

EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS DE COOPERACIÓN EN
MATERIA POLICIAL Y JUDICIAL PENAL: COSI, EUROPOL, EUROJUST Y EL
FISCAL EUROPEO

Fernando Irurzun

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

El diseño institucional de los órganos de cooperación en materia policial y judicial penal: COSI, EUROPOL, EUROJUST y el Fiscal europeo
Fernando IRURZUN MONTORO¹

Ciertamente, este seminario se desarrolla en unas circunstancias distintas a las previstas inicialmente, tras el rechazo en referéndum de Francia y Holanda a ratificar el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. Sin embargo, a mi juicio sigue siendo muy oportuno reflexionar sobre los aspectos institucionales de la cooperación policial y judicial en la Unión Europea. Haciendo de la adversidad virtud cabría aprovechar el momento para, de un lado, analizar pausadamente los instrumentos previstos en el Tratado constitucional y, de otro lado, atender también a lo que son realizaciones concretas y actuales del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Por lo demás, aunque haya quien quiera aprovechar las dificultades aparecidas en el camino para echar el cierre a la idea de una Europa más integrada, vale la pena que tomemos una cierta distancia de la realidad política, que demanda una reflexión y una acción ambiciosas, y nos fijemos en otros hechos más cercanos y positivos para la construcción europea.

Hay dos noticias que afectan específicamente a la cooperación judicial en la Unión europea que han quedado ahogadas en este desconcierto, pero que, con modestia, son, cuanto menos, un balón de oxígeno para quienes creemos en esa idea de una Europa política.

Me refiero, en primer lugar, a la buena noticia de que un pueblo tradicionalmente tan cerrado sobre sí mismo como el suizo haya abrazado en referéndum el Espacio Schengen, eliminando los controles en sus fronteras. ¿Qué dirían hoy los ciudadanos si les propusiéramos volver a restablecer esas fronteras cuya eliminación física se acordó hace ahora exactamente veinte años con la firma del Acuerdo de Schengen²?

En segundo lugar, en un plano más jurídico, carente por tanto de la repercusión pública de los acontecimientos anteriores, me gustaría llamar la atención sobre la sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de junio de 2005, en el asunto 105/03³.

El Tribunal ha tenido ocasión de precisar, al hilo de una cuestión prejudicial, el alcance de las decisiones marco, ese instrumento normativo de la Unión que quiere parecerse a la directivas comunitarias pero al que los estados miembros se cuidaron en negarle expresamente efecto directo. El Tribunal, reunido en Gran Sala, ha reconocido que el llamado “principio de interpretación conforme”, acuñado en relación con las

¹ Las opiniones expresadas en este artículo tienen carácter personal y sólo comprometen al autor.

² Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

³ Cuestión prejudicial, con arreglo al artículo 35 TUE, planteada por el Juzgado de Instrucción del Tribunal de Florencia (Italia) en el proceso penal seguido contra Maria Pupino.

directivas, es de aplicación a las decisiones marco. Este principio obligara al juez nacional a interpretar su legislación nacional del modo más favorable a la plena aplicación de la Decisión marco⁴.

Con independencia de las interesantes consecuencias del fallo judicial, que no es éste el momento de analizar⁵, parece evidente que no tardaremos en sentir los efectos de esta aportación jurisprudencial, sin ninguna duda, de enorme trascendencia en la creación del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Otra vez -podría decirse- la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo abre camino en la integración europea conforme al espíritu de los Tratados y, frente a la pasividad, la resistencia o el claro freno de alguno de sus actores. Baste leer las observaciones de los estados miembros personados en el asunto.

En estas circunstancias, las de un Tratado constitucional “bajo sospecha” de que nunca entrará en vigor y una Europa que, con sus dificultades, sigue caminando, expondré seguidamente el diseño institucional u orgánico previsto para la cooperación policial y judicial penal en la Unión Europea.

Trataré de describir el marco orgánico llamado a colaborar a escala de la Unión en la aplicación de la justicia penal, aunque únicamente desde la perspectiva de la aplicación del derecho -lo que con criterio discutible se viene denominando “cooperación operativa”-, para dejar de lado tanto los aspectos del procedimiento legislativo como los que se refieren al control jurisdiccional. A éste último se ha dedicado especial atención por otros ponentes, y respecto del primero bastará una breve referencia para mejor situar el debate en curso. Comenzaré con un rápido repaso de las estructuras vigentes.

LA SITUACIÓN PREVISTA EN EL VIGENTE TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

El marco orgánico actualmente existente se caracteriza por la ausencia de un criterio sistemático o programático. En el ámbito de la cooperación policial y judicial penal se han ido acumulando por aluvión instancias u órganos que no responden a un plan o criterio previamente definido. Muy someramente describiré las actuales estructuras.

⁴ Señala la sentencia que “el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones adoptadas en el marco del Título VI del TUE” y que al aplicar el derecho nacional “el órgano jurisdiccional...está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco”, sin otras limitaciones que “los principios generales del Derecho y, en particular, los de seguridad jurídica y no retroactividad”.

⁵ Entre los muchos aspectos a comentar de la sentencia, apunto aquí que es un ejemplo del modo “pacífico” en que están llamados a convivir y jugar su papel en la construcción europea y en la protección de los derechos fundamentales el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

Europol

En diciembre de 1991, a instancia del canciller alemán Helmut Köll, el Consejo Europeo acordó la creación de una Oficina Europea de Policía que desempeñara un papel similar al FBI norteamericano. Tras diversas vicisitudes, entre ellas la creación interina de la “Unidad de Drogas Europea” en 1993, se firmó el 26 de julio de 1995 el Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol).

Sin embargo, hasta el Tratado de Ámsterdam no se incluirá una referencia en los Tratados a esta Oficina, que el 1 de julio de 1999 comenzó a desarrollar sus actividades.

Qué es y qué no es Europol. Comenzando por lo último, conviene aclarar que Europol no es un cuerpo o fuerza policial europeo, pero ello no significa que no sea una unidad operativa, entendiéndose por tal, el que desempeñe sus actividades en relación con investigaciones concretas.

Europol presta ya asistencia –con mayor o menor éxito y colaboración de los estados miembros- a los servicios policiales nacionales, a través, básicamente, de cuatro instrumentos:

- Facilita los intercambios de información entre las policías de los estados miembros, por medio de los funcionarios de enlace destinados en la Unidad central de Europol en La Haya.
- Realiza análisis de la información en apoyo de actuaciones policiales de los estados miembros.
- Elabora informes estratégicos sobre la delincuencia.
- Aporta su experiencia y colaboración técnica en las investigaciones que desarrollan los estados miembros, a solicitud de éstos.

En un plano jurídico-institucional hay que decir que, por el momento, Europol mantiene, sin embargo, los rasgos propios de la pura cooperación intergubernamental, alejado en lo esencial de los rasgos de la integración comunitaria. Así se manifiesta en su base jurídica puramente convencional o en su financiación estatal por un sistema de reparto o cuotas nacionales.

Eurojust

El segundo actor creado en la Unión es Eurojust que no aparecerá reflejado en el Tratado de la Unión Europea hasta el año 2001, cuando se incorpore un nuevo apartado 2 al artículo 31 por el Tratado de Niza, aunque su creación fue decidida antes, en el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999.

Su génesis es, en cierta medida, el resultado de un compromiso entre distintas posiciones nacionales e institucionales. Con ocasión del Consejo Europeo de Tampere, se esbozaron durante su preparación un buen número de sugerencias: Francia propone ampliar Europol con fiscales y magistrados, con vistas a convertirlo en una futura

Fiscalía europea; Alemania prefiere hablar sólo de una “clearing unit” de magistrados de enlace; España sugiere simplemente reforzar la Red Judicial Europea con unos magistrados de enlace permanentes; el Reino Unido y los estados nórdicos no parecen simpatizar con ninguna de estas opciones.

Por su parte, la Comisión intentó, tardíamente y sin éxito, incluir en el Tratado de Niza la creación de una Fiscalía Europea para la protección de los intereses financieros, retomando las propuestas del Corpus Iuris⁶.

Miembros –como se aprecia- muy heterogéneos que influirán también en la creación de la que se denominó Unidad Provisional Eurojust, y en el hecho de que su base jurídica definitiva tenga origen en dos iniciativas legislativas de los estados miembros⁷ que responden a enfoques no siempre coincidentes.

El resultado final, plasmado en la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, no facilita la caracterización jurídica del órgano Eurojust. Por el momento goza más de poderes de “disuasión” que de verdaderos poderes de decisión y se debate todavía en la verdadera definición de su papel en la cooperación e investigación penal a escala europea.

Frente a Europol presenta, no obstante, rasgos menos intergubernamentales: se rige por una mera Decisión del Consejo de más sencilla modificación y, a salvo el salario de los magistrados/miembros nacionales, su presupuesto se sufraga con las dotaciones financieras incluidas en el Presupuesto de la Unión Europea.

Otros actores

Sobre estos elementos esenciales me resta un mero apunte sobre otras instancias actuales que tendrán incidencia en el diseño previsto en el Tratado constitucional.

Merece la pena recordar la existencia de la Red Judicial Europea, como punto de encuentro y contacto -virtual y real- de los magistrados, fiscales y autoridades centrales de los estados miembros. Aunque sea de forma indirecta también se menciona en el Tratado de la Unión, con ocasión de la definición del papel de Eurojust. Su secretariado permanente está encuadrado dentro de la estructura de Eurojust y aunque, por el momento, carece de articulación orgánica, es un valioso recurso a disposición de las autoridades de los estados miembros.

⁶ Ver Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales: La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal Europeo, COM (2000) 608 final, Bruselas, 29.09.2000. Libro Verde sobre la Protección de los Intereses Financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, COM (2001) 715 final. Bruselas, 11.12.2001. Todos los materiales al respecto, incluidas las observaciones del trámite de audiencia pública pueden consultarse en la página web de la OLAF.

⁷ Una de las iniciativas fue presentada por Alemania y la otra, conjuntamente, por Portugal, Francia, Suecia y Bélgica.

Dentro del marco de la cooperación policial, el Consejo Europeo de Tampere puso en funcionamiento, a instancia del Reino Unido, una estructura informal, la "Task Force de Jefes de Policía", que hasta el momento ha funcionado al margen de la estructuras del Consejo. Se le encomendó por el Consejo Europeo trabajar, en cooperación con Europol, "con objeto de intercambiar...experiencia, mejores prácticas e información sobre las actuales tendencias de la delincuencia transfronteriza, así como de contribuir a la planificación de acciones operativas". Sus resultados, al menos en lo que ha podido trascender, no parecen invitar al triunfalismo.

Por último, conviene mencionar que el Tratado de Ámsterdam creó el Comité del Artículo 36, más conocidos por el acrónimo CATS, compuesto por "altos funcionarios" de los estados miembros, en lo que no debe ocultarse que fue un intento de reducir el protagonismo decisonal diplomático, insertando en las estructuras preparatorias del Consejo a los órganos directivos de las capitales. Aunque el artículo 36 del Tratado de la Unión Europea le encomienda una función de "coordinación", en realidad durante sus seis años de funcionamiento no ha pasado de ser una instancia más de negociación legislativa previa al COREPER.

Recapitulando, en la actualidad la Unión cuenta con dos actores principales -Europol y Eurojust-, dos estructuras sin personalidad jurídica -la Red Judicial Europea y la Task Force de Directores de Policía-, y el Tratado de la Unión Europea ha articulado un comité de representantes de los estados -Comité del Artículo 36- con funciones de coordinación que no se han llegado a desarrollar porque se ha concentrado en las funciones legislativas.

Las implicaciones institucionales de la noción de Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia

Antes de avanzar en el examen del diseño incorporado al Tratado constitucional, convendría detenerse un instante sobre los principios básicos del sistema que se está construyendo y, más concretamente, sobre las implicaciones que de la noción de "espacio" se derivan. El Tratado de la Unión Europea, tras Ámsterdam, contiene un concepto inspirador de las relaciones de cooperación entre los estados miembros, que será desarrollada y subrayada políticamente con el nuevo Tratado: el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Sin duda, el concepto tiene una significación "constitucional" que deberá influir sobre las decisiones orgánicas e institucionales. Si se ha recurrido a la expresión será porque algo significa y -como ha señalado DE KERCHOVE-, no es un mero elemento decorativo del Tratado, sino que tiene, por relación al territorio, un sentido similar al de ciudadanía europea respecto a nacionalidad. "Del mismo modo que un individuo es a la vez nacional de su Estado y ciudadano de la Unión (lo que le da acceso a derechos específicos), el ejercicio por los Estados miembros de su soberanía penal no se

circunscribe sólo a los límites de su territorio, sino que se ejerce de forma compartida con los otros Estados miembros en el Espacio de la Unión”.⁸

ADAN NIETO ha desarrollado esta perspectiva “constitucional” del Espacio, subrayando los aspectos diferenciales de esta nueva forma integrada de cooperación, por oposición a “otras áreas de cooperación penal internacional”, caracterizándola “por una paulatina superación del principio más clásico e importante del Derecho penal internacional: el de *territorialidad y soberanía estatal*”⁹.

Cuando se comparte este ambicioso sentido integrador del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia no deja de preocupar la tendencia a generalizar el término “espacio” para definir otras modalidades de cooperación, caso del “Espacio común de libertad, seguridad y justicia UE-Rusia” o, más recientemente, del “Espacio común Euro-mediterráneo de cooperación en materia de migración, integración social, seguridad y justicia”.

Por supuesto que es deseable una intensificación de la cooperación con estos terceros países, pero, por definición, no puede dotarse a esta relación de la misma intensidad integradora, ni de los mismos fundamentos. Al margen de razones jurídicas que no es el momento de detallar, el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia no es un fin en sí mismo sino un componente de un más amplio ideal de unidad europea. Algo que parece conceptualmente distinto de otras fórmulas de cooperación con países vecinos, como Rusia o la región euro mediterránea. Así que valdría la pena hacer el esfuerzo de llamar a las cosas por su distinto nombre. De lo contrario, con este exceso apelativo –inconsciente en algunos casos y premeditado en otros- se corre el riesgo de acabar desvirtuando el sentido último de las palabras y privar al Espacio consagrado en el Tratado de la Unión de sus últimas consecuencias políticas, para dejarlo reducido a una mera mejora de la cooperación judicial sin la fuerza integradora que la noción constitucional de Espacio incorporaba. Todo ello, por cierto, a beneficio de aquellos estados miembros que siempre han desconfiado de esta forma de entender la integración europea y que asistirá complacidos a su debilitamiento semántico y conceptual.

Decía antes que la noción de Espacio obligaba a elegir por determinadas opciones orgánicas o institucionales, porque su vertebración demandará unas estructuras capaces de dotarlo de contenido y eficacia, pero no de cualquier forma sino, particularmente, en consonancia con alguno de los principios que el propio Tratado de la Unión Europea reconoce en su artículo 6. El sistema orgánico que se establezca debería permitir reconocer en él los rasgos propios de la concepción europea del Estado de derecho, también en la lucha contra la delincuencia, y aunque luego sea

⁸ DE KERCHOVE, G. «La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », en G. de KERCHOVE et A.WEYEMBERGH (editores), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2001, pág. 114. Ver también sobre la noción de Espacio, WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, págs. 27 y sgts.

⁹ NIETO A., “Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 61, 2004, págs. 23 y sgts.

diversa su plasmación en los estados miembros. Respeto a los derechos humanos, independencia judicial, control judicial de la actuación policial, no intervención del Ejecutivo al impartir Justicia y responsabilidad democrática de las instituciones son algunos de esos rasgos.

EL MARCO DISEÑADO POR EL TRATADO CONSTITUCIONAL

La elaboración del Tratado constitucional supuso, en primer lugar, una reflexión sobre el diseño o estructuración de los órganos de cooperación en la Unión Europea. Por oposición a la situación vigente de mero aluvión, la Convención para el futuro de Europa se propuso una construcción más programática del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia.

Sin embargo, tras el debate en el grupo de trabajo específicamente creado en la Convención para los asuntos de Justicia e Interior, serán contadas sus orientaciones. Apenas el recordatorio de “la necesidad de deslindar claramente entre los aspectos legislativos y el refuerzo de la cooperación operacional”.

Tan parco resultado es, en gran medida, un tributo inexorable al consenso que, ante la oposición de algunos, no permite siempre formular líneas maestras más radicales.

Los trabajos posteriores de la Convención dieron pie a un proyecto de Tratado que, en lo que aquí interesa, se vio sometido posteriormente a nuevos recortes y reformulaciones, por la Conferencia Intergubernamental, con las características ambigüedades del método diplomático¹⁰. Nada reprochable, ni extraño a todo el proceso histórico comunitario, sino fuera porque cuando se trata de materias tales como el sistema de investigación y enjuiciamiento penal los defectos del método tienen, quizás, una mayor trascendencia y no son de fácil resolución cuando llega la hora de su aplicación.

En términos muy generales, que seguidamente pasaré a desarrollar, puede decirse que el Tratado constitucional supone, en cuanto al diseño orgánico de la cooperación judicial penal y policial la creación de una nueva estructura de coordinación entre los estados miembros a través del Comité de Seguridad Interior (COSI); la plena incorporación al marco comunitario de un Europol reforzado en sus facultades; el otorgamiento de poderes reales a Eurojust, para iniciar y coordinar investigaciones o resolver los conflictos de jurisdicción entre los estados miembros; y el establecimiento de las bases jurídicas para una eventual creación de la Fiscalía Europea

¹⁰ De este modo, el texto final aparecerá aderezado de mecanismos cautelares, cercanos al poder de veto, y con los tradicionales “sin perjuicio”. Ver A. NIETO, obra citada, pág. 99.

Así pues, dos nuevos órganos en ciernes –COSI y Fiscalía Europea- y reforzamiento de los dos ya existentes –Europol y Eurojust-. Me referiré ahora a los rasgos de este diseño, dejando a otros ponentes el examen concreto de cada uno de los órganos.

El Comité de Seguridad Interior (COSI)

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa hace desaparecer el Comité del Artículo 36 del Tratado de la Unión Europea al que antes me referí y prevé la creación de un nuevo Comité de Seguridad Interior (COSI). Al efecto, el artículo III-261 TC dispone que:

“Se creará un comité permanente en el Consejo con objeto de garantizar dentro de la Unión el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior. Sin perjuicio del artículo III-344 [COREPER], dicho Comité propiciará la coordinación de la actuación de las autoridades competentes de los Estados miembros. Podrán participar en sus trabajos los representantes de los órganos y organismos de la Unión afectados. Se mantendrá informados de dichos trabajos al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales”.

Los antecedentes del texto constitucional, sobre todo la propuesta conjunta suscrita por Dominique de Villepin y Ana Palacio (representantes de los Gobiernos de Francia y España en la Convención), aportan alguna luz sobre lo que quiso incluirse en el Tratado, como –cito textualmente- “instancia encargada de impulsar y coordinar las operaciones de cooperación policial bilaterales y multilaterales”, para sustituir “al “Task Force” de policía, cuya eficacia no se ha demostrado en esta fase”¹¹.

Aunque suscrita por dos representantes nacionales, se nota sobre todo en ella el acento francés, por lo que es interesante recordar los rasgos de su sistema nacional que no se compadecen bien con el español: el Ministro de Justicia francés ostenta importantes competencias de dirección de la fiscalía, existe en el Ministerio de Justicia un Director de Política Criminal que define las “prioridades” de la lucha contra la delincuencia y el ejercicio de la acción penal; la División de Investigación Criminal de la policía actúa bajo la dirección de la Fiscalía.

Volviendo al Tratado constitucional, la primera dificultad estriba en definir lo que se entiende por “seguridad interior”. Dentro de ese concepto se ha ensayado ya la inclusión de un buen número de aspectos como la prevención y lucha contra la delincuencia; la prevención de las amenazas terroristas; la protección y asistencia en caso de acciones terroristas; la gestión del orden público; la gestión de las fronteras externas con fines preventivos; o la gestión civil de crisis.

En seguida surge la discusión sobre la eventual asunción por esta estructura de una función de coordinación de la cooperación judicial. De una dirección de la acción penal se ha llegado a hablar en algún momento, en una demostración de que “su COSI” reproducía su modelo nacional.

¹¹ Documento CONV 600/03 CONTRIB 269

La segunda dificultad radica en determinar las funciones a encomendar al COSI, en los campos antes referidos. Si bien parece aceptarse mayoritariamente la atribución a este Comité de un rol de planificación estratégica u operativa, otros aspectos son más controvertidos. Por ejemplo, no faltan quienes proponen un cierto continuismo con el suprimido Comité del Artículo 36, confiriendo al COSI también funciones legislativas. Otras posibles funciones se refieren a la gestión de la aplicación de la cláusula de solidaridad del artículo I-43 del nuevo Tratado, sin que falten referencias a las relaciones exteriores.

Indefinición, por tanto, en el texto del Tratado constitucional, que no se intuye que pueda ser disipada por los primeros debates.

Una cuestión crucial si no se quiere abundar en la confusión y falta de delimitación de los perfiles del sistema es la atinente a las posibles duplicaciones entre las funciones del COSI y Eurojust, porque si no se acierta en el reparto de tareas acabarán por crearse más problemas que los que se pretendían resolver con el COSI.

Para ello, me remito, en primer lugar, a la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, por la que se le atribuye a Eurojust, entre otras funciones, las de “solicitar...que se lleve a cabo una coordinación entre las autoridades competentes de los estados miembros”, “ayudar a las autoridades competentes...a garantizar la mejor coordinación posible de las investigaciones y actuaciones judiciales”, “colaborar para mejorar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, en particular basándose en los análisis realizados por EUROPOL”. Más sintéticamente, el artículo III-273 del Tratado Constitucional incluye como misión de Eurojust la de “apoyar y reforzar la coordinación y cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia”.

Una redacción con evidentes similitudes con la que se recoge en el artículo III-261 del mismo Tratado para el COSI: “propiciará la coordinación de la actuación de las autoridades competentes de los Estados miembros”.

A la luz de tantas incertidumbres, habrá que reflexionar sobre las diferentes alternativas existentes. Así, cabría una completa exclusión de la cooperación judicial de las funciones del COSI, dejando aquella en manos de Eurojust. Podría pensarse también en una delimitación de funciones basada en el criterio de actuaciones previas a la “judicialización” o ya “judicializadas”. E, incluso, podría acudirse a una delimitación por alusión a las funciones, encomendado al COSI la “identificación y propuesta estratégica” de operaciones a desarrollar con el objetivo de velar por la seguridad interior, para dejar en manos de las distintas instancias europeas o nacionales su concreta ejecución.

En cualquier caso, aunque se acierte a definir la alternativa más razonable, no será tampoco fácil ponerla en práctica, habida cuenta la convivencia de sistemas nacionales de muy distinta naturaleza. Piénsese, por ejemplo, en los problemas que acarreará, en

todo caso, la temprana judicialización de los procedimientos en Francia por relación a las amplias facultades instructoras de la policía de los Estados nórdicos.

Se ha evocado como ejemplo a considerar el del Comité Político y de Seguridad (COPS¹²), existente en el Segundo Pilar, en el que diplomáticos y militares deciden y coordinar acciones vinculadas con la política exterior y de seguridad común. De modo semejante, se ha insinuado que el COSI podría ser una instancia “diplomático-policia” de coordinación. Me parece, sin embargo, que conviene prevenir de las evidentes diferencias. Las acciones militares o de gestión de crisis internacional, aunque regidas por el derecho internacional y el de la Unión, gozarán siempre de un amplio margen de definición y gestión donde primarán los criterios de oportunidad política. Algo muy diferente, a mi entender, a la intensa juridificación de las actuaciones policiales o –no digamos- de la cooperación judicial si se insiste en integrar este aspecto en las competencias del COSI.

De menor importancia sustantiva, sin menoscabo de su interés, es la definición del tipo de delegación que los estados miembros están llamados a nominar para el COSI. ¿Un fiscal, un funcionario de policía o un funcionario de los Departamentos ministeriales afectados? La respuesta a esta pregunta debería ser consecuencia de la configuración que se atribuya al COSI. Apuntaré que, en nuestro caso, no debería olvidarse nuestro actual marco jurídico: reparto de competencias eventualmente cubiertas por COSI entre los Ministerios de Justicia y del Interior, ausencia de vinculación orgánica entre el Ministerio Fiscal y los Departamentos Ministeriales, inexistencia de una “Dirección de política criminal” en la estructura ministerial.

La “comunitarización” de Europol

En lo que concierne a Europol, la novedad más relevante del Tratado Constitucional es el mandato para su plena “comunitarización”, al encomendar a una ley europea la regulación de su estatuto jurídico. El complemento de este cambio sería el sometimiento de sus actuaciones a un control parlamentario del que hasta ahora carecía y por el que venía clamando desde hace tiempo el Parlamento Europeo. Control parlamentario en el –dice el Tratado- “participarán los Parlamentos nacionales”, en una manifestación más de uno de los aspectos que se pretenden reforzar, cual es la implicación y participación de los parlamentos nacionales en el proceso de integración europea.

Se ha regulado el control parlamentario de Europol, pero nada dice el Tratado sobre el control judicial de sus actuaciones, algo que había sido suscitado en distintas reflexiones y fue sugerido por la Convención. Las razones de la ausencia de una tal previsión no son difíciles de adivinar.

Tampoco aparecen reflejados los vínculos funcionales con Eurojust. De suerte que las posibles y necesarias relaciones entre estos dos Órganos de la Unión quedan reducidas en el Tratado constitucional a dos escuetas referencias: la utilización por Eurojust de las

¹² Creado por el artículo 25 del Tratado de la Unión Europea.

informaciones proporcionadas por Europol en su tarea de apoyo y coordinación de las investigaciones (artículo III-273.1) y la colaboración de Europol con Eurojust en la coordinación, organización y realización de investigaciones (artículo III-276.2.b)). Se deja, por tanto, en manos del derecho derivado cualquier acción que deba acometerse en este sentido. Por el momento, las resistencias burocráticas y las luchas por definir un ámbito propio de actuación sin subordinaciones entre órganos han marcado unas relaciones no siempre fáciles. Así que, quizás, se haya perdido la oportunidad de encauzar esta tensión a través del derecho primario.

La atribución de poderes de investigación a Eurojust

Aunque el Tratado constitucional mantiene en términos generales los ya apuntados rasgos esenciales de Eurojust, como Unidad de coordinación y de cooperación, introduce tres aspectos que tendrían una relevancia enorme, de conseguirse su entrada en vigor.

Primeramente, frente a los actuales poderes de mera “invitación o sugerión”, el artículo III-273 del Tratado Constitucional prevé la posible atribución a Eurojust de la facultad de “iniciar diligencias de investigación penal, así como la propuesta de incoación de procedimientos penales por las autoridades nacionales competentes”. Competencia investigadora efectiva, respecto de la que se introducen una importante limitación, al señalar que “los actos formales de carácter procesal serán llevados a cabo por los funcionarios nacionales competentes”.

En segundo lugar, se crea la base jurídica para convertir a Eurojust en el futuro órgano de resolución de conflictos de jurisdicción penal entre los estados miembros, tal como reza el mismo artículo III-273 en su apartado 1.b). En este punto, me permito invitar a la reflexión sobre dos aspectos. Primero, la capacidad de Eurojust para desempeñar este papel si, al mismo tiempo, no se adoptan a escala de toda la Unión, las medidas necesarias para configurarlo como un órgano más próximo a las funciones jurisdiccionales que lo que es en este momento. De otro lado, la oportunidad de concentrar en un mismo órgano funciones propias de una fiscalía o de un órgano de instrucción penal, como la práctica de diligencias de investigación, con las que tienen claro carácter resolutorio, caso de la resolución de conflictos de jurisdicción. ¿No hay aquí un potencial “conflicto de intereses” entre estas dos facetas?

Dicho lo cual, no debería olvidarse que poco podrá hacer Eurojust con eficiencia si antes no se regulan en la Unión Europea las reglas de competencia jurisdiccional y sus criterios de preferencia. Algo que ya hacía posible el Tratado de Ámsterdam pero en lo que poco o nada se ha avanzado. ¿Resistencias soberanistas? ¿Diversidad de enfoques entre los sistemas de competencia reglada y los que optan por una mayor discrecionalidad judicial?

Además, desde el punto de vista de la responsabilidad de los órganos e instituciones, el Tratado constitucional introduce un mecanismo de “evaluación parlamentaria” de las actividades de Eurojust, cuya definición queda referida a una futura ley europea pero

que, como en el caso de Europol, deberá incorporar no sólo al Parlamento europeo sino también a los Parlamentos nacionales.

Por último, el Tratado deja claro que, cualquier ulterior desarrollo hacia una Fiscalía Europea, de la que a continuación hablaré, deberá partir de la estructura Eurojust: “una ley europea del Consejo podrá crear una Fiscalía Europea a partir de Eurojust” (Artículo III-274).

Las bases para la creación de una futura Fiscalía Europea

Me he referido antes a los diferentes intentos de crear una Fiscalía Europea. El texto del Tratado constitucional, dando un paso atrás respecto de las propuestas de la Convención, se limita a fijar las condiciones para que por unanimidad de todos los estados miembros pueda crearse una Fiscalía que, en principio, sólo extendería sus competencias a la protección de los intereses financieros de la Comunidad. Por tanto, un resultado modesto en cuanto al ámbito de los delitos de esta Fiscalía, en línea con la ya vieja aspiración del Parlamento Europeo y de la OLAF de contar con un órgano de investigación con capacidad para ejercer la acción penal ante los tribunales nacionales en defensa de los intereses del presupuesto comunitario.

Los trabajos de la Convención y de la Conferencia Intergubernamental en relación con la Fiscalía Europea fueron precedidos de una campaña de divulgación y concienciación por parte de la OLAF (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude), a través de un Libro Verde, una audiencia pública y su presentación en el Parlamento y en el Consejo. Sobre todo esta última sirvió para que la Comisión tomara nota de la fuerte resistencia a su creación por parte de los estados miembros, en especial entre sus Ministros de Justicia e Interior.

Quienes se oponen a la creación de este órgano se interrogan con frecuencia sobre la necesidad real de una Fiscalía para la protección de los intereses financieros de la Unión, cuando somos capaces de luchar contra el terrorismo o el tráfico de drogas sin un órgano europeo.

La pregunta, que no carece de fundamento, merece, sin embargo, una respuesta que va en la dirección contraria a la que defienden quienes la formulan. Tienen razón, puede que no esté justificada una Fiscalía Especial sólo para determinados delitos económicos, porque lo que quizás necesitamos es una verdadera Fiscalía Europea que luche contra todas las formas de delincuencia grave con dimensión transfronteriza.

Algo de esto se puede aventurar en la formulación del artículo III-274 del Tratado constitucional, cuando permite la creación de la Fiscalía para la protección de los intereses financieros de la Unión, pero admite la ampliación de sus competencias por una nueva decisión por unanimidad de los estados miembros. Se comienza por atribuirle un poder limitado, en apariencia de menor importancia y de más fácil aceptación en términos de renuncia de soberanía nacional, para llegar luego en una segunda fase a una competencia más amplia.

ALGUNAS CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS DE COOPERACIÓN

Hasta aquí una descripción de los diferentes actores consagrados en el Tratado constitucional.

Su examen parece indicar que, pese a los intentos, aún no es fácil adivinar unos rasgos programáticos del sistema que la Unión Europea pretende poner en marcha, ni de su encaje con el sistema jurisdiccional de la Unión y de los estados miembros.

Las dificultades para configurar un sistema digno de tal nombre derivan, a mi juicio, no sólo de reparos políticos, sino también de ciertos obstáculos jurídicos que habrá que afrontar en algún momento si se quiere seguir avanzando en la línea de vertebración de un verdadero Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia. Dejaré apuntadas algunas de esas dificultades.

En primer lugar, la diferencia de sistemas de acción penal entre los estados miembros. Conviven entre los Veinticinco tradiciones jurídicas basadas en el principio de acción pública con otras que limitan este tipo de acción.

Además, junto a sistemas de persecución penal fundados en el principio de legalidad, otros admiten el principio de oportunidad, con un amplio poder de disposición de la acción por parte del ministerio público.

Tampoco cabe desdeñar la difícil convivencia entre unas Fiscalías o Ministerios públicos de muy distinta naturaleza, en cuanto a su dependencia del poder ejecutivo. Frente a la normalidad con la que se acepta entre nosotros como un valor incuestionable la independencia del Ministerio Fiscal, en otros estados miembros, bien próximos a nosotros, se acepta con la misma naturalidad el poder de dirección de la fiscalía por el Poder ejecutivo.

Un cuarto factor a tener en cuenta es la marcada tendencia del Derecho de la Unión y, en general, de todo el derecho internacional, a extender la competencia jurisdiccional extraterritorial, sin regular al mismo tiempo un sistema de preferencias y, menos aún, un mecanismo de resolución de los conflictos.

Por último, conviene no menospreciar la importancia distorsionadora de la distinta conformación de la policía de los estados miembros en su calidad de policía judicial, sus distintas dependencias y sus poderes divergentes. Junto a regulaciones detalladas que son expresión genuina del principio de vinculación positiva de los poderes públicos, otras conservan por rémoras del pasado o por distinta evolución jurídica una marcada tendencia a la parquedad regulatoria en lo que atañe a los poderes policiales y su control judicial previo.

Siendo conscientes de las dificultades, queda, no obstante, margen para intentar encauzar un proceso que todavía carece de perfiles nítidos sobre el camino y su meta

de destino. Por eso, aunque las fórmulas por la simplicidad no suelen gozar de oportunidades de éxito en los ámbitos comunitarios, quizás el “parón constitucional” sirva para introducir algo de racionalidad a las tendencias burocráticas más extendidas. ¿Por qué no pensar de cara al futuro en una formulación más ligera del diseño orgánico de la cooperación en el espacio penal con sólo dos instancias?

De una parte, una potente Fiscalía, con competencia general sobre la delincuencia transfronteriza, que sirva para integrar Europol y algunas de las funciones actuales o futuras de Eurojust. Una fórmula de inserción policía-fiscalía ya apuntada en algún momento y ensayada en algunos estados federales.

Una Fiscalía Europea sometida a la responsabilidad democrática ante el Parlamento y el Consejo de Ministros que definirían los principios de la política penal europea y sus prioridades estratégicas. Pero sin reintroducir por la puerta trasera del diseño orgánico un papel del Ejecutivo que hace tiempo se decidió que fuera desapareciendo de la cooperación judicial en el Espacio Europeo.

Como segundo componente, ciertas funciones cuasi-jurisdiccionales de Eurojust, deberían ser desgajadas y reforzadas. No sólo se trataría de crear una instancia de resolución de los conflictos de jurisdicción, sino también de atribuirle un papel arbitral en la cooperación judicial, que sirva para reforzar la confianza entre los estados miembros en aras del marco del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.¹³ En definitiva, un órgano que, a medio plazo, podría acabar siendo una jurisdicción especializada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Puede que este esquema peque de ingenuo en lo burocrático –o, más bien, frente a las actuales burocracias- y de utópico en lo político, pero el recurso a la “ingeniería institucional” empieza a hacer aguas en la construcción europea, mientras permanecen vivos -cuando no se agravan- los retos y amenazas a los que han de enfrentarse los poderes públicos para asegurar la libertad, los derechos fundamentales y la seguridad de los ciudadanos europeos.

¹³ Una idea que he mencionado en “Renforcer la confiance mutuelle: principe parlementaire et sécurité juridique”, en la obra colectiva “La Confiance mutuelle dans l’espace européen” (G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH editores), Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles págs. 220-221.