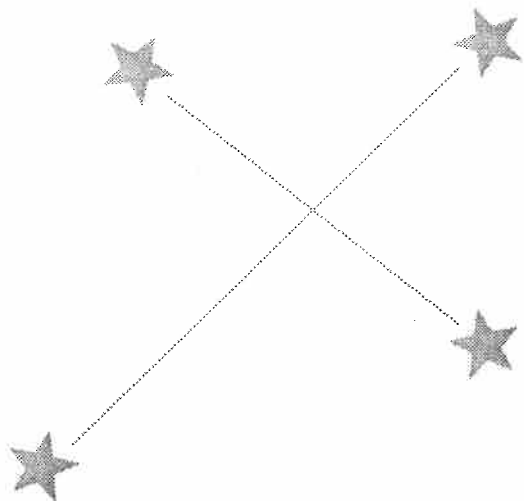


Revista de \_\_\_\_\_

Derecho Internacional  
y del Mercosur

Direito Internacional  
e do Mercosul

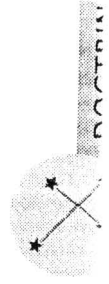


Director • Diretor  
Luis Alejandro Estoup

AÑO 7 • Nº 5

**LA LEY**

 **SINTESE**  
EDITORA



## EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO EN LA UNION EUROPEA (1)

*John A. E. Vervaele*

Catedrático de la Universidad de Utrecht y del Colegio de Europa (Brujas).

SUMARIO: I. El *Ius Puniendi* de los Estados soberanos y la integración europea: ¿la imposibilidad de un derecho penal comunitario?. — II. Integración económica y cooperación policial y judicial reforzada: El derecho penal de la Unión. — III. *Corpus Juris*: Armonización Penal, Territorialidad Europea y Fiscalía Europea. — IV. El Espacio Judicial Europeo y la Fiscalía Europea. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

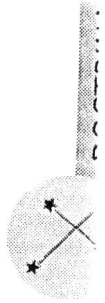
### I. El *Ius Puniendi* de los Estados soberanos y la integración europea: ¿la imposibilidad de un derecho penal comunitario?

Thomas Hobbes escribió "Covenants without swords are but words". Los padres fundadores de la Comunidad Europea, a mediados del siglo pasado, gracias a su concepción clarividente y visionaria, han conseguido no solamente un Tratado CE sino también una carta constitucional de la CE. De todos modos, ellos omitieron tener en cuenta la cuestión de la salvaguarda del derecho comunitario, excepción hecha de un punto. En lo que concierne a las reglas en materia de libre competencia, concedieron en los artículos 81-85, los fundamentos de una competencia de salvaguarda completa a la Comisión europea.

Rápidamente se dieron cuenta que la relación entre la política comunitaria y los sistemas de salvaguarda nacionales debían ser más afinados. Debíó, en todo caso, esperarse un decenio para ver realizado este punto efectivamente. Este tema apareció claramente en la jurisprudencia de la Corte de Justicia (CJE), para quien el derecho de salvaguarda nacional, en lo que concierne al derecho penal y al procesal penal, podían constituir un obstáculo para la integración europea (integración negativa). En el dominio, por

---

(1) Esta contribución es una versión actualizada y retrabajada del artículo de. VERVAE-LE, J.A.E., "La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo *Corpus Juris* 2000 y de la Fiscalía Europea", p. 134, *Revista Penal* 9, 2002.



ejemplo, de la libre circulación de capitales, las disposiciones penales contrarias no podían ser aplicadas (2). Más tarde, en una serie de decisiones claves (3), la CJE ha establecido claramente que los sistemas de salvaguarda de los Estados miembros constituyen igualmente un instrumento para hacer respetar la política comunitaria (integración positiva). Los Estados miembros tienen el deber de salvaguardar los intereses comunitarios y este deber tiene que realizarse de una forma tal que: 1) no haya discriminación entre los bienes nacionales y comunitarios similares; y 2) se trate de iure o de facto, en teoría y en la práctica, de procedimientos y sanciones que sean efectivas, proporcionales y disuasivas. Esto significa que los Estados miembros disponen siempre de libertad de elección —entre el derecho civil, el derecho administrativo y/o el derecho penal—, pero la elección debe siempre satisfacer los criterios de control anteriormente mencionados.

Precisamente, fue en el asunto francés de las fresas que estos criterios fueron efectivamente controlados por el juez comunitario (4). Las autoridades francesas han estado regularmente sometidas, en el curso de los años ochenta, a las acciones de los campesinos descontentos que atacaban los camiones transportadores de fresas españolas, que incluso se quemaban. La policía francesa entabló procesos verbales y registró un cierto número de acciones en video. Había, por consiguiente, suficientes pruebas para sancionar a los autores, pero el ministerio público francés decidió sistemáticamente archivar los casos, ante el riesgo de agitaciones que hubiera supuesto una persecución efectiva. Esta decisión suscitó la insatisfacción y la cólera de los productores españoles de fresas, de los transportistas, de los compradores y de la Comisión europea. A pesar de las protestas de la Comisión europea, Francia continuó archivando los casos sin perseguirlos. La Comisión entabló un proceso contra Francia (5) ante la CJE. La CJE juzgó que Francia había violado el Tratado, a saber la libre circulación de bienes (6) y la lealtad comunitaria (7), al haber archivado sistemáticamente los casos: La política criminal y las políticas de archivamientos de casos sin perseguirlos, pueden por consiguiente, en ciertos casos, considerarse igualmente determinadas por las exigencias comunitarias y por la protección de los bienes jurídicos comunitarios.

El legislador comunitario ha completado aún más las exigencias jurisprudenciales comunitarias relativas al deber de salvaguarda de los intereses comunitarios, en una serie de dominios. Las directivas y reglamentos comunitarios contienen disposiciones de prohibición y de obligaciones materiales, que contemplan deberes, elementos subjetivos (negligencia, intención, etc.), competencias en la investigación, sanciones. El derecho comunitario presenta así un ilícito y una definición de *insider trading* (delito de iniciados) y de blanqueo de dinero (8), sin obligar, de todos modos, a los Estados

(2) CJCE 23 febrero 1995, Bordessa e.a., asunto C-358/93 et C-416/93, Rec. p. I-361.

(3) Los más importantes son sin duda CJCE 21 septiembre 1989, Comisión vs. Grecia, asunto 68/88, Rec. p. 2965.

(4) CJCE 9 diciembre 1979, Comisión vs. Francia, asunto C-265/95, Rec. p. I-6959.

(5) Sobre la base del art. 226 CE.

(6) Art. 28 CE.

(7) Art. 10 CE.

(8) Directiva 91/308 del Consejo de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización de sistemas financieros para fines de blanqueo de capitales, JOCE 1991 L 166/77 (Incluye la declaración de los representantes de los Estados miembros reuni-

miembros a una tutela por parte del derecho penal (9). El derecho comunitario contiene igualmente varias disposiciones, a saber en el cuadro de política agraria (10) y de política común en materia de pesca (11), en materia de obligación de imponer sanciones. Estas sanciones, como las multas y las exclusiones del sistema de subsidios, están designadas como sanciones administrativas o sanciones sui generis. Los Estados miembros son libres de establecer sanciones en la vía civil, el derecho administrativo o el derecho penal. El legislador comunitario tiene, por consiguiente, una competencia normativa centrada en la instauración y de la puesta funcionamiento de los sistemas de tutela dentro de los Estados miembros. Estos deben presentar resultados pero son libres de elegir el instrumento a utilizar. También la CE tiene competencia normativa en más materias como la libre competencia, y otras de dominio específico donde la CE posee competencia de investigar administrativa independiente o subordinadamente. Los inspectores de la Comisión pueden penetrar de manera autónoma e independiente (12) o acompañados de inspectores nacionales en asuntos que estén bajo su dirección (13) dentro de las empresas, consultando la contabilidad, inspeccionando los bienes, etc. Si bien la Comisión no dispone de competencias para realizar investigaciones judiciales —no posee funciones de oficiales de policía judicial—, varios reglamentos contienen la obligación de poner a disposición de la Comisión las informaciones obtenidas en el curso de una pesquisa o de una audición sospechosa, incluso si estas informaciones se encuentran bajo el secreto de la instrucción (14). Las competencias de inspección de

dos en el Consejo) y Proposición de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo modificando la directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización de los sistemas financieros para fines de blanqueo de capitales.

(9) La Comisión europea ha intentado, en unas cuantas proposiciones de directivas, prescribir la vía penal, pero el Consejo de ministros ha sistemáticamente transformado estas disposiciones en obligaciones neutras y no penales. Ver por ejemplo la proposición de directiva del Consejo relativa a la prevención de la utilización de los sistemas financieros para fines de blanqueo de capitales, COM(90) 106 final, JOCE 1990, C 106 p. 287.

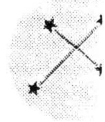
(10) VERVAELE, J.A.E, "Poderes sancionadores de/y en la Comunidad Europea? Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?", ps. 167-205, Revista Vasca de administración pública, 1994.

(11) Reglamento 2847/93, instituyendo un régimen de política común aplicable a la pesca, JOCE L 261.

(12) Reglamento del Consejo relativo a los controles y verificación efectuados por la Comisión para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea contra los fraudes y otras irregularidades, JOCE 1996, L 292. Conf. VERVAELE, J.A.E., "¿Hacia una agencia europea independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea?", ps. 11-34, Revista del Poder Judicial, Madrid, 1999.

(13) Como por ejemplo en el Reglamento N° 595/91 del Consejo del 4 de marzo de 1991 concerniente a las irregularidades y la recuperación de sumas indebidamente percibidas según el cuadro de financiamiento de la política agrícola común, así como la organización de un sistema de información dentro de este ámbito, JOCE 1991 N° L 67/11.

(14) Conf. el Reglamento N° 595/91 del Consejo del 4 de marzo de 1991 concerniente a las irregularidades y la recuperación de sumas indebidamente percibidas según el cuadro de financiamiento de la política agrícola común, así como la organización de un sistema de información dentro de este ámbito, JOCE 1991 N° L 67/11 y el Reglamento 515/97 del Consejo relativo a la asistencia mutua entre las autoridades admi-



la Comisión se limitan, por consiguiente, a la investigación administrativa. Todas las sanciones, a excepción de las correspondientes a la libre competencia, son a fin de cuentas impuestas por las autoridades nacionales administrativas o judiciales.

Es verdad que el Derecho comunitario no ha previsto el desarrollo de sistemas de tutela supranacionales. Los Tratados CE ofrecen en esta materia una base insuficiente y ni el Tratado de Maastricht, ni el Tratado de Amsterdam han aportado un cambio sobre este tema. No es tampoco cuestión, en Derecho comunitario, de armonizar directamente el derecho penal nacional y el procedimiento penal. La doctrina valora esto con reservas, condicionada bajo la cuestión de saber si ésta prerrogativa sería jurídicamente imposible. La tutela se realiza dentro y para los Estados miembros que aplican los procedimientos y las sanciones nacionales. La CE, de una parte, ha reconocido en gran medida la soberanía penal (*ius puniendi*) de los Estados miembros, pero de otra parte, los órganos nacionales y los sistemas jurídicos nacionales poseen funciones comunitarias. El derecho penal, el proceso penal, la policía, el ministerio público y el juez penal están integrados dentro de un orden jurídico comunitario autónomo. La medida según la cual el derecho penal y el procedimiento penal entran en juego para salvaguardar el Derecho comunitario es en principio dependiente de la selección del Estado miembro (armonización indirecta). En la práctica, a saber en el dominio económico financiero, pero también en materia de medio ambiente, salud pública, etc., el derecho penal y el proceso penal están siempre presentes en el primer plano, y la instauración y el ejercicio del *ius puniendi* deben, por tanto, satisfacer las obligaciones comunitarias de resultados. La ampliación y la profundización del impacto del Derecho comunitario sobre el derecho penal nacional y sobre el procedimiento penal resultan de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, un impacto que es fuertemente subestimado por buen número de penalistas (15).

Hasta ahora las propuestas de la Comisión Europea con el fin de votar al Consejo reglamentos o directivas con disposiciones de armonización en materia penal han sido sistemáticamente frenados al Consejo o votadas sin el contenido armonizador en materia penal. Los Estados Miembros aceptan que tienen que prohibir el blanqueo de capitales en el contexto comunitario, hasta aceptan que el derecho comunitario les

nistrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre aquellas y la Comisión en vista de asegurar la buena aplicación de las reglamentaciones aduaneras y agrícola, JOCE 1997 L 82VERVALE, J.A.E., "Regulación comunitaria y aplicación operacional de los poderes de investigación, obtención y utilización de pruebas en relación a la infracción de intereses financieros de la Comunidad Europea", 307-347, Revista Vasca de Administración Pública, 1998.

(15) Estas son algunas investigaciones sobre derecho penal europeo: Conf. DANNECKER, G., "Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft", in: Eser/Huber (eds), *Strafrecht-entwicklung in Europa*, 1995; Grasso, G., "Comunità Europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri", Giuffrè, 1989. Hay versión castellana: GRASSO, "Comunidades Europeas y Derecho Penal", trad. de García Rivas, Cuenca, Univ. de Castilla la Mancha, 1993. FIMIANI, P., "La tutela penale delle finanze comunitarie. Profili sostanziali e processuali", Giuffrè, 1999. BEMARDI, "Principii di diritto e diritto penale europeo", *Annali dell'Università di Ferrara, Sezione V, Scienze Giuridiche*, volume 11, 1988. BERNARDI, "Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive", *Annali dell'Università di Ferrara, Sezione V, Scienze Giuridiche*, Saggi 111, 1996. VERVALE, J.A.E., *La fraude communautaire et de droit pénal européen des affaires*, p. 436, Paris 1994. PICOTTI, L., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Giuffrè, 1999. GRASSO, G., "Prospettive di un diritto penale europeo", Giuffrè, 1998.

imponga sanciones administrativas severas, pero no aceptan que el derecho comunitario les obligue prohibir penalmente el blanqueo de capitales (la definición del tipo) y aún menos que el derecho comunitario prescriba las sanciones penales. De esta constatación política no se pueden tirar conclusiones jurídicas. Hasta ahora la Corte de Justicia no se ha podido o no se ha debido pronunciar de manera explícita sobre la posibilidad jurídica de armonización penal en el marco del derecho comunitario.

La discusión sobre la armonización penal en el marco del derecho comunitario es de gran actualidad, visto que la Comisión Europea ha propuesto en el año 2001 dos propuestas directivas de armonización penal, compitiendo con propuestas en el marco de tercer pilar (derecho de la Unión). Se trata de una directiva con el objetivo de proteger penalmente los intereses financieros de la Comunidad Europea (16) y una directiva con el objetivo de sancionar penalmente serias violaciones medioambientales (17). Ambas proposiciones de directivas contienen normas que constituyen una armonización directa en materia penal. El objetivo es imponer a los Estados Miembros una armonización en materia de tipos penales: la definición de la conducta (elemento material, elemento moral) y la definición de la sanción penal. Las propuestas de directivas son actualmente objeto de la *procedura* de co-decisión entre Consejo y Parlamento Europeo. A iniciativa de los Estados Miembros el Servicio Jurídico del Consejo de Ministros ha elaborado una opinión jurídica (18) sobre la competencia en el primer pilar (derecho comunitario) para armonizar en materia penal. El Servicio Jurídico del Consejo de Ministros es de la opinión que haya competencia en el derecho comunitario para armonizar en el ámbito penal, a condición de que sea estrictamente necesario para los objetivos de la política comunitaria (mercado interno, unión aduanera, cuatro libertades, políticas comunes,...) y que no sea una armonización en materia penal, que conlleve la "aplicación nacional del derecho penal nacional" o la "administración de justicia", conceptos utilizados en los artículos 135 y 280 Tratado CE. El Servicio Jurídico del Consejo de Ministros interpreta estos términos como incluyendo los aspectos de procedimiento penal, la organización jurisdiccional, la discreción en la aplicación penal, como la aplicación de las penas o el uso del principio de oportunidad. El hecho de que el Servicio Jurídico del Consejo de Ministros, normalmente bastante en favor de una política intergubernamental, tenga competencia para un cierto derecho penal comunitario es de gran interés, aunque su opinión no es vinculante. De hecho, en el caso de que el Consejo apruebe instrumentos similares (decisiones-marcos del tercer pilar) con el mismo contenido, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo pueden someter dichos instrumentos al control de la Corte de Justicia, en base al art. 230 TCE, por no haber respetado las competencias comunitarias (art. 47 TUE) (19). Sería útil "provocar" una decisión de la Corte de Justicia al respecto, para ofrecer seguridad jurídica y para definir claramente quién y cómo se tiene que elaborar una tutela penal de intereses

(16) Com (2001) 272 final.

(17) Com (2001) 139 final.

(18) Estas opiniones no han sido publicadas y son de carácter reservado.

(19) Art. 47 TUE: "Sin perjuicio de las disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de las presentes disposiciones finales, ninguna disposición del presente Tratado afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado."



fundamentales de la política comunitaria, como en materia bursátil (información privilegiada y abuso de mercados), materia bancaria (blanqueo de capitales), materia económica (delitos económicos), materia de medio ambiente, la protección penal del euro, etc.

## II. Integración económica y cooperación policial y judicial reforzada. El derecho penal de la Unión

En virtud de la realización de la unión aduanera, del mercado interno, la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales, y gracias a la desaparición de las fronteras interiores, los intercambios intra-comunitarios han conocido un importante crecimiento. La introducción del euro acelera todavía aún más este avance. Se ve nacer progresivamente un mercado común europeo y un mercado europeo de capitales que, a mediano plazo, desembocará en una mayor movilidad de personas físicas y jurídicas. Estas pueden libremente ofrecer servicios, instalarse o establecerse en cualquier parte del territorio de la UE. La integración económica es, por tanto, una realidad irreversible. La actividad intra-comunitaria es, pues, una actividad transnacional con la importante consecuencia que ello tiene para la tutela de ella misma. Por primera vez, decisiones nacionales específicas tienen un efecto en el conjunto del territorio de la UE. Si la Comisión de Operaciones Bursátiles de Francia decide una autorización a un agente de cambio, esta autorización es válida para todo el mercado interno, por consiguiente, para Alemania o España (la autorización es un pasaporte europeo). Esto significa igualmente que las infracciones pueden determinar la suspensión o el retiro de la autorización, las cuales pueden tener efectos en el conjunto del mercado interno. En segundo lugar, las personas naturales y las personas jurídicas realizan actividades en todo lugar en el sentido del mercado interno, actividades dentro de las líneas jurídicas de acuerdo a los diversos sistemas jurídicos nacionales. La tutela en materia de actividades transnacionales implica, pues, por definición, la necesidad de recoger información, poner medidas de control o investigar dentro del territorio de los diversos Estados miembros, acudiendo a actores, regímenes y competencias jurídicas divergentes. Cuando la imposición y la ejecución de las sanciones corresponden a distintas competencias, igualmente entran en juego.

A pesar de la ampliación y fortalecimiento de la integración económica y monetaria, el paisaje penal europeo está fuertemente parcelado. Este es un efecto ligado a la débil integración política europea. La normativa jurídica relacionada al derecho penal material, pero sobre todo al procedimiento penal conoce hasta ahora grandes diferencias, incluso si es necesario reconocer que la Convención de Derechos del Hombre ha tenido un efecto de armonización sobre puntos esenciales (20). Esto se explica por el hecho de que, de una parte, los Estados miembros no han sido suficientemente conscientes del impacto de la integración sobre la justicia y sobre el derecho penal y que, de otra parte, los Estados miembros, una vez conscientes de ello, han mantenido una resistencia defensiva con el fin de preservar la soberanía de los dominios del derecho penal.

A pesar de ello, los Estados miembros se muestran conscientes de que el *ius puniendi* no puede ser ejercido sobre un islote penal cuyas fronteras están cerradas. La interdependencia de Naciones Unidas había devenido demasiado importante. Es porque los

(20) DELMAS-MARTY, M., *Raisonner la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*, París, 1989.

Estados miembros tienen, desde los años ochenta, la luz verde para intensificar las diversas formas de cooperación judicial. A este respecto se ha desarrollado primero, por fuera de la estructura de CE y dentro de un contexto intergubernamental, una serie de limitaciones a los Estados miembros. Las Convenciones Schengen (1985 y 1991) (21) constituyen un jalón en el cuadro de esta evolución. Schengen presenta el mérito haber dado forma a la cooperación policial y de haber hecho operativa la cooperación judicial en materia penal. Estos últimos puntos se han realizado introduciendo la colaboración directa, sin intervenciones diplomáticas, y soslayando toda clase de reservas (por ejemplo en materia de impuestos indirectos). Se trata de un importante paso en cuanto a la colaboración judicial en materia penal (22).

Esta evolución se ha reforzado con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (1992) y la creación de la Unión Europea (UE). La UE recoge, además de la normativa de la CE (primer pilar), un segundo pilar (cooperación en materia de seguridad y de asuntos exteriores) y un tercer pilar (cooperación en materia de justicia y de asuntos internos). El tercer pilar retoma, como puntos prioritarios, la inmigración, la política en materia de visado y la cooperación judicial en materia civil, así como la cooperación policial (con el compromiso de creación de la Europol), la cooperación aduanera y la cooperación judicial en materia penal. El segundo y el tercer pilar presentan un importante carácter intergubernamental. Las competencias de los actores comunitarios clásicos (Comisión, Parlamento europeo, Corte de Justicia) están muy limitadas. Las regulaciones comunitarias vinculadas a la instauración de la legislación comunitaria y a su prolongación en el orden jurídico interno no son de aplicación aquí. Dentro del cuadro del tercer pilar, una serie de Convenciones importantes han visto la luz en materia de cooperación judicial: la Convención Europol entretanto entra en vigor (23), la Convención de 2000 sobre la colaboración judicial en materia penal (24) y la Convención de Nápoles II en materia de cooperación administrativa y judicial aduanera (25). Estas últimas convenciones constituyen una apertura significativa en el dominio de la tutela transnacional, dado que las técnicas de investigación proactivas o especiales han sido introducidas en las comisiones rogatorias, como por ejemplo, las interceptaciones de comunicaciones, la infiltración, la puesta de materiales de escucha, los libramientos controlados, etc. En el cuadro del tercer pilar de Maastricht, se ha igualmente adoptado convenios que comprometen ciertos aspectos del derecho penal material y del procedimiento penal dentro de los Estados miembros. Se trata de la armonización directa en

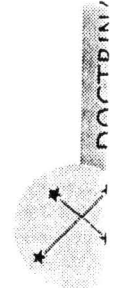
(21) Acuerdo entre los gobiernos de los Estados de la Unión, Benelux, la República federal alemana y la República francesa relativo a la supresión gradual de controles y fronteras comunes, realizado en Schengen el 14 de junio de 1985, vid. texto en *Revue générale de droit international public*, Tomo 91, 1987, p. 236. Convención de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 junio 1985 relativa a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes, realizado en Schengen el 19 junio 1990. Vid. texto en *Revue générale de droit international public*, Tome 95, 1991 (2), p.513.

(22) Convención europea de colaboración judicial en materia penal de 20/04/59, entrada en vigor el 12/06/62.

(23) Acta del Consejo de 26 de julio de 1995 estableciendo acuerdos sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de una oficina europea de policía (Convención Europol), JOCE 1995 C 316/1.

(24) Convención relativa a la colaboración judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, JOCE C 197, 12.07.2000.

(25) Convención de Nápoles II, Acta del Consejo, JOCE 1998 C 24/1.



materia de ius puniendi. La Convención sobre el fraude (26) y su primer protocolo sobre la corrupción (27) constituyen buenos ejemplos. Lo mismo sucede con el Plan de acción adoptado en materia de lucha contra la criminalidad organizada (28), que ha conducido a una evaluación de los sistemas de colaboración judicial en los Estados miembros. Para terminar sobre el Tratado de Maastricht, los primeros pasos han sido emprendidos con vistas a formas de cooperación operativas que no están vinculadas a la soberanía de los Estados miembro: Europol y la Red judicial europea (29). De todos modos, es importante resaltar que ninguno de los dos posee competencias ejecutivas de tutela. No pasan, pues, de acciones policial y de investigación.

El Tratado de Amsterdam (1998) ha mantenido la estructura del tercer pilar, pero ha transferido las materias no penales (por ej. la inmigración y la política de visados) hacia el primer pilar. Es más, estas disposiciones y las del nuevo tercer pilar forman parte de un "espacio de libertad, seguridad y justicia" (art. 61 TCE). Igualmente, se han integrado los espacios adquiridos de Schengen. También, la postura de los actores comunitarios ha sido reforzada, siguiendo con la tónica de que las reglas de juego van derogando las reglas comunitarias. De otro lado, en varios Estados miembros (a saber el Reino Unido) se ha optado por una posición 'out', con la posibilidad de adherirse más tarde (opting-in). El espacio de libertad, seguridad y justicia deviene en objetivo esencial de la UE: "mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas juntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia" (art. 2 TUE). La cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal se desarrollan en el Título VI TUE, art. 29 -33.

El art. 29 contiene explícitamente los objetivos: "ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia. Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de:

- una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32:

- una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, de conformidad con lo dispuesto en las letras a) d) del art. 31 y en el artículo 32.

(26) Acta del Consejo estableciendo el Primer Protocolo a la Convención relativa a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, JOCE 1995, C 316.

(27) JOCE 1996 C 313/1.

(28) Plan de Acción para combatir la criminalidad organizada, High Level 1997 Group, 9 de abril.

(29) Acción común de 29 junio 1988 concerniente a la creación de una Red judicial europea, JOCE 1998, L 191/4.

- la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal; de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31.

Los arts. 30 y 31 desarrollan aún más estos objetivos: "Art. 30: 1. La acción en común en el ámbito de la cooperación policial incluirá :

a) la cooperación operativa entre las autoridades competentes, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas, en relación con la prevención, localización e investigación de los hechos delictivos;

b) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente, en particular mediante Europol, incluida la correspondiente a informes sobre operaciones financieras sospechosas que obren en poder de servicios con funciones coercitivas, con sujeción a las disposiciones correspondientes en materia de protección de datos personales:

c) la cooperación e iniciativas conjuntas en la formación, el intercambio de funcionarios de enlace, las comisiones de servicio, el uso de equipos y la investigación científica policial;

d) la evaluación común de técnicas especiales de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.

2. El Consejo fomentará la cooperación mediante Europol...

"Art. 31 : La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá:

a) la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros en relación con las causas y la ejecución de resoluciones;

b) la facilitación de la extradición entre los Estados miembros;

c) la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación;

d) la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;

e) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas."

Es importante subrayar que la competencia en materia de armonización penal directa de derecho penal y de procedimiento penal ha tenido un lugar importante en el Tratado de la UE (TUE). Luchar contra la criminalidad y asegurar la seguridad de los ciudadanos ocupa un lugar central. El terrorismo, la trata de seres humanos, los atentados a menores, el tráfico de drogas, el tráfico de armas, la corrupción y el fraude son explícitamente citados, pero esta lista no está limitada. Entre tanto, existen proposiciones relativas a la protección del euro (30) y la lucha penal contra la criminalidad grave en materia de

(30) Decisión-marco del Consejo de 29 mai 2000 en vistas a reforzar las sanciones penales y otras medidas de protección frente a la falsificación de monedas a los efectos de poner en circulación el euro JOCE L 140 du 14.06.2000.

medio ambiente (31). En segundo lugar, el Tratado de Amsterdam presenta la base jurídica para entablar operativos de cooperación policial y judicial en materia penal. El punto principal en este dominio es la elaboración de la cooperación en operativos, entendidos como la puesta en marcha de "actividades operativas de equipos conjuntos". Los operativos transfronterizos no van más allá de esto, como prevé el art. 32 TUE: "El Consejo establecerá las condiciones y límites con arreglo a los cuales las autoridades competentes referidas en los artículos 30 y 31 podrán actuar en el territorio de otro Estado miembro en colaboración las autoridades de dicho Estado y de acuerdo con las mismas." Las negociaciones sobre la materia están en curso y ellas confirman las sensibilidades nacionales.

El Tratado de Amsterdam constituye un importante paso adelante en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, pero no puede ser concebido como un espacio judicial común europeo. El concepto admitido por el Tratado de Amsterdam (32) no deroga, desde el punto de vista de los puntos de partida de base, el concepto clásico de cooperación de Estado a Estado, fundado sobre los estados nacionales, dotados de un territorio nacional, que están a la búsqueda de fórmulas utilizables en materia de cooperación entre las autoridades policiales y las autoridades judiciales (33). Los Estados miembros continúan salvaguardando su soberanía nacional y el territorio nacional como punto de partida de su tutela penal, incluso cuando se trata de asuntos transnacionales dentro de la UE.

Cuando en la cumbre de jefes de Estado (Consejo de Europa) de los Estados miembros de Tampere (Finlandia) en 1999, se defendió entre otras conclusiones el reconocimiento mutuo de decisiones penales, se entiende de decisiones dentro de la fase preliminar y a favor de la circulación de pruebas. La significación que esta terminología, resultado del mercado económico interno, pueda tener para el campo de la justicia penal no está a primera vista clara. Está claro, de todos modos, que la Comisión y el Consejo se han encargado de ejecutar estas conclusiones, lo que ha conducido a una puesta en marcha de un "Scoreboard" y de una multitud de iniciativas cercanas de la Comisión y del Consejo (34). La Comisión se encuentra en búsqueda de fórmulas para ejecutar las sanciones (penas de prisión, multa comiso) dentro del espacio europeo, teniendo en cuenta el principio *non bis in idem*. También, retoma los puntos de política vinculados a los mandatos de detención y extradición.

Para terminar, debe subrayarse que, en la última cumbre de jefes de gobierno, en Niza, en diciembre de 2000, se ha tomado un acuerdo sobre el nuevo Tratado de Niza que deberá entrar en vigor en el año 2002. El Tratado de Niza no presenta novedades espectaculares en lo que concierne a nuestra temática. Solamente importa poner de relieve que el Tratado retoma otro Europol, igualmente Eurojust en los arts. 29 et 31 du

(31) Iniciativa del Reino de Dinamarca en vista de adoptar una decisión-marco del Consejo, en el ámbito de la lucha contra las infracciones graves en contra del medio ambiente, JOCE C 039 du 11.02.2000.

(32) Cf. También el Plan de Acción "espacio de libertad, seguridad y justicia", Consejo y Comisión, 3 diciembre 1998, JOCE C 019.

(33) Conf. la contribución de A. Klip en J.A.E. Vervaele (ed.), *Transnational Enforcement of the financial interests of the European Union. Developments in the Treaty of Amsterdam and the Corpus Juris*, Intersentia, Antwerpen/Groningen/Oxford, 1999, 240 p.

(34) <http://ue.eu.int/jai/relevs/index.htm>

TUE. Eurojust (35) tiene como objetivo el hacer más eficaz la cooperación judicial, sin cambiar las reglas de territorialidad o de competencia. Se trata de una coordinación entre las fiscalías nacionales, en especial en materia de criminalidad organizada. En resumen, se puede decir que, bajo los Tratados de Maastricht y Amsterdam, en lo que comprende la integración de Schengen en el sentido de la estructura de la Unión, se han dado importantes pasos en vista de la operatividad de la cooperación policial y judicial en materia penal y la elaboración de una armonización mínima en el dominio del derecho penal y del proceso penal de los Estados miembros. De todos modos, no se trata todavía de un espacio judicial europeo y de una integración en materia de justicia penal. Las competencias de policía, de ministerio público y de tribunales están determinadas a nivel nacional y están, en principio, limitadas al territorio nacional.

### III. Corpus Juris: Armonización Penal, Territorialidad Europea y Fiscalía Europea

#### Contexto Político

El proyecto de Corpus Juris no está separado de la evolución que se ha esbozado. Esencialmente el Parlamento Europeo, pero también la Comisión europea, no han podido esconder su decepción frente a la estructura en pilares, dotada de reglas divergentes y, especialmente, frente a los resultados del tercer pilar. Ambas instituciones habrían preferido desarrollar la política comunitaria en materia de justicia, aplicando las reglas comunitarias vinculadas a la agenda comunitaria. Durante mucho tiempo los Estados miembros han planteado resistencia para avanzar en este aspecto, dado que no habría necesidad de armonizar, porque sería no reconocer la presencia de la soberanía nacional, por lo cual, las reglas de cooperación serían suficientes. Para ellos sería suficiente con aplicar éstas realmente y efectivamente. Tanto el Parlamento europeo como la Comisión europea han combatido siempre este punto y han adoptado la posición según la cual los intereses financieros de la CE (lucha contra el fraude al interior de la CE: subvenciones, derechos de aduana IVA estarían insuficientemente protegidos por los Estados miembros a nivel penal, en razón de:

- Incriminationes ausentes o insuficientes.
- Diferencias en cuanto a la competencia extraterritorial.
- Diferencias en cuanto al proceso (competencias y pruebas).
- Lagunas en materia de reglamentación y de funcionamiento de la cooperación.
- Diferencias en cuanto a las posibilidades de sanción y a la medida de la pena.
- Lagunas en cuanto a la ejecución transnacional de sanciones.

En la investigación del Parlamento europeo sobre el fraude aduanero vinculado al tránsito, salió a la luz que, efectivamente, existían lagunas materiales y procedimentales

(35) Comunicación de la Comisión Europea sobre el establecimiento de Eurojust, COM(2000), 746 final; Iniciativa de Portugal, Francia, Suecia y Bélgica, JOCE C 243, 24/08/2000; Iniciativa de Alemania, JOCE C 206, 19/07/2000. Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar contra las formas graves de delincuencia, DOCE, 2002 L 63/1.

razón de la difícil puesta en marcha del cuadro del tercer pilar, y de la lentitud y débil propensión de los Estados miembros de ratificar los convenios adoptados en el cuadro del tercer pilar, el Parlamento europeo solicitó a la Comisión europea efectuar un estudio sobre las posibilidades de armonización del derecho penal y el procedimiento penal, en vistas de una eficaz protección de los intereses de la CE. Este estudio científico de expertos ha sido realizado bajo la dirección de la Profesora M. Delmas-Marty entre 1995-1996 y llevó a la publicación del Corpus Juris en 1997 (37). El Corpus Juris 1997 puede ser considerado como un proyecto con vista a una justicia penal europea en el sentido de la UE, pero no tiene como objetivo la pretensión de ser un proyecto de derecho penal europeo o de procedimiento penal europeo, y tampoco puede ser leído como tal. Incluso cuando la materia se refiere a ámbitos especializados como el fraude a la CE, está claro que se trata de una armonización mínima, sobre todo en el ámbito procesal. El Corpus Juris contiene 35 artículos, presentando en síntesis: 1/ ocho artículos referidos a incriminaciones (derecho penal especial); 2/ 10 artículos referidos al derecho penal general, 3/ 14 artículos relativos al procedimiento, en lo concerniente al ministerio público europeo y al juez de libertades, y 4/ 5 artículos relativos a las garantías del procedimiento y a los derechos humanos. No es sorprendente, pues, que el Corpus Juris haya sido objeto de debates importantes no solamente en el mundo académico (38) sino también el mundo político y en el terreno operacional (39). La mayoría de Ministros de Justicia en el seno de la UE han permanecido en la tendencia de hacer saber a su parlamento nacional que las proposiciones del Corpus Juris serían irrealizables, porque éstas no pueden ser conciliadas con los principios fundamentales de orden nacional del derecho constitucional, de derecho penal y del procedimiento penal. De otro lado, el aumento de la cooperación entre los Estados miembros sería suficiente para luchar efectivamente contra el fraude a la CE. Un buen número de ministros de justicia (entre otros Mme. Guigou en Francia) serían partidarios de avances más radicales, pero esto no es sostenido por su primer ministro y/o su ministro del interior.

Con el fin de examinar si es cierta la crítica según la cual el Corpus Juris sería incompatible con el derecho nacional, el Parlamento europeo y la Comisión europea demandaron un estudio a un grupo de expertos ad hoc, bajo la dirección de la Prof. M. Delmas-Marty y del Prof. J.A.E. Vervaele. Estos se encargaron de examinar las compatibilidades entre las disposiciones del Corpus Juris y las reglas nacionales de los Estados miembros. Al mismo tiempo, se efectuó un estudio sobre los puntos problemáticos específicos de

(36) Parlamento Europeo, Comité de Investigación del sistema de circulación comunitaria, Relator E.Kelett-Bowman, Informe Final y Recomendaciones: PE 220.895/finm 1997. Esta investigación confirma los resultados de los estudios comparativos efectuados en materia de protección administrativa y penal, anteriormente realizados a solicitud del Consejo y ejecutadas por grupos de expertos bajo la responsabilidad de la Comisión Europea.

(37) Corpus Juris, Economica, París, 1997. BACIGALUPO, Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, Madrid, ed. Colex, 1998.

(38) El texto está disponible en todas las lenguas oficiales de la UE y ha sido objeto de discusión en los congresos y revistas científicas.

(39) Vid. los debates dentro del cuadro del follow up del Appel de Ginebra, un este appel proveniente de los representantes del ministerio público y de los jueces de instrucción y dirigido a los representantes políticos, se les demandó a éstos hacer de la cooperación judicial en materia penal un instrumento eficaz.

la cooperación horizontal y vertical (con la Comisión europea), tanto en el ámbito de la cooperación administrativa, como en el ámbito de la colaboración judicial. Este estudio ha suministrado una cantidad importante de información en materia de derecho comparado. Existen, efectivamente, puntos de fricción entre el derecho nacional y el Corpus Juris, pero éstos no tienen la dimensión presentada por los responsables políticos. Los puntos difíciles no se sitúan tanto dentro de las disposiciones de armonización material, sino más bien dentro de las disposiciones vinculadas al ministerio público nacional. Un buen número de puntos son nuevos y exigen incontestablemente adaptaciones del derecho nacional. Sobre otros puntos, se ha buscado la mejor síntesis entre las diferentes tradiciones de los Estados miembros. Igualmente, el estudio ha conducido al perfeccionamiento técnico del propio texto del Corpus Juris y a la selección de un buen número de políticas que deben ser modificadas para la realización del Corpus Juris en los Estados miembros. Por esta razón, se ha decidido por parte del grupo de expertos mejorar el texto del Corpus Juris de 1997. Esto ha conducido a una nueva versión, la segunda versión del Corpus Juris: el Corpus Juris 2000 (40), publicado por ahora en versión inglesa y francesa (Corpus Juris vol. I) (41), con una relación de síntesis y cuadros sobre derecho comparado. Las propuestas de los relatores nacionales son igualmente publicadas en inglés y francés (Corpus Juris v. II y III). En diciembre de 2002 fue publicado Corpus Juris vol. IV, en el que se presenta contribuciones específicas en materia de cooperación horizontal y vertical, el tratamiento de la colaboración judicial, la cooperación administrativa, el secreto de la instrucción, el secreto bancario, el recurso en materia de colaboración, etc.

#### Las proposiciones del Corpus Juris 2000

El Corpus Juris está organizado a partir de seis principios directrices y contiene dos partes, una de derecho penal y otra sobre el proceso penal.

En lo que al derecho penal se refiere, el Corpus Juris prevé ocho incriminaciones, de las cuales cuatro pueden ser cometidas por cualquiera: fraude a los intereses financieros de las Comunidades europeas y delitos similares, fraude en concursos y subastas públicas, blanqueo y encubrimiento, asociación de malhechores y cuatro delitos que sólo pueden ser cometidos por funcionarios nacionales y/o comunitarios: corrupción, malversación, abuso de funciones y revelación de secretos del cargo.

En efecto, el art. 1º regula el fraude a los intereses financieros y el art. 2 el fraude en concursos y subastas públicas. Estos constituyen los artículos de base ("*predicate offence*"); las otras incriminaciones se vinculan a éstas ("*predicate offence*"). El principio de legalidad implica la *lex certa*, la prohibición de interpretación analógica y la retroactividad *in pejus*.

La idea subyacente de este Corpus Juris de ocho incriminaciones es la de realizar una armonización total del derecho penal especial en materia de fraudes comunitarios y corrupción. Esta parte no es demasiado revolucionaria porque, en el seno del tercer

(40) El texto de los 35 artículos está igualmente disponible en <http://www.law.uu.nl/wiarda/corpus/index1.htm>; Para el informe de síntesis Vid. la publicación.

(41) DELMAS-MARTY, M. et VERVAELE, J.A.E. (red.), La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres. Dispositions pénales pour la protection des Finances de l'Europe. Vol I-IV, 2000 Intersentia, Antwerp - Groningen - Oxford, 2000-2001. Existe también versión en inglés.



pilar, buen número de convenciones obligan ya a los Estados miembros a adaptar su legislación penal en materia de fraude y de corrupción. El problema es que los Estados miembros tardan en ratificar las convenciones y en adaptar su legislación nacional.

Los artículos 9 a 13 contienen algunas disposiciones en materia de derecho penal general. Se trata de una armonización mínima sobre el elemento subjetivo, el error, la responsabilidad penal (individual, de los directivos de la persona jurídica) y la tentativa. Tanto el dolo como la culpa (imprudencia grave o negligencia grave) son considerados elementos subjetivos. Este punto se refleja también en la responsabilidad de los directivos o de todas las personas que ejerzan poderes de decisión, o poderes de control importantes en el seno de una empresa. El hecho de haber faltado a su obligación de vigilancia o de control revela la responsabilidad penal. Un tema importante es, evidentemente, que el Corpus Juris impone la responsabilidad de las asociaciones de personas y que ésta puede ser acumulada con la responsabilidad penal de las personas físicas. La responsabilidad no se cimenta, en este caso, en la culpabilidad personal. Habrá que probar también el elemento subjetivo (dolo / culpa) de un órgano o de un representante de la asociación o de toda otra persona que actúa en su nombre o que tenga poder de decisión, de derecho o de hecho.

Los artículos 14 a 17 regulan las penas principales y accesorias, la medida de la pena, las circunstancias agravantes y atenuantes y las reglas de los concursos ideal y real. En cuanto a las penas principales y accesorias, el Corpus Juris prescribe penas máximas elevadas, pero debe subrayarse que se aplica el principio de proporcionalidad, según el cual las penas deben ser proporcionales, de una parte, a la gravedad de la infracción, de otra, a la culpabilidad del autor y a las circunstancias concretas de su persona. Es importante resaltar la posibilidad del comiso de los productos y de las ganancias del delito, incluso cuando el elemento subjetivo no está probado (la prueba del elemento objetivo es suficiente) (42).

Hay que subrayar que también en la parte relativa al derecho penal general, contrariamente a la parte relativa al derecho penal especial, contienen una armonización mínima. El art. 35 del Corpus Juris prevé que los artículos 9 a 17 sean completados por el derecho nacional, si es necesario. Además, para los artículos 9 a 16 (por consiguiente no para los concursos), sólo aplican las disposiciones de la ley favorable al acusado (*lex mitior*).

La parte más revolucionaria es incontestablemente la parte relativa al procedimiento penal. Se ha acogido tres principios directrices: el principio de territorialidad europea, el principio de la garantía jurisdiccional y el principio de contradicción en el proceso. En materia de procedimiento penal, debido a las diferencias sustanciales en el seno de la Unión —a saber las diferencias entre la tradición del “common law” y la tradición continental—, se busca lograr una simbiosis entre las tradiciones jurídicas. Se busca, además, un modelo utilizable, vinculado en lo posible a los sistemas de justicia penal de los Estados miembros. No hay nada más fácil que esbozar una administración de justicia enteramente supranacional, dotada de una policía europea, un ministerio público europeo, un juez penal europeo, y una prisión europea. Una decisión en este

(42) VERVAELE, J.A.E. “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos”, *Actualidad Penal*, 1999, 291–315. VERVAELE, J.A.E. “Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell’ordinamento degli Stati Uniti d’America”, *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 954–974.

sentido no se ha tomado aún. La estructura procedimental del Corpus Juris está en gran parte ligada a autoridades penales nacionales.

Uno de los grandes problemas actuales es la parcelación y ausencia de coordinación operacional en los asuntos internacionales. Por eso se ha optado por la instauración de una autoridad de persecución central, el Ministerio Público Europeo (MPE), lo cual no significa que el rol del Ministerio Público nacional sea anulado, sino todo lo contrario. El MPE está compuesto de un Procurador general europeo (PGE) y de Procuradores europeos delegados (PED) dentro de los Estados miembros (art. 18). Los poderes delegados de los PED pueden ser objeto a su vez de una subdelegación parcial limitada *ratione materiae* y *ratione temporis*, a una autoridad nacional, teniendo las facultades de los oficial de policía judicial o de policía administrativa (art. 20 (4)). El MPE comprende, pues, toda la estructura de actores del sistema penal. El PGE no es más que una autoridad central que encabeza a todos.

El MPE debe ser informado de todos los hechos que podrían constituir alguna de las incriminaciones definidas en los 1 u 8, tanto por las autoridades nacionales (policía, administradores nacionales como Hacienda y Aduanas, procuradores, jueces de instrucción), como por la OLAF. El dossier debe ser transferido a este MPE (art. 19). Este puede, igualmente, ser informado por denuncia de cualquier ciudadano o por la Comisión. Las autoridades nacionales están obligadas a someterse a la autoridad europea, a más tardar en el momento de la existencia de indicios graves y verosímiles de culpabilidad de una persona o del empleo de medidas cautelares, tales como la detención, pesquisas y la autorización para poner escuchas telefónicas. El MPE no es solamente una autoridad reactiva, puede también actuar de oficio (proactiva).

El MPE puede entonces (art. 19):

-Abrir una investigación y perseguir (el principio de legalidad en la persecución se aplica);

-Diferir a las autoridades nacionales las investigaciones de las infracciones leves o de las que afectan principalmente intereses nacionales;

-Resolver si el acusado ha reconocido su culpabilidad, ha reparado el daño y restituido los fondos irregularmente percibidos;

-Acordar la autorización de transacción a la autoridad nacional, según los criterios establecidos en el Corpus Juris (art. 22 (4)(b)); el acuerdo de transacción será sometido en todo caso al juez de libertades.

En todo caso, las investigaciones relativas a las infracciones de los arts. 1-8 están regidas por los mismos principios, poco importa quién es el encargado de las investigaciones (el PGE o el PED). Por las necesidades de la investigación, de la persecución y la ejecución, el conjunto de territorios de los Estados miembros de la Unión constituye un espacio judicial único (territorio europeo -art. 18). Esto tiene como consecuencia que los interrogatorios de los acusados, la recolección de pruebas, las pesquisas, las citaciones, las escuchas, las comparencias de los testigos, las detenciones o notificaciones sometidas al control judicial, pueden ser ejercidas por el PGE o por el PED por todo el territorio europeo. El PGE la fiscalía de París (en tanto que PED) no tienen más necesidad que realizar una comisión rogatoria para investigar las oficinas de una sucursal de un banco francés en Marbella en España. Los procedimientos de colaboración judicial

son sustituidos por una competencia europea de fiscalía. Para evitar que este poder real de fiscalía (sea en la forma del PGE o del PED) sea un peligro real para las libertades en Europa, el Corpus Juris prevé sobre la base de los principios de garantías jurisdiccionales, que durante la fase preparatoria éstas sean ejercidas por un juez independiente e imparcial, es decir, por el "juez de libertades" designado por cada Estado miembro en el seno de la jurisdicción nacional (art. 25 bis). Este juez de libertades, que puede incluso ser un juez de instrucción, pero también un magistrado encargado de esta función, debe previamente autorizar todas las medidas restrictivas de derechos y libertades. Entonces, en el caso puesto de ejemplo, el PGE o la fiscalía de París (en tanto que PED) necesitaría una autorización previa del juez de libertades español para efectuar las pesquisas en Marbella. En caso de urgencia, se admite un control a posteriori en el transcurso de 24 horas. El juez de libertades puede también atribuir un mandato de detención europeo, ejecutable por todo el territorio de la UE. Las personas así detenidas pueden ser llevadas al territorio del Estado miembro requirente o donde su presencia sea necesaria. El juez de libertades establece también el control de la detención provisional.

Cuando el MPE estime que las investigaciones están concluidas, decide si se resuelve que no ha lugar la denuncia, o reenvía el asunto al juez (art. 21). El MPE vela porque nadie pueda ser perseguido o condenado penalmente dentro de los Estados miembros en razón de una infracción prevista en los arts. 1-8, por la cual haya sido ya absuelto o condenado por un juzgamiento definitivo, dentro de uno de los Estados miembros de la UE (*ne bis in idem* europeo, art. 23 (1)(b)). Si decide reenviar el asunto, debe someter esta decisión al juez de libertades, quien cede la jurisdicción nacional de reenvío. En efecto, todas las infracciones previstas en el Corpus Juris son, en aplicación del principio de garantía jurisdiccional, juzgadas por las jurisdicciones nacionales, independientes e imparciales. Es evidente que los asuntos transnacionales pueden ser juzgados en varias jurisdicciones. El art. 26 establece los criterios para seleccionar la competencia de jurisdicción. Para evitar que la decisión de competencia jurisdiccional pueda afectar derechos del acusado (*forum shopping*), el MPE puede dicha decisión.

En el seno del comité de expertos se debatió la posibilidad de someter la decisión de reenvío, no a un juez de libertades, sino a una cámara preliminar europea, similar a la cámara creada para el tribunal internacional ad hoc para la ex Yugoslavia y cercana al futuro Tribunal Penal Internacional (TPI). Esta fórmula presenta la ventaja de evitar el eventual *forum shopping* de parte del MPE, pero presenta el inconveniente de introducir una segunda instancia europea. Esta solución es preferible desde el punto de vista jurídico, pero no ha sido acogida por motivos de viabilidad política del proyecto.

La fase de juzgamiento está regida por el principio del proceso contradictorio: igualdad de las partes y reconocimiento de los derechos de defensa. Los arts. 26-34 contienen las disposiciones respectivas. En efecto, las reglas son una codificación de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en la materia y también una simbiosis entre el procedimiento de Inglaterra y del viejo continente. Se admiten pruebas escritas obtenidas durante la fase preparatoria, pero a condición de que durante el interrogatorio el acusado sea asistido por un abogado. De otro lado, el art. 29 define los derechos del acusado y el momento a partir del cual estos derechos entran en juego.

La prohibición de auto-incriminación no se aplica a los documentos que el acusado ha estado obligado de presentar durante la investigación preliminar administrativa o durante la investigación penal (sean obligaciones comunitarias o nacionales). Está prevista la exclusión de pruebas por violación de los derechos humanos. De todos modos, estas

pruebas no son eliminadas, para el caso en que su admisión no atente los principios de un proceso equitativo (*Schutznorm*).

El Corpus Juris prevé en el art. 27, el principio de doble instancia judicial (un recurso de fondo) y algunos recursos específicos similares a los de la Corte de Justicia (art. 28).

Cuando el juzgamiento de condena deviene definitivo, debe hacerse conocer inmediatamente al MPE y a las autoridades de los Estados miembros designados como lugar de ejecución de la condena. Para algunas penas como el comiso, la privación de derechos o la publicación de la sentencia, la ejecución de la sentencia se puede efectuar en uno o varios Estados miembros. Se reconoce automáticamente los juzgamientos en materia penal. El MPE autoriza, si ha lugar, la transferencia de la persona condenada a una pena privativa de libertad, cuando solicita ser encarcelada en otro Estado miembro al designado por el juez que decidió la condena (art 23(1)(a)).

Todas estas reglas de procedimiento (fase preliminar, fase de juzgamiento y fase de ejecución) podrán ser completadas por el derecho nacional, cuando las circunstancias lo requieran.

El Corpus Juris contiene un modelo, no de un ministerio público centralista, supranacional (Procura Europea), sino más bien de un ministerio público de derecho penal europeo, teniendo como punto de partida un espacio judicial europeo, tanto por los actores encargados de la investigación y persecución, como por los que ejercen la defensa. El modelo planteado, a mi parecer, constituye un buen equilibrio de las necesidades de preservar las libertades; una armonía entre la función espada y la función escudo en el derecho penal de Europa. El modelo reposa en gran parte sobre los actores y los sistemas existentes de la administración de justicia en el seno de los Estados miembros. En la práctica, el MPE tiene la posibilidad de derivar numerosos asuntos a las autoridades nacionales (PED y sus similares a nivel nacional). Por otro lado, se ha introducido en el sistema, a pesar del principio de legalidad en la persecución, suficientes filtros de selección: la clasificación inmediata por parte del MPE y la transacción a nivel nacional. De todos modos, se debe preguntar si no hubiera sido razonable conferir a los ministerios públicos nacionales un margen por el archivo inmediato, de acuerdo al principio de legalidad en la persecución, bajo la responsabilidad y el control del MPE. El modelo ofrece la base de una política criminal fundada en la institución del MPE y con una visión del mismo. Se permite, de otro lado, elaborar directivas de denuncia (al MPE), así como directivas de transacción, archivo y persecución. Sobre la base de una buena política criminal y de acciones precisas de parte del MPE, se puede intentar hacer examinar los asuntos importantes transnacionales por parte de los jueces penales. El modelo presenta también la ventaja de convocar a los órganos administrativos nacionales y comunitarios en el seno de la administración de justicia.

#### Las propuestas y el seguimiento político

En el curso de los estudios de seguimiento del Corpus Juris, la dirección de la Comisión europea, bajo la presidencia de Santer, fue forzada a dimitir colectivamente, debido a la corrupción interna y a los escándalos de fraudes (43). Ello ha conducido a una semiau-

(43) VERVALE, J.A.E. "Hacia una agencia europea independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea?", Revista del Poder Judicial, Madrid, 1999, 11-34.



tonomía de la Oficina antifraude de la Comunidad Europea (OLAF). El Comité de expertos independientes (44), encargado de investigar los asuntos que desencadenaron la dimisión, en el segundo informe, defendieron la introducción del ministerio público europeo, al menos para los temas concernientes a la lucha contra el fraude y la corrupción interna en el seno de las instituciones europeas. El control judicial sobre la OLAF estaría también regulado. También el Comité de sabios (45), así como el Comité de vigilancia de la OLAF (46), recomendaron en 1999, cada uno en lo que le concierne, la creación de un Fiscal Europeo competente a este respecto.

El Parlamento europeo acogió plenamente las propuestas del Comité de expertos independientes y los resultados obtenidos por el Corpus Juris, por lo que demandó a la Comisión elaborar proposiciones encaminadas a la implementación de dichas conclusiones. En el año 2000, la Comisión europea introdujo, durante la Conferencia intergubernamental (CIG de Niza) una proposición (47), con el fin de introducir en el tratado CE un art. 280 bis, que prevea la institución del Ministerio Público Europeo para perseguir el fraude CE: "Art. 280 bis:

1. Con el fin de contribuir a la realización de los objetivos del apartado 1 del artículo 280 el Consejo, pronunciándose a propuesta de la Comisión por mayoría cualificada y previo dictamen favorable del Parlamento Europeo, nombrará por un período de seis años no renovable a un Fiscal Europeo. El Fiscal Europeo tendrá como misión investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones en el marco de las normas previstas en el apartado 3.

2. El Fiscal Europeo será elegido entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus países respectivos de las más altas funciones judiciales. En el cumplimiento de su tarea no solicitará ni aceptará ninguna instrucción. En caso de que ya no cumpliera las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o si hubiera cometido una falta grave podrá ser destituido por el Tribunal de Justicia, a petición del Parlamento, el Consejo o la Comisión. Con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 251, el Consejo establecerá el estatuto del Fiscal Europeo.

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento contemplado en el artículo 251, fijará las condiciones del ejercicio de las funciones de Fiscal Europeo adoptando:

(a) un Reglamento que establezca los elementos constitutivos de las infracciones penales relativas al fraude y a cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad así como las penas aplicadas a cada una de ellas;

(44) Segundo informe sobre la reforma de la Comisión, 10.9.1999, recomendación 59.

(45) Informe de los Sres. Dehaene, Simon y Von Weizsäcker, 18.10.1999, apartado 2.2.6.

(46) Dictámenes 5/99 y 2/2000 del Comité de vigilancia de la OLAF, Informe de actividades (julio de 1999 - julio de 2000), DO C 360 de 14.12.2000.

(47) Com (2000) 608 final.

(b) las normas de procedimiento aplicables a las actividades del Fiscal Europeo y las normas por las que se controlará la admisibilidad de las pruebas;

(c) las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos de procedimiento adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones".

La propuesta presentada por la Comisión en la Conferencia Intergubernamental, no fue acogida por los jefes de Estado y de gobierno reunidos en Niza en diciembre de 2000. Por una parte, la Conferencia Intergubernamental no ha tenido el tiempo necesario para examinar la propuesta; y por, otra, se ha expresado el deseo de profundizar en sus repercusiones prácticas. Por otro lado, fue introducido en el Tratado de Niza el organismo Eurojust (vid. supra).

#### IV. El Espacio Judicial Europeo y la Fiscalía Europea

##### Introducción

La necesidad de reconceptualizar el derecho penal en el espacio europeo es real (48). El espacio europeo requiere una protección penal de bienes jurídicos traspasando la noción de Estado-nación y su *ius puniendi*, para proteger:

- Los bienes jurídicos de la propia UE: los intereses financieros de la UE, la moneda única (el euro), los fraudes y la corrupción interna en el seno de las instituciones de la UE.

- Los bienes jurídicos relativos a los aspectos transnacionales del mercado interno, la unión aduanera y las políticas comunes vinculadas a la competencia, medio ambiente, alimentación, seguridad, etc.

- Los bienes jurídicos puestos en peligro por la criminalidad transnacional

Además, la redefinición del territorio (mercado interno, unión aduanera) y la creciente integración del Estado-nación en este territorio necesitan de competencias en materia de investigación y del procedimiento, que sean capaces de garantizar los bienes jurídicos en el espacio común. Las reglas de competencia de la Fiscalía y de la Judicatura tienen que ser redefinidas a la luz de las necesidades urgentes. ¿Cuánto tiempo tendrá que esperar el ciudadano para ver aparecer en Europa una lucha penal efectiva contra el tráfico de seres humanos, la gran criminalidad económica y financiera, la contaminación grave del medio ambiente por parte de gigantes navieros, el tráfico fraudulento de la alimentación de animales y dentro de la alimentación? ¿Comprenderá el ciudadano que en caso de falsificación (49) del euro, no se ha ideado una solución en el espacio europeo?

(48) Cf. al respecto el "Dictamen de información dispuesto por la delegación de la Asamblea Nacional para la Unión Europea sobre la lucha contra el fraude dentro de la UE", París, 22 junio 2000.

(49) J.A.E. Counterfeiting the Single European Currency (Euro): towards the federalization of Enforcement in the European Union?, to be published in 2002 in the Columbia European Law Journal, New York.

La Comisión Europea y el Parlamento Europeo siguen convencidos de que existe la necesidad de un espacio judicial europeo, con una Fiscalía Europea y jueces de libertad en los Estados Miembros para garantizar los derechos de defensa y las normas básicas del debido proceso. Por este motivo, y de acuerdo con su plan de acción 2001-2003 para la protección de los intereses financieros de las Comunidades (50), la Comisión Europea publicó en diciembre de 2001 un Libro Verde (51) sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. El Libro Verde es un documento abierto que invita a todos los medios interesados (parlamentos, autoridades públicas comunitarias y nacionales, profesiones vinculadas al proceso penal, universitarios, organizaciones no gubernamentales interesadas, etc.) a participar en el debate y a formular sus posiciones al respecto. La finalidad del Libro Verde es ampliar y profundizar en el debate sobre las modalidades técnicas y la viabilidad de la propuesta de la Comisión Europea en la Conferencia Intergubernamental de Niza. Es decir, la legitimidad y las razones de creación del Fiscal Europeo son premisas previas al Libro Verde, ampliamente desarrolladas en la propuesta de la Comisión Europea de 2000. La Comisión Europea considera un espacio común de investigaciones y actuaciones judiciales, en materia de protección de los intereses financieros comunes debe en efecto corresponder una protección común. Todo el mundo podrá contestar a las preguntas del Libro Verde y en la primavera de 2002 la Comisión Europea organizará una audición pública al respecto. Después de la recolecta de toda la información de actores públicos y privados, la Comisión elaborará una propuesta legislativa con la idea de establecer la agenda de la Fiscalía Europea en la Conferencia Intergubernamental de 2004, con el fin de introducir la Fiscalía Europea en el Tratado de la Comunidad Europea. La Comisión Europea está convencida de que el actual Tratado CE, especialmente el art. 280 CE, no ofrece un fundamento jurídico para instaurar un espacio penal europeo que incluya un órgano judicial común como un fiscal. Por este motivo propone introducir en el Tratado CE el art. 280bis y elaborar en reglamentos comunitarios las modalidades técnicas de la Fiscalía Europea, como disposiciones relativas al estatuto y al funcionamiento.

### El libro Verde a la luz del tercer pilar

Muy importante es que la Comisión Europea tome en cuenta en el Libro Verde los avances realizados desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en materia de Justicia y Asuntos de Interior (JAI). El Tratado de Amsterdam prevé, entre los objetivos de la Unión Europea, su desarrollo "como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizado la libre circulación de personas juntamente con medidas adecuadas respecto a (...) la prevención y la lucha contra la delincuencia" (52). Los Jefes de Estado y de Gobierno se reunieron en 1999 en Tampere con una agenda exclusiva sobre la política en materia de JAI. El Consejo Europeo de Tampere ha hecho del principio de reconocimiento mutuo "la piedra angular de la cooperación judicial" en la Unión, precisando que debe "aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para

(50) COM (2000) 254.

(51) COM(2001) 715 final, cf. [http://europa.eu.int/comm/anti\\_fraud/livre\\_vert/document/en.htm](http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/livre_vert/document/en.htm)

(52) Art. 2 TUE.

obtener pruebas y embargar bienes que pueden ser trasladados con facilidad". Por otro lado, insistieron en la "libre circulación de las pruebas" en la Unión Europea. Por último, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron la necesidad de instalar una unidad de coordinación para la fiscalía en Europa, llamado Eurojust (53).

La Comisión Europea considera que su propuesta sobre la Fiscalía Europea no contradice el espíritu de Tampere, y completa los esfuerzos realizados en áreas del refuerzo de la cooperación judicial penal. Ambos contribuyen al "espacio de libertad, seguridad y justicia". La Comisión considera que uno de los principales vectores de la creación de un sistema de actuaciones judiciales en el ámbito de la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, manteniendo al mismo tiempo la función decisoria en el plano nacional, reside en el principio del reconocimiento mutuo de los actos jurisdiccionales entre los Estados miembros. Este principio supone la confianza mutua en los sistemas jurídicos nacionales y una base fundamental común. Supone asimismo no volver a recurrir a decisiones suplementarias de validación o exequátur.

El Libro Verde se inscribe, según la Comisión, en la dinámica del JAI, como por ejemplo de la Decisión marco del Consejo sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros (54). Por otro lado la Comisión Europea es consciente de la especificidad de la propuesta en relación con los objetivos del Consejo Europeo de Tampere. Sin competir con las iniciativas, *rationae materiae* más amplio en el tercer pilar, el Libro Verde les integra en el contexto comunitario del primer pilar, adaptándolas a las especificidades de la protección penal de los intereses financieros comunitarios. Así pues, subraya la Comisión Europea, si Eurojust está destinado, según las conclusiones de Tampere, a recibir atribuciones relativas a la cooperación judicial, en un ámbito de competencia muy amplia, el Fiscal Europeo será por su parte una instancia comunitaria, dotada de facultades propias para realizar actuaciones judiciales en el ámbito específico de la protección de los intereses financieros comunitarios. La Comisión Europea subraya también que el reconocimiento mutuo necesita normas mínimas comunes en el ámbito del derecho procesal penal (55). La propuesta de la Comisión va más allá por lo que se refiere a la fase preparatoria de los procesos referentes específicamente a los perjuicios de las finanzas comunitarias, para la que propone en parte una armonización procesal. Los actos del Fiscal Europeo —bajo el control del juez nacional, llamado juez de libertades, de quien habrá recibido el mandato— se reconocerán así en todos los Estados miembros como actos de una instancia común. Por este motivo la Comisión Europea utiliza el concepto "espacio común de investigación y actuaciones judiciales" en lugar de "espacio judicial europeo".

### El Libro Verde a la luz del Corpus Juris 2000

Conforme al Corpus Juris, la Comisión Europea propone una competencia material limitada a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad. Intereses financieros son aquí entendidos como incluyendo el IVA (56). Los otros intereses bási-

(53) Vede DECISION DEL CONSEJO, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DOCE 2002 L 63/1.

(54) Propuesta COM(2001) 522, aprobado en Diciembre 2001.

(55) Conclusión n 37 de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere.

(56) Importante visto que los Estados Miembros han obtenido que el IVA no esta incluido en los instrumentos del primer y del tercer pilar para la protección de los intereses financieros de la Comunidad.

camemente comunes, tales como la moneda única, la función pública europea, la marca comunitaria, son sólo mencionados como simples hipótesis. Esta claro que tanto el Corpus Juris como el Libro Verde prevén esta competencia material limitada con el objetivo de garantizar la viabilidad política del proyecto. Sin embargo, está claro que el modelo de la Fiscalía Europea pueda ser utilizado para proteger otros intereses comunes y que su competencia podría ser amplificada.

¿Qué derecho penal material tiene que aplicar la Fiscalía Europea? La Comisión opina que la creación de un espacio común de investigaciones y actuaciones judiciales en el ámbito particular de la protección de los intereses financieros de la Comunidad no exige una codificación de la parte general del derecho penal. Frente a las propuestas del Corpus Juris, la Comisión considera que una armonización en materia de la parte general deberá seguir siendo proporcional al objetivo particular de la protección penal de los intereses financieros comunitarios y que deberá modularse de forma variable. Por lo que se refiere a los tipos comunes la Comisión se inclina por un grado más elevado, correspondiente a una precisión igual o superior a la de su propuesta de directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad (57). Los tipos propuestos son una combinación del acervo comunitario o de la Unión, la propuesta de directiva y el Corpus Juris. En materia de sanciones comunes la Comisión opina que convendría ir más lejos en la armonización de las sanciones penales correspondientes a las infracciones definidas, en cumplimiento de los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y penas. El nivel máximo de las sanciones—tanto de las penas privativas de libertad como de las multas— deberá ser determinado por el legislador comunitario, teniendo en cuenta los resultados del debate más general sobre la armonización de las penas, actualmente en curso en el tercer pilar. En el Libro Verde la Comisión no propone sanciones concretas y se abstiene de entrar en la materia de circunstancias agravantes.

En materia de culpabilidad y de responsabilidad (penal) de las personas (jurídicas), la Comisión toma su distancia hacia las propuestas en el Corpus Juris (art. 9 a 13), considerando que el acervo y el grado de armonización sugerido por la Comisión en la propuesta directiva es suficiente. Es decir la Comisión no quiere imponer la responsabilidad penal de la persona jurídica y se limita a una responsabilidad penal o administrativa. Por otro lado a los jefes de empresa o dirigentes de hecho o de derecho sí toca responsabilidad penal con arreglo a los principios definidos en el derecho interno. En materia de prescripción la Comisión señala su preferencia por una definición común a escala comunitaria de la duración de las prescripciones por lo que se refiere a las inculpaciones que son competencia de la Fiscalía Europea, pero absteniéndose de definir la duración del plazo en general o por tipo.

En materia de procedimiento el modelo propuesto sigue en grandes líneas el del Corpus Juris.

En relación con las medidas de investigación, es obvio, según la Comisión, que la Fiscalía Europea no podría funcionar si tuviera que recurrir a medidas coercitivas definidas únicamente al nivel nacional y sin reconocimiento mutuo. En tal caso, no se superaría la compartimentación vinculada a la existencia de la comisión rogatoria internacional y la extradición. La solidez del espacio común de investigación y actuaciones judiciales se vería considerablemente reducida. Por otro lado la Comisión Europea quiere evitar

(57) COM (2001) 272.

una codificación penal europea. Por este motivo la Comisión combina en el Libro Verde la noción del espacio común de investigación con el concepto de reconocimiento mutuo.

De hecho en el Libro Verde hay tres tipos diferentes de medidas de investigación. Hay, en primer lugar, medidas de investigación a discreción de la Fiscalía Europea, como la obtención o incautación de información, la audiencia o el interrogatorio de personas, etc. Son medidas de investigación que no requieren el ejercicio de ningún poder coercitivo y tienen el mismo alcance jurídico en todo el espacio común de investigaciones y actuaciones judiciales. Por este motivo estas medidas de investigación son indicadas como comunitarias. La segunda categoría de medidas de investigación consiste en medidas sujetas al control del juez de libertades, como comparencia forzosa, registro domiciliario, incautación, embargo, interceptación de las comunicaciones, investigaciones encubiertas, entregas controladas o vigiladas, etc. El derecho nacional aplicable en la fase de autorización será el del Estado miembro del juez de libertades, y en la fase de ejecución, el del Estado miembro de lugar de ejecución del acto de investigación, suponiendo que se trata de un Estado miembro diferente. Entre los Estados miembros deberá existir el reconocimiento mutuo de la autorización y la admisibilidad mutua de las pruebas obtenidas legalmente sobre esta base. La Comisión es consciente que el reconocimiento mutuo requiere cierta armonización de las medidas coercitivas. Tiene que existir por ejemplo en cada Estado miembro la entrega vigilada. El reconocimiento mutuo se aplicará a las formas, no al principio, de control por el juez nacional de libertades. Si el derecho nacional de un Estado miembro exige una autorización del juez para el registro de una empresa, la Fiscalía Europea no podrá prescindir de la autorización evocando el reconocimiento mutuo del derecho de un Estado miembro sin necesidad de autorización. Este ejemplo ilustra que la introducción del principio de reconocimiento mutuo en las medidas de investigación importa a la vez las diferencias de los derechos nacionales. ¿Cuántas diferencias puede soportar un espacio común de investigaciones y cuál es el grado de complejidad del sistema?

En tercer lugar hay medidas de investigación expedidas por el juez de libertad, a petición de la Fiscalía Europea, siendo las medidas de investigación restrictivas o privativas de libertad, como especialmente el mandamiento de detención. Aquí la Comisión Europea refiere directamente a la Decisión marco del Consejo sobre la orden de detención europea (58). La Fiscalía Europea sería competente para solicitar a las autoridades nacionales competentes una orden de detención, en las condiciones previstas mutatis mutandis por el dispositivo sobre la orden de detención europea.

Los criterios de elección de jurisdicción en un sistema de espacio común de investigaciones pero con juzgamiento nacional son delicados. Por este motivo el Corpus Juris 2000 había introducido en el art. 28 (1d) un recurso para el acusado contra la selección del forum. En el Libro Verde se ve una opinión muy escéptica de parte de la Comisión al respecto. En un espacio común de investigación, con una base común de derechos fundamentales y aplicando el principio de reconocimiento mutuo, la Comisión ve poca necesidad de un recurso propio y teme que el recurso va ser utilizado de parte de la defensa con fines dilatorios.

En materia de admisibilidad de las pruebas, la Comisión Europea no opta por una armonización amplia o unificación. También aquí introduce el concepto de *Tampere*:

(58) COM (2001) 522.

reconocimiento mutuo automático de las pruebas, a condición de que se hayan obtenido legalmente en el Estado miembro donde se encuentran. Sobre la exclusión de pruebas puede decidir solamente el juez que ejerce la función de control de apertura del juicio (juez de la fase de instrucción o juez competente en cuanto al fondo, según los Estados miembros), que deberá aplicar las normas legales del Estado miembro donde se hayan obtenido las pruebas. La Comisión opta también por la admisibilidad obligatoria en el juicio penal de pruebas obtenidas en el marco de una investigación administrativa, siempre que se hayan obtenido sin atentar contra los derechos fundamentales.

#### Libro Verde, Eurojust (59) y OLAF

Interesante es que se articulan en el Libro Verde las relaciones con los actores de cooperación penal instituidos en el marco de la UE. En primer lugar es necesario tener en cuenta que se ha previsto la creación de Eurojust en las conclusiones del Consejo de Europa de Tampere y en el Tratado de Niza. A partir de marzo de 2001 entró en funciones la unidad provisional (Pro Eurojust) (60). Delegados de las Fiscalías nacionales se reunieron en Bruselas en el marco del Consejo de Ministros para coordinar investigaciones penales y comisiones rogatorias internacionales. A partir del inicio de marzo de 2002 Pro Eurojust fue remplazado por Eurojust (61). Eurojust tiene como objetivo:

"a/fomentar y mejorar la coordinación, entre las autoridades competentes de los Estados miembros, de las investigaciones y de las actuaciones judiciales en los Estados miembros (...);

b/mejorar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, en particular facilitando la ejecución de la asistencia judicial internacional y de las solicitudes de extradición;

c/apoyar en general a las autoridades competentes de los Estados miembros para dar mayor eficacia a sus investigaciones" (62).

Estas competencias pueden ser cualificadas como no operacionales. Sin embargo es importante que Eurojust, actuando colegiadamente o a través de sus miembros nacionales (63), pueda "solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados:

i) que lleven a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos;

(59) DECISION DEL CONSEJO, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DOCE 2002, L 63/1.

(60) DOL 324, de 21.12.2000.

(61) Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, por lo que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DOCE, 2002 L 63/1.

(62) Art. 3 (1).

(63) Respectivamente Art. 7 y 6. En el caso de Art. 7 la competencia se limita a los tipos de delincuencia previsto en el Art. 4, siendo la lista de competencia de Europol, delincuencia informática, fraude y corrupción, el blanqueo de los productos del delito, los delitos contra el medio ambiente, la participación en una organización delictiva y todas las infracciones conexas a todos los delitos mencionados.

ii) que reconozcan que uno de ellos puede estar en mejores condiciones para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos;

iii) que lleven a cabo una coordinación entre las autoridades competentes de los Estados miembros afectados;

iv) que creen un equipo conjunto de investigación de conformidad con los instrumentos de cooperación pertinentes;

v) que faciliten cuanta información sea necesaria para que Eurojust desempeñe sus funciones" (64).

La Comisión Europea ve las funciones de la Fiscalía Europea y Eurojust como complementarias. La creación de la Fiscalía Europea permitirá conservar la competencia de Eurojust, también en materia de delincuencia organizada financiera, siempre que se prevea la competencia prioritaria de la Fiscalía Europea en materia de protección de los intereses financieros comunitarios. En la práctica tendrá que establecerse una cooperación activa, incluyendo intercambio de información, en el caso de asuntos que afectan a intereses de la Comunidad (primer pilar) e intereses de la Unión (tercer pilar).

En relación con Europol, la Comisión Europea subraya la importancia de intercambio recíproco entre la Fiscalía Europea y Europol. La Comisión Europea no quiere y no puede prejuzgarse todavía sobre el papel exacto—competencias operativas o no— que corresponderá a Europol.

Es obvio que la creación de la Fiscalía Europea pueda tener una clara incidencia en la función actual de la OLAF. La Comisión no ofrece opciones definitivas al respecto y quiere en todo caso esperar hasta la evaluación de las nuevas competencias de control interno en las Instituciones Comunitarias (65). Sin embargo, la Comisión plantea dos preguntas sugestivas: "En primer lugar, conviene preguntarse por la posibilidad de asignar a la OLAF poderes de investigación judicial dentro de las instituciones, órganos y organismos europeos, pues la creación de un Fiscal Europeo con la garantía de un juez nacional de libertades o de una Sala especial del Tribunal de Justicia permitirá realizar un control judicial de la Oficina. En este contexto, será necesario examinar si la dualidad funcional de la OLAF (que actualmente es un servicio de la Comisión que goza de independencia en cuanto a la función de investigación) deberá mantenerse o si, por el contrario, no convendría independizar totalmente de la Comisión una parte de la Oficina" (66).

## V. Conclusiones

La creación de un espacio policial europeo en la Unión Europea es una tarea difícil. Si entiende que los Estados Miembros tengan miedo de perder soberanía en materia de "ius puniendi" y que las reformas se limiten a pequeños pasos. Sin embargo, la clásica

(64) Art. 7 (a).

(65) Reglamentos 1073/99 y 1074/99. Cf. VERVAELE, J.A.E. Hacia una agencia europea independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea? *Revisita del Poder Judicial*, 1999, 11-34.

(66) Libro Verde, 7.3.2.



cooperación judicial en materia penal no puede sobrevivir en un modelo de tal integración como el modelo de la Unión Europea. Por este motivo es posible imaginarse que se ejecuten progresivamente elementos del Corpus Juris. Una posibilidad consistiría en evaluar el sistema sobre la base de los asuntos penales relativos al fraude y a la corrupción cometidos por los funcionarios de la UE. Sea como sea, se debe decidir un lugar explícito del MPE en el Tratado. Me parece ideal retomar dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, disposiciones relativas al espacio judicial europeo, el MPE y los jueces de libertades (o una cámara preliminar europea). Determinar si estos temas deben ser insertados en el primer o el tercer pilar constituye un problema espinoso y sensible (67). De todos modos, es importante que el MPE revista una combatividad y sea completamente independiente de los ejecutivos europeos y nacionales, de manera que tenga el poder de hacer valer su rol de magistrado sobre el plan europeo y en concordancia con la tradición de las libertades públicas en Europa. Los contornos del Eurojust (confr. supra) no pueden, en todo caso, referirse ni a una organización operacional, ni a una organización necesariamente independiente.

La necesidad de una reforma es real (68), no solamente en razón de los problemas actuales, sino también en vista del futuro inmediato. El espacio europeo requiere una protección penal de bienes jurídicos traspasando la noción de Estado-nación y su *ius puniendi*, para proteger:

- Los bienes jurídicos de la propia UE : los intereses financieros de la UE, la moneda única (el euro), los fraudes y la corrupción interna en el seno de las instituciones de la UE.

- Los bienes jurídicos relativos a los aspectos transnacionales del mercado interno, la unión aduanera y las políticas comunes vinculadas a la competencia, medio ambiente, alimentación, seguridad, etc.

- Los bienes jurídicos puestos en peligro por la criminalidad transnacional

Además, la redefinición del territorio (mercado interno, unión aduanera) y la creciente integración del Estado-nación en este territorio necesitan de competencias en materia de investigación y del procedimiento, que sean capaces de garantizar los bienes jurídicos en el espacio común. Las reglas de competencia de la Fiscalía y de la Judicatura tienen que ser redefinidas a la luz de las necesidades urgentes. Las negociaciones alrededor de la propuesta para el mandamiento europeo de detención (69) muestran la dificultad en combinar reconocimiento mutuo, armonización en materia procesal penal y garantías al nivel Europeo. Por otro lado: ¿Cuánto tiempo tendrá que esperar el ciudadano para ver aparecer en Europa una lucha penal efectiva contra el tráfico de seres humanos, la gran criminalidad económica y financiera, la contaminación grave

(67) VERVAELE, J.A.E., "La aplicación efectiva y salvaguardia del derecho comunitario en los pilares primero y tercero del Tratado de la Unión Europea: una separación de bienes?", Revista Vasca de Administración Pública, 1996, 239-258.

(68) Conf. al respecto el "Dictamen de información dispuesto por la delegación de la Asamblea Nacional para la Unión Europea sobre la lucha contra el fraude dentro de la UE", Paris, 22 junio 2000.

(69) Proposal for a Council framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, website www.consilium.eu.int

del medio ambiente por parte de gigantes navieros, el tráfico fraudulento de la alimentación de animales? ¿Comprenderá el ciudadano que en caso de falsificación del euro, la Unión Europea y los Estados Miembros no han logrado elaborar un esquema adecuado para proteger la moneda, tanto al interior de la Unión como fuera de la Unión? ¿Los políticos nacionales van a seguir reclamando que la falta de brújula verdadera corresponde a Bruselas y van a seguir proclamando su inocencia?

## VI. Bibliografía

Derecho penal europeo.

Bernardi, A., "Principii di diritto e diritto penale europeo", Annali dell'Universiti di Ferrara, Sezione V, Scienze Giuridiche, volume 11, 1988.

Bernardi, A., "Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive", Annali dell'Universiti di Ferrara, Sezione V, Scienze Giuridiche, Saggi 111, 1996.

Bernasconi, P., "Rogatorie Penali Italo-Svizzere. La nuova legislazione svizzera e il segreto bancario", Giuffrè, 1997.

Böse, M., "Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht", Carl Heymans Verlag, 1996

Fimiani, P., "La tutela penale delle finanze comunitarie. Profili sostanziali e processuali", Giuffrè, 1999.

Grasso, G., "Comunità Europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri", Giuffrè, 1989. Hay versión castellana: Grasso, "Comunidades Europeas y Derecho Penal", trad. de García Rivas, Cuenca, Univ. de Castilla la Mancha, 1993.

Grasso, G., "Prospettive di un diritto penale europeo", Giuffrè, 1998.

Guttry A. de & Pagani, F., "La cooperazione tra gli stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio", Cedam, 1995.

Jokisch, J., "Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren", Duncker & Humboldt, 1999.

Nieto, Martín A., "Fraudes comunitarios. Derecho Penal Económico Europeo", Praxis, 1996.

Picotti, L., "Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea", Giuffrè, 1999.

Pradel J. & Corstens, G., Droit pénal européen, Dalloz, 1999.

Riz, R., "Diritto penale e diritto comunitario", Cedam, 1984.

Valentini C., "L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere", Cedam, 1998.

Vervaele J.A.E., "Fraud against the Community. The Need for European Fraud Legislation", Kluwer, 1992.



Vervaele, J.A.E., "La lutte contre la fraude a la TVA dans l'Union Europeene", Maklu-Bruylant, 1996.

Vervaele, J.A.E., "Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands", Kluwer, 1994.

Vervaele, J.A.E., "Compliance and Enforcement of European Community Law", Kluwer, 1999.

Vervaele, J.A.E., "Transnational Enforcement of the Financial Interests of the European Union. Developments in the Treaty of Amsterdam and the Corpus Juris", Intersentia, 1999.

Vervaele J.A.E. & Klip, A., "European Cooperation between Tax", Customs and Judicial Authorities, Kluwer Law International, 2002.

### Corpus Juris

Angelis F. de & Sicurella, R., "Vers un espace judiciaire européen? Un Corpus Juris portant des dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne", p. 298, Revue du Marche Unique Européen, 1997.

Bacigalupo, "Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea", Ed. Colex, Madrid, 1998.

Bell, E., "A European DPP to Prosecute Euro-Fraud?", ps. 154-168, Criminal Law Review, 2000.

Delmas-Marty, M., "The European Union and Penal Law", p. 87-155, European Law Journal, 1988.

Delmas - Marty, M. (ed.), "Corpus Juris, introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union", Economica, Paris, 1997.

Verso un spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, Giuffrè, 1997.

Delmas-Marty, M. & Vervaele, J.A.E., (eds.), "The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union", v. I - Synthesis, Intersentia, Antwerp-Groningen- Boston, 2000. (contiene el Corpus Juris 2000, el síntesis final e los síntesis del derecho comparado).

Delmas-Marty, M. & Vervaele, J.A.E. (eds.), "The Implementation of the Corpus Juris in the Member States, Intersentia, Antwerp-Groningen-Boston", 2000, v. II - III (contiene las contribuciones del derecho nacional).

Delmas-Marty, M., "Guest editorial: combatting fraud - necessity, legitimacy and feasibility of the Corpus Juris", 247-256, Common Market Law Review, 2000.

Delmas-Marty, M. & Vervaele J.A.E., (eds), "The Implementation of the Corpus Juris in the Member States, Intersentia, Antwerp-Groningen-Boston, 2001, v. IV (contiene contribuciones específicas sobre la cooperación administrativa y penal, tanto horizontal como vertical).

Fourgoux, J. C., Un espace judiciaire contre la fraude communautaire: un corpus juris entre fête et réalité, 348- 350, Recueil Dalloz, 1997.

Huber, B., "Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrecht", MPI, 1999.

Spencer, J.R., "The Corpus Juris Project and the fight against budgetary fraud", Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Hart, 1999.

Vervaele, J.A.E., "Hacia una agencia europea independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea?", p. 11-34, Revista del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Vervaele, J.A.E., "Regulación comunitaria y aplicación operacional de los poderes de investigación, obtención y utilización de pruebas en relación a la infracción de intereses financieros de la Comunidad Europea", p. 307-347, Revista Vasca de Administración Pública, 1998.

White, S., "Protection of the Financial Interests of the European Communities: The fight against fraud and corruption", Kluwer Law International, 1998.

White, S., "EC Criminal Law: Prospects for the Corpus Juris", Journal of financial Crime, volume 5/3, 1998. E. Bell, Criminal Law Review. ■