

LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO: TENDENCIAS ACTUALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI

SUMARIO: I. *Consideraciones previas*. II. *La regulación del proceso penal por las instituciones europeas: la progresiva asunción de competencias normativas por parte de las instituciones comunitarias en materia penal y procesal penal*. III. *El principio del reconocimiento mutuo como criterio inspirador de la producción normativa en el «espacio europeo de libertad, seguridad y justicia»*. IV. *Balance de resultados y perspectiva de actuación normativa futura*. V. *A modo de conclusión: acerca de una noción de derecho procesal penal europeo*.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

A nadie escapa que uno de los principales problemas que afectan a las sociedades democráticas contemporáneas sea el fenómeno de la delincuencia organizada, que cada vez con mayor frecuencia cobra una dimensión transfronteriza. Combatirlo constituye un importante desafío para los Estados, no sólo por la gravedad de las infracciones cometidas, sino también por la desventaja con que cuentan las autoridades públicas para hacer efectiva la persecución transnacional del delito. Los delincuentes aprovechan las fronteras jurídicas para tratar de sustraerse de la acción de la justicia de muy diversas maneras, v.g., colocándose a sí mismos fuera del alcance del Estado donde se delinquiró —tanto para evitar

* El presente trabajo se encuadra dentro del proyecto de investigación “Instrumentos para la cooperación judicial penal en la Unión Europea” (SEJ2004-06192/JURI), financiado por el Ministerio español de Educación y Ciencia.

su procesamiento como la ejecución de la condena impuesta—, desplazando al extranjero los productos del delito u ocultando en otro país las pruebas relevantes en que podría fundarse su eventual condena.

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

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

En el marco geográfico europeo, la confección de convenios en materia de cooperación judicial penal ha sido tradicionalmente fruto de la actividad normativa del Consejo de Europa que, como es bien sabido, es una organización internacional que se encuentra al margen de las que en términos generales se conocen como “instituciones europeas”, “instituciones comunitarias” o “Unión Europea”. Estas últimas —es decir, las instituciones comunitarias—, en el momento de su nacimiento, no asumieron competencia ni cometido alguno en esta materia. En el presente, sin embargo, la situación ha experimentado un giro absoluto, una vez que se ha aceptado la necesidad de configurar la Unión Europea como un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta necesidad es, en el marco de la Unión Europea, más patente a medida que se amplía la integración económica y

social dentro de sus límites geográficos. La libre circulación de personas, capitales, mercancías y servicios es aprovechada al máximo por los delincuentes, que pretenden también beneficiarse de la subsistencia de las fronteras en lo que atañe a los sistemas judiciales y de persecución penal.

Por ello, el combate contra la delincuencia se ha convertido también en uno de los objetivos políticos de las instituciones europeas que han asumido ciertas competencias normativas en materia penal y procesal penal y que, en los últimos años, las están empezando a ejercitar de manera bastante activa. Está comenzando así a fraguarse un bloque normativo europeo que se proyecta sobre el derecho penal sustantivo —de forma aún tímida— y sobre el proceso penal —de manera mucho más decidida—. De este modo, y con el “pretexto” de reforzar la cooperación judicial y policial en la persecución del delito, se está creando el embrión de un verdadero derecho procesal penal europeo, tal y como pondremos de manifiesto a través de las páginas que siguen.

El estudio de esta materia no pasa solamente por enfrentarse a las cuestiones que pueda suscitar el contenido de las normas aprobadas en el seno de la Unión Europea, sino que también resulta preciso abordar problemas previos que afectan a los principios en que se apoyan los preceptos de origen europeo y a la propia técnica normativa utilizada para su construcción.

Debemos, por ello, comenzar analizando el modo en que la Unión Europea ha asumido competencias normativas en este sector, y cómo, tras un largo periodo de desinterés, se ha adentrado en una década de actividad normativa intensa (apartado 2).

Tras ello, se examinarán en el apartado 3 las técnicas normativas empleadas a la hora de legislar en materia procesal penal, en especial la evolución que se ha operado tras la consagración del principio del reconocimiento mutuo como “piedra angular” sobre la que construir el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Se ha buscado, con ello, dejar de lado los criterios y las reglas tradicionales de cooperación propios de la asistencia judicial internacional, sustituyéndolos paulatinamente por otros nuevos que buscan un mayor grado de automatismo, que ponen el acento en la efectividad y en la rapidez, pero que precisamente por ello no dejan de suscitar problemas, tanto de carácter práctico como también de sistema o de concepción.

Finalmente, trataremos de esbozar en el apartado 4 el panorama de lo que hoy en día es el resultado de la actividad legislativa europea en materia procesal penal, así como las principales iniciativas que están en curso.

II. LA REGULACIÓN DEL PROCESO PENAL
POR LAS INSTITUCIONES EUROPEAS: LA PROGRESIVA
ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS
POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS
EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL

Según se acaba de anunciar, el estudio de la construcción de un derecho procesal penal europeo, entendido como conjunto normativo que regula cuestiones relativas al proceso penal y que se caracteriza por su procedencia de fuentes normativas europeas, debe iniciarse explicando de qué manera las instituciones europeas han llegado a estar dotadas de competencias para la producción normativa sobre un sector tan vinculado a la soberanía nacional como es el que integran el derecho y el proceso penal. Es necesario, por tanto, dar cuenta —aunque sea de forma somera— de la evolución que ha conducido a la asunción de nuevas competencias normativas por parte de las instituciones de la Unión Europea en materia de justicia, así como a su extensión a diversos ámbitos propios de la materia procesal penal.

1. *Evolución*

En el momento de su creación en 1957, y durante un primer —y prolongado— periodo, las instituciones comunitarias carecieron de competencias normativas en materia procesal. Reforzar la cooperación entre autoridades judiciales, tanto en materia civil como penal, o permitir la libre circulación de resoluciones judiciales no eran objetivos que se hallaran en un primer plano al fundar las comunidades europeas. La cooperación judicial entre los Estados comunitarios había de articularse, por lo tanto, a través de tratados o convenios, que no constituían en sentido propio normas comunitarias y que, de hecho, en el ámbito penal, solían resultar relativamente ajenos a una Comunidad Europea volcada casi exclusivamente en su dimensión económica.¹ Así se explica, por otra parte,

¹ La situación, en cambio, fue desde el principio diferente en materia procesal civil y de cooperación judicial civil, aunque las comunidades europeas carecían de competencias sobre esta materia, en este ámbito la celebración de convenios sí que era fomentada por las instituciones europeas, como ponía de relieve lo dispuesto en el artículo 220 TCEE, en su versión inicial. Este precepto, de hecho, fue la base para la celebración del Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones ju-

que la gran mayoría de los textos de ámbito europeo en materia de cooperación penal hayan tenido su origen en el Consejo de Europa, una institución mucho más preocupada desde su fundación por la protección de los derechos y libertades fundamentales. En este sentido, el texto fundamental que durante décadas ha regido las relaciones de cooperación penal entre autoridades judiciales en Europa ha sido el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo en 1959, aprobado en el ámbito del Consejo de Europa.

Esta situación de relativa indiferencia oficial de las instituciones comunitarias europeas hacia el sector de la cooperación penal se mantuvo formalmente hasta la aprobación del Tratado de la Unión Europea, en 1992. No obstante, se pudo apreciar un notable cambio de tendencia en 1985, con la aprobación del Acuerdo de Schengen y, sobre todo, en 1990, con la adopción del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen y la progresiva adhesión a este segundo Convenio de numerosos Estados comunitarios.

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

- Un primer pilar, integrado por la Comunidad Europea y por sus instituciones, con un ámbito de competencias y unos esquemas de funcionamiento regidos por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) procedente de 1957. Sobre las materias propias del primer pilar se produce una acción normativa de las instituciones comunitarias, que se plasma sobre todo en reglamentos (de eficacia directa) y en directivas (que establecen una obligación de resultado, a través de una trasposición de su contenido en el ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembros).
- Un segundo pilar, integrado por la política exterior y de seguridad común: son materias sobre las que las competencias no se atribuyen de forma directa a las instituciones propias de la Comunidad

diciales en materia civil y mercantil, que ha sido el auténtico germen de los posteriores instrumentos comunitarios en materia procesal civil —sector en el que la evolución normativa ha sido superior a la experimentada en el ámbito penal—.

Europea, sino a la Unión Europea en cuanto tal, y en las que las formas de actuación se rigen también con arreglo a criterios y procedimientos diferentes, aunque con un claro apoyo en las instituciones comunitarias preexistentes.

- Un tercer pilar, por último, consistente en la “cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior”, sector éste al que pertenece, entre otras materias, la cooperación judicial en materia penal. También en este punto la existencia de un pilar diferenciado pone de relieve que se trata de cuestiones que no forman parte del ámbito de competencias y de actividad ordinaria de la Comunidad Europea, sino de la Unión; pero lo anterior no es óbice para que la acción de la Unión se sirva también de las instituciones comunitarias.

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

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

Estos cambios se traducen en la nueva redacción que el Tratado de Ámsterdam otorga al TUE y al TCE. Como consecuencia del cambio competencial descrito, la regulación de la cooperación judicial en materia civil sale del “tercer pilar” (del TUE) y se incorpora al TCE, en concreto a su artículo 61, inciso c,) y, *sobre todo, a su artículo 65; ambos incluidos dentro del Título IV —visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas—, de la Tercera Parte —Políticas de la Comunidad— del TCE.*

Aunque el núcleo primordial de la materia penal se mantiene dentro del tercer pilar y, por tanto, en el TUE (ahora en los reenumerados artículos 29 a 42, que llevan por rúbrica “cooperación policial y judicial en materia penal”), también se producen cambios de gran importancia sobre este sector. Así, antes que nada, se detalla y se amplía el elenco de las materias relacionadas con el derecho y con el proceso penal, respecto de las cuales se proclama el interés de las instituciones europeas. Pero, sobre todo, lo más relevante desde esta perspectiva es la creación de un instrumento normativo nuevo para abordar la regulación de los asuntos que incumben a la Unión Europea en este sector: se trata de la decisión marco que se suma a los ya existentes, y que se ha revelado como el acto jurídico básico para la regulación de esta materia en lo sucesivo.

Junto a ello, la otra gran aportación del Tratado de Ámsterdam en materia de justicia penal es la “comunitarización” del llamado “acervo de Schengen”.

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

El 19 de junio de 1990 los mismos Estados celebraron un segundo convenio, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), que desarrolla y amplía el anterior de forma muy considerable. Por lo que ahora interesa, se contiene en él un Título III sobre Policía y Seguridad: el Capítulo I, sobre cooperación policial (artículos 39 a 47) regula figuras como la vigilancia policial transfronteriza o las persecuciones policiales transfronterizas en casos de flagrancia y urgencia; el Capítulo II se dedica a la asistencia judicial en materia penal (artículos 48 a 53); el Capítulo III contiene una normativa claramente innovadora sobre aplicación del principio *non bis in idem* en su dimensión transnacional (artículos 54 a 58); el Capítulo IV regula la extradición (artículos 59 a 66); y el Capítulo V contempla la transmisión de la ejecución de sentencias penales (artículos 67 a 69).²

Aprobado el CAAS, se fue produciendo la sucesiva adhesión a él de diversos Estados comunitarios (Italia, España, Portugal, Grecia, Austria, Dinamarca, Finlandia y Suecia); además, el propio entramado institucional creado por el Acuerdo y el Convenio de Aplicación fue produciendo un bloque normativo de cierta envergadura (a través de decisiones y declaraciones del Comité Ejecutivo, así como de decisiones del Grupo Central). Pero debe insistirse en que tanto los convenios iniciales como las normas de desarrollo constituían un bloque normativo formalmente ajeno a la actividad de la Unión y de la Comunidad Europea —que, de hecho, no afectaba a todos los Estados miembros—.

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

² En general, sobre estas cuestiones, en lengua española, *cfr.* Moreno Catena y Castillo-Manzanares, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999.

La última gran reforma institucional aprobada en el ámbito de la Unión Europea hasta la fecha ha sido el Tratado de Niza (aprobado el 26 de febrero de 2001, y en vigor a partir del 1o. de febrero de 2003), que introdujo como única novedad la extensión del procedimiento de codecisión para la elaboración de las normas europeas en materia de cooperación judicial, aunque siempre dentro del primer pilar. Se aspira con ello a corregir el déficit democrático preexistente en el procedimiento de producción normativa, de modo que, además del Consejo, habrá de participar el Parlamento Europeo.

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

— En primer lugar, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior aprobó el 3 de diciembre de 1998 el llamado “Plan de acción de Viena”,³ que incluye un conjunto de medidas que habrían de adoptarse en relación con la cooperación judicial en materia penal.

— El siguiente hito tuvo una especial trascendencia. Los días 15 y 16 de octubre de 1999 el Consejo Europeo celebró una sesión especial en Tampere para dar un impulso definitivo a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando al máximo las posibilidades ofrecidas por el Tratado de Ámsterdam. Las conclusiones de la Presidencia

³ Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, DOUE C 19, de 23 del enero de 1999, pp. 1-15.

del Consejo de Tampere⁴ han asentado las bases del posterior desarrollo de los instrumentos normativos europeos en materia de cooperación judicial penal, y lo han hecho sobre el principio de reconocimiento mutuo, erigido en piedra angular del sistema.

— A partir de aquí, se han sucedido diversos programas de actuación, en los que se han concretado los planes de las instituciones europeas de cara al impulso de acciones normativas sobre sectores concretos. El más reciente es el programa plurianual 2005-2010 para fijar los nuevos objetivos en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, y que recibe el nombre de “Programa de La Haya”:⁵ en materia penal, se insiste en la necesidad de avanzar en la aplicación de las medidas relativas al reconocimiento mutuo y en la conveniencia de aproximar las legislaciones, tanto en el plano sustantivo como a través de la elaboración de normas mínimas para determinados aspectos del derecho procesal.

Dado que las disposiciones del Programa de La Haya resultan muy genéricas, han sido objeto de concreción en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea.⁶ También resulta de interés, en este contexto de lo programático, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros, del 19 de mayo de 2005.⁷

2. Los actuales instrumentos normativos y las previsiones para el futuro

La evolución descrita en el ámbito competencial de las instituciones europeas y en relación con las técnicas de actuación normativa ha conducido a que, en el momento presente, la mayor parte de las materias direc-

⁴ Se pueden consultar en www.europarl.eu.int/summits/tam_es.htm (en relación con el ámbito procesal penal deben tenerse en cuenta sobre todo las conclusiones 32, 33, 35, 36 y 37).

⁵ DOUE C 53, del 3 de marzo de 2005, pp. 1-14.

⁶ DOUE C 198, del 12 de agosto de 2005, pp. 1-22.

⁷ Documento COM (2005) 195 final.

tamente vinculadas con el proceso penal y la cooperación judicial penal se encuentren en el ámbito del tercer pilar de la Unión Europea. Esto significa, en virtud del artículo 34.2 TUE, que la acción normativa encaminada a la consecución de los objetivos de la Unión al respecto está encomendada al Consejo (es decir, al órgano en que están representados los gobiernos nacionales), que actuará siempre por unanimidad, sea a iniciativa de la Comisión o de cualquier Estado miembro. Los instrumentos de que dispondrá para ello son cuatro:

1) La adopción de posiciones comunes, a través de las cuales se define el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto.

2) La adopción de decisiones, que serán obligatorias y no tendrán efecto directo.

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

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

Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estará facultado para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, así como sobre la interpretación de los convenios celebrados en el ámbito del tercer pilar. Esta competencia, no obstante, sólo se ejercerá respecto de aquellos Estados que expresamente la hayan aceptado.

El impulso en la acción normativa de la Unión Europea en materia de cooperación penal, especialmente tras el Consejo de Tampere y los suce-

sivos planes de acción, es el origen, sobre todo, de las numerosas decisiones y decisiones marco que se han aprobado en los últimos años, así como de ciertos convenios de gran importancia.

Así, en el momento actual coexisten un régimen jurídico convencional y otro de naturaleza institucional en relación con la cooperación judicial en el ámbito penal. El régimen convencional tiene un carácter subsidiario, pero todavía muy amplio, y viene integrado por el bloque que forman el Convenio Europeo de 2000 (aplicable únicamente en el marco de la Unión Europea y en vigor desde el 23 de agosto de 2005), el CAAS (aplicable sólo en determinados Estados de la Unión Europea) y el Convenio Europeo de 1959 (de aplicación en el ámbito más amplio del Consejo de Europa). Aunque formalmente se trata de tres instrumentos distintos, con ámbitos diversos de aplicación, componen en buena medida un bloque único, pues el CAAS parte de la regulación del Convenio de 1959 y trata de mejorarlo, al tiempo que el Convenio de 2000 hace lo mismo con los precedentes.⁸ En cualquier caso, este bloque normativo constituye una manifestación de las estructuras clásicas de la cooperación judicial internacional, aunque aprovechando las ventajas que se derivan del mayor grado de cohesión interna existente en el ámbito regional de la Unión Europea.

Junto a ese régimen convencional, se va abriendo paso el sistema de regulación a través de decisiones marco elaboradas por las instituciones comunitarias, que van seguidas de las correspondientes legislaciones nacionales de desarrollo. Por el momento, estos instrumentos se están utilizando únicamente respecto de ciertas materias concretas y, de hecho, no están totalmente desvinculados de las normas de tipo convencional, pues resulta relativamente frecuente que las decisiones marco —y las normas internas que las integran en cada ordenamiento— se remitan para determinados aspectos a lo dispuesto en los convenios preexistentes.⁹

⁸ De hecho, el artículo 1.1 del Convenio Europeo de 2000 señala que su objeto es completar las disposiciones y facilitar la aplicación del Convenio de 1959 y del CAAS entre los Estados miembros de la Unión Europea. Sobre el particular, *cf.* Palomo del Arco, “Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII-2003, pp. 49-108.

⁹ Como veremos más adelante, así sucede, por ejemplo, con la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.

Por otra parte, también se ha de tener en cuenta que existen ciertas materias, ubicadas dentro del primer pilar, que se hallan estrechamente vinculadas con determinados aspectos del proceso penal: por eso, existen también reglamentos y directivas de relevancia para la construcción del derecho procesal penal europeo. Un ejemplo reciente lo ofrece la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones;¹⁰ y la finalidad de lo previsto en ella es garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro (artículo 1.1).

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

Lo más importante del texto constitucional es la unificación de regímenes jurídicos y la desaparición definitiva de la distinción entre “pilares” dentro de la Unión Europea: una vez en vigor el TCUE, todas las materias que entran en el ámbito competencial de la UE pasarían a regularse a través de los mismos instrumentos normativos, básicamente las leyes europeas y las leyes marco europeas, sin perjuicio de que, para la aprobación de esos instrumentos, deban seguirse procedimientos parcialmente diversos o puedan requerirse mayorías cualificadas o unanimidad en ciertos aspectos.

Según el artículo I-33 TCUE, la ley europea es un acto legislativo de alcance general, que será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (se trata, pues, de un equivalente de los actuales reglamentos comunitarios). Por su parte, la ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios (nos hallamos, así, ante un instrumento análogo a las actuales directivas

¹⁰ DOUE L 105 del 13 de abril de 2006, pp. 54-63.

—en el ámbito comunitario, es decir, del primer pilar— y a las decisiones marco —en el marco del tercer pilar—).

Según prevé el artículo I-34 TCUE, las leyes y leyes marco europeas serán adoptadas, como regla, a propuesta de la Comisión, conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo por el procedimiento legislativo ordinario, siendo imprescindible el acuerdo de ambas instituciones. No obstante, en casos específicos, serán adoptadas por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, o por éste con la participación del Parlamento Europeo, con arreglo a procedimientos legislativos especiales. Asimismo, en casos especiales, las leyes y leyes marco europeas podrán ser adoptadas por iniciativa de un grupo de Estados miembros o del Parlamento Europeo o a petición del Tribunal de Justicia.

En relación con la construcción de la Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia, el artículo I-42 TCUE señala expresamente que se utilizarán como instrumentos normativos las leyes y las leyes marco, estas segundas para aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. La opción por uno u otro instrumento se hallará en función de lo previsto en el capítulo dedicado a esta materia. También señala el artículo I-42 TCUE que la Unión fomentará la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros, basada en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como la cooperación operativa de las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados en la prevención y detección de infracciones penales.

En el procedimiento de creación de las normas encaminadas a hacer efectivas las competencias de la Unión, se establece expresamente que los Estados miembros dispondrán de derecho de iniciativa en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal. En concreto, según el artículo III-264, las leyes y leyes marco en materia de cooperación judicial penal y en materia de cooperación policial se adoptarán a propuesta de la Comisión o por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros.

En el contexto de las proclamaciones generales, el artículo III-257 TCUE proclama en su apartado 1 que la Unión Europea constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros; y en su apartado 3 señala que la Unión Europea se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante, entre otras,

medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.

Más en concreto, en relación con la cooperación judicial penal, el artículo III-270 TCUE proclama que se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, incluyendo la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en determinados ámbitos de actuación normativa.

Así, por medio de ley o de ley marco las instituciones europeas podrán establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones, y apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

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

- En el plano penal sustantivo, el artículo III—271 TCUE contempla la posibilidad de que una ley marco europea establezca normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Los ámbitos delictivos en cuestión son el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada (no obstante, dichos ámbitos podrán ampliarse por el Consejo, en función de la evolución de la delincuencia).
- En el plano procesal, podrán aprobarse leyes marco que establezcan normas mínimas, referidas a la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; a los derechos de las personas durante el procedimiento penal; a los derechos de las víctimas de los

delitos, y a otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión acordada por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. Esta creación de normas mínimas sólo será posible en la medida en que sea necesaria para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y para la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza (artículo III-270.2 TCUE).

En ambos supuestos, en el procedimiento de aprobación de las leyes marco se conceden ciertas posibilidades de interferencia a los Estados que consideren que el proyecto legal afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal

Como resulta notorio, el proceso de aprobación y entrada en vigor de la Constitución Europea se encuentra actualmente muy ralentizado, a consecuencia del resultado negativo de los referendos de ratificación en Francia y en los Países Bajos. No resulta posible, por tanto, predecir si llegará a entrar en vigor en su versión inicial y, en su caso, cuándo lo hará. Sí se puede apuntar, no obstante, que los avances que se han producido en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia en modo alguno han sido el objetivo de las críticas que han conducido a la actual tesitura.

Sea como fuere, el fracaso en la aprobación de la Constitución Europea impide la agilización en el proceso de adopción de normas en materia de cooperación judicial penal: la aprobación, hoy en día, de decisiones marco —el instrumento básico— requiere la unanimidad de los Estados, lo que convierte los procedimientos normativos en largos y excesivamente complejos, y es la causa, en gran medida, de que la construcción del espacio de justicia penal no sea más rápida; el procedimiento de aprobación de las leyes marco, según el TCUE, haría posible una mayor agilidad —al evitarse la unanimidad—, similar a la que existe ya para la aprobación de reglamentos y directivas en el contexto comunitario, del primer pilar.

Por eso, ante el fracaso en la aprobación del texto constitucional, se empieza a abogar desde determinados sectores por hacer uso de una facultad residual, coloquialmente conocida como “pasarela”, que está prevista en el artículo 42 TUE. Se trataría, en resumidas cuentas, de “comunitarizar” todas o algunas de las materias que integran el tercer pilar, de modo que se incorporasen al Tratado Constitutivo de la Comunidad Eu-

ropea y pudieran regularse en lo sucesivo por medio de reglamentos y directivas (con lo que se eludirían las exigencias de unanimidad que bloquean la acción normativa en el tercer pilar).

Ha de ponerse de relieve, no obstante, que la utilización de la “pasarela” resulta en sí misma muy compleja: es precisa una decisión unánime del Consejo, a iniciativa de la Comisión o de algún Estado miembro, previa consulta al Parlamento Europeo —nuevamente, pues, aparece el requisito de la unanimidad—.

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

III. EL PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO CRITERIO INSPIRADOR DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN EL “ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA”

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

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

- De un lado, están los instrumentos jurídicos que son exponentes de las técnicas de regulación propias de la asistencia judicial internacional entre Estados; son muestra de ello el Convenio Europeo

de 2000, el CAAS y el Convenio de 1959, así como el Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América.

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

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

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

- Así, se ha reforzado el sistema de comunicación directa entre autoridades judiciales para remitir las solicitudes de asistencia y devolver el resultado de las actuaciones practicadas en el Estado requerido: la exclusión de las autoridades centrales juega un papel importante a la hora de dotar de agilidad al sistema. Además, gra-

cias al contacto directo entre autoridades judiciales no resulta ya tan visible que se trata de una situación de asistencia entre Estados, sino más bien del terreno de la cooperación entre jueces de Estados distintos. También ayuda a este fin la utilización, en supuestos urgentes, de Interpol.

- Constituye también un avance que el Convenio de 2000 potencie la regla *forum regit actum* a la hora de regular el cumplimiento de la solicitud de asistencia judicial, frente a la regla más tradicional de que *locus regit actum*, se trata de salvar con ello las incompatibilidades de sistema y la posible inutilidad de actuaciones llevadas a cabo en el Estado requerido siguiendo su derecho interno (en sectores muy sensibles como la ilicitud probatoria).
- En tercer lugar, se debe señalar que el propio contenido del Convenio de 2000 representa en sí mismo un progreso, debido al grado de detalle que se ha logrado en la regulación que hace de varias de las actividades de auxilio que contempla, especialmente en relación con las diligencias de investigación. En efecto, cuanto más preciso sea el régimen de la asistencia, en mayor medida se diluyen las consecuencias negativas asociadas a este tipo de mecanismos de cooperación judicial internacional.

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

- Así, es habitual señalar que los cauces tradicionales de asistencia judicial internacional carecen de agilidad y eficacia, y que su cumplimiento suele ser costosa en términos de tiempo y esfuerzo; aunque las reglas convencionales establezcan la preferencia por la comunicación directa, en la práctica no siempre resulta posible y los procedimientos intermedios ante las autoridades centrales pueden requerir un tiempo que puede ser vital para la eficacia de una instrucción penal.
- También constituye un serio obstáculo para la eficacia de los sistemas el dato de que el régimen normativo aplicable no es siempre homogéneo y tampoco resulta siempre fácilmente determinable; debe contarse con el solapamiento y las constantes remisiones en-

tre convenios que tienen ámbitos de aplicación diversos; con las especialidades previstas para cada concreta materia (sobre todo cuando, tal vez, una misma comisión rogatoria habría de afectar a varias); con las diferencias en cuanto a la *lex loci* (cuyo margen de aplicación en el cumplimiento de las comisiones rogatorias será en todo caso elevado, por muchas que sean las concesiones a la *lex fori*); con el hecho de que no todos los Estados han ratificado todos los convenios, y, por supuesto, con las numerosas reservas que suelen acompañar a los convenios internacionales en materias tan sensibles como ésta.

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

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

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

La regulación de la cooperación judicial a través del reconocimiento mutuo parte de una premisa diferente a la tradicional. No se trata de que el Estado requirente solicite al Estado requerido que realice una actuación en apoyo de un proceso penal que está tramitando uno de sus órganos judiciales; de forma diversa, la autoridad judicial que está sustanciando un proceso penal en el Estado de origen dicta una resolución que será, por sí misma, directamente eficaz en los demás Estados de la Unión, de modo que su remisión por el tribunal emisor al tribunal del

Estado requerido hará nacer en éste, como regla, el deber de darle cumplimiento automático. Las tornas, por tanto, se invierten: no se trata de que sea precisa la actuación del tribunal requerido para considerar vinculante la petición del tribunal requirente, sino que la resolución del tribunal requirente habrá de ser tratada por el tribunal requerido como si la hubiera dictado él mismo u otro tribunal de su mismo Estado, de modo que lo excepcional será la denegación del cumplimiento.¹¹

Este mecanismo del reconocimiento mutuo no es una creación original pensada exclusivamente para ser aplicada al ámbito de la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Antes bien, se ha fraguado en el ámbito de la circulación de mercancías en sectores no sujetos a armonización y, más en concreto, con ocasión de la sentencia dictada por el TJCE el 20 de febrero de 1979 en el asunto *Cassis de Dijon*: las autoridades de un Estado no pueden poner barreras a la entrada en su mercado de productos elaborados en otro Estado con el único argumento de que el proceso de producción es distinto al usado dentro de sus fronteras, en ámbitos en los que la normativa comunitaria no ha establecido normas comunes que armonicen ese proceso productivo. Se parte, pues, de una premisa de confianza en los demás Estados. Cabe suponer que, aunque sean distintos, sus procesos de producción estarán sujetos a suficientes controles de calidad y que, por tanto, el producto final cumplirá con las condiciones mínimas de acceso al mercado.

Son éstos los esquemas que se trasladan al ámbito de la cooperación judicial, civil y penal, entre Estados miembros; en vez de a mercancías, el principio del reconocimiento mutuo se aplica ahora a resoluciones judiciales y el resultado es evidente; cada Estado deberá permitir el acceso

¹¹ Acerca del principio del reconocimiento mutuo, en lengua española, *cfr.* Guzmán Zapater, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho Comunitario*, vol. 10, 2001, pp. 405-438; Morán Martínez, “Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, III-2003, pp. 475-505; Bujosa Vadell, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional-Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII-2003, pp. 454 y ss. *Cfr.* Ormazábal Sánchez, “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, Armenta Deu, *et al.* (coords), *El derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2006, pp. 37-73 (con valiosas referencias a la doctrina alemana).

sin traba dentro de sus fronteras de las resoluciones judiciales producidas en los demás Estados miembros, sin necesidad de asegurarse que el proceso de producción sea idéntico al suyo.

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

2. Ventajas e inconvenientes de una actividad normativa fundada en el reconocimiento mutuo

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

Por otra parte, el esquema del reconocimiento mutuo permite pensar que los resultados de cooperación judicial se obtendrán de forma más rápida. Si la decisión la toma el tribunal de origen y directamente la ejecuta el tribunal requerido, se eliminan decisiones intermedias acerca de si se presta o no la colaboración —y con la decisión se elimina también la posibilidad de recurso—, lo que reduce los tiempos de espera.

Hay que insistir precisamente en esta idea. Allí donde hay reconocimiento mutuo no habrá homologación, es decir, no hará falta una resolución constitutiva expresa del tribunal requerido que conceda a la resolución de origen una eficacia que no tenía, pues esa eficacia ya la despliega por sí

misma desde que se emite y se envía al tribunal del Estado donde debe llevarse a cabo su cumplimiento o ejecución.

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

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

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

- En efecto, todos los instrumentos normativos aprobados hasta la fecha en desarrollo del principio de reconocimiento, al igual que los proyectados, someten siempre su aplicación a la concurrencia de una serie de condiciones y requisitos previos, al tiempo que contemplan posibles causas de denegación a un reconocimiento que, en principio, ha de ser automático.
- Además, el desarrollo normativo del reconocimiento mutuo se está produciendo de manera gradual y fragmentada, con avances progresivos: no cualquier resolución judicial, dictada en cualquier ámbito, tiene por qué recibir el “pasaporte” europeo, ni tampoco tienen por qué ser las mismas las condiciones de concesión de éste. En efecto, la puesta en práctica del reconocimiento mutuo está siendo muy diferente en materia civil —donde ya se ha consegui-

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

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

Tanto en su versión inicial —respecto de la circulación de mercancías— como en su extensión al ámbito judicial, el reconocimiento mutuo se funda siempre en un elemento básico: la confianza en que las reglas que rigen los “procesos de producción” en el Estado de origen garantizan la elaboración de un “producto” que sea “asumible” sin control de calidad en los demás Estados, es decir, la confianza en que las resoluciones judiciales que se dictan en los demás Estados miembros pueden ser acep-

tadas como propias porque los procesos en que se han fraguado, aun siendo diversos, son equiparables a los nuestros. Esta confianza y esta equiparación se han de proyectar, a su vez, sobre dos planos diferentes, el sustantivo y el procesal.

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

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

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

Aún bajo los efectos de la crisis de seguridad generada por los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, las instituciones europeas lograron que se alcanzara el compromiso político necesario para aprobar el primer instrumento normativo de desarrollo del principio del mutuo reconocimiento en materia penal. La orden europea de detención y entrega. Sin embargo, no tardaron en ponerse de manifiesto ciertas reticencias, derivadas de un análisis más reposado; en ocasiones, los resultados de la aplicación del reconocimiento mutuo se consideran inadmisibles para el Estado que debe dar cumplimiento a una resolución (v.g., cuando

se debe entregar un nacional propio a la autoridad extranjera, contravieniendo la regla arraigada en muchos Estados de que no es admisible la extradición de los propios ciudadanos). Estos peligros se siguen viendo en otros ámbitos; el reconocimiento mutuo puede obligar a otorgar eficacia probatoria al resultado de diligencias de investigación practicadas en el extranjero según procedimientos que, con arreglo a parámetros internos, producirían la ilicitud de la prueba, o a exigir la ejecución de sentencias dictadas en ausencia del acusado, en supuestos en que el ordenamiento interno no habría consentido su pronunciamiento. Se trata, en definitiva, de la desventaja derivada de que el reconocimiento mutuo permita instrumentar en apariencia la cooperación judicial penal sin necesidad de armonizar o aproximar los ordenamientos internos.

En este sentido, se ha puesto de manifiesto la existencia de un clima de desconfianza, motivado por la constatación de que existe un cierto desequilibrio a la hora de entender cuáles son las garantías básicas del proceso penal entre los diversos Estados europeos.¹² Se suele responder a estas críticas con el argumento de que todos los países de la Unión Europea son signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que asegura unas garantías procesales básicas comunes y que ofrece en todo caso el mecanismo de tutela del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, la réplica también es contundente; de un lado, se afirma que los términos en que se pronuncia el CEDH son demasiado generales como para entender que constituyan un verdadero catálogo común de derechos y garantías fundamentales de contenido preciso; además, también se ha puesto de relieve que la jurisprudencia del TEDH no es suficientemente clara en las materias que ha abordado, así como que existen ciertos sectores relevantes en los que no se ha pronunciado (como sucede, *v.g.*, en materia de prueba y de ilicitud probatoria).¹³

Tampoco se agotan aquí las críticas de tipo estructural. En este sentido, se objeta la concurrencia de un alto déficit democrático en la elaboración de normas, como éstas, que inciden directamente sobre la esfera de

¹² El fenómeno de ampliación geográfica de la Unión Europea hacia el Este de Europa no es ajeno a este incremento de la desconfianza en los sistemas judiciales y penales de otros Estados.

¹³ *Cfr.* Bachmaier Winter, “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de decisión marco”, *op. cit.*, nota 11, pp. 175-177, así como la doctrina en que se apoya.

los derechos fundamentales de las personas: las decisiones marco —instrumento normativo utilizado invariablemente para desarrollar el reconocimiento mutuo— se adoptan por el Consejo, por decisión unánime de los representantes del Poder Ejecutivo de los Estados, sin que se pueda considerar contrapeso suficiente la consulta al Parlamento Europeo.

Es igualmente habitual leer críticas que inciden en el hecho de que los instrumentos normativos inspirados en el mutuo reconocimiento han reforzado muy notablemente el papel de la policía y la posición de la acusación, provocando un desequilibrio en perjuicio del sujeto pasivo del proceso. Se trata, no obstante, de una objeción un tanto ilógica, puesto que ésta es precisamente la finalidad perseguida por este tipo de instrumentos de cooperación penal: lograr reequilibrar una situación de partida que es indebidamente ventajosa para el delincuente, como consecuencia de la existencia de las fronteras; en otros términos, no se pretende privarlo de las garantías necesarias para el desarrollo de un proceso justo, pero sí de las ventajas derivadas de la mayor complejidad de una persecución penal transfronteriza.¹⁴

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

Aunque en algunos extremos las críticas vertidas contra la utilización del reconocimiento mutuo se deban considerar desmesuradas, lo cierto es que han servido para lograr que las instituciones europeas sean conscientes de que un buen funcionamiento del principio del reconocimiento mutuo no se logrará si no viene acompañado de ciertas actuaciones normativas de acompañamiento. En efecto, los avances en el refuerzo de la cooperación judicial penal en el marco de la Unión, fundada en el principio del reconocimiento mutuo, serán más sencillos de materializar si se añade una acción normativa complementaria en varias direcciones.

De un lado, resulta evidente la necesidad de alcanzar un cierto grado de armonización en cuanto a las garantías procesales mínimas, especial-

¹⁴ En general, puede verse una interesante panorámica de las agudas críticas vertidas contra el principio del reconocimiento mutuo por la doctrina alemana en Schünemann, “¿Peligros para el Estado de derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?”, en *ibidem*, pp. 19-36; Ormazábal Sánchez, “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento”, *ibidem*, pp. 49-53 y 65-72.

mente las que se refieren al acusado —aunque también, en menor medida, en cuanto a los derechos mínimos que deben reconocerse a las víctimas—. Esta armonización o aproximación de legislaciones puede lograrse a través de diversas fórmulas. Así, se puede alcanzar promulgando decisiones marco en las que se definan los derechos básicos que todos los Estados deben reconocer en sus procesos penales. Y también es concebible, diversamente, un sistema de normas mínimas, que debe haberse respetado en el proceso de origen y cuya concurrencia debería comprobar el propio tribunal que dicta la resolución antes de remitirla al tribunal requerido para que la ejecute. Así se hace en el ámbito civil respecto de las notificaciones en el contexto de la expedición del certificado de título ejecutivo europeo.¹⁵ Lo singular de este segundo sistema consiste en que es cada instrumento normativo el que establece las normas mínimas relevantes que deben cumplirse en el procedimiento de origen para que resulte operativo el reconocimiento mutuo en el sector a que se refiera el texto legal.

Se trata, en ambos casos —derechos de los inculpados y derechos de las víctimas—, de un sector que está ocupando la actividad de las instituciones europeas, y éstas, en la práctica, parece que se inclinan, claramente, a favor de la primera de las opciones.

a) Respecto de los derechos de las víctimas del delito, de hecho, hace ya más de cinco años que se aprobó la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.¹⁶ La finalidad de esta Decisión Marco, según disponen sus considerandos 4 y 8, es que los Estados de la Unión Europea aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren; para ello, se busca armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, con especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las

¹⁵ Véanse, en este sentido, los artículos 12 a 19 del Reglamento CE 805/2004, del 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; sobre la materia, *cf.* Gascón Inchausti, Fernando, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Cizur Menor, 2005, pp. 113-151, y García-Martín Alférez, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2006, pp. 129-161.

¹⁶ DOUE L 82 del 22 de marzo de 2001, pp. 1 y ss.

actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto al de la comisión del delito.

A tal fin, la Decisión Marco dispone que, en cualquier Estado de la Unión Europea, las víctimas de los delitos habrán de tener reconocidos y tutelados los siguientes derechos: 1) a ser oídas durante las actuaciones y a proponer pruebas; 2) a recibir información, tanto al inicio como durante el desarrollo del proceso penal; 3) a que se facilite su comunicación en el proceso; 4) al asesoramiento jurídico gratuito y, en su caso, a la asistencia judicial gratuita; 5) a que le sean reembolsados los gastos judiciales; 6) a recibir una adecuada protección; 7) a ser indemnizada por el autor de la infracción penal;¹⁷ 8) a que se le devuelvan sin demora los objetos restituibles que sean de su pertenencia; 9) a que, en determinadas infracciones, se facilite la mediación como forma de resolución de los litigios, y 10) asimismo, se reconocen derechos específicos a las víctimas residentes en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya cometido la infracción (v.g., declaración inmediata tras la comisión de la infracción; declaración en las actuaciones a través de videoconferencia o conferencia telefónica, para evitar desplazamientos; presentación de la denuncia en su Estado de residencia), así como a las víctimas especialmente vulnerables (que han de recibir un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación).¹⁸

b) En lo referido a los derechos del sujeto pasivo del proceso penal, está siendo actualmente objeto de tramitación legislativa una Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004.¹⁹ Una vez aprobado, será sin duda un texto

¹⁷ En relación con esta materia, se ha producido un desarrollo legislativo adicional, a través de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, del 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos (DOUE L 261 del 6 de agosto de 2004, pp. 15-18).

¹⁸ Para esta sistematización de los derechos de las víctimas hemos seguido, además del texto de la Decisión Marco, a Tomé García, "El estatuto de la víctima en el proceso penal según la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español", Armenta Deu *et al.*, *op. cit.*, nota 11, pp. 259-295.

¹⁹ El texto de la Propuesta se contiene en el documento COM (2004) 328 final. El texto en sí de la Propuesta de Decisión Marco tiene, a su vez, como antecedente el *Libro verde de la Comisión acerca de las garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea*, presentado el 19 de febrero de 2003 y contenido en el Documento COM (2003) 75 final.

clave sobre el que seguir avanzando en la construcción de nuevas normas procesales penales de ámbito europeo. La consagración a través de esta Decisión Marco de unas garantías mínimas homogéneas en todos los Estados miembros servirá para reforzar la confianza que es precisa para que pueda seguir usándose el reconocimiento mutuo como instrumento para la actuación de la cooperación judicial en materia penal. Debe señalarse, en todo caso, que las pretensiones de la Decisión Marco son modestas, pues las normas comunes que en ella se contemplan están referidas a cinco áreas determinadas, que se consideran básicas y que por ello integran este “primer momento” de creación de normas mínimas:

- Asegurar el acceso del inculcado a la defensa y representación por abogado (artículos 2o. a 5o. de la Propuesta de Decisión Marco); esta garantía comprende el derecho a la asistencia de un abogado “cuanto antes” y a lo largo de todo el proceso penal, y podrá hacerse valer antes de que el sospechoso conteste a preguntas relativas a los cargos; también comprende el deber de los Estados de garantizar la disponibilidad de la asistencia de abogado a cualquier sospechoso que se encuentre en una situación especialmente gravosa (por estar en prisión preventiva, por haber sido formalmente imputado de la comisión de un delito que implique una compleja situación fáctica o jurídica o sujeto a una pena grave, por ser objeto de un procedimiento de extradición o de una orden europea de detención y entrega, por ser menor, o cuando sea evidente que no puede comprender o seguir el fondo o el significado del proceso por su edad o su estado mental, físico o emocional); también se comprende el derecho a la asistencia gratuita de abogado, o a una exoneración parcial de sus costes, cuando sean especialmente gravosos para el sospechoso.
- Asegurar el acceso a interpretación y traducción (artículos 6o. a 9o.): significa esta garantía que el sospechoso que no comprenda la lengua del proceso dispondrá de interpretación gratuita, en especial en lo relativo a la asistencia de su abogado; también comprende el derecho a una traducción gratuita de los documentos pertinentes, así como el derecho a que los traductores e intérpretes estén cualificados para realizar una versión fidedigna, y a que se graben las actuaciones orales realizadas por intérprete, para garantizar el control de calidad (así como a obtener una copia de la transcripción, con el fin de verificar la exactitud de la interpretación).

- Asegurar que reciban atención específica las personas que sean incapaces de seguir el proceso (artículos 10 y 11). Esta garantía se reconoce a toda persona sospechosa que no pueda entender el contenido o significado del proceso debido a su edad o estado mental, físico o emocional, y comprende el derecho a la grabación de cualquier interrogatorio que se les haga (y a obtener transcripción), el derecho a la asistencia médica que sea necesaria y, potestativamente, el derecho a la presencia de una tercera persona durante todo interrogatorio policial o judicial.
- Asegurar la comunicación del sospechoso detenido o en situación de prisión preventiva con su familia, personas asimiladas o con su lugar de trabajo (artículo 12), así como el derecho a comunicarse con la autoridad consular y recibir su asistencia, predicable de los detenidos extranjeros (artículo 13); en este segundo caso, si el detenido extranjero rechaza la asistencia consular de su Estado de origen, habrá de ofrecérsele como alternativa la ayuda de una organización humanitaria internacional reconocida.
- Asegurar la notificación por escrito de sus derechos a los sospechosos e inculcados, a través de la llamada *carta de derechos* (artículo 14); a tal fin, se asegurará la existencia de una traducción tipo de la notificación escrita en todas las lenguas oficiales de la comunidad, de la que dispondrán todas las comisarías de policía, a fin de poder ofrecer a la persona arrestada una copia en una lengua que comprenda (esta carta de derechos habrá de ser firmada por la autoridad policial y por la persona sospechosa, si lo desea, como prueba de su ofrecimiento, entrega y aceptación).

c) Si los derechos y garantías contemplados en la Propuesta de Decisión Marco constituyen un primer peldaño o nivel de armonización normativa, el siguiente lo integran, sin duda, garantías de alcance más intenso; es el caso, especialmente, de la presunción de inocencia, en relación con la cual se acaba de hacer público el Libro Verde elaborado por la Comisión Europea.²⁰

Junto a todo lo anterior, también sería funcional que se lograra un cierto grado de armonización en la tipificación de ciertas conductas y en la determinación de umbrales mínimos —¿tal vez también máximos?—

²⁰ Y cuyo texto está disponible en el Documento COM (2006) 174 final.

de sanción a esas conductas, es decir, que se produjera una cierta aproximación de las legislaciones sustantivas internas, al menos en relación con las conductas que pueden revestir con mayor facilidad un carácter transnacional y que son aquéllas respecto de las que más necesaria puede ser la cooperación judicial.

Las instituciones europeas también están dedicando sus esfuerzos a tratar de lograr un cierto grado de armonización en este sector. Los resultados, sin embargo, son aún modestos y se ciñen a determinados ámbitos muy concretos.

- Así, en materia de tráfico de drogas, se ha aprobado la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, del 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.²¹ Y también se puede mencionar la Decisión 2003/847/JAI del Consejo, del 27 de noviembre de 2003, sobre las medidas de control y las sanciones penales con respecto a las nuevas drogas sintéticas.²²
- En materia de terrorismo, se aprobó la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, del 13 de julio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.²³
- En relación con los delitos monetarios y las infracciones de tipo económico, se han aprobado varios instrumentos: la Decisión Marco del Consejo, del 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro;²⁴ la Decisión 2001/887/JAI del Consejo, del 6 de diciembre de 2001, relativa a la protección del euro contra la falsificación;²⁵ y la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, del 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.²⁶

21 DOUE L 335 del 11 de noviembre de 2004, pp. 8-11.

22 DOUE L 321 del 6 de diciembre de 2003, pp. 64 y 65.

23 DOUE L 164 del 22 de junio de 2002, pp. 3-7

24 DOUE L 140 del 14 de junio de 2000, p. 1.

25 DOUE L 329 del 14 de diciembre de 2001, p. 1.

26 DOUE L 149 del 2 de junio de 2001, p. 1.

- En el ámbito económico, también se ha aprobado la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, del 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.²⁷
- En un sector igualmente muy concreto se aprobó la Decisión 2004/919/CE del Consejo, del 22 de diciembre de 2004, relativa a la lucha contra la delincuencia de dimensión transfronteriza relacionada con vehículos.²⁸
- También está dirigida a lograr un cierto grado de armonización sustantiva la Decisión 2003/335/JAI del Consejo, del 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.²⁹ Vinculadas con ella están la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, del 19 de julio de 2002, relativa a la trata de seres humanos³⁰ y la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, del 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.³¹
- Finalmente, la Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo, del 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal³² supuso un intento de promover una cierta armonización sustantiva en materia de delitos medioambientales. No obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) del 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/03, Comisión vs. Consejo) anuló la Decisión Marco por ausencia de título competencial en el Consejo para su aprobación.

Asimismo, el funcionamiento del reconocimiento mutuo puede verse obstaculizado en la práctica por los conflictos de competencia y por los riesgos de duplicación de procesos con el mismo objeto, fenómenos ambos que constituyen dos facetas del mismo problema. Por ello, es conveniente tratar de establecer en el contexto de la Unión Europea una normativa común en materia de competencia internacional penal, así como

27 DOUE L 192 del 31 de julio de 2003, pp. 54-56.

28 DOUE L 389 del 30 de diciembre de 2004, p. 28.

29 DOUE L 118 del 14 de mayo de 2003, p. 12.

30 DOUE L 203 del 1o. de agosto de 2002, pp. 1-4.

31 DOUE L 13 del 20 de enero de 2004, pp. 44-48.

32 DOUE L 29 del 5 de febrero de 2003, pp. 55-58.

instrumentos para prevenir y/o remediar el *non bis in idem* en sus diversas facetas.³³

Se trata, nuevamente, de un sector sobre el que se ha proyectado también la iniciativa legislativa en el ámbito europeo. Así, en primer término, hay que contar con una iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*.³⁴ Aunque la iniciativa, en el momento actual, parece descartada, lo cierto es que la Comisión Europea ha retomado de nuevo los trabajos en esta materia y ha presentado en fechas relativamente recientes un Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales.³⁵

Finalmente, también podría contribuir a la mayor eficacia del principio del mutuo reconocimiento que se diera más protagonismo a la regla *forum regit actum* a la hora de dar cumplimiento a las resoluciones extranjeras. En determinados ámbitos del proceso penal (especialmente en lo relativo a la obtención de pruebas y a la práctica de diligencias de investigación), si a la resolución dictada en el *forum* (en el Estado de origen) se le da cumplimiento en el Estado requerido como si la hubiera dictado el tribunal requerido, se corre el riesgo de que se omitan ciertas formalidades o se realicen ciertas actuaciones que conduzcan a la invalidez de la actuación conforme a los parámetros del ordenamiento del Estado de origen: si *locus regit actum*, entonces es posible que lo actuado según la *lex loci* no sea aceptable según la *lex fori*, lo que convertiría en inútil toda la actividad de cooperación desplegada. Por ello, sería conveniente que, aun moviéndonos dentro de los esquemas del mutuo reconocimiento, se dé cabida a que el cumplimiento de la resolución en el Estado requerido se atenga, en lo que resulte necesario y no incompatible, a lo dispuesto por el ordenamiento del Estado de origen.³⁶

A pesar de que las “recetas” propuestas sean aparentemente sencillas de formular, a nadie escapa que su regulación en concreto puede encontrarse con importantes dificultades, no sólo de técnica legislativa, sino también de índole política; en una materia tan estrechamente vinculada

³³ Cfr. Ormazábal Sánchez, “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento”, *op. cit.*, nota 14, pp. 72 y 73.

³⁴ DOUE C 100 del 26 de abril de 2003, pp. 24-27.

³⁵ Puede consultarse en el Documento COM (2005) 696.

³⁶ Cfr. Ormazábal Sánchez, “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento”, *op. cit.*, nota 14, pp. 54-56.

con la soberanía de los Estados, llevar a cabo estos objetivos podría requerir cesiones competenciales de relevancia e, incluso, reformas constitucionales en algunos Estados miembros.

IV. BALANCE DE RESULTADOS Y PERSPECTIVAS DE ACTUACIÓN NORMATIVA FUTURA

Examinadas las circunstancias y las condiciones en que se desenvuelve la actividad normativa de las instituciones europeas en materia de cooperación judicial penal, resulta preciso hacer balance de los resultados que ya se han alcanzado, de los proyectos en que se está trabajando actualmente y de los logros que quedan pendientes a más largo plazo.

1. *El Convenio Europeo de 2000*

Se ha dicho, en varias ocasiones, que existe un bloque normativo de origen convencional formado por el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea,³⁷ el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio Europeo de 1959. De los tres textos, sólo el Convenio de 2000 tiene origen en la actividad normativa de las instituciones europeas y, aunque constituye una excepción al principio del mutuo reconocimiento, tampoco pueden desdeñarse los avances que ha reportado. En efecto, además de agilizar el régimen de transmisión de comisiones rogatorias y el propio envío y notificación de documentos procesales, establece una regulación muy detallada de ciertas formas específicas de asistencia judicial. Con ello, se ofrece un marco de seguridad jurídica muy elevado, que en buena medida compensa las limitaciones de un sistema “clásico” de cooperación judicial. Este mayor nivel de detalle es predicable precisamente de ciertas diligencias de investigación que, como veremos más adelante, están aún lejos de poder ser objeto de una regulación europea fundada en el mutuo reconocimiento. En concreto, el Convenio se ocupa con especial cuidado de regular la audición de testigos y peritos por videoconferencia (artículo 10) o por conferencia telefónica (artículo 11); también se ocupa de ciertas técnicas especiales de investigación, como las

³⁷ Adoptado por Acto del Consejo el 29 de mayo de 2000 y en vigor desde el 23 de agosto de 2005, DOUE C 197 del 12 de julio de 2000, pp. 1-18.

entregas vigiladas, la constitución de equipos conjuntos de investigación y la utilización de agentes encubiertos (artículos 12-16); y, sobre todo, otorga una regulación muy concreta y avanzada a las diversas modalidades de intervención de telecomunicaciones (artículos 17-22).³⁸

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

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

Con posterioridad a la aprobación del Convenio de 2000 las instituciones comunitarias se han dedicado de lleno a actuar de forma sectorial, pero aplicando ya los instrumentos normativos diseñados en el Tratado de Ámsterdam —es decir, las Decisiones Marco— para dar desarrollo al principio del mutuo reconocimiento. En la mayoría de los casos, se ha trabajado sobre parcelas respecto de las que ya existían convenios previos —algunos elaborados en el marco de la ONU, otros en el seno del Consejo de Europa—; la acción normativa, en estos casos, ha ido encaminada a superar las deficiencias detectadas en su funcionamiento, siempre con la pretensión final de construir en el marco de la Unión Europea un conjunto de normas que definan el tan traído y llevado espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

En este contexto, el primero de los instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea con fundamento en el principio del mutuo reconocimiento fue la Decisión Marco 2002/584/JAI, del 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros,³⁹ coloquialmente conocida como *euroorden*.

³⁸ En relación con el Convenio europeo de 2000 y en lengua española, *cfr.* Lourido Rico, *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Valencia, 2004; Parra García, “El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, en Galgo Peco (dir.), *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2003*, pp. 109-158; Pérez Gil, “El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la UE: ¿Un instrumento anclado en coordenadas superadas?”, *Diario La Ley*, núm. 6208, marzo de 2005.

³⁹ DOUE L 190 del 18 de julio de 2002, pp. 1-12. Su incorporación al ordenamiento español se ha producido a través de la Ley 3/2003, del 14 de marzo, sobre la orden euro-

La finalidad de la Decisión Marco era articular de forma más rápida y con mayor seguridad jurídica la entrega de personas involucradas en procesos penales, tanto para su enjuiciamiento como para el cumplimiento de la pena impuesta. De manera tradicional, el instrumento para ello venía siendo la extradición, regulada básicamente en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (elaborado en el seno del Consejo de Europa, con dos protocolos adicionales de 1975 y 1978): en la práctica, sin embargo, el procedimiento de extradición venía siendo lento y, sobre todo, ofrecía un cierto margen de inseguridad, dado que existía una fase gubernativa en la que había espacio para decisiones discrecionales fundadas en razones de conveniencia política. En el seno de la Unión Europea se actuó para tratar de superar esas trabas, de un lado con el CAAS —de ámbito reducido— y, de otro, con dos convenios adicionales dirigidos a simplificar el procedimiento de extradición, pero que ni siquiera llegaron a entrar en vigor.⁴⁰

La aplicación del reconocimiento mutuo en este ámbito dio como resultado una forma diferente de solucionar el problema, a través de la orden europea de detención y entrega, expedida por la autoridad judicial del Estado en que se tramita el proceso penal y remitida a la autoridad judicial del Estado donde se encuentra la persona reclamada. Dicha resolución debe ser inmediatamente reconocida y ejecutada por quien la reciba, de modo que debe dársele cumplimiento en los mismos términos que si la hubiera dictado una autoridad interna. La comunicación directa entre autoridades y,

pea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, del 14 de marzo, complementaria de la Ley 3/2003. La bibliografía sobre esta materia es muy extensa. A modo de ejemplo, y en lengua española, véase Arangüena Fanego (coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005; Calaza López, *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Madrid, 2005; Castillejo Manzanares, *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia: la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros*, Madrid, 2002; del mismo autor, véase: *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*, Cizur Menor, 2005; Cedeño Hernán, “La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del *non bis in idem* como motivo de denegación”, en Armenta Deu *et al.*, *op. cit.*, nota 11, pp. 75-106; Cuerda Riezu, *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega*, Madrid, 2003; Díez Riaza *et al.*, *La orden europea de detención y entrega*, Madrid, 2005.

⁴⁰ Se trata del Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 1995, para los casos en que la persona reclamada consentía su entrega; y del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 1996, que limitaba los motivos de rechazo a las solitudes de extradición.

sobre todo, la supresión de la fase gubernativa aligeran las trabas propias de un procedimiento de extradición; este resultado también se ve favorecido por la desaparición de la exigencia de doble incriminación, en los casos en que el delito objeto de persecución en el Estado de origen —por el que se reclama la entrega— se encuentra incluido en alguna de las 32 categorías de delitos a que se refiere la propia decisión marco.

La orden europea de detención y entrega tiene un ámbito de aplicación determinado, aunque es ciertamente amplio. En caso de que la finalidad de la entrega sea el enjuiciamiento, será preciso que el delito imputado tenga prevista por la ley del Estado de origen una pena de prisión cuya duración máxima sea al menos de un año, y si se pretende la entrega para el cumplimiento de una pena, ésta no habrá de ser inferior a cuatro meses de prisión.

Aunque se habla de reconocimiento y ejecución inmediatos, lo cierto es que debe tramitarse un procedimiento de entrega en el Estado de ejecución, en el que debe darse audiencia a la persona reclamada. Ahora bien, el procedimiento es enteramente judicial y el debate procesal se ciñe a cuestiones estrictamente jurídicas: si concurren o no los requisitos de utilización de la euroorden y si concurre alguna causa de denegación de su ejecución. Existen, pues, motivos para denegar el cumplimiento de una orden de detención europea, pero no es posible ya un condicionamiento político fundado en razones de oportunidad. Según la Decisión Marco, existen ciertos motivos de denegación del cumplimiento de la euroorden que necesariamente deben ser recogidos por las legislaciones internas de desarrollo, mientras que otros tienen carácter facultativo (lo que significa que cada Estado podrá incorporarlos a su normativa si lo considera conveniente).

Los motivos para la no ejecución obligatoria de la orden europea de detención son sólo tres:

1) La amnistía en el Estado de ejecución, que afecte al delito en que se base la euroorden.

2) El *non bis in idem*, en su modalidad de eficacia negativa de la cosa juzgada de una resolución dictada en cualquier Estado miembro respecto de los mismos hechos y siempre que, en caso de condena, la sanción se haya ejecutado, esté en curso de ejecución o no pueda ya ejecutarse.

3) La minoría de edad penal de la persona reclamada, con arreglo al ordenamiento del Estado de ejecución.

En cuanto a los motivos de no ejecución facultativa, son más numerosos:

1) La ausencia de doble incriminación, pero sólo cuando el delito no es susceptible de encaje en alguna de las categorías expresamente aludidas en la propia decisión marco.

2) El *non bis in idem*, en diversas modalidades: *a)* cuando hay litispendencia, es decir, cuando existe un proceso por los mismos hechos contra la persona reclamada en el Estado de ejecución; *b)* cuando en el Estado de ejecución se ha decidido no incoar acción penal por el delito, o se ha decidido concluirlo, o se ha adoptado una decisión de eficacia análoga en otro Estado miembro, y *c)* eficacia negativa de cosa juzgada de una resolución dictada en un tercer Estado.

3) La prescripción del delito o de la pena en el Estado de ejecución, siempre que según su ordenamiento sus tribunales fueran competentes también para enjuiciarlos.

4) El compromiso del Estado de ejecución de que dará cumplimiento a la pena, en caso de que la euroorden se haya dictado para su ejecución y la persona reclamada sea nacional o residente suyo.

5) El llamado principio de territorialidad, en dos situaciones diversas: *a)* se ha emitido la orden de detención europea por un delito que el Estado de ejecución considera cometido en todo o en parte en su territorio (de donde se deduce su competencia para enjuiciarlo, que se ve perjudicada por el proceso en curso en el Estado de emisión); *b)* la orden se ha emitido por un delito cometido fuera del Estado emisor y el ordenamiento del Estado de ejecución no consiente la persecución de ese tipo de infracciones si se han cometido fuera de su territorio (de modo que se da eficacia ultraterritorial a una regla de derecho interno para considerar al tribunal de emisión incompetente para conocer del proceso en cuyo marco se libra la euroorden).

Finalmente, también se contempla la posibilidad de que el cumplimiento de la euroorden en el Estado de ejecución se supedite al ofrecimiento de ciertas garantías por parte del Estado de emisión: así, cuando se trate de la ejecución de una condena impuesta en rebeldía, podrá exigirse garantía de que la persona reclamada tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso, si no fue citada personalmente en el proceso de origen; cuando se trate de la ejecución de una pena privativa de libertad a perpetuidad, podrá supeditarse el cumplimiento de la euroorden a la condición de que el ordenamiento del Estado de emisión prevea una revisión de la pena a petición de

parte o cuando hayan transcurrido al menos veinte años; finalmente, en el caso de que se reclame la entrega de un nacional o residente del Estado de ejecución para entablar acciones penales, podrá supeditarse la entrega a la condición de que la persona afectada, tras ser oída, sea devuelta al Estado de ejecución para cumplir en él la pena de prisión que pudiera dictarse en su contra en el Estado de emisión.⁴¹

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

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

⁴¹ Como puede apreciarse, la nacionalidad de la persona que debe ser entregada ya no es un obstáculo para su enjuiciamiento en otro Estado. Este cambio respecto de los regímenes tradicionales de extradición ha sido, de hecho, la causa de la mayor “crisis” de aplicación de la orden europea de detención, motivada por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 18 de julio de 2005, que declaró la incompatibilidad con la Constitución alemana de la norma de desarrollo de la Decisión Marco en este punto. Sobre el particular, *cf.* en lengua española Villamarín López, “Los problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega en relación con los nacionales. Comentario a la Sentencia del 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional alemán”, en Armenta Deu *et al.*, *op. cit.*, nota 11, pp. 107-119; Ormazábal Sánchez, “La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana”, *La Ley*, núm. 6394, enero, 2006 (con referencia a la doctrina alemana sobre la materia).

Así, en primer término, se aprobó la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo del 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.⁴² Su ámbito de aplicación en materia probatoria es muy reducido, como se deduce de su propio título; se limita a permitir que la autoridad judicial del Estado de origen adopte una resolución acordando la adopción de medidas de garantía sobre ciertas pruebas y se la remita a la autoridad competente del Estado donde se hallen, quien en principio habrá de darle cumplimiento como si se tratara de un supuesto interno.⁴³ Ahora bien, el ámbito de eficacia del mutuo reconocimiento que contempla la Decisión Marco se agota en el aseguramiento de la prueba. La autoridad judicial del Estado de ejecución sólo está vinculada por la resolución de origen en lo que en ella se dispone acerca de la adopción de medidas de garantía respecto de fuentes de prueba preexistentes. En cambio, la Decisión Marco no regula la forma de obtener el envío de las pruebas al tribunal de origen, sino que para ello se remite a los instrumentos convencionales en vigor o a aquellos otros que se aprueben en el futuro.

Precisamente para colmar esta laguna se está trabajando en una decisión marco, aún no aprobada, con la que se crea el llamado “exhorto europeo para la obtención de pruebas”, por medio del que el tribunal de origen solicitará directamente al tribunal de ejecución que acceda a ciertas fuentes de prueba y se las remita, para incorporarlas a su proceso.⁴⁴ La dificultad de la materia ha hecho que las instituciones europeas se hayan decantado por una introducción del exhorto en dos fases o etapas. En la primera fase de implantación —aquella en la que se está trabajando actualmente—, el exhorto europeo podrá utilizarse únicamente para solicitar la entrega de ciertas fuentes de prueba, las ya preexistentes, de modo que quedaría pa-

⁴² DOUE L 196 del 2 de agosto de 2003, pp. 45-50. Su trasposición al ordenamiento español se ha realizado en fechas muy recientes a través de la Ley 18/2006, del 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, y a través de la Ley Orgánica 5/2006, del 5 de junio, complementaria de la Ley 18/2006.

⁴³ Lo veremos con más detenimiento al ocuparnos del decomiso de bienes (*cf. infra*, 4.5).

⁴⁴ *Cfr.* en lengua española Bachmaier Winter, “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de decisión marco”, Armenta Deu *et al.*, *op. cit.*, nota 13, pp. 131-178, con una exhaustiva referencia bibliográfica en lengua alemana y en lengua inglesa.

ra una fase ulterior de desarrollo normativo el uso del exhorto para el acceso a las restantes, lo que incluye la petición de que se lleven a cabo diligencias de investigación de contenido concreto.⁴⁵

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

El juego del principio de reconocimiento mutuo conduce a que, en principio, la autoridad judicial que reciba un exhorto procedente de una autoridad de otro Estado deba darle inmediato cumplimiento. No obstante, están previstos varios motivos de denegación y de suspensión de la ejecución de un exhorto europeo de obtención de pruebas.

En cuanto a los motivos de denegación,⁴⁶ se contemplan los siguientes: 1) que la ejecución del exhorto suponga infracción del principio *non bis in idem*;⁴⁷ 2) que según el ordenamiento del Estado de ejecución re-

⁴⁵ De hecho, el antes mencionado Libro Verde sobre la presunción de inocencia aparece expresamente vinculado con esta ulterior fase de aplicación del exhorto europeo para la obtención de pruebas.

⁴⁶ Seguimos en este punto la última versión del Proyecto de Decisión Marco, accesible en el Documento del Consejo COPEN 34, del 24 de abril de 2006.

⁴⁷ Sin perjuicio de las dificultades de definición de lo que ha de entenderse por *non bis in idem* en el contexto del reconocimiento mutuo en la Unión Europea, en este ámbito no se quebranta este principio porque se pretendan obtener varios documentos o datos; la infracción, en su caso, se dará cuando se estén sustanciando dos procesos penales de forma simultánea con el mismo objeto, y esta circunstancia se descubra precisamente con ocasión de la recepción del exhorto europeo para la obtención de pruebas.

sulte imposible su cumplimiento; 3) que el ordenamiento del Estado de ejecución contemple alguna inmunidad o algún privilegio que se opongan al cumplimiento del exhorto; 4) vulneración de la regla de territorialidad, en dos situaciones diversas: *a)* si el exhorto se refiere a delitos cometidos en todo o en parte en el Estado de ejecución, y *b)* si el exhorto se refiere a delitos cometidos fuera del Estado de emisión y el ordenamiento del Estado de ejecución no permite la persecución de delitos de ese tipo cometidos fuera de sus fronteras, y 5) que la ejecución del exhorto pueda comprometer intereses nacionales esenciales en materia de seguridad.

Asimismo, la autoridad judicial que haya recibido el exhorto europeo podrá suspender su ejecución en caso de que pudiera perjudicar una investigación o un proceso penal en curso, mientras lo considere razonable, y también cuando los objetos, documentos y datos a que se refiere estén siendo utilizados en otro proceso, hasta que dejen de ser necesarios.

En cuanto a la doble incriminación, está previsto que opere de manera parcialmente diversa a lo visto respecto de la orden europea de detención y entrega. Como regla, no podrá condicionar el cumplimiento del exhorto cuando su cumplimiento no requiera la práctica de registros o embargos. En caso contrario —es decir, cuando para el cumplimiento del exhorto sea necesaria la práctica de algún registro o embargo—, su operatividad será limitada. En efecto, el cumplimiento de un exhorto europeo no podrá verse impedido por la ausencia de doble incriminación si el hecho en relación con el cual se desarrolla el proceso penal en el Estado de origen es susceptible de encuadre dentro de alguna de las 32 categorías delictivas contempladas en el proyecto de decisión marco, siempre que la conducta objeto del proceso esté castigada con una pena de prisión de al menos tres años. De no ser así, la ausencia de doble incriminación puede ser motivo para denegar el cumplimiento del exhorto.

4. *El reconocimiento y ejecución de sentencias penales*

De manera análoga a cuanto se ha visto en relación con la obtención de pruebas, los trabajos legislativos para aplicar el principio del mutuo reconocimiento a la sentencia que pone fin al proceso están abordando el fenómeno de manera fragmentada y gradual.⁴⁸ Así, el legislador europeo ha decidido, por el momento, dar un tratamiento separado a los diversos posibles contenidos de la sentencia y también a sus posibles efectos; se está trabajando, en consecuencia, en una pluralidad de textos legales, que se ocupan por separado de cada una de estas facetas.

Aunque a efectos prácticos no sea lo más importante —y tal vez precisamente por este motivo— el ámbito en el que primero ha cuajado la aplicación del mutuo reconocimiento es el de las sanciones pecuniarias impuestas en sentencia penal: a tal fin se aprobó la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo del 24 de febrero de 2005⁴⁹ relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. Este instrumento normativo aplica los esquemas de funcionamiento ya analizados respecto de la orden de detención y el exhorto de obtención de pruebas a ciertos pronunciamientos de carácter pecuniario: *a)* las cantidades de dinero a que ascienda la sanción impuesta por una infracción penal; *b)* las compensaciones impuestas en resolución penal en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el proceso penal; *c)* las cantidades a que asciendan las costas procesales, y *d)* las cantidades de dinero que, según la sentencia, deban abonarse a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas.

La resolución que contenga alguno de estos pronunciamientos podrá transmitirse a la autoridad judicial del Estado en que la persona obligada al pago tenga elementos patrimoniales, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual, y la autoridad judicial del Estado de ejecución deberá reconocer de inmediato dicha resolución y adoptar todas las medidas necesarias para su ejecución, siempre que no concurra algún motivo de denegación. Como tales, la Decisión Marco ha previsto los siguientes: *1)* vulneración del principio *non bis in idem*, en su modalidad de eficacia negativa

⁴⁸ En términos generales, *cfr.* González Cano, “Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal”, *Tribunales de Justicia*, 2001-7, pp. 19-39.

⁴⁹ DOUE L 76 de 22 del marzo de 2005, pp. 16-22.

de la cosa juzgada; 2) prescripción de la ejecución de la resolución, según el ordenamiento del Estado de ejecución; 3) cláusula de territorialidad, en dos supuestos: *a)* la resolución se refiere a hechos cometidos en todo o en parte en el Estado de ejecución, y *b)* la resolución se refiere a hechos cometidos fuera del Estado de emisión, cuando el ordenamiento del Estado de ejecución no permite la persecución de delitos de ese tipo cometidos fuera de sus fronteras; 4) existe inmunidad con arreglo a la legislación del Estado de ejecución; 5) la minoría de edad penal de la persona reclamada, con arreglo al ordenamiento del Estado de ejecución; 6) en determinados supuestos, la lesión del derecho de audiencia en el Estado de emisión, y 7) si la sanción es inferior a 70 euros o a un importe equivalente.

En cuanto a la operatividad del requisito de la doble incriminación, es análogo a lo expuesto en relación con otras decisiones marco: si la infracción en relación con la cual se ha impuesto la sanción pecuniaria es susceptible de encaje en alguna de las 39 categorías delictivas expresamente previstas, no podrá rechazarse la ejecución con el argumento de que los hechos en cuestión no son punibles en el Estado de ejecución; si no se da ese encaje, el legislador nacional puede otorgar a la ausencia de doble tipificación el carácter de motivo de denegación.

La decisión marco se ocupa también de numerosas cuestiones concretas, necesarias para un correcto funcionamiento del sistema; determinación de la cuantía de la sanción, posible imposición de una pena de prisión o de otra pena alternativa en caso de que no se pueda cobrar la sanción pecuniaria, determinación del destino de las cantidades percibidas o imposibilidad de que el Estado de emisión pueda ejecutar por sí mismo la sanción, una vez que ya ha sido enviada la resolución al Estado de ejecución.

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

Un primer sector es el del reconocimiento de sentencias penales dictadas en un Estado a efectos distintos de su ejecución, cuando sean de relevancia para un proceso penal que se está desarrollando en otro Estado miembro; *v.g.*, de cara a aplicar la circunstancia agravante de reincidencia o para apreciar en él la excepción de cosa juzgada. Sobre este particular, las instituciones europeas están trabajando en una propuesta de decisión marco del Consejo relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con

motivo de un nuevo proceso penal:⁵⁰ con este instrumento se pretende aplicar también a este ámbito el principio del mutuo reconocimiento, de modo que las sentencias condenatorias dictadas en otro Estado miembro tengan los mismos efectos que si se hubieran dictado por un tribunal del Estado en que se desarrolla un proceso posterior para el que dicha resolución anterior pueda ser relevante.⁵¹

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

En este ámbito se están solapando diversas iniciativas, que tienen su origen en el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea.⁵²

En primer lugar, debe destacarse el proyecto de decisión marco del Consejo relativo a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas de prisión o medidas de privación de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.⁵³ El objetivo de este texto será permitir la ejecución en un Estado miembro de una condena a pena privativa de libertad impuesta por los

⁵⁰ Documento COM (2005) 91 final, del 17 de marzo de 2005; una versión más avanzada de los trabajos puede verse en el Documento 7308/06 COPEN 26, del 15 de marzo de 2006.

⁵¹ Sobre esto, en lengua española, *cf.* Peiteado Mariscal, “El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la UE”, Armenta Deu *et al.*, *op. cit.*, nota 11, pp. 179-207.

⁵² Que se encuentra en el Documento COM (2004) 334, presentado en abril de 2004.

⁵³ La iniciativa presentada por Austria, Finlandia y Suecia se encuentra publicada en DOUE C 150 del 21 de junio de 2005, pp. 1 y ss.; una versión más avanzada del texto, a la luz de los trabajos desarrollados con posterioridad, puede consultarse en el Documento del Consejo 6886/96 COPEN 19, del 1o. de marzo de 2006. Algunos documentos oficiales se refieren a ella como proyecto de decisión marco del Consejo sobre el título ejecutivo europeo y el traslado de condenados entre Estados miembros de la Unión Europea, y otros hablan de propuesta de decisión marco del Consejo sobre la orden europea de cumplimiento de condena y el traslado de personas condenadas entre los Estados miembros de la Unión Europea; se trata, en todos los casos, de la misma iniciativa, siendo la denominación empleada en el texto la que parece corresponderse con la denominación definitiva del mismo.

tribunales de otro Estado miembro, con arreglo a los criterios de funcionamiento del mutuo reconocimiento.

En un ámbito mucho más concreto, se está trabajando también en un proyecto de decisión marco del Consejo relativo al reconocimiento y la ejecución en la Unión Europea de las inhabilitaciones resultantes de condenas por delitos sexuales cometidos contra los niños.⁵⁴

Y tienen un carácter complementario de las anteriores otras dos líneas de trabajo en curso. En primer término, la propuesta de decisión marco relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros,⁵⁵ mediante la que pretende agilizarse la consulta de este tipo de datos.

En segundo término, la propuesta de decisión marco relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación judicial y policial en materia penal.⁵⁶

En el terreno de las resoluciones que acuerdan medidas cautelares personales, en cambio, la situación aún es muy embrionaria: de momento se está trabajando en un Libro Verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad,⁵⁷ sin que haya siquiera propuestas en relación con las medidas privativas de libertad.

5. El decomiso de los bienes y productos del delito

Por último, en un sector muy específico, el del decomiso de los bienes y productos del delito, se han producido también importantes avances. La acción normativa, en este punto, contaba con el apoyo de los numerosos convenios vigentes en la materia (tanto en el ámbito de la ONU, como en el del Consejo de Europa) y se ha proyectado sobre tres aspectos

⁵⁴ El texto es fruto de la iniciativa del Reino de Bélgica encaminada a que el Consejo adopte una decisión marco relativa al reconocimiento y la ejecución en la Unión Europea de las inhabilitaciones resultantes de condenas por delitos sexuales cometidos contra los niños, que puede consultarse en el Documento del Consejo 14207/04 COPEN 133, del 5 de noviembre de 2004.

⁵⁵ Puede consultarse su texto en el Documento COM (2005) 690 final, presentada por la Comisión el 22 de diciembre de 2005; tiene su origen en el Libro Blanco relativo al intercambio de información sobre condenas penales y al efecto de éstas en la Unión Europea [Documento COM (2005), 10 de enero de 2005].

⁵⁶ Recogida en el Documento COM (2005) 475 final, y presentada por la Comisión el 4 de octubre de 2005.

⁵⁷ Accesible en el Documento COM (2004) 562, agosto de 2004.

diversos en relación con las dificultades que suscita el decomiso transfronterizo; la investigación acerca de la existencia de bienes susceptibles de decomiso; la adopción de medidas cautelares en relación con los bienes decomisables que se encuentren en otro Estado, y la ejecución en otro Estado de la resolución decretando el decomiso.⁵⁸

En relación con la investigación, se aprobó el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea,⁵⁹ en el que se establece que los Estados estarán obligados a llevar a cabo determinadas diligencias cuando así se lo solicite otro Estado miembro (lo que conlleva su implícita existencia en el plano interno). En concreto, las medidas establecidas por el Protocolo son tres: 1) la información sobre cuentas bancarias, que sirve para determinar si una persona física o jurídica objeto de investigación penal es titular o tiene bajo su control una o más cuentas, de cualquier tipo, en una entidad bancaria situada en el territorio del Estado requerido y, en caso de que así sea, facilitar al Estado requirente todos los pormenores sobre las cuentas identificadas; 2) la información sobre transacciones bancarias, que permite facilitar los detalles de las cuentas bancarias especificadas y de las operaciones bancarias que se hayan realizado durante un periodo determinado en las cuentas especificadas por el Estado requirente, incluidos los detalles de las cuentas emisoras o receptoras, y 3) el control de las transacciones bancarias que se estén realizando a través de una o varias cuentas. El deber de dar curso a las diligencias de información sobre cuentas y transacciones bancarias está condicionado a que la información obre en poder del banco en que esté abierta la cuenta, y para evitar que esta condición se pueda convertir en un subterfugio que ampare el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Protocolo, se excluye que los Estados miembros puedan invocar el secreto bancario como motivo para rechazar la cooperación que se les solicite. En cuanto al régimen procedimental para articular estas peticiones de información y control, se seguirán las disposiciones del Convenio Europeo de 2000 (en especial los artículos 4o. y 6o.) y, en términos más básicos, el Convenio Europeo de 1959 y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990, a los que se remite el artículo 1.1 del Convenio Europeo de 2000.

⁵⁸ *Cfr.* Gascón Inchausti, "Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea", Armenta Deu *et al.*, *op. cit.*, nota 11, pp. 209-258.

⁵⁹ El Protocolo cubre el vacío que, en relación con este tipo de actuaciones, ofrece el Convenio de 2000.

Una vez ubicados los bienes, y en estrecha conexión temporal con esa localización, cobra la mayor relevancia la adopción de medidas cautelares, dirigidas a asegurar la efectividad del decomiso, en caso de que éste finalmente se decrete en sentencia, al término del proceso. En efecto, existe siempre el peligro de que el titular de los bienes decomisables —u otra persona— los oculte, los malbarate, los grave o de cualquier otro modo los sustraiga a la acción de la justicia, de manera que, cuando se dicte la resolución que ponga fin al proceso, y suponiendo que en ella se decrete formalmente el decomiso, no sea éste realizable por inexistencia o falta de aptitud sobrevenida de los bienes para ser objeto de esta medida. Para conjurar este peligro deben adoptarse las correspondientes medidas cautelares, que suelen recibir en este ámbito denominaciones diversas, como “incautación”, “congelación”, “bloqueo”, “embargo” o “embargo preventivo”.

A tal fin se aprobó la antes mencionada Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, del 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas,⁶⁰ que representa, de hecho, la segunda ocasión —tras la orden europea de detención y entrega— en que las instituciones europeas han legislado en materia procesal penal de conformidad con el principio del reconocimiento mutuo.

La Decisión Marco se ocupa de dos materias en principio diversas: el embargo (preventivo) de bienes, encaminado a asegurar la efectividad de un pronunciamiento judicial de decomiso decretado en otro Estado, y el aseguramiento de pruebas, que habrán de utilizarse en un proceso penal en el extranjero. No obstante, se les ha dado un tratamiento normativo común, probablemente porque el contenido material de la actividad que ha de realizarse en ambos casos es similar: adoptar medidas de aseguramiento y conservación de elementos que corren el riesgo de ser alterados o destruidos en perjuicio de la efectividad del interés público en la persecución penal.

Al igual que sucede con los demás instrumentos legales, el ámbito de aplicación de la Decisión Marco es en principio ilimitado; podrá utilizarse cuando se plantee la necesidad de asegurar el decomiso de bienes que se encuentran en otro Estado de la Unión Europea, con independencia de cuál

⁶⁰ La Decisión Marco habla de “embargo preventivo” para referirse a “cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente... para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso” [artículo 2.d)].

sea el delito objeto del proceso penal que tenga asociada como consecuencia esta medida. Además, se ha establecido un catálogo muy extenso de materias delictivas respecto de las cuales no es posible un control de doble incriminación, siempre que en el Estado de emisión la concreta infracción objeto del proceso y susceptible de encaje en alguna de esas categorías esté castigada con una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años.⁶¹ Tratándose de delitos que no cumplan con estos requisitos, la Decisión Marco faculta a los Estados para supeditar la aplicación del reconocimiento al hecho de que también sean constitutivos de infracción penal en el Estado de ejecución y se admita respecto de ellos el decomiso.

En cuanto a su funcionamiento, es similar a los demás sistemas de reconocimiento mutuo; la autoridad judicial del Estado en que se está desarrollando un proceso penal y que tiene conocimiento de la existencia de bienes susceptibles de decomiso en el territorio de otro Estado miembro dictará una resolución en la que directamente decretará el embargo preventivo del bien en cuestión, a pesar de que no se halla en su territorio ni bajo su potestad directa y cumplimentará un certificado, con arreglo al modelo normalizado. Hecho esto, el tribunal de origen remitirá directamente su resolución, acompañada del certificado, al tribunal del Estado de ejecución que sea competente para darle curso; este tribunal se limitará a reconocerla sin más trámite y a adoptar de inmediato las medi-

⁶¹ Los tipos de infracción a que se refiere el precepto son los siguientes: pertenencia a una organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de menores y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos de alta tecnología, en particular, el delito informático; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques, y sabotaje.

das oportunas para su ejecución, aunque también en este texto se han previsto unas causas de denegación y de suspensión de la ejecución.

En cuanto a la denegación del reconocimiento y de la ejecución, se restringe a cuatro supuestos concretos: 1) que el certificado falte, sea incompleto o no corresponda manifiestamente a la resolución de embargo (aunque previa oportunidad de subsanación); 2) que, en virtud del derecho del Estado de ejecución, exista inmunidad o privilegio que impidan la ejecución de la resolución de embargo; 3) que el proceso penal en apoyo del cual se habría de ejecutar la resolución de embargo preventivo vulnera el principio *ne bis in idem*,⁶² y 4) que no exista doble tipificación del hecho punible objeto del proceso, en caso de que no encaje en el catálogo descrito en la propia Decisión Marco. Al margen de la denegación en sí del reconocimiento y de la ejecución, la Decisión Marco asume la posibilidad de que la ejecución de la resolución resulte imposible en la práctica, debido a que los bienes hayan desaparecido, hayan sido destruidos, no se hayan encontrado en el lugar indicado en el certificado o no se haya indicado con la suficiente precisión dónde se encuentra el bien: en tal caso, no quedará más opción para el tribunal de la ejecución que informar de ello al tribunal de origen.

Además de la denegación, el tribunal de ejecución también puede verse en la necesidad de suspender la ejecución de la resolución de embargo recibida del tribunal de emisión, en dos tipos de situación: 1) cuando la ejecución de la resolución pueda impedir el buen desarrollo de una investigación penal que esté ya en curso en el Estado de ejecución (en este caso, la suspensión durará el tiempo que se considere razonable o necesario para evitar el perjuicio); 2) cuando los bienes ya se encuentren afectados por un embargo o afección análoga que sea previa y preferente (la suspensión se mantendrá, en tal caso, en tanto no quede sin efecto la medida previa que genera el óbice).

En principio, las medidas de ejecución del embargo preventivo de bienes han de mantenerse en el Estado de ejecución hasta que el tribunal de emisión acuerde lo procedente en relación con la situación definitiva de los bienes (si son o no decomisados) y el tribunal de ejecución dé cumplimiento a esa decisión. A tal fin, cuando el tribunal de origen envía la resolución de

⁶² La infracción, en este contexto, se daría cuando se estuvieran sustanciando dos procesos penales de forma simultánea con el mismo objeto y esta circunstancia se descubriera por la recepción de la resolución extranjera que acuerda el embargo preventivo.

embargo preventivo para su reconocimiento y cumplimiento, hará constar en el certificado la instrucción de que, al no haberse decretado aún el decomiso definitivo, los bienes tienen que permanecer por el momento en el Estado de ejecución, a la espera de que el Estado de origen esté en condiciones de remitir al Estado de ejecución una solicitud de decomiso definitivo. Será preciso, además, hacer constar en el certificado la fecha estimada en que se presentará esa solicitud. Ahora bien, por el momento la solicitud de decomiso definitivo no se beneficia del sistema de reconocimiento mutuo, sino que se rige por las normas aplicables en materia de asistencia penal internacional.

Precisamente en relación con esta última faceta, y con origen en una propuesta danesa,⁶³ el Consejo de la Unión Europea adoptó el 17 de diciembre de 2004 una decisión marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, aunque el texto no ha sido objeto aún de aprobación definitiva ni de publicación oficial.

En términos generales, puede decirse que esta Decisión Marco al del embargo preventivo: las resoluciones acordando el decomiso de bienes, dictadas por un Estado, son reconocidas de forma automática por un tribunal del Estado en que se encuentran los bienes afectados, que procederá a hacerlas efectivas, es decir, a ejecutar el decomiso acordado por la autoridad del Estado de emisión. No obstante, la regulación es más compleja, más casuista y más garantista, posiblemente porque el decomiso definitivo tiene unas consecuencias sancionadoras más gravosas que las que se desprenden del embargo preventivo de bienes.⁶⁴

⁶³ Iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de una decisión marco del Consejo relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la Unión Europea (DOCE C 184, del 2 de agosto de 2002, pp. 8 y ss.).

⁶⁴ El texto aprobado está incorporado en el Documento COPEN 135, del que se deduce que se trata de la versión pendiente sólo de remisión al *Diario Oficial*. No obstante, dicha publicación aún no se ha producido, a pesar de haber transcurrido más de un año. Consultado al respecto el Consejo, se nos informó (el 3 de febrero de 2006) que la situación obedecía a una reserva de examen parlamentario formulada por Italia, y que se esperaba su alzamiento y la adopción definitiva de la Decisión Marco en los próximos meses. Al respecto, *cfr.* Gascón Inchausti, *op. cit.*, nota 58, pp. 246-253.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ACERCA DE UNA NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

Cuanto se lleva escrito hasta ahora nos coloca ya en posición de dar respuesta a un interrogante que puede suscitar la lectura del título de este trabajo: ¿a qué se está haciendo referencia con la expresión *derecho procesal penal europeo*? Un análisis puramente literal puede conducir, en abstracto, a dos posibles resultados que harían referencia a dos realidades normativas muy diferentes.

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

En el momento presente no existe norma alguna que responda a esta noción de un derecho procesal penal europeo, aunque hace ya varios años que se está trabajando en la construcción de un conjunto de normas penales para la protección de los intereses financieros de las instituciones europeas, que incluiría una suerte de “pequeño” sistema procesal propio unificado: se trata del llamado *Proyecto Corpus Iuris*, que es el resultado de los trabajos de una comisión de expertos de los diversos Estados sobre esta materia y que se presentó a las instituciones europeas en 1999.⁶⁵

⁶⁵ El documento que se presentó lleva el título francés de *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, y se hizo responsable de su dirección y coordinación Delmas-Marty. Una versión en lenguas alemana y francesa del texto se encuentra publicada en Delmas-Marty (ed.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1998. Sobre el particular, *cfr.* en lengua española Gómez Colomer, “La protección penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (El proyecto *Corpus Iuris*)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000-6, pp. 139 y ss.; Solé Riera,

Aunque el proyecto no ha conducido a la adopción de ninguna norma, sí ha sido la base para la publicación de un libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un fiscal europeo.⁶⁶ Además, la idea se retoma en el texto de la Constitución Europea, cuyo artículo III-274 contempla la posible creación de una Fiscalía europea para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión.

Como podrá apreciarse a estas alturas de la lectura, en las páginas precedentes no ha sido ésta la noción de derecho procesal penal europeo que nos ha ocupado.

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

Es ésta la noción de derecho procesal penal europeo utilizada para dar título a este trabajo y es a su proceso de construcción a lo que se han dedicado las páginas precedentes. En efecto, como ya se ha visto, la progresiva asunción de competencias por parte de la Unión Europea para la construcción del llamado “espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” ha ge-

“Hacia un proceso penal común europeo. Proyecto de *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea”, *Justicia*, 1997-II. El enfoque y contenido del Proyecto *Corpus Iuris* ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina alemana; tan es así que un destacado sector doctrinal ha elaborado una suerte de proyecto alternativo acerca del modo de articular una persecución penal europea [*cf.* Schünemann (ed.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Colonia-Berlín-Munich, 2004].

⁶⁶ Puede consultarse en el Documento COM (2001) 715 final, presentado el 11 de diciembre de 2001.

nerado una notable proliferación normativa de origen europeo en un sector, el del proceso penal, tradicionalmente reservado al legislador nacional. Las instituciones de la Unión Europea están ahora facultadas para dictar normas cuyo ámbito de incidencia o proyección son justamente los procesos penales que se desarrollan, en un plano estrictamente interno, ante los órganos judiciales nacionales. El ejercicio por las instituciones europeas de las competencias normativas recibidas está fraguando así, de manera progresiva, el germen de un derecho procesal penal europeo, que ha de ser aplicado por los tribunales nacionales de los Estados miembros en procesos penales que se sustancien ante ellos.

Abundando algo más en esta idea, debe señalarse que un derecho procesal penal europeo así concebido podría estar integrado por dos tipos diferentes de norma:

a) En primer lugar, se encuentran las normas internas aprobadas por los legisladores nacionales en cumplimiento de una obligación de resultado normativo, derivada a su vez de una norma europea. Esto es lo que está sucediendo en el momento actual como consecuencia de la regulación de la cooperación judicial penal por medio de decisiones marco: cada decisión marco ha de ser incorporada al ordenamiento interno de cada Estado miembro de la Unión Europea, dentro de un plazo determinado que en ella se señala, de modo que suele ser el origen o bien de la aprobación de normas nuevas, o bien de la modificación de normas preexistentes.⁶⁷

Por eso mismo, cuando en páginas anteriores hemos aludido a diversas decisiones marco y a lo previsto en ellas, hemos sido en parte imprecisos: porque los derechos y deberes procesales a que hemos hecho referencia no derivan directamente de las decisiones marco —que en cuanto tales nunca son normas aplicadas por y/o ante los tribunales—, sino de la legislación interna de desarrollo e incorporación y, por tanto, sólo nacen con la promulgación de la correspondiente normativa nacional.

b) Asimismo, también puede pensarse en normas procesales penales emanadas de las instituciones europeas que resulten de aplicación directa

⁶⁷ En ocasiones el resultado normativo que exige la Decisión Marco ya lo cumplía la legislación interna, de modo que no es preciso un acto normativo expreso de trasposición. Ahora bien, la Decisión Marco sigue vinculando al Estado, que por ello no puede derogar o modificar su legislación previa en un sentido que sea contrario o diverso al exigido por la Decisión Marco: se genera, pues, una suerte de deber negativo o de abstención.

en los Estados miembros —al igual que sucede en el ámbito del proceso civil con los diversos reglamentos comunitarios que se han aprobado hasta la fecha y que por su eficacia normativa directa forman parte de los ordenamientos internos—. En el momento actual, sin embargo, se trata de una posibilidad muy difícil de actualizar, dado que las instituciones europeas aún no han recibido competencia para emitir normas procesales penales que sean directamente aplicables. La situación, sin embargo, puede cambiar en un futuro no muy lejano, si finalmente se aprueba el Tratado que establece una Constitución europea, dado que está prevista la posibilidad de dictar “leyes europeas” (es decir, normas de eficacia directa) en materia de cooperación judicial penal. Además, y en tanto no se apruebe el Tratado Constitucional, podría llegarse al mismo resultado si se hace uso de la llamada “pasarela” y ciertas cuestiones procesales penales se trasladan del tercer al primer pilar de la Unión Europea (pues ello permitiría actuar por la vía del reglamento comunitario).

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

En el momento actual, el derecho procesal penal europeo se encuentra aún muy fragmentado y en una fase relativamente embrionaria de desarrollo, según se desprende de lo expuesto en las páginas anteriores. El núcleo esencial de este bloque normativo lo integra la cooperación judicial en materia penal; la mayoría de las normas procesales penales que tienen su origen en la actividad legislativa europea están concebidas teniendo en cuenta la dimensión transnacional de la delincuencia y la consiguiente dimensión transfronteriza de ciertos procesos penales. Podría llegarse así a la conclusión de que el derecho procesal penal europeo tiene todavía —y tal vez tenga siempre— un carácter muy sectorial. Sería sólo el derecho de la asistencia judicial internacional en materia penal, que tendría la peculiaridad de su ámbito geográfico y, por supuesto, del altísimo grado de reforzamiento de los instrumentos de cooperación que contempla. Esta conclusión se ve también reforzada por la propia terminología de las normas que regulan las potestades legislativas de las instituciones europeas en esta materia, que hablan constantemente de “cooperación judicial en materia penal”.

Se trata, sin embargo, de una impresión que nos parece superficial, y es que, según se ha visto también antes, a medida que se avanza en el reforzamiento de la cooperación judicial en materia penal, sobre todo desde que se ha optado por acudir como técnica de regulación al principio del reconocimiento mutuo, se pone más de relieve que la clave es la previa armonización de ciertas materias o, cuando menos, la fijación de unos estándares mínimos que afectan a diversas parcelas del proceso penal. Por eso, es obvio que el alcance y las consecuencias del derecho procesal penal europeo se proyectan más allá del ámbito de la cooperación penal, incidiendo también sobre el conjunto del ordenamiento. Así sucede ya, *v.g.*, con los derechos mínimos de las víctimas (armonizados ya, por medio de decisiones marco) y así está previsto que suceda también con ciertos derechos mínimos del imputado, con el alcance del principio *non bis in idem* o con los criterios de atribución de la competencia internacional, por poner otros ejemplos. Cada vez habrá con mayor frecuencia más normas procesales penales nacionales que tendrán un origen europeo, y, en esta medida, cada vez más los ordenamientos procesales penales nacionales serán más parecidos entre sí en ciertos elementos. Ése es, en definitiva, el Derecho Procesal Penal Europeo a cuya construcción se está dedicando, de forma necesariamente lenta pero sin duda alguna tenaz, la actividad de las instituciones europeas: un conjunto de normas de fuente directa o indirectamente europea, que se proyectan sobre materias en las que las instituciones europeas han decidido actuar y que conducen a unos resultados jurídicos homogéneos en todos los Estados.