

MARIA ESTHER JORDANA SANTIAGO

II Premio AEPDIRI «Adolfo Miaja de la Muela»
a la Mejor Tesis Doctoral en Derecho Internacional Público

**EL PROCESO
DE INSTITUCIONALIZACIÓN
DE EUROJUST Y SU CONTRIBUCIÓN
AL DESARROLLO DE UN MODELO
DE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL
DE LA UNIÓN EUROPEA**

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2018

ÍNDICE

	Pág.
PALABRAS PREVIAS , <i>por Caterina García Segura</i>	13
AGRADECIMIENTOS	15
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	19

CAPÍTULO I

LA CONFIGURACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL COMO OBJETIVO DEL ESPACIO DE LIBERTAD SEGURIDAD Y JUSTICIA

1. LA INSTAURACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA: DE LA ASISTENCIA INTERNACIONAL CLÁSICA A LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO COMÚN EUROPEO	24
1.1. La apuesta por el marco convencional del Consejo de Europa.....	24
1.2. El régimen de Schengen y la necesidad de medidas compensatorias complementarias.....	26
1.3. El Tratado de Maastricht: la apuesta por el desarrollo de un tercer pilar.....	28
1.4. El Tratado de Ámsterdam y el impulso de Tampere	30
1.5. El Tratado de Niza.....	36
1.6. El Tratado de Lisboa: ¿ordenar la cooperación judicial en materia penal?	38
2. LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA: LA COEXISTENCIA DE DISTINTOS MODELOS	41
2.1. La clasificación según el tipo de asistencia	42
2.2. La clasificación según los principios: análisis de modelos	42
2.2.1. El modelo de petición.....	43
2.2.2. El modelo basado en el principio de reconocimiento mutuo...	45
2.2.3. El modelo basado en el principio de disponibilidad	51
2.3. Los tipos de cooperación en función de los actores y sus relaciones...	53

CAPÍTULO II
EL ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS DE LA COOPERACIÓN
JUDICIAL PENAL

1.	LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ASISTENCIA PENAL CLÁSICA DE ORIGEN CONVENCIONAL	57
1.1.	El marco proporcionado por el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959	57
1.2.	El marco en torno a la Unión Europea.....	60
1.2.1.	El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990.....	60
1.2.2.	El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal, de 29 de mayo de 2000.....	62
2.	LOS INSTRUMENTOS PROPIOS DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: ÁMBITO MATERIAL E INSTITUCIONAL	64
2.1.	El aspecto material de la cooperación judicial penal	64
2.1.1.	Las Órdenes Europeas de Detención y Entrega.....	65
2.1.2.	Los Equipos Conjuntos de Investigación	69
2.1.3.	Los Conflictos de Jurisdicción	70
2.1.4.	La Recopilación de pruebas: el Exhorto Europeo de Pruebas y la Orden Europea de Investigación	74
2.2.	El aspecto orgánico-institucional: los actores europeos del marco judicial penal	78
2.2.1.	La Red de Magistrados de Enlace (RME)	78
2.2.2.	La Red Judicial Europea (RJE)	79
2.2.3.	La Unidad de Cooperación Judicial en materia penal (Eurojust).....	80
2.2.4.	La Futura Fiscalía Europea	82
3.	LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA	84
3.1.	La fragmentación de la cooperación judicial penal	85
3.1.1.	Los <i>opt in</i> y los <i>opt out</i>	86
3.1.2.	Los aceleradores y los frenos de emergencia	87
3.1.3.	La falta de ratificación, las reservas y las declaraciones a instrumentos concretos.....	88
3.2.	La heterogeneidad en los procesos penales y las diferencias entre normas sustantivas.....	89
3.3.	Los instrumentos.....	90
3.4.	El respeto de los derechos de las personas.....	91
3.5.	La práctica.....	95

CAPÍTULO III

**LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO FACTOR DE DESARROLLO
DE UN MODELO DE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL
DE LA UNIÓN EUROPEA**

1.	LA DECISIÓN POLÍTICA DE CREAR EUROJUST Y LA CUESTIÓN DE LA BASE JURÍDICA.....	97
2.	LA CREACIÓN DE LA UNIDAD PRO EUROJUST: ¿UNA PRUEBA PILOTO?.....	101
2.1.	Los objetivos de la Unidad Pro Eurojust	102
2.2.	El diseño de la estructura y del funcionamiento interno	103
2.3.	La atribución de tareas para alcanzar sus objetivos	104
2.4.	Las relaciones de Pro Eurojust con el esquema orgánico-institucional de la Unión y con terceros Estados y otros actores internacionales	105
2.4.1.	Las relaciones con las instituciones de la Unión Europea: la indudable dependencia del Consejo, la cooperación con la Comisión y la información al Parlamento Europeo	105
2.4.2.	Las relaciones con organismos derivadas de la práctica: las necesidades derivadas del trabajo operativo.....	106
2.4.3.	Las relaciones con terceros Estados: ¿Pro Eurojust más allá de las fronteras de la Unión?	107
2.4.4.	La identificación de los problemas que plantea el análisis de la práctica de Pro Eurojust: las relaciones de Pro Eurojust y las autoridades estatales derivadas del trabajo operacional ...	108
3.	LA GESTACIÓN DE EUROJUST: LAS PROPUESTAS INICIALES Y LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN	111
4.	LA CONFIGURACIÓN DE EUROJUST COMO AGENCIA <i>SUI GENERIS</i> DEL ELSJ: UN AVANCE SIGNIFICATIVO EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN.....	117
4.1.	La naturaleza.....	121
4.2.	Los objetivos.....	123
4.3.	El ámbito de actuación de Eurojust.....	124
4.4.	La estructura	128
4.4.1.	Los Miembros Nacionales: el puente entre la Unión Europea y sus Estados miembros.....	129
4.4.2.	El Colegio y su presidencia	132
4.4.3.	El director administrativo y la administración de Eurojust ...	135
4.4.4.	Los corresponsales	137
4.4.5.	El Sistema Nacional de Coordinación de Eurojust (<i>ENCS</i>) ...	138

CAPÍTULO IV

**LAS TAREAS, LOS PODERES Y LAS FUNCIONES: EUROJUST
COMO MOTOR DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL
DE LA UNIÓN EUROPEA**

1. LAS TAREAS DE EUROJUST	142
1.1. Las tareas ejercidas por los Miembros Nacionales	142
1.2. Las tareas ejercidas por el Colegio	144
2. LOS PODERES DE LOS MIEMBROS NACIONALES	146
2.1. Los poderes ordinarios	147
2.2. Los poderes delegados	148
2.3. Los poderes subsidiarios.....	149
3. LAS FUNCIONES DE EUROJUST.....	150
3.1. La función facilitadora	151
3.2. La función coordinadora	153
3.3. La función de iniciativa	156
3.4. La función de guía.....	158
3.5. La función de monitorización	160
3.6. Eurojust como promotor de la confianza mutua	166

CAPÍTULO V

**LAS DIMENSIONES DE LAS RELACIONES INSTITUCIONALES
DE EUROJUST**

1. LA RELACIÓN CON OTROS ORGANISMOS Y AGENCIAS DE LA UNIÓN PROPIOS DEL ELSJ.....	171
1.1. La Red Judicial Europea (RJE)	173
1.2. La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).....	177
1.3. La Oficina Europea de Policía (Europol).....	181
1.4. La Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Euro- pea (Frontex)	185
2. LA RELACIÓN CON TERCEROS ESTADOS Y OTROS ACTORES INTER- NACIONALES.....	186
2.1. La práctica internacional de Eurojust: procedimiento y control	187
2.2. La relación con terceros Estados: el análisis del contenido operativo de los acuerdos concluidos por Eurojust.....	190
2.3. La Relación con Organizaciones Internacionales y otros orga- nismos.....	192
3. LAS RELACIONES INSTITUCIONALES Y EL CONTROL	195
3.1. Las relaciones entre Eurojust y la Comisión Europea.....	195
3.2. Las relaciones entre Eurojust y el Consejo.....	199
3.3. Las relaciones entre Eurojust y el Parlamento Europeo	201

CAPÍTULO VI

EUROJUST EN CLAVE DE FUTURO

1. EL ARTÍCULO 85 DEL TFUE COMO NUEVA BASE JURÍDICA: POTENCIALIDADES Y PROBLEMÁTICAS.....	204
1.1. El objetivo de Eurojust	205
1.2. Los poderes de Eurojust	207
1.2.1. El inicio de investigaciones.....	208
1.2.2. La coordinación.....	210
1.2.3. La resolución de conflictos de jurisdicción.....	211
1.3. La capacidad de relacionarse con distintos actores.....	213
1.4. Cambios en el plano institucional: la nueva base jurídica procedimental	214
2. LA REFORMA DE EUROJUST: ¿EN QUÉ CONSISTE LA PROPUESTA LANZADA Y CUÁL ES SU ESTADO?.....	216
2.1. La naturaleza, los objetivos y el mandato: ¿un cambio significativo?...	219
2.2. La estructura y la organización: ¿un Eurojust más próximo al enfoque común de agencias descentralizadas?	222
2.2.1. El Consejo de administración: ¿una reforma del Colegio?	224
2.2.2. La Presidencia y el Consejo ejecutivo.....	225
2.2.3. El director Administrativo	226
2.3. La rendición de cuentas y el control del nuevo Eurojust	227
2.3.1. Los planes anuales y plurianuales	228
2.3.2. El control del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales.....	228
2.3.3. El régimen de Protección de datos y la acción del SEPD	229
2.4. Las relaciones institucionales de Eurojust	231
2.4.1. La acción exterior de Eurojust.....	231
2.4.2. La integración de estructuras administrativas: las secretarías de la Red Judicial Europea, la Red de expertos sobre Equipos Conjuntos de Investigación y la Red de cooperación contra el genocidio.....	233
2.4.3. La relación con otras agencias y organismos de la Unión	234
2.4.4. La relación con la futura Fiscalía Europea.....	235
CONCLUSIONES	241
BIBLIOGRAFÍA	253
ANEXOS	287

PALABRAS PREVIAS

La publicación de la obra de Esther Jordana Santiago, con el título *El proceso de institucionalización de Eurojust y su contribución al desarrollo de un modelo de cooperación judicial penal de la Unión Europea*, constituye un motivo de enorme satisfacción para la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, ya que ha sido galardonada con el II Premio AEPDIRI «Adolfo Miaja de la Muela» a la Mejor Tesis Doctoral en Derecho Internacional Público*.

Desde 2015, con miras a impulsar carreras investigadoras de excelencia de sus miembros más jóvenes, la AEPDIRI decidió premiar las mejores tesis doctorales en cualquiera de las disciplinas cubiertas por la Asociación, defendidas en una Universidad española, pública o privada, convocando bienalmente los premios «Adolfo Miaja de la Muela» a la Mejor Tesis Doctoral en Derecho Internacional Público, «Mariano Aguilar Navarro» a la Mejor Tesis Doctoral en Derecho Internacional Privado, y «Antonio Truyol y Serra» a la Mejor Tesis Doctoral en Relaciones Internacionales. Como consta en las bases (www.aepdiri.org), todas las tesis que concurren a los premios han de haber obtenido la máxima calificación.

A partir de la segunda edición, la AEPDIRI y la editorial Marcial Pons alcanzaron un acuerdo para la publicación de los textos premiados. Así, la tesis de Esther Jordana Santiago, defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona, es la tercera publicación de esta colección iniciada con las tesis premiadas en la segunda edición de los Premios AEPDIRI.

En esta ocasión el tribunal estuvo integrado por los Profs. Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra; Joaquín Alcaide Fernández, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla; y Sergio Salinas Alcega, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Zaragoza (acreditado catedrático). El premio fue concedido por unanimidad.

* El I Premio AEPDIRI «Adolfo Miaja de la Muela» a la Mejor Tesis Doctoral en Derecho Internacional Público fue concedido a Laura Movilla Pateiro por su tesis doctoral *La regulación internacional de los recursos hídricos compartidos: los acuíferos fronterizos*.

La Junta de la AEPDIRI quiere aprovechar estas líneas para felicitar a la autora por el premio obtenido, merecido reconocimiento a la calidad de su trabajo, y para desearle mucha suerte en su carrera académica. También deseamos animar a los jóvenes investigadores, miembros de la Asociación, a presentar sus trabajos a las próximas ediciones de los Premios a las Mejores Tesis Doctorales.

Caterina GARCÍA SEGURA
Presidenta de la AEPDIRI

INTRODUCCIÓN

La cooperación judicial penal ha sido objeto de una paulatina evolución durante el proceso de construcción europea. De hecho, el estudio de la cooperación judicial en materia penal constituye un ámbito especialmente adecuado para apreciar la originalidad del proceso de integración europeo, tanto desde la perspectiva de los instrumentos utilizados como desde el punto de vista institucional.

Sin lugar a dudas, puede afirmarse que la lucha contra la delincuencia transnacional requiere por su naturaleza un enfoque que va más allá de las fronteras de un Estado. En este sentido, la aproximación a esta problemática requiere un enfoque global y coordinado que únicamente mediante la cooperación entre Estados puede asegurar el bienestar de los ciudadanos. En la Unión Europea dichas necesidades se revelan como especialmente necesarias, puesto que la desaparición de controles fronterizos interiores potencia el fenómeno del delito transnacional.

La cooperación judicial penal es fruto de las ingentes necesidades de combatir la delincuencia organizada transnacional y el necesario cambio de paradigma sobre el enfoque de la persecución penal. En este contexto, la acción de la Unión ha intentado dar respuesta a las necesidades prácticas, aunque dicha acción se ha caracterizado por una falta de objetivos comunes que claramente han marcado el resultado final. Asimismo, las persistentes diferencias entre los sistemas jurídicos penales, junto con el empeño de los Estados miembros en mantener su soberanía intacta, contribuyeron a su complejidad y a que se incorporara la cooperación judicial penal en el ámbito del tercer pilar gracias a las reformas introducidas por el Tratado de Maastricht.

El trabajo conjunto se centró en la aprobación de distintos instrumentos, utilizando, en función de los casos, desde la figura de convenios celebrados entre Estados miembros a la regulación específica aprobada por las instituciones europeas. A finales de los noventa, la profundización en los objetivos de la Unión comportó la identificación de la cooperación judicial penal como una pieza clave para la consecución de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Se inició así, un camino hacia un modelo particular de cooperación judicial penal donde la pluralidad de instrumentos y la realización de los objetivos exigían la creación de organismos a nivel europeo.

A lo largo de las siguientes páginas se analizarán algunos de estos extremos con mayor detenimiento. Sin embargo, el objeto esencial del presente estudio persigue una finalidad concreta: profundizar en la institucionalización de la cooperación judicial en materia penal a través del análisis de Eurojust. En otras palabras, se pretende llevar a cabo el análisis de la evolución de la cooperación judicial, valorando el impacto de Eurojust sobre el modelo de la Unión Europea. Lejos de ser trivial, la circunscripción de este estudio a este ámbito, se justifica desde distintas perspectivas.

En primer lugar, la cooperación judicial penal en la Unión Europea se caracteriza por la coexistencia de distintos principios. Desde este punto de vista, el sistema de cooperación de la Unión resulta ser especial por el hecho de no contar con una única lógica, pudiéndose detectar hasta tres modelos de cooperación distintos. Ello hace pensar que, por ahora, el proceso de construcción de la cooperación judicial penal resta inacabado. A través del examen de los actos jurídicos adoptados por las instituciones pueden identificarse las especificidades de dicho sistema y por tanto obtener una visión global del marco en el que se circunscribe la acción de Eurojust.

En segundo lugar, el nacimiento de Eurojust se produjo en el ámbito del tercer pilar. El diseño de la unidad fue marcado por las condiciones impuestas por parte de los Estados miembros, que incidieron de forma directa en su control y en la omnipresencia de la lógica intergubernamental que se manifestó claramente en su estructura. Con el tiempo, Eurojust se ha ido configurando como una agencia de la Unión *sui generis*, obteniendo un lugar central en el desarrollo e implementación de la cooperación judicial penal de la Unión. A efectos de este estudio, interesa especialmente conocer qué establece el marco regulatorio de Eurojust y en qué consiste su práctica diaria para poder determinar cuál es el valor añadido de Eurojust y su contribución a la cooperación judicial penal.

Y, finalmente, la reforma introducida por el Tratado de Lisboa plantea la necesidad de reformar la cooperación judicial penal en torno a tres ejes: la armonización del Derecho penal, el incremento de la cooperación basada en la confianza mutua y la profundización en la institucionalización en materia penal. El aumento de instrumentos armonizadores o que apuesten por la confianza mutua, comporta retos evidentes dentro del ámbito institucional de la cooperación judicial en materia penal. En este sentido, mediante el estudio de las nuevas disposiciones de los Tratados y, en especial, del art. 85 del TFUE se puede apreciar cuál es la apuesta de la Unión respecto al futuro de Eurojust.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el presente estudio se estructura en seis capítulos. El primer capítulo se consagra a la delimitación de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Ello requiere un estudio sobre el Derecho primario que permita mostrar la evolución de la cooperación judicial penal desde una perspectiva histórico-jurídica. El análisis desde este punto de vista permite mostrar la lógica que impera en cada una de los periodos de construcción europea. En este capítulo se observa cómo el sistema resultante está claramente caracterizado por la coexistencia de modelos. Aten-

diendo a los principios que se derivan de los diversos instrumentos jurídicos se detallan las características esenciales y los principales inconvenientes de los modelos que conviven en la Unión Europea.

El segundo capítulo se dedica al análisis de los instrumentos de la cooperación judicial penal. En la primera y segunda parte se identifican los instrumentos más relevantes, diferenciando los de origen convencional de los instrumentos propios del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Dicho desglose reafirma la existencia de un modelo híbrido de cooperación, revelando algunos de los retos que comporta la cooperación judicial penal en la Unión que son objeto de la tercera parte del capítulo.

Una vez examinados los principales problemas que plantea la cooperación judicial penal, se toma como principal vector del tercer capítulo la creación de Eurojust. Para ello, se estudia detalladamente el proceso de institucionalización que se inició mediante la experiencia previa de Pro Eurojust y de como este confluyó en la creación del Eurojust actual. Seguidamente se analiza el marco regulatorio que configura a Eurojust como una agencia *sui generis* poniendo especial énfasis en las notas características que lo convierten en especial y focalizando la atención en su naturaleza, sus objetivos, así como su estructura.

A lo largo de los dos siguientes capítulos la *praxis* de Eurojust se sitúa en el epicentro de estudio. La adopción de este enfoque se justifica ante la necesidad de establecer cuál es la contribución de Eurojust al esquema actual de cooperación judicial penal. El cuarto capítulo se inicia con la pormenorización de las tareas y los poderes de Eurojust. A continuación se identifican las distintas funciones que desarrolla Eurojust demostrando, sin duda, dónde reside su valor añadido. En el quinto capítulo, se muestra cómo Eurojust ha sido capaz de generar sinergias con los distintos actores de la cooperación judicial penal que han coadyuvado a su consolidación. Ambos capítulos nos permiten contrastar la hipótesis de que a medida que se ha ido produciendo una mayor institucionalización de Eurojust, se han ido produciendo avances en la cooperación judicial penal. La institucionalización aparece, desde esta perspectiva, como un factor esencial de progreso hacia la integración.

Por último, el sexto capítulo se dedica por entero a examinar qué le depara el futuro a Eurojust. Con esta intención, en primer lugar, se analiza de forma pormenorizada el contenido de su nueva base jurídica con especial atención a las potencialidades que en ella residen y a los posibles escenarios teóricos en los que podrían desembocar. En segundo lugar, se estudia el estado actual de la propuesta de novación de Eurojust, enfatizando en aquellos extremos más novedosos, es decir, los que lo aproximan al modelo común de las agencias de la Unión, así como aquellos que resultan relevantes en el incremento de la coherencia de la cooperación judicial penal.

Delimitado de este modo el objeto del presente estudio, el enfoque metodológico responde al esquema clásico de las ciencias jurídicas consistente, por un lado, en el análisis crítico de documentos, el estudio formal tanto de los Tratados constitutivos como del Derecho derivado y el desglose de mode-

los legales procedentes de distintas culturas jurídicas y, por otro lado, en el análisis doctrinal contrastando las distintas fuentes existentes. Las estancias en distintos centros me han permitido el acceso a diversos recursos, seleccionando los documentos y los estudios doctrinales más relevantes que constan en las referencias documentales y bibliográficas que se presentan al final del estudio. Entre todos ellos merecen una especial mención, además de las bibliotecas de las universidades catalanas y del Centro de Documentación Europea de la UAB, las bibliotecas de la Academia de Derecho Internacional, de Eurojust, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden, junto con los fondos bibliográficos de las distintas instituciones de la Unión.

La metodología utilizada no ha sido un impedimento para que también se haya puesto en valor la experiencia adquirida fruto de las distintas estancias en Eurojust como *intern* y posteriormente como *assistant*, junto con la información recabada mediante diversas entrevistas realizadas a distintos niveles dentro de la organización. Puesto que, en buena medida el marco esencial de análisis del presente trabajo se centra en la figura de Eurojust, el aprendizaje sobre la práctica *in situ* está presente a lo largo de este estudio y ha sido crucial para la comprensión profunda de la lógica subyacente en la cooperación judicial penal de la Unión Europea.

CAPÍTULO I

LA CONFIGURACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL COMO OBJETIVO DEL ESPACIO DE LIBERTAD SEGURIDAD Y JUSTICIA

La cooperación judicial en materia penal de la Unión Europea encuentra sus raíces en la asistencia judicial mutua. Ante una investigación de determinados hechos delictivos con elementos que apuntan a cierta transnacionalidad, las autoridades encargadas de las investigaciones y las persecuciones penales topan en numerosas ocasiones con el límite de la soberanía estatal. En efecto, de acuerdo con el principio de igualdad soberana entre Estados, la prohibición de ejecutar cualquier acto de persecución en territorio de un Estado distinto del de origen es una norma de Derecho internacional consuetudinario¹. Ello conlleva la necesidad de acuerdo entre los Estados que tienen alguna conexión con ciertos actos delictivos. Generalmente, este tipo de relaciones pueden desarrollarse en un plano informal —mediante el uso de Cartas rogatorias— o establecerse formalmente en tratados de asistencia legal mutua. En el ámbito de la Unión Europea, la evolución de este tipo de relaciones ha desembocado en el establecimiento de un modelo totalmente original.

El objeto de este capítulo consiste en el estudio del modelo de cooperación judicial penal implementado en el ámbito de la Unión Europea. En primer lugar, se procederá al análisis de la inclusión de la cooperación judicial penal en los Tratados de la Unión Europea desde una perspectiva histórica. En segundo lugar, se examinarán las distintas concepciones de la cooperación judicial penal en el marco regional europeo, definiendo y explorando los diferentes tipos de modelos, y efectuando especial hincapié en la Unión Europea.

¹ Sentencia de la Corte Permanente Internacional, de 7 de septiembre de 1927. Asunto S. S. «Lotus» (*Francia v. Turquía*), *Rep. Serie A*, núm. 10, pars. 45 y 243.

1. LA INSTAURACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA: DE LA ASISTENCIA INTERNACIONAL CLÁSICA A LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO COMÚN EUROPEO

1.1. La apuesta por el marco convencional del Consejo de Europa

La existencia de un factor transnacional en la comisión de un delito implica que, sus elementos, tanto hechos como sujetos, pueden estar presentes en diferentes Estados. Dicha realidad transnacional provoca que tribunales de distintos Estados puedan declararse competentes para la investigación y enjuiciamiento de unos mismos hechos delictivos². La aparición de la transnacionalidad suele ser especialmente relevante en el ámbito de la delincuencia organizada. Frente a ello, el marco internacional clásico para la lucha contra este tipo de delincuencia ha consistido en la cooperación basada en acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados.

El territorio de la Unión Europea no resulta, en modo alguno, ajeno al fenómeno de la delincuencia transnacional y a la necesaria cooperación en materia judicial que de él se deriva. Ahora bien, el proceso de construcción de la Unión Europea a partir de la unión económica, obvió este tipo de cooperación, por lo que el desarrollo de la cooperación judicial penal quedó relegado al marco de protección proporcionado por el Consejo de Europa³. De este modo, se impuso el modelo establecido en el seno del Consejo de Europa, basado en la existencia de diversas convenciones⁴. De dichas convenciones se desprende un determinado modelo de cooperación basado en el principio de petición, que marca de forma clara las condiciones bajo las que se realiza la asistencia solicitada⁵. Se trata de un tipo de asistencia judicial clásica en

² Según Shaw el principio de territorialidad comporta que todo Estado en el que los efectos del delito han tenido lugar puede ejercer su jurisdicción penal, véase M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 654. Otros son de la opinión de que dicho principio comporta la jurisdicción de un Estado siempre que se haya producido una parte esencial del delito, incluso cuando el daño no haya sucedido en territorio de dicho Estado, Y. SIMBEYE, *Immunity and international criminal law*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, p. 73. A ello, Brownlie recuerda que el principio de territorialidad debe ponerse en contacto con otros principios tales como el principio de nacionalidad, siendo la nacionalidad reconocida como base suficiente para extender la jurisdicción de forma extraterritorial, véase I. BROWNIE, *Principles of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 309. De hecho, tal y como enfatiza Akehurst, es un principio universalmente aceptado que un Estado cuenta con jurisdicción para perseguir los delitos perpetrados por sus nacionales véase M. AKEHURST, *Introducción al derecho internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 111; y que como completa McCarthy, otra manifestación del mismo principio comporta que un Estado esté en el derecho de juzgar un asunto que ha perjudicado a sus nacionales, por tanto puede declarar su jurisdicción debido a la nacionalidad de las víctimas, véase J. G. MCCARTHY, «The passive personality principle and its use in combating international terrorism», *Fordham International Law Journal*, 13 (3), 1989, pp. 298-327, p. 300.

³ F. IRURZUN MONTORO, «La Convención Europea. Líneas de desarrollo en materia de cooperación judicial penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 13, 2003, pp. 505-538, p. 510.

⁴ Véase J. M. GARCÍA MORENO, «Principales Convenios del Consejo de Europa en materia de cooperación judicial penal», *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, 3, 2011.

⁵ Sobre las características del sistema de cooperación judicial establecido en el seno del Consejo de Europa véase J. DE MIGUEL ZARAGOZA, «El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 23, 1995, pp. 13-40, pp. 25 ss.

virtud de la cual, a partir de la solicitud de un Estado, otro Estado decide si responde al *petitum*⁶.

El marco del Consejo de Europa ha sido y es prolífico. No solo debemos destacar varios convenios dedicados a ámbitos específicos, entre los que encontramos la lucha contra el terrorismo⁷, la corrupción⁸, la trata de seres humanos⁹ o el cibercrimen¹⁰, sino que son de obligada cita los Convenios de extradición¹¹ y sobre transferencia de procedimientos en materia penal¹². Asimismo, deben destacarse el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959¹³ (en adelante, Convenio de 1959); y sus Protocolos de 1978¹⁴ y de 2001¹⁵.

Cuando a mediados de los años ochenta la Unión Europea empezó a fijar algún criterio tendente a propiciar la asistencia judicial penal entre Estados miembros, el entramado de convenios auspiciados por el Consejo de Europa ya cubría casi todas las etapas de los procedimientos penales¹⁶. Ahora bien, el modelo de cooperación derivado de este marco distaba de ser efectivo puesto que, a la ausencia de ratificación de diversos instrumentos convencionales

⁶ B. VIDAL FERNÁNDEZ, «De la “asistencia” judicial penal en Europa a “un espacio común de justicia europeo”», en C. ARANGÜENA FANEGO (coord.), *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: La Orden Europea de Detención y Entrega*, Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 19-73, p. 26.

⁷ Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Convenio núm. 90 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977; y Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio núm. 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Disponibles en la página web del Consejo de Europa <http://conventions.coe.int> (consultado el 1 de abril de 2014).

⁸ Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Disponible en la página web del Consejo de Europa <http://conventions.coe.int> (consultado el 1 de abril de 2014).

⁹ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio núm. 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Disponible en la página web del Consejo de Europa <http://conventions.coe.int> (consultado el 1 de abril de 2014).

¹⁰ Convenio sobre la Cibercriminalidad (Convenio núm. 185 del Consejo de Europa), hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001; y su Protocolo adicional relativo a la persecución de actos de naturaleza racista o xenófoba cometidos mediante sistemas informáticos, de 28 de enero de 2003. Disponibles en la página web del Consejo de Europa <http://conventions.coe.int> (consultado el 1 de abril de 2014).

¹¹ Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957. En vigor desde el 18 de abril de 1960. Disponible en <http://conventions.coe.int> (consultado el 1 de abril de 2014).

¹² Convenio Europeo sobre transferencia de procedimientos en materia penal (Convenio núm. 73 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972. Disponible en <http://conventions.coe.int> (consultado el 1 de abril de 2014).

¹³ Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal (Convenio núm. 30 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia de 20 de abril de 1959. Disponible en línea <http://conventions.coe.int> (consultado el 5 de abril de 2014). Entró en vigor el 12 de junio de 1962, firmado por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa y ratificado por todos los Estados signatarios, además de Israel, Chile y Corea.

¹⁴ Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, de 17 de marzo de 1978. En vigor desde el 12 de abril de 1982, disponible en la página web del Consejo de Europa <http://conventions.coe.int> (consultado el 15 de abril de 2014).

¹⁵ Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, de 8 de noviembre de 2001. En vigor desde el 1 de febrero de 2004, disponible en <http://conventions.coe.int> (consultado el 5 de abril de 2014).

¹⁶ A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Amberes Oxford, Intersentia, 2012, p. 337.

por parte de algunos Estados miembros, había que sumarle la existencia de cláusulas de salvaguarda. Ambos aspectos afectaban de forma decisiva a la eficiencia de dicho marco de cooperación¹⁷.

Posiblemente, este motivo condicionó la estrategia que la Unión Europea empezó a desarrollar, basada en un marco regulatorio que, teniendo en cuenta los problemas derivados de la cooperación internacional clásica, resultase efectivo en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. De este modo, la Unión empezó a crear una cooperación internacional en materia penal conjunta con el objetivo de reforzar el *acquis* del Consejo de Europa.

1.2. El régimen de Schengen y la necesidad de medidas compensatorias complementarias

El marco de cooperación establecido dentro del Consejo de Europa proporcionó a la Unión Europea, una base para el desarrollo de determinadas medidas adoptadas en aras a profundizar en la cooperación en materia penal de sus Estados miembros. Sin embargo, el desarrollo de la cooperación judicial en el seno de la Unión, también se ha basado en la adopción de diferentes instrumentos internacionales de marcado carácter convencional que en algunos casos, solo contaban con la participación de un número reducido de Estados. Así, en el caso de la supresión de fronteras, la Unión también optó por buscar la inspiración en otros Convenios concluidos en el marco de la Unión Económica del Benelux, del Consejo Nórdico o entre la República de Irlanda y el Reino Unido¹⁸.

El origen del Espacio Schengen se basa en el Acuerdo de 14 de junio de 1985 (en adelante Acuerdo Schengen)¹⁹ y el Convenio de aplicación de 14 de junio de 1990 (en adelante CAAS)²⁰ de los que eran parte un conjunto de Estados miembros²¹, Islandia y Noruega²². El objetivo principal de Schengen era el de contribuir a la creación de un espacio de libre circulación de personas entre los Estados parte mediante la supresión de controles en las

¹⁷ A. PALOMO DEL ARCO, «Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 13, 2003, p. 54.

¹⁸ Véase E. BROUWER, *Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 20.

¹⁹ Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985. *DOUE* L 239, de 22 de septiembre de 2013, p. 13.

²⁰ Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de, 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. *DOUE* L 239, de 22 de septiembre de 2013, p. 19

²¹ Se incorporaron al acervo Schengen Italia (1990), Portugal y España (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Dinamarca, Finlandia y Suecia (1996).

²² El motivo de la incorporación de Noruega e Islandia se debe a que, junto con Dinamarca, Finlandia y Suecia, estos Estados formaban parte de la Unión Nórdica de pasaportes desde 1958, por la cual se había creado una zona de libre circulación de personas.

fronteras interiores²³ y, a su vez, la creación de una única frontera exterior con controles de entrada²⁴. Debido a este hecho se generó un entramado de normas, de reglamentaciones, de prácticas administrativas y de mecanismos operativos independientemente de las, por entonces, Comunidades Europeas²⁵.

Los movimientos transnacionales que surgieron a la creación del Espacio Schengen también tuvieron su plasmación en el ámbito de la delincuencia organizada, que rápidamente explotó las potencialidades y ventajas que la posibilidad de movimiento que le ofrecía un espacio sin fronteras interiores. Debido a la previsión de la aparición de posibles problemas derivados de dicha supresión de controles fronterizos, los Estados parte del Acuerdo Schengen consideraron oportuna la introducción de medidas «compensatorias» en el CAAS, que complementasen al Convenio de 1959 del Consejo de Europa²⁶ y, a partir de las cuales se potenciase la cooperación y la coordinación entre los servicios de aduanas, policía y justicia²⁷. Es por este motivo que se afirma, que la firma del CAAS conllevó un cambio en la percepción de los delitos, entendiendo que un acto delictivo en un espacio sin fronteras interiores podía, muy probablemente tener repercusiones en diferentes Estados, no solo en lo que respecta a la comisión de los hechos, sino respecto a las investigaciones, al enjuiciamiento y al cumplimiento de condenas. Consecuentemente, la toma de medidas complementarias en el ámbito Schengen, tuvo una incidencia considerable en la profundización de los objetivos de la Unión en cuanto a cooperación judicial²⁸. Si bien el Derecho europeo contenía los mecanismos para hacer posible la libre circulación de personas, no podía decirse lo mismo en relación con los retos y controles que dicha circulación planteaba. Así, durante la década de los noventa se incrementó la percepción sobre la necesidad de realizar una aproximación coordinada al fenómeno de la delincuencia transnacional, centrando los esfuerzos en la cooperación policial y judicial dentro del ámbito de la UE²⁹.

²³ Una interesante diferenciación entre los conceptos de «frontera interior» y «frontera exterior» se incluye en J. A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Control de fronteras y Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 7, 2003, pp. 67-92, pp. 80 ss.

²⁴ Véanse *inter alia* E. BROUWER, *Digital Borders and Real Rights...*, *op. cit.*, pp. 13 ss.; y S. KABERA KARANJA, *Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Cooperation*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 45 ss.

²⁵ D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 87-120, pp. 115 ss.

²⁶ Véase el art. 48 del CAAS.

²⁷ En este sentido, véanse F. BADIE, «Las técnicas de cooperación judicial penal en el marco del convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, 2001 (II), pp. 815-827; y S. DE BIOLLEY, «Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne. Les débuts: acquis de Schengen», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 (1), 2006, pp. 23-38.

²⁸ A. KLIP, *European Criminal Law...*, *op. cit.*, p. 338.

²⁹ W. BRUGGEMAN, «What are the options for improving democratic control of Europol and providing it with adequate operational capabilities?», *Studia Diplomatica*, 59 (1), 2006, pp. 163-181, p. 164.