

# En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo\*

*Fernando Gascón Inchausti*

Profesor Titular de Derecho Procesal.  
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN	ABSTRACT
<p>En la última década las instituciones europeas se han dedicado a la construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. El proceso penal es, necesariamente, uno de los sectores implicados en esta tarea, en especial en lo que se refiere a la cooperación judicial en materia penal. Para mejorar esta cooperación y hacerla más efectiva se ha optado por utilizar el principio de mutuo reconocimiento, que permite –siempre con condiciones y excepciones– otorgar eficacia directa en un Estado miembro a las resoluciones dictadas por los tribunales de otro: el más claro ejemplo de esta nueva forma de articular la cooperación es la orden europea de detención y entrega, con la que se sustituye la extradición. En el presente artículo se analiza la elaboración de normas procesales penales por parte de las instituciones europeas y se llega a la conclusión de que se está produciendo la progresiva creación de un Derecho Procesal Penal Europeo, así como a la «europeización» de los sistemas procesales penales nacionales.</p> <p><b>Palabras Clave:</b> Proceso penal europeo - Cooperación judicial internacional - Mutuo reconocimiento</p> <p><b>Keywords:</b> European criminal procedure - International judicial cooperation - Mutual recognition</p>	<p>The European institutions have worked in the last decade in the construction of a European space of freedom, security and justice. Criminal procedure is necessarily one of the sectors reached by this task, especially regarding judicial cooperation in criminal matters. In order to improve this cooperation and to make it more efficient, European law-makers have decided to use the principle of mutual recognition, allowing –under conditions and with exceptions– to grant direct effect in EU member States to judgments coming from the courts of other member States: the most visible example is the European arrest warrant, that substitutes extradition. This article analyzes the creation of criminal procedural rules by the European institutions and comes to the conclusion that we are reaching the progressive construction of a European Criminal Procedural Law, as well as to a higher «Europeanization» of national criminal procedure systems.</p>

\* El presente trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación «Instrumentos para la cooperación judicial penal en la Unión Europea» (SEJ2004-06192/JURI), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Tiene su origen en la ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal – VII Jornadas sobre Justicia Penal, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México los días 19 a 23 de junio de 2006. El texto entonces presentado ha sido objeto de una significativa revisión y se han incorporado las actualizaciones producidas durante el tiempo transcurrido hasta la fecha.

SUMARIO

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN
2. LA PROGRESIVA ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL—2.1. *Evolución*—1º. Situación inicial—2º. El Tratado de Maastricht y la creación de la Unión Europea—3º. El Tratado de Amsterdam, la incorporación del «acervo de Schengen» y la evolución posterior—4º. La noción de «espacio de libertad, seguridad y justicia»—2.2. *Los actuales instrumentos normativos*—2.3. *Un cierto soporte institucional*—2.4. *¿Previsiones para el futuro?*
3. EL PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO CRITERIO INSPIRADOR DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN MATERIA PROCESAL PENAL—3.1. *El recurso al principio del reconocimiento mutuo como alternativa a los sistemas de asistencia judicial internacional*—3.2. *La utilización del reconocimiento mutuo en la actividad normativa: funcionamiento en abstracto y desarrollo real*—3.3. *Críticas al sistema de mutuo reconocimiento*—3.4. *Condiciones para un buen funcionamiento del reconocimiento mutuo como criterio inspirador de la actividad normativa*—1º. Armonización de las garantías procesales mínimas—2º. Armonización en la normativa penal sustantiva—3º. Otros factores relevantes
4. NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO—4.1. *Significado de la expresión «Derecho Procesal Penal Europeo»*—4.2. *Contenido del Derecho Procesal Penal Europeo*—4.3. *Balance de resultados y perspectivas de actuación normativa*—1º. El Convenio Europeo de 2000—2º. La entrega de personas: la orden europea de detención y entrega—3º. La obtención de pruebas: el exhorto europeo de obtención de pruebas—4º. El reconocimiento y ejecución de sentencias penales—5º. El decomiso de los bienes y productos del delito—6º. Los equipos conjuntos de investigación

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas que afectan a las sociedades democráticas contemporáneas es el fenómeno de la delincuencia organizada, que cada vez con mayor frecuencia presenta una dimensión transfronteriza. Combatirlo constituye un importante desafío para los Estados, no sólo por la gravedad de las infracciones cometidas, sino también por la desventaja con que cuentan las autoridades públicas para hacer efectiva la persecución transnacional del delito. Y es que los delincuentes aprovechan las fronteras jurídicas para tratar de sustraerse de la acción de la justicia de muy diversas maneras: las más usuales consisten en colocarse a sí mismos fuera del alcance del Estado donde se delinquirió –tanto para evitar su procesamiento como la ejecución de la condena impuesta–, en desplazar al extranjero los productos del delito o en ocultar en otro país las pruebas relevantes en que podría fundarse su eventual condena.

Como instrumento para superar esta situación de desventaja de las autoridades encargadas de la persecución penal se han desarrollado desde hace décadas diversos instrumentos de asistencia judicial internacional en materia penal, bajo la fórmula de convenios y tratados: a través de ellos se regula el modo en que los Estados se ayudan entre sí a la hora de perseguir y enjuiciar conductas delictivas, cuando algún elemento relevante para el proceso desarrollado en uno se encuentra en el territorio de otro o debe desarrollarse en él algún tipo de actividad de investigación o de aseguramiento.

En este contexto se ha aprobado un gran número de instrumentos, con ámbitos geográficos y/o materiales muy diferentes: en general, debe reconocerse que cuanto más reducidos sean uno y otro, mayor será la eficacia práctica de lo previsto en los convenios. Asimismo, debe insistirse en la idea de que en materia penal la cooperación entre Estados va más allá del reconocimiento y de la ejecución de sentencias, y se proyecta muy especialmente sobre el desarrollo de la fase de instrucción y sobre el enjuiciamiento en sí: *v. gr.*, que se lleven a cabo diligencias de investigación, que se adopten medidas cautelares, que la persona del imputado sea puesta a disposición del tribunal de origen para ser juzgada o que se practiquen pruebas en otro país. Muchas de estas actuaciones, que integran el núcleo de la cooperación judicial internacional en materia penal, inciden sobre los derechos fundamentales: éste es el motivo de que su puesta en funcionamiento haya encontrado trabas mayores y de que en este sector, generalmente, la cooperación haya resultado más compleja a como lo es, *v. gr.*, en el ámbito civil.

En el entorno geográfico europeo, la confección de convenios en materia de cooperación judicial penal ha sido tradicionalmente fruto de la actividad normativa del Consejo de Europa, organización al margen de las que en

términos generales se conocen como «instituciones europeas», «instituciones comunitarias» o «Unión Europea». Estas últimas, en el momento de su nacimiento, no asumieron competencia ni cometido alguno en esta materia. En el presente, sin embargo, la situación ha experimentado un giro absoluto, una vez que se ha aceptado la necesidad de configurar la Unión Europea como un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. De hecho, esta necesidad es más patente a medida que se amplía la integración económica y social dentro de los límites geográficos de la Unión Europea: la libre circulación de personas, capitales, mercancías y servicios es aprovechada al máximo por los delincuentes, que pretenden también beneficiarse de la subsistencia de las fronteras en lo que atañe a los sistemas judiciales y de persecución penal.

Por ello, el combate contra la delincuencia se ha convertido también en uno de los objetivos políticos de las instituciones europeas, que han asumido determinadas competencias normativas en materia penal y procesal penal y que, en los últimos años, han empezado a ejercitarlas de manera bastante activa. Está comenzando así a fraguarse un bloque normativo europeo que se proyecta sobre el Derecho penal sustantivo –de forma aún tímida– y sobre el proceso penal –de manera más decidida–. De este modo, y con el *leitmotiv* de reforzar la cooperación judicial y policial en la persecución del delito, se está creando el embrión de un verdadero Derecho Procesal Penal Europeo, tal y como tratará de ponerse de manifiesto a través de las páginas que siguen.

A tal fin, es preciso antes que nada comenzar analizando el modo en que la Unión Europea ha asumido competencias normativas en este sector y cómo, tras un largo período de inercia, se ha adentrado en una década de actividad normativa intensa (epígrafe 2). Tras ello, lo procedente es examinar (epígrafe 3) las técnicas normativas empleadas a la hora de legislar en materia procesal penal, en especial la evolución que se ha operado tras la consagración del principio del reconocimiento mutuo como «piedra angular» sobre la que construir el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: se ha buscado con ello dejar de lado los criterios y las reglas tradicionales de cooperación propios de la asistencia judicial internacional, sustituyéndolos paulatinamente por otros diferentes, que pretenden obtener un mayor grado de automatismo, que ponen el acento en la efectividad y en la rapidez, pero que precisamente por ello no dejan de suscitar problemas, tanto de carácter práctico, como también de sistema o de concepción. Sentado lo anterior cobra ya sentido tratar de delimitar una noción de «Derecho Procesal Penal Europeo» que refleje adecuadamente la realidad actual y aquello en lo que debería desembocar el lento proceso normativo que está experimentando esta materia, ofreciendo al lector el panorama de lo que hoy en día es el resultado de la actividad legislativa europea en materia procesal penal, así como las principales iniciativas que están en curso (epígrafe 4).

## 2. LA PROGRESIVA ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL

### 2.1. Evolución

Si es posible hablar de un Derecho Procesal Penal Europeo, aunque sea «en construcción», es porque las instituciones comunitarias han llegado a estar dotadas de competencias para la producción normativa sobre un sector –el del Derecho y el proceso penal– que se encuentra estrechamente vinculado a la soberanía nacional. Esta situación actual es el resultado de una evolución, aún no concluida, que ha conducido a la asunción de nuevas competencias normativas por parte de las instituciones de la Unión Europea en materia de justicia, así como a su extensión a diversos ámbitos propios de la materia procesal penal<sup>1</sup>.

#### 1º. *Situación inicial*

En el momento de su creación en 1957, y durante un primer –y prolongado– período, las instituciones comunitarias carecieron de competencias normativas en materia procesal: reforzar la cooperación entre autoridades judiciales, tanto en materia civil como penal, o permitir la libre circulación de resoluciones judiciales no eran objetivos que se hallaran en un primer plano al fundar las Comunidades Europeas. La cooperación judicial entre los Estados comunitarios había de articularse, por lo tanto, a través de tratados o convenios, que no constituían en sentido propio normas comunitarias y que, de hecho, en el ámbito penal, solían resultar relativamente ajenos a una Comunidad Europea volcada casi exclusivamente en su dimensión económica<sup>2</sup>. Así se explica, por otra parte, que la gran mayoría de los textos de ámbito europeo en materia de cooperación penal hayan tenido su origen en el Consejo de Europa, una institución mucho más preocupada desde su fundación por la protección de los derechos y libertades fundamentales. En este sentido, el texto fundamental que durante décadas ha regido las rela-

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión cfr., por todos, LINÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (con MANGAS MARTÍN), 3ª ed., Madrid, 2003, pgs. 685-691; MOREILLON/WILLI-JAYET, *Coopération judiciaire pénale dans l'Union Européenne*, Ginebra-Bruselas-París, 2005, pgs. 15-79.

<sup>2</sup> La situación, en cambio, fue desde el principio diferente en materia procesal civil y de cooperación judicial civil: aunque las Comunidades Europeas carecían de competencias sobre esta materia, en este ámbito la celebración de Convenios sí que era fomentada por las instituciones comunitarias, como ponía de relieve lo dispuesto en el art. 220 TCEE, en su versión inicial. Este precepto, de hecho, fue la base para la celebración del Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sido el auténtico germen de los posteriores instrumentos comunitarios en materia procesal civil –sector en el que la evolución normativa ha sido muy superior a la experimentada en el ámbito penal– y en relación con el cual resulta claramente significativa la atribución de competencias al Tribunal de Justicia comunitario para la resolución de cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales.

ciones de cooperación penal entre autoridades judiciales en Europa ha sido el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo en 1959, aprobado en el ámbito del Consejo de Europa.

Esta situación de relativa indiferencia oficial de las instituciones comunitarias europeas hacia el sector de la cooperación penal se mantuvo formalmente hasta la aprobación del Tratado de la Unión Europea, en 1992. No obstante, se pudo apreciar un notable cambio de tendencia en 1985, con la aprobación del Acuerdo de Schengen y, sobre todo, en 1990, con la adopción del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen y la progresiva adhesión a este segundo Convenio de numerosos Estados comunitarios. Y, antes que todo ello, también debe destacarse la constitución, en el Consejo Europeo de Roma de 1975, del denominado «Grupo de Trevi», que institucionalizó reuniones periódicas de los Ministros de Interior y/o Justicia de los Estados comunitarios, a las que se invitaba a la Comisión Europea, para tratar cuestiones de su competencia<sup>3</sup>.

2º. *El Tratado de Maastricht y la creación de la Unión Europea*

La adopción del Tratado de la Unión Europea –Tratado de Maastricht– el 7 de febrero de 1992 (en vigor desde el 1 de noviembre de 1993) supuso un impulso definitivo en la evolución que ha experimentado esta materia. Nace con él la Unión Europea, como entidad más amplia en su ámbito y en sus competencias, que se define y se sustenta a través de tres pilares:

– Un primer pilar, integrado por la Comunidad Europea y por sus instituciones, con un ámbito de competencias y unos esquemas de funcionamiento regidos por el Tratado de la Comunidad Europea: sobre las materias propias del primer pilar se produce una acción normativa de las instituciones comunitarias, que se plasma sobre todo en reglamentos (de eficacia directa) y en directivas (que establecen una obligación de resultado, a través de una trasposición de su contenido en el ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembros).

– Un segundo pilar, integrado por la política exterior y de seguridad común: son materias sobre las que las competencias no se atribuyen de forma directa a las instituciones propias de la Comunidad Europea, sino a la Unión Europea en cuanto tal, y en las que las formas de actuación se rigen también con arreglo a criterios y procedimientos diferentes, aunque con apoyo en las instituciones comunitarias preexistentes.

– Un tercer pilar, por último, consistente en la «cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior», sector éste al que pertenece, entre otras materias, la cooperación judicial en materia penal: también en este punto la existencia de un pilar diferenciado pone de relieve que se trata de cuestiones que no forman parte del ámbito de competencias y de actividad ordinaria de la Comunidad Europea, sino de la Unión; pero lo anterior no

<sup>3</sup> Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pg. 687.

### EN TORNO A LA CREACIÓN DE UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

es óbice para que la acción de la Unión se sirva también de las instituciones comunitarias<sup>4</sup>.

La proclamación de que la justicia y los asuntos de interior integran el tercero de los pilares en que se sustenta la Unión Europea pone de manifiesto el interés en que se produzca una acción normativa europea sobre estas cuestiones, cuyo reflejo se encuentra en el Título VI del TUE (arts. K a K.9 del TUE, en su numeración original). En efecto, aunque la Comunidad Europea no asume competencias propias, pues las mantiene en el marco de la cooperación intergubernamental entre los Estados, sí que reconoce la conveniencia de tomar iniciativas propias en este sector. Según el diseño inicial del tercer pilar que efectúa el TUE, se trata de un sector en el que, junto a los tratados, no existen instrumentos de producción normativa propios realmente eficaces (como los reglamentos y las directivas), sino herramientas más bien de *soft-law* (como las acciones comunes). Lo novedoso, por tanto, es que desde ese momento la promoción de tratados en materia de cooperación judicial (también penal) pasa a ser una de las políticas de las instituciones europeas.

#### 3º. *El Tratado de Amsterdam, la incorporación del «acervo de Schengen» y la evolución posterior*

Se produjeron cambios de mucha trascendencia con la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Amsterdam (aprobado el 2 de octubre de 1997): la Comunidad Europea asume entonces competencia normativa propia en ciertos ámbitos nuevos, incluida la cooperación judicial en materia civil y algunas cuestiones vinculadas con la persecución penal, que pasan así a «comunitarizarse» —esto es, pasan del tercer al primer pilar—, de modo que en lo sucesivo podrán ser reguladas por los instrumentos normativos propios del Derecho comunitario (directivas y reglamentos, según se ha dicho antes)<sup>5</sup>.

Estos cambios se traducen en la nueva redacción que el Tratado de Amsterdam otorga al TUE y al TCE: como consecuencia del cambio competencial descrito, la regulación de la cooperación judicial en materia civil sale del «tercer pilar» (del TUE) y se incorpora al TCE, en concreto a su art. 61 c) y, sobre todo, a su art. 65, ambos incluidos dentro del Título IV —Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas—, de la Tercera Parte —Políticas de la Comunidad— del TCE.

Aunque el núcleo primordial de la materia penal se mantiene dentro del tercer pilar y, por tanto, en el TUE (ahora, en los reenumerados arts. 29 a 42,

<sup>4</sup> Cfr. MONAR/MORGAN (eds.), *The Third Pillar of the European Union*, Bruselas, 1994; BIBER/MONAR (eds.), *Justice and Home Affairs in the European Union*, Bruselas, 1995; AA. VV., *El Tercer Pilar de la Unión Europea: La cooperación en asuntos de Justicia e Interior*, Madrid (Ministerio del Interior), 1997.

<sup>5</sup> Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ/REINARES NESTARES, «Espacio de libertad, seguridad y justicia», en *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios* (dir. OREJA AGUIRRE), Madrid, 1998, Tomo I, pgs. 255-297.

que llevan por rúbrica «cooperación policial y judicial en materia penal»), también se producen cambios de gran importancia sobre este sector. Así, antes que nada, se detalla y se amplía el elenco de las materias relacionadas con el Derecho y con el proceso penal respecto de las cuales se proclama el interés de las instituciones europeas. Pero, sobre todo, lo más relevante desde esta perspectiva es la creación de un instrumento normativo nuevo para abordar la regulación de los asuntos que incumben a la Unión Europea en este sector: se trata de la decisión marco, que se suma a los ya existentes, y que se ha revelado como el acto jurídico básico para la regulación de esta materia en lo sucesivo.

Junto a ello, la otra gran aportación del Tratado de Amsterdam en materia de justicia penal es la «comunitarización» del llamado «acervo de Schengen».

El 14 de junio de 1985, Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo celebraron el Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. En él se establecían una serie de medidas a corto plazo, dirigidas sobre todo a agilizar los controles fronterizos por carretera y ferroviarios. Pero también se incluyeron en el Acuerdo de Schengen una serie de medidas a largo plazo, que se proyectaban sobre materias más estrechamente vinculadas con el ámbito policial y procesal penal: en esta línea, el art. 18 aludía a la elaboración de acuerdos relativos a la cooperación policial en materia de prevención de la delincuencia y sobre la investigación, a la mejora de la cooperación en el ámbito de la aplicación de los convenios aplicables en materia de extradición y de asistencia judicial internacional, así como a un combate en común de la criminalidad y a la ordenación de un derecho de la persecución policial; por su parte, el art. 19 se refería a la armonización de legislaciones y reglamentaciones en materia de estupefacientes, armas y explosivos.

El 19 de junio de 1990, los mismos Estados celebraron un segundo convenio, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), que desarrolla y amplía el anterior de forma muy considerable. Por lo que ahora interesa, se contiene en él un Título III sobre Policía y Seguridad: el Capítulo I, sobre cooperación policial (arts. 39 a 47) regula figuras como la vigilancia policial transfronteriza o las persecuciones policiales transfronterizas en casos de flagrancia y urgencia; el Capítulo II se dedica a la asistencia judicial en materia penal (arts. 48 a 53); el Capítulo III contiene una normativa claramente innovadora sobre aplicación del principio «non bis in idem» en su dimensión transnacional (arts. 54 a 58); el Capítulo IV regula la extradición (arts. 59 a 66); y el Capítulo V contempla la transmisión de la ejecución de sentencias penales (arts. 67 a 69)<sup>6</sup>.

Aprobado el CAAS, se fue produciendo la sucesiva adhesión a él de diversos Estados comunitarios (Italia, España, Portugal, Grecia, Austria, Dinamarca,

<sup>6</sup> En general, sobre estas cuestiones, en lengua española, cfr. MORENO CATENA/CASTILLO MANZANARES, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999.

Finlandia y Suecia); además, el propio entramado institucional creado por el Acuerdo y el Convenio de Aplicación fue produciendo un bloque normativo de cierta envergadura (a través de Decisiones y Declaraciones del Comité Ejecutivo, así como de Decisiones del Grupo Central). Pero debe insistirse en que tanto los convenios iniciales como las normas de desarrollo constituían un bloque normativo formalmente ajeno a la actividad de la Unión y de la Comunidad Europea –que, de hecho, no afectaba a todos los Estados miembros–.

El Acuerdo de Schengen, el Convenio de Aplicación, los Convenios de adhesión al CAAS por los diversos Estados y las decisiones y declaraciones del Comité Ejecutivo y del Grupo Central integran el antes mencionado «acervo de Schengen»<sup>7</sup> que, en virtud de lo dispuesto en el protocolo anejo al Tratado de Amsterdam, se ha «comunitarizado», lo que se traduce en lo siguiente: 1) en lo sucesivo, las acciones de cooperación se llevarán a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea, respetando las disposiciones del TUE y del TCE; 2) todo el acervo de Schengen será aplicable a los Estados signatarios de los convenios –que no son todos los miembros de la Unión–; 3) desaparece el Comité Ejecutivo, que será sustituido en sus funciones por el Consejo de la UE; 4) se atribuyen competencias al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con el acervo de Schengen.

La última gran reforma institucional aprobada en el ámbito de la Unión Europea hasta la fecha ha sido el Tratado de Niza (aprobado el 26 de febrero de 2001, y en vigor a partir del 1 de febrero de 2003), que introdujo como novedad la extensión del procedimiento de codecisión para la elaboración de las normas europeas en materia de cooperación judicial, aunque siempre dentro del primer pilar. Se aspira con ello a corregir el déficit democrático preexistente en el procedimiento de producción normativa, de modo que, además del Consejo, habrá de participar el Parlamento Europeo. Por otra parte, el Tratado de Niza también clarificó el régimen jurídico de la *cooperación reforzada*, gracias a la cual determinados Estados pueden celebrar acuerdos que les permitan alcanzar con mayor rapidez objetivos que son propios de la Unión, una vez comprobado que no es posible lograrlos de forma institucional<sup>8</sup>.

#### 4º. *La noción de «espacio de libertad, seguridad y justicia»*

La aprobación del Tratado de Amsterdam sirvió también para acuñar una noción nueva, la de la Unión Europea como «espacio de libertad, seguridad

<sup>7</sup> La Decisión 1999/435/CE, de 20 de mayo (DOCE L 176, de 10 de julio de 1999), es la que se encarga de definir con precisión qué normas y actos integran el acervo de Schengen, a los efectos de delimitar cuál es la base jurídica en que se sustenta cada uno y, en consecuencia, cuáles de entre ellos han de entenderse incorporados al primer pilar –esto es, están comunitarizados– y cuáles, por el contrario, pertenecen al tercer pilar.

<sup>8</sup> Sobre el particular, cfr. MANGAS MARTÍN, «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza», en *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto* (coord. MOREIRO GONZÁLEZ), Madrid, 2002, pgs. 67-82, esp. pgs. 76-78.

y justicia» (cfr. art. 2 TUE): se trata de una expresión que pretende englobar el conjunto de competencias y actividades integradas en el «tercer pilar» tal y como había sido inicialmente concebido, habida cuenta de la dispersión de estas cuestiones entre el primer y el tercer pilar operada por el Tratado de Amsterdam (con las consiguientes diferencias en las técnicas de producción normativa)<sup>9</sup>. Al margen de la conveniencia de mantener una terminología única –a pesar de la diversidad competencial e institucional–, la aparición de esta noción de «espacio de libertad, seguridad y justicia» era el reflejo de la voluntad política de que la Unión Europea diera un importante impulso al ejercicio de las nuevas competencias de que disponía en esta materia gracias al Tratado de Amsterdam. Desde entonces, han sido varios los instrumentos a través de los cuales se ha ido materializando este impulso político y que se han proyectado también, como es lógico, sobre la cooperación judicial en materia penal.

– En primer lugar, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior aprobó el 3 de diciembre de 1998 el llamado «Plan de acción de Viena»<sup>10</sup>, que incluye un conjunto de medidas que habrían de adoptarse en relación con la cooperación judicial en materia penal.

– El siguiente hito tuvo una especial trascendencia. Los días 15 y 16 de octubre de 1999 el Consejo Europeo celebró una sesión especial en Tampere para dar un impulso definitivo a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando al máximo las posibilidades ofrecidas por el Tratado de Amsterdam. Las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere<sup>11</sup> han asentado las bases del posterior desarrollo de los instrumentos normativos europeos en materia de cooperación judicial penal, y lo han hecho sobre el principio de reconocimiento mutuo, erigido en piedra angular del sistema.

– A partir de aquí, se han sucedido diversos programas de actuación, en los que se han concretado los planes de las instituciones europeas de cara al impulso de acciones normativas sobre sectores concretos. Actualmente se halla en vigor el programa plurianual 2005-2010 para fijar los nuevos objetivos en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, y que recibe el nombre de «Programa de La Haya»<sup>12</sup>: en materia pe-

<sup>9</sup> Cfr. AA.VV., *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Madrid (Ministerio del Interior), 2000.

<sup>10</sup> Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (DOUE C 19 de 23 de enero de 1999, pgs. 1-15).

<sup>11</sup> Se pueden consultar en [www.europarl.eu.int/summits/tam—es.htm](http://www.europarl.eu.int/summits/tam—es.htm) (en relación con el ámbito procesal penal deben tenerse en cuenta sobre todo las conclusiones 32, 33, 35, 36 y 37). Debe notarse, en cualquier caso, que los logros de este Consejo fueron posibles gracias a la preparación hecha al respecto en el Consejo Europeo de Cardiff (1998) y al acicate que recibieron en el Consejo Europeo de Laeken (2001).

<sup>12</sup> DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005, pgs. 1-14.

nal, se insiste en la necesidad de avanzar en la aplicación de las medidas relativas al reconocimiento mutuo y en la conveniencia de aproximar las legislaciones, tanto en el plano sustantivo como a través de la elaboración de normas mínimas para determinados aspectos del Derecho procesal<sup>13</sup>.

## 2.2. Los actuales instrumentos normativos

La evolución descrita en el ámbito competencial de las instituciones europeas y en relación con las técnicas de actuación normativa ha conducido a que, en el momento presente, la mayor parte de las materias directamente vinculadas con el proceso penal y la cooperación judicial penal se encuentren en el ámbito del tercer pilar de la Unión Europea. Esto significa, en virtud del art. 34.2 TUE, que la acción normativa encaminada a la consecución de los objetivos de la Unión al respecto está encomendada al Consejo (es decir, al órgano en que están representados los gobiernos nacionales), que actuará siempre por unanimidad, sea a iniciativa de la Comisión o de cualquier Estado miembro. Los instrumentos de que dispondrá para ello son cuatro<sup>14</sup>:

- 1) La adopción de posiciones comunes, a través de las cuales se define el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto.
- 2) La adopción de decisiones, que serán obligatorias y no tendrán efecto directo.
- 3) La adopción de decisiones marco, para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. La decisión marco guarda, en el marco del tercer pilar, una cierta analogía con las directivas propias del Derecho comunitario: las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para alcanzar ese resultado (modificación de leyes o reglamentos ya existentes; adopción de normas nuevas; o ausencia de cambios, si se considera que la normativa vigente ya cumple los objetivos perseguidos por la decisión marco). Además, se señala expresamente que las decisiones marco no tendrán efecto directo: de ellas, por tanto, no nacen derechos o deberes, sino que éstos procederán únicamente de la normativa interna de cada Estado; ni siquiera se podrá invocar, por tanto, su eficacia en caso de que el Estado en cuestión no haya traspuesto a su ordenamiento la decisión marco dentro del plazo que en ella se haya establecido.

<sup>13</sup> Dado que las disposiciones del Programa de La Haya resultan muy genéricas, han sido objeto de concreción en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DOUE C 198, de 12 de agosto de 2005, pgs. 1-22). También resulta de interés, en este contexto de lo programático, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros, de 19 de mayo de 2005 [Documento COM (2005) 195 final].

<sup>14</sup> Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pgs. 375-377.

Sin perjuicio de lo anterior, el TJCE sí que ha consagrado la necesidad de que la legislación interna se interprete con arreglo a las decisiones marco que a través de ella se incorporan a un ordenamiento nacional: el Tribunal ha declarado expresamente que «el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco»<sup>15</sup>.

4) La celebración de convenios, recomendando su adopción a los Estados miembros: estos convenios, una vez hayan sido adoptados por la mitad de los Estados miembros, entrarán en vigor para éstos.

Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estará facultado para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, así como sobre la interpretación de los convenios celebrados en el marco del tercer pilar y de sus medidas de aplicación (art. 35.1 TUE). Esta competencia, no obstante, sólo se ejercerá respecto de aquellos Estados que expresamente la hayan aceptado: y se ofrece a cada Estado la posibilidad de decidir si la cuestión prejudicial puede plantearla cualquier tribunal nacional a quien se le suscite la cuestión, o si la facultad queda reservada únicamente a los tribunales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso interno (art. 35, apdos. 2 y 3 TUE).

El Tribunal de Justicia también estará facultado para resolver acciones de control directo sobre la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones: podrá enjuiciar los recursos interpuestos por un Estado miembro o la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del TUE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder. Estos recursos deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir de la publicación de la medida impugnada (art. 35.6 TUE).

En cambio, se excluye la conversión del TJCE en una suerte de instancia fiscalizadora de la actividad gubernativa o policial desarrollada por los Estados miembros en relación con los instrumentos normativos de origen europeo: el art. 35.5 TUE señala expresamente que «el Tribunal de Justicia no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que in-

<sup>15</sup> Cfr. STJCE (Gran Sala) dictada en el «asunto Pupino», de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03 (el caso se suscitó en relación con la Decisión Marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal). Al respecto, cfr. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las decisiones marco», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005; Santos Vara, «La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las Decisiones Marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar. Comentario a la Sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005, asunto Pupino», *Revista General de Derecho Europeo* (www.iustel.com), núm. 8, octubre 2005.

## EN TORNO A LA CREACIÓN DE UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

cumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».

El impulso en la acción normativa de la Unión Europea en materia de cooperación penal, especialmente tras el Consejo de Tampere y los sucesivos planes de acción, es el origen de las numerosas decisiones y decisiones marco que se han aprobado en los últimos años, así como de ciertos convenios de gran importancia.

De este modo, en el momento actual coexisten un régimen jurídico convencional y otro de naturaleza institucional en relación con la cooperación judicial en el ámbito penal.

– El régimen convencional tiene un carácter subsidiario, pero todavía muy amplio, y viene integrado por el bloque que forman el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>16</sup> –en adelante, Convenio de 2000– (aplicable únicamente en el marco de la Unión Europea), el CAAS (aplicable sólo en determinados Estados de la Unión Europea) y el Convenio Europeo de 1959 (de aplicación en el ámbito más amplio del Consejo de Europa). Aunque formalmente se trata de tres instrumentos distintos, con ámbitos diversos de aplicación, componen en buena medida un bloque único, pues el CAAS parte de la regulación del Convenio de 1959 y trata de mejorarlo, al tiempo que el Convenio de 2000 hace lo mismo con los precedentes<sup>17</sup>. En cualquier caso, este bloque normativo constituye una manifestación de las estructuras clásicas de la cooperación judicial internacional, aunque aprovechando las ventajas que se derivan del mayor grado de cohesión interna existente en el ámbito regional de la Unión Europea.

Al mismo esquema de producción normativa responde el reciente Tratado de Prüm<sup>18</sup>, concebido como un convenio multilateral a través del cual diversos Estados miembros de la Unión Europea –Alemania, Austria, Francia, España, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos– han decidido establecer cauces de cooperación policial y judicial penal más estrechos, pero con vocación de apertura a otros Estados miembros y con la posibilidad de una incorporación posterior al sistema jurídico comunitario *stricto sensu*.

– Junto a ese régimen convencional, se va abriendo paso el sistema de regu-

<sup>16</sup> Adoptado por Acto del Consejo el 29 de mayo de 2000 (DOUE C 197 de 12 de julio de 2000, pgs. 1-18) y en vigor desde el 23 de agosto de 2005.

<sup>17</sup> De hecho, el art. 1.1 del Convenio europeo de 2000 señala que su objeto es completar las disposiciones y facilitar la aplicación del Convenio de 1959 y del CAAS entre los Estados miembros de la Unión Europea. Sobre el particular, cfr. Palomo del Arco, «Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros Convenios», en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional* (dir. GALGO PECO), *Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2003*, pgs. 49-108.

<sup>18</sup> Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005 (BOE núm. 307, de 25 de diciembre de 2006).

lación a través de Decisiones Marco elaboradas por las instituciones comunitarias, que van seguidas de las correspondientes legislaciones nacionales de desarrollo. Por el momento, estos instrumentos se están utilizando únicamente respecto de ciertas materias concretas y, de hecho, no están totalmente desvinculados de las normas de tipo convencional, pues resulta relativamente frecuente que las Decisiones Marco –y las normas internas que las integran en cada ordenamiento– se remitan para determinados aspectos a lo dispuesto en los convenios preexistentes<sup>19</sup>.

Por otra parte, también se ha de tener en cuenta que existen ciertas materias, ubicadas dentro del primer pilar, que se hallan estrechamente vinculadas con determinados aspectos del proceso penal: por eso, existen también reglamentos y directivas de relevancia para la construcción del Derecho procesal penal europeo. Un ejemplo reciente lo ofrece la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones<sup>20</sup>. La finalidad de lo previsto en ella es garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro (art. 1.1)<sup>21</sup>.

### 2.3. Un cierto soporte institucional

Además de una progresiva asunción competencial en ámbitos vinculados con el proceso penal, debe también ponerse de relieve cómo, de manera paulatina, se está dotando a las instituciones europeas de un cierto soporte institucional en materia penal y procesal penal, a través, sobre todo, de Europol y de Eurojust.

La Oficina Europea de Policía, denominada «Europol» y con sede en La Haya, fue creada en 1995 por medio de Convenio firmado por los Estados miembros de la Unión<sup>22</sup>. Está dotada de personalidad jurídica y su función consiste en mejorar la eficacia y la cooperación de los cuerpos policiales de los diversos Estados miembros, para lograr una mejor prevención y represión de la delincuencia organizada internacional: actúa cuando unos o dos Estados miembros se ven afectados por una forma grave de este tipo de

<sup>19</sup> Como veremos más adelante, así sucede, por ejemplo, con la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.

<sup>20</sup> DOUE L 105 de 13 de abril de 2006, pgs. 54-63.

<sup>21</sup> La Directiva está siendo objeto actualmente de transposición en nuestro país a través del Proyecto de Ley de conservación de datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones. La última versión publicada es el Dictamen de la Comisión (BOCG, Serie A, núm. 128-9, pgs. 61 y ss.).

<sup>22</sup> Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía –Convenio Europol– (DOCE C 316 de 27 de noviembre de 1995), modificado por protocolo de 27 de noviembre de 2003 (DOUE C 2 de 6 de enero de 2004).

actividad delictiva. Por sí misma, Europol carece de las potestades típicas de un cuerpo de policía (como la detención de personas o la realización de registros). Su función se centra en facilitar el intercambio y el análisis de información, así como en la coordinación de operaciones policiales entre los Estados miembros. A tal fin, cada Estado miembro creará o designará una unidad nacional Europol, que será el –único– órgano de enlace entre Europol y los servicios nacionales competentes, y cada unidad enviará a Europol al menos a un funcionario de enlace, encargado de representarla.

Por su parte, Eurojust es un órgano de la Unión Europea, con sede en La Haya, dotado de personalidad jurídica propia, creado en 2002, por medio de una Decisión del Consejo<sup>23</sup>, con el objetivo de intensificar la lucha contra la delincuencia, coordinando las actividades realizadas por las autoridades nacionales competentes para la tramitación de las diversas fases de los procesos penales. A tal fin, cada Estado miembro debe nombrar a un miembro nacional de Eurojust que tendrá la calidad de fiscal, juez o policía (siempre que tenga competencias equivalentes a las de un juez o un fiscal)<sup>24</sup>. Eurojust es competente por lo que se refiere a las investigaciones y las actuaciones penales, siempre que se trate de la persecución de formas graves de delincuencia que afecten al menos a dos Estados miembros. Para ello, se encarga de promover la coordinación entre las autoridades competentes y, con ello, de facilitar la aplicación de los instrumentos de cooperación judicial internacional. De forma más específica, puede solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros que incoen un proceso penal o que creen un equipo conjunto de investigación.

#### 2.4. ¿Previsiones para el futuro?

El corolario de toda esta evolución competencial e institucional, así como de la aparición del reconocimiento mutuo como criterio estructural de la acción normativa europea en materia procesal se percibe con total nitidez en el –malogrado– Tratado por el que se establece la Constitución Europea: la Tercera Parte del Tratado constitucional europeo (De las políticas y el funcionamiento de la Unión), dentro de su Título III (Políticas y acciones internas), dedicaba su Capítulo IV de forma directa al Espacio de libertad, seguridad y justicia.

Lo más importante del texto constitucional era la unificación de regímenes

<sup>23</sup> Decisión del Consejo 2002/18/JAI, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DOUE L 63 de 6 de marzo de 2002). Su origen se encuentra en el punto 46 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere. Durante la Conferencia intergubernamental celebrada en Niza en diciembre de 2000, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron modificar el artículo 31 del Tratado UE, para introducir en él la mención y la descripción de las tareas de Eurojust.

<sup>24</sup> En nuestro país el desarrollo de esta previsión lo ha efectuado la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

jurídicos y la desaparición definitiva de la distinción entre «pilares» dentro de la Unión Europea: si hubiera llegado a cobrar vigor el TConstEur en su versión original, todas las materias que entran dentro del ámbito competencial de la UE habrían pasado a regularse a través de los mismos instrumentos normativos, básicamente las leyes europeas y las leyes marco europeas<sup>25</sup>, que serían así los instrumentos normativos para la construcción de la Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia –sin perjuicio de que, para la aprobación de esos instrumentos, debieran seguirse procedimientos parcialmente diversos o pudieran requerirse mayorías cualificadas o unanimidad en ciertos aspectos<sup>26</sup>–.

Más en concreto, en relación con la cooperación judicial penal, el art. III-270 proclamaba que habría de basarse en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, incluyendo la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en determinados ámbitos de actuación normativa. Así, por medio de Ley o de Ley marco las instituciones europeas podrían establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones; y apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

De manera especial, se preveía en el Tratado una posible actividad normativa dirigida a la aproximación de las legislaciones internas, que podría desarrollarse en dos planos distintos, el penal sustantivo y el procesal penal.

– En el plano penal sustantivo, el art. III-271 contemplaba la posibilidad de que una Ley marco europea pudiera establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que fueran de especial gravedad y tuvieran una dimensión transfron-

<sup>25</sup> Según el art. I-33 TConstEur, la Ley europea habría de ser un acto legislativo de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (se trataría, pues, de un equivalente de los actuales reglamentos comunitarios). Por su parte, la Ley marco europea sería un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios (nos hallaríamos, así, ante un instrumento análogo a las actuales directivas y a las decisiones marco). Cfr., por todos, MANGAS MARTÍN, *La Constitución Europea*, Madrid, 2005, pgs. 141-154; y RIDEAU, «Présentation des actes juridiques dans la Constitution», en ÁLVAREZ CONDE/GARRIDO MAYOL (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, 2004, Libro I, pgs. 295-334.

<sup>26</sup> En concreto, según el art. III-264, las leyes y leyes marco en materia de cooperación judicial penal y en materia de cooperación policial habrían de adoptarse a propuesta de la Comisión o por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros.

riza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes<sup>27</sup>.

– En el plano procesal, podrían aprobarse leyes marco que establecieran normas mínimas, referidas a la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; a los derechos de las personas durante el procedimiento penal; a los derechos de las víctimas de los delitos; y a otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habría determinado previamente mediante una decisión acordada por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. Esta creación de normas mínimas sólo sería posible en la medida en que fuera necesaria para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y para la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza (art. III-270.2)<sup>28</sup>.

En el plano institucional, además del mantenimiento de Europol (art. III-276) y de Eurojust (art. III-273), se preveía la posibilidad de crear una Fiscalía Europea a partir de Eurojust, con la finalidad de combatir las infracciones que perjudicaran a los intereses financieros de la Unión (art. III-274): la Fiscalía Europea sería competente para investigar este tipo de infracciones, en colaboración con Europol, y estaría legitimada para ejercer la acción penal por esos delitos ante los tribunales nacionales<sup>29</sup>.

Como resulta notorio, el proceso de aprobación y entrada en vigor de la Constitución Europea se vio bloqueado como consecuencia del resultado negativo de los referendos de ratificación en Francia y en los Países Bajos. En la actualidad, y a la luz de los resultados del Consejo Europeo celebrado en Bruselas en junio de 2007, ha de asumirse que, como tal, el proyecto constitucional queda abandonado. Según se desprende de las informaciones periodísticas, ni siquiera cabría hablar ya de una «Constitución de mínimos», pues el término «Constitución» ha sido desterrado, al igual que las nociones de «Ley europea», de «Ley marco europea» y de «Fiscalía Europea». Aparentemente, coexistirán dos Tratados, el Tratado de la Unión Europea –modificado– y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –que será el resultado de una importante modificación del Tratado de la Comunidad Europea–. En tanto los acuerdos políticos no se plasmen en proyectos y propuestas concretas no se podrá, sin embargo, conocer el contenido y alcance de las novedades que se acabarán produciendo finalmente

<sup>27</sup> Los ámbitos delictivos en cuestión serían el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada (no obstante, dichos ámbitos podrían ampliarse por el Consejo, en función de la evolución de la delincuencia).

<sup>28</sup> En ambos supuestos, en el procedimiento de aprobación de las leyes marco se concederían ciertas posibilidades de interferencia a los Estados que considerasen que el proyecto legal afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal.

<sup>29</sup> Para unos breves antecedentes y explicaciones del texto, cfr. ALONSO GARCÍA/SARMIENTO, *La Constitución Europea*, Madrid, 2005, pgs. 486-488.

en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia. En especial, será de interés conocer si las normas que rijan la cooperación judicial penal habrán de seguir siendo aprobadas por unanimidad –como sucede actualmente con las Decisiones Marco–: y es que esta exigencia es la que ha impedido en buena medida una mayor agilización en el proceso de adopción de normas en este sector, pues convierte los procedimientos normativos en largos y excesivamente complejos, en comparación con la aprobación de reglamentos y directivas en el contexto comunitario<sup>30</sup>.

Estas vicisitudes de índole «constitucional» condicionan, pues, el título habilitante para que las instituciones europeas se ocupen del proceso penal, así como el tipo de normas en que puede materializarse su actividad legislativa. Con eso y con todo, la evolución sigue siendo constante y se van sucediendo diversos planes y programas diseñados «desde Bruselas»<sup>31</sup>; eso sí, debe contarse con que el ciclo tardará aún mucho en cerrarse, si es que algún día llega a hacerlo. De ahí que, necesariamente, todo estudio sobre esta materia conlleve la carga no sólo de atender a la situación normativa actual, sino también a los datos de los que se pueden deducir las perspectivas de evolución futura (como planes de acción, libros verdes y propuestas de reglamento, de directiva o de decisión marco).

### **3. EL PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO CRITERIO INSPIRADOR DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN MATERIA PROCESAL PENAL**

#### **3.1. El recurso al principio del reconocimiento mutuo como alternativa a los sistemas de asistencia judicial internacional**

Ya se ha apuntado cómo en el marco de la actividad legislativa de la Unión Europea en materia de proceso penal son dos las grandes tendencias de producción normativa que coexisten, inspiradas en criterios diversos:

– De un lado, están los instrumentos jurídicos que son exponentes de las técnicas de regulación propias de la asistencia judicial internacional entre Estados: son muestra de ello el Convenio Europeo de 2000, el CAAS y el

<sup>30</sup> Por eso, ante el fracaso en la aprobación del texto constitucional, se empieza a abogar desde determinados sectores por hacer uso de una facultad residual, coloquialmente conocida como «pasarela», prevista en el art. 42 TUE: se trataría, en resumidas cuentas, de «comunitarizar» todas o algunas de las materias que integran el tercer pilar, de modo que se incorporasen al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y pudieran regularse en lo sucesivo por medio de reglamentos y directivas (con lo que se eludirían las exigencias de unanimidad que bloquean la acción normativa en el tercer pilar). Ha de ponerse de relieve, no obstante, que la utilización de la «pasarela» resulta en sí misma muy compleja, dado que es precisa una decisión unánime del Consejo, a iniciativa de la Comisión o de algún Estado miembro, previa consulta al Parlamento Europeo –con lo que, nuevamente, aparece el requisito de la unanimidad–.

<sup>31</sup> Cfr. DE KERCHOVE/WEYENBERGH (eds.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruselas, 2003.

#### EN TORNO A LA CREACIÓN DE UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

Convenio de 1959, así como el Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América<sup>32</sup> –o, sectorialmente, el reciente Tratado de Prüm–.

– De otro, están los instrumentos normativos que se pueden considerar fruto de la consagración del principio del reconocimiento mutuo como criterio inspirador de la producción normativa en el espacio europeo de justicia.

Lo que caracteriza a los instrumentos normativos propios de los sistemas de asistencia judicial internacional es la correlación entre una solicitud de colaboración formulada por un Estado requirente y la correspondiente decisión del Estado requerido acerca de si presta la cooperación pedida, seguida, en su caso, de la actividad necesaria para hacer efectiva la colaboración y remitir el resultado al requirente. Se trata, pues, del funcionamiento habitual a través de comisiones rogatorias, caracterizado por la existencia entre la solicitud de cooperación y la obtención de la asistencia pedida de una decisión intermedia o interpuesta: la decisión del Estado requerido acerca de si concede o no el auxilio pedido, que suele estar sujeta a la concurrencia de ciertos requisitos y a la ausencia de determinados óbices, y que otorga un cierto margen de incertidumbre (tanto en el *an*, como en el *quando*) al funcionamiento del sistema. Por eso, cabe hablar en estos casos, *mutatis mutandis*, del desarrollo de un procedimiento interno de exequátur respecto de la petición de asistencia judicial internacional, que es concedido por la autoridad competente del Estado requerido, con la singularidad añadida de que la iniciativa no es de parte, sino oficial: se concede una legitimación muy especial a las autoridades del Estado requirente para solicitar al Estado requerido el desarrollo de ciertas actuaciones propias de un proceso penal.

Sobre la base de este esquema, que resulta ciertamente clásico y es en abstracto aplicable en ámbitos muy diversos, la acción normativa de las instituciones europeas, especialmente a través del Convenio de 2000, ha conseguido realizar avances y mejoras bastante sustanciales en varias direcciones:

– Así, se ha reforzado el sistema de comunicación directa entre autoridades judiciales para remitir las solicitudes de asistencia y devolver el resultado de las actuaciones practicadas en el Estado requerido (art. 6.1): la exclusión de las autoridades centrales juega un papel importante a la hora de dotar de agilidad al sistema. Además, gracias al contacto directo entre autoridades judiciales no resulta ya tan visible que se trata de una situación de asistencia entre Estados, sino más bien del terreno de la cooperación entre jueces de Estados distintos. También ayuda a este fin la utilización, en supuestos urgentes, de Interpol (art. 6.4).

– Constituye también un avance que el Convenio de 2000 potencie la regla *forum regit actum* a la hora de regular el cumplimiento de la solicitud de

<sup>32</sup> Hecho en Washington D.C. el 25 de junio de 2003 (DOUE L 181 de 19 de julio de 2003, pgs. 34 a 42).

asistencia judicial, frente a la regla más tradicional de que *locus regit actum* (art. 4.1): se trata de salvar con ello las incompatibilidades de sistema y la posible inutilidad de actuaciones llevadas a cabo en el Estado requerido siguiendo su Derecho interno (en sectores muy sensibles como la ilicitud probatoria).

– En tercer lugar, se debe señalar que el propio contenido del Convenio de 2000 representa en sí mismo un progreso, debido al grado de detalle que se ha logrado en la regulación que hace de varias de las actividades de auxilio que contempla, especialmente en relación con las diligencias de investigación (cfr. arts. 10-14 y 17-22). En efecto, cuanto más preciso sea el régimen de la asistencia, en mayor medida se diluyen las consecuencias negativas asociadas a este tipo de mecanismos de cooperación judicial internacional.

Aunque en el momento actual el marco de aplicación de las normas que se ocupan de este fenómeno desde este prisma de la asistencia judicial internacional es todavía muy amplio, son varios los problemas que le aquejan y que también se le achacan.

– Así, es habitual señalar que los cauces tradicionales de asistencia judicial internacional carecen de agilidad y eficacia, y que su cumplimentación suele ser costosa en términos de tiempo y esfuerzo; aunque las reglas convencionales establezcan la preferencia por la comunicación directa, en la práctica no siempre resulta posible y los procedimientos intermedios ante las autoridades centrales pueden requerir un tiempo que puede ser vital para la eficacia de una instrucción penal.

– También constituye un serio obstáculo para la eficacia de los sistemas el dato de que el régimen normativo aplicable no es siempre homogéneo y tampoco resulta siempre fácilmente determinable: debe contarse con el solapamiento y las constantes remisiones entre convenios que tienen ámbitos de aplicación diversos; con las especialidades previstas para cada concreta materia (sobre todo cuando, tal vez, una misma comisión rogatoria habría de afectar a varias); con las diferencias en cuanto a la *lex loci* (cuyo margen de aplicación en el cumplimiento de las comisiones rogatorias será en todo caso elevado, por muchas que sean las concesiones a la *lex fori*); con el hecho de que no todos los Estados han ratificado todos los convenios; y, por supuesto, con las numerosas reservas que suelen acompañar a los convenios internacionales en materias tan sensibles como ésta.

– Por otra parte, ciertos requisitos habituales en este tipo de instrumentos normativos suelen constituir en la práctica obstáculos adicionales para la fluidez en la prestación de cooperación: así sucede, notoriamente, con el requisito de la doble incriminación de la conducta enjuiciada.

Con todo ello, resulta bien visible la existencia de fronteras jurídicas y, con ellas, la posibilidad de que sean aprovechadas por los delincuentes para sustraerse a la persecución penal.

Estando así las cosas, las instancias normativas europeas se han decantado no ya por tratar de seguir perfeccionando los sistemas de cooperación judicial, sino por sustituirlos y servirse de una técnica nueva, fundada en el principio del reconocimiento mutuo, tal y como ha quedado progresivamente definido en los Consejos Europeos de Cardiff (1998), Tampere (1999) y Laeken (2001). El reconocimiento mutuo se ha convertido así en el criterio exclusivo que está inspirando la acción normativa de las instituciones comunitarias en materia procesal (civil y penal) y se ha presentado por ellas como la solución a las dificultades de los instrumentos anteriores y como el elemento que provocará una mejora exponencial en el sistema.

La regulación de la cooperación judicial a través del reconocimiento mutuo parte de una premisa diferente a la tradicional: no se trata de que el Estado requirente solicite al Estado requerido que realice una actuación en apoyo de un proceso penal que está tramitando uno de sus órganos judiciales; de forma diversa, la autoridad judicial que está sustanciando un proceso penal en el Estado de origen dicta una resolución que será, por sí misma, directamente eficaz en los demás Estados de la Unión, de modo que su remisión por el tribunal emisor al tribunal del Estado requerido hará nacer en éste, como regla, el deber de darle cumplimiento automático. Las tornas, por tanto, se invierten: no se trata de que sea precisa la actuación del tribunal requerido para considerar vinculante la petición del tribunal requirente, sino que la resolución del tribunal requirente habrá de ser tratada por el tribunal requerido como si la hubiera dictado él mismo u otro tribunal de su mismo Estado, de modo que lo excepcional será la denegación del cumplimiento<sup>33</sup>.

Este mecanismo del reconocimiento mutuo no es una creación original pensada exclusivamente para ser aplicada al ámbito de la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Antes bien, se ha fraguado en el ámbito de la circulación de mercancías en sectores no sujetos a armonización y, más en concreto, con ocasión de la sentencia dictada por el TJCE el 20 de febrero de 1979 en el asunto *Cassis de Dijon*: las autoridades de un Estado no pueden poner barreras a la entrada en su mercado de productos

<sup>33</sup> Acerca del principio del reconocimiento mutuo, en lengua española, cfr. GUZMÁN ZAPATER, «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *Revista de Derecho Comunitario*, vol. 10, 2001 julio-diciembre, pgs. 405-438; MORÁN MARTÍNEZ, «Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea», *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, III-2003, pgs. 475-505; BUJOSA VADELL, «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales»: estado de la cuestión en la Unión Europea, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, cit., pgs. 454 y ss. Más recientemente, cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro* (COORDS. ARMENTA DELU, GASCÓN INCHAUSTI Y CEDAÑO HERNÁN), Madrid, 2006, pgs. 37-73; también de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento. Perspectivas alemana y española*, Madrid-Barcelona, 2006; y PEITEADO MARISCAL, *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, Madrid, 2006, esp. pgs. 27 y ss.

elaborados en otro Estado con el único argumento de que el proceso de producción es distinto al usado dentro de sus fronteras, en ámbitos en los que la normativa comunitaria no ha establecido normas comunes que armonicen ese proceso productivo. Se parte, pues, de una premisa de confianza en los demás Estados: cabe suponer que, aunque sean distintos, sus procesos de producción estarán sujetos a suficientes controles de calidad y que, por tanto, el producto final cumplirá con las condiciones mínimas de acceso al mercado.

Son éstos los esquemas que se trasladan al ámbito de la cooperación judicial, civil y penal, entre Estados miembros: en vez de a mercancías, el principio del reconocimiento mutuo se aplica ahora a resoluciones judiciales. El resultado es evidente: cada Estado deberá permitir el acceso sin traba dentro de sus fronteras de las resoluciones judiciales «producidas» en los demás Estados miembros, sin necesidad de asegurarse de que el «proceso de producción» sea idéntico al suyo.

De esta forma, cuando se aplica el principio del reconocimiento mutuo, lo que interesa es el «resultado» (la mercancía, la resolución judicial), de modo que pasa a un segundo plano el «procedimiento de producción», del que cabe presumir que no será homogéneo ni necesariamente equiparable al usado en el propio Estado para llegar a ese mismo resultado.

### **3.2. La utilización del reconocimiento mutuo en la actividad normativa: funcionamiento en abstracto y desarrollo real**

Legislar con apoyo en el principio del reconocimiento mutuo ofrece unas ventajas muy claras, cuando se trata de operar sobre un sector en el que confluyen los diferentes sistemas de un gran número de Estados. En efecto, el reconocimiento mutuo hace que, al menos en apariencia, no sea preciso armonizar los procesos penales de los Estados miembros, ni su normativa penal sustantiva: lo que interesa es la resolución judicial, no el modo en que ha llegado a dictarse. Por eso mismo, resulta una técnica legislativa con un coste muy reducido: basta con diseñar el instrumento normativo que consagre la forma de proceder al mutuo reconocimiento de resoluciones, sin tener que incidir en los ordenamientos internos; es más, para esto segundo harían falta no sólo negociaciones políticas extremadamente complejas, sino que también sería preciso habilitar a las instituciones comunitarias con unas competencias normativas que no tienen y que muy difícilmente podrían llegar a cederles los Estados miembros. Desde este punto de vista, la opción por el reconocimiento mutuo evidencia un alto grado de realismo.

Por otra parte, el esquema del reconocimiento mutuo permite pensar que los resultados de cooperación judicial se obtendrán de forma más rápida: en un sistema de reconocimiento mutuo puro, la decisión la toma el tribunal de origen y directamente la ejecuta el tribunal requerido, de modo que se eliminan decisiones intermedias acerca de si se presta o no la colaboración, lo que reduce los tiempos de espera.

Hay que insistir precisamente en esta idea: allí donde hay reconocimiento mutuo no tendría por qué haber homologación, es decir, no sería en rigor necesaria una resolución constitutiva expresa del tribunal requerido que conceda a la resolución de origen una eficacia que no tenía, pues esa eficacia ya la despliega por sí misma desde que se emite y se envía al tribunal del Estado donde debe llevarse a cabo su cumplimiento o ejecución.

Una característica adicional del funcionamiento del reconocimiento mutuo, estrechamente vinculada con lo anterior, es la de que le está vedado al tribunal del Estado de ejecución cualquier control de fondo de la resolución dictada en el Estado de origen: en el Estado de ejecución, por tanto, no podrá analizarse la corrección jurídica de la resolución, ni la validez del procedimiento seguido para emitirla; sólo serán objeto de análisis las condiciones de las que depende el reconocimiento en cuanto tal, así como la concurrencia de eventuales óbices (nunca relacionados directamente con el fondo), pero siempre dentro de los límites fijados por cada instrumento normativo.

Ahora bien, debe señalarse también que, por el momento, no se ha propuesto una aplicación a ultranza del reconocimiento mutuo en sus términos más puros y estrictos, que son los descritos hasta ahora: no sería ni política ni jurídicamente viable una norma que directamente se limitara a señalar que cualquier resolución judicial dictada en cualquier proceso (penal, en lo que ahora interesa) por cualquier tribunal de un Estado de la Unión será automáticamente reconocida y ejecutada por todo tribunal de otro Estado europeo al que se le remita la resolución para su cumplimiento.

El reconocimiento mutuo funciona, sin duda, como un objetivo y sobre todo como un criterio inspirador de las normas, pero su puesta en práctica se está llevando a cabo de manera condicionada y sectorial:

– En efecto, todos los instrumentos normativos aprobados hasta la fecha en desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, al igual que los proyectados, someten siempre su aplicación a la concurrencia de una serie de condiciones y requisitos previos, al tiempo que contemplan posibles causas de denegación a un reconocimiento que, en principio, habría de ser automático. De hecho, las condiciones de aplicación pueden llegar a ser muy restrictivas y los motivos de denegación numerosos o amplios: tan es así que, a efectos prácticos, el cambio de sistema –en comparación con los instrumentos tradicionales de asistencia judicial penal– no es siempre fácilmente perceptible.

– Además, el desarrollo normativo del reconocimiento mutuo se está produciendo de manera gradual y fragmentada, con avances progresivos: no cualquier resolución judicial, dictada en cualquier ámbito, tiene por qué recibir el «pasaporte» europeo, ni tampoco tienen por qué ser las mismas las condiciones de concesión de éste. En efecto, la puesta en práctica del reconocimiento mutuo está siendo muy diferente en materia civil –donde ya se ha conseguido poner en funcionamiento un título ejecutivo europeo para cré-

ditos no impugnados<sup>34</sup>— y en materia penal. En este segundo sector, además, se está teniendo en cuenta un doble criterio de distinción, en función del tipo de resolución y en función de su contenido. En efecto, debe tenerse en cuenta que en el ámbito de la cooperación judicial penal, mucho más que en el de la civil, es patente la necesidad de distinguir entre los muy diversos tipos de resoluciones judiciales que recaen a lo largo del proceso: y son muy heterogéneos los problemas que suscita el interés en dar eficacia a la sentencia que pone fin al proceso, si se los compara con los de las múltiples resoluciones interlocutorias que pueden tener eficacia extraterritorial, sobre todo durante la fase de instrucción o en materia probatoria.

Por eso, la implantación del reconocimiento mutuo está siendo diversa en relación con las resoluciones finales y en relación con las interlocutorias. Y además, junto a esto, se está actuando de manera diferenciada en función del contenido de las resoluciones. Así, en el entorno de las resoluciones interlocutorias, el legislador europeo ha creado ya normas que aplican el reconocimiento mutuo en materia de detención y entrega, así como en materia de aseguramiento de pruebas y de embargos preventivos destinados a asegurar la eficacia de decomiso —aunque a través de instrumentos distintos, sujetos a condiciones no idénticas—; en cambio, está avanzando más lentamente la creación de la norma que introduce un exhorto para la obtención de pruebas y existen ciertos tipos de diligencia de investigación respecto de los que ni siquiera se ha planteado aún la posibilidad de efectuar una regulación que se funde en el reconocimiento mutuo. Igualmente, la implantación del reconocimiento mutuo a las resoluciones finales se está llevando a cabo de forma fragmentada: se ha conseguido ya respecto de las sanciones pecuniarias y el decomiso del producto del delito; en cambio, es aún muy embrionario su desarrollo en relación con la condena a penas privativas de libertad.

### 3.3. Críticas al sistema de mutuo reconocimiento

Tanto en su versión inicial —respecto de la circulación de mercancías— como en su extensión al ámbito judicial, el reconocimiento mutuo se funda siempre en un elemento básico: la confianza en que las reglas que rigen los «procesos de producción» en el Estado de origen garantizan la elaboración de un «producto» que sea «asumible» sin control de calidad en los demás Estados, es decir, la confianza en que las resoluciones judiciales que se dictan en los demás Estados miembros pueden ser aceptadas como propias porque los procesos en que se han fraguado, aun siendo diversos, son equi-

<sup>34</sup> A través del Reglamento 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Al respecto, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Cizur Menor, 2005; GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2006; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2005; RAMOS ROMEU, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2006; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Cooperación judicial civil en la Unión Europea. El cobro de las deudas*, Madrid, 2007, esp. pgs. 124 y ss.

parables a los nuestros. Esta confianza y esta equiparación se han de proyectar, a su vez, sobre dos planos diferentes, el sustantivo y el procesal.

Obviamente, es el ámbito procesal aquél en que más visibles son las diferencias entre Estados: ahora bien, a pesar de esta heterogeneidad, el reconocimiento mutuo se sustenta en la apreciación de que todos los sistemas procesales aseguran de forma efectiva el respeto a unas garantías básicas, lo que permite presumir que las resoluciones que aspiren a ser reconocidas y ejecutadas en otro Estado se han obtenido en un proceso justo *–lato sensu–*. Pero también es relevante que exista un grado de confianza elevada en el sistema penal sustantivo: sólo así el Estado requerido podrá presumir que, dando cumplimiento a resoluciones extranjeras, está contribuyendo a la persecución de conductas punibles cuya tipificación y cuya sanción, en la medida en que las ha realizado el Estado de origen, son aceptables para aquél, aunque no coincidan con las propias<sup>35</sup>.

Siendo la confianza recíproca la clave sobre la que se sustenta el reconocimiento mutuo, ha sido justamente la ausencia de confianza el objetivo de las principales críticas<sup>36</sup> que se han vertido contra esta opción de técnica legislativa europea: a pesar de la clara cercanía entre los ordenamientos, faltan aún elementos suficientes que justifiquen un nivel de confianza tal como para asumir las consecuencias del principio del mutuo reconocimiento.

De entrada, el clima de desconfianza está motivado por la constatación de que existe un cierto desequilibrio a la hora de entender cuáles son las garantías básicas del proceso penal entre los diversos Estados europeos. Se suele responder a estas críticas con el argumento de que todos los países de la Unión Europea son signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que asegura unas garantías procesales básicas comunes y que ofrece en todo caso el mecanismo de tutela del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, la réplica también es contundente: de un lado, se afirma que los términos en que se pronuncia el CEDH son demasiado generales como para entender que constituyan un verdadero catálogo común de derechos y garantías fundamentales de contenido preciso; además, también se ha puesto de relieve que la jurisprudencia del TEDH no es suficientemente clara en las materias que ha abordado, así como que existen ciertos sectores relevantes en los que no se ha pronunciado (como sucede, *v. gr.*, en materia de prueba y de ilicitud probatoria)<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> De hecho, se trata de una cuestión que ha de ser común en todos los ámbitos a los que pretende aplicarse el mutuo reconocimiento: también se plantea en materia civil y es la causa de las mayores dificultades que se dan para regular a nivel europeo la cooperación judicial en materia de sucesiones o de regímenes económicos matrimoniales (pues son los ámbitos en que más dispares son los ordenamientos sustantivos y los criterios en que se inspiran).

<sup>36</sup> Cfr. con detalle ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, *cit.*, pgs. 61 y ss. y 101 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. BACHMAIER WINTER, «El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de decisión marco», en *El Derecho Procesal*

Se ha comprobado también cómo, en ocasiones, los resultados de la aplicación del reconocimiento mutuo se consideran inadmisibles para el Estado que debe dar cumplimiento a una resolución: así lo ha puesto de manifiesto la aplicación práctica del primer instrumento normativo de desarrollo del principio del mutuo reconocimiento en materia penal, la orden europea de detención y entrega (*v. gr.*, cuando se debe entregar un nacional propio a la autoridad extranjera, contraviniendo la regla arraigada en muchos Estados de que no es admisible la extradición de los propios ciudadanos<sup>38</sup>. Estos peligros se siguen viendo en otros ámbitos: el reconocimiento mutuo puede obligar a otorgar eficacia probatoria al resultado de diligencias de investigación practicadas en el extranjero según procedimientos que, con arreglo a parámetros internos, producirían la ilicitud de la prueba<sup>39</sup>; o a exigir la ejecución de sentencias dictadas en ausencia del acusado, en supuestos en que el ordenamiento interno no habría consentido su pronunciamiento. Se trata, en definitiva, de la desventaja derivada de que el reconocimiento mutuo permita instrumentar en apariencia la cooperación judicial penal sin necesidad de armonizar o aproximar los ordenamientos internos.

Tampoco se agotan aquí las críticas de tipo estructural. En este sentido, se objeta la concurrencia de un alto déficit democrático en la elaboración de normas, como éstas, que inciden directamente sobre la esfera de los derechos fundamentales de las personas: las Decisiones Marco –instrumento normativo utilizado invariablemente para desarrollar el reconocimiento mutuo– se adoptan por el Consejo, por decisión unánime de los representantes del Poder Ejecutivo de los Estados, sin que se pueda considerar contrapeso suficiente la consulta al Parlamento Europeo.

Y es igualmente habitual leer críticas que inciden en el hecho de que los instrumentos normativos inspirados en el mutuo reconocimiento han reforzado muy notablemente el papel de la policía y la posición de la acusación, provocando un desequilibrio en perjuicio del sujeto pasivo del proceso. Se

*Penal en la Unión Europea, cit.*, pgs. 175-177, así como la doctrina en que se apoya. De manera más específica, también «Obtención de pruebas en Europa: la función del TEDH en la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, 2006, pgs. 53-77. Señala la autora con agudeza, sobre la base de una cita de Brants, que «no existe un solo Estado europeo cuyo proceso penal no haya sido objeto de análisis por parte del TEDH y el tribunal no haya apreciado insuficiencias respecto de los derechos y garantías fundamentales establecidas en el CEDH».

<sup>38</sup> El problema se planteó con toda crudeza en Alemania a raíz del *asunto Darkhanzani*, resuelto por sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005. Sobre el particular, cfr. en lengua española VILLAMARÍN LÓPEZ, «Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega en relación con los nacionales. Comentario a la Sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional alemán», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea, cit.*, pgs. 107-119; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana», *La Ley*, núm. 6394, 5 de enero de 2006 (con referencia a la doctrina alemana sobre la materia).

<sup>39</sup> Cfr. GLIß, «Free movement of evidence in Europe», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea, cit.*, pgs. 121 y ss., esp. pgs. 124-130.

trata, no obstante, de una objeción que debe matizarse, puesto que ésta es precisamente la finalidad perseguida por este tipo de instrumentos de cooperación penal: lograr reequilibrar una situación de partida que es indebidamente ventajosa para el delincuente, como consecuencia de la existencia de las fronteras; en otros términos, no se pretende privarle de las garantías necesarias para el desarrollo de un proceso justo, pero sí de las ventajas derivadas de la mayor complejidad de una persecución penal transfronteriza<sup>40</sup>.

### 3.4. Condiciones para un buen funcionamiento del reconocimiento mutuo como criterio inspirador de la actividad normativa

Aunque en algunos extremos las críticas vertidas contra la utilización del reconocimiento mutuo se deban considerar desmesuradas, lo cierto es que han servido para lograr que las instituciones europeas sean conscientes de que un buen funcionamiento del principio del reconocimiento mutuo no se logrará si no viene acompañado de ciertas actuaciones normativas de acompañamiento<sup>41</sup>. En efecto, los avances en el refuerzo de la cooperación judicial penal en el marco de la Unión, fundada en el principio del reconocimiento mutuo, serán más sencillos de materializar si se añade una acción normativa complementaria en varias direcciones: se trata, sobre todo, de promover una mayor armonización de las legislaciones nacionales en el plano procesal y en el penal sustantivo<sup>42</sup>.

#### 1º. Armonización de las garantías procesales mínimas

De un lado, resulta evidente la necesidad de alcanzar un cierto grado de armonización en cuanto a las garantías procesales mínimas, especialmente las que se refieren al acusado –aunque también, en menor medida, en cuanto a los derechos mínimos que deben reconocerse a las víctimas–. Esta armonización o aproximación de legislaciones se está procurando por las instituciones europeas a través de la promulgación de decisiones marco en

<sup>40</sup> En general, puede verse una interesante panorámica de las agudas críticas vertidas contra el principio del reconocimiento mutuo por la doctrina alemana en SCHÜNEMANN, «¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la Administración de Justicia penal?», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., pgs. 19-36; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento», cit., esp. pgs. 49-53 y 65-72 y *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, cit., *passim*.

<sup>41</sup> Se trata de los que PEITEADO MARISCAL denomina «presupuestos externos para el reconocimiento mutuo», elementos que a su juicio no forman parte de la noción de reconocimiento mutuo, pero que condicionan la eficacia del sistema de forma muy importante (cfr. *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, cit., pgs. 103 y ss.).

<sup>42</sup> Cfr. BLASCO LOZANO, «Armonización del derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, cit., pgs. 270 y ss.

las que se definan los derechos básicos que todos los Estados deben reconocer en sus procesos penales<sup>43</sup>.

a) Respecto de los derechos de las víctimas del delito, de hecho, hace ya más de cinco años que se aprobó la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>44</sup>. Su finalidad (considerandos 4 y 8) es que los Estados aproximen sus disposiciones para ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren; para ello se busca armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, con especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto al de la comisión del delito.

A tal fin, la Decisión Marco dispone que, en cualquier Estado de la Unión Europea, las víctimas de los delitos habrán de tener reconocidos y tutelados los siguientes derechos: 1) el derecho a ser oídas durante las actuaciones y a proponer pruebas; 2) el derecho a recibir información, tanto al inicio como durante el desarrollo del proceso penal; 3) el derecho a que se facilite su comunicación en el proceso; 4) el derecho al asesoramiento jurídico gratuito y, en su caso, a la asistencia judicial gratuita; 5) el derecho a que le sean reembolsados los gastos judiciales; 6) el derecho a recibir una adecuada protección; 7) el derecho a ser indemnizada por el autor de la infracción penal<sup>45</sup>; 8) el derecho a que se le devuelvan sin demora los objetos restituibles que sean de su pertenencia; 9) el derecho a que, en determinadas infracciones, se facilite la mediación como forma de resolución de los litigios; 10) asimismo, se reconocen derechos específicos a las víctimas residentes en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya cometido la infracción (*v. gr.*, declaración inmediata tras la comisión de la infracción; declaración en las actuaciones a través de videoconferencia o conferencia

<sup>43</sup> No obstante, también es concebible, de forma diversa, la previsión de un sistema de normas mínimas, que deben haberse respetado en el proceso de origen y cuya concurrencia debería comprobar el propio tribunal que dicta la resolución antes de remitirla al tribunal requerido para que la ejecute: así se hace, en el ámbito civil, respecto de las notificaciones en el contexto de la expedición del certificado de título ejecutivo europeo. Lo singular de este segundo sistema consiste en que es cada concreto instrumento normativo el que establece las normas mínimas relevantes que deben haberse cumplido en el procedimiento de origen para que resulte operativo el reconocimiento mutuo en el sector a que se refiera el texto legal. Véanse, en este sentido, los arts. 12 a 19 del Reglamento CE 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, *cit.*, pgs. 113-151, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, *cit.*, pgs. 129-161).

<sup>44</sup> DOCE L 82 de 22 de marzo de 2001, pgs. 1 y ss.

<sup>45</sup> En relación con esta materia, se ha producido un desarrollo legislativo adicional, a través de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos (DOUE L 261 de 6 de agosto de 2004, pgs. 15-18).

telefónica, para evitar desplazamientos; presentación de la denuncia en su Estado de residencia), así como a las víctimas especialmente vulnerables (que han de recibir un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación)<sup>46</sup>.

b) En lo referido a los derechos del sujeto pasivo del proceso penal, está siendo actualmente objeto de tramitación legislativa una Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004<sup>47</sup>. Una vez aprobado, será sin duda un texto importante sobre el que seguir avanzando en la construcción de nuevas normas procesales penales de ámbito europeo: la consagración a través de esta Decisión Marco de unas garantías mínimas homogéneas en todos los Estados miembros servirá para reforzar la confianza que es precisa para que pueda seguir usándose el reconocimiento mutuo como instrumento para la actuación de la cooperación judicial en materia penal.

Debe señalarse, sin embargo, que el contenido de la Propuesta se ha venido reduciendo a medida que avanza el proceso de elaboración normativa y que, en la actualidad, sus pretensiones son realmente modestas, pues las normas comunes que en ella se contemplan están referidas sólo a ciertas áreas determinadas, que se consideran básicas y que integran un «primer momento» de creación de normas mínimas: 1) derecho a la información (art. 2: que el detenido sea informado dentro del más breve plazo de los motivos de su detención, de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten; y que el imputado sea informado igualmente de la acusación formulada y de sus derechos); 2) derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado (art. 3: predicable tanto del detenido como del imputado); 3) derecho a interpretación (art. 4); 4) derecho a la traducción de documentos (art. 5); 5) todos estos derechos reciben una formulación especial cuando se trata de procesos para la aplicación de la orden de detención europea.

c) Si los derechos y garantías contemplados en la Propuesta de Decisión Marco constituyen un primer peldaño o nivel de armonización normativa, el siguiente lo integran, sin duda, garantías de alcance más intenso: es el

<sup>46</sup> Para esta sistematización de los derechos de las víctimas hemos seguido, además del texto de la Decisión Marco, a Tomé García, «El estatuto de la víctima en el proceso penal según la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., pgs. 259-295.

<sup>47</sup> El texto de la Propuesta se contiene en el documento COM (2004) 328 final. El texto en sí de la Propuesta de Decisión Marco tiene, a su vez, como antecedente el *Libro Verde de la Comisión acerca de las Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea*, presentado el 19 de febrero de 2003 y contenido en el Documento COM (2003) 75 final. La versión más reciente de la Propuesta, en el momento de cerrar estas páginas, se encuentra en el Documento del Consejo DROIPEN 56, de 5 de junio de 2007, al que se refieren las citas de preceptos que se hacen en el texto.

caso, especialmente, de la presunción de inocencia, en relación con la cual la Comisión Europea ha hecho público un Libro Verde<sup>48</sup>.

2º. *Armonización en la normativa penal sustantiva*

Junto a todo lo anterior, también sería funcional que se lograra un cierto grado de armonización en la tipificación de ciertas conductas y en la determinación de umbrales mínimos –¿tal vez también máximos?– de sanción a esas conductas, es decir, que se produjera una cierta aproximación de las legislaciones sustantivas internas, al menos en relación con las conductas que pueden revestir con mayor facilidad un carácter transnacional y que son aquéllas respecto de las que más necesaria puede ser la cooperación judicial<sup>49</sup>.

Las instituciones europeas también están dedicando sus esfuerzos a tratar de lograr un cierto grado de armonización en este sector. Los resultados, sin embargo, son aún modestos y se ciñen a determinados ámbitos muy concretos: 1) el tráfico de drogas<sup>50</sup>; 2) el terrorismo<sup>51</sup>; 3) los delitos monetarios e infracciones de tipo económico<sup>52</sup>; 4) la delincuencia transfronteriza

<sup>48</sup> El texto está disponible en el Documento COM (2006) 174 final.

<sup>49</sup> Acerca de la europeización del Derecho Penal y de la creación de un Derecho Penal Europeo, cfr. por todos MIRÓ LLINARES, «Cooperación judicial en materia penal en la Constitución Europea», en ÁLVAREZ CONDE/GARRIDO MAYOL (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., Libro III, pgs. 1185-1217; CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, 2001. En relación con todas las iniciativas que se citan a continuación, cfr. con gran detalle MOREILLON/WILLI-JAYET, *Coopération judiciaire pénale dans l'Union Européenne*, cit., pgs. 339-690.

<sup>50</sup> Cfr. la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (DOUE L 335 de 11 de noviembre de 2004, pgs. 8-11). También se puede mencionar la Decisión 2003/847/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, sobre las medidas de control y las sanciones penales con respecto a las nuevas drogas sintéticas (DOUE L 321 de 6 de diciembre de 2003, pgs. 64-65).

<sup>51</sup> Cfr. la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de julio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (DOUE L 164 de 22 de junio de 2002, pgs. 3-7).

<sup>52</sup> Cfr. la Decisión Marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (DOUE L 140 de 14 de junio de 2000, pg. 1); la Decisión 2001/887/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, relativa a la protección del euro contra la falsificación (DOUE L 329 de 14 de diciembre de 2001, pg. 1); la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (DOUE L 149 de 2 de junio de 2001, pg. 1); la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DOUE L 192 de 31 de julio de 2003, pgs. 54-56); y la Decisión 2005/511/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a la protección del euro contra la falsificación mediante la designación de Europol como organismo central para la lucha contra la falsificación del euro (DOUE L 185, de 16 de julio de 2005).

### EN TORNO A LA CREACIÓN DE UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

relacionada con vehículos<sup>53</sup>; 5) el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra<sup>54</sup>; 6) la trata de seres humanos<sup>55</sup>; 7) la explotación sexual de menores y la pornografía infantil<sup>56</sup>; 8) la protección de los sistemas de información<sup>57</sup>; 9) la contaminación procedente de buques<sup>58</sup>; 10) la tutela del medio ambiente<sup>59</sup>; 11) la delincuencia organizada<sup>60</sup>.

#### 3º. *Otros factores relevantes*

El funcionamiento del reconocimiento mutuo puede verse obstaculizado en la práctica por los conflictos de competencia y por los riesgos de duplicación de procesos con el mismo objeto, fenómenos ambos que constituyen dos facetas del mismo problema. Por ello, es conveniente tratar de establecer en el contexto de la Unión Europea una normativa común en materia de competencia internacional penal, así como instrumentos para prevenir y/o remediar el *non bis in idem* en sus diversas facetas<sup>61</sup>.

Se trata, nuevamente, de un sector sobre el que se ha proyectado también

<sup>53</sup> Cfr. la Decisión 2004/919/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativa a la lucha contra la delincuencia de dimensión transfronteriza relacionada con vehículos (DOUE L 389 de 30 de diciembre de 2004, pg. 28).

<sup>54</sup> Cfr. la Decisión 2003/335/JAI del Consejo, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (DOUE L 118 de 14 de mayo de 2003, pg. 12).

<sup>55</sup> Cfr. la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (DOUE L 203 de 1 de agosto de 2002, pgs. 1-4).

<sup>56</sup> Cfr. la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DOUE L 13 de 20 de enero de 2004, pgs. 44-48).

<sup>57</sup> Cfr. la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información (DOUE L 69 de 16 de marzo de 2005).

<sup>58</sup> Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (DOUE L 255 de 30 de septiembre de 2005).

<sup>59</sup> La Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (DOUE L 29 de 5 de febrero de 2003, pgs. 55-58) supuso un intento de promover una cierta armonización sustantiva en materia de delitos medioambientales. No obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/03, Comisión c. Consejo) anuló la Decisión Marco por ausencia de título competencial en el Consejo para su aprobación.

<sup>60</sup> En este punto, ha concluido ya el procedimiento de elaboración de una Decisión Marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, pendiente aún de aprobación definitiva y publicación, y cuyo contenido está accesible en el Documento del Consejo CRIMORG 132, de 28 de septiembre de 2006.

<sup>61</sup> Cfr. al respecto ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento», *cit.*, pgs. 72-73, y *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, *cit.*, pgs. 222 y ss., y 170 y ss.; PEITEADO MARISCAL, *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, *cit.*, pgs. 103 y ss.; y AGUILERA MORALES, «El *ne bis in idem*, un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 20, 2006, pgs. 479-531

la iniciativa legislativa en el ámbito europeo. Así, en primer término, hay que contar con una iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión Marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*<sup>62</sup>. Aunque la iniciativa, en el momento actual, parece descartada, lo cierto es que la Comisión Europea ha retomado de nuevo los trabajos en esta materia y ha presentado en fechas relativamente recientes un Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales<sup>63</sup>.

Finalmente, también podría contribuir a la mayor eficacia del principio del mutuo reconocimiento la opción por conceder más protagonismo a la regla *forum regit actum* a la hora de dar cumplimiento a las resoluciones extranjeras. En determinados ámbitos del proceso penal (especialmente en lo relativo a la obtención de pruebas y a la práctica de diligencias de investigación), si a la resolución dictada en el *forum* (en el Estado de origen) se le da cumplimiento en el Estado requerido como si la hubiera dictado el tribunal requerido, se corre el riesgo de que se omitan ciertas formalidades o se realicen ciertas actuaciones que conduzcan a la invalidez de la actuación conforme a los parámetros del ordenamiento del Estado de origen: si *locus regit actum*, entonces es posible que lo actuado según la *lex loci* no sea aceptable según la *lex fori*, lo que convertiría en inútil toda la actividad de cooperación desplegada. Por ello, sería conveniente que, aun moviéndonos dentro de los esquemas del mutuo reconocimiento, se dé cabida a que el cumplimiento de la resolución en el Estado requerido se atenga, en lo que resulte necesario y no incompatible, a lo dispuesto por el ordenamiento del Estado de origen<sup>64</sup>.

A pesar de que las «recetas» propuestas sean aparentemente sencillas de formular, a nadie escapa que su regulación en concreto puede encontrarse con importantes dificultades, no sólo de técnica legislativa, sino también de índole política: en una materia tan estrechamente vinculada con la soberanía de los Estados, llevar a cabo estos objetivos podría requerir cesiones competenciales de relevancia e, incluso, reformas constitucionales en algunos Estados miembros.

#### 4. NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

Una vez analizadas las competencias de las instituciones europeas en materia procesal penal, los instrumentos normativos de que disponen para hacer-

<sup>62</sup> DOUE C 100 de 26 de abril de 2003, pgs. 24-27.

<sup>63</sup> Que puede consultarse en el Documentos COM (2005) 696. Véase también el análisis que hacen al respecto AGUILERA MORALES, «El *ne bis in idem*, un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», *cit.*, pgs. 516 y ss. y PEITEADO MARISCAL, *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, *cit.*, pgs. 105-114.

<sup>64</sup> Con mayor profundidad, cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento», *cit.*, pgs. 54-56 y *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, *cit.*, pgs. 80 y ss. y 201 y ss.

las efectivas y los criterios que inspiran la producción legislativa en esta materia, se está ya en posición para ofrecer respuesta a lo que es, en rigor, el objeto de este trabajo: la determinación del significado y del contenido del «Derecho Procesal Penal Europeo» que se encuentra en proceso de formación.

#### 4.1. Significado de la expresión «Derecho Procesal Penal Europeo»

En cuanto a su significado, un análisis puramente literal de la expresión «Derecho Procesal Penal Europeo<sup>65</sup>» puede conducir, en abstracto, a dos posibles resultados, que harían referencia a dos realidades normativas muy diferentes.

a) Así, en primer lugar, puede entenderse como Derecho Procesal Penal Europeo el conjunto de normas reguladoras del modo en que determinadas instituciones, en principio europeas, pueden ejercer un *ius puniendi* de titularidad europea y perseguir infracciones penales de relevancia también europea<sup>66</sup>. Así entendido, el Derecho Procesal Penal Europeo sería el conjunto normativo que se ocupa de instrumentar la aplicación de un hipotético Derecho Penal europeo. *Mutatis mutandis*, esta acepción del Derecho Procesal Penal Europeo nos colocaría ante una situación análoga a la existente en sistemas federales como el de los Estados Unidos, en el que, como consecuencia de la duplicidad de ordenamientos penales sustantivos (el federal y el de cada Estado), existe también un entramado normativo, jurisdiccional y de persecución penal diferenciado para los delitos federales.

En el momento presente no existe norma alguna que responda a esta noción de un Derecho Procesal Penal Europeo, aunque hace ya varios años que se está trabajando en la construcción de un conjunto de normas penales para la protección de los intereses financieros de las instituciones europeas, que incluiría una suerte de «pequeño» sistema procesal propio unificado: se trata del llamado *Proyecto Corpus Iuris*, que es el resultado de los trabajos de una comisión de expertos de los diversos Estados sobre esta materia y que se presentó a las instituciones europeas en 1999<sup>67</sup>. Aunque el proyecto

<sup>65</sup> El uso del adjetivo «europeo» puede dar lugar al equívoco de pensar que también quedan cubiertos en esta expresión los ordenamientos de Estados –indudablemente europeos– que no son miembros de la Unión Europea. Ésta es la razón por la que MARTÍN DÍZ se decante por hablar de un proceso penal «comunitario» (cfr. «Constitución Europea: Génesis de una Justicia Penal Comunitaria», en *Constitución Europea: aspectos históricos, administrativos y procesales* –coord. MARTÍN DÍZ–, Santiago, 2006, pgs. 197-267, esp. pg. 202, nota 4). Hemos preferido, no obstante, mantener el término «europeo» para poner de manifiesto que la mayoría de los instrumentos normativos que conforman este sector del ordenamiento no forman parte del primer pilar y no son, en consecuencia, Derecho comunitario *stricto sensu*.

<sup>66</sup> También MARTÍN DÍZ reconoce la existencia de esta dualidad de posibilidades, y atribuye a esta variante la denominación de «proceso penal comunitario sectorial» (cfr. «Constitución Europea: Génesis de una Justicia Penal Comunitaria», *cit.*, *passim*).

<sup>67</sup> El documento que se presentó lleva el título francés de *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, y se hizo responsable de su dirección y coordinación la Prof. DELMAS-MARTY. Una versión en lenguas alemana y

no ha conducido a la adopción de ninguna norma, sí que ha sido la base para la publicación de un Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo<sup>68</sup>. Además, la idea se retoma –infructuosamente, según lo que parece– en el texto de la Constitución Europea, cuyo art. III-274 contempla la posible creación de una Fiscalía Europea para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que semejante Derecho Procesal Penal Europeo necesitaría en cualquier caso de procesos penales nacionales para su desenvolvimiento. Pueden imaginarse, en efecto, reglas procesales especiales cuando se trate de la persecución de determinados delitos de relevancia «europea»; y puede imaginarse, también, la creación de instituciones legitimadas para la intervención en esos procesos<sup>69</sup>. Pero lo que no ha llegado a plantearse con visos de seriedad es la creación de un órgano jurisdiccional de ámbito europeo con competencias en materia penal<sup>70</sup> –o de tribunales penales europeos en cada Estado de la Unión–: por eso mismo, las normas que configurasen ese eventual Derecho Procesal Penal Europeo estarían destinadas a ser aplicadas por tribunales nacionales, en el marco de procesos internos, aunque se superpondrían a las normas procesales internas que les fueran contradictorias.

b) En una segunda acepción, la expresión Derecho Procesal Penal Euro-

francesa del texto se encuentra publicada en DELMAS-MARTY (ed.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1998. Sobre el particular, cfr. en lengua española GÓMEZ COLOMER, «La protección penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (El proyecto *Corpus Juris*)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000-6, pgs. 139 y ss.; SOLÉ RIERA, «Hacia un proceso penal común europeo. Proyecto de *Corpus Juris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea», *Justicia*, 1997-II. El enfoque y contenido del Proyecto *Corpus Juris* han sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina alemana; tan es así que un destacado sector doctrinal ha elaborado una suerte de proyecto alternativo acerca del modo de articular una persecución penal europea [cfr. SCHÜNEMANN (ed.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Colonia-Berlín-Munich, 2004].

<sup>68</sup> Puede consultarse en el Documento COM (2001) 715 final, presentado el 11 de diciembre de 2001.

<sup>69</sup> Así, ya se vio antes que el Tratado de la Constitución Europea preveía en su art. III-274 la creación de una Fiscalía Europea facultada para ejercer acciones penales ante los tribunales nacionales por delitos contra los intereses financieros de la Unión. Ahora bien, cabría pensar no sólo en una participación en tanto que acusadores, sino también del lado de la defensa: en este sentido, en el contexto de un proyecto alternativo al *Corpus Juris*, se ha propuesto la creación de la figura del Eurodefensor, que estaría encargado de apoyar y reforzar la defensa en procesos penales en casos de criminalidad grave transfronteriza en los que intervenga Eurojust o, en su caso, la Fiscalía Europea (cfr. SCHÜNEMANN, «¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la Administración de Justicia penal?», *cit.*, pgs. 34-36).

<sup>70</sup> Cfr. el examen de las posibilidades que al respecto ofrecía la malograda Constitución Europea en MARTÍN DÍZ, «Constitución Europea: Génesis de una Justicia Penal Comunitaria», *cit.*, pgs. 255-259.

peo puede hacer también referencia a un conjunto normativo que no recibe la calificación de «europeo» por su ámbito institucional de aplicación –como sucede en el supuesto anterior–, sino por la procedencia de la fuente de producción normativa. Desde esta perspectiva, se habla de Derecho Procesal Penal Europeo para hacer referencia a un conjunto de normas procesales penales que, como excepción a lo que es habitual en esta materia, no proceden de la libre voluntad del legislador nacional, sino que se trata de normas cuya existencia y contenido vienen impuestos desde instancias europeas. Ahora bien, si son «europeas» por su origen, las normas del Derecho Procesal Penal Europeo, así entendido, son «nacionales» o «internas» en su ámbito de aplicación: han de aplicarse por los tribunales penales nacionales, en el marco de procesos penales internos, sin que sea en absoluto preciso que se trate de delitos que de alguna manera lesionen bienes jurídicos que estén vinculados con las instituciones europeas.

Es ésta la noción de Derecho Procesal Penal Europeo a la que se ha querido aludir en el título de este trabajo, pues a ella se refiere la labor de construcción a que se están dedicando las instituciones europeas. En efecto, la progresiva asunción de competencias por parte de la Unión Europea para la construcción del llamado «espacio europeo de libertad, seguridad y justicia» está generando una notable proliferación normativa de origen europeo en un sector, el del proceso penal, tradicionalmente reservado al legislador nacional. Las instituciones de la Unión Europea están ahora facultadas para dictar normas cuyo ámbito de incidencia o proyección son justamente los procesos penales que se desarrollan, en un plano estrictamente interno, ante los órganos judiciales nacionales. El ejercicio por las instituciones europeas de las competencias normativas recibidas está fraguando así, de manera progresiva, el germen de un Derecho Procesal Penal Europeo, que ha de ser aplicado por los tribunales nacionales de los Estados miembros en procesos penales que se sustancien ante ellos.

Abundando algo más en esta idea, debe señalarse que un Derecho Procesal Penal Europeo así concebido podría estar integrado por dos tipos diferentes de norma:

– En primer lugar, se encuentran las normas internas aprobadas por los legisladores nacionales en cumplimiento de una obligación de resultado normativo, derivada a su vez de una norma europea. Esto es lo que está sucediendo en el momento actual como consecuencia de la regulación de la cooperación judicial penal por medio de Decisiones Marco: cada Decisión Marco ha de ser incorporada al ordenamiento interno de cada Estado miembro de la Unión Europea, dentro de un plazo determinado que en ella se señala, de modo que suele ser el origen o bien de la aprobación de normas nuevas, o bien de la modificación de normas preexistentes<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> En ocasiones el resultado normativo que exige la decisión marco ya lo cumplía la legislación interna, de modo que no es preciso un acto normativo expreso de trasposición. Ahora bien, la decisión marco sigue vinculando al Estado, que por ello no puede derogar o modificar su legislación previa en un sentido que sea contrario o diverso al

Por eso mismo, cuando se alude a las diversas decisiones marco adoptadas o en proceso de elaboración y a lo previsto en ellas, se es en buena medida impreciso: porque los derechos y deberes procesales no derivan directamente de las decisiones marco –que en cuanto tales no son normas aplicadas por y/o ante los tribunales–, sino de la legislación interna de desarrollo e incorporación y, por tanto, sólo nacen con la promulgación de la correspondiente normativa nacional –sin perjuicio, como ya se ha señalado antes, de que la normativa nacional deba interpretarse de conformidad con lo establecido en la correspondiente decisión marco–.

– Asimismo, también puede pensarse en normas procesales penales emanadas de las instituciones europeas que resulten de aplicación directa en los Estados miembros –al igual que sucede en el ámbito del proceso civil con los diversos reglamentos comunitarios que se han aprobado hasta la fecha y que por su eficacia normativa directa forman parte de los ordenamientos internos–.

En el momento actual, sin embargo, se trata de una posibilidad muy difícil de actualizar, dado que las instituciones europeas aún no han recibido competencia para emitir normas procesales penales que sean directamente aplicables. La situación, sin embargo, podría cambiar en el futuro, si finalmente la reforma institucional que se lleve a cabo abre la puerta a que se dicten normas de eficacia directa en materia de cooperación judicial penal –vinculado todo ello a la posibilidad de que se elimine la distinción entre «pilares» o de que se produzca un trasvase de materias del tercer al primer pilar<sup>72</sup>–. Entre tanto, podría llegarse al mismo resultado si se hiciera uso de la llamada «pasarela» y ciertas cuestiones procesales penales se trasladaran del tercer al primer pilar de la Unión Europea (pues ello permitiría actuar por la vía del reglamento comunitario).

– En una situación intermedia quedan los Convenios elaborados por las instituciones europeas (como el Convenio de Asistencia Judicial de 2000 o el Convenio de Asistencia con los Estados Unidos): aunque por su propia naturaleza son instrumentos normativos directamente aplicables, para su entrada en vigor en un concreto Estado es necesaria su ratificación por éste.

#### **4.2. Contenido del Derecho Procesal Penal Europeo**

En el momento actual, el Derecho Procesal Penal Europeo se encuentra aún muy fragmentado y en una fase relativamente embrionaria de desarrollo, según se desprende ya de lo expuesto en las páginas anteriores. El núcleo esencial de este bloque normativo lo integra la cooperación judicial en materia penal: la mayoría de las normas procesales penales que tienen su

exigido por la decisión marco: se genera, pues, una suerte de deber negativo o de abstención.

<sup>72</sup> Cfr. CASTILLO GARCÍA, «La comunitarización del Tercer Pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo», en *Revista General de Derecho Electrónico* (www.iustel.com), núm. 11, octubre 2006.

origen en la actividad legislativa europea están concebidas teniendo en cuenta la dimensión transnacional de la delincuencia y la consiguiente dimensión transfronteriza de ciertos procesos penales. Podría llegarse así a la conclusión de que el Derecho Procesal Penal Europeo tiene todavía –y tal vez tenga siempre– un carácter muy sectorial: sería sólo el Derecho de la asistencia judicial internacional en materia penal, que tendría la peculiaridad de su ámbito geográfico y, por supuesto, del altísimo grado de reforzamiento de los instrumentos de cooperación que contempla. Esta conclusión se ve también reforzada por la propia terminología de las normas que regulan las potestades legislativas de las instituciones europeas en esta materia, que hablan constantemente de «cooperación judicial en materia penal».

Se trata, sin embargo, de una impresión que nos parece superficial: y es que, según se ha visto también antes, a medida que se avanza en el reforzamiento de la cooperación judicial en materia penal, sobre todo desde que se ha optado por acudir como técnica de regulación al principio del reconocimiento mutuo, se pone más de relieve que la clave es la previa armonización de ciertas materias o, cuando menos, la fijación de unos estándares mínimos que afectan a diversas parcelas del proceso penal. Por eso, es obvio que el alcance y las consecuencias del Derecho Procesal Penal Europeo se proyectan más allá del ámbito de la cooperación penal, incidiendo también sobre el conjunto del ordenamiento: así sucede ya, *v. gr.*, con los derechos mínimos de las víctimas (armonizados por medio de decisión marco) y así está previsto que suceda también con ciertos derechos mínimos del imputado, con el alcance del principio *non bis in idem* o con los criterios de atribución de la competencia internacional, por poner otros ejemplos.

En definitiva, habrá cada vez con mayor frecuencia más normas procesales penales nacionales que tendrán un origen europeo; y, en esta medida, cada vez más los ordenamientos procesales penales nacionales serán más parecidos entre sí en ciertos elementos. Ése es, en definitiva, el Derecho Procesal Penal Europeo a cuya construcción se está dedicando, de forma necesariamente lenta pero sin duda alguna tenaz, la actividad de las instituciones europeas: un conjunto de normas de fuente directa o indirectamente europea, que se proyectan sobre materias en las que las instituciones europeas han decidido actuar y que conducen a unos resultados jurídicos homogéneos en todos los Estados.

#### 4.3. Balance de resultados y perspectivas de actuación normativa

Así descrito el contenido del Derecho Procesal Penal Europeo, debe hacerse un balance de los resultados que ya se han alcanzado, de los proyectos en que se está trabajando actualmente y de los logros que quedan pendientes a más largo plazo. Dado que ya se ha hecho antes referencia a la armonización de ordenamientos procesales<sup>73</sup>, en lo sucesivo nos centraremos en dar

<sup>73</sup> Cfr. lo dicho *supra*, ep. 3.4.1º, acerca de los derechos mínimos y garantías de víctimas e imputados.

sucinta cuenta de los diversos sectores de la cooperación judicial internacional que se han visto o se están viendo afectados por la actividad normativa de las instituciones europeas.

1º. *El Convenio Europeo de 2000*

El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea tiene su origen en la actividad normativa de las instituciones europeas, aunque su finalidad es la de completar y mejorar el régimen y el funcionamiento de otros dos textos –el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio Europeo de 1959– elaborados al margen de la actividad de aquéllas. El Convenio de 2000 es manifestación de la técnica normativa propia de la asistencia judicial entre Estados, esto es, representa un estadio previo a la aplicación del principio del mutuo reconocimiento. No obstante, son varios los avances que ha comportado. En efecto, además de agilizar el régimen de transmisión de comisiones rogatorias y el propio envío y notificación de documentos procesales, establece una regulación muy detallada de ciertas formas específicas de asistencia judicial: con ello, se ofrece un marco de seguridad jurídica muy elevado, que en buena medida compensa las limitaciones de un sistema «clásico» de cooperación judicial. Este mayor nivel de detalle es predicable precisamente de ciertas diligencias de investigación que están aún lejos de poder ser objeto de una regulación europea fundada en el mutuo reconocimiento. En concreto, el Convenio se ocupa con especial cuidado de regular la audición de testigos y peritos por videoconferencia (art. 10) o por conferencia telefónica (art. 11); también se ocupa de ciertas técnicas especiales de investigación, como las entregas vigiladas, la constitución de equipos conjuntos de investigación y la utilización de agentes encubiertos (arts. 12-16); y, sobre todo, otorga una regulación muy concreta y avanzada a las diversas modalidades de intervención de telecomunicaciones (arts. 17-22)<sup>74</sup>.

Por todo ello, cabe vaticinar aún un prolongado período de vigencia a sus disposiciones, que sólo perderán su sentido una vez que, respecto de todas las materias que en él se regulan, la cooperación entre autoridades judiciales se articule con apoyo en los esquemas del mutuo reconocimiento.

2º. *La entrega de personas: la orden europea de detención y entrega*

Con posterioridad a la aprobación del Convenio de 2000 las instituciones comunitarias se han dedicado de lleno a actuar de forma sectorial, pero aplicando ya los instrumentos normativos diseñados en el Tratado de Amsterdam –es decir, las Decisiones Marco– para dar desarrollo al principio del

<sup>74</sup> En relación con el Convenio europeo de 2000 y en lengua española, cfr. LOURIDO RICO, *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Valencia, 2004; PARRA GARCÍA, «El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal», en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, cit., pgs. 109-158; PÉREZ GIL, «El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la UE: ¿Un instrumento anclado en coordenadas superadas?», *Diario La Ley*, núm. 6208, 11 de marzo de 2005.

mutuo reconocimiento. En la mayoría de los casos, se ha trabajado sobre parcelas respecto de las que ya existían convenios previos –algunos elaborados en el marco de la ONU, otros en el seno del Consejo de Europa–; la acción normativa, en estos casos, ha ido encaminada a superar las deficiencias detectadas en su funcionamiento, siempre con la pretensión final de construir en el marco de la Unión Europea un conjunto de normas que definan el tan traído y llevado espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

En este contexto, el primero de los instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea con fundamento en el principio del mutuo reconocimiento fue la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros<sup>75</sup>, coloquialmente conocida como «euroorden».

La finalidad de la Decisión Marco era articular de forma más rápida y con mayor seguridad jurídica la entrega de personas involucradas en procesos penales, tanto para su enjuiciamiento como para el cumplimiento de la pena impuesta. De manera tradicional, el instrumento para ello venía siendo la extradición, regulada básicamente en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (elaborado en el seno del Consejo de Europa, con dos Protocolos adicionales de 1975 y 1978): en la práctica, sin embargo, el procedimiento de extradición venía siendo lento y, sobre todo, ofrecía un cierto margen de inseguridad, dado que existía una fase gubernativa en la que había espacio para decisiones discrecionales fundadas en razones de conveniencia política. En el seno de la Unión Europea se actuó para tratar de superar esas trabas, de un lado con el CAAS –de ámbito reducido– y, de otro, con dos Convenios adicionales dirigidos a simplificar el procedimiento de extradición, pero que ni siquiera llegaron a entrar en vigor<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> DOUE L 190 de 18 de julio de 2002, pgs. 1-12. Su incorporación al ordenamiento español se ha producido a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley 3/2003. La bibliografía sobre esta materia es muy extensa. A modo de ejemplo, y en lengua española, puede verse ARANGÜENA FANEGO (coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005; CALAZA LÓPEZ, *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid, 2005; CASTILLEJO MANZANARES, *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia: la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros*, Madrid, 2002; CASTILLEJO MANZANARES, *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*, Cizur Menor, 2005; CEDEÑO HERNÁN, «La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del *non bis in idem* como motivo de denegación», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., pgs. 75-106; CUERDA RIEZU, *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega*, Madrid, 2003; Díez RIAZA, GIBERT POMATA y CARRETERO GONZÁLEZ, *La orden europea de detención y entrega*, Madrid, 2005; JIMENO BULNES, «La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales», *La Ley*, núm. 5979, 19 de marzo de 2004.

<sup>76</sup> Se trata del Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 1995, para los casos en que la persona reclamada consentía su entrega; y del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 1996, que limitaba los motivos de rechazo a las solicitudes de extradición.

La aplicación del reconocimiento mutuo en este ámbito dio como resultado una forma diferente de solucionar el problema, a través de la orden europea de detención y entrega, que es expedida por la autoridad judicial del Estado en que se tramita el proceso penal y es remitida a la autoridad judicial del Estado donde se encuentra la persona reclamada. Dicha resolución debe ser inmediatamente reconocida y ejecutada por quien la reciba, de modo que debe dársele cumplimiento en los mismos términos que si la hubiera dictado una autoridad interna. La comunicación directa entre autoridades y, sobre todo, la supresión de la fase gubernativa aligeran las trabas propias de un procedimiento de extradición; este resultado también se ve favorecido por la desaparición de la exigencia de doble incriminación, en los casos en que el delito objeto de persecución en el Estado de origen –por el que se reclama la entrega– se encuentra incluido en alguna de las 32 categorías de delitos a que se refiere la propia Decisión Marco.

Aunque se habla de reconocimiento y ejecución inmediatos, lo cierto es que debe tramitarse un procedimiento de entrega en el Estado de ejecución, en el que debe darse audiencia a la persona reclamada. Ahora bien, el procedimiento es enteramente judicial y el debate procesal se ciñe a cuestiones estrictamente jurídicas: si concurren o no los requisitos de utilización de la euroorden y si concurre alguna causa de denegación de su ejecución. Existen, pues, motivos para denegar el cumplimiento de una orden de detención europea, pero no es posible ya un condicionamiento político fundado en razones de oportunidad<sup>77</sup>.

3º. *La obtención de pruebas: el exhorto europeo de obtención de pruebas*

Otro de los sectores respecto de los cuales se plantea la necesidad de una cooperación judicial internacional es el de la obtención de pruebas en el extranjero; y las instituciones europeas se han decidido también a trasladar a este ámbito los esquemas de funcionamiento del principio del mutuo reconocimiento. La labor de aprobación normativa está resultando muy compleja, pues son muchas y de gran calado las diferencias que existen entre los Estados miembros en cuanto al modo de acceder a las pruebas penales, especialmente en lo relativo a las garantías de que debe estar rodeada la adquisición de pruebas para que éstas puedan considerarse lícitas. Dado que la aplicación del principio de mutuo reconocimiento debería conducir a la «libre circulación de pruebas (incriminatorias)» en todo el territorio de la Unión Europea, se comprenden las reticencias de algunos Estados. Ésta es la razón de que, en este punto, la acción normativa esté resultando muy gradual y prudente.

Así, en primer término, se aprobó la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de

<sup>77</sup> Al respecto, cfr. los arts. 3 y 4 de la DM y su incorporación a nuestro ordenamiento a través del art. 12 de la Ley 3/2003.

pruebas<sup>78</sup>. Su ámbito de aplicación en materia probatoria es muy reducido, pues se limita a permitir que la autoridad judicial del Estado de origen adopte una resolución acordando la adopción de medidas de garantía sobre ciertas pruebas y se la remita a la autoridad competente del Estado donde se hallen, quien en principio habrá de darle cumplimiento como si se tratara de un supuesto interno. Ahora bien, el ámbito de eficacia del mutuo reconocimiento que contempla la Decisión Marco se agota en el aseguramiento de la prueba: la autoridad judicial del Estado de ejecución sólo está vinculada por la resolución de origen en lo que en ella se dispone acerca de la adopción de medidas de garantía respecto de fuentes de prueba preexistentes. En cambio, no se regula la forma de obtener el envío de las pruebas al tribunal de origen, sino que para ello se remite a los instrumentos convencionales en vigor o a aquellos otros que se aprueben en el futuro.

Precisamente para colmar esta laguna se está trabajando en una Decisión Marco, aún no aprobada, con la que se crea el llamado «exhorto europeo para la obtención de pruebas»<sup>79</sup>, por medio del que el tribunal de expedición solicitará directamente al tribunal de ejecución que acceda a ciertas fuentes de prueba y se las remita, para incorporarlas a su proceso<sup>80</sup>. El juego del principio de reconocimiento mutuo conduce a que, en principio, la autoridad judicial que reciba un exhorto procedente de una autoridad de otro Estado deba darle inmediato cumplimiento, a no ser que concurra algún motivo de denegación o de suspensión de la ejecución del exhorto (cfr. arts. 15, 16 y 18 de la Propuesta).

La dificultad de la materia ha hecho que las instituciones europeas se hayan decantado por una introducción del exhorto en dos fases o etapas. En la primera fase de implantación –aquella en la que se está trabajando actualmente–, el exhorto europeo podrá utilizarse únicamente para solicitar la entrega de ciertas fuentes de prueba, las ya preexistentes, de modo que quedaría para una fase ulterior de desarrollo normativo el uso del exhorto para el acceso a las restantes, lo que incluye la petición de que se lleven a cabo diligencias de investigación de contenido concreto<sup>81</sup>. En esta primera

<sup>78</sup> DOUE L 196 de 2 de agosto de 2003, pgs. 45-50. Su trasposición al ordenamiento español se ha realizado a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, y a través de la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley 18/2006.

<sup>79</sup> La última versión de la Propuesta de Decisión Marco a que hemos accedido es la contenida en el Documento del Consejo COPEN 133, fechada el 15 de enero de 2007.

<sup>80</sup> Cfr. en lengua española Bachmaier Winter, «El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de decisión marco», *cit.*, pgs. 131-178, con una exhaustiva referencia bibliográfica en lengua alemana y en lengua inglesa. De la misma autora, también «Obtención de pruebas en Europa: la función del TEDH en la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el proceso penal», *cit.*, esp. pgs. 69 y ss.

<sup>81</sup> De hecho, el antes mencionado Libro Verde sobre la presunción de inocencia aparece expresamente vinculado con esta ulterior fase de aplicación del exhorto europeo para la obtención de pruebas.

fase, pues, el contenido de la resolución podrá consistir únicamente en la obtención de objetos, documentos y datos que ya existan y estén accesibles, es decir, directamente disponibles para la autoridad judicial del Estado de ejecución. En cambio, no estarán cubiertos –y quedarán para la segunda etapa de desarrollo del exhorto europeo– aquellas peticiones que tengan por objeto la práctica de interrogatorios a sospechosos, la toma de declaraciones a testigos, la confección de informes periciales, la práctica de intervenciones corporales, la obtención de muestras de ADN o de huellas dactilares, la intervención de comunicaciones o la realización de operaciones encubiertas. Ahora bien, si alguna de estas diligencias ya se ha practicado y se ha documentado, entonces sí que podría solicitarse por la vía del exhorto europeo la remisión de su resultado, por estar ya disponible.

4º. *El reconocimiento y ejecución de sentencias penales*

De manera análoga a cuanto se ha visto en relación con la obtención de pruebas, los trabajos legislativos para aplicar el principio del mutuo reconocimiento a la sentencia que pone fin al proceso están abordando el fenómeno de manera fragmentada y gradual<sup>82</sup>. Así, el legislador europeo ha decidido, por el momento, dar un tratamiento separado a los diversos posibles contenidos de la sentencia y también a sus posibles efectos: se está trabajando, en consecuencia, en una pluralidad de textos legales, que se ocupan por separado de cada una de estas facetas.

El ámbito en el que primero ha cuajado la aplicación del mutuo reconocimiento es el de las sanciones pecuniarias impuestas en sentencia penal: a tal fin se aprobó la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005<sup>83</sup> relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. Este instrumento normativo se aplica sólo a ciertos pronunciamientos de carácter pecuniario: a) las cantidades de dinero a que ascienda la sanción impuesta por una infracción penal; b) las compensaciones impuestas en resolución penal en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el proceso penal; c) las cantidades a que asciendan las costas procesales; y d) las cantidades de dinero que, según la sentencia, deban abonarse a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas.

La resolución que contenga alguno de estos pronunciamientos podrá trans-

<sup>82</sup> En términos generales, cfr. PEITEADO MARISCAL, *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, cit., *passim*; GONZÁLEZ CANO, «Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal», *Tribunales de Justicia*, 2001-7, pgs. 19-39; DE HOYOS SANCHO, «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, 2005, pgs. 807-842.

<sup>83</sup> DOUE L 76 de 22 de marzo de 2005, pgs. 16-22. Aún no ha sido objeto de incorporación a nuestro ordenamiento, a pesar de que el plazo para ello venció el 22 de marzo de 2007. Cfr. LÓPEZ ESCUDERO, «El reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias en la Unión Europea», en *Revista General de Derecho Europeo* (www.iustel.com), núm. 10, mayo 2006.

## EN TORNO A LA CREACIÓN DE UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

mitirse a la autoridad judicial del Estado en que la persona obligada al pago tenga elementos patrimoniales, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual; y la autoridad judicial del Estado de ejecución deberá reconocer de inmediato dicha resolución y adoptar todas las medidas necesarias para su ejecución, siempre que no concurra algún motivo de denegación (cfr. art. 7).

En relación con otros aspectos, los trabajos legislativos están resultando más lentos, aunque son varios los frentes de actuación que cuentan ya con iniciativas normativas.

Un primer sector es el del reconocimiento de sentencias penales dictadas en un Estado a efectos distintos de su ejecución, cuando sean de relevancia para un proceso penal que se está desarrollando en otro Estado miembro: *v. gr.*, de cara a aplicar la circunstancia agravante de reincidencia o para apreciar en él la excepción de cosa juzgada. Sobre este particular, las instituciones europeas están trabajando en una Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal<sup>84</sup>: con este instrumento se pretende aplicar también a este ámbito el principio del mutuo reconocimiento, de modo que las sentencias condenatorias dictadas en otro Estado miembro tengan los mismos efectos que si se hubieran dictado por un tribunal del Estado en que se desarrolla un proceso posterior para el que dicha resolución anterior pueda ser relevante.

Asimismo, se están llevando a cabo trabajos para regular la eficacia ejecutiva de las resoluciones que imponen penas privativas de libertad, tanto para forzar su cumplimiento en Estados de la Unión Europea distintos de aquél en que se han dictado (esto es, cuando no se dan los requisitos para que, por el cauce de la orden europea de detención, la persona condenada sea entregada al Estado de emisión), como para regular un eventual traslado de personas condenadas de un Estado a otro.

En este ámbito se están solapando diversas iniciativas, que tienen su origen en el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea<sup>85</sup>.

En primer lugar, debe destacarse el Proyecto de Decisión Marco del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas de prisión o medidas de privación de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea<sup>86</sup>. El

<sup>84</sup> La versión inicial aparece en el Documento COM (2005) 91 final, de 17 de marzo de 2005; una versión más avanzada de los trabajos puede verse en el Documento del Consejo COPEN 119, de 24 de noviembre de 2006.

<sup>85</sup> Que se encuentra en el Documento COM (2004) 334, presentado en abril de 2004.

<sup>86</sup> La iniciativa presentada por Austria, Finlandia y Suecia se encuentra publicada en DOUE C 150 de 21 de junio de 2005, pgs. 1 y ss.; una versión más avanzada del texto, a la luz de los trabajos desarrollados con posterioridad, puede consultarse en el Documento del Consejo COPEN 19, de 1 de marzo de 2006. Algunos documentos oficiales se refieren a ella como Proyecto de Decisión Marco del Consejo sobre el título ejecutivo europeo y

objetivo de este texto será permitir la ejecución en un Estado miembro de una condena a pena privativa de libertad impuesta por los tribunales de otro Estado miembro, con arreglo a los criterios de funcionamiento del mutuo reconocimiento.

En segundo término, hay que contar con la iniciativa alemana y francesa para la adopción de una Decisión Marco relativa al reconocimiento y vigilancia de penas suspendidas, penas sustitutivas y condenas condicionales<sup>87</sup>.

En un ámbito mucho más concreto, se está trabajando también en un Proyecto de Decisión Marco del Consejo relativa al reconocimiento y la ejecución en la Unión Europea de las inhabilitaciones resultantes de condenas por delitos sexuales cometidos contra los niños<sup>88</sup>.

Tienen un carácter complementario de las anteriores otras dos líneas de trabajo en curso. En primer término, la Propuesta de Decisión Marco relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros<sup>89</sup>, a través de la que pretende agilizarse la consulta de este tipo de datos. En segundo término, la Propuesta de Decisión Marco relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación judicial y policial en materia penal<sup>90</sup>,

En el terreno de las resoluciones que acuerdan medidas cautelares personales, en cambio, la situación aún es muy embrionaria: de momento se está trabajando en un Libro Verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad<sup>91</sup>, sin que haya siquiera propuestas en relación con las medidas privativas de libertad.

el traslado de condenados entre Estados miembros de la Unión Europea, y otros hablan de Propuesta de Decisión Marco del Consejo sobre la orden europea de cumplimiento de condena y el traslado de personas condenadas entre los Estados miembros de la Unión Europea; se trata, en todos los casos, de la misma iniciativa, siendo la denominación empleada en el texto la que parece corresponderse con la denominación definitiva del texto.

<sup>87</sup> El texto de la iniciativa se encuentra en el Documento del Consejo COPEN 22, de 20 de abril de 2007.

<sup>88</sup> El texto es fruto de la iniciativa del Reino de Bélgica encaminada a que el Consejo adopte una Decisión Marco relativa al reconocimiento y la ejecución en la Unión Europea de las inhabilitaciones resultantes de condenas por delitos sexuales cometidos contra los niños, que puede consultarse en el Documento del Consejo COPEN 133, de 5 de noviembre de 2004.

<sup>89</sup> Puede consultarse su texto en el Documento COM (2005) 690 final, presentada por la Comisión el 22 de diciembre de 2005; tiene su origen en el Libro Blanco relativo al intercambio de información sobre condenas penales y al efecto de éstas en la Unión Europea [Documento COM (2005) 10, de enero de 2005].

<sup>90</sup> Recogida en el Documento COM (2005) 475 final, y presentada por la Comisión el 4 de octubre de 2005.

<sup>91</sup> Accesible en el Documento COM (2004) 562, de agosto de 2004.

5º. *El decomiso de los bienes y productos del delito*

En un sector muy específico, el del decomiso de los bienes y productos del delito, se han producido también importantes avances. La acción normativa, en este punto, se ha proyectado sobre tres aspectos diversos en relación con las dificultades que suscita el decomiso transfronterizo: la investigación acerca de la existencia de bienes susceptibles de decomiso; la adopción de medidas cautelares en relación con los bienes decomisables que se encuentren en otro Estado; y la ejecución en otro Estado de la resolución decretando el decomiso<sup>92</sup>.

En relación con la investigación, se aprobó el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>93</sup>, llamado a cubrir el vacío que, en relación con este tipo de actuaciones, ofrecía el Convenio de 2000. El Protocolo establece la obligación de los Estados de llevar a cabo determinadas diligencias a solicitud de otro Estado miembro, que harán posible la localización de bienes potencialmente objeto de una sanción de decomiso, y que pueden consistir en la obtención información sobre cuentas y transacciones bancarias, así como en el control de las transacciones bancarias que se estén realizando a través de una o varias cuentas.

En lo relativo a las medidas cautelares, se aprobó la antes mencionada Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas<sup>94</sup>, que representa, de hecho, la segunda ocasión –tras la orden europea de detención y entrega– en que las instituciones europeas han legislado en materia procesal penal de conformidad con el principio del reconocimiento mutuo, en este caso para asegurar la efectividad de un pronunciamiento judicial de decomiso decretado en otro Estado. Así, la autoridad judicial del Estado en que se está desarrollando un proceso penal y que tiene conocimiento de la existencia de bienes susceptibles de decomiso en el territorio de otro Estado miembro dictará una resolución en la que directamente decretará el embargo preventivo del bien en cuestión, a pesar de que no se halla en su territorio ni bajo su potestad directa y cumplimentará un certificado, con arreglo al modelo normalizado. Hecho esto, el tribunal de origen remitirá directamente su resolución, acompañada del certificado, al tribunal del Estado de ejecución que sea competente para darle curso: este tribunal se limitará a reconocerla sin más trámite y a adoptar de inmediato las medidas oportunas para su ejecución, salvo que concu-

<sup>92</sup> Sobre todas estas cuestiones cfr., con mucho más detalle, GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, 2007.

<sup>93</sup> Aprobado por Acto del Consejo de la Unión Europea de 16 de octubre de 2001 (DOUE C 326, de 21 de noviembre de 2001).

<sup>94</sup> La Decisión Marco habla de «embargo preventivo» para referirse a «cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente (...) para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso» [art. 2.d)].

rra alguna causa de denegación o de suspensión de la ejecución (arts. 7-8 DM y arts. 14-15 de la Ley 18/2006).

Finalmente, debe contarse con la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso<sup>95</sup>. Se reproducen en este ámbito los mismos esquemas que se han visto respecto de instrumentos similares: las resoluciones acordando el decomiso de bienes, dictadas por el tribunal de origen, son reconocidas de forma automática por un tribunal del Estado en que se encuentran los bienes afectados, que procederá a hacerlas efectivas, es decir, a ejecutar el decomiso acordado por la autoridad del Estado de emisión. No obstante, la regulación es más compleja, más casuista y más garantista –y esto es especialmente visible en el régimen de condiciones y de motivos de denegación de la ejecución–, posiblemente porque el decomiso definitivo tiene unas consecuencias sancionadoras más gravosas que las que se desprenden del embargo preventivo de bienes.

#### 6º. *Los equipos conjuntos de investigación*

En el terreno de las técnicas de investigación, las instituciones europeas han desarrollado también la regulación de los llamados «equipos conjuntos de investigación», como instrumento adicional de cooperación policial y judicial en materia penal. Aunque se trata de una materia que ya se hallaba regulada en convenios ajenos al ordenamiento de la Unión Europea, aparecen mencionados expresamente en el art. 30.2.a) TUE y se desarrollan principalmente en el Convenio de 2000 y en la Decisión Marco 2002/465/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación<sup>96</sup>.

Un equipo conjunto de investigación es un grupo de personas designadas por dos o más Estados de la UE que se encargan de perseguir, de manera unida y coordinada, determinadas infracciones que tienen repercusiones transfronterizas, en especial los delitos relacionados con el terrorismo, la producción y el tráfico de drogas y la trata de seres humanos. Para crear un equipo ha de concurrir una «necesidad de investigación conjunta» y las «autoridades competentes» de dos o más Estados deben suscribir un «acuerdo de constitución» en el que se precisarán el «fin determinado» del equipo, las personas que lo van a integrar (principalmente jueces, fiscales,

<sup>95</sup> DOUE L 328 de 24 de noviembre de 2006. No ha sido aún objeto de incorporación a nuestro ordenamiento (el plazo a tal efecto vence, en principio, el 24 de noviembre de 2008).

<sup>96</sup> DOUE L 162 de 20 de junio de 2002. Fue incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación en el ámbito de la Unión Europea (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2003) y de la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la anterior, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2003). Sobre la materia, cfr. el exhaustivo trabajo de VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal (En el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea)*, Madrid, 2006.

*EN TORNO A LA CREACIÓN DE UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO*

miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad o funcionarios de los servicios aduaneros) y las reglas por las que se va a regir su actuación<sup>97</sup>. Los resultados de la actividad investigadora del equipo podrán utilizarse en procedimientos sancionadores nacionales y, a tal efecto, resulta conveniente que el equipo contribuya a buscar un acuerdo que logre que todos los eventuales procedimientos relativos a la infracción investigada se reconduzcan a uno, tramitado ante la jurisdicción de un único Estado, así como que el equipo haya procurado respetar en sus actuaciones la legislación de ese Estado llamado al enjuiciamiento o, al menos, sus «principios fundamentales».

<sup>97</sup> En defecto de estas reglas, la actuación del equipo vendrá gobernada por la Ley del Estado donde se llevan a cabo las investigaciones, existiendo en la legislación sobre la materia previsiones diversas acerca de la jefatura del equipo, los poderes de sus miembros o el régimen de responsabilidad de éstos.