería adoptar también una resolución para su evaluación, en esta fase transitoria hacia su ejecución marcada por el final de la legislatura 2009-2014.

El TL representa, hasta la fecha, el escenario más potente y promisorio en toda la historia de la integración supranacional europea para el despliegue de las potencialidades del ELSJ. Pero lo representa también para la proyección de la CDFUE y de los principios de seguridad jurídica, de «proporcionalidad» y de «necesidad» y/o «subsidiariedad» en la articulación y aplicación de la legalidad penal. Este nuevo despliegue de la ambición europea en la «aproximación» y/o «armonización» de la legislación penal en el escalón europeo emerge, con mayor claridad que nunca antes, como una nueva esfera de legislación compactada —cooperativa e interactiva— entre los legisladores de la UE y los EE.MM.

Los principios institucionales del ELSJ establecidos en el Título V del TFUE (arts. 67 a 89) conciernen tanto al Derecho Penal sustantivo como al Derecho Procesal, en una combinación de fijación de estándares o «*reglas comunes europeas*» y márgenes de maniobra atribuidos a los legisladores estatales de los EE.MM.

Los desarrollos futuros de los principios de primacía, eficacia directa, interpretación uniforme, seguridad jurídica y garantía jurisdiccional de los derechos de la ciudadanía, en el marco de las legislaciones internas en los EEMM y de las tradiciones constitucionales comunes a todos ellos, requerirán un ejercicio intensivo de *clarificación judicial* por vía interpretativa, tanto por parte del TJ como de los poderes judiciales de los EE.MM. Ello acentuará, sin duda, la indeclinable importancia de la formación especializada en Derecho europeo así como de las técnicas de cooperación jurídica transfronteriza entre los operadores y profesionales del Derecho en los EE.MM. Lo que, en última instancia, sin duda comporta y exige poner particular énfasis en la formación judicial en el Derecho europeo.

²⁶ Véase SAYERS, D.: 'The European Investigation Order: Travelling without a Roadmap', *CEPS Papers*, no. 42, 2011.

TITLE: *The European security and justice legislator after the Lisbon Treaty: Progress toward the criminal judicial cooperation in the EU*

ABSTRACT: *The European approximation and/or harmonization in both criminal matters and criminal procedure legislation got started not so long ago: As a matter of fact, until recently, it all seemed a voluntary exercise of wishful thinking, in as much as it was making on a field so far preserved within the traditional realm of States' sovereignty. The final incorporation of criminal law and criminal judicial cooperation to the sphere of European policy is an outstanding example of the European construction towards areas and competences that had been historically monopolised by national legislators. Indeed, the limitations in this matter of the intergovernmental cooperation in the Third Pillar that emerged with the entry into force of the TEU in 1992, after its conversion into the Area of Freedom, Security and Justice in the subsequent Treaty Amsterdam 1999, have been just recently overcome. Accordingly, some most important Framework Decisions (FD) meaning significant steps in the area of judicial cooperation were taken, through the implementation of specific measures on European security against serious cross-border crime by means of judicial cooperation in criminal matters. The conversion of the Area of Freedom, Security and Justice is a genuine European policy subject to the ordinary legislative procedure (with some specialties) after the Treaty of Lisbon in 2009, together with the projection of the Charter of Fundamental Rights of the EU (i.e., of the principles of legal certainty, of «proportionality» and «necessity» and/or «subsidiarity» in the articulation and application of criminal law) are now, in fact, the most visible expression of the EU's political ambition and constitutional dimension.*

RESUMEN: *El proceso europeo de aproximación y/o armonización legislativa en materia penal y procesal penal arrancó en tiempo reciente: de hecho, hasta hace bien poco parecía un ejercicio de voluntarista wishful thinking, en la medida en que impactaba sobre un ámbito preservado a la idea tradicional de soberanía de los Estados. La incorporación de la legislación penal y la cooperación judicial penal al ámbito definitivo de la política europea es ejemplificativa de la construcción europea en espacios históricamente monopolizados por los legisladores nacionales. En efecto, en este ámbito se han superado en poco tiempo las limitaciones de la cooperación intergubernamental en el III Pilar que emergió con la entrada en vigor del TUE de 1992, tras su conversión en Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el posterior Tratado de Ámsterdam de 1999. En este marco se adoptaron importantes Decisiones Marco (DM) que dieron pasos significativos en el ámbito de la cooperación judicial, mediante la implementación de medidas específicamente orientadas a la seguridad europea contra la criminalidad grave transfronteriza por la vía de la cooperación judicial en materia penal. La conversión del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en una genuina política europea sujeta al procedimiento legislativo ordinario (con especialidades) tras el Tratado de Lisboa de 2009, junto a la proyección de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en especial, de los principios de seguridad jurídica, de «proporcionalidad» y de «necesidad» y/o «subsidiariedad» en la articulación y aplicación de la legalidad penal) son ahora en efecto, la expresión más rotunda de la ambición política y de la dimensión constitucional de la UE. En paralelo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Programa de Estocolmo, adoptado en diciembre 2009, estableció la conversión del antiguo acervo del III Pilar en una nueva y genuina política europea sujeta, por tanto, en lo sucesivo, al Derecho europeo. Los desarrollos futuros de los principios de primacía, eficacia directa, interpretación uniforme, seguridad jurídica y garantía jurisdiccional de los derechos de la ciudadanía, en el marco de las legislaciones internas en los EEMM de los que siguen siendo competentes los Parlamentos nacionales, requerirán un ejercicio intensivo de clarificación judicial por vía interpretativa, y por tanto, exigirá poner particular énfasis en la formación judicial, y del conjunto de las profesiones jurídicas, en la comprensión y manejo del Derecho europeo.*

KEY WORDS: *European Union, criminal judicial cooperation, Fundamental Rights, intergovernmental cooperation*

PALABRAS CLAVE: *Unión Europea, cooperación judicial en el ámbito criminal, derechos fundamentales, cooperación intergubernamental*

FECHA DE RECEPCIÓN: 28.06.2013. FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2013.