

## ESTUDIOS

---

### COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA

*Magistrado (j)  
Vocal Permanente de la  
Comisión General de Codificación*

*SUMARIO: I. Algunas consideraciones sobre la nueva Constitución.-II. La tipología de las fuentes: Leyes europeas y leyes marco europeas.-III. Las competencias en materia penal: A) Derecho procesal penal. B) Derecho penal material. -IV. Aspectos Institucionales: A) Eurojust. B) La Fiscalía Europea.*

#### I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Un breve documento de los años cincuenta del pasado siglo, la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950, que se puede considerar como el acta Fundacional de la estructura que ha desembocado en la Constitución para Europa, contenía un diseño que se ha ido realizando en etapas que se pueden considerar breves dentro de un ciclo histórico de dimensiones desconocidas. La profecía que allí se contenía se resume así:

«La puesta en común de las producciones del carbón y del acero asegurará inmediatamente el establecimiento de unas bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la Federación Europea.»

La literatura jurídica de los años mas próximos al nacimiento de las Comunidades, ya empezó a utilizar el término de Constitución, con los calificativos de «económica» o «federal», como exigencia metodológica para conceptuar una estructura nueva que no se quería ni se debía definir desde las categorías conocidas en Derecho Internacional Publico y cuyo aparato institucional y el esquema de relaciones con los Estados miembros (en lo sucesivo EEMM), recordaban a un Estado Federal <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> En una selección de citas, pueden recordarse los siguientes autores y obras: PIERRE PESCATORE, *Le droit de l'integration*. Ed. Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales. Genève, 1972, p. 67. MANFRED ZULEEG, en el vol. *La Communauté et ses Etats membres*. Actas del sexto coloquio del Instituto de Estudios Jurídicos Europeos. Ed. Facultad de Derecho de Lieja. Edición Nartinus Nijhoff. La Haya 1973, p. 26. Otro clásico, JEAN VÍCTOR LOUIS, en *L'ordre juridique communautaire*. Ed. Perspectives

Cualquier estudioso del derecho comunitario sabía, sin embargo, que esta similitud era semántica y que el análisis jurídico e incluso político no permitía ir muy allá en la búsqueda de elementos verdaderamente comparables a los de un Estado Federal, especialmente en lo que concierne al Parlamento y al llamado «déficit democrático» y sobre todo por la inexistencia de un verdadero proceso constituyente. Por no reiterar citas sobradamente conocidas y abrumadoras, basta con remitirse al estado de la cuestión que se refleja en el Acta aneja al Tratado de Niza y a la Declaración de Laeken sobre el porvenir de la Unión Europea (en lo sucesivo UE) de 14-15 de diciembre de 2001, por la que se inicia el proceso «constituyente» al convocar la Convención que ha elaborado la Constitución, en cuyo preámbulo se contiene una referencia a la «voluntad de los ciudadanos», como sujeto constituyente.

Dentro de esa constitución semántica han existido algunos elementos normativos, de los que se pueden aislar y destacar dos que reproducen los sistemas nacionales y una estructura superior de tipo federal. Se trata de la existencia de un poder judicial independiente a) y de la atribución de personalidad jurídica internacional a la Organización b).

a) El Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia –en donde no existen jueces *ad hoc* como en otros Tribunales internacionales– ha sido configurado y ha venido funcionando como un tribunal constitucional y un tribunal federal, garante del principio de «lealtad federal», expreso en los tratados (art. 5.2. de la Constitución). Muchos años antes de nacimiento de la primera Comunidad (1951), Hans Kelsen había dicho que «la idea política del Estado Federal no se realizará plenamente mas que con la institución de un Tribunal Constitucional<sup>(2)</sup>. La función de garantía del pacto federal fue la originaria del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, añadiéndose después, por vía pretoriana, la función del control de constitucionalidad de las leyes federales, en una auto-atribución competencial del Tribunal<sup>(3)</sup>.

Estas funciones de garante del pacto federal y de interprete supremo de la Constitución están recogidas, como no podía ser de otra forma en la Constitución (arts. III, 267 y 274), como siempre ha sido y se extiende al control de constitucionalidad de los tratados internacionales que pueda suscribir la UE (art. III. 227). Así se percibió desde el principio por los tratadistas más conocidos<sup>(4)</sup>.

Este diseño básico se mantiene en la Constitución, tras rechazarse la propuesta de crear un tribunal *ad hoc*, que fuese competente en relación a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>(5)</sup>.

b) Personalidad jurídica internacional de la UE.

Es un dato no cuestionable que las tres Comunidades tienen personalidad jurídica y no solo de derecho privado, sino también internacional y así han venido actuando en el tráfico jurídico internacional, aunque no se proclamase expresamente, para cada una de aquellas y

---

européennes. Bruselas, 1983, p. 45, en el mismo sentido. En la escasa literatura jurídica española de la época, más preocupada por los aspectos políticos puede verse, JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, *Introducción a las fuentes e instituciones del derecho europeo*. Ed. Ministerio de Justicia, 1969. Del mismo, *Elementos Jurídicos de la integración Europea*, Ed. Ministerio de Justicia, 1976.

<sup>(2)</sup> En «La garantie juridictionnelle de la constitution». *Revue de Droit Public*, XLX, 1928, p. 205.

<sup>(3)</sup> Ver JOSÉ M.ª MORENILLA, *La organización de los Tribunales y la reforma judicial de los Estados Unidos de América*. Instituto de Cultura Hispánica, 1968, p. 111. En relación a España, puede verse JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, en *Sobre las funciones «latentes» del Tribunal Constitucional*. B.I.M.J. de J. J., 1981.

<sup>(4)</sup> LOUIS DELVAUX, *La Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. I.G.D.J., Paris, 1956 y J.V. LOUIS, *ob. cit.* p. 26.

<sup>(5)</sup> Dato en JOSÉ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «El proyecto de Constitución Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, mayo/agosto 2003, p. 562.

tampoco para la UE, en los tratados de Maastricht, Amsterdam y Niza. Los ejemplos pueden ser numerosos, pero basta con citar dos, muy heterogéneos: el Acuerdo de Extradición con Estados Unidos de 25 junio 2003 y el Acuerdo con Macedonia sobre el Estatuto de Fuerzas de la UE en Macedonia de 21 marzo 2003, donde el sujeto contratante es la UE y no los Estados de la UE.

La Constitución dice escuetamente en el artículo 6, que «la Unión tiene personalidad jurídica» y en el artículo IV.3, se prevé una autentica sucesión de Estados, pues su título dice: «Continuidad jurídica respecto de la Comunidad Europea y de la Unión Europea». Por lo demás, la acción exterior de la Unión debe fundarse en los principios del Estado de Derecho, respecto a los derechos humanos y Carta de las Naciones Unidas – (III-143).

Este elemento estructural debe combinarse con otro elemento de la misma naturaleza, como es la diferenciación entre las competencias exclusivas y las competencias compartidas, pues mientras en la primera situación, la competencia internacional de los Estados desaparece, salvo autorización expresa (art. 11), cuando la competencia es compartida, los Estados pueden ejercer sus competencias internas y externas, cuando la UE no hubiere ejercitado o hubiere dejado de ejercer las suyas. Este breve *excursus* era necesario a los efectos de este trabajo, por cuanto la competencia en materia penal es siempre compartida y los Estados pueden continuar sus políticas en materia de cooperación jurídica internacional en materia penal: tratados de extradición, de traslado de condenados, de asistencia judicial en materia penal, etc. El único modelo hasta ahora existente, el Tratado de Extradición con Estados Unidos (y el de asistencia judicial en materia penal), permite que permanezcan vigentes parcialmente los tratados bilaterales, p. e. el de España con Estados Unidos y sus tres Protocolos, en los que se regulan materias no contempladas en el de la UE, tales como el principio de especialidad, la extradición en tránsito o la extradición de nacionales.

Al final de un ciclo histórico de más de medio siglo, el texto resultante con estructura formal de constitución, suscita comentarios muy dispares, como es inevitable. Habrá quien reproche que no aparezca en la Constitución, «ninguna cultura europea» y concretamente una «cultura federalista», puesto que, «en la Constitución se produce un deslizamiento más claro que el agua. De la diversidad de pueblos y culturas, se pasa al argumento confederalista de que la única garantía de su mantenimiento es el Estado-nación. De ahí la afirmación solemne, repetida en exceso, de la imprescriptible permanencia de los Estados miembros de la Unión»<sup>(6)</sup>. Otro, constatarán que en términos estructurales, los elementos de la Constitución añaden poco a la estructura existente<sup>(7)</sup>. Otros en fin, y tras hacer la misma constatación, se felicitan por que la Constitución «constituye un alivio ante el riesgo que parecía más próximo que nunca de que por fin los federalistas impusieran sus pretensiones»<sup>(8)</sup>.

En términos jurídicos y a los efectos de este estudio puede destacarse que aún manteniendo la estructura tradicional en cuanto la UE, tiene unas competencias de atribución (art. 1.1.), se sistematizan las competencias exclusivas en cuatro ámbitos (política monetaria, política comercial, unión aduanera y conservación de recursos biológicos marinos) y un bloque de diez competencias compartidas y entre estas y como anticipamos, la cooperación judicial en mate-

<sup>(6)</sup> YANN MOULIER BOUTANG, «*E pluribus multiplico et pluribus multitulo*. Observaciones en el desorden sobre la futura Constitución». Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura, núm. 58/2003.

<sup>(7)</sup> JON MARÍA BENEYTO, «¿qué es una Constitución Europea?», en el vol. *El futuro de la Unión Europea*. Ed. Dykinson, 2002. RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO, «El proyecto de Constitución Europea...» en el vol. *El proyecto de una nueva Constitución Europea*. Coor. Enock Alberti Rovira. Tirant lo Blanc, monografía. 2004, y muy especialmente MARÍN y PÉREZ DE NANDARES, ya citado, p. 531.

<sup>(8)</sup> JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, «La "nueva" Constitución de la Unión Europea». *Cuaderno de Pensamiento Político*. Faes n.º 1, octubre 2003, p. 175.

ria penal y también en materia civil, reteniendo los Estados las competencias, en una buena parte del derecho de familia, salvo en algunos aspectos en que puede existir una repercusión transfronteriza (art. III-170-3) y desde luego el derecho del propiedad (III-331).

## II. LA TIPOLOGÍA DE LAS FUENTES FORMALES

Analizaremos aquí, aunque sin pretensiones doctrinales, sino con carácter descriptivo, la tipología de las fuentes formales, como antecedente para el análisis más en profundidad de la cooperación judicial en materia penal. Quedan fuera de esta descripción las fuentes materiales, es decir, las Instituciones con poder normativo y los procedimientos de adopción de normas.

Desde el nacimiento en 1951 de la primera comunidad, la CEEA y con el desarrollo posterior del tratado de Roma instituyendo la CEE, siempre han existido dos tipos de normas:

- Un tipo de norma equivalente a una ley federal que exprese el máximo nivel de transferencia de competencia (Reglamento)
- Un tipo de norma comparable a una ley de bases, que fija el objetivo y el plazo común, con competencias de desarrollo normativo de los Estados (Directiva)

La terminología ha variado, pero la estructura es la misma. Sin embargo, en materia penal nunca ha existido el Reglamento y los instrumentos de cooperación han sido únicamente los tratados intracomunitarios (p. e., el convenio de Donostia San Sebastián de 1989 sobre transmisión por fax criptografiado de las solicitudes de extradición) y a partir de Ámsterdam, las decisiones marco y las decisiones, de las que se han adoptado algunas importantes y que como es sobradamente conocido son equiparables a las Directivas, como instrumento de armonización las primeras, pero no las segundas. Por el contrario, en materia civil después de Ámsterdam, si se puede legislar por vía de Reglamento (art. 65 del TUE).

Aunque citaremos más adelante algunas de estas fuentes, podemos recordar aquí, por su valor de ejemplo, la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 sobre la orden europea de detención y entrega (transpuesta por la Ley 3/2003 de 14 de marzo) o la decisión del 26 junio 2001 relativa al blanqueo de activos. Por su alto valor simbólico debe citarse aquí, entre las decisiones, la Decisión 2003/331/JAI de 8 de mayo de 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, instrumento de ejecución entre los EEMM del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Entre los tratados internacionales, los dos relativos a extradición de 1995 y 1996. -actualmente derogados por la Decisión Marco sobre la euroorden- y el fundamental convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 2000 y su protocolo de 16 octubre de 2001, relativo, básicamente al secreto bancario.

La Constitución Europea, con una variación de carácter simbólico en la terminología va a mantener la misma tipología:

- Ley europea, acto legislativo de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los EEMM.
- Ley marco europea, también acto legislativo que obliga a los EM en cuanto a los objetivos a alcanzar, reservando a estos la elección de los medios.

Dichas leyes pueden delegar en la Comisión la competencia para adoptar reglamentos delegados que completen o modifiquen las leyes en «aspectos no esenciales», concepto jurídico, verdaderamente indeterminado.

Junto a dichos «actos legislativos» la Constitución prevé otro tipo de actos, jurídicos, ciertamente, pero no legislativos, que son:

- El reglamento europeo de alcance general, ejecutivo de las leyes.
- La decisión europea, obligatoria en todos sus elementos, pero que puede no tener alcance general.

Este tipo de actos no legislativos están previstos para la adopción de medidas de tipo económico (inmovilización de activos) como métodos complementarios para la lucha contra el terrorismo, delincuencia organizada y tráfico de seres humanos. Estas reglamentaciones son ejecutivos de leyes europeas, no de leyes marco (art. III, 49). Junto a la sistematización de las fuentes también establece la Constitución, la sistematización de las competencias, como habíamos indicado antes, teniendo la cooperación penal siempre el carácter de competencia compartida. Los Estados retienen una competencia de iniciativa legislativa, desapareciendo el monopolio de la Comisión (art. 33 y III 165)

La interrelación entre ambos elementos, conduce a una congelación del rango, para ciertas materias en las que solo se puede legislar por vía de ley-marco, mientras en otras pueden seguirse ambas vías, en cuya elección deberán tenerse en cuenta los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Predominan las áreas en que se debe legislar por ley marco.

Sin perjuicio del análisis pormenorizado de las diferentes áreas competenciales que tienen rango constitucional puede anticiparse un listado del tipo de norma prevista constitucionalmente (arts. III, 171 a 175)

### **1. Leyes marco**

- a) admisibilidad mutua de pruebas
- b) derechos de las personas durante el proceso penal
- c) derechos de las víctimas
- d) otros elementos específicos del procedimiento penal
- e) tipificación y sanción de los siguientes delitos:
  - Terrorismo
  - Trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños.
  - Tráfico ilícito de drogas y armas
  - Blanqueo de capitales
  - Corrupción
  - Falsificación de medios de pago
  - Delincuencia informática
  - Delincuencia organizada
- f) otras tipificaciones que sean necesarias en el ámbito de políticas sectoriales (art. III- 172.2).

## 2. Leyes europeas

a) para la prevención y lucha contra la delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de seres humanos, mediante un marco de medios sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos y beneficios (art. III. 45, en relación al III-158.3).

b) EUROJUST, incluyendo la relativa a la participación del Parlamento, en la evaluación de sus actividades.

c) Fiscalía Europea.

## 3. Leyes marco o leyes europeas

a) reconocimiento de resoluciones judiciales.

b) conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros.

c) formación de magistrados.

d) cooperación entre autoridades en el marco de acciones penales y ejecución de sentencias.

e) prevención del delito, sin que quepa la armonización de legislaciones (III.173)

Resalta fácilmente, en esta radiografía, que el instrumento normativo preferente es la ley marco, y con ello se reservan competencias a los Estados.

Cabe añadir a esa tipología las «decisiones europeas», adoptadas por unanimidad y aprobación del Parlamento Europeo, en dos ámbitos muy precisos: para incluir elementos específicos del sistema penal, no previstos en el artículo III-171.2. d) y para ampliar la lista de delitos citados en el apartado 1.e) anterior, del esquema que hemos expuesto.

## III. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA PENAL: DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PENAL

Enunciadas antes las competencias en materia penal, desde el plano de la tipología normativa, se analizará seguidamente este bloque competencial, atendiendo a otros criterios sistemáticos: A) las competencias de derecho procesal penal, B) las competencias de derecho penal sustantivo.

Se tratará de analizar su contenido y sus perspectivas, en función de lo ya normado en ambas áreas.

La Constitución introduce algunas modificaciones en relación al artículo 31. de los tratados de Ámsterdam y Niza, aparte la desaparición, formalmente, de la estructura en pilares y por tanto, del «tercer pilar». Pero en buena medida no son sino concreciones de fórmulas más genéricas contenidas en aquellos textos. La diferencia más significativa está en que se suprime toda referencia a la institución de la extradición, al suprimirse esta entre los Estados miembros mediante el procedimiento de entrega. Dicho sea por vía de *excursus*, el mecanismo de la euroorden, es en realidad una extradición simplificada, pues no hay ejecución automática y acrítica de la resolución extranjera, ya que se regulan más de diez motivos de denegación o de entrega condicionada, que son exactamente los mismos que en materia de extradición: doble incriminación (salvo en algunos delitos) prescripción, cosa juzgada, sentencia en rebeldía, extradición de nacionales, principio de especialidad, entrega en tránsito etc. La afirmación de una originalidad radical del sistema de la «entrega», apoyándose en el argumento de que los órganos de relación y decisión son los órganos judiciales y no los Ministerios de Justicia no pasa de ser una simplificación, pues lo esencial es que siguen existiendo relaciones internacio-

nales entre jueces de diferentes sistemas y no entre jueces de un mismo sistema. En suma, esta uniformidad procesal reposa sobre un derecho sustantivo heterogéneo<sup>(9)</sup>.

Como principio básico de toda la cooperación en la materia se establece el del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, como expresión máxima del espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), que queda acotado al excluirse la materia de extradición –que figuraba en *Ámsterdam* y *Niza*– y que ha desaparecido tras la euroorden y no incluir, al menos de manera expresa, un área tan importante como es el traslado de personas condenadas. En materia de terrorismo, puede observarse que aunque su tipificación y sanción figura entre los objetivos del ELSJ, ciertos aspectos quedan fuera de la cooperación judicial: se trata de la cláusula de solidaridad ante un ataque terrorista, y la respuesta colectiva incluso con intervención de las fuerzas armadas (art. 42 en relación al III-231).

Se ha repetido hasta la saciedad que la idea del espacio judicial deriva de las conclusiones del Consejo Extraordinario de Tampere de 1999 (VI, 33) en el que se decía que el «reconocimiento mutuo debe ser la piedra angular de la cooperación» pero es una injusticia histórica que los autores españoles no debemos cometer, el olvidar que tal idea había sido lanzada durante la primera presidencia española (1989), en el Documento de Palma del Grupo de Coordinadores<sup>(10)</sup>.

Este principio del reconocimiento mutuo, cuya aparente simplicidad ha posibilitado su divulgación en los mensajes políticos y mediáticos, en realidad ya existía, por la fuerza de las cosas y aún sin esta pretensión de generalidad, incluso en espacios jurídicos menos integrados, como el Consejo de Europa, así como en tratados bilaterales, en relación a cierto tipo de sentencias extranjeras, como son los que condenan a penas de privación de libertad. En efecto, el convenio del Consejo de Europa de 1983 sobre traslado de personas condenadas, supone implícitamente el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera o la intangibilidad de los hechos probados, cuando se sigue el sistema llamado de «conversión». Por el contrario y sin forzar la paradoja, en el sistema de la «euroorden» es inapropiado hablar de la ejecución de la sentencia extranjera, pues esta donde se va a ejecutar es en el Estado requirente, donde se dictó y el Estado requerido, que efectúa la entrega, no ejecuta dicha sentencia, sino que coopera para que se ejecute en el otro.

Acotado el campo, tras las precisiones hasta aquí hechas, es adecuado analizar no solo lo que el texto constitucional dice, sino inventariar el acervo existente, lo que permite una primera radiografía de la tarea a realizar a corto o medio plazo. Es muy posible que cuando entre en vigor la Constitución algunos de estos objetivos estén cumplidos, aunque naturalmente son susceptibles de evolución con función de nuevas situaciones.

## A) DERECHO PROCESAL PENAL

### 1. Establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas.

En la aprehensión del verdadero contenido de este precepto es preciso evitar un cierto confusio nismo conceptual, pues puede confundirse lo que no son sino actos de auxilio judicial

<sup>(9)</sup> Ver JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, «Algunas consideraciones sobre la decisión-marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición», *Actualidad Penal*, núm. 4/2003, sobre el mismo tema, ver JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA y FRANCISCO BUENO ARÚS, *Manual de Derecho Penal Internacional*. Ed. Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 231 y ss.

<sup>(10)</sup> JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, «El espacio judicial comunitario», en el vol. Colectivo. *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Civiles 1993.

internacional (comisiones rogatorias) bien conocidas y abundantemente utilizadas, con la específica ejecución de resoluciones judiciales, tal y como antes se ha anticipado y sobre lo que más adelante volveremos.

No hay por el momento una reglamentación general de ejecución de sentencias penales, comparable a la existente en materia civil, contenida en el Reglamento 44/2001.

Cuando hablamos de ejecución de sentencias penales, a lo que nos tenemos que referir es a la ejecución de los diferentes tipos de penas. Igualmente nos tenemos que referir a la ejecución de sentencias absolutorias, v. gr: para levantar un embargo o inscripciones registrales que las documenten.

Las penas susceptibles de ejecución serían:

- Privativas de libertad.
- Privativas de derechos
- Pecuniarias
- Penas suspendidas y penados en libertad condicional.

Estas materias están reguladas en convenios de otra Organización Internacional como es el Consejo de Europa y en los que son parte los Estados de la UE y en algún caso, todos:

- Convenio sobre la ejecución de sentencias penales extrajeras de 28 mayo 1970, número 70.
- Convenio sobre traslado de personas condenadas de 21 marzo 1983, número 112.
- Convenio relativo a la vigilancia de personas condenadas o liberados condicionales, número 51 de 3 de noviembre 1964.

En el área de la UE también existen los siguientes tratados que aunque no vinculan a todos los EM, si se aplican provisionalmente entre algunos:

- Convenio relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas de 25 de mayo 1987.
- Convenio entre los Estados Miembros sobre la ejecución de las condenas penales de 13 noviembre 1991.

En un ámbito sectorial, debe citarse el convenio de 17 junio 1998 sobre decisiones de privación del derecho de conducir.

Una característica de los dos primeros convenios es su dependencia de los convenios matrices del CE que se mantienen en vigor, aunque con modalidades de aplicación entre los EM.

Es predecible que en futuros desarrollos se abandone esta técnica, que se inicia tras el acta Única de 1985 y se vaya hacia una regulación autónoma, en el plano material y al abandono de la técnica de los tratados, utilizando la ley europea o la ley marco, pues a diferencia de la expresa referencia a tratados internacionales intracomunitarios que se contenía en el artículo 34 del tratado de Ámsterdam, la Constitución no contiene referencia alguna.



## **2. Prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados Miembros.**

Aparentemente, este objetivo no sería sino reproducción del que se contiene en el artículo 31 de los tratados de Amsterdam y Niza y sin embargo, hay una innovación sustancial, que podría pasar desapercibida, pues el objetivo no es sólo «prevenir», sino además «solucionar» los conflictos, objetivo que no está en aquel artículo. En la doctrina española ya se había atraído la atención hacia estos objetivos como consecuencia del establecimiento en diversas fuentes –tratados, decisiones marco, acciones comunes– de diversos foros internacionalmente competentes, que inexorablemente pueden provocar un conflicto, p.e., el foro de la nacionalidad del autor y el foro de la nacionalidad de la víctima, sosteniendo la doctrina que por aplicación de la teoría del «efecto útil», se podría entender que también existía competencia para la solución <sup>(11)</sup>.

Ni los Tratados anteriores, ni la Constitución institucionalizan un órgano de solución de conflictos que vaya más allá de ciertos mecanismos de concertación que se prevén en algunos tratados intracomunitarios tal como el Convenio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades PIF), y el relativo a la corrupción de funcionarios de 1997, que residencian esta competencia en un órgano político, como es el Consejo de Ministros, cuando el problema es típicamente jurisdiccional pues entraña cesiones de jurisdicciones. Hay un elemento nuevo respecto a los tratados anteriores, en cuanto se atribuyen unas competencias –aunque poco definidas y difícilmente ejecutables– a Eurojust.

## **3. Fomentar la formación de los magistrados y del personal de la administración de justicia.**

Es un objetivo modesto y alcanzable a través de normas de derecho derivado, sin necesidad de darle rango constitucional. Se advierte que no se prevé una armonización de los sistemas de acceso a la judicatura, que continuaran regidos por los derechos nacionales, refiriéndose probablemente, a la formación continuada en lo que afecte a la cooperación internacional, pues tiene poco sentido que este objetivo se refiera a la formación en derecho interno. Quizás presente mas interés para los nuevos Estados miembros, procedentes de los antes llamados Pecos.

## **4. Facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los EM en el marco de las acciones penales y de la ejecución de las resoluciones.**

Es también un objetivo poco relevante e incluso redundante en relación a otros preceptos. Este objetivo ya figuraba en el artículo 31 1.a del Tratado de Niza donde se apelaba a Eurojust, mención que desaparece en la Constitución. Para obtener fruto de la defectuosa redacción o incluso de la superficialidad del planteamiento, puede partirse de la idea de que este objetivo tiene dos elementos:

- La facilitación de la cooperación entre las autoridades.
- El ejercicio de acciones penales («causas» decía Niza) y la ejecución de sentencias.

---

<sup>(11)</sup> Ver JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, Las competencias internacionales penales de los Estados: desarrollo del artículo 31. a) del tratado de Ámsterdam. Actualidad Penal núm. 6, 14 de febrero de 1999.

Va de si que tal cooperación se produce al utilizarse los mecanismos procesales citados, y lo que en realidad se pretende es «facilitar» la cooperación. A este tipo de objetivos responden normas como la Acción Común de 29 junio 1998 sobre «buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal» núm. 98/428/JAI y muy especialmente la Red Judicial Europea creada por la Acción Común de 29 junio 1998, 98/428/JAI que se integra por un conjunto de puntos nacionales de contacto, a los que se asocian los magistrados de enlace, institución creada por la Acción Común 96/277/JAI.

La instancia máxima de cooperación y con clara tendencia expansiva es Eurojust y que funciona tanto a través de los miembros nacionales como actuando colegiadamente, con más competencia, obviamente, en esta segunda formación. En un ámbito específico, en la lucha contra el fraude, la oficina Europea de lucha contra el fraude (OLAF), creada por el Reglamento (CE) núm. 1073/1999, tiene precisamente como misión apoyar a la Comisión y a los Estados Miembros en la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión. Desde el punto de vista de la técnica procesal penal, los informes de la OLAF, constituyen elementos probatorios asimilables a los informes nacionales equivalentes.

También en un ámbito sectorial, responde a la misma finalidad la AC de 3 de octubre de 1998, relativa al blanqueo de capitales. Esta AC ha sido parcialmente derogada por la decisión marco de 26 junio 2001 sobre la misma materia.

Fuera de estos aspectos adjetivos, el núcleo del precepto, se refiere, aunque con muy escasa precisión a las «acciones penales», breve frase pero que encierra unos complejos elementos de cooperación internacional, que intentaremos sistematizar aunque sea concisamente.

*a)* Las denuncias para fines procesales. Es un dispositivo procesal previsto en el artículo 21 del Convenio del Consejo de Europa de 1959 de asistencia judicial en materia penal, mediante el cual, un Estado puede solicitar de otro que inicie un proceso penal, sobre la base de la documentación que le transmite. El problema de este artículo es que no prevé que fuerza probatoria tienen los documentos transmitidos, por lo que solo tiene la función de permitir iniciar el proceso en el Estado requerido.

*b)* La transmisión del proceso penal. A diferencia de la hipótesis anterior lo que se transmite es un proceso judicial, por el Estado titular originario de la competencia, al Estado con el que exista algún tipo de conexión, por ejemplo por la nacionalidad del imputado. Es un mecanismo previsto en la LOPJ atribuyendo competencia a la Audiencia Nacional, para la transmisión a España (transmisión pasiva). En estas hipótesis, razones de economía procesal y de confianza entre sistemas exige que los actos procesales realizados en el Estado que transmite sean reconocidos en el Estado que recibe.

Este es el esquema del convenio 70 del Consejo de Europa de 15 mayo de 1972 cuyo artículo 26 establece la regla procesal antes citada.

En el ámbito de la UE y sobre la base jurídica que supuso el Acta Única de 1985, se adoptó el convenio sobre ejecución de sentencias penales de 15 noviembre 1991 que pretendió superar el déficit de contenido del citado artículo 21 del convenio del Consejo de Europa de 1959 y la complejidad del otro Convenio núm. 70 del Consejo de Europa, antes citado. Ha recibido muy pocas ratificaciones, aparte de la de España y sus probabilidades de extensión son casi nulas, aunque es un valioso instrumento de trabajo, para una eventual ley europea.

## 5. El auxilio judicial internacional

No hay en la Constitución una referencia expresa y general a los actos de auxilio judicial internacional, tal y como generalmente se entiende en los tratados bilaterales y multilaterales y que se refieren a la notificación y traslado de documentos y a las comisiones rogatorias de todo tipo y muy especialmente las encaminadas a la obtención de pruebas. En la actualidad los EM están ligados por el citado convenio del Consejo de Europa profundamente modificado entre ellos por el convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000 tras una larga y compleja negociación <sup>(12)</sup>. Este convenio ha sido extendido a las relaciones con Islandia y Noruega, Estados no miembros.

Una nueva estructura de cooperación se encuentra en los equipos conjuntos de investigación previstos en la Decisión marco de 13 de junio 2002, transpuesta por la Ley 11/2003 de 21 de mayo.

## 6. Otros aspectos procesales

El artículo III 171.2 menciona cuatro competencias, algunas de las cuales ya han sido citadas. Estas competencias se refieren:

- a) admisibilidad mutua de pruebas
- b) derechos de las personas durante el procedimiento penal
- c) derechos de las víctimas.
- d) otros elementos específicos del procedimiento penal.

Obviamente, el objetivo no es establecer un código procesal penal común, sino adoptar normas sectoriales en aspectos concretos y no en relación a cualquier tipo delictivo sino solo cuando un hecho tenga «dimensión transfronteriza». El tipo de norma elegida es la ley marco, lo que representa un retroceso en relación al convenio de 2000, antes citado, que se puede aplicar directamente, mientras la ley marco exige desarrollo en el plano interno.

El objetivo a), está en buena medida cumplido a través de los dos tratados de asistencia judicial en materia penal ya citados, especialmente el de la UE, donde se contienen numerosas modalidades de cooperación, por ejemplo, el testimonio por video-conferencia o por teléfono o las entregas vigiladas, o los agentes infiltrados (art. 14) o la intervención de telecomunicaciones y cuyo resultado tendrá valor probatorio.

El objetivo b), no precisa cual es el ámbito subjetivo, aunque desde luego se refiere a los imputados o acusados y no es fácil imaginar que garantías pueden añadirse a las reconocidas por las legislaciones nacionales y el parámetro representado por el CEDH, ratificado por todos los Estados miembros y que en sus principios forma parte del derecho de la Unión (art. 7.3) de la Constitución.

En cuanto a los derechos de las víctimas ya existe una norma, la Decisión marco 2001/220/IAI en 15 de marzo de 2001, que contiene un estatuto de la víctima en numerosos aspectos: en la presentación de pruebas, en el derecho de información, en cuanto a los

---

<sup>(12)</sup> Un estudio amplio de este convenio puede verse en JUAN DE MIGUEL y BUENO ARÚS, *Manual de Derecho Penal Internacional*, ya citado.

gastos, en cuanto a la indemnización, etc. La Directiva 2004/80/CE de 24 de abril de 2004 regula la indemnización a víctimas de delitos.

En relación al cuarto objetivo, «otros elementos específicos en proceso penal», cualquier objetivo es posible, pero puesto que no se trata de establecer un proceso penal uniforme, sino de armonizar algunos aspectos y solo en cuanto a los aspectos transfronterizos, no parece que se vayan a introducir grandes modificaciones de los sistemas internos. Téngase en cuenta, en todo caso que la concreción de estos objetivos debe hacerse mediante decisión por unanimidad y aprobación del Parlamento Europeo.

El Libro Verde de la Comisión de 2003, (COM/2003/0075) recoge una serie de objetivos elementales, ya suficientemente garantizados en los planos nacional e internacional relativos al derecho de defensa (p.e.: derecho a intérprete) de escaso interés.

## B) DERECHO PENAL MATERIAL

Las previsiones constitucionales con relación al derecho penal sustantivo, responden a estos parámetros:

- Delitos específicos (anteriormente citados)
- Particularmente graves
- De dimensión transfronteriza

No se trata por tanto de elaborar un código penal europeo, sino de normar en un área limitada y solo a través de leyes marco. Estas normas en todo caso serán de mínimos. En orden a la tipificación penal y las penas, se tenderá a establecer tipos básicos, aunque no es excluible que se establezcan tipos agravados, dejando a las legislaciones nacionales otros aspectos como las circunstancias modificativas. En la determinación de las penas, la tradición tanto en el marco de la Unión Europea como en el Derecho Internacional Penal, ha sido la de establecer la regla general de que las penas deben ser «proporcionadas, efectivas y disuasorias» y rara vez se establece el *quantum*, por ejemplo y como excepción en la Decisión marco 2003/568/JAI de 22 de julio 2003, relativa a la corrupción en el sector privado donde se establece una horquilla de uno a tres años de pena privativa de libertad o en materia de terrorismo en la Decisión marco de 13 junio 2002, donde se estableció penas no inferiores a 15 años para los tipos más graves.

Sobre el bloque de delitos, que se contienen en la breve lista del artículo III 172.1 y que ya hemos citado, ya existe alguna legislación en relación al terrorismo <sup>(13)</sup>, y a la corrupción, ya citada, a la que se puede añadir la Acción Común núm. 98/733/JAI de 21 diciembre 1998 relativa a la participación en una organización delictiva, la Decisión marco 2003/80/JAI de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal o la Decisión marco adoptada en el Consejo JAI el 29/30 de mayo 2000 relativa a la protección penal del euro.

El efecto armonizador que se deriva de estas normas, puede extenderse a otras áreas de competencia de la UE, fuera del ámbito específico de la cooperación judicial penal, para reforzar las políticas de armonización en otros ámbitos: v. gr: consumidores o trasportes (art. 172.2).

---

<sup>(13)</sup> En materia de terrorismo y como ejemplo significativo del esfuerzo global de la UE puede citarse la posición común 2003/906/PESC de 22 diciembre 2003 donde se contiene una lista de 45 terroristas y 35 organizaciones de todo tipo, como las conctadas con ETA (K.A.S. Jarrai, Gestoras pro amnistía) Sendero Luminoso, etc. El Reglamento núm. 229/2003 de la comisión de 23 diciembre 2003, relativa a la congelación de activos de aproximadamente un centenar de altos mandos militares y responsables políticos de Birmania (DOUE L 24 diciembre 2003).

En todo caso, mediante decisión europea por unanimidad y previa aprobación del PE puede ampliarse la lista de delitos susceptibles de armonización.

#### IV. ASPECTOS INSTITUCIONALES

##### A) EUROJUST

El artículo III-174 mantiene el rango constitucional de esta instancia de cooperación que fue creada y regulada en sus grandes líneas en los artículos 29 y 31, del tratado de Niza, así como en una Declaración aneja en la que se recordaba que este órgano estaba previsto en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999.

Esta institución ya ha sido objeto de reglamentación en el derecho derivado, mediante la Decisión del Consejo núm. 2002/187/JAI de 28 febrero 2002, «por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia».

La Constitución innova en cuanto al rango del derecho derivado, pues habiendo sido regulada la institución, en virtud de una «decisión», instrumento que no puede tener efecto armonizador, se prevé que mediante ley europea y no ley marco se regule la estructura, funcionamiento, ámbito de actuación y los «cometidos».

Estos «cometidos» pueden ser:

- Iniciar y coordinar acciones penales
- Intensificar la cooperación judicial incluso mediante la resolución de conflictos de jurisdicción.

Manifiestamente Eurojust no sustituye a las instancias nacionales, pues como dice el apartado 3 del artículo III-174. «los funcionarios nacionales competentes adoptarán los actos formales de carácter procesal».

La Constitución no establece la estructura orgánica de Eurojust, remitiéndose al legislador ordinario. La estructura actual se compone de un miembro nacional destacado por cada Estado, con la condición de juez, fiscal o funcionario de policía. La Decisión marco citada regula sus competencias, que varían según actué a través de su miembro nacional o colegiadamente, siendo mas amplias en este caso (arts. 6 y 7).

Genéricamente, y de acuerdo con el artículo III-174.1, su misión es coordinar y cooperar con las autoridades nacionales, en relación a la «delincuencia grave» y que afecte al menos a dos Estados miembros.

La decisión concretaba este ámbito objetivo al remitirse a la tipología delictiva para la que a su vez tenga competencia EUROPOL y especialmente, delincuencia informática, fraude y corrupción e infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad Europea, blanqueo, delitos contra el medio ambiente y criminalidad organizada.

La Decisión no concede una legitimación procesal directa a Eurojust, pues su competencia se reduce a solicitar de las autoridades nacionales, «que consideren la posibilidad» de llevar a cabo una investigación (petición del miembro nacional) o «solicitar» directamente a la autoridad competente (petición cuando se actúa colegiadamente).

Una de las principales competencias futuras será la de órgano de solución de conflictos de jurisdicciones penales entre Estados miembros competencia nueva, según hemos visto y que plantea serios problemas técnico jurídicos, solubles a nivel bilateral, pero muy complejos a nivel multilateral, lo que exigirá investir a Eurojust de funciones arbitrales.

## B) EL FISCAL EUROPEO

A medida que se ha ido ampliando el espacio judicial europeo, con tipificaciones penales sobre diversas áreas con repercusión transfronteriza, contenida en tratados intracomunitarios y en normas de derecho derivado, han surgido sugerencias doctrinales en orden a la creación de una Fiscalía Europea, con funciones de impulso, coordinación y solución de conflictos de jurisdicciones <sup>(14)</sup>. La literatura Jurídica especializada ha sido consciente de las dificultades de los sistemas nacionales para adscribirse a uno de los modelos conocidos en el derecho comparado, fundados en el principio de legalidad o en el principio de oportunidad <sup>(15)</sup> y de su traducción en el diseño de una Fiscalía Europea. Esos interrogantes y otros han estado bien presentes en la elaboración de un texto muy articulado y complejo, aunque con alcance material limitado a la persecución de delitos contra los intereses financieros de las Comunidades y que se contiene en el Corpus Iuris, donde se prevé un Fiscal General, que culmina una red de Fiscales Delegados, fundado en el principio de territorialidad europea y de subsidiariedad <sup>(16)</sup>.

La doctrina era también consciente de que la institucionalización de esa estructura exigía una revisión constitucional, que no se produjo en el Tratado de Niza.

La constitucionalización de esta institución se produce por el artículo III-175 de la Constitución, que contiene un diseño mínimo remitiéndose al legislador ordinario, pero con una reserva de ley europea, adoptada por unanimidad y aprobación del Parlamento Europeo. Será el legislador ordinario el que determine el Estatuto de la Fiscalía Europea y sus normas de procedimiento y control judicial de sus diligencias.

Entre los elementos constitucionales de ese diseño están:

- No es obligatoria la creación
- No hay limitaciones en orden a los delitos perseguibles, salvo las que se deriven de la limitación competencial de la UE y del carácter transnacional del delito.
- Tiene legitimación procesal ante las instancias nacionales.
- Se instaurará «a partir de Eurojust», expresión enigmática, puesto que también Eurojust ha sido constitucionalizada y no desaparece por tanto, por absorción de la Fiscalía.

---

<sup>(14)</sup> JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, *Hacia un Ministerio Público Europeo*. XXIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado. Ed. Ministerio de Justicia 2003. p. 219.

<sup>(15)</sup> El Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional, hace alguna concesión al principio de oportunidad, por cuanto permite al Fiscal no iniciar el proceso, cuando «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia...» (art. 53).

<sup>(16)</sup> Ver documento de la Comisión de Libertades Públicas del Parlamento Europeo de 22 julio 1998. ponente Kees Wiebengia y el Corpus Iuris de 1998. informe de Mireille Daelmas-Marty.