

por ello interés la Sentencia de 4 de abril de 1997, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso núm. 634/1996.¹⁹⁰ Constituyó su objeto, por la vía procesal de la Ley 62/1978, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que se rechazó la desclasificación de determinado documento, solicitado por un Juzgado de instrucción para esclarecer una muerte durante una actuación antiterrorista. La sentencia identifica un conflicto jurídico entre los arts. 24, 103, 106 y 117.3 de la Constitución, por un lado, y la legislación sobre secretos oficiales, por otro.¹⁹¹ Al deber resolverse dicho conflicto caso por caso, se reconoce el poder de la Justicia para decidir si el secreto debe ceder en favor de la tutela judicial efectiva,¹⁹² que comporta el derecho de la víctima a la investigación del crimen.¹⁹² Como consecuencia de ello, se anula el Acuerdo del Consejo de Ministros y se declara la obligación del Gobierno de desclasificar el documento como materia secreta, para su remisión al Juzgado de instrucción requirente.

La misma argumentación sirve para los fondos reservados, dado el riesgo de su indebida utilización. La Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de tales fondos, aunque representa un avance significativo, no resuelve la cuestión del control judicial. La necesidad de la existencia de estos recursos, no sometida en principio a discusión, no puede en modo alguno justificar, como declara el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1995, su uso para «... actividades delictivas que desvirtúan los fines amparados por la ley o que caigan de lleno en el terreno de la ilegalidad penalmente perseguible»¹⁹³.

Mantener en uno y otro ámbitos un escudo frente a la Justicia consolidada la fractura entre la sociedad y el Estado, al burlar la legalidad que sella el pacto entre ambas instancias, y cuya defensa compete a los jueces. Precisamente por ello, *debe mantenerse, como principio, que no existen espacios sustraídos a la garantía jurisdiccional*. Cuestión distinta es la forma y manera en que el control haya de efectuarse, para evitar posibles abusos en su ejercicio. Sólo así se asegura el mantenimiento del cuerpo político conforme a las normas constituyentes de un pacto, cuya razón es la defensa de la libertad ciudadana frente al riesgo de la arbitrariedad del poder. La función judicial debe salvaguardar el vínculo entre gobernantes y gobernados, del que la ley es su expresión formal. Porque la corrupción destruye dicho vínculo,¹⁹⁴

¹⁹⁰ Fue su ponente el magistrado Lescure Martín.

¹⁹¹ Concretamente, los arts. 4, 7 y 11 de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por la de 7 de octubre de 1978, así como su Reglamento, aprobado por Decreto de 20 de febrero de 1969, que desarrolla la primera.

¹⁹² *Vid.* los fundamentos jurídicos quinto y séptimo de esta Sentencia.

¹⁹³ Fundamento jurídico del auto indicado, del que fue ponente el magistrado Martín Pallín, dictado en el recurso núm. 890/1995.

¹⁹⁴ A. NIETO, *Corrupción...*, p. 272.

misión fundamental de los jueces es marginar aquélla para preservar éste.

7. HACIA UN DISTINTO MODELO JUDICIAL EN EL PLANO SUPRANACIONAL

La crisis del Estado nacional ha venido a provocar la radical transformación de la imagen del juez en el plano supranacional. Si hasta fechas recientes los magistrados veían su poder circunscrito a las fronteras nacionales, un amplio movimiento alentado por la necesidad de adaptar nuestras instituciones punitivas a la nueva fenomenología del crimen propugna una distinta función judicial en el plano internacional. En la actual encrucijada entre un sistema ampliamente superado y una distinta visión del problema, vivimos un momento fundacional, en el que se perfila progresivamente un nuevo modelo de cooperación judicial, que presupone una diferente relación entre la Justicia y el poder político.

En este epígrafe pretendo trazar los rasgos más sobresalientes del avatar reformista en que estamos inmersos, centrado, por razones obvias, en el contexto europeo. Ello permitirá comprobar la singularidad de un proceso que se desarrolla a impulsos de iniciativas diversas y que resulta tributario del marco institucional en que se gestan las decisiones y de las premisas políticas de que se parte.

7.1. De la necesidad de un marco jurídico de cooperación judicial propio de la Unión Europea

7.1.1. *Acerca de las insuficiencias del Tratado de Maastricht y sus causas*

En lo que sigue me propongo abordar las causas de lo que a primera vista no deja de ser sorprendente: que se carezca todavía de un marco jurídico propio de la Unión, que facilite tanto la asistencia judicial como la extradición. Ello aconseja insertar el análisis en el marco más amplio del tercer pilar de la Unión Europea, pues los factores determinantes de tal situación obedecen a la original arquitectura del Tratado de Maastricht.

Es obligado reconocer la insuficiencia de los resultados obtenidos en el campo de la Justicia penal, al extremo de que no faltan quienes han tachado de fracaso el diseño adoptado en aquella ciudad holandesa.¹⁹⁵ Este pesimismo se funda en que, a pesar de las solemnes decla-

¹⁹⁵ *Vid.* H. LABAYIE, «La coopération européenne...», p. 2; V. DUÉÑAS, «La cooperación judicial penal», p. 227, y L. SALAZAR, «La cooperacione giudiziaria...», p. 135.

raciones¹⁹⁶, no se ha conseguido alcanzar ni una aproximación de las políticas nacionales en el sector ni, menos aún, una armonización de las legislaciones. Ejemplo de lo primero es la inamovible posición de tónica sobre el paso de las fronteras o la actitud holandesa en materia de drogas¹⁹⁷. Y de lo segundo, la no entrada en vigor ni del marco convencional PIF ni del Convenio sobre la corrupción.

7.1.1.1. De la inexistencia de un sistema de cooperación judicial penal de la Unión

Al diagnóstico precedente ha contribuido la carencia de un marco normativo de la Unión de asistencia judicial y de extradición. En cuanto a la primera se refiere no existe sino un Proyecto de Convenio¹⁹⁸ en fase de discusión¹⁹⁹, y algunas disposiciones del Convenio relativo a la Asistencia Mutua y la Cooperación entre las Administraciones Aduaneras, de 28 de mayo de 1998²⁰⁰ y del marco convencional PIF²⁰¹. Respecto de la extradición, los dos Convenios establecidos por el Consejo —el primero, de 10 de marzo de 1995, sobre el procedimiento simplificado²⁰², y el segundo, de fecha 27 de septiembre de 1996²⁰³ de carácter general— tampoco han entrado en vigor, dada la falta de su ratificación por los quince Estados miembros²⁰⁴.

Lejos de haberse concretado la aspiración de que la Unión «se convierta en factor de cohesión y de aproximación de las instituciones judiciales»²⁰⁵, la Europa comunitaria se muestra como un territorio heterogéneo o de «geometría variable»²⁰⁶. Prescindiendo ahora de

¹⁹⁶ Singuilarmente, el art. B del Tratado UE (luego modificado, como número 2, tras Amsterdam) según el cual uno de los objetivos de la Unión es «desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la Justicia y de los asuntos de Interior».

¹⁹⁷ H. LABAYLE, «La coopération...», p. 126.

¹⁹⁸ Publicado en DOCE, C 251, de 2 de septiembre de 1999.

¹⁹⁹ Vid. V. DUEÑAS, «La cooperación judicial penal», pp. 219 ss.

²⁰⁰ DOCE, núm. C 24, de 23 de enero de 1988. Concretamente, su art. 3.2 prevé que la autoridad judicial puede dirigir la solicitud de asistencia judicial conforme a dicho Convenio. Existe un informe explicativo del mismo, de fecha 28 de mayo de 1988, DOCE, núm. C 189, de 17 de junio de 1998.

²⁰¹ Vid., principalmente, los arts. 5 y 6 del Convenio; 7 del Protocolo Anticorrupción; y 6, 7 y 12 del Segundo Protocolo. En cuanto al Convenio anticorrupción, vid. los arts. 8 y 9.

²⁰² DOCE, C 078, de 30 de marzo de 1995.

²⁰³ DOCE, C 313, de 23 de octubre de 1996.

²⁰⁴ La existencia de dos convenios en materia de extradición obedece, como destaca V. DUEÑAS, «La cooperación judicial penal», p. 204, a la decisión del Consejo de atender de manera prioritaria los aspectos relativos al procedimiento simplificado.

²⁰⁵ C. JIMÉNEZ VILLAREJO, «Entrevisita», p. 225. El Parlamento Europeo se ha pronunciado sobre este problema en su Resolución de 13 de marzo de 1998 —ponente, el parlamentario Rinaldo Bonfanti— en la que sostiene la necesidad de que la cooperación entre las autoridades judiciales de los países de la Unión se efectúe de manera directa y sin el recurso a la vía diplomática. En el mismo sentido, PARLEMENT EUROPEEN, *Conférence...*, pp. 6 y 7.

²⁰⁶ J. PRADIER, «Vías para la creación...», pp. 42 ss.

otros convenios adoptados por la ONU²⁰⁷ o la OCDE²⁰⁸, destacan —junto a tratados, acuerdos y convenios bilaterales o regionales— los textos adoptados por el Consejo de Europa, núcleo común del dispositivo normativo. Entre ellos, el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, junto con su Protocolo adicional de 17 de marzo de 1978, y el de Extradición de 13 de diciembre de 1957, a los que se unen los Protocolos de 15 de octubre de 1975 y 17 de marzo de 1978²⁰⁹. A ello hay que añadir los capítulos II a V (arts. 48 a 69) del Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, que integran igualmente un subsistema jurídico. Su objetivo se limita a completar y a facilitar la aplicación de los Convenios de Asistencia Judicial y de Extradición del Consejo de Europa y el capítulo 2 del Tratado Benelux de 27 de junio de 1962, modificado por Protocolo de 11 de mayo de 1974²¹⁰.

La superposición de planos e instancias, la combinación de las condiciones derivadas de unos y otras, junto con las declaraciones y reservas —a su vez relacionadas con las particularidades de cada sistema penal nacional—, complican aún más el intrincado y en ocasiones disfuncional laberinto normativo, en el que las autoridades judiciales se ven con frecuencia atrapadas²¹¹. A tan desalentador escenario se une la artificial distinción entre primer y tercer pilar, que da lugar a un doble tratamiento de no pocas materias en uno y otro, obediente al empeño de quienes negociaron el Tratado de cuartear los fenómenos y dividir lo indivisible, de modo que la Unión se sitúa en tales casos de espaldas a la realidad.

Esta situación se ve agravada por el flujo incesante de disposiciones, tanto comunitarias como emanadas del título VI del Tratado UE, que hace imposible su discernimiento y posterior interpretación y aplicación por jueces y tribunales. La transparencia, condición de la certeza del Derecho, se ve suplantada en demasiadas ocasiones por la opacidad y lo ininteligible. Precipitado el sistema normativo en el oscurantis-

²⁰⁷ Así, por ejemplo, el Convenio contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 19 de diciembre de 1988.

²⁰⁸ Vid. pp. 49 ss.

²⁰⁹ Otros Convenios de interés a nuestros efectos, adoptados en el marco del Consejo de Europa son: el Convenio Europeo acerca del Valor Internacional de las Sentencias Represivas, de 28 de mayo de 1970; el Convenio sobre la Transmisión de los Procedimientos Represivos, de 15 de mayo de 1972; el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977; el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, de 21 de marzo de 1983; y el Convenio relativo al Blanqueo, a la Detección, al Embargo y a la Confiscación de los Productos del Delito, de 8 de noviembre de 1990.

²¹⁰ Vid. J. L. IBARRA ROMANES, «Las Audiencias...», pp. 232 ss., y JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *El Derecho...*, pp. 154 ss., y L. LUENGO, *Los acuerdos...*, pp. 53 ss.

²¹¹ M. DELMAS-MARTY, *Rapport général*, p. 19.

²¹², la crisis del principio de la información jurídica provocará el hazo de quienes están llamados a aplicar tan complejo "muro de cel" ²¹³.

Más con ser lo anterior motivo de preocupación, la causa principal : dificulta el progreso en este campo radica en la indolencia de quince países de la Unión, a la hora de ratificar el bloque de los venios adoptados, y que hace aflorar la cuestión de la voluntad tica de los poderes estatales. Una aproximación más sistemática tros factores aconseja abordar también los institucionales y los de uraleza instrumental y procesal. El examen de todos ellos se efectará a continuación.

1.2. *Cooperación judicial en materia penal y voluntad política*

El doble propósito del título VI del Tratado UE consistía, por lado, en servir de vía complementaria para conseguir la libre circión de personas y, por otro, en realizar los fines de la Unión. a finalidad no se concretó, sin embargo, en la definición de vereros objetivos comunes, ni en la fijación de metas a alcanzar ni la previsión de un calendario para su logro. Antes bien, se optó la fórmula, en extremo vaga, consistente en relacionar los ámbitos "interés común" ²¹⁴, en los que los Estados «... se informarán y sultarán mutuamente... con objeto de coordinar su acción» ²¹⁵.

Pese al pretendido paralelismo con la noción comunitaria de "poa común", la diferencia es radical. Supuso el mero reconocimiento una preocupación compartida, sin que ello supusiera la existencia ma verdadera política europea en el ámbito de la Justicia ²¹⁶. Esta ncia de definición originaria en cuanto a los fines vino a pesar nanera decisiva sobre los trabajos del tercer pilar, en un escenario cterizado por la dispersión de los centros de iniciativa, cierta dis-inuidad — asociada al carácter rotatorio de la presidencia del Con— y la escasa coherencia de conjunto de los resultados ²¹⁷.

En este contexto cabe explicar la renuncia a un marco de coo-ición judicial penal original de la Unión, en favor de un subsistema tado a completar y a facilitar la aplicación de las disposiciones iadas en los ámbitos del Consejo de Europa, de Schengen y del

Benelux ²¹⁸. Aspecto positivo de tal decisión ha sido la facilitación de la discusión, a partir del patrimonio jurídico común. Ello no puede hacernos olvidar, sin embargo, que aquellos textos no tienen en cuenta ni las necesidades de la Comunidad ni la peculiar configuración de la Unión ²¹⁹. Esta solución acentúa, además, la asimetría entre las mate-rias comunitarias y las del tercer pilar.

Por otro lado, las dificultades surgidas en la discusión del Proyecto de Convenio sobre Asistencia Judicial —singularmente, en lo relativo a la interceptación de las comunicaciones— muestran hasta qué punto cabe ser optimista sobre el futuro de estas cuestiones, de no cambiar la actitud de los negociadores en el Consejo. Subyace a todo ello la voluntad política que ha de presidir un proceso reformista de gran envergadura como éste, y que comporta un distinto entendimiento de las relaciones entre Política y Derecho, y entre el poder político y la Justicia.

El atraso que padece esta materia, respecto del primer pilar, es parcializado debido a que el proceso de toma de decisiones del título VI del Tratado es hipertrófico y en ocasiones disfuncional ²²⁰. Estructurado en torno a cinco instancias sucesivas —los Grupos de trabajo, los Comités directores, el Comité K4, el COREPER y el Consejo JAI— ²²¹, no es infrecuente que se hayan solapado unas y otras, en un contexto caracterizado por un excesivo intergubernamentalismo, que difumina las responsabilidades ²²². Es su rasgo característico la regla de la unanimidad ²²³, que no pocos consideran la causa principal de la ineficacia del título VI ²²⁴ y que, pese a las expectativas que al respecto existían, se mantiene tras Amsterdam. Prisioneras de tantos condicionantes, las decisiones así adoptadas se ven constreñidas, para

²¹⁸ *Vid.* el art. 1.1 de ambos Convenios y CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Rapport explicatif*, II, pp. 5, y III, p. 14.

²¹⁹ H. LABAVIÉ, «La coopération européenne...», p. 7.

²²⁰ *Vid.* F. BENZO SANZ, «El título VI...», p. 35; G. ARISTEGUI y SAN ROMÁN, «El tercer pilar...», p. 18; A. MANGAS MARTÍN, «El espacio penal...», p. 77; V. DUEÑAS, «La cooperación judicial penal», p. 228; C. BLUMANN, «Aspects institutionnels», pp. 18 ss., y H. LABAVIÉ, «Un espace de liberté...», p. 162, y «La coopération...», p. 135.

²²¹ *Vid.* la Decisión del Consejo de 6 de diciembre de 1993, por la que se adopta el Reglamento interno del Consejo (DOCE, núm. L 304, de 10 de diciembre de 1993), modificada por la Decisión de 6 de febrero de 1995 (DOCE, núm. L 031, de 6 de febrero de 1995), como consecuencia de la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia. De los 17 grupos de trabajo existentes, 5 de ellos se venían ocupando de la cooperación judicial penal: de criminalidad organizada internacional, de extradición, de asistencia judicial penal, de Derecho penal-Derecho comunitario, y de privación del permiso de conducir. Existían tres grupos directores, de los cuales el tercero era el competente en esta materia. En cuanto al procedimiento de toma de las decisiones, *vid.* F. BENZO SANZ, «El título VI...», pp. 31 ss. Como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, se ha acometido una reestructuración de este sector.

²²² A. MANGAS MARTÍN, «El espacio penal...», p. 78; L. SALAZAR, «La cooperazione giudiziaria...», p. 136, y H. LABAVIÉ, «La cooperación...», p. 135.

²²³ *Vid.* el núm. 3 del art. K.4 del Tratado UE.

²²⁴ L. SALAZAR, «La cooperazione giudiziaria...», p. 157.

²¹² Aplico al ámbito comunitario la lucida crítica que A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, 4 y 65, siguiendo a Spiros Simitis, dirige con carácter general al proceso de inflación ativa.

²¹³ M. DELMAS-MARTY, «Corpus Juris», pp. 38 y 39.

²¹⁴ *Vid.* el art. K.1.

²¹⁵ *Vid.* el art. K.3.1.

²¹⁶ N. PAKISI, «El terzo pilastro...», pp. 34 ss.

²¹⁷ H. LABAVIÉ, «La coopération...», p. 126, y «La coopération européenne...», p. 3.

evitar la parálisis, a un minimalismo cuyos caracteres son cierta vaguedad e imprecisión.²²⁵ Este desafío al principio de la certeza del Derecho dificulta la futura transposición y aplicación de las fórmulas negociadas y desdibuja las fronteras entre lo jurídico y lo político. Muestra, finalmente, el vano empeño de construir un ordenamiento legal allí donde no existe voluntad política.

A lo anterior ha de añadirse que el título VI se construyó a imagen del V, relativo a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).²²⁶ Tan injustificado mimetismo —dado el carácter heterogéneo de las materias de uno y otro— refleja el grado de ambición al respecto existente.

7.1.1.3. La configuración de un proyecto asimétrico: el marco institucional único

Pese a la proclamación del principio de la unidad institucional como eje vertebral del proyecto que alumbró Maastricht²²⁷, el examen de los muy diferentes poderes que, con relación al pilar comunitario, atrinúa el título VI del Tratado UE a las instituciones, muestra la asimetría del modelo.²²⁸ La marginación de la Comisión de toda iniciativa en materias penales privó al Ejecutivo comunitario de su influencia, que está en el origen de los grandes avances de la construcción europea. El hecho de que el art. K.4.2 del Tratado UE dispusiera que la Comisión estaba plenamente asociada a los trabajos no ha permitido al Ejecutivo desempeñar tan decisiva función. El monopolio que en este ámbito se reservaron los Estados miembros vino a provocar un rumbo aleatorio, no siempre determinado por los intereses comunes, sino por a particular visión de cada país.²²⁹

Cierto es que, como consecuencia del Consejo Europeo de Dublín, que tuvo lugar los días 13 y 14 de diciembre de 1996, estas materias recibieron un impulso considerable. Conscientes los Gobiernos de la gravedad de los problemas que amenazaban al proyecto europeo, el programa de lucha contra la delincuencia organizada se ha constituido

²²⁵ L. COHEN-TANUGI, *Le choix...*, pp. 69 y 70; L. CARTOU, *L'Union européenne...*, p. 638.

²²⁶ H. LABAYLE, «La coopération européenne...», p. 106.

²²⁷ Situado en su cuspide el Consejo Europeo, conforme al art. D del Tratado UE (actual

te. 4), el Parlamento, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia completan el conjunto, tenor de los arts. C y E del Tratado UE (actuales arts. 3 y 5, que también incluye al Tribunal e Cuentas).

²²⁸ El papel desdibujado de la Comisión y el Parlamento en el título VI del Tratado UE, frente al que les asigna el pilar comunitario, es destacado por D. SIDIANSKI, *L'avenir fédéraliste...*, p. 296 y 301 ss., y F. ROUCHEREAU, «L'espace judiciaire...», pp. 23 ss.

²²⁹ H. LABAYLE, «La coopération...», p. 132.

en la espina dorsal de los trabajos que, a partir de entonces, se han venido desarrollando.²³⁰

En cuanto al Parlamento concierne, el art. K.6 se limitaba a imponer al Consejo el deber de informarle regularmente sobre el curso de las iniciativas y a tomar debidamente en consideración sus opiniones. La participación de la institución directamente legitimada por el sufragio se contemplaba, como puede apreciarse, en términos que no admitían comparación con el Tratado CE. Es de lamentar esta marginación, en atención a la naturaleza de estas materias; singularmente, a la luz de los derechos fundamentales.²³¹ La experiencia parlamentaria en el proceso de elaboración de las decisiones.²³² De ahí la posición crítica de esta última, concretada en numerosas resoluciones, respecto del proceder del Consejo y de los escasos progresos alcanzados.²³³

No menos preocupante resultó la exclusión del Tribunal de Justicia. El Tratado UE²³⁴ circunscribió la jurisdicción al pilar comunitario —Tratados CE, CECA y EURATOM— y a sus propias disposiciones finales.²³⁵ Previo, no obstante, la posibilidad de que los convenios dispusieran que dicho Tribunal pudiera interpretar «las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que se puedan haber establecido».²³⁶ Mas como era previsible, la aspiración de acogerse a la garantía judicial tropezó con bloqueos en las discusiones, a propósito de convenios respecto de los cuales existía un acuerdo completo sobre las restantes cuestiones.²³⁷

Tales limitaciones no han impedido que el Tribunal haya podido ejercer una revisión “de carácter negativo”, respecto de actos adoptados en el tercer pilar, por presunta violación del Derecho comunitario. La Sentencia de 12 de mayo de 1998 resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra el Consejo, en cuanto a la Acción común sobre el régimen de tránsito aeroportuario, por entender que había

²³⁰ *Ibid.*, pp. 47 ss.

²³¹ En este sentido, H. LABAYLE, «La coopération...», pp. 133 y 134; F. MORAVIA, *La Unión Europea...*, p. 370, y S. MANACORDA, *La corruzione internazionale...*, p. 218.

²³² H. LABAYLE, «La coopération européenne...», p. 13, y T. L. MARGUE, «La coopération...», p. 106.

²³³ Así, las de 13 de diciembre de 1994, *DOCE*, núm. C 18, de 23 de enero de 1995, y 14 de diciembre de 1995, *DOCE*, núm. C 17, de 22 de enero de 1996.

²³⁴ *Ibid.*, art. L.

²³⁵ *Ibid.*, auto del Tribunal de Justicia de 7 de abril de 1995, asunto C-167/94 (Rec. 1995, p. I, 1023).

²³⁶ Último párrafo del art. K.3 del Tratado UE.

²³⁷ T. L. MARGUE, «La coopération...», p. 106, y H. LABAYLE, «Un espace de liberté...», p. 165. En el ámbito que nos ocupa, *vid.* el art. 8 del Convenio PIF, el art. 8 del Protocolo en materia de corrupción, el Protocolo de 29 de noviembre de 1996, relativo a la competencia del Tribunal de Justicia, *in extenso*, y el art. 12 del Convenio sobre corrupción.

invadido la competencia atribuida a la Comunidad en el art. 100 C del Tratado CE. El Tribunal de Justicia, no obstante desestimar el recurso por razones de fondo, declara que le corresponde «velar por que los actos que, según el Consejo, están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea no invadan las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuyen a la Comunidad»²³⁸.

La competencia facultativa en la interpretación de los convenios refleja la primacía de la Política sobre el Derecho²³⁹. Las consecuencias de ello, en cuanto a la inseguridad jurídica y a la dispar aplicación de las normas, son fácilmente imaginables. La ausencia de una garantía jurisdiccional priva a estas materias de una adecuada tutela de los derechos individuales, diluye la naturaleza esencialmente jurídica de la cooperación judicial en materia penal y frena su desarrollo²⁴⁰. Coincidiendo con esta preocupación, el Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea llama la atención sobre la necesidad de «un órgano jurisdiccional único, como Tribunal de Justicia, que fije definitivamente el Derecho para toda la Comunidad. Esta exigencia es fundamental en todo asunto que revista carácter constitucional o plantee cualquier otro problema importante para el desarrollo del Derecho»²⁴¹.

7.1.1.4. De los instrumentos previstos: entre el predominio de la Política en posiciones comunes y acciones comunes y la falta de ratificación de convenios

Según el núm. 2, segundo guión, del art. K.3 del Tratado UE, las cuestiones relativas a la cooperación judicial en materia penal podían ser objeto de posiciones comunes, acciones comunes y convenios. Las primeras fomentan toda forma de cooperación para conseguir los intereses de la Unión. Conforme al art. K.5 (actual art. 37), los Estados

²³⁸ Asunto C-170/1996 (Rec. 1998, pp. I-2763).

²³⁹ Es éste uno de los rasgos más evidentes de una Unión Europea desprovista de personalidad jurídica, cuyo desarrollo se confía, como sostiene J. DE MIGUEL ZARAGOZA, «Nuevas estrategias...», p. 158, a la cooperación política. Esta Unión, en palabras de G. ISAAC, *Manual...*, p. 28, «solamente tiene existencia política» y constituye, apunta A. MANGAS MARTÍN, «El espacio penal...», p. 71, «... un ideal político... y ... un inmenso campo de experimentación política y jurídicas».

²⁴⁰ J. ROSSERO, «Le contrôle judiciaire...», p. 56; N. PARISÍ, «Il terzo pilastro...», pp. 49 y 54; H. LABAYLE, «La coopération...», pp. 137 y 138; C. VAN DEN WYNGAERT, *The Transformations...*, pp. 15, y S. MANNACORRA, *La corruzione internazionale...*, p. 218. En el mismo sentido, PARLEMENT EUROPÉEN, *Conférence...*, p. 4.

²⁴¹ Boletín del Servicio de Información del Tribunal de Justicia, núm. 15/1995, de 24 de mayo de 1995.

miembros han de sostener dichas posiciones comunes en las Organizaciones y Conferencias internacionales en las que participen²⁴².

Las acciones comunes tendían a ciertos objetivos de la Unión, cuya realización, en razón de la naturaleza de las materias abordadas, resultase más fácil de manera concertada que mediante de la actuación aislada de cada país²⁴³. Esta forma de subsidiariedad adaptada al ámbito de la JAI se concebía como complemento de las iniciativas de los Estados, incapaces por sí mismos para frenar el desarrollo de la gran delincuencia²⁴⁴. De polémica naturaleza, estos instrumentos más bien parecen compromisos políticos formalizados en el Consejo²⁴⁵; el hecho de que estén sustraídos a la garantía jurisdiccional condiciona su eficacia a la buena voluntad de los Estados miembros²⁴⁶.

Si la técnica de la acción y de la posición comunes puede resultar razonablemente eficaz en el terreno de la seguridad común, su transposición al tercer pilar resulta desacertada²⁴⁷. El ámbito de la Política

²⁴² En el ámbito de la JAI, y además de las ya citadas en el capítulo primero, se han adoptado las siguientes: Posición Común de 4 de marzo de 1996, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al art. 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (DOCE, núm. L 063, de 13 de marzo de 1996) y Posición Común de 25 de octubre de 1996, relativa a las misiones de asistencia y de información efectuadas con anterioridad al cruce de la frontera (DOCE, núm. L 281, de 31 de octubre de 1996). En el ámbito de la PESC, aun con relación con el Derecho penal, se ha adoptado, entre otras muchas, la Posición Común de 27 de mayo de 1999, relativa a las negociaciones del Proyecto de Convenio sobre delincuencia en el ciberespacio celebradas en el Consejo de Europa (DOCE, núm. L 142, de 5 de junio de 1999).

²⁴³ Vid. el antiguo art. K.3.2.b) del Tratado UE.

²⁴⁴ H. LABAYLE, «La coopération...», p. 131.

²⁴⁵ Vid. A. WHELAN, «Fundamental Rights...», p. 210.

²⁴⁶ De entre las Acciones Comunes adoptadas hasta la fecha, y además de las ya citadas en el capítulo primero, las relacionadas con la materia que nos ocupa son las siguientes: Acción Común de 22 de abril de 1996, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea (DOCE, núm. L 105, de 27 de abril de 1996); Acción Común de 14 de octubre 1996, por la que se define un marco de orientación común para las iniciativas de los Estados miembros sobre funcionarios de enlace (DOCE, núm. L 268, de 19 de diciembre de 1996); Acción Común de 28 de octubre de 1996 por la que se aprueba un programa de fomento e intercambios para profesionales de la Justicia («Grotius») (DOCE, núm. L 287, de 8 de noviembre de 1996); Acción Común de 20 de diciembre de 1996, por la que se establece un programa común para el intercambio, la formación y la cooperación de las autoridades policiales y aduaneras («OISIN») (DOCE, núm. L 7, de 10 de enero de 1997); Acción Común de 9 de junio de 1997, relativa a la precisión de los criterios de fijación de objetivos, los métodos de selección y la recogida de información aduanera y policial (DOCE, núm. L 159, de 17 de junio de 1997); Acción Común de 29 de junio de 1998, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal (DOCE, núm. L 191, de 7 de julio de 1998); Acción Común de 29 de junio de 1998, por la que se crea una red judicial europea (DOCE, ídem) y Acción Común de 29 de junio de 1998, por la que se establece un sistema para evaluar colectivamente la adopción, aplicación y cumplimiento efectivo, por parte de los países candidatos, del acervo de la Unión Europea en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (DOCE, ídem).

²⁴⁷ C. VAN DEN WYNGAERT, *The Transformations...*, p. 16, y F. MORAVIA, *La Unión Europea...*

en sentido estricto, en el que se asientan las cuestiones de seguridad o, en su caso, de interior, no se aviene completamente con los objetivos de la JAI, de naturaleza esencialmente normativa. No es por ello causal que la experiencia de los últimos años haya provocado un predominio de los Ministros de Interior en detrimento de los de Justicia. Se ha generado así una práctica, cuya futura alteración no resultará fácil²⁴⁸. Esta metamorfosis metodológica y funcional, consistente en distraer los problemas jurídico-penales con la vestidura de lo político, expresa el intento, a la postre vano, de huir de la naturaleza de las cosas²⁴⁹.

Los convenios adoptados sobre la base del art. K.3.2.c) del Tratado de la Unión Europea constituyen acuerdos internacionales en el sentido del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados²⁵⁰. Aunque presentan singularidades²⁵¹, su incorporación al Derecho nacional es condición de su entrada en vigor, en el curso de un procedimiento que consta de dos fases. En la primera, el Consejo establece un texto por unanimidad, mediante un acto que es firmado por el Presidente, en el cual recomienda su adopción por los Estados miembros conforme a sus reglas constitucionales. La segunda se refiere a las actuaciones llevadas a cabo en cada país para vincularse al convenio mediante su ratificación, convalidación o aceptación. A ello se une el hecho de que, dados los términos con que se han confeccionado no pocas de sus disposiciones, el principio de *lex stricta* del Derecho penal obliga a lo que podríamos denominar su posterior "transposición".

Toda vez que, con excepción del Convenio de EUROPOL de 26 de julio de 1995²⁵², la ausencia de uno y otro procesos ha impedido la entrada en vigor de los adoptados, nada tiene de extraño que se haya cuestionado la viabilidad de estos instrumentos como medio para hacer progresar la Justicia penal en Europa²⁵³.

En definitiva, configurado el tercer pilar como prolongación institucionalizada de la precedente Cooperación Política Europea (CPE), el modelo de Maastricht debe reputarse una fase intermedia en el proceso hacia una Justicia penal europea, que ha servido para encauzar de manera definitiva la discusión sobre verdaderos problemas comunes. Ello obligará a reconocer la necesidad de reformas estructurales, cuya realización requerirá el impulso determinante que le corresponde al Consejo Europeo. Aquí radican tanto los evidentes logros como los

²⁴⁸ H. LABAYLE, «La coopération européenne...», p. 11.

²⁴⁹ H. LABAYLE, «La coopération...», pp. 131 y 136.

²⁵⁰ *Id.* V. DUEÑAS, «La cooperación judicial penal», pp. 201 y 202.

²⁵¹ Tales singularidades radican en el procedimiento de su elaboración y discusión, en el marco institucional del Consejo, con la intervención tanto del Parlamento como de la Comisión; lo cual permite mantener que su naturaleza trasciende el intergubernamentalismo en sentido estricto.

²⁵² DOCE, C 316, de 27 de noviembre de 1995.

²⁵³ J. M.ª. GIL-ROBLES, *Discurso*, p. 14.

límites de un diseño, que estaba destinado a preparar una nueva etapa; la que inaugura el Tratado de Amsterdam, en la que la Justicia penal común debe dejar de ser un permanente proyecto de futuro, para convertirse en una tarea a acometer sin dilación alguna.

7.1.2. Los progresos de Amsterdam en el ámbito de la cooperación judicial: un nuevo Tratado más acorde con las actuales necesidades de la Justicia penal en Europa

Cabe enfrentarse al futuro con fundadas dosis de optimismo, que son las que nos suministra el Tratado de Amsterdam, concluido políticamente el 17 de junio de 1997, firmado el 2 de octubre de 1997, publicado en el DOCE C 340, de 10 de noviembre de 1997, y, tras el depósito del último instrumento de ratificación por Francia, en vigor desde el primero de mayo de 1999.

A lo largo de la Conferencia Intergubernamental que le precedió, el título VI del Tratado UE fue una de las materias más debatidas, en un contexto caracterizado por la tensión entre los progresos esperados por la opinión pública, por un lado, y cierta desconfianza recíproca entre los Estados, por otro²⁵⁴. Ello no obstante, el análisis objetivo del funcionamiento del llamado tercer pilar no pudo sino conlugar el común acuerdo acerca de la necesidad de su reforma²⁵⁵. Fruto de ello serán importantes avances, que han de ser justa y positivamente valorados y recibidos, y que habrán de verse reflejados sin mucho tardar en esta materia²⁵⁶.

²⁵⁴ La Conferencia Intergubernamental prevista en el art. N.2 del Tratado de Maastricht se inauguró oficialmente en la cumbre de Turín el 29 de marzo de 1996. En respuesta a las críticas relativas al proceso de elaboración de su antecesor, este Tratado ha venido precedido de una larga discusión, tempranamente diseñada en Corfou, en junio de 1994. Precedida por un trabajo preparatorio facilitado por los informes detallados de las instituciones sobre la realización del Tratado de la Unión, el análisis de las vías a seguir y el estudio de las opciones posibles fue el objeto del trabajo que el llamado «grupo de reflexión», presidido por Westendorp —*vid.* Grupo de REFLEXIÓN, *Informe de etapa... in extenso*— transmitió a la cumbre de Madrid en diciembre de 1995 y en cuya ocasión se configuró el método y marco institucional de los trabajos. La Conferencia se desarrolló bajo las presidencias italiana, irlandesa y holandesa, que presentaron a su finalización sendos informes de etapa. Tanto los Parlamentos —nacionales y europeo—, por un lado, cuanto los países candidatos a la adhesión, por otro, fueron informados de manera regular. Todo ello permite mantener que la Conferencia se ha desarrollado en un ambiente de mayor transparencia que su predecesora. Al respecto, *vid.* M. PÉTRITTE, «Le traité...», pp. 19 y ss, y M. OREJA AGUIRRE, «La revisión...», pp. 356 ss.

²⁵⁵ *Id.* Grupo de REFLEXIÓN, *Informe de etapa... in extenso*, y M. PÉTRITTE, «Le traité...», pp. 19 ss.

²⁵⁶ Y ello, pese a la complejidad de las fórmulas adoptadas —fruto de las dificultades de la discusión y del alarde de sutileza de que hicieron gala los negociadores—, de suerte que el correcto discernimiento del Tratado requiere la remisión a sus numerosos apéndices: tres tipos de cláusulas de flexibilidad, trece protocolos adicionales, cincuenta y una declaraciones

Sin otra pretensión que la de trazar los rasgos más destacados de los progresos que, a nuestros efectos, representa este nuevo Tratado, a continuación se expondrán los relativos a los objetivos, a la comunitarización de un cúmulo importante de materias, a los instrumentos y, finalmente, al marco institucional único.

7.1.2.1. *El gran objetivo común de la Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y Justicia*

Es especialmente significativa la proclamación del gran objetivo, hasta la fecha inédito: «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia...»²⁵⁷, y en cuya formulación España ejerció un papel decisivo²⁵⁸. De manera coherente con esta declaración, el art. 28, párrafo primero, del mismo Tratado, nos aporta *la definición de una verdadera finalidad*, en sustitución de la mera relación de cuestiones consideradas de “interés común”, propia del de Maastricht. Esta innovación consiste en «... ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y Justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia»²⁵⁹.

La formulación de este ambicioso proyecto supone el tránsito a una auténtica política común en el ámbito de la Justicia penal. Para su logro, el Tratado precisa las vías: «... la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y armas, la corrupción y el fraude». Esta estrategia ha de conducir a «una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros»²⁶⁰. Cabe apreciar, no obstante, la ausencia de compromisos sobre objetivos concretos y un calendario para su logro, cuya precisión será posteriormente posible en el seno del Consejo. En esta dirección, antes incluso de la entrada en vigor del Tratado, el Consejo JAI de 3 de diciembre de 1998 adoptó un Plan de acción para establecer el espacio de libertad, seguridad

de la Conferencia anexas al Acta final, ocho declaraciones de los Estados miembros de los que la Conferencia «toma actas», como culminación de un bucle jurídico-político que, como sostiene H. LABAYLE, «Un espace de liberté...», p. 109, dificulta su comprensión.

²⁵⁷ *Vid.* el art. 2, párrafo primero, guión cuarto, del Tratado UE.

²⁵⁸ *Vid.* M. MARISCAL DE GANTE y MIRON, «Hacia un espacio...», p. 18.

²⁵⁹ Sobre el alcance de esta proclamación, *vid.* H. LABAYLE, «Un espace de liberté...», pp. 112 ss.; J. PRADIER, «Vías para la creación...», p. 46, y M. MARISCAL DE GANTE y MIRON, «Hacia un espacio...».

²⁶⁰ *Idem.*, párrafo segundo.

y Justicia preconizado en Amsterdam²⁶¹. El Consejo Europeo de Viena, que tuvo lugar los días 11 y 12 de diciembre de 1988, instó al Consejo de la Unión a la inmediata aplicación de las prioridades bienales definidas en el precitado plan²⁶².

Aceptada de manera general la necesidad de suprimir los obstáculos a la cooperación —comprensibles entre países pertenecientes a diversas culturas, mas injustificables en la Unión Europea²⁶³— tan ambicioso objetivo debe conducir *al progresivo abandono del modelo internacionalista de cooperación judicial penal hasta ahora existente*. El espacio al que Amsterdam franquea la puerta ha de caracterizarse por la facilitación de las investigaciones de alcance supranacional, la simplificación de la cooperación judicial y la correlativa desaparición de las trabas que actualmente existen²⁶⁴. Ello implica la superación del principio de la territorialidad nacional de la ley penal²⁶⁵, una efectiva armonización penal y procesal²⁶⁶ y el mutuo y automático reconocimiento del valor de las decisiones judiciales²⁶⁷.

La Unión Europea como espacio de Justicia supone igualmente el abandono paulatino de la extradición, como propuso Mariscal de Gante en el Consejo de Berlín, el 12 de febrero de 1999. Parece, en efecto, de difícil justificación que quien ha cometido un delito en un país de la Unión pueda refugiarse en otro, donde se beneficiará ya del rechazo de la demanda de extradición, ya de las ventajas de un largo procedimiento. Ello no hace sino dificultar la efectiva ejecución de las decisiones de las autoridades judiciales del país requirente²⁶⁸. Con idéntica preocupación, mas acentuando las múltiples diferencias existentes entre los sistemas penales europeos, QUINTERO OLIVARES propone la supresión del principio de la doble incriminación, y la elaboración de un catálogo de delitos que permitan la entrega automática del autor del delito²⁶⁹.

²⁶¹ Publicado en el *DOCE* de 23 de enero de 1999. *Vid.*, también, COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication...*, IV, *in extenso* en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de abril de 1999 sobre un espacio de libertad, de seguridad y de Justicia, ponente, el parlamentario Rinaldo Bontempi; y concretamente, su punto núm. 26 (*DOCE*, C 219, de 30 de julio de 1999).

²⁶² *Vid.* la conclusión de la Presidencia núm. 83.

²⁶³ R. VAN RUYMBEKE, *Communication...*, p. 4.

²⁶⁴ M. MARISCAL DE GANTE y MIRON, «Hacia un espacio...», p. 18, subraya el desarrollo de la cooperación entre fiscales y autoridades de investigación.

²⁶⁵ H. LABAYLE, «L'application...», p. 50.

²⁶⁶ M. DELMAS-MARTY, *Rapport général*, p. 31.

²⁶⁷ M. MARISCAL DE GANTE y MIRON, «Hacia un espacio...», p. 18.

²⁶⁸ H. LABAYLE, «L'application...», p. 50.

²⁶⁹ G. QUINTERO OLIVARES, «La unificación...», p. 60.

7.1.2.2. *La integración del acervo Schengen y la comunitarización singular de ciertas materias*

La incorporación del acervo Schengen y la sustitución del Comité Ejecutivo por el Consejo es otra de las novedades. Esta integración se producirá ya en el primer o en el tercer pilar, en razón de las distintas materias. Las decisiones relativas a la base jurídica de la integración —ya en el primer o en el tercer pilar—, se adoptarán por el Consejo por unanimidad. Entretanto, las disposiciones Schengen serán tratadas como propias del título VI del Tratado UE.²⁷⁰ Conforme a lo previsto, el Consejo ha adoptado dos decisiones el 20 de mayo de 1999. Mientras que la primera define el acervo Schengen, la segunda fija la base jurídica de cada una de sus disposiciones.²⁷¹

De entre los numerosos problemas jurídicos que entraña la integración destaca el hecho de que, por un lado, el Reino Unido e Irlanda no forman parte del espacio Schengen, y que, por otro, Dinamarca —pese a su adhesión a los Acuerdos en fecha 19 de diciembre de 1996— no desea tratar estas cuestiones fuera del título VI del Tratado UE. Consecuencia de ello serán tres protocolos anexos al Tratado.²⁷² El rechazo de los primeros es congruente con una posición bien conocida por reiterada, desde la Adopción del Acta Única. Ello ha conlucido a la exención de la obligación de estos Estados de suprimir los controles en las fronteras interiores. Ambos países podrán, no obstante, manifestar su interés en participar en determinadas iniciativas y en incorporar a sus Derechos nacionales las medidas adoptadas por la Unión.

Dinamarca, por motivos relacionados con la ratificación del Tratado de Maastricht, ni participará de las medidas previstas en el título IV del Tratado CE, relativo a la libre circulación de personas, ni quedará vinculada por ningún acuerdo adoptado por la Comunidad sobre la base de dicho título. Tampoco le afectarán las decisiones del Tribunal de Justicia interpretando aquéllas.²⁷³ El Protocolo le permite, no obstante, decidir en cualquier momento tanto no hacer uso de las excepciones como incorporar a su Derecho nacional cualquiera de los acuerdos adoptados.

A tan compleja situación se une la circunstancia de que Noruega e Islandia —miembros, junto con Suecia, Finlandia y Dinamarca, de la Unión Nórdica de Pasaportes creada en 1957— están asociados al

espacio Schengen, tras la firma del Acuerdo de cooperación de 19 de diciembre de 1996. La forma en que estos Estados no comunitarios participarán en la Asociación será obviamente la intergubernamental.²⁷⁴ El Consejo ha concluido el 17 de mayo de 1999 un Acuerdo con ambos países de desarrollo y aplicación del acervo Schengen.²⁷⁵

Es de destacar la comunitarización de un importante cúmulo de materias —cooperación judicial en materia civil, fronteras interiores y exteriores, política de visados, asilo, e inmigración— hasta ahora confinadas en el tercer pilar. Su traslado, del título VI del Tratado UE al título IV del Tratado CE, ha de provocar consecuencias profundas y anuncia la vía a seguir en materia penal.²⁷⁶ La comunitarización se prevé en forma progresiva, de suerte que durante el período transitorio de cinco años el Consejo decidirá por unanimidad, con la iniciativa de la Comisión y de los Estados miembros. Una vez transcurrido este plazo, la Comisión ostentará el monopolio de la iniciativa, aunque persistirá el voto unánime.²⁷⁷

Cabe apreciar, por tanto, una división entre las materias que afectan a la libre circulación de personas, transferidas al pilar comunitario, y las referidas al Derecho penal y a las cuestiones policiales, que permanecen en el título VI del Tratado UE.²⁷⁸ Ello no supone, sin embargo, una radical separación entre uno y otro, pues el tercer pilar se acerca a principios y reglas comunitarias y el título IV del Tratado CE se configura de manera peculiar, con no pocas adherencias de su procedencia.

7.1.2.3. *De los nuevos instrumentos normativos previstos en Amsterdam*

Resulta llamativa, junto a la desaparición de la Acción Común, la creación de la “decisión-marco”, diseñada en paralelo a las directivas: tiene como objetivo la aproximación de las legislaciones y constituye un dispositivo que se impone a los Estados miembros, que pueden elegir los medios para su realización. La singular indicación de que “no tendrán efecto directo” —formulada a modo de mensaje dirigido a las instituciones—, parece sugerir, a la luz de la jurisprudencia del

²⁷⁰ *Vid.* art. 2.1 del Protocolo de integración.

²⁷¹ *DOCE*, núm. L 176, de 10 de julio de 1999.

²⁷² *DOCE*, núm. L 176, de 10 de julio de 1999.

²⁷³ *Vid.* el título IV —arts. 61 a 69— del Tratado CE, conforme al Tratado de Amsterdam.

²⁷⁴ Las medidas previstas en el art. 61.e) del Tratado CE «... en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal para garantizar un alto grado de seguridad mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia dentro de la Unión...» serán adoptadas por el Consejo con arreglo a lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea.

que instituye la Comunidad Europea en el Reino Unido e Irlanda, el Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda y el Protocolo sobre la posición de Dinamarca.

²⁷⁵ *Vid.* H. LABAVLE, «Un espace de liberté...», pp. 124 ss.

Tribunal de Justicia²⁷⁹, que la redacción de tales instrumentos deberá efectuarse en términos generales, facilitando un margen a los legisladores nacionales²⁸⁰.

En cuanto a los convenios, su ratificación por la mitad de los Estados miembros comportará, si no disponen lo contrario, la entrada en vigor para estos últimos²⁸¹. Esta forma indirecta de cooperación reforzada evitará el posible bloqueo que podía ejercer un solo país, absteniéndose de ratificar el Convenio. Aspecto negativo de ello será la acentuación de la asimetría de Schengen, consagrando una Europa judicial como suma de subsistemas mejor o peor conectados entre sí. El establecimiento de un plazo para iniciar el procedimiento de ratificación refleja la preocupación sobre uno de los aspectos más criticados del diseño de Maastricht²⁸².

7.1.2.4. *El marco institucional único en el Tratado de Amsterdam*

También en este plano cabe apreciar ciertos progresos. No obstante, el considerable refuerzo que experimenta el Parlamento en el pilar comunitario sólo encuentra un reflejo parcial en el título VI del Tratado UE²⁸³. En el primero se amplían las materias cuya regulación se confía a la codecisión²⁸⁴ y se simplifican los procedimientos legislativos, con la posibilidad de aprobación del texto en "primera lectura" y eliminación de la tercera²⁸⁵. Sin embargo, los progresos alcanzados en el segundo se limitan a impedir la práctica de informar al Parlamento inmediatamente antes de la adopción de los actos²⁸⁶. Se condiciona ahora la adopción de cualquier decisión-marco, decisión o convenio,

²⁷⁹ *Vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia de fechas 22 de septiembre de 1983, asunto 271/1982 (Rec. 1983, p. 2727); 15 de diciembre de 1983, asunto 5/1983 (Rec. 1983, p. 4233); 26 de febrero de 1986, asunto 152/1984 (Rec. 1986, p. 723); y 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/1990 y C-9/1990 (Rec. 1991, pp. 1, 5337).

²⁸⁰ M. PERRINÉ, «Le traité...», p. 28.

²⁸¹ *Vid.* el art. 34.2.d), párrafo segundo, del Tratado UE.

²⁸² *Vid.* H. LABAYLE, «Un espace de liberté...», p. 165.

²⁸³ Al extremo de que C. BLUMANN, «Aspects institutionnels», pp. 27 ss., sostiene que el Parlamento Europeo es el principal ganador de las reformas institucionales de Amsterdam.

²⁸⁴ El procedimiento de codecisión se extiende a las siguientes materias: no discriminación por razón de nacionalidad, libertad de circulación y de estancia, seguridad social de los emigrantes, derecho de establecimiento para los extranjeros, régimen de las profesiones, aplicación de la política de transportes, ciertas materias relativas al protocolo social y reintegradas en el Tratado, decisiones de aplicación del fondo social, formación profesional, salud pública, ciertas materias relacionadas con las redes de transporte europeos, decisiones de aplicación del FEDER, investigación, medio ambiente, cooperación al desarrollo, igualdad de oportunidades y de tratamiento, lucha contra el fraude, estadísticas, creación de una autoridad consultiva en materia de protección de datos, medidas de favorecimiento del empleo, cooperación aduanera y medidas para luchar contra la exclusión social.

²⁸⁵ M. OREA AGUIRRE, «La révision...», p. 377.

²⁸⁶ H. LABAYLE, «Un espace de liberté...», p. 162.

a la previa consulta de la instancia parlamentaria. Ésta, en el plazo que se le fije, no inferior a tres meses, formulará su dictamen, de carácter meramente consultivo. En el caso de que no se haya emitido en el plazo previsto, el Consejo podrá adoptar el acto en cuestión²⁸⁷. En definitiva, las diferencias entre primer y tercer pilar, en cuanto a la intervención de la institución parlamentaria se refiere, siguen siendo muy considerables²⁸⁸.

En sentido opuesto, el reconocimiento de la coinitiativa a la Comisión junto con los Estados miembros ha de considerarse un gran avance, que permitirá corregir parte de las limitaciones ya expuestas. Se manifiesta, lamentablemente, el principio de la unanimidad en la adopción de las posiciones comunes, decisiones-marco, decisiones y convenios²⁸⁹.

En lo relativo al Tribunal de Justicia, se amplían sus competencias a las materias comunitarizadas, aun con un sistema singular respecto del régimen general²⁹⁰. En cuanto a las que permanecen en el título VI del Tratado UE, los progresos pueden estructurarse en torno a tres vectores. El primero se refiere a la atribución de competencias al Tribunal para que se pronuncie con carácter prejudicial sobre validez e interpretación de las decisiones-marco y las decisiones, interpretación de los convenios y validez e interpretación de sus medidas de aplicación.

Persistiendo la visión propia del Derecho internacional²⁹¹, no se trata de una competencia necesaria, sino condicionada a la voluntad de cada Estado, que ha de efectuar una declaración al respecto, en el momento de firmar el Tratado de Amsterdam o en otro posterior²⁹². Tal declaración habrá de adecuarse a la siguiente alternativa: la cuestión prejudicial puede ser planteada por el órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de recurso judicial interno o por cualquier órgano jurisdiccional²⁹³. La naturaleza opcional de la competencia sigue siendo preocupante, pues permite que se consagre una Europa judicial asimétrica, en la que la garantía del principio de igualdad resulta problemática²⁹⁴.

En cuanto al segundo de los vectores, el número 6 del art. 35 declara la competencia del Tribunal de Justicia en el recurso de anulación respecto de decisiones-marco y decisiones, a instancia de los Estados miembros o de la Comisión. Esta impugnación puede fundarse en

²⁸⁷ *Vid.* art. 39 del Tratado UE.

²⁸⁸ T. L. MARGUÉ, «La coopération...», pp. 115 y 117.

²⁸⁹ *Vid.* art. 34.2 del Tratado UE.

²⁹⁰ *Vid.* los arts. 67.2 y 68 del Tratado CE.

²⁹¹ C. BLUMANN, «Aspects institutionnels», p. 39.

²⁹² *Vid.* el art. 35.1.2 y 3.

²⁹³ J. DE MIGUEL ZARAGOZA, «La cooperación judicial...», pp. 11 ss., y P. FIMIANI, *La tutela pendente...*, p. 205.

²⁹⁴ M. OREA AGUIRRE, «La révision...», p. 379, y H. LABAYLE, «Un espace de liberté...», p. 167.

incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.

Finalmente, el art. 35.7, inspirado en algunas disposiciones contenidas en distintos convenios establecidos sobre la base del art. K.3 del Tratado de Maastricht, atribuye competencia al Tribunal para resolver los conflictos entre los Estados miembros en lo relativo a la interpretación o aplicación de posiciones comunes, decisiones-marco, decisiones y convenios, cuando el litigio no haya encontrado una solución en el plazo de seis meses desde su remisión al Consejo. La competencia se extiende a los conflictos entre los Estados miembros y la Comisión, en cuanto a la interpretación o aplicación de los convenios, sin condicionarse a la fase previa de conciliación²⁹⁵.

Es de lamentar la no incorporación del recurso por incumplimiento, pues la nueva figura de las decisiones-marco hace previsible transposiciones tardías, defectuosas o incompletas. La ausencia de garantía jurisdiccional dificultará la realización de su finalidad armonizadora²⁹⁶.

7.2. De los magistrados de enlace, la red judicial europea y otras iniciativas

La necesidad de facilitar tanto la asistencia judicial como la extradición está en la base de la Acción Común de 22 de abril de 1996, que instaura un marco bilateral de intercambio de magistrados de enlace²⁹⁷. Destacados en las sedes de cooperación judicial de otros países, estos magistrados facilitan todo tipo de información. Pese a que España no haya enviado todavía ningún juez o fiscal como enlace bilateral, la experiencia acumulada resulta claramente positiva. Además de lo dicho, esta iniciativa sirve para aproximar las diferentes culturas judiciales y para desmitificar alguno de los elementos que han venido lastrando la cooperación judicial.

Las limitaciones inherentes a tal marco bilateral frente al fenómeno criminal transnacional organizado, están en el origen de otras medidas. Tal es el caso de la Acción Común de 29 de junio de 1998, relativa a la creación de una red judicial europea, adoptada a iniciativa de la delegación belga. Integrada por una serie de "puntos de contacto" en los distintos países de la Unión, se distingue de la anterior por su carácter multilateral y por no suponer el desplazamiento estable de los magistrados a otros países²⁹⁸.

²⁹⁵ *Vid.* C. BURMANN, «Aspects institutionnels», p. 39.

²⁹⁶ H. LABAYLE, «Un espace de liberté...», p. 168.

²⁹⁷ *DOCE*, núm. 105, de 27 de abril de 1996.

²⁹⁸ *DOCE*, núm. 191, de 7 de julio de 1998.

Operando en sus respectivas sedes nacionales, y designados por cada Estado miembro y por la Comisión Europea, los integrantes de la red judicial sirven de intermediarios entre autoridades requeridas y requeridas, con la finalidad de facilitar la cooperación, singularmente cuando de formas graves de criminalidad se trata. Su misión consiste principalmente en proporcionar las informaciones tanto de orden jurídico como de tipo práctico, ambas necesarias para formalizar y dirigir de forma adecuada las demandas. Se contempla igualmente la coordinación, cuando la ejecución del auxilio judicial requiera una actuación concertada²⁹⁹. La Acción Común prevé la celebración de reuniones periódicas de la red judicial europea; foro de análisis, a partir de las experiencias acumuladas, y antecedente, en su caso, de las oportunas reformas normativas a discutir en el seno del Consejo³⁰⁰. Sus previsiones se completan con la creación de una red de telecomunicaciones³⁰¹.

La finalidad a que sirve la red judicial se complementa con la Acción Común sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal, también de fecha 29 de junio de 1998, que traduce el compromiso de una eficaz cooperación judicial mediante el respeto de una serie de reglas³⁰². Una evaluación de su cumplimiento se contempla igualmente, para analizar el grado de concordancia entre las declaraciones y la realidad³⁰³.

7.3. La asistencia de la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF) a las autoridades judiciales nacionales

En la evolución de la lucha contra el fraude comunitario, la asistencia de la OLAF a las autoridades judiciales ha desempeñado un papel destacado. Impulsada por razones de necesidad y legitimada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo —conforme a la idea

²⁹⁹ *Vid.* el art. 4 de esta Acción común.

³⁰⁰ *Vid.* el art. 5 ídem.

³⁰¹ *Vid.* el art. 10 ídem.

³⁰² *DOCE*, núm. L 191, de 7 de julio de 1998.

³⁰³ Las buenas prácticas consisten en acusar recibo de la solicitud de asistencia; proporcionar la identificación de la autoridad encargada de la ejecución de la solicitud; dar prioridad a las urgentes; remitir informe escrito u oral en el caso de dificultades que impidan su cumplimiento; brindando la posibilidad de estudiar conjuntamente la forma de superar aquéllas; remitir informe en el caso de imposibilidad de cumplir; lo solicitado en plazo; no calificar de urgentes las peticiones de importancia secundaria; comprobar que las solicitudes se ajustan a los tratados o acuerdos internacionales pertinentes; y facilitar el teléfono y el fax de la persona encargada de la tramitación.

de la primacía de la Justicia en una Comunidad de derecho³⁰⁴ — esta función se ha materializado singularmente en los supuestos no infra-complejidad. A la dificultad de localizar los medios de indudable y de prueba dispersos dentro y fuera de la Unión se unen problemas de orden procesal; y así, entre otros: competencia, centralización de procedimientos, extradición, comisiones rogatorias, validez de las pruebas obtenidas a partir del dispositivo comunitario y de los acuerdos de asistencia firmados con numerosos países.

Obvio es decir que dar solución a todos ellos no es cosa en absoluto fácil, mas cabe reconocer la aportación del Servicio Antifraude, relativo a las investigaciones, cuando no su coordinación³⁰⁵. Pero no sólo esto. Esta actividad ha contribuido a elaborar una nueva cultura de cooperación judicial. La "célula de enlace penal", constituida al efecto en la antigua UCLAF, tenía por objeto materializar la asistencia a las autoridades judiciales, prevista en el art. 7 del Segundo Protocolo al Convenio PIF³⁰⁶.

Entre tanto, la Decisión de la Comisión de 14 de julio de 1998, posteriormente derogada al crearse la OIAF³⁰⁷, atribuyó al Servicio Antifraude el carácter de «interlocutor directo de las autoridades policiales y judiciales». A tal fin, su Director comunicaba a los órganos competentes los resultados de las investigaciones en los casos de irregularidades, fraudes, corrupción o cualquier actividad contraria a los intereses financieros comunitarios³⁰⁸. Se declaraba igualmente la obligación de prestar «toda la asistencia técnica y operativa necesaria a fin de facilitar la coordinación de las investigaciones emprendidas por las autoridades competentes»³⁰⁹.

El nuevo art. 280 del Tratado CE representa un progreso considerable en este ámbito, que anuncia un nuevo modelo de relaciones entre instancias comunitarias y autoridades judiciales; singularmente, dado que contempla la organización de una colaboración "estrecha y regular" entre unas y otras, para proteger los intereses financieros comunitarios frente al fraude³¹⁰. Ello abre la puerta de manera incontestable a futuros actos que giren en torno a la cooperación judicial.

No otra cosa ha decidido el legislador comunitario, cuando atribuye a la OIAF el deber de aportar «... la asistencia de la Comisión a

los Estados miembros para organizar una colaboración estrecha y regular entre sus autoridades competentes, con el fin de coordinar su acción dirigida a proteger contra el fraude los intereses financieros de la Comunidad Europea»³¹¹. Lo que supone que la asistencia prevista en el art. 7 del segundo Protocolo al Convenio PIF ha sido en gran medida incorporada al Derecho comunitario derivado.

Un medio para materializar la asistencia es el Reglamento (Europaratom, CE) núm. 2185/1996 del Consejo, de 11 de noviembre, relativo a los controles y verificaciones *in situ* llevados a cabo por los investigadores de la Oficina³¹². Eje central de esta actividad es el concepto de "irregularidad", definido en el art. 1.2 del Reglamento (CE, Euratom) núm. 2988/1995 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros comunitarios³¹³. Dada su amplitud, la irregularidad abarca determinados comportamientos a los que los legisladores nacionales atribuyen el carácter delictivo³¹⁴. Se comprende así que los investigadores de la OIAF estén plenamente legitimados para efectuar sus pesquisas sobre hechos que, al trasluz del Derecho nacional, constituyen infracciones penales. Ello permite obtener medios de prueba, cuya transmisión al procedimiento judicial se contempla en el art. 8.3 del Reglamento 2185/1996³¹⁵. Se establece de este modo el principio de la utilización de los documentos obtenidos conforme al Derecho comunitario, en el procedimiento judicial, civil, administrativo o penal³¹⁶. Cuando tales con-

³¹¹ Art. 1.2 del Reglamento (CE) 1073/1999.

³¹² *Vid.* DOCE, núm. L 292, de 15 de noviembre de 1996.

³¹³ *Vid.* DOCE, núm. L 312, de 23 de diciembre de 1995.

³¹⁴ «Constituirá irregularidad —según esta disposición— toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido.»

³¹⁵ Este precepto dispone lo siguiente: «Los inspectores de la Comisión velarán por que sus informes de control y verificación se elaboren teniendo en cuenta las exigencias de proficiencia previstas en la legislación nacional del Estado miembro de que se trate. Las justificaciones y los elementos materiales recogidos, contemplados en el art. 7, figurarán como anexo de dichos informes. Los informes así redactados constituirán elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en donde su uso resulte necesario, en los mismos términos y condiciones que los informes administrativos redactados por los inspectores administrativos nacionales. Estarán sometidos a las mismas normas de apreciación que se aplican a los informes administrativos de los inspectores administrativos nacionales y tendrán un valor idéntico a éstos...»

³¹⁶ *Vid.*, igualmente, el Reglamento (CE) núm. 515/1997 del Consejo de 13 de marzo de 1997 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria (DOCE L 082, de 22 de marzo de 1997), cuyo art. 12 dispone que «las comprobaciones, certificados, informaciones, documentos, copias autenticadas y todos los datos obtenidos por agentes de la autoridad requerida y transmitidos a la autoridad requiriente en los casos de asistencia previstos en los arts. 4 a 11 podrán ser utilizados como

³⁰⁴ *Vid.* los dos autos del Tribunal de Justicia en el asunto C-2/1988, Zwartveld, ya citados, así como la sentencia dictada en el asunto T-353/94, Postbank NV contra Comisión de las Comunidades Europeas (Rec. 1996, pp. II, 0921).

³⁰⁵ *Vid.* M. DELMAS-MARTY, *Rapport général*, pp. 19 y 23.

³⁰⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Programme...*, p. 14.

³⁰⁷ *Vid.* la Decisión de la Comisión de 2 de junio de 1999, ya citada.

³⁰⁸ Art. 4 de la Decisión.

³⁰⁹ Art. 3 ídem.

³¹⁰ *Vid.* el art. 280.3 del Tratado CE.

troles se efectúan en un Estado miembro o en un tercero³¹⁷, a instancia de una autoridad judicial de otro país miembro, nos situamos ante una forma de asistencia que hace innecesario el recurso a la comisión rogatoria.

Teniendo en cuenta la naturaleza de tales controles, que no permite el recurso a la coacción, y depende de la colaboración de los operadores económicos —por otro lado, obligados a ella³¹⁸—, obvio es decir que límite a tal proceder es la entrada y registro y cuantas actuaciones requieran la intervención de la autoridad judicial encargada de velar por los derechos fundamentales³¹⁹. Otro tanto puede mantenerse respecto de la información obtenida en el marco de la asistencia mutua entre los Estados miembros y de la colaboración entre éstos y la Comisión, para la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria³²⁰. Y respecto de las misiones de investigación fuera del territorio de la Comunidad, que permiten los numerosos Acuerdos y Protocolos de asistencia administrativa³²¹.

Unas y otras actuaciones, aunque venían siendo desarrolladas por la antigua UCLAF, como ha quedado dicho, no dejaban de enfrentarse a numerosos problemas, en gran parte debidos al carácter escasamente coherente del conjunto legislativo, que el mantenimiento de fronteras ficticias entre el primer y el tercer pilar viene a provocar³²². El actual art. 280 del Tratado CE acerca el Derecho a la realidad y preconiza un Servicio Antifraude y Anticorrupción competente para investigar, a modo de dintel entre ambos pilares, los distintos hechos ilícitos, con independencia de su naturaleza administrativa o penal.

La obligación que se atribuye a la OLAF ha de provocar la instauración de un dispositivo capaz de garantizar la colaboración con las autoridades judiciales en la forma prevista por el art. 280 del Tratado CE³²³. Y convierte a la Oficina en instancia de cooperación, campo de experimentación y laboratorio de la lucha contra la ilegalidad eco-

elementos de prueba por las autoridades competentes del Estado miembro de la autoridad requeriente».

³¹⁷ Vid. el art. 8.5 del Reglamento 2185/1996.

³¹⁸ Vid. los arts. 5, párrafo segundo, y 9 del Reglamento idem.

³¹⁹ En cuanto a las facultades de investigación de la Comisión Europea, vid. A. NIETO MARTÍN, *Prácticas comunitarias...*, pp. 24 ss.

³²⁰ Vid. el Reglamento 515/1997, ya citado, *in extenso*.

³²¹ A mero título de ejemplo, el Protocolo núm. 5 relativo a la asistencia administrativa en materia aduanera al Acuerdo estableciendo una Asociación entre las Comunidades Europeas y Letonia, de 19 de diciembre de 1997 (*DOCE* de 2 de febrero de 1998); o el Protocolo núm. 5 República de Túnez, de 26 de enero de 1998 (*DOCE* de 30 de marzo de 1998).

³²² Vid. COMITÉ D'EXPERTS INDÉPENDENTS, *Second rapport...*, p. 156.

³²³ En cuanto al contenido de esta función —teniendo en cuenta que, según se indicó, el art. 280.3 del Tratado CE incorpora al menos parcialmente la obligación contemplada en el art. 7 del Segundo Protocolo al Convenio PTF— vid. CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Rapport explicatif*, III, *in extenso*.

nómica en Europa. Se suelda así, aunque de modo parcial, la fisura que parecía condenar a la Justicia penal europea a un estado de permanente ficción. Y se allana el camino hacia un espacio penal común europeo, del que un Servicio especializado de investigación es *conditio sine qua non*; pues es impensable una respuesta a este tipo de criminalidad sin un sistema adecuado de información, investigación y posterior transmisión de sus resultados a las autoridades competentes para el enjuiciamiento y, en su caso, sanción de los hechos ilícitos³²⁴.

7.4. Hacia la constitución de un espacio penal común europeo

La Comunidad Europea es la fuente de actividades delictivas propias, cuya prevención sólo es posible con un sistema penal común, adaptado de manera estructural a la fenomenología criminal inherente al orden innovado³²⁵. Este objetivo no ha de limitarse a lo estrictamente económico. Porque la Unión Europea es una Unión de pueblos,

³²⁴ En este sentido, COUR DE COMPTES EUROPEENNE, *Rapport spécial...*, p. 35. Las fuentes por las que la OLAF accede a dicha información son diversas: la propia Comisión, el Parlamento Europeo —y en especial su Comisión de Control Presupuestario—, el Tribunal de Cuentas, denuncias de particulares efectuadas por escrito o por medio del llamado "teléfono verde" y, finalmente, las comunicaciones oficiales que suministran los Estados miembros en cumplimiento de la normativa comunitaria. Este último flujo informativo es objeto de regulación en los distintos sectores. Así, en cuanto a los recursos propios, las comunicaciones habrán de efectuarse de manera trimestral, respecto de las irregularidades superiores a 10.000 euros, conforme al art. 6 del Reglamento (CEE, EURATOM) 1552/1989 del Consejo, de 29 de mayo de 1989 (*DOCE*, L 155, de 7 de julio de 1989), reformado por el Reglamento (EURATOM, CE) 1355/1996 (*DOCE*, L 175, de 13 de julio de 1996), la Decisión de la Comisión 88/376 (CEE, EURATOM) relativa al sistema de los recursos propios de las Comunidades (*DOCE*, L 185, de 15 de julio de 1988) y la Decisión de la Comisión 97/245 (CE, EURATOM), de 20 de marzo de 1997 (*DOCE*, L 097, de 12 de abril de 1997). En el sector aduanero y de la política agrícola común destaca el Reglamento (CE) 515/1997, ya citado, y el Reglamento 696/1998 de la Comisión, de 27 de marzo de 1988 (*DOCE*, L 096, de 28 de marzo de 1998), de aplicación del anterior. La obligación de los Estados miembros de suministrar trimestralmente a la Comisión informaciones sobre las irregularidades por un importe superior a 4.000 euros y que hayan constituido objeto de una primera actuación administrativa o judicial se contempla en el Reglamento (CEE) 595/1991 del Consejo, ya citado; en el Reglamento 1469/1995 del Consejo, de 22 de junio de 1995, del procedimiento relativo a los beneficiarios de las operaciones financiadas por el FEOGA, sección garantía (*DOCE*, L 145, de 29 de junio de 1995); y en el Reglamento (CE) de la Comisión 745/1996, de 24 de abril de 1996, sobre las modalidades de aplicación del anterior (*DOCE*, L 102, de 25 de abril de 1996). En el sector de las acciones estructurales y el fondo de cohesión, los Reglamentos (CE), ambos de la Comisión, 1681/1994, de 11 de julio de 1994 (*DOCE*, L 178, de 12 de julio de 1994), y 1831/1994, de 26 de julio de 1994 (*DOCE*, L 191, de 27 de julio de 1994), respectivamente, han previsto un sistema de flujo de información de cada Estado miembro a la Comisión en cuanto a la irregularidades constatadas.

³²⁵ «El nivel de integración del mercado interior —sostiene la Comisión Europea en *Programme...*, p. 13— y la responsabilidad concreta de la Comunidad para la protección de las finanzas requieren que se desarrolle un espacio coherente e integrado en el ámbito penal, a fin de que las autoridades judiciales puedan afrontar los problemas que plantea la delincuencia transnacional organizada». En el mismo sentido, H. LABAYLE, «L'application...», pp. 49 y 50; E. BACIGALUPO ZAPATER, *Curso...*, p. 414, y J. CHARRENTIER, «Vers un espace...», p. 931.

son los ciudadanos y sus necesidades quienes han de convertirse en el centro de la reflexión, a la hora de fijar el catálogo de los bienes jurídicamente relevantes y de relacionar los medios penales para su protección.³²⁶ Cabe dispensar, no obstante, una atención prioritaria a la criminalidad que no solamente se produce en Europa, sino también contra los intereses vitales de la Comunidad y de la Unión. A este respecto, VERVAELE propone la identificación de los bienes jurídicos europeos conforme a tres criterios: la defensa de los intereses propios de la Comunidad, que abarca tanto sus finanzas como la moneda única; la protección del espacio común europeo, que incluye la ciudadanía y las transacciones comerciales; y, finalmente, la tutela del buen funcionamiento de las instituciones europeas, frente a las prácticas corruptas.³²⁷

Ha de abandonarse, en cualquier caso, la pretensión de conciliar una unión aduanera, un solo mercado y un espacio monetario con quince sistemas penales nacionales aislados o insuficientemente relacionados. Esta revolución conceptual, carente de precedentes, es por completo ajena a la realidad. Contrariamente a la constitución del poder, tradicionalmente inclinada por la inmediata instauración de un sistema penal propio³²⁸, la Unión Europea se configura como un nuevo orden político, remitiendo el sistema penal a un papel secundario. Esta pretensión se sitúa de espaldas a la forma del poder en las organizaciones políticas modernas, estructurada en torno al control social mediante la amenaza de la pena. *La relegación de la Justicia penal europea a un segundo plano propicia la desintegración y acaba minuyendo tanto el proyecto de la Unión Europea como el poder de los Estados que la integran*³²⁹.

Con arreglo al funcionalismo inherente al método comunitario, al que luego me referiré, el Derecho penal habría de ser la consecuencia natural de las realizaciones económicas. No parece, sin embargo, que tal dinámica inductora alcance tan fácilmente las materias penales. Prueba de ello son los sucesivos fracasos de comunitarizarlas, que han cavado progresivamente un foso entre objetivos económicos y aspiraciones institucionales. Maastricht, pese a sus indiscutibles avances, no ha podido poner fin a esta tendencia: las distancias siguen siendo demasiado grandes. Así las cosas, el cuestionamiento del viejo modelo funcionalista está servido.

³²⁶ G. QUINTERO OLIVARES, «La unificación...», p. 57.

³²⁷ Propuesta efectuada en el Seminario celebrado en Madrid, los días 18 y 19 de noviembre de 1999, con el título: *Vers un Droit pénal européen?*

³²⁸ La relación entre cambio político y reforma penal ha sido constante en nuestro país, como indiqué en J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Imputabilidad y locura... In extenso*. La vinculación entre Política y Derecho penal y, por tanto, entre cambio político y reforma penal es destacada por M. BARBERO SANTOS, *Política y Derecho Penal...*, singularmente, p. 17.

³²⁹ *Ibid.*, al respecto, J. VERVAELE, *La fraude...*, p. 248.

Conscientes de tal situación, son cada vez más quienes urgen un impulso político decisivo. La cooperación judicial «ha de convertirse —sostiene MARISCAL DE GANTE— en uno de los ejes de la construcción europea»³³⁰. Ello requiere elevar esta materia, del modesto papel hasta ahora desempeñado ante el fulgor de los progresos económicos, al rango de protagonista de primer grado de la integración³³¹. En esta encrucijada de la historia, sostiene OREA, sólo ciertas decisiones de naturaleza eminentemente política permitirán la profundización del proyecto europeo³³². Aquí radica, apunta GUIGOU, la fuente de la energía colectiva que permitirá alcanzar una nueva etapa de la Comunidad³³³.

Como remedio de tal situación, la ratificación de los convenios y protocolos que se han mencionado es una condición mínima, insistentemente propugnada tanto por el Parlamento como por la Comisión³³⁴. De ello depende, en gran parte, la credibilidad de la Unión en lo relativo a la Justicia penal³³⁵. La preocupación por esta cuestión ha llevado al Consejo Europeo de Cardiff a exhortar a los Estados miembros a que ratifiquen los Convenios sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad de 2 de julio de 1995, de extradición entre los Estados miembros de 27 de septiembre de 1996, y sobre corrupción, de 26 de mayo de 1997, antes del mes de diciembre de 1999³³⁶. En la misma dirección, el Consejo Europeo de Viena «instala al Consejo a que resuelva las cuestiones pendientes relativas al proyecto de Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal»³³⁷.

7.5. El Consejo Europeo de Tampere abre una nueva etapa en la cooperación judicial europea

A instancia de España el 15 y 16 de octubre de 1999 se ha celebrado en la localidad finlandesa de Tampere un Consejo Europeo, especialmente consagrado al establecimiento del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia anunciado en Amsterdam. Las conclusiones alcanzadas muestran el unánime convencimiento de que Europa debe convertirse en un verdadero territorio judicial común. Y, lo que es más

³³⁰ M. MARISCAL DE GANTE y MIRÓN, «Hacia un espacio...», p. 18.

³³¹ H. LABAYTE, «L'application...», pp. 48 y 64. Una opinión no coincidente con el método funcionalista ya fue expresada en 1978 por J. CHARPENTIER, «Vers un espace...», pp. 930 ss.

³³² M. OREA AGUIRRE, *Europa mañana...*, pp. 27 y 28.

³³³ E. GUIGOU, «Pour une lutte européenne...», *In extenso*.

³³⁴ Así, respecto del Parlamento Europeo, *vid.* las Resoluciones de 12 de junio y 22 de octubre de 1987, ya citadas. En cuanto a la segunda, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication...*, p. 5.

³³⁵ G. GRASSO, «Prefazione», pp. 16 y 17.

³³⁶ *Ibid.* la conclusión núm. 38 de la Presidencia. La núm. 39 destaca la importancia de una cooperación judicial eficaz en la lucha contra la delincuencia transnacional, reconociendo que es preciso dotar de más medios a los sistemas jurídicos nacionales.

³³⁷ Conclusión núm. 88 de la Presidencia.

importante, los poderes políticos nacionales han expresado su común determinación de llevarlo a la práctica. Se abre así una nueva etapa en el proceso de la Justicia penal europea, cuya importancia no cabe minimizar.

Sobresale el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, vieja aspiración que se remonta, al menos, a finales de los años setenta, cuando Giscard d'Estaing propuso un espacio judicial europeo, como culminación del mercado único³³⁸. Todo parece indicar que, tras los sucesivos fracasos de décadas pasadas, está cada vez más próximo el momento en que los magistrados vean su poder reconocido más allá de las fronteras interiores. Y no solamente en cuanto a las sentencias, sino también a los autos dictados con anterioridad al juicio. Se complementan estas previsiones con el principio de la admisión de las pruebas obtenidas legalmente en un Estado miembro por los tribunales de los países en que haya de tener lugar el enjuiciamiento. El Consejo Europeo invita al Consejo y a la Comisión a que adopten un programa de medidas para hacer efectivas tales aspiraciones antes del mes de diciembre del año 2000³³⁹.

A la vista de los injustificables obstáculos a la extradición, el Consejo exhorta a los Estados miembros a la ratificación de los dos convenios existentes. Y, de manera destacada, mantiene que el procedimiento formal debe suprimirse entre los Estados miembros, en el caso de «las personas condenadas por sentencia firme que eludan la acción de la Justicia». En tales supuestos, su traslado y puesta a disposición de la autoridad judicial requirente habría de ser automático³⁴⁰.

Dado que condición de la buena cooperación es la armonización penal, el Consejo de Tampere propugna la elaboración de definiciones delictivas y la previsión de sanciones penales en sectores de vital importancia, como el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación del euro, el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico³⁴¹.

En el proceso evolutivo hacia la constitución de órganos centrales europeos de cooperación judicial, y con vocación cada vez más operacional, en Tampere se acordó la creación de EUROJUST, unidad integrada por fiscales y jueces o por agentes de policía a quienes se les atribuye en sus respectivos países la competencia en este campo. Unos y otros habrán de ser puestos a disposición de este nuevo órgano por cada Estado miembro. Su misión consistirá en reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada, mediante la faci-

litación de la coordinación de las fiscalías nacionales y el apoyo de las investigaciones penales, a partir de los análisis de Europol y en estrecha cooperación con la red judicial europea. Se contempla, en concreto, la simplificación de la ejecución de las comisiones rogatorias. Su creación deberá tener lugar antes de que finalice el año 2001³⁴².

El Consejo Europeo de Tampere, además, consciente de que el blanqueo de capitales «está en el centro mismo de la delincuencia organizada», plantea un conjunto de medidas para atajar el problema³⁴³.

Mas como el espacio que preconiza el Tratado de Amsterdam ha de fundarse no sólo en la seguridad, sino también en la libertad y en la Justicia, los Jefes de Estado o de Gobierno han decidido la elaboración de la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»; necesidad inaplazable en la perspectiva de un Derecho penal europeo, por las razones a que me referiré *infra*. Un órgano integrado por representantes de los poderes ejecutivo y legislativo de los diferentes países, del Parlamento Europeo y de la Comisión tendrá por misión la redacción del Proyecto, que será sometido al Consejo Europeo³⁴⁴.

En definitiva, y en cuanto aquí interesa, se produce un destacado impulso político, centrado en el principio del reconocimiento de las resoluciones judiciales, al que se considera «la piedra angular de la cooperación judicial...»³⁴⁵. Tampere, por tanto, representa la decisión común para crear un espacio judicial identificado en torno a la cooperación judicial. La importancia de los acuerdos alcanzados habrá de verse reflejada sin mucho tardar en el modo en que las autoridades judiciales europeas podrán comunicarse entre sí. Las bases de una Europa judicial en materia penal quedan, pues, establecidas.

7.6. El espacio judicial penal común como suma de un distinto modelo de cooperación, de una efectiva armonización penal y procesal y de órganos judiciales europeos

Lo anterior es sin duda alguna imprescindible, aunque probablemente insuficiente. A este respecto, se ha mantenido que «ni los instrumentos del Derecho internacional ni los del "tercer pilar" del Tratado de la Unión Europea nos han permitido siquiera aproximarnos al resultado mínimo de una cooperación entre los distintos sistemas nacionales»³⁴⁶. También se ha sostenido que la vía convencional no puede garantizar una protección penal uniforme en la Unión, como

³³⁸ *Vid.* pp. 60 ss.

³³⁹ *Vid.* las conclusiones de la Presidencia, núms. 33, 36 y 37.

³⁴⁰ *Vid.* la conclusión núm. 35.

³⁴¹ *Vid.* la conclusión núm. 48 ídem.

³⁴² *Vid.* la conclusión núm. 46 ídem.

³⁴³ *Vid.* las conclusiones núms. 51 ss. ídem.

³⁴⁴ *Vid.* el anexo a las conclusiones de la Presidencia.

³⁴⁵ Conclusión núm. 33 ídem.

³⁴⁶ J. M.ª Gil-Robles, *Discursos*, p. 14.

consecuencia de los posteriores procesos de transposición en Derecho penal nacional³⁴⁷. Este análisis propugna la constitución de un espacio penal común, cuya existencia y funcionamiento se aseguren por jueces y tribunales. Se abre paso de este modo la idea de un poder judicial europeo en el campo penal, como suma de jueces y fiscales debidamente conectados entre sí, a través de un distinto modelo de cooperación y de una efectiva armonización, por un lado, y de instancias judiciales europeas integradas en el marco institucional del Tratado UE, por otro. El vértice de esta organización debe ser ocupado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

7.6.1. *El Corpus Juris*

La crisis del Estado-nación preludia la ruptura del monopolio penal del Estado. Esta tendencia se articula tanto en el plano de los poderes regionales, mediante la atribución de competencias penales a sus respectivos Parlamentos³⁴⁸, como en el marco supranacional, con la constitución de Tribunales penales internacionales. Asistimos a un proceso imparitable de internacionalización de la coacción penal, cuya expresión inmediata es la regionalización de la cooperación judicial³⁴⁹.

La unidad penal europea no es, por otro lado, una reciente aspiración, sino que tiene, prescindiendo de otros antecedentes, más de un siglo de historia³⁵⁰. Cabe recordar que el proceso codificador en la Europa del siglo XIX respondió al modelo del Código napoleónico de 1810; que Von Liszt ya propuso en 1882 la unificación de los principios del Derecho penal internacional; que los movimientos de reforma penal que han tenido lugar en este siglo (Código Penal italiano de 1930, suizo de 1937 y griego de 1950, entre otros) son el fruto de movimientos de alcance supranacional, alentados por diversas asociaciones internacionales, y fundados sobre una ideología penal común; y que el Consejo de Europa ha constituido un marco de aproximación de los sistemas penales nacionales³⁵¹.

³⁴⁷ Vid. la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de junio de 1997, y F. MORALES PRATS, «Los modelos de unificación...», pp. 29 ss.

³⁴⁸ Un proceso de este tipo se ha iniciado en Bélgica, singularmente a partir de la ley especial sobre las reformas institucionales de 8 de agosto de 1980, modificada por la posterior de 16 de julio de 1993, que atribuye a las Comunidades y Regiones un limitado poder legislativo en materia penal.

³⁴⁹ S. MANACORDA, *La corruzione internazionale...*, p. 153.

³⁵⁰ Suelen identificarse los orígenes de la idea de un Derecho penal supranacional en la doctrina iusnaturalista de los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII; singularmente, SUÁREZ, COVARRUBIAS y VITORIA. Al respecto, conf. J. CEREZO MIR, *Curso...*, p. 207, y H. H. JESCHECK, *Tratado...*, p. 162.

³⁵¹ J. PRADEL, «Vías para la creación...», pp. 44 ss., y E. BACIGALUPO ZAPATER, *Curso...*, pp. 398 y 399.

Otro ejemplo lo constituye el proyecto de unificación del Derecho penal centroeuropeo, preconizada por Von Liszt en 1914, tras refutar la idea de la identidad nacional como obstáculo al proyecto. Esta última noción, reconocida en el art. 6.3 del Tratado UE (antiguo art. F.1)³⁵², no puede impedir una unificación construida en torno a los elementos comunes³⁵³.

En este contexto se inscribe la vieja aspiración del Parlamento³⁵⁴ y de la Comisión³⁵⁵ de constituir un espacio judicial común europeo, aunque limitado a la protección de los intereses financieros de la Unión. Este sector —que abarca, entre otros, determinados delitos de corrupción y blanqueo de dinero³⁵⁶— se ha convertido en la punta de lanza del proyecto, y cuya última y más acabada expresión es el *Corpus Juris*. A tal fin, durante los días 23 y 24 de abril de 1996, con ocasión de la Conferencia Interparlamentaria sobre la Lucha contra el Fraude, el entonces Presidente de la institución parlamentaria, Klaus HANS, propuso la idea de un espacio judicial europeo y solicitó de la Comisión un estudio sobre la protección de las finanzas comunitarias³⁵⁷.

En cumplimiento de tal demanda, se constituyó un grupo de profesores universitarios, pertenecientes a asociaciones de juristas europeos para la protección de tales intereses —verdadero patrimonio común de todos los ciudadanos e instrumento de la política de la Unión—, y cuya lesión o puesta en peligro puede tener lugar a través de prácticas corruptas³⁵⁸. Con el impulso de DE ANGELIS, el grupo indicado se formó con BACIGALUPO, GRASSO, TIEDEMANN, JAREBORG, SPINELLIS, VAN DEN WYNGAERT, DELMAS-MARTY y SPENCER. Y se subdividió en tres subgrupos: Derecho sustantivo, reglas de competencia

³⁵² Este artículo dispone que «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros...».

³⁵³ E. BACIGALUPO ZAPATER, *Curso...*, p. 398.

³⁵⁴ El interés del Parlamento Europeo, como observa J. VERVAELE, *La fraude...*, pp. 102 ss., por la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal viene de antiguo. De ello son ejemplo, además de los ya citados, los informes de los parlamentarios Keetsmaeker, de 1974; Gaebert, de 1984; Guerneur, de 1987; Dankert, a partir de la audiencia pública relativa al fraude comunitario que tuvo lugar del 23 al 25 de enero de 1989; y Theato, de 1991. Se ocupan igualmente de esta cuestión las Resoluciones del Parlamento Europeo de 12 de junio y 22 de octubre de 1997, a las que me he referido en el capítulo primero.

³⁵⁵ La Comisión Europea, en su Programa de Trabajo de 1997/98 para la protección de los intereses financieros de la Comunidad incluye la cuestión del espacio judicial europeo entre los temas prioritarios. Conf. COMMISSION EUROPEENNE, *Programme*, pp. 2 y 13 ss.

³⁵⁶ Singularmente, si tenemos en cuenta que el art. 280.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, conforme al Tratado de Amsterdam, dispone que «la Comunidad y los Estados miembros combatirán al fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad...» (la cursiva es mía).

³⁵⁷ Esta Conferencia fue organizada por la Comisión de Control Presupuestario del Parlamento Europeo.

³⁵⁸ Los trabajos han sido impulsados por la Dirección General de Control Financiero de la Comisión Europea y la OLAFF (antigua UCLAF).

y extraterritorialidad y procedimiento y prueba. A partir de las posiciones sectoriales, la profesora DELMAS-MARTY presentó un documento de síntesis, al que se denominó *Corpus Juris*.³⁵⁹

El resultado de este estudio es concluyente: las vías tradicionalmente seguidas para la protección penal de los intereses financieros conducen a una respuesta fragmentaria, insuficiente e injusta. El principio de la asimilación³⁶⁰ no garantiza ni la eficacia, ni la Justicia, que exigiría una represión uniforme para todas las prácticas delictivas, independientemente del lugar de su comisión. La cooperación —inevitablemente compleja— se muestra incapaz de resolver los múltiples problemas que afectan a la competencia, a la investigación, al enjuiciamiento y a la ejecución de la sentencia. La armonización, finalmente, como paliativo de las carencias de los anteriores criterios, contribuye a la complejidad del conjunto.³⁶¹

Precisamente por ello, los autores del estudio concluyen que el único medio que permite conciliar Justicia, sencillez y eficacia es la unificación.³⁶² Se propone lo que GRASSO considera un salto cualitativo en la protección de las finanzas comunitarias³⁶³: la constitución de un espacio jurisdiccional penal común y la creación de una Fiscalía General Europea, ceñida a la protección penal del sector indicado. Tal es la finalidad de las treinta y cinco reglas jurídicas del *Corpus*, presentadas como «síntesis normativa de los principios comunes de Derecho sustantivo y procesal»³⁶⁴, o «Derecho penal común europeo»³⁶⁵.

No siendo un verdadero proyecto de Código penal y procesal penal, el *Corpus Juris* agrupa un conjunto de disposiciones relativas a principios generales, a la definición de determinados delitos y a ciertas cuestiones procesales y orgánicas. Entre los primeros, el de legalidad, el de culpabilidad y el de proporcionalidad, núcleo de una futura parte general del Derecho penal europeo³⁶⁶ y expresión del patrimonio jurídico común de los países de la Unión.³⁶⁷ Los delitos que integran su ámbito

³⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, «Corpus Juris», *in extenso*.

³⁶⁰ El principio de la asimilación supone que la «norma comunitaria —G. GRASSO, *Comunidades Europeas...*, p. 160— prevé que los preceptos legales de los Estados miembros protectores de determinados intereses nacionales se apliquen igualmente (normalmente mediante la extensión de las calificaciones en ellas previstas) a la tutela de los correspondientes intereses de la Comunidad».

³⁶¹ A similares conclusiones ya había llegado A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARJAS, «La Unión Europea...», pp. 3 ss.

³⁶² M. DELMAS-MARTY, «Corpus Juris», pp. 40-41.

³⁶³ G. GRASSO, «Pretazione», p. 20.

³⁶⁴ E. BACIGALUPO ZAVATTER, *Curso...*, p. 438.

³⁶⁵ G. GRASSO, «Pretazione», p. 23.

³⁶⁶ En este sentido, J. A. CHOCLÁN MONTALVO, «Hacia la unificación...», p. 2.

³⁶⁷ La existencia de tal conjunto de principios, producto de una tradición común, es des-tacada por A. PAGLIARI, «Limiti...», pp. 199 ss.

objetivo son los siguientes: fraude al presupuesto comunitario, alteración del precio en los procedimientos de concesión de obras y servicios, corrupción, abuso de función, malversación, revelación de secretos, blanqueo y receptación y asociación ilícita.³⁶⁸ Todas estas infracciones son de naturaleza dolosa, a excepción del fraude, que puede ser cometido por imprudencia grave.³⁶⁹ El estudio propugna una unificación penal limitada a este ámbito, de manera que todos los jueces competentes habrían de aplicar los mismos tipos penales.

Estas definiciones se complementan con un marco general punitivo, que contempla penas privativas de libertad de hasta cinco años y multa, para las personas naturales, y vigilancia judicial y multa, para las jurídicas. Tanto la confiscación como la publicación de la sentencia están previstas en ambos casos. Como pena accesoria se define la prohibición de obtener subvenciones durante cinco años, en los casos de fraude, y la imposibilidad de celebrar contratos con la Comunidad por el mismo período, en el caso de alteración de los precios. Idéntica naturaleza se le otorga a la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas en los delitos de abuso de función, malversación y corrupción.³⁷⁰

Es de destacar el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁷¹, la responsabilidad del jefe de la empresa³⁷², la incorporación de una excusa absolutoria en el delito de fraude³⁷³, la previsión de la transacción respecto de infracciones inferiores a 50.000 euros —siempre que no concorra reincidencia, porte de armas o uso de documentos falsos³⁷⁴— y la fijación de un plazo de prescripción de cinco años.³⁷⁵

Para la realización de tal espacio judicial, fundado sobre el principio de la territorialidad europea, se propone la creación de un Ministerio Público Europeo (MPE), que constituye la «pieza clave de este espacio procesal»³⁷⁶. Esta autoridad de la Unión sería responsable de la investigación y la acusación en el ámbito indicado³⁷⁷. Se renuncia así al modelo inquisitorial que gira al torno al juez de instrucción, en favor de una investigación oficial dirigida por la Fiscalía Europea, y sometida al control del juez de libertades. Este último deberá autorizar las medidas que afectan a los derechos fundamentales y comprobar la regu-

³⁶⁸ *Vid.* los arts. 1 a 8.

³⁶⁹ *Vid.* el art. 10.

³⁷⁰ *Vid.* el art. 9.

³⁷¹ *Vid.* el art. 14.

³⁷² *Vid.* el art. 13.

³⁷³ *Vid.* el art. 12.

³⁷⁴ *Vid.* el art. 22.2.b).

³⁷⁵ *Vid.* el art. 22.2.d).

³⁷⁶ A. NIÉRO MARTÍN, «La lucha contra el fraude...», p. 243.

³⁷⁷ *Vid.* los arts. 18 ss.

laridad del procedimiento, mediante la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de las disposiciones del *Corpus* ³⁷⁸.

Se pretende superar la oposición entre los modelos acusatorio puro e inquisitivo, mediante una nueva síntesis que concilie legitimidad y eficacia ³⁷⁹. Para ello se ha partido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se refleja en la definición de un conjunto de derechos tanto del inculpado como de la víctima. Los primeros se inspiran en los arts. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 10 del Pacto Internacional de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos. Ello lleva a reconocerle al inculpado la presunción de inocencia ³⁸⁰, el derecho al silencio, la asistencia de un abogado de elección y de un intérprete y que se le informe de los cargos, antes del primer interrogatorio ³⁸¹. En cuanto a la segunda, se permite el acceso de la Comisión Europea al proceso, como parte perjudicada ³⁸².

El MPE propuesto en el *Corpus Juris* ³⁸³ pretende conciliar la centralización, cuyo fundamento es la uniforme y más eficaz investigación de determinados delitos, y la desconcentración, que traduce la idea de que son los fiscales nacionales quienes están en mejores condiciones para impulsar las investigaciones en curso. Esta decisión, mezcla de unificación y armonización, no es ajena a la tensión entre el poder del MPE, en cuanto autoridad de la Unión, y el respeto de las competencias de los jueces y fiscales nacionales, que refleja la autonomía de los legisladores nacionales ³⁸⁴.

El enjuiciamiento corresponde a un tribunal integrado por jueces profesionales, preferiblemente especializados en materias económicas ³⁸⁵. A destacar que el MPE —estructurado en torno a una instancia central con sede en Bruselas y a los Fiscales Delegados de los distintos países— actuaría bajo los principios de independencia, legalidad e indivisibilidad ³⁸⁶.

Se atribuyen, finalmente, competencias al Tribunal de Justicia, tanto a título prejudicial para la interpretación del *Corpus*, como en lo relativo a su aplicación, a instancia de cualquier Estado miembro. También, en materia de conflictos de competencia, a solicitud del MPE o de cualquier autoridad judicial nacional ³⁸⁷. El carácter incompleto

³⁷⁸ *Vid.* el art. 25.

³⁷⁹ M. DELMAS-MARTY, *Rapport général*, pp. 43 ss.

³⁸⁰ *Vid.* el art. 31.

³⁸¹ *Vid.* el art. 29. Sobre el alcance del derecho al silencio, son interesantes las observaciones de A. NIÉRO MARTIN, «La lucha contra el fraude...», pp. 247 y 248.

³⁸² *Vid.* el art. 30.

³⁸³ *Vid.* sus arts. 18 ss.

³⁸⁴ P. TONINI, «Il Pubblico Ministero...», pp. XXV y XXVI.

³⁸⁵ *Vid.* el art. 26.1.

³⁸⁶ P. TONINI, «Il Pubblico Ministero...», pp. IX ss.

³⁸⁷ *Vid.* el art. 28 del *Corpus Juris*.

de las disposiciones del Proyecto —pasadas en el principio de la unificación penal y procesal limitada— supone que las restantes cuestiones habrán de ser resueltas por los distintos Derechos nacionales, aplicables de manera complementaria ³⁸⁸.

Una vez elaborado el estudio, el Parlamento Europeo celebró una audiencia pública, en sesión conjunta de sus Comisiones de Control Presupuestario y de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, durante los días 15 y 16 de abril de 1997. En ella participaron, junto con los Presidentes del Parlamento y de la Comisión, las profesoras DELMAS-MARTY y VANDEN WYNGAERT y los jueces y fiscales del *llamamiento de Ginebra*. En dicha sesión se presentó el *Corpus Juris* y fueron analizadas sus propuestas. Fruto de ello es la Resolución de 12 de junio de 1997 ³⁸⁹ sobre la creación de un espacio jurídico y judicial europeo para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea contra la criminalidad internacional; en la que el Parlamento Europeo, entre otros aspectos, ensalza el *Corpus Juris* en tanto que «... proyecto importante de normativa común europea de Derecho y de procedimiento penal» ³⁹⁰. Al mismo tiempo, se solicitó a la Comisión un estudio de Derecho comparado sobre las consecuencias —de orden constitucional, penal y procesal— que supondría la instauración del *Corpus* en los distintos Estados de la Unión; analizando la compatibilidad del Proyecto con los sistemas jurídicos nacionales ³⁹¹.

Este estudio ha sido llevado a cabo por un equipo de investigadores, asistidos por diversos puntos de contacto en los distintos países, incluida Suiza, pese a no formar parte de la Unión. El trabajo ha sido dirigido por un Comité de dirección, integrado por los autores del *Corpus*, a excepción de JAREBORG, sustituido por el profesor VERVAELE. Además de lo ya dicho, el estudio ha adaptado el texto a las críticas que le fueron dirigidas, algunas particularmente duras ³⁹², singularmente al trasluz de las garantías penales ³⁹³. Una vez finalizada la investigación, y a partir de las conclusiones de la reunión de Florencia, que tuvo

³⁸⁸ *Vid.* el art. 35 ídem.

³⁸⁹ DOCE, C 200, de 30 de junio de 1997.

³⁹⁰ En la misma dirección se orienta alguno de los contenidos de la Resolución de 22 de octubre de 1997, relativa al informe anual de la Comisión de 1996 y su programa de trabajo para 1997 sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad y la lucha contra el fraude.

³⁹¹ Esta materia fue objeto de discusión en la Conferencia interparlamentaria sobre la protección de los intereses financieros del ciudadano europeo, que tuvo lugar en Bruselas, a iniciativa de las Comisiones parlamentarias ya citadas, los días nueve y diez de noviembre de 1988. Las diferentes aportaciones se encuentran en el documento del PARLEMENT EUROPÉEN, *Conférence... in extenso*.

³⁹² Tal es el caso de las opiniones recogidas en el *Daily Telegraph*, ediciones de 30 de noviembre y 2 de diciembre de 1998.

³⁹³ *Vid.* G. QUINTERO OLIVARES, «La unificación...», p. 53, y F. MORALES PRATS, «Los modelos de unificación...», pp. 33 y 34. Igualmente crítico, teniendo en cuenta las singularidades del derecho británico, se muestra la *House of Lords* en su 9.º Informe de 18 de mayo de 1999, «*Prosecuting fraud on the Communities' finances-The Corpus Juris*».

lugar los días 6 y 7 de mayo de 1999, la profesora DELMAS-MARTY presentó el 30 de septiembre el Informe General. La importancia de los trabajos convierte a esta fase del proyecto en un auténtico cuerpo de Derecho penal comparado europeo en el ámbito indicado. Fruto de ello es la definición de los seis principios que habían sido meramente enunciados —los ya citados, a los que se suman los de territorialidad, garantía judicial y contradicción procesal—, el estatuto del MPE, la previsión de una Sala Preliminar Europea, al tiempo que se pronuncia sobre las bases legales para la instauración del *Corpus*³⁹⁴.

Además de distintas precisiones técnico-jurídicas —entre ellas, la consideración del perjuicio a los intereses financieros por imprudencia grave como “delito asimilado”—, se incorporan diversas disposiciones de aplicación y de explicación, junto con la definición de la tentativa y la supresión del art. 30. Se pretende así dar una respuesta a los variados reproches que le fueron formulados, con una clara vocación de síntesis; correcta decisión metodológica, dado que Europa se muestra a este respecto como un variado mosaico de formas de organizar el proceso penal.

7.6.2. El Derecho penal comunitario y el art. 280 del Tratado CE

El nuevo art. 280 del Tratado CE —antiguo art. 209 A— atribuye a la Comunidad el poder de adoptar disposiciones normativas en el ámbito de la lucha contra el fraude. Y lo hace sirviéndose de términos que han sugerido la posibilidad de un Derecho penal comunitario. Ello se basaría en dos argumentos complementarios. Según el primero, solamente el Derecho penal es capaz de realizar el objetivo del art. 280.4 del Tratado, consistente en «... ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros». Conforme al segundo, los límites a la elaboración de reglamentos y directivas —«... la aplicación de la legislación penal nacional» y «... la administración nacional de la Justicia», contemplados en el mismo precepto, *in fine*— deben considerarse excepciones a la regla general. Más concretamente, dado que la legislación penal nacional no incluiría la legislación penal comunitaria.

Ésta es la posición de TIEDEMANN³⁹⁵, a la que llega conforme a un método teleológico³⁹⁶. También, aunque de modo implícito, la del Parlamento Europeo, en su Resolución de 19 de enero del 2000, rela-

³⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Rapport général*, pp. 33 ss.

³⁹⁵ K. TIEDEMANN, «Pour un espace...», pp. 12 y 13, mantiene que la parte sustantiva del párrafo, que el Derecho Penal permanente aplicable. En los casos y en la medida en que exista identidad de infracciones y de reglas nacionales y comunitarias no habrá, pues, primacía del Derecho comunitario. El futuro Derecho penal comunitario será complementario y subsidiario».

³⁹⁶ E. BACCALUPO ZAVATER, *Caso...*, pp. 434 y 435, sostiene que la tesis de TIEDEMANN, animada por un método teleológico, puede enfrentarse a la “voluntad política” de los Estados signatarios del Tratado.

tiva al establecimiento de una protección penal de los intereses financieros comunitarios, de la que fue ponente Diemut Theato, presidenta de la Comisión de Control Presupuestario de la instancia parlamentaria. Esta iniciativa propugna que la Comisión Europea presente antes del 30 de junio del 2000 proposiciones legislativas que permitan la instauración de un marco jurídico y judicial completo para la protección de los intereses financieros de la Unión³⁹⁷.

Sin embargo, a tal posibilidad se le podría objetar, en primer lugar, que la legislación penal exige un debate constituyente³⁹⁸; en segundo lugar, la necesidad de que la Comunidad se adhiera al Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los Derechos del Hombre de 4 de noviembre de 1950; y, finalmente, lo que se ha venido en llamar, con frase consagrada, el “déficit democrático comunitario”³⁹⁹.

Respecto del primer argumento, se ha mantenido que el reconocimiento del *jus puniendi* en favor de las Comunidades no puede efectuarse en términos discutibles, ambiguos o poco claros. Es ésta una cuestión fundamental que afecta al poder que la sociedad delega en favor de las instancias públicas y que no puede configurarse al margen de un debate auténticamente constituyente. Al incidir sobre el pacto social, la potestad punitiva supone una reforma fundamental, que no puede ser urtida *a posteriori* en gabinetes jurídicos, ni condicionarse a interpretaciones doctrinales, más o menos correctas en el plano de la lógica formal. Por tanto, el no reconocimiento expreso de tal *jus puniendi* en el texto del art. 280 del Tratado CE equivaldría a su exclusión⁴⁰⁰.

La segunda de las objeciones subraya que la potestad punitiva ha de venir acompañada de sus propios límites, reconociendo de manera explícita su subordinación al bloque de las garantías penales. Esta cuestión se inscribe en el proceso tendente a anclar el Tratado de la Unión en los derechos fundamentales, como *status libertatis* del ciudadano europeo. Es de destacar también aquí la decisiva aportación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pese al silencio inicial de los Tratados, la institución judicial se encargó pronto de declarar la vigencia de los derechos humanos en el ordenamiento comunitario, a través de los principios generales del Derecho⁴⁰¹, y de reconocer en el Convenio de Roma una de sus fuentes⁴⁰².

³⁹⁷ *Ibid.*, el núm. 1 de la Resolución.

³⁹⁸ *Ibid.* S. WHITE, «What shape...», pp. 3 ss.

³⁹⁹ *Ibid.*, por todos, F. J. FONSECA MORILLO y J. A. MARTÍN BURGOS, *La Unión Europea...*, pp. 533 ss., y S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea*, pp. 42 ss.

⁴⁰⁰ *Ibid.* F. PALAZZO, «La legalidad...», p. 39; S. WHITE, «What shape...», p. 6, y G. QUINTERO OLIVERES, «La unificación...», p. 55.

⁴⁰¹ *Ibid.*, al respecto, las sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 12 de noviembre de 1969, asunto 26/1969, Stauder, Rec. 1969, p. 0419; y de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/1970, Internationale Handelsgesellschaft, Rec. 1970, p. 1125.

⁴⁰² A partir de la Sentencia de 28 de octubre de 1975, asunto 36/1975, Rutili, Rec. 1975, p. 1219.

Más tarde, el preámbulo del Acta Única afirmó la voluntad de los Estados de «promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social». Posteriormente, el art. F.2 del Tratado de Maastricht —al margen, sin embargo, de la competencia del Tribunal de Justicia, conforme al art. L del Tratado UE— consagró la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, proclamando que «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». En sintonía con esta declaración, su art. K.2, dentro del título VI, dispuso que las cuestiones a que se refiere el art. K.1 se tratarán en el respeto del Convenio precitado y del Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, teniendo en cuenta la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos.⁴⁰³

El Tratado de Amsterdam reitera con los mismos términos lo proclamado en Maastricht⁴⁰⁴. El avance consiste en extender el control jurisdiccional: respecto de las materias comunitarizadas, el art. 234 del Tratado CE, aunque con ciertas condiciones⁴⁰⁵, será directamente aplicable; y en cuanto a las que permanecen confinadas en el tercer pilar, el art. 46.b) del Tratado UE contempla la misma competencia, también sometida a diversas limitaciones.⁴⁰⁶

No obstante tales progresos, VAN DE WYNGAERT se lamenta del insuficiente desarrollo de esta materia en el Tratado de Amsterdam⁴⁰⁷. En primer lugar, dado el carácter facultativo de la jurisdicción de Luxemburgo en el ámbito de la Justicia penal. En segundo lugar, por configurarse como principios generales del Derecho comunitario y no

⁴⁰³ *Vid.* A. WHELAN, «Fundamental Rights...», y B. WALSH, «Reflections...», ambos *in extenso*.
⁴⁰⁴ Art. 6.2 del Tratado UE.

⁴⁰⁵ *Vid.* el art. 68 del Tratado CE, tras la reforma de Amsterdam.

⁴⁰⁶ Además del carácter facultativo de la competencia, en los términos ya indicados, se exceptúa la revisión judicial de «... la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior».

⁴⁰⁷ C. VAN DEN WYNGAERT, *The Transformations...*, pp. 17 y 18, propone, en consecuencia, la creación de una Sala especial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida al ámbito de la Justicia y los asuntos de Interior de la Unión, con el complementario objetivo de revisar judicialmente la validez o proporcionalidad de las acciones de EUROPOL y de la UCLAF.

como derechos subjetivos directamente oponibles frente a los poderes públicos. En tercer lugar, ante la ausencia de un recurso directo por violación de derechos fundamentales. Finalmente, queda pendiente la subordinación del sistema normativo comunitario al Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. A este respecto, la situación actual resulta paradójica: los Estados están sometidos a la jurisdicción de Estrasburgo, no así la Comunidad ni, obviamente, la Unión. La garantía jurisdiccional de la adecuación del Derecho comunitario y del emanado del tercer pilar a los derechos fundamentales se confía al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁰⁸.

La adhesión de la Comunidad al Convenio resulta polémica. Para el Tribunal de Luxemburgo, en su Dictamen 2/1994, tal decisión supondría un cambio de envergadura constitucional, que excede el ámbito del art. 308 del Tratado CE⁴⁰⁹, ni tan siquiera aplicable conforme a la doctrina de las competencias implícitas. La reforma de los Tratados sería, por tanto, inevitable⁴¹⁰. Esta doctrina provocaba de una u otra forma el debate en la Conferencia Intergubernamental que alumbró el Tratado de Amsterdam. A lo largo de las discusiones, ciertos países rechazaron tal posibilidad. Motivo de ello fue la inquietud de que determinados jueces de Estrasburgo, procedentes de países ajenos a la Comunidad, pudieran conocer y decidir sobre asuntos que implicaban a esta última. Reflejo de esta actitud será el informe de la Presidencia de la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros al Consejo Europeo de Florencia de 21 y 22 de junio de 1996, al invocar la necesidad de profundizar en el análisis de las implicaciones políticas y jurídicas de la adhesión al Convenio⁴¹¹.

Eliminada tal opción, otras tres hipótesis fueron analizadas: el mantenimiento del sistema de Maastricht, la extensión de la competencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo al título VI del Tratado UE y la instauración de un recurso directo de los ciudadanos por violación de un derecho fundamental. Fue la segunda la que resultaría finalmente adoptada, de modo que el respeto de los derechos humanos seguirá confiándose a los principios generales del Derecho comunitario. El Tratado de Amsterdam se contenta, en consecuencia, con poner fin a la paradójica situación de Maastricht, que sustraía las materias del tercer pilar a la garantía jurisdiccional.

La cuestión consiste en saber si esta solución es compatible con un poder judicial europeo extendido al ámbito penal, y en el que el Tribunal de Luxemburgo estaría llamado a ejercer una función de cierre jurisdiccional. Tal ampliación de competencias hace previsibles

⁴⁰⁸ M. PETTIT, «Le traité...», p. 25.

⁴⁰⁹ Antiguamente art. 235 del mismo Tratado.

⁴¹⁰ Dictamen 2/1994 del Tribunal, de 28 de marzo de 1996, Rec 1996, I, pp. 1763 ss., fundamentalmente, los puntos núms. 26, 30 34 y 35.

⁴¹¹ P. WACHSMANN, «Les droits de l'homme», p. 177.

divergencias interpretativas entre aquel Tribunal y el de Estrasburgo, y dar lugar a dos niveles de garantías diferentes. Lo que se sumaría a la relación, en ocasiones polémica, entre los Tribunales Constitucionales y el de las Comunidades, y entre los sistemas constitucionales y comunitario, con el telón de fondo de los derechos fundamentales.⁴¹² Son estas posibles contradicciones las que, a juicio de WACHSMANN, hacen que la adhesión de la Comunidad al Convenio del Consejo de Europa se convierta en una urgente necesidad.⁴¹³

El tercer argumento alude a la actual naturaleza del legislador comunitario, en relación con el principio de legalidad en materia penal, y cuya garantía exige que las normas penales sean creadas por la institución directamente legitimada por el sufragio popular.⁴¹⁴ Es evidente, sin embargo, que se ha aceptado que el legislador comunitario pueda tener una constitución híbrida. No en vano, el tradicional dilema entre legitimidad y eficacia se resolvió en la Comunidad, ya desde sus orígenes, en favor de esta última.⁴¹⁵ Nada, por otro lado, original. En realidad, el Derecho administrativo nacional ha sido el arriete que ha provocado la ruptura de la histórica separación de las funciones de legislar y de gobernar.⁴¹⁶ La cuestión que cabe plantear es la de si tal confusión puede extenderse al campo penal.

Entendido el Derecho penal como la síntesis de legitimidad y eficacia, un sistema político convertido en maquinaria de poder eficiente impediría la conjunción de ambos vectores, privando de suficiente legitimidad a las medidas adoptadas. Para conjurar este riesgo habría que impedir que el aparato administrativo y el poder ejecutivo, animados por la oportunidad y la urgencia de lo inmediato, puedan configurar la sociedad mediante la amenaza de la pena. De ahí que Terradillos sostenga que «un auténtico Derecho penal europeo ha de nacer... de un Parlamento democrático». En definitiva, según este planteamiento, *jus puniendi de las Comunidades y primacía política del Parlamento Europeo en este ámbito son aspectos inseparables*.⁴¹⁷

Esta argumentación debería someterse, sin embargo, a un análisis complementario, que tuviera en cuenta la finalidad a la que sirve la garantía de la legalidad, por un lado, y el actual marco institucional de los Tratados, por otro. Y tener en cuenta, muy en particular, que los riesgos a que se ha hecho mención se diluyen allí donde el Parlamento Europeo se eleva al rango de colegislador comunitario.⁴¹⁸

⁴¹² Al respecto, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea...*, pp. 85 ss.

⁴¹³ P. WACHSMANN, «Les droits de l'homme», pp. 184 y 194.

⁴¹⁴ F. MORALES PRATS, «Los modelos de unificación...», p. 31.

⁴¹⁵ C. BLUMANN, «Aspects institutionnels», p. 16. También, S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea...*, p. 42.

⁴¹⁶ Al extremo de llegar a constitucionalizar el poder sancionador de la Administración, tal y como acontece en el sistema constitucional español (art. 25.3).

⁴¹⁷ J. M. TERRADILLOS BASCO, «Política y Derecho Penal...», pp. 72 ss.

⁴¹⁸ *Íbid.*, el art. 251 del Tratado CE.

Pese a ello, la entidad de las objeciones mencionadas tornan problemática la creación de disposiciones de Derecho penal comunitario, conforme al art. 280 del Tratado CE. Esta materia evoca la naturaleza de la norma penal: vieja cuestión que ha constituido el objeto de complejas discusiones dogmáticas, cuyo examen no se pretende aquí. Parto de la idea, en cualquier caso, de que toda norma penal contiene, como rasgos esenciales, dos mensajes: el primero se dirige a los ciudadanos, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida, en tanto que juicio normativo implícito o norma primaria; y el segundo, a las autoridades encargadas de su persecución, acusación y enjuiciamiento, como juicio normativo explícito o norma secundaria.⁴¹⁹ Dado que en ningún caso las disposiciones emanadas del art. 280 habrían de afectar a la «aplicación de la legislación penal nacional», los actos adoptados sobre esta base carecerían de uno y otro contenidos normativos, de modo que no podrían gozar de la consideración de norma penal.

Ello no habría de impedir, sin embargo, la identificación de las conductas contrarias a los intereses financieros comunitarios. Y ello, porque el concepto de «fraude y toda actividad que afecte a los intereses financieros» se convierte en una noción comunitaria, que justifica su posterior desarrollo. Conforme a esta argumentación, la cuestión no se plantearía entre reconocimiento o no del *jus puniendi* en favor de la Comunidad, sino en la legitimación de ésta para precisar los comportamientos concretos que lesionan o ponen en peligro los intereses financieros comunitarios, para prevenir las consecuencias sancionadoras y para formular determinados principios de actuación. Cuestión muy distinta es la aplicación de tales definiciones, previsiones y principios por los sistemas penales nacionales, que supondría su incorporación al Derecho nacional, conforme al procedimiento de elaboración de la ley penal. *En suma, no se trataría de crear normas penales en sentido estricto, sino de adoptar un plan comunitario de naturaleza político-criminal*.

De utilizarse el Reglamento a tales fines, los principios de eficacia directa y primacía se limitarían a sus propias previsiones de política penal, que ningún juez podría invocar, sin embargo, como fundamento inmediato de una condena penal. Se habría conseguido, en todo caso, que aquellas nociones se convirtieran en Derecho positivo, lo que parece problemático a través de los Convenios. Como efecto añadido, la legislación penal posterior nacional habría de adecuarse a las previsiones del Reglamento. Llegados a este punto, la cuestión radicaría en cómo formular las cláusulas en virtud de las cuales los Estados se obligarían a efectuar tal incorporación a sus respectivos sistemas nacionales, y en cuál sería la naturaleza de aquéllas.

⁴¹⁹ *Íbid.*, por todos, S. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 21 ss., y M. COBO DEL ROSAL Y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, pp. 25 ss.

La utilización de la Directiva eliminaría estos problemas, dada la obligación de los Estados de proceder a su transposición, y cuyo cumplimiento se garantiza por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esta vía habría de considerar, en sentido opuesto, la posible objeción según la cual los Parlamentos nacionales habrían actuado no con libertad soberana, sino condicionados por los términos de la Directiva. Ello podría hacer aflorar de nuevo los argumentos a que me he referido *supra*.

Cuanto precede sugiere que tanto la Directiva como el Reglamento pueden resultar inapropiados para elaborar normas penales. Según esta orientación, sólo la "ley penal europea", elaborada mediante un procedimiento distinto de los existentes, satisfaría las exigencias mencionadas. No se trataría solamente de una cuestión de terminología, sino que respondería a la necesidad de jerarquizar adecuadamente los instrumentos normativos, como consecuencia del poder que reciben las instituciones del cuerpo político. Ello habría de suponer que, cuando las disposiciones normativas inciden de manera singular sobre determinados derechos fundamentales, la ley europea sería la única capaz de respetar condiciones suficientes de legitimidad democrática.

Esta cuestión se inscribe en el contexto del singular sistema de fuentes del Derecho comunitario y de la Unión, reflejo de su peculiar naturaleza política y configuración institucional. La necesidad de una mayor clarificación, que permitiera distinguir las competencias de ejecución, y, en su caso, de un poder reglamentario autónomo directamente derivado de los Tratados, resultaría de exigencias de orden constitucional, cuyo hondón es el principio democrático del ejercicio del poder. La concreta articulación de estas cuestiones habría de tener presente, evidentemente, la ensambladura del conjunto normativo comunitario con los nacionales, y salvaguardar, al propio tiempo, los principios de primacía y efecto directo de leyes penales europeas y reglamentos, como bases esenciales del funcionamiento del sistema. Las primeras se situarían, en consecuencia, entre el marco constitucional europeo, por un lado, y el poder reglamentario comunitario, por otro.⁴²⁰

7.6.3. *El espacio judicial penal común europeo, ante la crisis de la soberanía del Estado-nación*

El amplio movimiento internacional del que la Unión Europea es protagonista destacada se sitúa en el pórtico de un distinto modelo judicial en el plano supranacional. En la perspectiva de una Justicia supraestatal, cuyo *desideratum* es la jurisdicción universal, no pocos

signos indican la existencia de un cambio de mentalidad y de actitud por parte de los responsables políticos, que estrechan la distancia entre utopía y realidad, mediante progresivos avances en este campo. Ejemplo destacado de ello es la constitución, en el marco de la ONU, de los Tribunales de La Haya y Arusha, para juzgar los presuntos crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, respectivamente; y, singularmente, la creación del Tribunal permanente para juzgar determinados crímenes contra la humanidad.⁴²¹

Tanto el distinto modelo de cooperación judicial como la constitución de las instancias jurisdiccionales supraestatales, al menos en lo relativo a la corrupción, requieren que los responsables políticos sean conscientes del potencial destructivo del «contraestado» de la ilegalidad organizada y de la incapacidad de combatirlo con las categorías y medios de un Estado desbordado, e incapaz de seguir garantizando por entero la protección del orden social. Afrontar tal proyecto supone reconsiderar el poder penal en el contexto supraestatal. Y es que, los Estados de la Unión, pese a la esencial compatibilidad de sus sistemas penales en el plano objetivo, se ven constreñidos a un estancamiento recíproco en su vertiente subjetiva, referida al ejercicio de la potestad punitiva.⁴²² Éste es, en último término, el aspecto central de la cuestión, que suele identificarse con la soberanía.⁴²³

No comparto, sin embargo, un tal entendimiento de la soberanía nacional, invocada a modo de anatema contra la constitución de una Justicia penal común. Frente a quienes así opinan, cabe mantener que aquélla consiste en el «el poder de resistirse a la imposición o el derecho de aceptar la delimitación externa del poder propio»⁴²⁴. De donde se sigue que sólo la pérdida del poder impuesta por terceros afecta a esta noción, que se mantiene intacta, en sentido opuesto, si la cesión es producto de la libre decisión del Estado.⁴²⁵ Aquí radica un aspecto importante de la cuestión: la invocación de la soberanía provoca cierta confusión⁴²⁶, cuyo éxito radica en las adherencias míticas del concepto.⁴²⁷

Conforme a la noción propuesta, la oposición al espacio penal común sería incongruente con la defensa de la soberanía, porque pre-

⁴²¹ El Estatuto del Tribunal Penal Internacional, adoptado por la Conferencia de la ONU celebrada en Roma el 17 de julio de 1988, requiere para su entrada en vigor su aceptación, aprobación o ratificación por 60 Estados, conforme a su art. 126. Sobre los orígenes de este Tribunal, *vid.* J. OUEL LOPEZ, «Hacia una jurisdicción...», *in extenso*.

⁴²² A. PAGLIARO, «Limiti...», pp. 199 y 203.

⁴²³ G. QUINTERO OLIVARES, «La unificación...», p. 51.

⁴²⁴ S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea...*, p. 61.

⁴²⁵ En el mismo sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea...*, p. 61.

⁴²⁶ La utilización de la noción de soberanía como obstáculo al Derecho Penal comunitario es igualmente criticada por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, «La Unión Europea...», p. 2.

⁴²⁷ «La noción de soberanía exclusiva y hermética —sostiene G. JAUREGUI BEREZGARTE—, "Globalización...", p. 4 — ha sido siempre más un mito que una realidad, un mito que ha servido más para legitimar la supresión de la competencia política, tanto en asuntos internos como internacionales, que para poder ejercer un poder real».

tendería desconocer la erosión de esta última por las organizaciones criminales⁴²⁸. Así, mientras que el poder confiado a la Justicia europea habrá de ser un poder democráticamente constituido, el de las organizaciones criminales es, ya en estos momentos, un poder antidemocrático. Además, ni son los magistrados la amenaza para la soberanía ni el riesgo ha de provenir de la Justicia. Y ello, porque también corresponde a los jueces la protección del Estado, por ser garantes de la legalidad que le es consustancial. *De donde se sigue que el espacio penal común es una vía en favor de la soberanía de los Estados miembros.* El fondo del problema no lo constituye, por tanto, la defensa del Estado en sí, sino la manera en que tal protección haya de llevarse a cabo.

Confiada dicha tarea hasta el presente a la Política, toda una serie de mecanismos internos de tutela y vigilancia estatal han descrito el curso de la independencia de la Justicia, como se ha tenido ocasión de comprobar. Sin embargo, reproducir este modelo en el ámbito supranacional no parece tan sencillo. De ahí que el imperio de la Política, temeroso de los riesgos inherentes a toda nueva situación, se resista a compartir con el Derecho la forma y la presencia del poder en el marco supranacional. Es, por tanto, como vengo manteniendo, una nueva configuración de las relaciones entre lo político y lo jurídico y entre políticos y magistrados lo que está en juego. Y no otra cosa. A este respecto, se ha llegado incluso a mantener que la reticencia a constituir un tal espacio judicial radica en que podría ser utilizado contra miembros de la clase política o del mundo de los negocios⁴²⁹.

7.6.4. *La adecuación del Derecho penal común a la Unión Europea como forma peculiar de organización política: el Estado reticular*

Por ser inseparable el Derecho penal objetivo de su vertiente subjetiva, *toda propuesta referida a la creación de un espacio jurisdiccional penal europeo presupone el problema del jus punitendi*. Toda vez que la potestad punitiva forma parte del núcleo tradicional del Estado-nacional, el espacio penal común se proyecta sobre el ejercicio del poder estatal. Esta cuestión, en cuanto incide en las relaciones entre la Unión y los Estados que la integran, revierte sobre la forma política de la Unión Europea, cuyo examen se hace ineludible.

Es ésta una magna cuestión que ha constituido, desde los inicios del proceso de integración europea, un tema de permanente debate de la ciencia política. En efecto, ni el sistema institucional, ni el modelo político comunitario se corresponden con ninguno de los esquemas

clásicos de las relaciones internacionales⁴³⁰. A ello se une la ausencia de una definición de la Comunidad y la Unión; deliberado silencio impuesto por el pragmatismo funcionalista, que facilita variados análisis, quizás animados por ideales preconcebidos. Como consecuencia de ello, resulta más fácil conocer cómo funcionan la Comunidad y la Unión que lo que realmente sean.

Parece evidente, en cualquier caso, que tanto una como otra no constituyen entes políticos de contornos herméuticos, sino un proceso dinámico y cambiante, encaminado a una mutación constitucional de proporciones formidables, caracterizado por la «traslación del poder constituyente hacia instancias supranacionales»⁴³¹. Se trata, en opinión de MUÑOZ MACHADO, de un «proceso federalizante»⁴³² e imparible, diseñado conforme a la estrategia funcionalista de cesión progresiva de poder, en estricta correspondencia con las actuaciones asignadas a las instancias comunes⁴³³; y cuyos límites no pueden establecerse *a priori* de manera sectorial sin desequilibrar el conjunto⁴³⁴. El federalismo, inherente al proyecto europeo desde sus orígenes⁴³⁵, resultaría, sostiene SIDJANSKI, la forma idónea de organización de la comunidad política supranacional para crear grandes espacios económicos, salvaguardando al mismo tiempo las identidades respectivas de los países que la integran⁴³⁶.

Ello no obstante, a la vista de su actual configuración, la Comunidad Europea escapa a cualquier clasificación tradicional. Este carácter original condena al fracaso su subordinación conceptual a otras experiencias históricas supranacionales. La Comunidad no alcanza, advierte ISAAC, al mismo tiempo que la supera, la fase de la confederación. Por un lado, no posee las competencias habituales de esta última: política exterior y defensa; por otro, ha superado el estrato confederal, por su sistema institucional —en particular, la toma de decisiones por mayoría y la existencia de un Parlamento surgido de las urnas— y, sobre todo, por las relaciones directas que mantiene con los ciudadanos de los Estados miembros. Al propio tiempo, aunque presenta no pocos rasgos del modelo federal, disiente radicalmente de él en diversos puntos y, fundamentalmente, en el carácter inter-

⁴³⁰ F. MORATA, *La Unión Europea...*, p. 87.

⁴³¹ S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea...*, p. 59. Al respecto, *vid.*, también, A. MANGAS MARTÍN, «Las relaciones...», p. 36, y G. JAUREGUI BEREGARU, «Globalización...», p. 13.

⁴³² S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea...*, p. 62. En la misma línea, A. MANGAS MARTÍN, «El espacio penal...», p. 71, sostiene que la Unión Europea «es una entidad política de vocación federal».

⁴³³ *Vid.* J. MONNET, *Mémoires*, pp. 453 y 461, y D. HAMON e Y. S. KELLER, *Fondements...*, p. 473.

⁴³⁴ *Vid.* L. COHEN-TANUGI, *Le Choix...*, pp. 171 ss.

⁴³⁵ *Vid.* J. MONNET, *Mémoires*, pp. 350 ss.

⁴³⁶ D. SIDJANSKI, *L'avenir fédéraliste... in extenso*; singularmente, pp. 13 ss., 261 ss., 283 ss., 295 ss. y 431 ss.; y E. BARON, *Europa...*, p. 102.

⁴²⁸ En el mismo sentido, R. VAN RUYMBEEK, *Communication...*, p. 4.

⁴²⁹ J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Política y Derecho Penal...», p. 73.

nacional de su acto fundador y en la carencia de un Gobierno dotado de la suficiente legitimación democrática, conforme a los módulos del Estado constitucional liberal⁴³⁷. El sistema comunitario se asemejaría, en palabras de MORATA, «... a un federalismo incompleto, segmentado o híbrido»⁴³⁸.

A efectos de evitar la confusión terminológica, cabría distinguir “federalismo”, como principio y método, y “Estado federal”, como forma estable de la organización del poder. Constante el principio federal desde sus primeros balbuceos, conforme al ideal de los Estados Unidos de Europa preconizado por Churchill en 1946⁴³⁹, su realización es tri-butaria de las circunstancias de cada momento, que expresan la tensión entre lo federativo y lo estatal. Si el primero pretende conjurar los peligros del totalitarismo nacionalista⁴⁴⁰, el segundo se aferra a la forma del poder que ha permitido el progreso de las sociedades desde el nacimiento del Estado moderno.

Este complejo proceso se ha caracterizado por grandes fracasos y, también, por éxitos indiscutibles. Entre los primeros, el abandono de los proyectos de la Comunidad de Defensa y de la Comunidad Política Europea y el “compromiso de Luxemburgo”, marcaron el rumbo y el ritmo de la construcción europea, frenando la integración. Entre los avances cabe mencionar la realización de la Unión Aduanera, las sucesivas ampliaciones, el Acta Única, el Tratado de Maastricht y el de Amsterdam, la práctica culminación del mercado único y la Unión Monetaria. Se trata de un proceso cíclico y zigzagueante, cuyo rasgo distintivo es el progreso del principio federativo⁴⁴¹.

En consonancia con el carácter mutante de la evolución, los diferentes métodos y enfoques hasta el presente utilizados para analizarlo se corresponden, a grandes rasgos, con distintas fases del proceso: el funcionalismo y el intergubernamentalismo. El primero fue adoptado por Jean MONNET, tras el rechazo a la Comunidad Política Europea y la Comunidad de Defensa Europea, adaptando las ideas de MYTRANY a lo que se concibió como “federalismo funcional” o “método de integración”. Concebido como una estrategia pragmática, se impuso a la arquitectura clásica basada en una Constitución elaborada por una Asamblea europea constituyente. Esta distinta actitud, en aquel entonces propugnada, entre otros, por ALTIERO SPINELLI, y reiterada pos-

⁴³⁷ G. ISAAC, *Manual...*, p. 361.

⁴³⁸ F. MORATA, *La Unión Europea...*, p. 103.

⁴³⁹ Esta idea fue uno de los ejes del histórico discurso que Winston Churchill pronunció en la Universidad de Zurich, el 19 de septiembre de 1946, y que se convirtió en detonante de un amplio movimiento federalista. Al respecto, véase R. PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia política...*, pp. 54 ss.

⁴⁴⁰ D. SIDJANSKI, *L'avenir fédéraliste...*, in extenso.

⁴⁴¹ En cuanto al desarrollo de este proceso, véase D. HAMON e Y. S. KELLER, *Fondements...*, in extenso, y singularmente, pp. 111 ss.

teriormente en el Proyecto de Constitución Europea elaborado por el Parlamento Europeo en 1984, hubo de ceder ante las reticencias nacionalistas.

Conforme a la noción de “efecto inducido” —principal aportación funcional, de procedencia económica— las decisiones del común generaron una dinámica económica y política en la que se consolidó una integración progresiva⁴⁴². La estrategia consistió en crear una unión económica como presupuesto de la política —tempranamente imaginada como los “Estados Unidos de Europa”—; y cuyo advenimiento, inexorable conforme a la fuerza natural de los acontecimientos, no resultaría en modo alguno traumático. Es su instrumento el llamado método comunitario que, renunciando a un gobierno central, permite decisiones en el Consejo no necesariamente supeditadas a la unanimidad. Actuando la Comisión como motor del proceso, tanto el Parlamento como el Tribunal de Justicia han de subrayar el carácter comunitario del sistema, en cuanto que propio del conjunto y no de la suma de sus integrantes⁴⁴³.

Los sucesivos acontecimientos, y singularmente el compromiso de Luxemburgo que supondría la imposición de la unanimidad hasta el Acta Única, obligaron a los analistas a reconsiderar sus posiciones. El intergubernamentalismo resultó más apto para explicar esta fase, en la que se consolidó la creciente importancia del Consejo de Ministros y el COREPER, en detrimento de la Comisión, y se confinó la cooperación política europea en la negociación intergubernamental⁴⁴⁴.

En este devenir tartamudeante, a medio camino entre Sísifo y Pro-meteo, el intergubernamentalismo estricto hubo de ceder ante el impulso que supuso el Acta Única, la ampliación hacia el sur y el programa de realización del mercado interior; dando lugar a nuevas explicaciones de tipo neofuncionalista o incluso ecléctico, que combinan elementos de uno y otro enfoques⁴⁴⁵. De manera más concreta, los sectores neorrealistas hablarán, a partir de 1992, de “institucionalismo gubernamental”, de “intergubernamentalismo liberal” o de “negociación elitista”⁴⁴⁶. Contemplando otra perspectiva, el neoinstitucionalismo concibe la Unión Europea como una nueva y singular forma de dominación política, caracterizada por los distintos niveles de institucionalización existentes en la estructura comunitaria y por las distintas estrategias desplegadas por los agentes políticos⁴⁴⁷.

⁴⁴² Véase E. BARON, *Europe...*, pp. 157 ss.; F. MORATA, *La Unión Europea...*, pp. 88 ss., y

J. M.ª JORDÁN GAUDUF, *Economía...*, pp. 35 ss. y 61 ss.

⁴⁴³ J. MONNET, *Mémoires*, pp. 506, 507 y 527.

⁴⁴⁴ J. MONNET, *Mémoires*, pp. 393 ss. y 563 ss.

⁴⁴⁵ D. HAMON e Y. S. KELLER, *Fondements...*, p. 569.

⁴⁴⁶ F. MORATA, *La Unión Europea...*, pp. 96 ss.

⁴⁴⁷ Confr. F. MORATA, *La Unión Europea...*, p. 105.

Los actuales acontecimientos no facilitan el pronóstico de la próxima culminación del Estado Federal Europeo. En el contexto de cierto escepticismo⁴⁴⁸, tanto la decisión de ampliar la Comunidad, en detrimento de una más profunda integración, como la acentuación de la subsidiariedad —no obstante su indiscutible carácter federal⁴⁴⁹— en favor del poder de decisión de los Estados miembros, facilitan un pronóstico distinto. Esta última tendencia se confirma políticamente en el Consejo Europeo de Edimburgo, se eleva al rango de principio general en Maastricht⁴⁵⁰ con el propósito de fortalecer los elementos estatistas del conjunto⁴⁵¹ y se consolida con el Protocolo núm. 30 al Tratado de Amsterdam, que se incorpora como anexo al Tratado CE⁴⁵². El Consejo de Viena se ha pronunciado en términos inequívocos sobre esta fundamental cuestión, «... reafirmando su determinación de hacer que se aplique íntegramente» la subsidiariedad, al tiempo que recuerda su carácter jurídicamente obligatorio. Se exhorta a las instituciones, en consecuencia, a que se guíen por los criterios y prácticas contemplados en el Protocolo⁴⁵³. Ello supone que la interacción de dicho principio y, por tanto, el progreso de principio federal, depende y dependerá en no escasa proporción de las decisiones del Tribunal de Justicia⁴⁵⁴.

En los últimos años se abre paso la idea de la «Asociación de Estados», ya adelantada por la Sentencia de 12 de octubre de 1993 del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, respecto del Tratado de Maastricht. Esta noción supondría una constante interacción entre soberanía nacional e integración en un plano político único. Se trataría de una entidad asociativa, comunitaria y mancomunada en la que la soberanía de cada Estado se confunde y complementa con los centros supranacionales de decisión⁴⁵⁵.

La Unión no puede analizarse, además, al margen de la situación internacional, caracterizado por la globalización⁴⁵⁶, al insertarse en un mundo complejo, en el que interviene con un protagonismo creciente y destacado. Al mismo tiempo, el poder de la identidad explica el auge del movimiento en pro de la Europa de las Regiones⁴⁵⁷. Todo ello

⁴⁴⁸ D. HAMON e Y. S. KELLER, *Fondements...*, p. 469.

⁴⁴⁹ Vid. D. SIDJANSKI, *L'avenir fédéraliste...*, pp. 302 ss.; F. MORATA, *La Unión Europea...*, p. 102, y E. BARÓN, *Europa...*, p. 95.

⁴⁵⁰ Vid. el art. B del Tratado UE (actual art. 2, párrafo segundo, tras Amsterdam) y el art. 3 B del Tratado CE (actual art. 5, párrafo segundo, ídem).

⁴⁵¹ S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea...*, pp. 17 ss.

⁴⁵² M. OREA AGUIRRE, «La revisión...», pp. 367 y 368.

⁴⁵³ Vid. la conclusión de la Presidencia núm. 79 del Consejo de Viena.

⁴⁵⁴ F. MORATA, *La Unión Europea...*, p. 102.

⁴⁵⁵ En esta dirección, Keohane y Hoffmann sostendrán que la Comunidad no es tanto una experiencia de transferencia de poder cuanto de «soberanía mancomunada» con los Estados miembros. Al respecto, conf. F. MORATA, *La Unión Europea...*, pp. 98 y 99.

⁴⁵⁶ En este sentido, D. HAMON e Y. S. KELLER, *Fondements...*, p. 471.

⁴⁵⁷ Vid. M. GUIBERNAU, *Los nacionalismos...*, pp. 128 ss.

sugiere nuevas perspectivas de análisis, que giran en torno a la noción de la *red política*, que conectaría, por un lado, a los Estados de la Unión entre sí, por otro, a éstos con otros Estados y organizaciones internacionales y, finalmente, a la Comunidad con estos últimos.

En tal dirección se orientan las aportaciones de WESSELS, KEOHANE y HOFMANN, respecto del «federalismo corporativo», y el enfoque empírico denominado *multilevel governance*, propugnado por HOOGE y BLANK, según el cual nos situaríamos ante responsabilidades repartidas en los distintos niveles nacionales y supraestatales⁴⁵⁸. También, la perspectiva de CASTELLS, para quien la formación de la Unión Europea no es tanto un proceso de carácter federal, cuanto de constitución de una forma singular de asociación, en la que los Estados-nación europeos pueden seguir construyéndose, en el nuevo desorden global, para «... distribuir los beneficios entre sus miembros, bajo reglas incesantemente negociadas»⁴⁵⁹. La construcción europea no sustituiría a los Estados nacionales, sino que representaría un medio decisivo para la supervivencia de estos últimos, frente a los retos de la nueva era de la globalización. También, para contrarrestar la tendencia de los nacionalismos. *La Unión Europea se convertiría en una suma de Estados relacionados entre sí en forma nodal, constituyendo un orden superior: el Estado red*⁴⁶⁰. Se trataría de una forma de poder caracterizada por la distribución de la autoridad en diversos centros de decisión, competentes para ejercer la violencia presuntamente legítima a lo largo de una estructura de carácter horizontal⁴⁶¹.

A la vista de tal evolución y de tan singulares cambios no es ya sostenible el viejo argumento de la soberanía, en una *Unión Europea que refleja la forma del poder de la nueva era, superando la propia del Estado-nación y el concepto de soberanía que le fue inherente*⁴⁶². Ante nosotros se muestra un nuevo mosaico institucional: una pluralidad de centros de decisión que se superponen y solapan, dentro de un proceso continuo de construcción y reconstrucción de la imagen y la presencia del poder, bajo las reglas de la negociación y la discusión⁴⁶³. Expresión de ello es un universo normativo necesariamente complejo, caracterizado por la recíproca relación entre Derecho de la Unión, comunitario, nacional y regional⁴⁶⁴.

El concepto de soberanía única e indivisible, que sirvió para definir el Estado nacional, se debilita al intentar explicar un orden político

⁴⁵⁸ Conf. F. MORATA, *La Unión Europea...*, pp. 105 ss.

⁴⁵⁹ M. CASTELLS, *El poder de la identidad*, pp. 295 y 296.

⁴⁶⁰ M. CASTELLS, *Fin de milenio*, p. 363.

⁴⁶¹ G. JAUREGUI BERECIARTU, «Globalización...», p. 8.

⁴⁶² Vid. I. MORENO NAVARRO, «Mundialización...», p. 15.

⁴⁶³ Vid. M. CASTELLS, *Fin de milenio*, pp. 364 y 365, y *El poder de la identidad*, pp. 295

y 296.

⁴⁶⁴ G. JAUREGUI BERECIARTU, «Globalización...», p. 14.

multinacional en constante movimiento.⁴⁶⁵ El análisis que precede nos invita a abandonar la idea de que el Derecho penal es la expresión más eminente de la soberanía estatal e intransferible, por tanto, a instancias supranacionales.⁴⁶⁶ Y franquea el camino a la Justicia penal común europea. La cuestión ha de derivarse hacia la forma de dicho espacio, que habrá de adaptarse a las particularidades de la Unión, entendida como asociación singular de Estados conectados en forma nodal, y hacia el ritmo de su instauración. Tal el desafío a asumir de manera inmediata.

7.6.5. De la inmediata creación de un Ministerio Público Europeo: las bases de un proyecto faseológico

La realización del espacio judicial habrá de sortear no pocos escollos. Describir todos ellos y dar forma a tan ambicioso proyecto en estas páginas sería tarea vana, mas no abordarlo nos privaría de una visión de conjunto. Me propongo, por ello, exponer algunas de las ideas que dan vida al apasionante avatar en que estamos inmersos, que vislumbra y anuncia, con más probabilidades que nunca, el nacimiento de una Justicia penal común europea.

Si afirmar de manera tajante lo que el espacio judicial haya de ser no parece todavía posible, al menos sí puede mantenerse lo que no ha de ser, pues de cuanto precede se infiere con facilidad que no se precisa una forma federal. No es, en cualquier caso, el modelo que propugna el *Corpus Iuris*: el principio de complementariedad, que tituye una de las piezas esenciales de su arquitectura, impide que se le atribuya tal carácter. Más allá de tal afirmación, la complejidad técnica del proyecto, entremezclado con cuestiones de naturaleza política, facilita variadas posiciones que, aun coincidiendo en lo esencial, presentan matices divergentes. Al trasluz de las posibilidades y límites de los Tratados, algunos sostienen que es imprescindible la reforma de estos últimos, otros apuntan a los instrumentos del tercer pilar y, más concretamente, a los convenios. No faltan quienes piensan que parte de estas materias podrían ser incorporadas a un Reglamento.⁴⁶⁷

En lo que sí parece existir una amplia base de acuerdo es en circunscribir el proyecto, al menos en sus primeras fases, a los delitos contra los intereses financieros comunitarios, que abarcan tanto el fraude como la corrupción. También, en que debe comenzar por la instauración del Ministerio Fiscal Europeo. La competencia de este último habría de abarcar los delitos de corrupción cometidos por los fun-

cionarios europeos. El criterio estatutario, que ya viene establecido actualmente en el ámbito comunitario⁴⁶⁸, es la alternativa al principio de la territorialidad, por otro lado plagada de excepciones en los diversos sistemas penales nacionales. La tutela de los intereses comunitarios frente a los más graves ataques que puedan destruir sus fundamentos —de los que la corrupción es ejemplo destacado— requiere una instancia judicial, inserta en el orden institucional de la Comunidad política que la corrupción pone en peligro.

También congrega el acuerdo el método progresivo para realizar el espacio judicial, que ha hecho posible los grandes avances europeos. Este es el parecer del Comité de Expertos Independientes —integrado por los mismos miembros que efectuaron el primero, a excepción de Carrillo Salcedo, sustituido por Antonio Tizzano— que, en su Segundo Informe, presentado el 10 de septiembre de 1999, preconiza la instauración de un Fiscal General Europeo Central, apoyado por una red de Fiscales Nacionales. En la primera fase, el MPE sería competente para los delitos cometidos por los miembros y funcionarios de las Instituciones y Órganos comunitarios, conforme a las previsiones de los arts. 5 a 8 del *Corpus*. El control de la legalidad de las investigaciones de la OLAF así como las decisiones del MPE se encomendaría a una Sala Especial del Tribunal de Primera Instancia. La segunda supondría la creación de una Fiscalía en cada país miembro, para los delitos que afecten directamente los intereses financieros comunitarios. El Fiscal Europeo aseguraría en esta etapa el enlace entre las distintas fiscalías nacionales; singularmente ante los previsibles conflictos de jurisdicción, en los casos que afecten a varios países. La legalidad de sus actuaciones se fiscalizaría en cada Estado por el tribunal competente. La tercera fase tendría por objeto la constitución de un MPE único e indivisible para el territorio de la Unión, representado en todos los países por Fiscalías competentes para la instrucción de las causas penales que afecten a los intereses financieros.⁴⁶⁹

La idea del MPE ha sido igualmente considerada por el Presidente de la Comisión, Romano Prodi, al pronunciarse sobre el Consejo de Tampere.⁴⁷⁰ A su vez, el Informe elaborado a instancia de la Comisión Europea por Jean-Luc DEHANE, Richard VON WEIZÄCKER y David SIMON, sobre las reformas de los Tratados —singularmente, en los aspectos institucionales—, en la perspectiva de la ampliación, plantea igualmente la designación de un Fiscal Europeo Independiente.⁴⁷¹ El mismo Presidente Prodi, junto con el Comisario Barnier, presentaron el 10 de noviembre de 1999 un documento que recoge esta materia

⁴⁶⁵ En el mismo sentido, F. MORAVA, *La Unión Europea*..., p. 107.

⁴⁶⁶ C. VAN DEN WYNGAERT, *The Transformations*..., pp. 77 y 78.

⁴⁶⁷ Un estudio de las diferentes posiciones al respecto puede verse en M. DELMAS-MARTY, *Rapport général*, pp. 55 ss.

⁴⁶⁸ *Vid.* el art. 236 del Tratado CE (antiguo art. 179).

⁴⁶⁹ COMITÉ D'EXPERTS INDÉPENDANTS, *Second Rapport*..., recomendación núm. 59, y pp. 174 ss.

⁴⁷⁰ En la misma dirección, C. LECOU, «... OLAF...», p. 11.

⁴⁷¹ *Vid.* el punto núm. 2.2.6.

en el marco de las reformas institucionales a abordar, con motivo de la Conferencia Intergubernamental del año 2000.⁴⁷²

El Parlamento Europeo, activo impulsor del proyecto, según se indicó *supra*⁴⁷³, en su Resolución de 18 de noviembre de 1999 sobre la preparación de la reforma de los Tratados y la próxima Conferencia Intergubernamental⁴⁷⁴, incluye entre sus objetivos la instauración de una Fiscalía Europea con funciones de investigación⁴⁷⁵. Posteriormente, en su Resolución de 19 de enero del 2000, coincidiendo con el programa faseológico del Comité de Expertos, propugna la instauración de un marco jurídico y judicial completo, mediante un Reglamento basado en el art. 280 del Tratado CE.⁴⁷⁶ En la misma dirección, el Proyecto de informe de 17 de noviembre de 1999, sobre el Segundo Informe del Comité de Expertos, y del que es ponente el parlamentario Van Hulten, plantea igualmente el nombramiento de un Fiscal Europeo, responsable de las acciones penales dirigidas contra miembros y funcionarios de las Instituciones, Organos y Organismos de las Comunidades, por hechos relacionados con el fraude a las finanzas comunitarias. El Fiscal Europeo habría de estar sometido al control de la jurisdicción de Luxemburgo.⁴⁷⁷

Los reparos a que me referí más arriba, acerca de la creación de un sistema penal comunitario a partir del art. 280 del Tratado, carecen aquí de sentido. Y ello porque la instauración de una Fiscalía limitada a controlar las investigaciones internas, y a asegurar la transmisión de los procedimientos a las autoridades judiciales competentes, no afectaría en modo alguno al poder de los Estados en la aplicación del Derecho penal o en la Administración de la Justicia.

La cuestión se podría plantear en otros términos: si una autoridad que no ejerce las funciones tradicionalmente asignadas a una Fiscalía merece tal denominación. No debe olvidarse, sin embargo, que la institución se define por su estatuto. Además, en los diversos sistemas nacionales, los Ministerios Públicos se organizan internamente en torno a órganos, alguno de los cuales no tienen otras funciones que las de asesoría, inspección o coordinación. Tal es el caso, por ejemplo, de

⁴⁷² Me referí al documento IP/99/826, «Adapter les Institutions pour réussir l'élargissement: Contribution de la Commission à la préparation de la Conférence intergouvernementale sur les questions institutionnelles»; singularmente su punto 4, *in fine*.

⁴⁷³ *Ibid.*, singularmente, la Resolución de 31 de marzo de 1998, ponente, la parlamentaria Diemut Theato (DOCE, C 318, de 4 de mayo de 1998); la Resolución de 13 de abril de 1999 sobre procedimientos penales en la Unión Europea (Corpus Juris), ponente, el parlamentario Jan Kees Wiebenga, concretamente, sus puntos 5 a 8 (DOCE C 219, de 30 de julio de 1999); y la Resolución de la misma fecha sobre un espacio de libertad, de seguridad y de Justicia, ponente, el parlamentario Rinaldo Bontempi, y concretamente, su punto número 26 (DOCE, ídem).

⁴⁷⁴ Ponentes, los parlamentarios Dimitrakopoulos y Leinen.

⁴⁷⁵ *Ibid.* el núm. 43 de la Resolución.

⁴⁷⁶ *Ibid.* el núm. 1 de la Resolución, y D. R. THEATO, «Discours», *in extenso*.

⁴⁷⁷ *Ibid.* el punto núm. 26.

la Secretaría Técnica o de la Inspección del Ministerio Fiscal español, o de la Dirección Nacional Antimafia italiana. En todos estos casos, sus integrantes son, indiscutiblemente, miembros del Ministerio Público.

Conforme a esta orientación, la cuestión no radicaría tanto en la imposibilidad jurídica de la creación de un MPE a partir del art. 280 del Tratado CE—conforme a los argumentos a que me referí *supra*—, cuanto en la oportunidad de una tal decisión, teniendo en cuenta su trascendencia y el hecho de que no se haya previsto de manera expresa en la redacción del precepto.

También ha sido planteado el control de la OLAF por el MPE, singularmente en la perspectiva de la protección de las garantías de los investigados⁴⁷⁸. Según este parecer, la creación de la OLAF anunciaría la instauración de un Ministerio Público Europeo, del que el Comité de Vigilancia constituiría su germen⁴⁷⁹. Se pretendería así garantizar que un Servicio de investigación cuasi-penal, como la Oficina Antifraude, respete la objetividad e imparcialidad, a la hora de iniciar las investigaciones, y los derechos individuales y el procedimiento, en su posterior desarrollo⁴⁸⁰. Es más, la creación de la OLAF anunciaría, según esta orientación, la creación de un Ministerio Público, dado el conjunto de potestades que se atribuyen a un Servicio que, aunque sin perder su naturaleza administrativa, alberga lo que sólo a la Justicia se reserva: el poder de la independencia⁴⁸¹.

No es inoportuno recordar que, en el plano nacional, la vinculación gubernativa de Administración y Policía es condición de la legitimación democrática de su actuación. En el plano comunitario, el debate corre la suerte inversa, pues parece que sólo la independencia asegura la legitimidad de las pesquisas. Esta conclusión no sería en modo alguno ajena a las carencias institucionales: operando la cuestión penal a modo de barrera infranqueable hasta el presente, se habría llegado al “grado omega”, en el marco de lo que los Tratados permiten.

Ello no obstante, también cabría abordar la cuestión no en términos de legitimación en abstracto, sino de legitimación en concreto; empujando el debate en el marco de la organización del Servicio y de la forma de llevar a cabo sus funciones. Se partiría así de la idea de que la cuestión no radicaría tanto en la legitimidad del poder de la OLAF, sino en el concreto ejercicio de sus poderes de investigación. Ello nos permitiría considerar la posible estructuración de la Oficina en torno a dos planos superpuestos, de modo que el de las investi-

⁴⁷⁸ Resoluciones del Parlamento Europeo de 13 de abril de 1999, citadas.

⁴⁷⁹ *Ibid.* D. R. THEATO, «Discours», p. 8, y el Proyecto de informe del Parlamento Europeo, sobre el establecimiento de una protección penal de los intereses financieros de la Unión, en el marco de las revisiones del Tratado UE, singularmente, pp. 7 y 8.

⁴⁸⁰ COMITÉ D'EXPERTS INDÉPENDENTS, *Second Rapport...*, pp. 167, 173 y 174.

⁴⁸¹ *Ibid.* al respecto, COMITÉ D'EXPERTS INDÉPENDENTS, *Second rapport...*, p. 174.

gaciones se subordinara a otro de carácter eminentemente jurídico y construido en torno a la cultura judicial. Todo ello, para garantizar la necesaria síntesis entre la legitimidad y la eficacia, bajo la responsabilidad del Director de la OIAF y la supervisión del Comité de Vigilancia. *De ser así, las bases de un Ministerio Público Europeo quedarían establecidas en el propio seno de la Oficina.* Sólo habría de esperarse a su posterior institucionalización, mediante las reformas adecuadas. En tal momento, y de manera complementaria, lo que habría de considerarse es la creación de un Tribunal penal europeo, adscrito al de Luxemburgo. De esta cuestión me ocuparé más tarde.

A esta primera fase habría de seguir una segunda, que comportaría la reforma de los Tratados. Ello es así en atención a las dificultades de orden técnico y político que supondría lo preconizado por el Comité de Expertos Independientes. Excluida la vía del art. 280 del Tratado CE, el recurso al tercer pilar —convenio o decisión-marco— sería inevitable. Ello haría aflorar los problemas ya conocidos con el marco convencional PIF.

Al objeto de que se reformen los Tratados, la Resolución de 19 de enero del 2000, ya citada, efectúa un llamamiento a la próxima Conferencia Intergubernamental, para que incluya en su programa de trabajo la creación de un Fiscal General Europeo, a partir del *Corpus Juris*, del estudio comparado posteriormente elaborado y de las orientaciones del Segundo Informe del Comité de Expertos.⁴⁸² Coincide con este planteamiento la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de noviembre de 1999, sobre la próxima conferencia Intergubernamental, de la que fueron ponentes los parlamentarios Dimitrakopoulos y Leinen.⁴⁸³ En la misma dirección, la Comisión Europea plantea formalmente las reformas necesarias en los Tratados, al objeto de instaurar un Fiscal Europeo, responsable en el conjunto del territorio europeo de la investigación de los hechos de fraude y de las diligencias penales ante las jurisdicciones nacionales.⁴⁸⁴

La realización del Proyecto puede ser compatible con otras alternativas, de entre las que podría considerarse el criterio de la gran delincuencia organizada, como vector complementario del de la corrupción interna.⁴⁸⁵ Este punto de vista sería coherente con quienes limitan el espacio judicial a la mejora de la cooperación judicial, pues ello supondría reconocer que ni aquella ni tampoco la coordinación están

⁴⁸² *Vid.* los puntos núms. 4 y 5 de la Resolución, en relación con su letra E.
⁴⁸³ *Vid.* su punto núm. 43.

⁴⁸⁴ COM (2000) 34, *Adapting the institutions for réusir l'elargissement. Avis de la Commission au titre de l'article 48 du traité sur l'Union européenne sur la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des Etats en vue de modifier les traités* (pg. 17).

⁴⁸⁵ *Vid.* E. Gungor, «Pour une lutte européenne...», *in extenso*, y la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de abril de 1999, ponente el parlamentario J. K. Wiebenga, ya citada, singularmente su núm. 5.

en condiciones de resolver todos los problemas de la Justicia penal en Europa. Concebida la primera como instrumento de carácter bilateral, es incapaz de aportar una respuesta satisfactoria a la delincuencia transnacional, que requiere una solución conceptualmente distinta: la creación de instancias represivas supranacionales. Otro tanto cabe decir de la coordinación que, si bien puede paliar ciertas carencias de la cooperación, se enfrenta al principio de la territorialidad de la ley penal, fuente de problemas de difícil solución.⁴⁸⁶

De aceptarse esta vía complementaria, la fórmula de la competencia en favor de las instancias judiciales europeas podría construirse en torno a tres requisitos. El primero giraría alrededor de los delitos contra los intereses financieros comunitarios. A este ámbito debería añadirse la protección penal de la moneda única; que es un verdadero patrimonio común, respetando al mismo tiempo condiciones mínimas de Justicia, difícilmente compatibles con las desafortunadas diferencias al respecto existentes en los distintos países.⁴⁸⁷ El segundo aludiría al carácter organizado y transnacional de la criminalidad, y podría satisfacerse con la doble exigencia de organización criminal y de hechos que afecten al menos a tres países. Este segundo requisito debería complementarse con un tercero que, reflejando la subsidiariedad, atribuya competencia a los Organos de la Justicia europea —MPE y Tribunal de Justicia— sólo en los más graves casos, ya por la naturaleza de la actividad delictiva, ya por la importancia cuantitativa de los perjuicios irrogados.

En cualquiera de los casos, el Ministerio Fiscal ha de configurarse bajo los principios de legalidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica. Debe ser considerado un órgano del poder judicial europeo y adscrito, por tanto, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, e integrado por el Fiscal General y los miembros de la Fiscalía, cuyo estatuto habría de estar igualmente previsto. Una vez desarrollado el proyecto, comprendería igualmente a los Fiscales Europeos Delegados. Ninguno de ellos habría de recibir instrucciones de clase alguna ni de las instituciones europeas ni de las nacionales. Al objeto de asegurar la fundamental cuestión de la independencia, el nombramiento y estatuto del Fiscal General podría adecuarse, no obstante ciertas singularidades a que me referiré, a los principios contenidos en los arts. 223 del Tratado CE y 2 y ss. del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y concordantes de los otros dos Tratados.⁴⁸⁸ Las Fiscalías de los Tribunales Internacio-

⁴⁸⁶ Los múltiples problemas asociados al principio de la territorialidad estatal —conflictos de jurisdicción, *ne bis in idem*, doble incriminación, entre otros— son analizados por C. VAN DEN WYNGAERT, *The Transformations...*, pp. 34 ss.

⁴⁸⁷ Baste indicar, como ejemplo, que el delito de falsificación de moneda está castigado en España con las penas de ocho a doce años de prisión y multa (art. 386 del Código Penal) y, en Francia, con las de treinta años de reclusión criminal y multa (art. 442.1 del Código Penal).
⁴⁸⁸ *Vid.* los arts. 32 ter del Tratado CECA y el 138 del Tratado EURATOM.

tancia suprema de la arquitectura judicial penal europea, en el ámbito que se le asigne.

No parece inoportuno recordar que la Comunidad, que los Tratados configuran como una forma peculiar de organización jurídica⁴⁹⁵ se basa en los jueces nacionales —en cuanto que jueces comunitarios⁴⁹⁶— y, en última instancia, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁹⁷. Tráíase de un verdadero poder judicial, depositario supremo del interés colectivo, garante de los principios de aplicación directa y primacía del Derecho comunitario y defensor de la identidad e integridad del sistema normativo comunitario⁴⁹⁸.

Ha sido precisamente la existencia de un auténtico poder judicial autónomo la que ha permitido la consolidación y el progreso de esta Comunidad de derecho⁴⁹⁹, a la que HALLSTEIN definió como «la empresa más genial de la historia jurídica contemporánea»⁵⁰⁰. Y ello, toda vez que el Tribunal de Justicia, al estar «... más al abrigo que las otras instituciones comunitarias respecto de las influencias políticas... está en mejor disposición para asegurar la permanencia en la consecución de los objetivos fijados en los Tratados por los padres fundadores de la Comunidad»⁵⁰¹.

El acierto de la jurisprudencia comunitaria radica en haber citado la creación judicial⁵⁰² con el equilibrio institucional⁵⁰³. A la vista de la función desempeñada por el poder judicial comunitario —entre cuyas aportaciones sobresalientes cabría destacar el principio de lealtad comunitaria, la interpretación de la subsidiariedad, el principio de reconocimiento mutuo y la teoría de los poderes implícitos— no es difícil addivinar las positivas consecuencias de la constitución de un espacio jurisdiccional penal.

Aquí radica el núcleo de la cuestión: la reticencia a la constitución del espacio judicial puede obedecer al dinamismo del Tribunal y a su contribución insustituible a la realización del proyecto europeo⁵⁰⁴,

⁴⁹⁵ «El Tratado CEE —sostiene el Tribunal de Justicia en su Dictamen I/1991, de 14 de diciembre de 1991 (Rec. 1991, pp. I-6079)—, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio Internacional no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho.»

⁴⁹⁶ Vid. D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional... in extenso*, singularmente, pp. 27 ss. y 51 ss., y M. BACIGALUPO, *La Justicia comunitaria...*, pp. 107 ss.

⁴⁹⁷ «El sistema judicial comunitario —G. ISAAC, *Manual...*, p. 256— no reside exclusivamente en el Tribunal de Justicia, sino en un conjunto jurisdiccional más amplio que engloba a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia.»

⁴⁹⁸ M. BACIGALUPO, *La Justicia comunitaria...*, pp. 11 ss.

⁴⁹⁹ S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea...*, pp. 66 ss.; M. CIENFUEGOS MATTEO, «Poder judicial...», pp. 87 a 89, y L. COHEN-FANUCCI, *Le Choix...*, p. 199.

⁵⁰⁰ W. HALLSTEIN, *La Europa...*, p. 46.

⁵⁰¹ M. CIENFUEGOS MATTEO, «Poder judicial...», p. 96.

⁵⁰² D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional...*, p. 25.

⁵⁰³ Y. MÉNÉY, *Le système politique...*, p. 32.

⁵⁰⁴ Vid. D. SIDJANSKI, *L'avenir fédéraliste...*, p. 122.

dado que ha permitido compensar las inercias políticas en los momentos de estancamiento y las limitaciones de otras instituciones⁵⁰⁵. El fondo del problema no es otro que el predominio de la Política sobre el Derecho, y el subsiguiente recelo del poder independiente de la Justicia. No en vano, ha sido la función desempeñada por la Justicia comunitaria, por algunos calificada de “gobierno de los jueces”⁵⁰⁶, la que, con palabras del Presidente del Tribunal de Luxemburgo, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, «probablemente explique que el Tribunal se haya convertido hoy en un objetivo privilegiado de las críticas de los euroescépticos»⁵⁰⁷.

7.7. Hacia una Unión Europea como Comunidad de derecho: la defensa de los valores comunes y la responsabilidad de jueces y magistrados

Hasta aquí se ha trazado, a grandes rasgos, el estado de la Justicia penal en Europa. Tal y como ha podido comprobarse, la principal causa del atraso que padece no es otra que la desconfianza en la Justicia y en los jueces responsables de administrarla. Poner remedio a esta situación es de urgente necesidad. Porque, si una “Europa de los jueces” es un desatino, una “Europa sin los jueces” es igualmente impensable. El nuevo objetivo proclamado en el Tratado de Amsterdam en torno a un espacio de libertad, de seguridad y de Justicia abre la puerta a importantes reformas, en orden a la constitución de un verdadero poder judicial europeo, también en el orden penal.

La identidad europea es, en lo más profundo, una coincidencia esencial sobre el entendimiento de la cosa pública, configurada ésta por medio de la Política, mas cuya defensa debe encomendarse al Derecho. Además, los logros económicos carecerían de sentido sin un impulso. Así, los logros económicos carecerían de sentido sin un impulso, pues, so pretexto de fuerza radical en los valores comunes. Es hora, pues, de complementar el discurso de los avances materiales con el de los valores comunes. Europa es ante todo —tal y como la entenderán SCHUMAN, MONNET y ADENAUER—, una empresa colectiva de carácter moral⁵⁰⁸, que se construye —sostienen ORTEGA⁵⁰⁹ y Salvador DE MADARIAGA⁵¹⁰— sobre una fe común. Sin embargo, confiada en demasía al discurso político, Europa corre el riesgo de desvanecerse en manos del posibilismo y la oportunidad. En ausencia de los mecanismos adecuados de contrapoder, la Unión discurre por complejos vericuetos

⁵⁰⁵ F. MORATA, *La Unión Europea...*, p. 101.

⁵⁰⁶ D. SIDJANSKI, *L'avenir fédéraliste...*, *idem*, *Vid.*, igualmente, E. BARON, *Europa...*, pp. 58 ss.

⁵⁰⁷ Citado por M. CIENFUEGOS MATTEO, «Poder judicial...», p. 98.

⁵⁰⁸ Conf. J. MONNET, *Mémoires*, p. 306.

⁵⁰⁹ J. ORTEGA y GASSSET, *La Rebelión de las masas*, p. 239 (en el epílogo para ingleses).

⁵¹⁰ S. MADARIAGA, *L'esprit de l'Europe*, citado por M. OREJA ACURRE, *Europa mañana...*, p. 34.

que la alejan del ciudadano. Sin embargo, uno y otro aspectos propician la corrupción, que mina los fundamentos del proyecto europeo.

Frente a cierta tendencia autodestructiva de la Política, sólo una cultura de la legalidad basada en los valores europeos permitirá res-taurar el espíritu y la fuerza moral que animó a los fundadores de un proyecto que, en su hondón, languidece. La integración europea pasa actualmente, en consecuencia, por la potenciación y consiguiente protección jurisdiccional de nuestro núcleo cultural común. Es su quintaesencia la articulación del binomio libertad/igualdad, que cristaliza en un singular entendimiento de las libertades públicas y los derechos sociales⁵¹¹. La garantía de ese núcleo de la identidad europea pre-supone un mayor protagonismo de los magistrados, como últimos defensores de ese patrimonio común que fundamenta la Unión Europea, considerada no ya como ideal político, sino como auténtica Comunidad de derecho.

En la perspectiva de una Justicia penal común, jueces y fiscales también deben tomar conciencia del alcance supranacional del problema, y adaptar su mentalidad a las grandes transformaciones que se han producido. No parece aceptable una actitud de paciente espera de las reformas legales. Estas han de ser también alentadas por quienes, junto con las fuerzas policiales, son los responsables de la Justicia penal en Europa. Porque en la era de la información automatizada y de la mundialización de la economía y del crimen, ningún delito cometido en el extranjero puede ser considerado ajeno a los intereses nacionales. Delito es la lesión o puesta o peligro de bienes jurídicos. Gran parte de éstos —así la vida o la libertad, a título de ejemplo— no pertenecen en exclusiva a ninguna nación. El crimen también tiene una significación supraestatal. Sobre todo, cuando se trata de la defensa de los derechos del hombre se trata, convertidos en código jurídico universal y cuya defensa a todos concierne. Y, en cuanto aquí interesa, la igualdad que la corrupción destruye o pone en peligro.

ENTRE EL ESCEPTICISMO Y LA ESPERANZA

EPÍLOGO

«Es evidente, y numerosas son las pruebas sobre ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y com-dimiento» (K. LOEWENSTEIN: *Teoría...*, p. 28).

⁵¹¹ M. OREJA AGUIRRE, *Europa mañana...*, p. 42, y E. BARÓN, *Europa...*, p. 144.