

Las agencias europeas de cumplimiento de la ley en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el binomio Eurojust - Fiscalía Europea*

John A. E. Vervaele**

Resumen

A partir de la entrada en vigencia del Tratado de Maastricht, la Comunidad Europea (CE) ha expandido sus políticas de integración a aspectos cruciales tales como la administración de justicia y la política para el manejo de asuntos domésticos. Europa se convirtió en un espacio común, sin fronteras internas, basado en políticas y valores comunes dentro de los cuales los ciudadanos y las corporaciones disfrutaban de ciertas libertades sociales y económicas en un contexto de libertad, seguridad y justicia y en el cual los ciudadanos gozan de derechos de justicia transnacionales, además de los derechos derivados de su nacionalidad europea. Sin embargo, Europa ha experimentado serios problemas en el proceso de integración de aspectos relacionados con la administración de justicia a las políticas comunitarias. El campo de la justicia penal ha sido particularmente problemático. Una débil integración política y el recurso al concepto de soberanía del Estado-Nación han ido de la mano de un tabú político construido no sólo en torno de la implementación de una justicia penal transnacional para la CE, sino también de la idea de una regulación de los asuntos de justicia penal transnacional o de la armonización de los sistemas de justicia penal domésticos.

* Traducción realizada por Daniel Ariza, Abogado Universidad EAFIT.

** Profesor de Derecho penal económico y Derecho penal europeo en la escuela de Derecho de la Universidad de Utrecht, Holanda y profesor de Derecho penal europeo en el Colegio Europeo en Brujas, Bélgica. Esta contribución ha sido presentada como reporte ante el 5º foro Europeo de Juristas en 2009.

Abstract

Since the coming into force of the Maastricht Treaty, the European Community (EC) has expanded its integration policy, after the strengthening of the socio-economic and monetary integration, to crucial aspects of the justice and home affairs policies. Europe became a common space, without internal borders, based on common policies and shared values in which citizens and corporate bodies enjoy social and economic liberties in a context of freedom, security and justice and in which citizens derive transnational justice rights, beside the rights derived from european citizenship (see EU Charter on Fundamental Rights). However, Europe has great difficulty with the integration of justice aspects into the common policies, especially in the field of criminal justice. Weak political integration and appeals to Nation-State sovereignty go hand in hand with a political taboo concerning not only supranational criminal justice in the EU, but also the regulation of transnational criminal justice matters or the harmonisation of domestic criminal justice.

Palabras Clave

Agencias europeas cumplimiento de la ley, Europol, Eurojust, Unión Europea, reconocimiento mutuo, Tratado de Lisboa.

Key words

European Law Enforcement Agencies, Europol, Eurojust, European Union, the principle of mutual recognition, The treaty of Lisbon

Sumario

1. La integración europea y el Derecho de integración. 2. La integración europea y la integración judicial (penal). 3. Las agencias europeas de cumplimiento de la ley en construcción y la creación de la Eurojust. 4. La reforma *pro tempore* de la Eurojust. 5. De la Eurojust a la Fiscalía Pública Europea: el diseño del Tratado de Lisboa. 6. Análisis y planeación de la agenda. 6.1 Análisis del marco de Lisboa. 6.2 ¿Proyecto para el futuro? 6.3 Reforma del campo policivo Europeo. 7. Conclusiones.

1. La integración europea y el Derecho de integración

Europa es un espacio común, sin fronteras internas, basado en políticas y valores comunes dentro de los cuales los ciudadanos y las corporaciones disfrutan de ciertas libertades sociales y económicas (libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales) y existen derechos de los ciudadanos derivados, precisamente, de su pertenencia al continente europeo. Estos conceptos esenciales de la Comunidad Europea (CE) se fundamentan en políticas comunitarias (exclusivas de la CE o compartidas con sus Estados miembros) y en un orden legal comunitario. El orden legal comunitario es un orden legal combinado, en el cual las herramientas legales de la CE y de sus Estados miembros interactúan y se integran; es por esto que hablamos de Derecho comunitario o de Derecho de integración. El orden legal comunitario está también sometido al principio de legalidad y al respeto de los derechos humanos; elementos garantizados por la supervisión de la Corte Europea de Justicia e, indirectamente, a través de los Estados miembros, de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Hablar de un sistema legal combinado quiere decir que todas las instituciones de la trias política (separación de poderes) toman parte en el proceso de integración. Las dinámicas institucionales de la integración europea no sólo modifican el contexto en el cual dichas instituciones deben desempeñarse, sino también sus características y funciones. Sumado a lo anterior, el concepto de soberanía absoluta del Estado-Nación se transforma en un concepto de soberanía compartida en el orden legal común. Un sistema legal combinado también significa que gran parte de los servicios prestados por las autoridades públicas adquieren un carácter legal transnacional. Decisiones específicas en el ámbito nacional tienen efectivamente un impacto en el marco de la CE.

Si las autoridades holandesas deciden autorizar a un agente de bolsa, tal autorización será válida para todo el mercado interno. La autorización es un pasaporte europeo, toda vez existe un reconocimiento mutuo en el espacio común. Esto significa también que un incumplimiento por parte del agente puede conllevar una suspensión por parte de toda la Comunidad o una revocatoria de la autorización.

Por definición, la vigilancia en el marco de las actividades transnacionales trae aparejada la necesidad de recolectar información, de establecer medidas de control y de investigar en los diferentes Estados miembros, recurriendo a diversos actores, sistemas y jurisdicciones. Los Estados miembros también aceptan que la vigilancia administrativa de las corporaciones (en lo atinente a la aplicación del derecho de empresa, las regulaciones financieras, las normas aduaneras, etc.) puede desarrollarse en el marco transnacional por las agencias de policía del domicilio de la compañía (control local).

El ordenamiento legal comunitario no es sólo horizontal sino también vertical. Los Estamentos Supranacionales de la CE no son sólo los legisladores y los operadores

jurídicos, sino que también operan como co-responsables ejecutivos de la aplicación e implementación de las políticas comunitarias y sus regulaciones dentro de los Estados miembros. Tales instituciones pueden solicitar a los Estados y sus autoridades la apertura de procesos administrativos y pueden unirse a los mismos, tienen acceso a la información reunida en dichos procesos y están facultadas incluso para solicitar a los Estados y sus autoridades el emprendimiento de las acciones judiciales pertinentes. En algunos campos (regulación de la competencia, fraude) las autoridades de cumplimiento de la ley de la CE, tales como la Autoridad Antimonopolios o la OLAF (Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude), cuentan con poderes autónomos de inspección y, en el caso de la primera, también con poderes para imponer sanciones administrativas.

2. La integración europea y la integración judicial (penal)

A partir de la entrada en vigencia del Tratado de Maastricht, la CE ha expandido sus políticas de integración a aspectos cruciales tales como la administración de justicia y la política para el manejo de asuntos domésticos. Europa se convirtió en un espacio común, sin fronteras internas, basado en políticas y valores comunes dentro de los cuales los ciudadanos y las corporaciones disfrutaban de ciertas libertades sociales y económicas en un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el cual los ciudadanos gozan de derechos de justicia transnacionales, además de los derechos derivados de su nacionalidad europea¹.

Sin embargo, Europa ha experimentado serios problemas en el proceso de integración de la administración de justicia a las políticas comunitarias. El campo de la justicia penal ha sido particularmente problemático. Una débil integración política y el recurso al concepto de soberanía del Estado-Nación han ido de la mano con un tabú político construido no sólo en torno a la implementación de una justicia penal transnacional para la CE, sino también en torno a la idea de una regulación de los asuntos de la justicia penal transnacional o de la armonización de los sistemas de justicia penal domésticos. Incluso las evaluaciones de los sistemas penales domésticos son consideradas como una imposición de los estándares de calidad europeos hacia los países miembros. ¿Significa lo anterior que los Estados miembros desconocen el hecho de que el *ius puniendi* del Estado-Nación no puede ser ejercido de forma totalmente aislada?

La interdependencia de los Estados miembros en el modelo de integración europea se ha vuelto un elemento de tanta trascendencia que hace imposible negar esta realidad, particularmente si se tiene en cuenta la construcción de un mercado interno sin fronteras internas. En consecuencia, desde los años 80, los Estados europeos han

1 Ver, Burgorgue-Larsen L., et al., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005.

intensificado las diversas formas de asistencia legal mutua en materia penal y han acercado sus leyes penales internas, incluyendo las definiciones de los delitos y las sanciones penales así como la aplicación de técnicas especiales de investigación. Los acuerdos Schengen (1985 y 1991)² representan un hito en esta evolución, aunque fueron elaborados inicialmente por fuera del proyecto de la CE. Tales acuerdos tienen el mérito de haber dado forma a la cooperación policial y haber fortalecido la cooperación judicial en materia penal. Fueron el inicio de la segunda generación de proyectos dedicados a la asistencia mutua en asuntos penales, yendo más allá de los Tratados Intergubernamentales Multilaterales para la Asistencia Legal Mutua de 1950 del Consejo Europeo. En esta segunda generación, se introdujo la cooperación directa de las autoridades judiciales en los Tratados Multilaterales de Asistencia (TMA), dejando de lado la forma tradicional que involucraba a las unidades centrales de los ministerios de justicia y de asuntos exteriores. Incluso, las clásicas reservas y los motivos de renuencia al pedido de cooperación (tales como los delitos políticos y tributarios, el secreto de Estado, el secreto bancario) fueron abolidos o fuertemente limitados. Así mismo, se emprendió un proceso de unificación de las previsiones procesales penales domésticas, por medio de la influencia de las Naciones Unidas y/o de las Convenciones del Consejo de Europa relacionadas con temas como la criminalidad organizada, la corrupción, el lavado de activos, el terrorismo, etc.

El impacto internacional sobre los sistemas penales domésticos, principalmente en lo relativo a la cooperación judicial y la armonización de las normas penales domésticas, se fortaleció con la entrada en vigencia del tratado de Maastricht (1992) y con la creación de la Política de Asuntos Internos y de Justicia de la Unión Europea (UE) desarrollada como parte de su tercer pilar. Este pilar tuvo sin embargo una naturaleza semi-intergubernamental. Las competencias de los actores clásicos comunitarios (a saber, la Comisión, el Parlamento Europeo, la Corte de Justicia) fueron muy limitadas y el típico método comunitario no fue aplicado en esta oportunidad.

Sin embargo, el diseño de las políticas de justicia penal ya se encontraba presente: a) mejorando la cooperación judicial en asuntos de policía y en materia criminal; b) patrocinando el acercamiento de las legislaciones penales domésticas; y c) desarrollando el sistema de las agencias de policía europeas en el marco de la justicia penal, por ejemplo, el diseño de la Europol.

2 Agreement by and between the governments of the states of the Union, the Benelux, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual removal of common frontiers and controls, drawn up in Schengen on 14 June 1985, texto que se puede ver en *Revue générale de droit international public*, volume 91, 1987, p. 236. Convention on the application of the Schengen agreement 14 June 1985 on the gradual removal of common frontier controls, drawn up in Schengen on 19 June 1990; texto que se puede ver en *Revue générale de droit international public*, volume 95, 1991 (2), p. 513.

Desde la perspectiva del tercer pilar del Tratado de Maastricht, un número importante de convenciones de segunda generación en materia de Tratados Multilaterales de Asistencia entraron en vigencia: la Convención Multilateral de Asistencia del año 2000³ y la II Convención de Nápoles en materia de cooperación judicial administrativa y de aduanas⁴. Estas convenciones constituyen un avance significativo en el área de la cooperación transnacional, puesto que incluyen las técnicas de investigación proactivas o como, por ejemplo, la interceptación de comunicaciones, las infiltraciones, la utilización de quipos de vigilancia, las entregas controladas, etc.

En segundo lugar, dentro de las convenciones del tercer pilar se adoptó la directriz de armonizar de manera directa el Derecho penal sustantivo de los Estados miembro. Un buen ejemplo de esto los constituye la convención contra el fraude⁵ y su primer protocolo sobre la corrupción⁶.

En tercer lugar, se elaboraron políticas exhaustivas que derivaron en la evaluación simultánea de los Tratados de Asistencia Multilateral existentes y su aplicación en los Estados miembros; tal fue el caso, por ejemplo, del plan de acción adoptado en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada⁷ y la implementación de la red judicial europea (EJN)⁸. Finalmente, el tercer pilar del Tratado de Maastricht contiene los fundamentos legales de la primera agencia de policía europea en el contexto de la JHA-Europol, dando origen a la Convención Europol⁹. Sin embargo, la Europol fue concebida con un abanico limitado de poderes, erigiéndose en una unidad de inteligencia criminal despojada de verdaderos poderes de policía de investigadora.

El Tratado de Amsterdam (1998) conservó la estructura del tercer pilar pero trasladó algunos asuntos de carácter no-penal (por ejemplo, políticas de inmigración y visado) al cuerpo del primer pilar. Además, estas disposiciones y aquellas del tercer pilar hacen parte de un acápite dedicado a los temas de libertad, seguridad y justicia (artículo 61 TEU). Así mismo, los Schengen acquis –acuerdos Schengen- han sido integrados al orden legal de la CE. La posición de los actores comunitarios ha

3 Convention on judicial collaboration in criminal matters between the member states of the European Union, JOCE C 197, 12.07.2000.

4 Naples II Convention, Minutes of the Council, JOCE 1998 C 24/1.

5 Minutes of the Council, establishing the First Protocol on the Convention related to the protection of the European Community's financial interests, JOCE 1995, C 316.

6 JOCE 1996 C 313/1.

7 Action plan for fighting organized crime, High Level 1997 Group, 9 April.

8 Common action of 29 June 1988 on the creation of a European judicial network, JOCE 1998, L 191/4.

9 Minutas del Consejo del 26 de julio de 1995, por medio de las cuales se consagran acuerdos sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativos a la creación de una oficina de policía Europea (Convención EUROPOL), JOCE 1995 C 316/1.

sido sustancialmente reforzada. Los temas de libertad, seguridad y justicia se han convertido en metas esenciales para la CE: mantener y desarrollar la Unión dentro de un área de libertad, seguridad y justicia en la que se garantice la libre circulación de los individuos y se tomen las medidas necesarias en aras a garantizar las fronteras exteriores y los fenómenos de asilo, inmigración y prevención y lucha contra el crimen (artículo 2 TEU). La cooperación de policía y la cooperación judicial en materia penal se han desarrollado en el título VI del TEU, en sus artículos 29-33.

El artículo 29 contiene de manera explícita los objetivos:

- Ofrecer a los ciudadanos altos niveles de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, por medio del desarrollo de acciones comunes por parte de los Estados miembros en materia de policía y cooperación judicial, a través de la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia. Este objetivo debe ser alcanzado mediante la prevención y la lucha contra el crimen, particularmente en su variante organizada, fundamentalmente en casos de terrorismo, tráfico de personas y ofensas contra niños, tráfico de drogas y de armas, corrupción y fraude, por medio de:
- Una mayor cooperación entre las fuerzas de policía, autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, pero sobre todo por medio de la Oficina Europea de Policía (Europol), de acuerdo con las disposiciones de los artículos 30 y 32;
- Una mayor cooperación de las autoridades competentes de los Estados miembros, incluyendo la cooperación por vía de la Unidad de Cooperación Judicial Europea (Eurojust), atendiendo a lo dispuesto en los artículos 31 y 32.
- Una aproximación, en caso de ser necesario, de las legislaciones penales de los Estados miembros, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31(e).

Estos tres ejes de política criminal son desarrollados en los artículos 30-31:

Artículo 30: 1. La acción común en materia de cooperación policial debe incluir:

(a) Cooperación operativa entre las autoridades competentes, incluyendo a la policía, las autoridades aduaneras y las demás servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas en relación con la prevención, detección e investigación de delitos;

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

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

(d) Evaluación común de técnicas especiales de investigación relacionadas con la detección de formas serias de crimen organizado.

Artículo 31: La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá:

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

(b) Facilitar el proceso de extradición entre los Estados miembros;

(c) Asegurar la compatibilidad en las reglas a aplicar en los Estados miembros en la medida en que sea necesario para garantizar la cooperación;

(d) Prevenir el conflicto de jurisdicciones entre los Estados miembros;

(e) Adoptar medidas de manera progresiva que establezcan las reglas mínimas en relación con los elementos de los delitos y las penas en el campo de la criminalidad organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas.

El tratado de Ámsterdam se adhiere a los tres instrumentos principales (mejoramiento de cooperación policial y judicial, acercamiento de las disposiciones de los sistemas penales domésticos y diseño de una Europol), pero los ha integrado en un contexto constitucional, dejando atrás el carácter semi-intergubernamental del tercer pilar. Incluso, los objetivos del tercer pilar forman parte de un nuevo concepto político-legal basado en una territorialidad y unos valores definidos: las áreas de libertad, seguridad y justicia. Los representantes de los Estados dedicaron inmediatamente y en exclusiva un Consejo Europeo para tratar los temas de libertad, seguridad y justicia, en Tampere (Finlandia) en 1999. Las conclusiones del Consejo de Tampere originaron el Programa de Políticas de Tampere y Plan de Acción para el periodo 1999-2004. Una parte importante de este programa consistió en la introducción de un proyecto de tercera generación para la cooperación en materia penal: el reemplazo de los Tratados Multilaterales de Asistencia por el Reconocimiento Mutuo (RM) de las decisiones judiciales (antes, durante y después del juicio). Lo anterior trajo como consecuencia un programa de Reconocimiento Mutuo muy ambicioso, reemplazando la extradición por la orden europea de arresto, las comisiones rogatorias para obtener evidencia por la orden europea de obtención de pruebas, la introducción de las órdenes europeas de congelamiento y confiscación, la introducción de las órdenes europeas de ejecución, etc. Además, la UE también incluyó algunas novedades en materia de cooperación operacional transnacional, tales como, por ejemplo, los equipos de investigación conjunta. Sin embargo estos equipos deben aplicar las leyes locales de cada uno de los Estados miembros involucrados, lo que significa que actúan como equipos transnacionales sometidos a las leyes penales domésticas de cada una de las jurisdicciones.

Desde la perspectiva del tercer pilar del Tratado de Ámsterdam, la UE también incrementó la armonización directa del derecho penal sustantivo, utilizando de forma exclusiva la decisión cuadro (que no necesita ser ratificado por los Estados miembros). La lucha contra el crimen y el aseguramiento de la seguridad de los ciudadanos se erigieron como los deseos primordiales. El terrorismo, el tráfico de personas, los crímenes contra menores, el tráfico de drogas, el tráfico de armas, la corrupción y el fraude son mencionados explícitamente, pero el listado no es exhaustivo. Esta aproximación incluye disposiciones tendientes a proteger el euro¹⁰ y a luchar en contra de la comisión de crímenes ambientales graves¹¹.

Finalmente, el Tratado de Ámsterdam, enmendado por el Tratado de Niza, ha desarrollado el concepto de Agencias Europeas de cumplimiento de la ley por medio de la introducción, no sólo de la Europol, sino también de la Eurojust en el artículo 31 (2) del TEU:

El Consejo fomentará la cooperación mediante Eurojust:

a) capacitando a Eurojust para que contribuya a una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros encargadas de la persecución del delito;

b) impulsando la colaboración de Eurojust en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en casos de delincuencia organizada, teniendo en cuenta en particular los análisis de Europol;

c) favoreciendo una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

El ánimo de la Eurojust¹² es convertir a la cooperación judicial en algo efectivo; sin embargo, sin modificar las reglas de territorialidad o jurisdicción. Se trata de una cuestión de coordinación entre fiscales públicos nacionales, especialmente en caso de comisión de crímenes graves. Dicha coordinación implica la investigación judicial transnacional (para tal fin se han desarrollado instrumentos como los TMA y los

10 Framework decision of the Council of 29 May 2000 in order to strengthen criminal penalties and other measures of protection from the counterfeiting of coins and the effects of issuing the euro JOCE L 140 de 14.06.2000.

11 Framework Decision 2003/80 of 27.1.2003 on the protection of the environment through criminal law (OJ L 29, 2003) which was annulled by the Court of Justice in case C-176/03, ver Vervaele J.A.E., "The European Community and Harmonisation of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?", in U. Sieber, e.a. (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht Festschrift für Klaus Tiedemann*, Carl Heymans Verlag, 2008, 1355-1384.

12 European Commission Communiqué on the establishment of Eurojust, COM(2000), 746 final; Initiative by Portugal, France, Sweden and Belgium, JOCE C 243, 24/08/2000; initiative by Germany, JOCE C 206, 19/07/2000. Council decision of 28 February 2002 whereby Eurojust was created to strengthen the fight against serious forms of crime, DOCE, 2002 L 63/1.

RM) y los problemas de jurisdicción (conflictos positivos y negativos). El artículo 32 TEU¹³ refleja claramente el hecho de que los conceptos de cooperación transnacional continúan fuertemente ligados a la territorialidad de los Estados miembros, como si éstos no fueran tales —esto es, Estados miembros- y no tuvieran un territorio, unos valores y unos objetivos comunes.

El Tratado de Ámsterdam constituye un importante paso en la construcción de un área de libertad, seguridad y justicia, pero no puede ser considerado todavía como un área común de Justicia Europea. Tampoco el programa de Tampere ni el programa de la Haya, su sucesor para el periodo 2005-2010, refutan el clásico concepto de cooperación Estado-Estado, aún en la esfera del reconocimiento mutuo. Los Estados miembros continúan protegiendo su soberanía nacional y su territorio nacional como punto de partida para la persecución criminal, incluso en los casos de criminalidad transnacional al interior de la UE. A pesar de la extensión y el reforzamiento del proceso de integración europeo, la creación de un *espace judiciaire européen* y, especialmente, el dar forma a las agencias de cumplimiento de la ley europeas ha sido una tarea engorrosa. Su diseño ha sido objeto de grandes diferencias por parte de los Estados miembros, sobre todo a la hora de determinar la necesidad de su creación y, en caso de una respuesta afirmativa, de decidir si pueden ser consideradas como agencias de investigación. En algunos puntos esenciales los Estados miembros han obtenido un acuerdo unánime: no es necesaria una redefinición del concepto de territorialidad nacional y de jurisdicción en lo concerniente a la persecución penal y a los poderes de coerción, que en todo caso sólo podrán ser detentados por los poderes judiciales nacionales. Sin embargo, todavía no se ha definido si esa cláusula de soberanía nacional es compatible en el mediano plazo con los objetivos e instrumentos del proceso de integración y, de igual forma, con los principios de efectividad y debido proceso del Derecho penal. En el aspecto de la justicia penal los Estados miembros parecen negar el hecho de que el proceso de integración europea se fundamente en la idea de un orden legal combinado, con estándares y valores comunes (esenciales para garantizar la confianza mutua), en el que las decisiones nacionales puedan tener efectos en toda la unión y en el que algunos casos puedan ser abordados en un contexto de investigación y persecución transnacional o europeo. El reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, incluyendo algunas importantes decisiones de la etapa pre-juicio tales como arrestos o rendiciones, se han justificado en una confianza ciega en la equivalencia existente entre los sistemas procesales de los Estados miembros, sin que se hayan impuesto estándares comunes mínimos en materia de procedimientos penales, pruebas y garantías procesales, lo que ha llevado a problemas prácticos y a

13 El Consejo debe definir las condiciones y limitaciones bajo las cuales las autoridades competentes referidas en los artículos 30 y 31 podrán operar en el territorio de otro Estado miembro, de forma mancomunada y coordinada con las autoridades de dicho Estado.

disputas entre las autoridades judiciales y sus Estados miembros. Parece como si las dinámicas europeas de integración, para las cuales no sólo su contexto de operación está cambiando sino también su configuración y sus funciones, se han apartado del campo de la justicia penal. También parece que los Estados miembros no están dispuestos a aceptar las competencias transnacionales, operacionales e investigativas de las agencias de cumplimiento de la ley europeas como la Europol y la Eurojust. El riesgo consistirá entonces en que las áreas europeas de libertad, seguridad y justicia permanezcan como un trabajo de "remiendo" de retazos y piezas por parte de los Estados Nacionales y sus autoridades, en el cual las agencias europeas de policía tienen limitadas funciones de coordinación.

El objetivo de esta contribución no es otro que el de reconstruir la idea de las agencias de policía europeas en el marco de la integración, tomando como ejemplo la OLAF y Eurojust para determinar qué tipo de enseñanzas pueden extraerse de sus experiencias a la luz de la configuración de la figura del Fiscal Público Europeo del artículo 86 del Tratado de Lisboa relativo al funcionamiento de la Unión Europea.

3. Agencias de cumplimiento de la ley Europeas en construcción y creación de Eurojust

La protección de los intereses económicos de la CE y la respuesta penal ante el fraude en la CE se convirtieron, a partir de 1980, en áreas fundamentales para el desarrollo de la política penal europea, pero también se erigieron como asuntos de batalla simbólicos. Desde 1960, la Comisión Europea ha estado alerta ante los peligros del fraude y la corrupción, incluso al interior de las propias instituciones europeas. Debido a la presión ejercida por el Parlamento Europeo y la opinión pública, en 1988 la Comisión creó la unidad anti-fraude, UCLAF¹⁴. La UCLAF fue creada, entre otras funciones, como una agencia de policía con capacidades de investigación administrativa en los Estados miembros, pero siempre sometida y trabajando mancomunadamente con las agencias administrativas nacionales. En otros términos, la UCLAF podría solicitar a los Estados miembros la apertura de una investigación administrativa, para posteriormente unirse al desarrollo de la misma (inspección mixta). En 1996 la UCLAF fue dotada con el poder –en atención a la regulación 2185/96¹⁵– de realizar investigaciones de forma independiente. El artículo 2 describe el mandato de investigación de la Comisión: 1. En el caso de serias irregularidades transnacionales o cuando agentes económicos de diferentes países estén involucrados; 2. Cuando se trate de una solicitud del Estado involucrado; o 3. En cualquier situación que se presente al interior de un Estado y

14 Ver, Vervaele J.A.E., "Towards an independent European agency to fight fraud and corruption in the EU", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 7/3, pp. 331-346, 1999.

15 Regulation 2185/96, OJ 1996, L 292.

haga necesaria la intensificación excepcional del control, en aras a combatir el fraude de forma más efectiva y lograr un nivel equivalente de protección en la Comunidad. De acuerdo con este mandato, la UCLAF puede de manera independiente, bajo su propia autoridad, adelantar investigaciones externas en los Estados miembros. En consecuencia, por primera vez, nos enfrentamos a poderes independientes de policía otorgados a inspectores europeos por fuera del campo de regulación antimonopolio. En 1999 fue reemplazada por la OLAF como parte de las medidas tomadas luego de la renuncia colectiva del colegio de comisionados de la Comisión Europea bajo la presidencia de Santer, acusado por un comité independiente de expertos por los cargos de malversación, obstrucción al combate contra el fraude y la falta de responsabilidad política. Los poderes de investigación de la UCLAF fueron transferidos a la OLAF, pero la sección investigativa de la OLAF se semi-independizó de la Comisión europea gracias a que contaba con un director autónomo y un comité supervisor. En conclusión, podemos decir que la OLAF es un cuerpo de investigación poderoso, pero con poderes administrativos limitados -los poderes de judicialización coactiva y los poderes para imponer sanciones administrativas están excluidos-. Su institucionalidad también ha sido limitada al primer pilar de la Unión.

En cualquier caso, tanto la Comisión Europea como el Parlamento Europeo sostenían la opinión de acuerdo con la cual los intereses de la CE no fueron suficientemente protegidos por los Estados miembros y que era necesaria una protección efectiva, tanto por medio de la utilización de la estructura de persecución penal y de policía de los Estados miembros, como por el fortalecimiento de la Policía europea. En 1995 los Estados miembros habían aceptado un paquete tendiente a proteger los intereses financieros de manera más efectiva, incluyendo una Convención del tercer pilar en materia de persecución penal (con varios protocolos). Debido a la lentitud y la poca voluntad de los Estados miembros para ratificar los acuerdos adoptados en el tercer pilar, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión Europea la realización de un estudio para evaluar las posibilidades de armonización de las leyes penales y sus procedimientos con la idea de garantizar una protección efectiva de los intereses de la CE. El resultado consistente en el *Corpus Juris* de 1997 B,¹⁶ fue depurado y trabajado, luego de un estudio de implementación, y derivó en el *Corpus Juris* 2000.¹⁷ Aún cuando se refiere a temas como el fraude en la CE, está claro que sus partes más revolucionarias son aquellas destinadas a establecer la creación de una Fiscalía Pública Europea (FPE)¹⁸ y

16 M. Delmas-Marty(ed.), *Corpus Juris*, París, Económica, 1997.

17 M. Delmas-Marty and J.A.E. Vervaele (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*. Vol I-IV, Antwerp, Intersentia, 2000-2001.

18 Este concepto también fue defendido por el comité independiente de expertos, responsable de investigar los asuntos que llevaron a la renuncia de la Comisión Santer.

las consideraciones frente a las libertades y la armonización del procedimiento penal, teniendo en cuenta tres principios fundamentales: la territorialidad europea, el debido proceso en materia penal y los procedimientos adversariales.

En el área del procedimiento penal, debido a las diferencias sustanciales existentes en la Unión (por ejemplo, diferencias entre las tradiciones del *common law* y la tradición continental), debió buscarse una simbiosis entre las diversas tradiciones legales. El *Corpus Juris*, a pesar de limitarse al área del fraude en la CE, abrió el debate relativo a los intereses legales que debían ser defendidos más allá del típico concepto del Estado-Nación y, además, a la reconceptualización de la justicia penal en el marco de la integración europea. El *Corpus Juris* fue ampliamente apoyado por diversos actores. En el año 2000, durante una conferencia intergubernamental (Niza, IGC), la Comisión Europea presentó una propuesta¹⁹ encaminada a introducir el artículo 208 bis en el tratado de la CE, con la intención de lograr para la FPE:

La propuesta no fue aceptada pero su resultado fue la inclusión de la Eurojust en el Programa de Tampere de 1999 y presentada como Pro-Eurojust en marzo de 2001. Esta propuesta fue dotada de una base legal en el tratado de Niza de 2001 y reemplazada por Pro-Eurojust de 2002. Los objetivos de ésta incluyen:

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

(...)

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

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

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

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

La propuesta no fue aceptada pero su resultado fue la inclusión de la Eurojust en el Programa de Tampere de 1999 y presentada como Pro-Eurojust en marzo de

2001. Esta propuesta fue dotada de una base legal en el tratado de Niza de 2001 y reemplazada por Pro-Eurojust de 2002. Los objetivos de ésta incluyen:

(1) Promover y mejorar la coordinación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, sus investigaciones y las acciones judiciales desarrolladas en los mismos.

(2) Mejorar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, en particular, permitiendo la ejecución de la asistencia judicial internacional y las solicitudes de extradición.

(3) Provisión del soporte general a las autoridades competentes de los Estados miembros para aumentar la eficiencia en sus investigaciones²⁰.

Eurojust, actuando como cuerpo colegiado o a través de sus miembros nacionales, está facultada para solicitar motivadamente a las autoridades competentes de los Estados miembros interesados, lo siguiente:

- i) Desarrollar de una investigación o actuación judicial, o datos específicos;
- ii) Aceptar que una de las autoridades competentes de los Estados miembros interesados puede estar en una mejor posición para asumir una investigación o perseguir actos específicos;
- iii) Realizar labores de coordinación con las autoridades competentes de los Estados miembros;
- iv) Crear un equipo conjunto de investigación de acuerdo con lo estipulado en los distintos instrumentos de cooperación;
- v) Provisionar de cualquier información que sea necesaria para que Eurojust pueda desarrollar sus funciones²¹.

Eurojust no fue dotada con poderes operativos. De hecho, ni siquiera se convirtió en una autoridad judicial solicitante. Su competencia se limitó a una coordinación de carácter no vinculante, ni siquiera vinculante para los Estados miembros de Eurojust. Es obvio que los poderes de Eurojust, incluso cuando actúa como cuerpo colegiado, chocan directamente con la idea de plenos poderes operativos y coercitivos de la FPE, que deberían basarse en la territorialidad europea.

La Comisión Europea, incluyendo a la OLAF, y el Parlamento Europeo siguieron convencidos de que la coordinación llevada a cabo por Eurojust no resolvía totalmente los problemas y que la necesidad de crear una FPE supranacional para el área de la justicia europea continuaba vigente. Por esto, y de acuerdo con el plan de acción para

20 Artículo 3 (1) de la decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, configurando a la Eurojust como encargada de reforzar la lucha contra la criminalidad grave, OJ L 63 of 6 March 2002, p. 1.

21 Artículo 7 (a) de la Decisión del Consejo configurando la Eurojust.

la protección de los intereses financieros de la Comunidad²² durante el periodo 2001-2003, la Comisión Europea publicó un Green Paper en diciembre de 2001²³ relativo a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad y a la creación de una FPE. En 2003, la Comisión publicó un reporte de seguimiento detallado²⁴ que atendió a los resultados de una extensa encuesta pública y a las opiniones escuchadas. La Comisión concluyó que el tema de la Fiscalía Pública Europea debía ser parte de la agenda política de la Unión y que el camino se encontraba allanado para incorporar la FPE al cuerpo del tratado de la CE. Sin embargo, en el proceso encaminado a diseñar un nuevo tratado de la EU la Comisión no formuló ninguna propuesta en este sentido. La inserción de la FPE en el borrador del tratado constitucional y en el Tratado de reforma de Lisboa se logró gracias a Declaración de Laeken del Consejo Europeo²⁵ y al apoyo externo de la Comisión que se encontraba preparando el borrador de tratado constitucional²⁶, tal y como se consagró finalmente en el punto 5 del texto. Durante la Convención, la posibilidad de imaginar una FPE fue discutida ampliamente por el grupo dedicado a trabajar los temas de libertad, seguridad y justicia. Este grupo era partidario de otorgar a Eurojust algunos poderes operacionales y un número considerable de miembros del mismo estuvieron de acuerdo en que Eurojust debía evolucionar hacia una FPE.

4. La reforma pro tempore de Eurojust

A pesar del hecho que Eurojust ha venido funcionando por muchos años y ha adquirido una experiencia nada despreciable, ha sufrido de una debilidad institucional. En primer lugar, ha sido complicado –de hecho, todavía lo es– asumir algunos de los graves asuntos transnacionales para los que fue creada. La capacidad de Eurojust se aprecia como pequeña en comparación con la cantidad de casos en los que, normalmente, sólo dos Estados se encuentran involucrados. Existen suficientes signos que demuestran la poca competencia e infraestructura con que cuenta Eurojust para desempeñar sus funciones judiciales en el marco europeo. El resultado ha sido que las informaciones obtenidas por Eurojust han sido débiles y sus capacidades subutilizadas. Los problemas mencionados por Eurojust, los profesionales y los académicos pueden sintetizarse de la siguiente manera²⁷:

22 COM (2000) 254.

23 COM(2001) 715 final, cf. http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/livre_vert/document/en.htm.

24 COM (2003) 0128 final.

25 http://europa.eu/scadplus/glossary/laeken_declaration_en.htm

26 <http://european-convention.europa.eu/bienvenue.asp?lang=EN&Content=>

27 Study on the future of Eurojust and the EJM in the context of the fight against transnational crime, DG Justice, Freedom and Security, study submitted by GHK, marzo, 2008.

1. La implementación de la Decisión que ha creado Eurojust por parte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros ha sido insuficiente. Existen muchos Estados que no cuentan con regulaciones específicas para reglamentar las competencias de Eurojust o para determinar las facultades de sus miembros nacionales. Existen miembros nacionales que perdieron todas sus competencias como fiscales o magistrados cuando fueron investigados por Eurojust. La consecuencia es que los miembros nacionales de Eurojust no tienen un sistema equivalente de competencias.

2. La integración de los miembros nacionales en las estructuras internacionales es limitada, especialmente en lo que tiene que ver con acciones operativas (la iniciación de investigaciones criminales, el desarrollo de procesos judiciales). En algunos Estados, el miembro nacional también tiene dificultades cuando quiere acceder a bases de datos policiales y judiciales.

3. Las competencias proactivas de Eurojust son muy limitadas. Eurojust encuentra dificultades para acceder a la información en los Estados miembros durante la fase proactiva y, por lo mismo, para asumir los casos importantes a tiempo. Como autoridad que requiere información, se encuentra en una posición débil. La obligación de las autoridades nacionales de informar a Eurojust y transferirle casos importantes no se encuentra lo suficientemente clara. Todavía más grave es el hecho de que Eurojust no pueda acceder a expedientes de la Europol ni de la OLAF. Existen también problemas con el intercambio de información en la triada Europol-Eurojust-OLAF.

Este análisis no se compadece con el resultado de la reciente investigación²⁸ llevada a cabo por Eurojust, referente al proceso de implementación en las legislaciones nacionales de la Decisión que la ha creado y a la voluntad de los Estados para adoptarla. Básicamente, casi todos los actores políticos en los estados miembros prefieren conservar el *status quo*. Teniendo en cuenta esta decepcionante actitud, la Comisión Europea ha considerado abiertamente la posibilidad de presentar una iniciativa legislativa para modificar la “decisión Eurojust”.²⁹ Tal iniciativa se materializó en la propuesta presentada por 14 Estados³⁰ que aborda las siguientes ideas principales:

1. Respuesta de Eurojust en caso de situaciones urgentes;
2. Fortalecimiento de la cooperación en casos de conflictos de jurisdicción o ante la negativa para ejecutar una orden de asistencia judicial;
3. La necesidad de contar con competencias equivalentes para los Estados miembros, especialmente en relación con los casos urgentes.
4. Mejoramiento del sistema de intercambio de información con la Eurojust, de tal forma que se facilite el desarrollo de sus tareas.

28 Eurojust, *Replies to the questionnaire on the implementation of the Eurojust Decision, Portugal, 2007*.

29 COM(2007) 644; cf. Wahl, *eucri* 3-4/2007, p. 86.

30 OJ C 54 of 27 February 2002, p. 4; cf. Wahl, *eucri* 3-4/2007, p. 84f.

5. Fortalecimiento de la cooperación entre Eurojust, los Estados miembros y terceros Estados.

El artículo clave de la reforma es sin lugar a dudas el 9º que asigna a los miembros nacionales algunas competencias delegadas de Eurojust por medio de sus propias legislaciones en los siguientes casos:

1. Solicitar asistencia judicial (se incluye la aplicación para el reconocimiento mutuo);
2. Ordenar búsquedas y confiscaciones;
3. Autorizar y coordinar entregas controladas.

La reforma incluye una unidad de coordinación urgente³¹, que presupone la presencia ininterrumpida de un miembro nacional, por ejemplo, ocupado permanentemente en casos urgentes, haciendo uso de las competencias consagradas en el artículo 9a. Por ejemplo, los miembros de la unidad transmiten sus solicitudes de asistencia judicial en materia penal y, en caso de no poder identificar una autoridad ejecutiva nacional (o de no poder identificarla a tiempo), pueden ejecutar la solicitud ellos mismos³². Puede parecer sorprendente pero muchos Estados miembros son contrarios a la idea de delegación de competencias a los miembros nacionales, a pesar de que ésta se compagina con las competencias de las autoridades nacionales, o demandan que se limite tal delegación a un sistema de caso por caso o incluso a situaciones de urgencia. Muchos miembros temen a un cuerpo extranacional con competencias supranacionales y han manifestado sus reservas constitucionales al respecto durante las negociaciones.

Considerando los diferentes puntos de vista existentes en relación con los poderes de Eurojust entre los Estados miembros, incluso de los Estados que presentaron la iniciativa, no debe sorprender que el contenido del texto que ha sido aprobado³³ se haya debilitado. De cualquier forma, el concepto de poderes equivalentes entre los miembros nacionales se ha conservado, pero se ha consagrado de forma compleja. Los poderes domésticos de los miembros nacionales (artículo 9a) son desarrollados en los artículos 9b-d, en los cuales se establece una distinción entre poderes ordinarios, poderes ante la solicitud de una autoridad nacional y poderes en casos urgentes. Los poderes ordinarios, de acuerdo con el artículo 9b se encuentran limitados al intercambio de información. En segundo lugar, pero sometido a la existencia de un acuerdo con la autoridad nacional competente o a su solicitud caso-por caso, el miembro nacional

31 Emergency Coordination Cell (ECC)@, cf. Art. 5a de la iniciativa.

32 Art. 5a para. 3 de la iniciativa.

33 Decisión del Consejo de fortalecer la Eurojust enmendando la Decisión del Consejo 2002/187/JHA del 28 de febrero de 2002, corregida por la Decisión del Consejo 2003/659/JHA configurando a la Eurojust con la intención de reforzar la lucha contra la criminalidad grave, documento 5347/09 del 20 de enero de 2009.

puede formular solicitudes de asistencia legal mutua o solicitudes de reconocimiento mutuo. En tercer lugar, también la idea de la unidad de coordinación de emergencia se ha conservado (se llama unidad de coordinación *On-Call* en el artículo 5a). En casos urgentes, el artículo 9c otorga a los miembros el poder para autorizar entregas controladas y para ejecutar Tratados Multilaterales de Asistencia y de Reconocimiento Mutuo en sus propios países.

El análisis del estatuto anteriormente mencionado, así como el funcionamiento de Eurojust y su agenda de reformas son elementos importantes que deben tenerse en cuenta a la hora de elaborar el diseño de las Agencia Europeas de Cumplimiento de la ley.³⁴ La reforma de Eurojust no resuelve ciertamente todos los problemas. Sus consecuencias dependerán, en gran medida, de las agendas internas de cada Estado. Resulta sumamente llamativo comprobar cómo la mayoría de Estados miembros temen que sus propios representantes ante Eurojust se conviertan en actores supranacionales en su propia jurisdicción. Los Estados miembros tienden a creer de forma equivocada, que Eurojust representa una interacción entre autoridades nacionales, limitada a un nivel de cooperación horizontal. Ellos niegan la dimensión vertical de la cooperación de Eurojust, de tal suerte que la reforma sólo afecta a la persecución transnacional en el marco de la CE de forma tímida.

5. De Eurojust a la Fiscalía Pública Europea: el diseño del Tratado de Lisboa

Las negociaciones en la Convención Europea para la preparación del nuevo tratado derivaron en la propuesta de un Tratado Constitucional. El borrador de este Tratado, resultado de las negociaciones entre los actores interesados (autoridades nacionales y europeas, ejecutivos y parlamentarios, sociedad civil), concibió una base legal para reformar las Agencias Europeas de Cumplimiento de la ley. Todavía más allá, la estructura básica fue abolida y el nuevo título en materia de cooperación judicial en asuntos penales, explícitamente involucró la competencia para armonizar asuntos de procedimiento penal y garantías procesales. Desafortunadamente, el borrador fue rechazado luego de los resultados del referéndum en Francia y Holanda. Sin embargo, una nueva negociación en el marco de Conferencia Intergubernamental clásica arrojó un resultado similar en relación con la creación de un área judicial común, la competencia para armonizar el procedimiento penal y las Agencias Europeas de Cumplimiento de la ley como Eurojust y la Fiscalía Pública Europea.

34 Lopes Da Mota J.L., *Eurojust. The Heart of the Future European Public Prosecutors Office*, Eucrium 1-2, 2008, pp. 62-66.

El capítulo IV (cooperación judicial en asuntos penales) del título V (área de Libertad, Seguridad y Justicia) del Tratado de la TFEU³⁵ codifica el Reconocimiento Mutuo como piedra angular de la cooperación judicial en materia penal, pero añade al mismo tiempo que la aproximación de las legislaciones y procedimientos penales se encuentra intrínsecamente vinculada a dicho reconocimiento. La aproximación del procedimiento penal y de las garantías procesales que se encuentra en el artículo 82 (1-2) del TFEU, una copia literal del artículo III-270 del borrador de Tratado Constitucional, se ha aceptado como herramienta para establecer unas reglas mínimas bajo la condición de que tales reglas tengan en cuenta las diferencias existentes entre las diversas tradiciones y sistemas de los Estados miembros:

1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83. El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a: a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones. Estas normas se referirán a:

- a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros;
- b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal;
- c) los derechos de las víctimas de los delitos;
- d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.

2. En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

En relación con Eurojust, el artículo III-273 del proyecto de Tratado Constitucional ha sido prácticamente copiado en el Tratado de Lisboa,³⁶ en su artículo 85 TFEU:

1. La función de Eurojust es apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros y por Europol. ES 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/81

A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo determinarán, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, la estructura, el funcionamiento, el ámbito de actuación y las competencias de Eurojust. Estas competencias podrán incluir:

a) el inicio de diligencias de investigación penal, así como la propuesta de incoación de procedimientos penales por las autoridades nacionales competentes, en particular los relativos a infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión;

b) la coordinación de las investigaciones y los procedimientos mencionados en el literal a);

c) la intensificación de la cooperación judicial, entre otras cosas mediante la resolución de conflictos de jurisdicción y una estrecha cooperación con la Red Judicial Europea. En dichos reglamentos se determinará asimismo el procedimiento de participación del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales en la evaluación de las actividades de Eurojust.

2. En el contexto de las acciones penales contempladas en el apartado 1, y sin perjuicio del artículo 86, los actos formales de carácter procesal serán llevados a cabo por los funcionarios nacionales competentes.

El texto del artículo III-274 del proyecto de tratado Constitucional relacionado con la Fiscalía Pública Europea también fue copiado en el artículo 86 TFEU, pero un párrafo fue adicionado (ver parte en cursiva), creando una base legal explícita para adaptar el EPP mediante la cooperación coordinada entre, por lo menos 9 Estados:

1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

En caso de falta de unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en

36 El tratado ha sido firmado por todos los Estados miembros y se encuentra en proceso de ratificación.

caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción.

Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones. ES C 83/82 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010

3. Los reglamentos contemplados en el apartado 1 fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, y que modifique en consecuencia el apartado 2 en lo referente a los autores y cómplices de delitos graves que afectan a varios Estados miembros. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión.

6. Análisis y planeación de la agenda

6.1 Análisis del marco de Lisboa

No puede negarse que el marco normativo contenido en el Tratado de Lisboa representa un paso inicial sumamente importante. El TFEU contiene una base legal suficiente para romper el círculo vicioso y definir asuntos básicos del proceso de integración de la justicia penal en la UE. En primer lugar, es obvio que la transición entre la asistencia mutua y el reconocimiento mutuo ha tenido algunos problemas. Los instrumentos negociados en los últimos tiempos en materia de reconocimiento mutuo, incluyendo Euro-orden de obtención de pruebas, son de hecho construcciones intermedias entre Asistencia Mutua y Reconocimientos Mutuos. El resultado es que

existe, debido a las crecientes razones de rechazo y a la utilización de condiciones de doble criminalidad, un menor Reconocimiento Mutuo para el intercambio de pruebas ya existentes que para el arresto y rendición de los sujetos bajo la orden de arresto europea. Lo anterior significa que es más fácil lograr que una persona sea trasladado antes que reunir evidencia en su contra, razón por la cual las órdenes de arresto son órdenes de pruebas disfrazadas (si no podemos obtener la evidencia, entonces obtengamos a la persona). Ni los Tratados de Asistencia Mutua ni los Reconocimientos Mutuos han podido sobreponerse a los problemas de fragmentación propios del área judicial europea. El programa de Reconocimiento Mutuo no logró configurar un grupo común de instrumentos en un área judicial común. Incluso en materia de la orden de arresto europea puede afirmarse que no existe un régimen común para la misma, sino por lo menos, 27. Los Reconocimientos Mutuos no pueden funcionar sin una confianza recíproca suficiente. La desconfianza y el querer proteger la soberanía nacional en asuntos de investigaciones penales y sus respectivas persecuciones no tienen que ver con un fenómeno de nacionalismo sino más bien con la falta de estándares de equivalencia en los procesos penales y en la desconfianza frente a las capacidades y la calidad de las autoridades de policía de algunos estados miembros. En la medida en que los Estados no consideren sus leyes y sus prácticas como equivalentes, desconfiarán de los demás y se escudarán en los llamados estándares comunes de la convención Europea de Derechos Humanos para justificar su falta de compromiso con la causa de la integración europea, rechazando la aplicación plena de los instrumentos de Reconocimiento Mutuo. El programa de RM sólo puede ser exitoso si se combina con una armonización suficiente de los sistemas procesales penales (incluyendo temas como los sistemas probatorios y el debido proceso).

En segundo lugar, el TFEU establece una base legal para expandir la jurisdicción de Eurojust. Eurojust ha sido dotada con la competencia legal para resolver conflictos de jurisdicción y, entre otros asuntos, puede iniciar investigaciones penales. Sin embargo, los actos formales de carácter procesal relacionados con la investigación y la persecución deben ser llevados a cabo por los funcionarios nacionales competentes. Es claro que los Estados miembros no han querido que Eurojust aparezca como un cuerpo supranacional con jurisdicción operativa en un área común. Esta tarea está reservada para la Fiscalía Pública Europea.

En tercer lugar, el hecho de que la Fiscalía Pública Europea sea considerada dentro del Tratado, es un paso muy importante. La Fiscalía es concebida como una oficina de operación plena, cuyas competencias de investigación y persecución se expanden a toda la UE —en caso de ser necesario actuará en conjunto con la Europol—. El proceso de adjudicación se encuentra todavía en cabeza de los Estados, pero la Fiscalía Pública Europea podrá ejercer sus funciones de persecución en sus cortes competentes. Desafortunadamente, el marco del Tratado no contiene ninguna referencia al juez

nacional de libertades. Teniendo en cuenta el carácter novedoso de esta institución, resulta sorprendente que el TFEU haya incluido la acción mancomunada de por lo menos 9 Estados miembros como una vía para accionar el mecanismo de la Fiscalía Pública Europea. En otras palabras, existe la posibilidad de iniciar con un “experimento” entre Estados que quieran avanzar más rápidamente. Esta no es una idea nueva y ya fue utilizada en el caso de la cooperación Schengen (aunque aquella vez se actuó por fuera del marco del Tratado de la Comunidad Europea). En cualquier caso, el artículo 85 del TFEU limita el alcance de esta actuación mancomunada a los casos de protección de los intereses financieros de la Unión. La jurisdicción podrá ser extendida atendiendo a razones materiales –por ejemplo, en casos de grave criminalidad transnacional-, tal y como lo consagra el artículo 85(4), pero para tal extensión se requeriría del pronunciamiento unánime del Consejo Europeo, luego de que el asunto haya sido aprobado por el Parlamento y consultado con la Comisión.

Esta construcción presenta dos desventajas fundamentales. En primer lugar, desarrollar una Fiscalía Pública Europea a partir de Eurojust, sin tomar en consideración las competencias materiales existentes para ésta y Europol es un error. De hecho, no estamos sólo frente a un asunto de atribución de competencias a un cuerpo operativo en el territorio europeo, sino que además se trata de crear un cuerpo capaz de supervisar y dirigir las actividades de Europol y de la OLAF. Es importante crear una estructura policial y judicial integrada, en vez de un gran número de organizaciones que no logran actuar de forma coordinada. La supervisión a Europol, que debe desarrollar la Fiscalía Pública Europea, es importante para garantizar el desarrollo de las actividades de la primera. En segundo lugar, resulta política y jurídicamente extraño crear una Fiscalía Pública Europea para combatir el fraude y la corrupción relacionada con el presupuesto de la Unión, dejando de lado serios fenómenos de criminalidad que se presentan en la Unión Europea. Este no es el tipo de comportamiento que la opinión pública espera de la Unión si es que quiere legitimar el proceso de construcción de Europa a los ojos de los ciudadanos y los contribuyentes.

La Fiscalía Pública Europea debe provenir de Eurojust. Si Eurojust se convierte en un cuerpo de investigación y se transforma en embrión de una Fiscalía Pública Europea o sí la Fiscalía finalmente se establece, entonces el funcionamiento de Europol y de la OLAF se verá afectado. En el *Green Paper* dedicado a la Fiscalía, la Comisión Europea no quiso emitir ningún juicio preliminar en relación con el futuro de la Europol y la OLAF. Sin embargo, la Comisión resaltó dos puntos interesantes en relación con la OLAF. En primer lugar, debe considerarse la posibilidad de otorgarle poderes judiciales investigativos en el marco de las instrucciones, cuerpos y organizaciones de la Unión Europea. En este contexto, será necesario examinar si el funcionamiento dual de la OLAF (que hoy en día es un servicio de la Comisión, independiente de su función de investigación) debe ser mantenido o, si es mejor convertirla en una parte de la Oficina

completamente independiente de la Comisión³⁷. Se tiene claro, en todo caso, que una Fiscalía efectivamente operativa no sólo tiene que tener una posición fuerte frente a las estructuras judiciales domésticas, sino que también tendrá que contar con autoridades judiciales operativas en el nivel Europeo para garantizar el desarrollo de exitosas investigaciones transnacionales de crímenes graves. Esta situación afectará tanto a Europol como a la OLAF. La primera podrá ampliar sus tareas de inteligencia hasta tareas de operación judicial coordinadas por la Fiscalía Pública Europea. La segunda podrá convertirse en un cuerpo especializado con poderes judiciales en temas que protejan los intereses financieros de la Unión, también bajo la supervisión de la Fiscalía. Y, por supuesto, todas estas Agencias Europeas de Cumplimiento de la ley estarían sometidas al escrutinio de la Corte de Justicia. Ambas, tanto la Autoridad en asuntos de competencia de la CE como la OLAF han tenido hasta el momento una experiencia sustancial frente al rol de la Corte.

Es también claro que el establecimiento de la Fiscalía Pública Europea precisará regulaciones detalladas de la Unión Europea que definan, entre otros asuntos, las reglas del procedimiento aplicable a las actuaciones de la Fiscalía, aquellas relacionadas con la admisibilidad de las pruebas y los mecanismos de revisión de las decisiones procesales tomadas por éste órgano (garantías ex ante y revisiones judiciales ex post). La armonización del procedimiento penal, la recolección de evidencia y las garantías procesales son temas no sólo importantes para garantizar la equivalencia de estándares en el marco del sistema de Reconocimientos Mutuos, sino también para direccionar el funcionamiento de la Fiscalía Pública Europea y sus funcionarios delegados ante los Estados miembros. De hecho, aún si se elaborara un cuerpo normativo Europeo en materia de investigación y persecución, todavía sería necesario anexar una regulación de los actos de investigación y persecución de la Fiscalía y sus delegados ante los órdenes legales domésticos.

6.2 ¿Proyecto para el futuro?

Un cuerpo europeo legislativo en materia de investigación y persecución tendrá que ser considerado dentro de las normativas de la UE en aras a definir las restricciones a las funciones y procedimientos de la Fiscalía Pública Europea. El modelo de *Corpus Juris* del año 2000 y el Green Paper de la CE –junto con sus seguimientos- serán de gran utilidad para desarrollar esta tarea. La parte dedicada al procedimiento penal del *Corpus Juris* se fundamentó en tres principios rectores: la territorialidad europea, el debido proceso en materia penal y los procedimientos adversariales. A pesar de que la oficina es un cuerpo supranacional de la UE, gran parte de sus actividades serán desarrolladas por delegados en los Estados miembros. La interacción entre

37 Green Paper, 7.3.2.

los sistemas penales domésticos y la Fiscalía Pública Europea es el asunto de mayor trascendencia dentro del diseño. El modelo del *Corpus Juris* se basa fundamentalmente en la existencia de actores y sistemas de administración de justicia al interior de los Estados miembros. En la práctica, la Fiscalía Pública Europea tiene la opción de desviar numerosos asuntos a las autoridades nacionales en materia de acuerdos extra-corte, decisiones de transacción, etc. La Fiscalía puede controlar el curso de estas decisiones por medio de la expedición de lineamientos para los acuerdos, procesos de archivo y persecuciones. El modelo descentralizado es necesario por el gran flujo de casos y para ser consecuentes con las realidades diarias que presentan las investigaciones penales. Además, muchos de los casos investigados serán casos híbridos que no se limitarán al fraude en la Unión Europea. Dado que en la práctica muchos casos serán asumidos por un fiscal delegado, es importante que él pertenezca al servicio de persecución nacional. Una estructura independiente puede resultar del proceso que derive en una consolidación del modelo. En primer lugar, el diseño está basado en una orden de referencia, de tal suerte que la Fiscalía debe ser informada por todas las autoridades nacionales (policía, agencias nacionales como el departamento tributario o de aduanas, autoridades judiciales) y por la OLAF de todas los posibles delitos relacionados *ratione materiae* con su competencia. La Fiscalía podrá:

- Abrir una investigación y perseguir (el principio de legalidad en la persecución deberá aplicarse);
- Trasladar las investigaciones de delitos menores o aquellas que afectan principalmente intereses nacionales o las autoridades nacionales;
- Decidir, en un acuerdo extra-juicio cuando el acusado haya reconocido su culpabilidad, ha reparado el daño y ha colaborado en la medida de lo posible con el proceso de confiscación;
- Autorizar a las autoridades nacionales a proponer una transacción, sometida en todo caso a la revisión por el juez nacional de libertades.

La investigación y persecución judiciales emprendidas por la Fiscalía Pública Europea están sometidas al principio de territorialidad europea. Esto significa que las acciones de investigación y persecución, tales como la recolección de pruebas, la interrogación de testigos, la búsqueda y confiscación, etc. pueden ser llevadas a cabo por los delegados de la Fiscalía dentro del continente, en el área común de investigación y persecución. El asunto principal es, por supuesto, ¿qué ley se aplicará a los actos de la Fiscalía o sus delegados? el *Corpus Juris* y el Green Paper evitaron elaborar un cuerpo completo de reglas procesales europeas para la Fiscalía. Con la idea de regular los poderes sustantivos de coerción de la Fiscalía se hace necesario contar con una protección judicial suficiente, materializada en la existencia de un juez independiente e imparcial; en otras palabras, por un juez de control de libertades, elegido por cada Estado miembro al interior de su jurisdicción. El juez de libertades,

quien puede también ser un magistrado examinador, debe autorizar de forma previa todas las medidas que restrinjan derechos y libertades, aplicando el sistema jurídico nacional armonizado. Cuando las medidas coercitivas deban ser aplicadas en varios países, es lógico que se apliquen las normas de Reconocimiento Mutuo, tales como la orden europea de arresto, las órdenes de confiscación europeas, las órdenes europeas de pruebas, etc. Sin embargo, teniendo en cuenta que existen diferencias entre los regímenes procesales de los Estados miembros, y sus garantías procesales particulares, se hace necesario elaborar estándares de equivalencia al respecto con la intención de construir la confianza común requerida en aras a construir un régimen común de protección de derechos. El reconocimiento mutuo de las medidas coercitivas nacionales puede ser suficiente para garantizar la operación de la Fiscalía Pública Europea, toda vez que existe un adecuado cuerpo de principios comunes entre los Estados miembros. Una diferencia sustancial entre el Corpus Juris y el Green Paper estriba en que el primero contiene disposiciones relativas a la armonización de la ley penal en materia del derecho de defensa, reglas de admisibilidad y carga de la prueba. En el Green Paper la sección dedicada a la armonización de la ley procesal penal ha sido omitida y se ha reemplazado por un sistema automático de Reconocimiento Mutuo. Las discrepancias existentes entre los sistemas frente al derecho de defensa y la ley de pruebas, parecen generar una situación en la que el derecho de defensa se convierte en algo que la Fiscalía puede manipular a la hora de escoger una jurisdicción –foro-, derivando en un espiral (“Delaware effect”). De la experiencia vivida con las herramientas de Reconocimiento Mutuo ha quedado que este proceso requiere algún grado de armonización de la ley procesal penal, en lo concerniente a equivalencias y estándares comunes en el debido proceso. Será necesario también preocuparse, en este contexto, por las garantías procesales de los sospechosos y los acusados.

En el caso de las medidas no coercitivas de investigación (intercambio de información, interrogación de personas, etc.) la Fiscalía requerirá un apropiado cuerpo legislativo en el nivel europeo, que se ocupe de definir este tipo de competencia investigativa así como las garantías y el sistema de admisibilidad de pruebas. La actuación de la Fiscalía que afecte negativamente a los acusados debe ser sometida al principio de presunción de inocencia y de procedimiento adversarial. Este último significa que las partes y sus abogados están autorizados para acceder a los archivos de la Fiscalía Pública Europea.

En este contexto, resulta atractivo reconceptualizar a los equipos de investigación conjunta. Ellos debe operar bajo el liderazgo de la Fiscalía y no estarán obligados a aplicar la *lex locus* en cada país.

En materia de la naturaleza de las pruebas admisibles, la Comisión Europea no ha optado por un marco amplio de armonización o unificación. De hecho, introduce el “*Tampere concept*”: reconocimiento mutuo y automático de pruebas, bajo la

condición de que hayan sido obtenidas de forma legal por el Estado miembro en el que se encuentran. Respecto a la exclusión de las pruebas, sólo el juez que ejercita el control sobre la apertura del juicio, podrá tomar una decisión al respecto (el juez, durante la fase de inspección o el juez competente en materia de principios, de acuerdo con el Estado miembro de que se trate) y él podrá aplicar la legislación propia del Estado miembro en el que la evidencia se ha obtenido. La comisión también ha optado por declarar la admisión obligatoria de la evidencia obtenida en el marco de una investigación administrativa dentro del juicio penal, siempre y cuando en su obtención no se hayan violado derechos fundamentales.

Incluso contando con un Cuerpo Legal Europeo como éste, y con la aplicación posterior de instrumentos de Reconocimiento Mutuo, será necesario proveer un mecanismo para la revisión de algunas medidas procesales tomadas por la Fiscalía, especialmente aquellas referidas a la admisibilidad de las pruebas y a la selección de la jurisdicción en la que se desarrollará el juicio. En lo relativo al reconocimiento mutuo de las pruebas, será necesario desarrollar una jurisprudencia, que tenga en cuenta que es un pre-requisito que las mismas hayan sido obtenidas de forma legal dentro del Estado en el que se ejecuta el Reconocimiento Mutuo. También la admisión obligatoria de evidencia obtenida en el marco de una investigación administrativa, en un juicio penal, siempre y cuando se haya obtenido sin vulnerar derechos fundamentales, deberá ser desarrollada jurisprudencialmente – tanto por parte de las Cortes nacionales como por la Corte de Justicia Europea a través de sus reglas preliminares-. Frente a la elección de la jurisdicción que deberá asumir el caso, un criterio abstracto de atribución de jurisdicción tendrá que elaborarse con el propósito de respetar el principio de juez natural en el contexto de la Unión Europea. Esto significa que en la selección, el criterio de adjudicación en material penal, no puede depender de la discrecionalidad o criterio político de las oficinas de ejecución o persecución, sino que tiene que estar consagrado en una ley previa. La aplicación del criterio (selección relativa de jurisdicción) debe ser revisable. La mejor solución consiste en establecer una cámara pre-juicio en la Corte Europea de Justicia que se encargue de elaborar estándares comunes a través de su jurisprudencia.

6.3 Reforma del campo Europeo de cumplimiento de la ley

El establecimiento de una Fiscalía Pública Europea modificará efectivamente el panorama de las demás agencias de policía europeas. En primer lugar, la Fiscalía debe provenir de Eurojust. Esto significa que al interior de Eurojust, la Fiscalía debe tener competencias en materia de investigación y persecución que abarquen el campo del fraude en la Unión Europea. Esto trae aparejadas consecuencias que afectan la estructura interna de Eurojust. ¿Pueden actuar los delegados nacionales ante Eurojust como delegados ante la Fiscalía? Tan sólo esta pregunta tiene importantes efectos

en relación con la forma en que los delegados deben ser nominados y en que debe garantizarse su independencia judicial. Además, la Fiscalía será un cuerpo de la Unión Europea, responsable de investigar, perseguir y llevar a juicio a los perpetradores de graves delitos. Eso significa que la Fiscalía no puede configurarse como un cuerpo colegiado (siguiendo el modelo de Eurojust). ¿Debe existir una muralla entre la amplia competencia de Eurojust y la limitada competencia de la Fiscalía en el intercambio de la información? la transición de Eurojust a la Fiscalía debe concluir en un solo cuerpo que tenga la competencia *ratione materiae* de Eurojust y no se limite únicamente al fraude en la Unión Europea.

Para cumplir con su función de investigación, la Fiscalía necesitará la asistencia de las autoridades judiciales, administrativas y de policía, tanto a nivel nacional como europeo. En lo concerniente al nivel europeo, las funciones de la Europol y de la OLAF se han reconsiderado. La Europol y la OLAF pueden convertirse en cuerpos de investigación judicial bajo el control de la Fiscalía y, por supuesto, bajo el control de los jueces nacionales de libertades, en la medida en que se esté frente a medidas coercitivas. En este contexto, será necesario examinar hasta qué punto la doble funcionalidad de la OLAF (que hoy en día es un servicio de la Comisión con independencia de su función investigativa) debe ser mantenida o si no sería mejor independizar por completo su función investigativa de la Comisión.

7. Conclusiones

Nuestro análisis ha mostrado que no ha sido posible superar el carácter “remendado” del panorama judicial en Europa por medio del reforzamiento de la cooperación horizontal, la introducción de instrumentos de Reconocimiento Mutuo y la configuración de sistemas de cooperación entre unidades como Europol y Eurojust. La falta de confianza mutua y la competencia en materia de persecución entre las autoridades nacionales y las europeas están llevando la situación a un punto muerto. El Tratado de Lisboa provee las bases legales suficientes para emprender las reformas necesarias. Estas reformas no será únicamente *conditio sine qua non* para el establecimiento de una Fiscalía Pública Europea de la Eurojust, sino también para el desarrollo posterior de los instrumentos de Reconocimiento Mutuo, piedra angular para la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. La integración de la unión en materia penal necesitará las siguientes reformas. En primer lugar, el programa de Reconocimiento mutuo debe ser apuntalado con los estándares comunes equivalentes en materia de garantías procesales y derecho de defensa. Esto quiere decir que la aproximación de las garantías procesales en el marco de la investigación y la persecución penal tiene que lidiar con las garantías y el derecho de defensa vinculado a medidas coercitivas o con el uso de técnicas de investigación especiales (intervenciones telefónicas, utilización de micrófonos ocultos, infiltraciones, etc.).

En segundo lugar, el programa de Reconocimiento Mutuo debe ser extendido del reconocimiento mutuo en el proceso de obtención de pruebas hasta la utilización de las pruebas en las etapas pre-juicio y al momento de tomarse una decisión en el juicio. La aproximación en el ámbito de admisibilidad de las pruebas tiene que ser resuelta a nivel de la unión Europea. En tercer lugar, el programa de Reconocimiento Mutuo necesita un instrumento vinculante en materia de selección de la jurisdicción. El marco recientemente aprobado para prevenir y solucionar los conflictos de jurisdicción³⁸ no está resolviendo el problema por cuanto su contenido se limita primordialmente a la esfera consultiva. Finalmente, será necesario expandir las leyes policivas europeas hasta temas como las competencias de investigación operativa y los poderes vinculantes asociados a la elección de la jurisdicción. La Fiscalía Pública Europea tiene que ser comprendida como pieza fundamental dentro de este proceso.

Así que, para ser exitosas, las reformas mencionadas deben ser parte de objetivos más amplios trazados a mediano plazo:

1. La elaboración de estándares equivalentes de cumplimiento de la ley en materia práctica y legal al interior de la Unión Europea

Esta tarea tiene que ser completada a través de un direccionamiento legislativo (las armonización del proceso penal), un direccionamiento financiero (de la organización judicial y sus capacidades), y de un entrenamiento vocacional de las autoridades judiciales. Estándares equivalentes de cumplimiento de la ley en materia legislativa y práctica sólo pueden ser alcanzados si los marcos domésticos de regulación y la organización judicial de todos los Estados miembros son alineados. La definición de estándares mínimos sólo para casos transfronterizos o para decisiones de Reconocimiento mutuo parece ser insuficiente, en la medida en que los elementos nacionales y transnacionales se entrelazan en asuntos judiciales. El modelo europeo no se fundamenta en un "camino" diseñado para los casos transnacionales. La equivalencia debe ser además compatible con los más altos estándares de derechos humanos y debido proceso al interior de la Unión Europea.

2. Inclusión de las Agencias Europeas de Cumplimiento de la ley en los ordenamientos jurídicos domésticos

La transición de una cooperación horizontal, que incluye el reconocimiento mutuo, a la investigación transnacional no significa el cambio de las autoridades nacionales por las autoridades europeas. Las autoridades judiciales nacionales y las Autoridades Europeas de Cumplimiento de la ley tienen, ciertamente, una función integrada; no

38 [http://www2.gov.si/upv/vladnagradaiva08.nsf/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/56c2062251cf4e46c125759e00424601/\\$FILE/ST08013-RE01.EN09.DOC](http://www2.gov.si/upv/vladnagradaiva08.nsf/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/56c2062251cf4e46c125759e00424601/$FILE/ST08013-RE01.EN09.DOC)

trabajan para ordenamientos distintos, sino para un ordenamiento común, a saber el área de libertad, seguridad y justicia. Esto significa que debemos combinar la dimensión europea de las autoridades nacionales con la dimensión nacional de las autoridades europeas. La OLAF, Europol, Eurojust y, en el futuro, la Fiscalía Pública Europea, y las autoridades nacionales deben convertirse en aliados naturales en el intercambio de información judicial de carácter policivo y para el desarrollo de actividades de investigación y persecución. Lo anterior presupone que las Agencias Europeas de Cumplimiento de la ley se vinculen de manera contundente con las estructuras locales. No es suficiente con la existencia de una oficina de Europol o con un miembro de Eurojust proveniente de cada Estado miembro en el Departamento o una unidad de la OLAF con magistrados nacionales delegados para realizar la supervisión judicial. Al interior de los Estados miembros es importante contar con unidades delegadas de las Agencias Europeas de Cumplimiento de la ley, incrustadas en la estructura nacional y con competencia para intercambiar información y conducir acciones de investigación. Los miembros de la unidad nacional podrán, en mi opinión, combinar funciones nacionales y europeas, sometidos a la condición de acuerdo con la cual las normas de carácter europeo deben aplicarse prioritariamente. La OLAF ha tenido interesantes experiencias con este modelo en los nuevos Estados miembros y ha sido capaz de forjar fuertes relaciones de colaboración con las autoridades nacionales competentes en materia policiva. Este modelo será también necesario para el desarrollo de Eurojust en comunión con la Fiscalía Pública Europea y de la propia Fiscalía. El modelo debe basarse, fundamentalmente, en los actores existentes y en los sistemas de administración de justicia de los Estados miembros. Una Fiscalía Pública Europea no relega ni minimiza el rol de las fiscalías nacionales, por el contrario, la dimensión europea de las fiscalías nacionales se ha fortalecido por medio de la utilización de instrumentos de Reconocimiento Mutuo. Para los casos transnacionales serán necesarias reglas vinculantes de asignación de jurisdicción, no sólo para la persecución y el castigo, sino también para la investigación.

3. Investigaciones Judiciales Supranacionales, *lex loci* y Ley Aplicable

De la experiencia de la Autoridad Europea en materia de competencia o de la OLAF, e incluso de las investigaciones federales llevadas a cabo a nivel federal en Suiza, sabemos que para los casos transnacionales catalogados como graves se necesita un sistema de referencia relativo a la ley aplicable o, por lo menos, un grupo apropiado de reglas comunes en materia de poderes de investigación y garantías judiciales. Las experiencias con las Unidades de Investigación Conjunta (UIC), junto con la aplicación de la regla de *lex loci*, de acuerdo con la cual las UIC tienen que aplicar las Leyes locales de cada estado miembro involucrado, no deben ser replicadas. El resultado es que la combinación de múltiples sistemas locales diferentes puede entrar en conflicto con la

Ley del Estado que finalmente juzgará el caso y puede derivar en la inadmisibilidad de pruebas por existir conflictos entre las garantías procesales y/o leyes incompatibles en relación con la aplicación de ciertas medidas de investigación. Tanto la Autoridad Europea en materia de competencia como la OLAF, cuentan con un grupo de reglas comunes que son aplicables en un área común (el mercado interno), complementadas por las leyes nacionales en caso de asistencia doméstica. Los suizos han pasado de elegir la Ley aplicable dentro de los diferentes modelos existentes en toda Suiza (así, la ley de un cantón era utilizada para llevar a cabo investigaciones judiciales inter-cantoniales) a aplicar un modelo federal de procedimiento penal para crímenes graves. En estas experiencias podemos observar que apegarse a la regla de la *lex loci* y a la aplicación de las leyes propias de cada estado miembro lleva a convertir a la policía de la Unión Europea en una prisionera del principio de la soberanía nacional.

En mi opinión, podemos aprender mucho de las últimas actuaciones de la Autoridad Europea en materia de competencia, la OLAF, Europol y Eurojust en aras a moldear la estructura judicial en materia penal a nivel de la Unión Europea, tomando en cuenta las siguientes tres dimensiones: (1) el intercambio de información entre las autoridades administrativas, la policía y las autoridades judiciales; (2) la investigación judicial, y (3) la persecución. En el pasado, la Europol, la OLAF y Eurojust han desempeñado un papel fundamental en la conformación de un área judicial Europea, desde diferentes perspectivas y con diferentes experiencias. Luego de las reformas de Lisboa, estas instituciones, junto con la Fiscalía Pública Europea deben convertirse en aliados con una meta común: la aplicación efectiva de la ley penal en un *espace judiciaire européen* con el debido respeto al principio de legalidad. Este debe ser uno de los puntos centrales para el programa de Estocolmo en materia de libertad, seguridad y justicia (2010-2014). En el aporte de la Comisión,³⁹ ésta subraya el carácter virtual del actual tercer pilar legislativo y la ausencia de unos estándares mínimos relativos al derecho de defensa y a las garantías procesales en materia penal. La Comisión resalta la necesidad de emprender iniciativas legislativas para desarrollar la Orden Europea de Pruebas, incluyendo la definición de los principios mínimos que deben regir la admisión mutua de evidencia. La comisión también llama a la creación de un plan de acción que aborde el tema del derecho de defensa en la etapa pre-juicio. Frente a las Agencias Europeas de Cumplimiento de la ley, la Comisión no recomienda una agenda muy ambiciosa. A parte de algunas referencias al mejoramiento de la cooperación entre la OLAF y Eurojust y de la necesidad de sinergias entre Europol, la OLAF y la Interpol, la Comisión sólo apunta que Eurojust debe ser fortalecida, particularmente en lo que tiene que ver a las investigaciones de casos transfronterizos. No se encuentra ninguna referencia a la Fiscalía Pública Europea, pero está claro que esta agenda de la Comisión

ha sido influenciada por la idea de ratificar el proceso del Tratado de Lisboa y llama a la prudencia. Todavía está por verse cuán ambiciosos serán los Estados miembros a la hora de utilizar la base legal contenida en el Tratado de Lisboa para enfrentar los objetivos comunes existentes en materia de política criminal durante los próximos años.

Bibliografía

Corpus Juris

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

Bell, E., «A European DPP to Prosecute Euro-Fraud?», en *Criminal Law Review*, 2000, pp.154-168.

De Angelis, F. / Sicurella, R., «Vers un espace judiciaire européen? Corpus Juris portant des dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne», en *Revue du Marché Unique Européen*, 1997, p.298.

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

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

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

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

Delmas-Marty, M. / J.A.E. Vervaele (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, vol. I -Synthesis, Antwerp-Groningen- Boston Intersentia, 2000 (contains the *Corpus Juris* 2000, the final summary and the summary of comparative law).

Delmas-Marty, M. / J.A.E. Vervaele (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerp-Groningen-Boston, Intersentia, 2000, vol. II _ III (contains the contributions from national law).

Delmas-Marty, M. / J.A.E. Vervaele (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerp-Groningen-Boston, Intersentia, 2001, vol. IV (contains specific contributions on both vertical and horizontal administrative and criminal cooperation).

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

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

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

Vervaele, J.A.E., "Hacia una agencia europea independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea", en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, 1999, pp. 1134.

Vervaele, J.A.E., "Regulación comunitaria y aplicación operacional de los poderes de investigación, obtención y utilización de pruebas en relación con la infracción de intereses financieros de la Comunidad Europea", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1998, pp.307347.

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

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

Derecho penal europeo

Arrangüena Fanego, C., *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: La orden Europea de detención y Entrega*, Lex Nova, 2005.

Garantías Procesales en los Procesos Penales en la Unión Europea, Lex Nova, 2007.

Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A., *La orden de detención y entrega Europea*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006

Bernardi, A., "Principii di diritto e diritto penale europeo", en *Annali dell'Università di Ferrara*, Sezione V, Scienze Giuridiche, vol. 11, 1988.

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

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

Böse, M., *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 1996.

De Guttry, A. / Pagani, F., *La cooperazione tra gli stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, CEDAM, 1995.

De Kerckhove, G. y Weyembergh, A., *Towards a European Judicial Criminal Area*, Editions ULB, 2000.

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

Fletcher, M, e.a., *EU Criminal Law and Justice*, Edward Elgar Publishing, 2008.

Galgo Peco, A., "Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

Gless, S, *Beweisrechtgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Nomos, 2006.

Grasso, G., *Comunita Europee e diritto penale. I rapport tra l=ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*, Giuffrè, 1989. *Versión en Español: Grasso, Comunidades Europeas y Derecho Penal*, trad. de García Rivas, Cuenca, Cuenca, Univ. de Castilla la Mancha, 1993.

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

Hecker, B., *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, Springer, 2005

Jansen, O. y P.M. Langbroek, *Defence Rights during Adminstrative Investigations*, Intersentia, 2007.

Jokisch, J., *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren*, Duncker y Humblot, 1999.

Klip, A., *European Criminal Law*, Intersentia, 2009

Leaf, M., *Cross-border crime. Defence Rights in a new era of international judicial cooperation*, Justice, 2006

Ligeti, K, *Strafrecht un Strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU*, Duncker y Humblot, 2005.

Luchtman, M., *European Cooperation between financial supervisory authorities, tax authorities and judicial authorities*, Intersentia, 2008.

Moreno Catena, V. y Arroyo Zapatero, *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.

Nieto Martín, A., *Fraudes comunitarios. Derecho Penal Económico europeo*, Praxis, 1996.

Picotti, L., *Possibilita e limiti di un diritto penale dell=Unione Europea*, Giuffrè, 1999.

Pradel, J. / Corstens, G., and Vermeulen, G, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2009.

Pronken, T y Attinger, M., *Procedural Rights in Criminal Proceedings: Existing Levels of Safeguards in the EU*, European Commission, 2005

Riz, R., *Diritto penale e diritto comunitario*, CEDAM, 1984.

Satzger, H., *Lehrbuch Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, 2004.f

Schünemann, B., *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln, Carl Heymans Verlag, 2004

Schünemann, B., *Ein Gesamtkonzept für die Europäische Strafrechtspflege*, Köln, Carl Heymans Verlag, 2006.

Tiedemann, K. y A. Nieto Martín, Eurodelitos. *El derecho Penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, 2004.

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

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

Vervaele, J.A.E., *La lutte contre la fraude a la TVA dans l'Union Europeenne*, MakluBruylant, 1996.

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

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

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

Vervaele, J.A.E., *European evidence warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005.

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

Weyembergh, A. y Vernimmen, G., *Analisis of the future of mutual recognition in criminal matters in the EU*, Editions ULB, 2009 (forthcoming).