

MODELOS DE ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHO PENAL

Adán Nieto

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

I. INTRODUCCIÓN

El Espacio de Libertad Seguridad y Justicia constituye un ejemplo de audacia política y probablemente uno de los ámbitos donde los logros de la construcción europea resultan más palpables para los ciudadanos. El impulso de la política ha sido de tal vigor que ha desbordado la capacidad de rendimiento de la Ciencia jurídica europea¹ que hasta la fecha se ha centrado únicamente en intentar describir y ordenar la trepidante sucesión de normas que ha ido conformando el Espacio judicial penal europeo. Pese al frondoso bosque normativo existente, hasta ahora no se ha reflexionado, ni por parte de la burocracia oficial, ni mucho menos por parte de la Ciencia penal acerca de los posibles modelos en que puede concretarse el sistema penal europeo. Esta situación, unida a la complejidad de los compromisos políticos sobre los que se va construyendo el Espacio judicial, está propiciado un crecimiento que es tan espectacular como desordenado.

Los trastornos de crecimiento afectan, en primer lugar, a la organización institucional. Ni tras el Tratado por el que se establece la Constitución Europea (CE) es posible perfilar con claridad qué modelo de policía se desea, o cuáles serán las características básicas del Fiscal Europea o el papel del TJCE o cómo ha de configurarse la relación entre estas instituciones y Europol o la OLAF. La CE ha optado por dejar la organización del espacio judicial en manos del legislador ordinario, ofreciendo muy ligeras y confusas indicaciones. Pero también, las incertidumbres se extienden al modo en que ha de desarrollarse el sistema normativo: ¿cuáles son los límites de la armonización en el derecho penal material y procesal?, ¿es posible un Código penal europeo? y, en caso de respuesta afirmativa, ¿se extendería éste en exclusiva a la protección de los intereses financieros, siguiendo el modelo del Corpus Iuris? o, en cambio, ¿sería posible un Código penal federal generado a partir de la idea de delito transnacional grave que tanto se repite en los art. III-170 y ss. de la CE? Obviamente sería un empeño imposible intentar definir y pronunciarse en relación a todas estas cuestiones. Mi intención consiste en enunciar una serie de principios de organización que creo resultan esenciales para entender el funcionamiento presente y futuro del Espacio judicial europeo, con el fin de hacer un esbozo de los posibles modelos en que podía concretarse el Sistema europeo de derecho penal².

Si se examina con atención las normas y los principios europeos que actualmente conforman el tercer pilar, y se atiende igualmente a otros documentos de futuro como la

¹ Expresamente Hassemer, ZStW 116 (2004), heft, 2, p. 320 ss.

² Muchas de las ideas que a continuación se exponen tienen su origen en mi trabajo Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal, (en prensa).

Constitución europea, el Convenio de asistencia judicial del 2000³ o incluso el denominado programa de la Haya⁴, creo que es posible reducir a cinco los principios sobre los que se organizan o pueden organizarse las relaciones entre las instituciones europeas (Europol, Red Judicial Europea, Eurojust, Olaf,) y las nacionales (fiscales, jueces, policías u otras autoridades con funciones semejantes) y las instituciones supranacionales entre sí. Dos de estos principios, el de *reconocimiento mutuo* y el de *disponibilidad de la información* se refieren al modo en que han de ponerse en común los resultados de la actividad policial y judicial, con el fin de optimizar su rendimiento. Los tres restantes hacen referencia al tipo de relaciones que se establecen entre instituciones nacionales y europeas: *jerarquía, coordinación y cooperación sui generis*. En un segundo nivel aparecerían otras reglas de organización como la comunicación directa entre autoridades, la ejecución indirecta, la asimilación de peticiones de ayuda etc.

II. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES, DE MATERIAL PROBATORIO Y DE INFORMACIÓN JUDICIAL Y POLICIAL: LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE UN PRINCIPIO ESTRUCTURAL DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO AL ESPACIO DE LA JUSTICIA PENAL

El *principio de reconocimiento mutuo* es un principio estructural de todo el ordenamiento europeo, pero su aplicación dentro del sistema penal europeo, solo se ha producido tras el Consejo europeo de Tampere y ha sido constitucionalizado en el art. III-257.3 y III- 270.1 de la CE. Su contenido, en síntesis, consiste en que las decisiones judiciales ya sean sentencias o decisiones pre-sentenciales emitidas válidamente en un país gozan de efecto directo (aplicabilidad directa) en el resto de los ordenamientos, reduciendo al máximo los controles que tradicionalmente se han establecido para dotar de efectos a decisiones foráneas. Fundamento de este principio es la noción de confianza mutua, según la cual en los Estados miembros existe un estándar homogéneo de protección de derechos fundamentales que justifica el desmantelamiento de los sistemas de protección frente a decisiones foráneas. Como es bien conocido la plasmación más importante del reconocimiento mutuo es la Decisión marco relativa a la orden de detención europea. Pero existe un programa legislativo que prevé dotarlo de efectos para facilitar la ejecución de sanciones penales en cualquier Estado miembro, de medidas de control no privativas de libertad, de medidas alternativas a la prisión provisional, la aplicación de la reincidencia, el principio de non bis in idem, etc⁵. En alguno de los proyectos, la aplicación de este principio no se detiene en el derecho penal strictu sensu, sino que abarca también al derecho sancionador administrativo. Lo que permitiría por

³ BOE núm 247/2003, de 15 de Octubre, pese a no estar en vigor el Convenio se aplica entre España y Portugal desde el 6 de octubre del 2003.

⁴ El Programa de la Haya es en cierto modo la continuación del programa de acción del Consejo europeo de Tampere, y es el documento elaborado en el último Consejo celebrado tras la presidencia holandesa, vid. Brussels European Council, 4/5 November 2004, Anex I, The Hague programme. Strengthening freedom, security and justice in the European Union (14292/04).

⁵ Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, DOCE C 12, 15-1-2001, p. 10 ss.

ejemplo que una sanción administrativa pronunciada en un Estado pudiera ser ejecutada en cualquier otro o instaurar un *non bis in idem* que abarcara a todo el derecho penal en sentido amplio. Un desarrollo ulterior, muy importante, pero plagado de dificultades es la aplicación del reconocimiento mutuo no sólo a decisiones judiciales, sino a la actividad probatoria realizada por los tribunales europeos⁶.

Sobre el principio de reconocimiento mutuo se han efectuado críticas muy importantes. La más contundente es aquella que advierte que éste principio supone construir el espacio judicial a partir de un mínimo garantista común. Puesto que cualquier decisión judicial emitida conforme a un sistema es válida en el resto, ello supone admitir la libre circulación de decisiones judiciales conformadas en conformidad con el derecho menos garantista⁷. El mejor camino para evitar esta crítica pasa por armonizar el derecho procesal de los Estados miembros. La CE, al regular la armonización procesal (art. III-271), ha sido bien consciente de este problema⁸.

El principio de puesta en común o disponibilidad de la información es complementario del anterior. Al igual que él no se refiere a la "actividad" en sí de policías y jueces, sino a un resultado específico de la misma como es la información obtenida. Su función consiste en que cualquier agente o autoridad encargado del esclarecimiento de actividades delictivas, que en un Estado miembro necesite una información en el ejercicio de sus funciones, puede obtenerla de otro Estado miembro, debiendo la instancia estatal que la posea ponerla a disposición del Estado requeriente. La puesta en común de la información constituye, en un primer paso, una técnica de cooperación usual. Lo que hay de nuevo en el principio de disponibilidad es que se viene a instaurar una suerte de copropiedad sobre la información. Se trata de establecer un sistema de acceso mutuo a los datos que posee cada autoridad o incluso una interconexión entre las bases de datos. Este principio solo ha sido enunciado oficialmente por el Programa de la Haya, pero existen ya algunas manifestaciones parciales del mismo en la normativa europea; entre las más conocidas los sistemas de información de Schengen y de Europol.

La libre transmisión de la información policial no está exenta de problemas, que en esencia resultan parcialmente similares a los que se acaba de describir en relación a la libre circulación de decisiones judiciales y material probatorio. De un lado, la información policial obtenida bajo la regulación menos garantista de la UE circula libremente y puede

⁶ Un esbozo de libre circulación de material probatorio se efectuaba ya en el Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitario y la creación de un Fiscal Europeo, vid. su texto en Bacigalupo/Silva Castaño, *Un derecho penal para Europa: Corpus Juris 2000*, Madrid, 2004; sobre la libre circulación del material probatorio p. 130 s.

⁷ Por cierto que en el debate alemán al que antes se hacía mención, el ejemplo más utilizado es la regulación que efectúa la LECr sobre la intervención de llamadas telefónicas, vid. Tiedemann, „Bemerkungen zur Zukunft des europäischen Strafprozesses“, en *Menschengerechtes Strafercht, Festschrift für Albin Eser, zum 70 Geburtstag*, München, 2005, p. 891 s.

⁸ Sobre las diferencias entre la armonización material y procesal en la Constitución europea, me he ocupado en mi artículo *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal*.

ser utilizada en otro Estado miembro, donde la forma en que se ha obtenido dicha información está prohibida. Igualmente siempre existe el peligro de que la información acabe siendo utilizada en el marco de procesos penales cuyo nivel de garantías no se considera aceptable, o para la sanción de delitos cuyo injusto no se considera desvalorado en el país del cual procede la información. En el caso más radical cabría pensar, por ejemplo, que la información (vgr. relativa al terrorismo) se transmite a un tercer país (vgr. USA), que la utiliza en un proceso que finaliza con la imposición de la pena de muerte. Las normas jurídicas europeas que desarrollan este principio acogen hasta el momento el criterio de especialidad y de utilización conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico en el cual la información ha sido recabada⁹. En último lugar, la puesta en común de la información requiere la creación de bases de datos, como las ya existentes en Schengen, Europol o Eurojust. Existen bastantes dudas en este punto sobre la compatibilidad del nivel de protección de datos dentro de la UE con los previsto en la Convención europea sobre protección de datos¹⁰.

III. EL MODELO DE LA COOPERACIÓN: LA FORMA DE ORGANIZACIÓN AÚN PREPONDERANTE

Si analizamos lo acontecido hasta ahora en el Sistema penal europeo, a la luz de los conceptos que nos proporciona la teoría de la organización administrativa¹¹, a lo que hemos asistido básicamente es a la implantación de un sistema de *cooperación* judicial, con características sui generis que lo apartan substancialmente del modelo tradicional de cooperación judicial. En efecto, la forma tradicional en la que desde, al menos, el siglo XIX, en el que nacen instituciones como la extradición, han venido relacionándose los jueces y policías de distintos países es la cooperación. Esta técnica, tal como indica la teoría de la organización administrativa, no es ni tan siquiera una forma de organización en sentido estricto, sino una simple norma de conducta que debe adoptar todo aquel que gestione un interés público. La cooperación se traduce en actividades en común como el intercambio de información, la prestación de asistencia técnica, la creación de órganos consultivos, colaboración, de convenios etc. La mayoría de las iniciativas adoptadas en a partir de los art. 29 y ss del TUE responden a este tipo de técnicas de cooperación, por mucho que exista una tendencia en los tratados a utilizar los términos de cooperación y coordinación indistintamente.

La cooperación judicial y policial no han sido por tanto una creación absolutamente original del Espacio judicial penal, prueba de ello es que en una primera fase las aspiraciones se centraron en mejorar y avanzar en la medida de lo posible sobre los cimientos provenientes de la red de Convenios del Consejo de Europa. Ahora bien,

⁹ Vid. por ejemplo Art. 7 del Convenio del 2000 de asistencia judicial o el art. 1.10 de la Decisión marco 2002/465/JAI sobre equipos conjuntos de investigación. No obstante, resulta mucho más impreciso en este punto el art. 46 del Convenio de aplicación Schengen.

¹⁰ En este punto destacan los trabajos de Wolter, vid. una referencia a esta cuestión en *Policia y justicia penal en la Unión Europea*, en Mir/Corcoy (dir)/Gómez (coord), *La política criminal en europa*, Barcelona, 2004, p. 149.

¹¹ Vid. por todos Santamaria Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 4^o Ed, 2002, p. 443 ss

como advertía existen notas que nos permiten afirmar que nos encontramos ante un sistema *sui generis*. En lo que se refiere a la cooperación policial, Schengen, Europol, los equipos de investigación conjunta y la ingente normativa adoptada a partir del art. 30, significan un *proceso de formalización*, de juridificación de la cooperación policial que hasta la fecha se había producido de forma informal. Por supuesto, que había intercambios de información policial, lo que ocurre es que estos se hacían normalmente extramuros de los ordenamientos jurídicos. Asimismo no debe pasar desapercibido un cambio trascendental en el objeto de la cooperación. En un esquema clásico la cooperación policial y judicial se efectúan sobre todo con el objeto de perseguir o descubrir delitos ya cometidos. La cooperación europea, además de lo anterior, es cooperación tendente a prevenir la aparición de nuevos delitos. Éste es el sentido de un sistema de información como el de Europol o Eurojust, elaborar estrategias destinadas, mediante el análisis de datos, a la prevención de formas graves de delincuencia o a la coordinación entre investigaciones comunes cuando los autores, por ejemplo, pertenecen a una misma organización criminal (*cooperación pro activa*)¹².

Otro factor novedoso en la cooperación europea es la regla de la *comunicación directa entre autoridades judiciales y policiales*. Esta peculiaridad organizativa posiblemente sea invisible por evidente en el ámbito de las organizaciones nacionales, pero constituye una auténtica revolución en lo concerniente al modo en que pueden relacionarse autoridades judiciales y policiales de distintos Estados, donde las comunicaciones (vgr. las demandas de extradición, las peticiones de ayuda judicial etc.) tenían que producirse utilizando siempre la vía diplomática o a través de distintos cauces gubernativos. Por ello con la instauración de este principio se ha pasado de la cooperación entre Estados a la cooperación entre jueces y policías. La supresión del trámite político en la cooperación policial y judicial no afecta a las garantías, pues su cometido era meramente preservar espacios de soberanía. Los únicos problemas que están surgiendo en su implantación son de tipo “logístico” y “lingüístico”. No siempre el juez o policía de un país conoce la instancia correspondiente de otro Estado con la que debe ponerse en contacto o con cierta frecuencia puede tener dificultades con el idioma o con el sistema jurídico. Evitar estos problemas era y es la razón de ser de las primeras instituciones supranacionales de carácter judicial, los magistrados de enlace y la red judicial europea. Ambas creaciones constituyen técnicas características de cooperación.

Más radicalmente nuevo si cabe es el intento de superar el principio del *locus regit actum* a favor del *forum regit actum*. En efecto, lo usual cuando un órgano pide colaboración a otro que se encuentra sometido a un ordenamiento jurídico distinto es que éste efectúe conforme a su sistema la cooperación solicitada, esta regla resultaba más incuestionable si cabe en terrenos tan sensibles desde el punto de vista constitucional

¹² Vid. Vogel, Vor § 1, en Grützner/Potz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl. 2001; críticamente sobre este punto Wolter, Policia y justicia penal, op. cit, p. 153 („uno no puede evitar tener la impresión de que las instituciones y órganos de la Unión no han completado del todo la separación entre Derecho policial y Derecho procesal penal“),

como la cooperación penal. El art. 4 del Convenio de asistencia judicial entre los países de la UE del año 2000, que aún no ha sido ratificado supone un paso de trascendental importancia: “en los casos en los que se conceda la asistencia judicial, el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado requeriente, salvo disposición contraria del presente Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido”.

Un rasgo ulterior de la cooperación judicial y policial europea es lo que podríamos denominar como el *principio de asimilación de solicitudes de ayuda*. Según esta regla de cooperación, la petición de asistencia de una autoridad judicial extranjera, debe asimilarse, en lo tocante a la celeridad y rapidez con que debe ser atendida, a la petición de asistencia judicial efectuada por una autoridad nacional. Una señal de identidad aún más radical del sistema de cooperación judicial europeo consiste en que precisamente en algunos supuestos se “prescinde” de la cooperación y se permite bajo determinados requisitos que una autoridad judicial o policial de un Estado miembro actúe en el territorio de otro Estado, con un grado de independencia de las autoridades y del ordenamiento de dicho estado que puede ser variable. Las “persecuciones en caliente” o la posibilidad de observación transfronteriza previstas en los art. 40 y 41 del Acuerdo de Schengen son los primeros ejemplos, al que debe sumársele la regulación de la “intervención de telecomunicaciones sin la asistencia técnica de otro Estado miembro” del art. 20 del Convenio de asistencia judicial del 2000.

Hasta el momento la cooperación, como técnica de organización administrativa, no sólo preside las relaciones de tipo vertical entre instituciones supranacionales y nacionales, sino también las de tipo horizontal entre instituciones europeas. La cooperación es el modo de relacionarse entre Europol, la Olaf y Eurojust. Aunque muchos abogan por una relación de subordinación o jerárquica de las primeras a la segunda, lo que sería más comprensible desde la arquitectura constitucional nacional basada en la división de poderes, lo cierto es que hasta el momento se trata de una cooperación horizontal entre entidades que se sitúan en un mismo nivel. Así, por ejemplo, el art. 31 2 b) del TUE o el art. III- 283 de la CE refleja unas relaciones entre Europol y Eurojust basadas en la coordinación y al igual acaece en el art. III -274.2 de la CE cuando hace mención a las relaciones entre Europol y el Fiscal Europeo.

IV. UN MODELO EN DESARROLLO EN AUGE: LA COORDINACIÓN

Es verdad que hasta el momento el Espacio judicial europeo está organizado sobre la base de un modelo de cooperación avanzada, pero a partir del Tratado de Amsterdam ciertamente con timidez, pero con la seguridad de seguir progresando que otorga la política de pequeños pasos en la Unión europea, se ha empezado a construir en algunos puntos un modelo de organización basado en la coordinación¹³. Para darse cuenta de la

¹³ Vid. Cullen/Jund, Criminal justice co-operation in the European Union after Tampere, 2002.

trascendencia de esta evolución baste decir que la coordinación implica ya una suerte de subordinación funcional, en la que el órgano que coordina tiene competencias equivalentes a las que se producen en las relaciones jerárquicas. Así por ejemplo es frecuente la atribución de competencias como la resolución de conflictos o el dar directrices de actuación.

De este modo se está operando un cambio cuya trascendencia no debiera pasar desapercibida cuando por ejemplo en el art. 30 2 a) del TUE se indica que el Consejo “adoptará medidas que permitan a Europol solicitar la...coordinación” o cuando se señala que capacitará a Eurojust para que “atribuya una adecuada coordinación entre autoridades nacionales de los Estados miembros encargados de la persecución de delitos (art. 31 2 a) o le atribuya una competencia tan ligada a la coordinación como es la resolución de conflictos (Art. 31. 1 d). La Constitución europea ha progresado aún más en la implantación de este modelo. Europol tiene entre sus competencias la “coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros”. Eurojust, por su parte, tiene atribuida la función no sólo de cooperar sino de coordinar a las autoridades nacionales (art. III-273.1 b), para lo que se le atribuyen competencias como dar instrucciones relativas al inicio de diligencias de investigación penal o propuestas de incoación de procedimientos. La coordinación como modelo de organización no solo está avanzando en terreno vertical, de las relaciones entre instancias nacionales y supranacionales. Como muestra la Decisión marco 2002/465 por lo que se crean los equipos de investigación conjunta, en los que policías, fiscales y jueces de instrucción nacionales actúan bajo la coordinación de la instancia nacional del país donde se desenvuelve principalmente la investigación, también es posible organizar horizontalmente el espacio judicial a partir de la coordinación.

Al igual que el modelo de la cooperación planteaba rasgos sui generis en el Espacio judicial penal europeo, también la cooperación posee algunas notas peculiares. Más exactamente, si la coordinación en la UE representa un modelo avanzado, los rasgos peculiares de la cooperación, implican por su parte el desarrollo de un modelo bastante tímido. Es llamativo sobre todo el que la coordinación se efectúe en bastantes ocasiones a través del *principio de ejecución indirecta*. No es Europol, por ejemplo, el que directamente coordina a los policías nacionales, sino que su función es la de “solicitar” a las autoridades nacionales competentes que se coordinen (Art. 30. 2 b TUE). Igualmente Eurojust en ocasiones también debe limitarse a “solicitar” a las autoridades nacionales que lleven a cabo una investigación (art. 6 Decisión 2002/187, por la que se crea Eurojust). Otro buen ejemplo del modelo poco avanzado de coordinación, es la posibilidad de jueces y fiscales nacionales de apartarse de las directrices de Eurojust, incluso cuando actúa como un órgano colegiado, tendente a coordinar sus actuaciones (art. 8 Decisión 2002/187)

La implantación del modelo de coordinación conlleva problemas jurídicos muy complejos, que explican las dificultades con que se encuentra la implantación de este

modelo. Mencionaré sólo tres. El primero es establecer la responsabilidad del órgano que coordina. ¿Qué ocurre si por ejemplo Eurojust decide dirigir un procedimiento hacia una persona cuya inocencia le consta? o si Europol organiza una investigación partiendo de datos que le constan han sido obtenidos violando algún derecho fundamental. Ciertamente no existen hasta la fecha supuestos en que se haya planteado la responsabilidad penal o disciplinaria de miembros de Europol o Eurojust debido al mal ejercicio de sus poderes de coordinación. El que en la Constitución Europea se prevea expresamente, en el caso de Europol, que “la aplicación de medidas coercitivas corresponderá exclusivamente a la autoridad competente” (art. III-276.3) o en el de Eurojust que “los actos formales de carácter procesal serán llevados a cabo por los funcionarios nacionales competentes” parece dar a entender que el problema se ha entrevisto y se ha querido eludir o dejar en manos de la futura ley europea que regule estos organismos. Más indudablemente las posibilidades que se le confieren a Eurojust con el fin de iniciar procedimientos penales (III-273 CE) hacen imprescindible y urgente plantearse de un lado la necesidad de que los miembros de Eurojust puedan responder de delitos como el de prevaricación, violación de la intimidad, del secreto de las comunicaciones etc. y, de otro, es preciso analizar en qué medida la asunción de una función de coordinación afecta a la responsabilidad penal de los órganos coordinados. Obviamente el problema se plantea en otros ámbitos regidos también por la coordinación como los equipos de investigación conjunta donde el legislador ha sido un tanto más previsor¹⁴.

El segundo problema, muy unido al anterior, se refiere al control judicial. Probablemente en un modelo de organización basado en la cooperación no es imperioso plantearse ni la responsabilidad, ni el control judicial de los organismos que se creen para mejorar la cooperación. Ahora bien, por las mismas razones que apuntábamos anteriormente, si que resulta necesario diseñar un control judicial cuando se establece una relación de coordinación que entraña como sabemos una cierta jerarquía funcional. En el caso de Eurojust este problema es menos acuciante pues sus miembros están “sujetos al Derecho nacional de su Estado miembro de origen” (art. 9 Decisión marco 2002/187) lo que significa que tanto responsabilidad como control judicial se han de resolver por el derecho interno¹⁵. Sin embargo, en el supuesto de Europol la ausencia de control judicial, unida al régimen de inmunidad de que disponen sus agentes, es mucho mayor. En este caso, la asunción de efectivas funciones de coordinación no puede producirse sin la instauración de un control judicial efectivo, por lo que el desarrollo de este modelo en la dimensión policial del Espacio de libertad y seguridad está seriamente hipotecado.

¹⁴ LO 3/2003 relativa a la responsabilidad penal de los equipos de investigación conjunta.

¹⁵ La cuestión no es tan sencilla de todos modos, pues como en seguida va a comprobarse la naturaleza de las funciones de los miembros nacionales de Eurojust al menos en nuestro país no es judicial, sino más bien administrativa. Por lo que el probablemente el miembro nacional no este sujeto al régimen disciplinario de los jueces sino al de los funcionarios públicos, al igual que el control judicial se asemeje más al de estos.

El tercer problema puede describirse del siguiente modo: entre los Estados miembros en la fase del proceso penal en la que actúa Eurojust, la fase de instrucción, existen diferencias muy significativas. Mientras que en unos Estados la instrucción la realiza una autoridad judicial independiente (España, Francia), en otros corresponde al MF (Alemania, Italia), a su vez con diversas conformaciones, y en otros a la policía (Reino Unido)¹⁶. Esta disparidad explica que Eurojust se integre no sólo por jueces, sino que también los representantes nacionales puedan ser fiscales y policías (art 2 Decisión marco por la que se crea Eurojust). Esta singularidad no plantea inconveniente alguno desde la orilla del derecho de la UE, pues en los arts. 29 y ss del TUE el término autoridad judicial tiene un carácter autónomo y funcional. Autónomo, porque es independiente de sí en cada ordenamiento una autoridad considerada por el derecho supranacional como “judicial” se enmarca efectivamente dentro del poder judicial, y funcional, porque lo decisivo para que el derecho europeo le otorgue este nombre es que dicha “autoridad” efectúe funciones de instrucción del procedimiento. Ahora bien, la diversidad de Eurojust sí que plantea problemas desde el punto de vista interno, pues es cuanto menos cuestionable que jueces y fiscales puedan ser coordinados por una institución cuyos miembros no gozan de un estatuto de independencia semejante al de los jueces y fiscales en la mayoría de los países. ¿Puede Eurojust, que no es un órgano dotado de independencia coordinar a jueces y fiscales en aquellos países en los que esta característica orgánica es un requisito funcional?, ¿basta para solventar este problema con el hecho de que los Estados miembros motivadamente - art. 8 de la Decisión marco 2002/187 - puedan “desobedecer” las instrucciones que reciben de Eurojust?, ¿en qué medida lastra el funcionamiento de Eurojust, en lo que atañe a su papel de coordinador de la instrucción procesal el que no posea el mismo estatuto de independencia de los órganos a quien coordina?

La Decisión marco por la que se establece Eurojust no resolvió este problema, dejándolo en manos de cada Estado miembro (art. 9). Pero ello no ha hecho sino acentuar el problema, primero por la disparidad de soluciones posibles y segundo porque en muchos Estados los miembros de Eurojust están muy lejos de tener una situación orgánica de independencia equivalente a la de jueces y fiscales¹⁷. En el caso de España, donde el miembro nacional de Eurojust es nombrado por el gobierno mediante Real Decreto y su permanencia en el cargo no está sujeta a un plazo temporal o a unas causas determinadas de revocación. Este lastre que se hubiera evitado si el miembro nacional de Eurojust hubiese sido designado por el Consejo General del Poder Judicial, con un estatuto similar al de cualquier otro puesto judicial, impide que pueda desempeñar correctamente las funciones que al miembro nacional se le atribuyen en el art. 6 de la Decisión marco o que las autoridades judiciales, tal como se indica en el art. 13, estén dispuestas a intercambiar

¹⁶ Sobre la diferente estructura de los procesos penales en Europa, vid. Delmas Marty (dir), *Procesos penales en Europa*, (trad Morenilla Allard), Zaragoza, 2000, p. 179.

¹⁷ Informe de la Comisión sobre la transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales de la Decisión del Consejo, de 28 de febrero del 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, Bruselas, 6.7.2004, COM (2004)457 final.

información con los miembros nacionales. En definitiva, el modelo de la coordinación como sistema de organización de las autoridades judiciales no puede realizarse plenamente y constituirá más bien un híbrido entre coordinación y cooperación, mientras el órgano supranacional de cooperación no sea independiente.

V. EL FUTURO POSIBLE: EL FISCAL EUROPEO, UN MODELO JERÁRQUICO DE ORGANIZACIÓN

Coordinación y cooperación como acabamos de ver son modelos de organización institucional ya vigentes en el Espacio de seguridad, libertad y justicia, no cabe decir lo mismo del *modelo jerárquico*, que solo es posible constatarlo en los proyectos de creación del Fiscal Europeo.

El Corpus Iuris para la protección de los intereses financieros de la UE constituye un modelo unitario de sistema penal supranacional, con tipos penales y normas de parte general y relativas al proceso penal de carácter general¹⁸. En su aspecto orgánico la principal creación es el Ministerio público Europeo (FE) “autoridad de la Comunidad Europea, responsable de la investigación, la persecución, la elevación a juicio de la causa, el ejercicio de la acción pública ante la jurisdicción de enjuiciamiento y la ejecución de las sentencias” (art. 18) relativas a los eurofraudes fijados en los art. 1 a 8 del Corpus Iuris. El FE en su versión Corpus Iuris es un órgano que actúa descentralizadamente, valiéndose en cada miembro de los Fiscales europeos delegados y de los ministerios públicos nacionales. Los primeros forman parte orgánicamente del Ministerio público europeo, en el sentido de que sus actuaciones se le imputan directamente al FE (indivisibilidad, art. 18.4) y además pueden realizar cualesquiera de los actos que éste tiene atribuidos en la totalidad del territorio de la Unión, si bien cuando actúen fuera de su país es preciso que lo realicen “en colaboración” con el Fiscal europeo delegado con sede en ese Estado miembro. Los Fiscales delegados europeos tienen un deber de obediencia al FE, por lo que no cabe duda que estamos ante una estructura fuertemente jerarquizada. Ahora bien, y este aspecto es más significativo, también responden al principio de jerarquía en buena medida las relaciones entre el Fiscal europeo y los Ministerios públicos nacionales. El art. 18.5 del Corpus Iuris les impone la “obligación de cooperar”, aclarándose posteriormente en la explicación de esta propuesta que este deber implica la necesidad de responder sin dilaciones a toda petición de cooperación en lo que respecta a la investigación y búsqueda. Lo que de hecho implica una situación similar al deber de obediencia.

Un esquema de organización similar es el que se contiene en la propuesta de la comisión europea, el Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. El FE tendría atribuida “la dirección

¹⁸ La última versión del Corpus Iuris (Florencia, 2000), así como el Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal europeo, pueden verse en Bacigalupo/Silva Castaño, Un derecho penal para Europa: Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios, Madrid, 2004.

centralizada de las investigaciones y las actuaciones judiciales, en un Espacio común” y ejercería la dirección de las actividades de investigación en los asuntos de su competencia. Aunque no se indica expresamente y en ocasiones se hable de “organización del diálogo entre el fiscal europeo y las autoridades nacionales competentes en el enjuiciamiento”, el principio de jerarquía aparece cuando se comprueba que el diálogo consiste en la “obligación de sometimiento a la Fiscalía a cargo de las autoridades nacionales competentes”, con el fin de que éste decida los procedimientos para los que resulta competente. Incluso en los procedimientos mixtos, en los que las conductas delictivas afecten tanto a intereses Europeos como nacionales, aunque se prevé la participación del Ministerio público nacional en el proceso penal, ésta tendría lugar “bajo la dirección” del Fiscal europeo. Naturalmente más claramente jerárquica es la relación entre el Fiscal Europeo y los Discales europeos delegados, quienes son elegidos por el órgano institucional a propuesta de del Estado miembro de origen. Muestra de que se trata de una relación jerárquica estricta es que “no podrán recibir ninguna instrucción de sus autoridades nacionales”¹⁹.

El Libro verde a diferencia del Corpus Iuris se ocupa también de las relaciones entre el FE y los “servicios de investigación nacionales” (policías, aduanas, cuerpos de inspección...)²⁰. Tres son las posibilidades que se contemplan. La primera de ellas es plenamente jerárquica, dotando al Fiscal Europeo “de un poder de instrucción directa”; la segunda, obedece a un modelo de coordinación, pero en esencia conduce a idénticos resultados: “El Fiscal europeo tendría derecho a pedir ayuda, por ejemplo, a la policía del Estado miembro interesado para proceder a un registro, y la policía no podría negarse a dar respuesta a esta petición”; la tercera solución dejaría abierto el modelo de organización y se adoptaría el existente en cada Estado miembro entre las autoridades judiciales nacionales y las autoridades responsables de la investigación. Lo que en el caso Español supondría de hecho una relación jerárquica, en cuanto que habría que establecer unidades de policía judicial dependientes del Fiscal Europeo y, como es conocido, la Ley de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado establece un deber de obediencia (art. 36, LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

Además de las relaciones verticales entre autoridades nacionales y supranacionales, el Libro verde aborda la organización entre las distintas instituciones supranacionales. En la actualidad, el diseño de la relación entre el FE y Eurojust es complejo por el sistema de división de pilares. Mientras que en el modelo del Libro Verde, el Fiscal Europeo sería una autoridad del primer pilar creada a partir del art. 280 del TUE, Eurojust es una autoridad del tercer pilar. Esta circunstancia impide conformar una relación de jerarquía, de ahí que el Libro verde hable de relaciones de complementariedad y de intercambio de informaciones cuando se trata de un asunto criminal que afecte a áreas del tercer pilar y del primero. En aquellos casos, en que el asunto afecte en exclusiva a la protección de los intereses financieros la relación es de exclusión o de “competencia

¹⁹ Libro verde, p. 96 ss.

²⁰ Libro verde, op. cit., p. 134 ss,

prioritaria” del Fiscal²¹. En suma, con la actual estructura de pilares las relaciones ente el FE y Eurojust, pero también con el resto de las instituciones del tercer pilar (Europol, Red Judicial) únicamente pueden responder a una competencia exclusiva por razón de la materia²².

La Constitución europea ha podido abordar las relaciones entre Eurojust y el Fiscal europeo desde presupuestos bien distintos, al hacer desaparecer la estructura de pilares. En este terreno lo primero que sorprende es que la CE, olvida su carácter abierto en lo concerniente al diseño institucional y expresamente indica que el Fiscal Europeo se formará a partir de Eurojust (III 274.1). La necesidad de suprimir Eurojust una vez que se establezca el fiscal no es nada evidente. La fusión es cuestionable si el Fiscal europeo – esto es, el modelo jerárquico – se reserva en exclusiva para la protección de los intereses financieros, pues en este caso seguirá siendo necesario el modelo de la coordinación, y por tanto Eurojust, para otras áreas delictivas. Pero incluso, si se activa la previsión del art. 274.4 y el FE pasa a ocuparse de la criminalidad grave de carácter transnacional, continuaría siendo útil mantener una institución como Eurojust – esto es, el modelo de la cooperación – para otras áreas de criminalidad, donde la característica de la transnacionalidad no es consustancial, pero pueden existir necesidades de cooperación.

Mas, por otro lado, como se puso de manifiesto en el debate constituyente, tampoco están claras las relaciones que deben existir entre el Fiscal europeo y la OLAF o Europol. En relación a la OLAF, la pretensión de la Comisión de que está y no Eurojust fuera el embrión del Fiscal Europeo, resulta mucho más simétrica, desde el punto de vista institucional que la finalmente adoptada. En cualquier caso, una vez puesto en marcha el FE habrá que plantearse la conformación de la OLAF que bien podría quedar convertido, de un lado, en un órgano administrativo que coordinara las administraciones nacionales, con obligación de informar al Fiscal europeo o los fiscales nacionales cuando tuviera noticia de alguna irregularidad, y de otro, en un órgano de inspección interna, con el fin de prevenir prácticas corruptas en la administración europea, con poderes de investigación menores a los que actualmente posee. Lo que no parece en cualquier caso razonable es que la OLAF, con un FE operativo, sea “el interlocutor directo de las autoridades policiales y judiciales” (art. 2.6 de la Decisión de la Comisión de 28.4.1999). El Libro verde aborda este particular y reconoce que “las funciones de la OLAF deberán reconsiderarse a la luz de los poderes conferidos al Fiscal europeo”²³.

Mucho menos se ha discutido acerca de las relaciones entre el FE y Europol. Nada al respecto se indica en el Corpus Iurisl. El Libro Verde fija las relaciones en términos de complementariedad²⁴. Al igual que en el caso de Eurojust, la estructura de pilares impide

²¹ Libro verde, op. cit, p. 156.

²² Acerca de las distintas modalidades de distribución de competencias, en la teoría de la organización administrativa, vid. Santamaria Pastor, Principios de Derecho Administrativo, op. cit., p. 419 ss.

²³ Libro verde, op. cit, p. 160 ss.

²⁴ Libro verde, op. cit, p. 158.

otro tipo de relaciones entre una institución del tercer pilar y el Fiscal Europeo. Esta limitación resulta un buen ejemplo de lo inadecuado del sistema de pilares. No es posible mantener, coherentemente, que las relaciones entre el FE y los policías nacionales sean casi de tipo jerárquico, tal como antes se señaló, y que se aspire únicamente a la complementariedad – cooperación – en las relaciones entre Europol y el FE. Por esta razón, no acabo de entender por qué la CE, que parte como es sabido de una demolición del sistema de pilares, siga señalando que “la Fiscalía Europea, en *colaboración* con Europol” será competente para descubrir los autores y los cómplices de las infracciones contra los intereses financieros (Art. II-274 CE). La cooperación puede ser lógica cuándo aún no se ha iniciado proceso penal alguno. Pero obviamente debería existir al menos una obligación expresa de Europol de denunciar ante la Fiscalía Europea, cualquier indicio de infracción contra los intereses financieros. Igualmente una vez iniciado un proceso penal no resulta un modelo razonable el que Europol pueda seguir coordinando en relación a ese mismo asunto investigaciones policiales nacionales (art. III.276. 2 b) CE). Mucho más lógico sería en este punto establecer la conversión de Europol en una suerte de *policía judicial europea*, subordinada al Ministerio Fiscal.

VI. CONCLUSIONES

El resumen de cuanto se lleva dicho es que el espacio judicial penal europeo tiende a formarse trasladando un principio estructural del derecho europeo como es la libertad de circulación, que afectaría tanto a las decisiones judiciales, y al material probatorio (reconocimiento mutuo), como a la información policial y judicial (disponibilidad de la información). La aplicación de principios, cuya lógica está gestada y pensada para la formación de un mercado común de mercancías, a un espacio bien distintos como el Espacio judicial penal europeo ocasiona lógicamente numerosas tensiones y problemas jurídicos. En general, puede ya indicarse que si en lo relativo a la libre circulación de mercancías el principio de origen instaurado tras la sentencia *Cassis Dijon* supuso una alternativa a la armonización, en el espacio judicial penal europeo la tensión entre garantías y libertad de circulación de sentencias y de información sólo puede resolverse mediante una armonización bastante extensa de los aspectos procesales señalados. La CE ha advertido con extraordinaria claridad la importancia de la armonización procesal y su carácter funcional (art. III-270 CE).

En lo que se refiere a los modelos de organización (cooperación, coordinación y jerarquía), interesa destacar que entre ellos no existe incompatibilidad alguna; es decir, puede muy bien conformarse un sistema europeo de derecho penal donde los tres modelos tengan cabida dependiendo de los sectores de la criminalidad.

Así, y a título de ejemplo, la cooperación, en la versión más eficiente que se ha conformado en la UE, pudiera ser el modelo a seguir en los casos de criminalidad transnacional no grave o no necesariamente compleja (Ejemplo: búsqueda del autor de un delito de homicidio, que requiere ocasionalmente un acto de cooperación). El modelo de la

coordinación podría tener su desarrollo en el ámbito de la criminalidad transnacional grave²⁵, sobre la base de derechos penales nacionales fuertemente armonizados. Tipos penales comunes en materia como la corrupción, el tráfico de drogas, de personas de armas y en el resto de ámbitos de la criminalidad mencionados en el art. III-271, sobre los que actuaran coordinando Europol y Eurojust parece un modelo de sistema penal europeo eficiente. Finalmente, el modelo jerárquico del Fiscal Europeo tendría su primer campo de operaciones tal como se prevé en el art. III-274.1 de la CE en la protección de los intereses financieros.

Los posibles modelos de sistema europeo de derecho penal pueden resultar más variados si combinamos, los posibles sistemas de organización, con las distintas formas en que puede plasmarse las relaciones entre el ordenamiento supranacional y el derecho penal interno. De este modo, sería posible pensar, siguiendo el sistema del *Corpus Iuris*, en figuras delictivas comunes de carácter supranacional, a la que se añadiría el modelo de organización jerárquico (*modelo unitario*). Ahora bien, tampoco cabe descartar, tal como se planteó en el Libro verde, la implantación del modelo jerárquico, con sistemas jurídico penales internos altamente armonizados²⁶ (*modelo mixto*). Ambas alternativas son posibles en la CE. El art. III-274.2 CE permite que la ley marco europea que instaure y regule el Fiscal establezca un cuadro de infracciones comunes y el art. III- 271.2 permite la armonización de los intereses financieros.

La CE contiene igualmente el modelo máximo de Sistema penal europeo. Este vendría conformado por la instauración del Fiscal europeo (modelo jerárquico) sobre un *Corpus iuris* de tipificaciones y reglas procesales que no abarcara únicamente los intereses financieros sino toda la criminalidad transfronteriza de carácter grave (art. III-274.4). Un Código penal europeo con un Parte especial en la que además de los delitos contra los intereses financieros figurara el blanqueo de capitales, los delitos informáticos, la corrupción, el tráfico de droga, de personas, de armas y otros delitos transnacionales, con reglas procesales comunes (*modelo unitario*), en el que actuara un Ministerio fiscal, al que se supeditarían jerárquicamente fiscales y policías nacionales, con competencias para investigar, perseguir, elevar a juicio y ejercer en él la acusación pública y al que los policías y fiscales nacionales estuvieran subordinados (*modelo jerarquico*), con la posibilidad de un sistema judicial que acabara con un recurso de casación ante el TJCE (art. 28 del *Corpus Iuris*), constituye a medio plazo la meta del Sistema europeo de derecho penal.

²⁵ Sobre este concepto que es de vital importancia en la interpretación de la Constitución europea, pues define entre otras cuestiones el perímetro de la armonización material (art. III-271 CE), de Europol (III-276) y Eurojust (III-273), vid. Nieto Martín, Fundamentos del sistema europeo de derecho penal, en prensa.

²⁶ Vid. Libro Verde, op. cit., p. 99 ss, donde un grado elevado de armonización y un derecho unitario se contemplan como alternativas funcionalmente equivalentes.